

**Assemblée générale**Distr.: Limitée
3 mars 2006Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail VI (Sûretés)
Dixième session
New York, 1^{er}-5 mai 2006

Sûretés**Projet de guide législatif sur les opérations garanties****Sûretés réelles mobilières sur des créances de sommes d'argent:
définitions et recommandations****Note du secrétariat***

Table des matières

	<i>Page</i>
Sûretés réelles mobilières sur des créances de sommes d'argent	2
I. Définitions	2
II. Recommandations	5

* Le présent document est soumis deux semaines après la date limite, fixée à 10 semaines avant le début de la session, car il a fallu achever les consultations et modifier le texte en conséquence.



Sûretés réelles mobilières sur des créances de sommes d'argent

I. Définitions (A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, par. 21 n) à v))

a) Le terme “sûreté réelle mobilière” désigne un droit réel conventionnel sur un bien meuble ou un bien rattaché qui garantit le paiement ou une autre forme d'exécution d'une ou de plusieurs obligations. Les références à une “sûreté réelle mobilière” dans le présent Guide désignent également le “droit d'un cessionnaire de créances de sommes d'argent”.

d) Le terme “créancier garanti” désigne un créancier titulaire d'une sûreté réelle mobilière. Les références au “créancier garanti” dans le présent Guide désignent également le “cessionnaire”.

f) Le terme “constituant” désigne une personne qui constitue une sûreté réelle mobilière sur un ou plusieurs de ses biens en faveur d'un créancier garanti pour garantir sa propre obligation ou celle d'une autre personne (voir “débiteur”). Les références au “constituant” dans le présent Guide désignent également le “cédant”.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que la deuxième phrase dans les définitions des termes “sûreté réelle mobilière”, “créancier garanti” et “constituant” est destinée à faire en sorte que les recommandations générales s'appliquent aux sûretés sur des créances de sommes d'argent et aux transferts purs et simples de créances de sommes d'argent, sauf indication contraire.]

n) Le terme “créance” désigne le droit à l'exécution d'une obligation non monétaire autre qu'un droit sur des biens meubles corporels en vertu d'un document négociable.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si des règles spéciales limitées sont nécessaires pour les opérations dans lesquelles une “créance” est un bien grevé.]

Le terme “créance”, tel qu'il est défini dans le chapitre sur la terminologie (voir A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1, par. 21 n)), désigne “le droit à l'exécution d'une obligation non monétaire autre qu'un droit sur des biens meubles corporels en vertu d'un document négociable”. Par exemple, si un constituant a conclu avec une autre partie un contrat aux termes duquel cette dernière (le “débiteur”) a accepté de lui transférer des biens meubles corporels ou de lui fournir un service, le droit du constituant à l'exécution par l'autre partie de son obligation est une “créance”. Cette définition n'inclut pas les droits accordés par une autorité ou une partie privée qui n'a pas d'obligation d'exécution au regard de ces droits, comme dans le cas d'une licence de vente de boissons alcoolisées délivrée par les pouvoirs publics. Rien n'indique clairement en revanche si elle englobe d'autres droits, comme le droit d'un franchisé, dans un contrat de franchise, où le franchiseur n'est tenu de l'exécution d'aucune obligation positive envers le franchisé (mais a accepté de ne pas le poursuivre pour l'utilisation de son nom), ou le droit d'un titulaire d'une licence de propriété intellectuelle envers lequel le donneur de licence n'est tenu d'exécuter aucune obligation positive non plus. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si, au vu de la discussion ci-après sur les questions relatives aux sûretés grevant des “créances” qui pourraient nécessiter des règles spéciales, la

définition du terme "créance" devrait inclure les droits pour lesquels la seule obligation d'exécution est l'abstention de toute action (comme dans le cas de la franchise ou de la licence) ou pour lesquels aucune obligation d'exécution quelconque n'est due au constituant (comme pour une licence de vente de boissons alcoolisées délivrée par les pouvoirs publics).

Afin de déterminer si des règles spéciales sont nécessaires pour les sûretés sur les créances, les règles régissant les points suivants doivent être examinées: i) la constitution d'une sûreté sur la créance, ii) les démarches nécessaires pour rendre cette sûreté opposable, iii) la priorité de la sûreté sur les droits des réclamants concurrents, iv) la réalisation de la sûreté à l'encontre du constituant et des autres parties pouvant avoir un droit sur la créance provenant du constituant, et v) le droit du créancier garanti, ou d'une partie à laquelle la créance a été transférée par un acte de disposition dans le cadre des procédures de réalisation, de réaliser la créance à l'encontre du débiteur. En ce qui concerne le point v), il faut également examiner la source du droit matériel régissant les droits et obligations du débiteur par rapport au créancier garanti ou à l'autre partie qui procède à la réalisation. Pour toutes ces questions, les règles de conflit de lois qui déterminent l'État dont la loi est applicable doivent également être prises en compte.

Il semblerait que les recommandations actuelles du projet de guide qui portent sur les sûretés grevant d'autres biens meubles incorporels soient suffisantes pour régir les quatre premiers points ci-dessus.

Réponse au cinquième point: le droit du créancier garanti de réaliser la créance à l'encontre du débiteur dépend probablement, pour partie, de savoir si en vertu d'une autre loi la créance est cessible (ou peut être réalisée par un cessionnaire). Les limitations à la cession d'une créance (ou à sa réalisation par un cessionnaire) peuvent provenir de restrictions dans un contrat entre le débiteur de la créance et le créancier/constituant qui a force obligatoire en vertu de la loi applicable ou naître directement d'une règle de droit qui limite la cession de certaines créances, même en l'absence d'interdiction contractuelle. Il faut noter à cet égard que dans certains cas ces règles de droit protègent le débiteur alors que dans d'autres elles protègent le créancier. Bien que le projet de guide recommande de limiter l'efficacité de certaines dispositions contractuelles d'incessibilité en ce qui concerne les créances de sommes d'argent, le Groupe de travail pourrait conclure que les raisons économiques qui justifient ces dispositions n'existent pas lorsque l'obligation du débiteur n'est pas monétaire et que, en conséquence, la capacité du créancier garanti de réaliser une créance directement à l'encontre du débiteur pourrait être limitée par contrat.

En ce qui concerne la source de droit matériel qui régit le cinquième point, le Groupe de travail souhaitera peut-être conclure que, comme dans le cas des sûretés sur d'autres types de biens meubles consistant en une créance sur un tiers (par exemple les créances de sommes d'argent et les instruments négociables), le corps de règles juridiques qui régit la créance détermine la nature des obligations du débiteur (et la mesure dans laquelle les dispositions contractuelles d'incessibilité ou les autres règles juridiques d'incessibilité sont applicables).

En ce qui concerne les règles de conflit de lois, les recommandations dans le chapitre sur ce sujet semblent bien adaptées pour traiter les quatre premiers points énumérés ci-dessus. Quant au cinquième point, le Groupe de travail souhaitera

peut-être conclure que la loi qui devrait s'appliquer est celle de l'État qui régit la créance.]

o) Le terme "créance de somme d'argent" désigne le droit au paiement d'une obligation monétaire, à l'exclusion toutefois des droits à paiement attestés par un instrument négociable, de l'obligation de payer en vertu d'un engagement de garantie indépendant et de l'obligation pour une banque de verser des fonds crédités sur un compte bancaire.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que la définition de la "créance de somme d'argent" dans le projet de guide est plus large que celle de la "créance" dans l'article 2 a) de la Convention des Nations Unies sur la cession en ce qu'elle recouvre même les créances extracontractuelles, comme les créances nées par l'effet de la loi (par exemple, les créances indemnitaires, les créances nées dans le contexte de l'enrichissement sans cause ou les créances fiscales) ou les créances confirmées par des décisions judiciaires ou des sentences arbitrales (à moins qu'elles soient incorporées dans un accord réglant le litige). Le Groupe de travail souhaitera peut-être limiter la définition de la "créance de somme d'argent" dans le projet de guide aux créances contractuelles ou examiner si les recommandations du présent document devraient également s'appliquer, avec les modifications nécessaires, aux créances extracontractuelles.]

p) Le terme "cession" désigne la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une créance de somme d'argent ou le transfert pur et simple d'une créance de somme d'argent.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que la constitution d'une sûreté sur une créance de somme d'argent comprend aussi le transfert pur et simple de la créance en garantie, transfert qui est traité dans le projet de guide comme une sûreté.]

q) Le terme "cédant" désigne la personne qui cède une créance de somme d'argent.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Article 2 a) de la Convention des Nations Unies sur la cession.]

r) Le terme "cessionnaire" désigne la personne à laquelle une créance de somme d'argent est cédée.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Article 2 a) de la Convention des Nations Unies sur la cession.]

s) Le terme "cession subséquente" désigne une cession effectuée par le cessionnaire initial ou tout autre cessionnaire. Dans une cession subséquente, la personne qui effectue la cession est le cédant et la personne à qui la cession est effectuée est le cessionnaire.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Article 2 b) de la Convention des Nations Unies sur la cession.]

t) Le terme "débiteur en compte" désigne une personne tenue de payer une créance de somme d'argent.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Article 2 a) de la Convention des Nations Unies sur la cession. Le terme "débiteur en compte" inclut un "garant" étant donné qu'une garantie accessoire est une créance de somme d'argent.*]

u) Le terme "notification de la cession" désigne une communication par écrit qui identifie suffisamment les créances de sommes d'argent cédées et le cessionnaire.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Article 5 d) de la Convention des Nations Unies sur la cession. Selon les recommandations 11 et 12 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21), un "écrit" comprend les communications électroniques et la "signature" comprend la signature électronique. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'inclure les recommandations 11 et 12 dans les définitions.*]

v) Le terme "contrat initial" désigne, dans le contexte d'une cession, le contrat entre le cédant et le débiteur en compte d'où naît la créance de somme d'argent cédée.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Article 5 a) de la Convention des Nations Unies sur la cession.*]

II. Recommandations

Parties, sûretés réelles mobilières, obligations garanties et biens visés (A/CN.9/WG.VI/WP.21, rec. 3 d) et f)

3. En particulier, la loi devrait prévoir qu'elle s'applique:

d) À tous les types de biens meubles et de biens rattachés, corporels ou incorporels, présents ou futurs, qui ne sont pas expressément exclus par la loi, y compris les stocks, le matériel et autres biens meubles corporels, les créances de sommes d'argent, les instruments négociables, les documents négociables, les droits au paiement de fonds crédités sur des comptes bancaires, les droits de recevoir le produit du tirage d'engagements de garantie indépendants et les droits de propriété intellectuelle;

...

f) En général, aux transferts purs et simples de créances de sommes d'argent;

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que, étant donné que la définition du terme "créance de somme d'argent" au paragraphe 21 o) du document A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1 exclut les droits à paiement en vertu d'un instrument négociable, l'obligation de payer en vertu d'un engagement de garantie indépendant et l'obligation pour une banque de verser des fonds crédités sur un compte bancaire, la recommandation 3 f) ne s'applique pas au transfert pur et simple d'un instrument négociable, d'un engagement de garantie indépendant ou d'un droit à paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (toutefois, les recommandations s'appliquent aux transferts de ces biens à titre de garantie car ils sont traités comme des opérations garanties; par exemple, le transfert à titre de garantie d'un droit à paiement de fonds sur un compte bancaire est considéré comme un mode de prise de contrôle; voir la définition du terme "contrôle" dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.1). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le transfert pur et simple d'un*

instrument négociable devrait être inclus dans le champ d'application du projet de guide.

Plusieurs raisons justifient l'inclusion de ce type de transfert. Tout d'abord, l'établissement de règles claires pour la constitution, l'opposabilité et la priorité du transfert pur et simple d'un instrument négociable pourrait faciliter les opérations de financement, les titrisations et les ventes de participations à des prêts qui impliquent le transfert pur et simple d'instruments négociables. Ensuite, comme le transfert pur et simple de créances de sommes d'argent entre déjà dans le champ d'application du projet de guide, il serait logique d'étendre ce dernier aux droits à paiement qui auraient été des créances de sommes d'argent s'ils n'avaient pas été attestés par des instruments négociables.

Toutefois, il existe également des raisons de ne pas inclure les transferts purs et simples d'instruments négociables dans le champ d'application du projet de guide. La principale en est que les difficultés liées à l'ajout de règles traitant de ces transferts dans le projet risquent de l'emporter sur les avantages. Ces derniers ne seront probablement pas significatifs pour les États qui ont déjà une loi claire dans ce domaine. Plus les États satisfaits de leur législation actuelle sur ce sujet sont nombreux, moins l'inclusion de ces transferts dans le projet de guide sera avantageuse. De plus, le volume des opérations de financement reposant effectivement sur le transfert pur et simple d'instruments négociables et la nécessité de conférer au bénéficiaire du transfert des droits suffisants dans une loi autre que celle régissant les instruments négociables pour le protéger peuvent varier d'un pays à l'autre.

L'inclusion des transferts purs et simples d'instruments négociables poserait de nombreuses difficultés. Le Groupe de travail aurait à examiner l'ensemble du projet de guide afin de déterminer les règles spéciales qui devront être ajoutées sur des questions comme la constitution, l'opposabilité et la priorité. En traitant la question de l'opposabilité, il aurait à examiner si, pour que le transfert soit opposable, l'acheteur doit prendre possession de l'instrument ou inscrire dans le registre général des sûretés un avis de transfert, ou si l'opposabilité est assurée automatiquement dès la constitution. Les parties qui octroient des crédits garantis par des sûretés sur des instruments négociables sont susceptibles de préférer une règle d'opposabilité par possession/inscription, alors que les parties qui achètent des instruments négociables en bloc et les acheteurs et vendeurs habituels de prêts et de participations à des prêts peuvent préférer une règle d'opposabilité automatique.

Une dernière raison d'exclure les transferts purs et simples d'instruments négociables est que, d'un point de vue technique, ces transferts relèvent plus du droit de la vente que du droit des opérations garanties. Si le projet de guide s'applique aux transferts purs et simples de créances de sommes d'argent, il le fait en grande partie pour protéger la confiance dans le système d'enregistrement, qui ne serait guère utile pour établir les priorités aux fins du financement de créances si ces transferts n'étaient pas soumis à l'obligation d'inscription. Le transfert pur et simple d'un instrument négociable ne posera peut-être pas les mêmes problèmes puisque le prêteur ou l'acheteur auraient généralement la possibilité de devenir prioritaires en vertu de la recommandation 74 b) (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4) en prenant possession de l'instrument.

Même si le Groupe de travail décide que les transferts d'instruments négociables devraient, d'une manière générale, être inclus dans le champ d'application du projet de guide, il voudra peut-être néanmoins examiner si certaines exclusions sont souhaitables. Par exemple, il pourrait être raisonnable d'exclure les transferts de chèques, même si les transferts d'autres instruments négociables sont inclus. Les opérations de financement qui comportent des transferts de chèques sont probablement bien moins fréquentes, et devraient sans doute le rester, que les opérations de financement reposant sur des transferts d'autres instruments négociables.]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des créances de sommes d'argent (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21, rec. 13, 14 et 15)

Biens et obligations pouvant faire l'objet d'une convention constitutive de sûreté

13. La loi devrait spécifier qu'une sûreté réelle mobilière peut garantir tous les types d'obligations, y compris les obligations futures, les obligations conditionnelles et les obligations dont le montant fluctue. Elle devrait également spécifier qu'une telle sûreté peut être octroyée sur tous les types de biens, y compris des fractions de biens, des droits indivis sur des biens et des biens dont le constituant n'est pas encore propriétaire ou ne peut pas encore disposer ou qui n'existent pas encore au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté, ainsi que sur le produit. Les exceptions à ces règles devraient être limitées et clairement décrites dans la loi.

Efficacité d'une cession globale et d'une cession de créances de sommes d'argent futures, de fractions de créances de sommes d'argent ou d'un droit indivis sur des créances de sommes d'argent

14. La loi devrait prévoir que:

a) La cession de créances non identifiées précisément, de créances futures, de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances a effet entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur en compte à condition que celles-ci soient identifiables, à la date de la cession ou, dans le cas de créances futures, à la date où elles naissent, comme étant celles qui font l'objet de la cession; et

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

[Note à l'intention du Groupe de travail: Article 8 de la Convention des Nations Unies sur la cession. Le Groupe de travail voudra peut être noter que le commentaire précisera que les recommandations générales s'appliquent sauf si elles sont modifiées par des recommandations relatives à des biens particuliers.]

Efficacité d'une cession faite en dépit d'une clause d'incessibilité

15. La loi devrait prévoir que:

a) Une cession a effet entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur en compte nonobstant toute convention entre le cédant initial ou tout cédant subséquent et le débiteur en compte ou tout cessionnaire subséquent, limitant d'une quelconque manière le droit du cédant de céder ses créances de sommes d'argent;

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que la recommandation 15 a) prive d'effet uniquement une convention entre un débiteur et un créancier qui limite le droit de ce dernier de céder une créance de somme d'argent que lui doit le débiteur. Si une telle créance est cédée, le débiteur est le "débiteur en compte" et le créancier est le "cédant".

Par exemple, si une convention pour la location de biens meubles corporels limite le droit du bailleur de céder les loyers qui lui sont dus en vertu du bail, la recommandation 15 a) prive d'effet cette restriction car la convention est passée entre le débiteur (le preneur) et le créancier (le bailleur) de la créance de somme d'argent (le loyer dû en vertu de la convention). À l'inverse, si la convention de location entre le bailleur et le preneur limite le droit de ce dernier de céder une créance de somme d'argent prenant la forme de loyers qui lui sont dus par le sous-locataire en vertu d'un contrat de sous-location, la recommandation 15 a) ne s'applique pas et aucune disposition du présent Guide ne prive d'effet la restriction. Il en est ainsi parce que la convention limitant le droit du preneur de céder sa créance sur les loyers qui lui sont dus par le sous-locataire dans le cadre de la sous-location n'est pas une convention entre le preneur (bailleur et créancier dans une sous-location) et le sous-locataire (débiteur dans la sous-location). La question de savoir si la restriction dans le contrat de location peut être opposée au preneur serait tranchée par une loi autre que celle recommandée dans le présent Guide.

La même analyse serait valable si la restriction au transfert était contenue dans une licence de propriété intellectuelle. La recommandation 15 a) priverait d'effet une clause du contrat de licence qui empêcherait le donneur de licence de céder les redevances dues par le titulaire de la licence. Toutefois, elle ne priverait pas d'effet une clause du contrat de licence empêchant ce dernier de céder les redevances d'une sous-licence. L'efficacité ou non de cette dernière clause serait déterminée par une loi autre que celle recommandée dans le projet de guide.]

b) Si une autre loi impose une obligation ou responsabilité quelconque au cédant pour la violation d'une telle convention, l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat d'où naissent les créances cédées ou le contrat de cession. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance;

[c) La présente recommandation s'applique uniquement aux cessions de créances de sommes d'argent:

- i) Nées d'un contrat initial visant la fourniture ou la location de biens meubles corporels, la prestation de services autres que des services financiers ou la réalisation de travaux de construction ou encore la vente ou la location d'immeubles;
- ii) Nées d'un contrat initial de vente, de location ou de concession de licence d'un droit de propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle ou d'informations protégées ayant une valeur commerciale;
- iii) Représentant l'obligation de paiement au titre d'une opération sur carte de crédit;
- iv) Exigibles par le cédant lors du règlement net des sommes dues en vertu d'une convention de compensation regroupant plus de deux parties.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que la "résolution" du contrat mentionnée à l'alinéa b) signifie le fait de mettre fin au contrat d'une manière générale.*]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté garantissant une créance de somme d'argent cédée, un instrument négociable ou toute autre obligation (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.2)

16. La loi devrait prévoir que dès qu'une sûreté est constituée sur une créance de somme d'argent, sur un instrument négociable ou sur toute autre obligation considérée comme un bien grevé dans le présent Guide, une sûreté est créée automatiquement, sans que le constituant ni le créancier garanti aient à accomplir d'autres formalités, sur toute sûreté personnelle ou réelle donnée en garantie du paiement ou de l'exécution de cette créance, de cet instrument ou de cette obligation. Si, en vertu de la loi qui régit une sûreté garantissant le paiement d'une créance de somme d'argent, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation considérée comme un bien grevé dans le présent Guide, une sûreté sur cette sûreté ne peut être constituée que par un acte séparé, le constituant est tenu d'accomplir cet acte. Lorsqu'un engagement indépendant garantit le paiement ou l'exécution d'une créance de somme d'argent, d'un instrument négociable ou de toute autre obligation considérée comme un bien grevé dans le présent Guide, une sûreté sur le droit de recevoir le produit du tirage d'un tel engagement est constituée sans acte séparé de la part du constituant.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la deuxième phrase de la recommandation 16 se réfère à la "loi qui régit une sûreté". La loi recommandée dans le projet de guide pourrait être cette loi nationale. Le Groupe de travail souhaitera peut-être également noter que la deuxième phrase de la recommandation, qui se base sur la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur la cession, se réfère à un droit indépendant afin de préserver les intérêts du débiteur d'un tel droit, par exemple un engagement de garantie indépendant (voir le commentaire analytique sur le projet de convention, A/CN.9/489, par. 105). Une loi nationale, comme la loi recommandée dans le projet de guide, permettrait probablement d'atteindre ce résultat plus efficacement, avec une formule du type: "La présente recommandation ne fait pas naître de sûreté sur un droit indépendant, tel qu'un engagement de garantie indépendant, et n'a pas d'incidences sur les droits et obligations du débiteur d'un droit indépendant, tel que le garant/émetteur d'un engagement de garantie indépendant ou la personne qui y est désignée." Si le Groupe de travail adopte ce libellé, la deuxième phrase de la recommandation 16 pourrait être supprimée. La troisième phrase de la recommandation, qui sert à exclure de la deuxième phrase les droits de recevoir paiement en vertu d'un engagement de garantie indépendant, pourrait également être supprimée.*]

Les opérations de financement qui relèvent de la première phrase de la recommandation 16 seraient ainsi facilitées. Ces opérations comprennent les titrisations de portefeuilles de prêts garantis par des sûretés réelles mobilières ou immobilières. Dans de tels cas, l'acheteur des prêts voudra pouvoir compter sur les sûretés garantissant les prêts mais sans avoir à supporter, dès l'achat, la dépense supplémentaire d'un acte de transfert séparé (si une loi autre que celle recommandée dans le projet de guide exige un tel acte) pour chaque prêt du

portefeuille, qui pourrait en contenir des centaines ou des milliers. Des actes de transfert séparés seraient éventuellement nécessaires (si l'autre loi l'exige) uniquement pour le recouvrement des prêts non remboursés par la suite, lesquels représentent généralement une petite partie des prêts du portefeuille. L'acheteur pourrait décider d'accepter le coût de ces actes de transfert lors du recouvrement, qu'il soit effectué volontairement par le vendeur ou avec l'assistance d'une juridiction. Cependant, pour décider de l'achat ou non des prêts et de leur prix, l'acheteur tiendrait compte du coût des actes de transfert séparés uniquement pour la petite partie des prêts dont il prévoit qu'ils ne seront pas remboursés mais non pour l'ensemble des prêts du portefeuille. L'acheteur réduisant ainsi ses dépenses, le vendeur devrait être en mesure d'obtenir un prix de vente plus élevé, ce qui augmenterait les fonds à sa disposition.

Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si: i) la recommandation 16 s'applique aux transferts purs et simples de créances de sommes d'argent (mais pas d'instruments négociables ou d'autres obligations puisque le projet de Guide ne s'applique, d'une manière générale, qu'aux transferts purs et simples de créances de sommes d'argent), étant donné que, même dans ce cas, les sûretés garantissant le paiement des créances devraient suivre; et ii) si la recommandation 16 devrait être complétée par des recommandations s'inspirant des paragraphes 2 à 6 de l'article 10 de la Convention (pour les paragraphes 2 à 4, voir rec. 15 ci-dessus; pour les paragraphes 5 et 6 voir ci-dessous).

“La constitution d'une sûreté [ou le transfert pur et simple d'] une sûreté réelle avec dépossession au titre du paragraphe 1 de la présente recommandation n'a pas d'incidences sur les obligations du cédant envers le débiteur en compte ou la personne ayant constitué la sûreté sur le bien concerné en vertu de la loi régissant cette sûreté.”

D'après ce libellé, si la constitution d'une sûreté sur une sûreté, ou le transfert d'une sûreté, implique la remise de la possession d'un bien et si cette remise cause une perte ou un préjudice au débiteur en compte ou à la personne ayant constitué ladite sûreté, la responsabilité qui peut être encourue en vertu de la loi applicable en dehors de celle recommandée dans le projet de guide reste la même. Une telle situation peut se produire, par exemple, lors la remise de la possession d'un bien meuble corporel de valeur si le créancier garanti ou le bénéficiaire du transfert endommage ou perd ce bien.

“La présente recommandation n'a pas d'incidences sur les exigences de la loi autre que la présente loi relatives à la forme ou à l'enregistrement de la constitution d'une sûreté sur [ou du transfert pur et simple de] toutes sûretés garantissant le paiement de la créance cédée, de l'instrument négociable ou de toute autre obligation.”

Dans ce libellé, il est clair que la forme du transfert d'une sûreté sur un bien n'entrant pas dans le champ d'application de la présente loi (par exemple, un immeuble) relève d'une autre loi. En conséquence, un document authentique et une inscription peuvent être nécessaires pour que la personne à laquelle est transférée une hypothèque obtienne différentes prérogatives en vertu du droit immobilier, comme celui de faire exécuter l'hypothèque.]

Droits et obligations du cédant et du cessionnaire avant défaillance

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être insérer des recommandations sur les droits et obligations du cédant et du cessionnaire dans le chapitre sur les droits et obligations des parties avant défaillance. Ces recommandations pourraient se fonder sur les articles 11 à 14 de la Convention des Nations Unies sur la cession.]

Droits et obligations du cédant et du cessionnaire

16 bis La loi devrait prévoir que:

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

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

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

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'alinéa c) pourrait convenir dans une loi nationale. Si cet alinéa devait être inclus, le terme "cession internationale" pourrait avoir à être défini.]

Garanties dues par le cédant

16 ter La loi devrait prévoir que:

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

i) Il a le droit de céder la créance;

ii) Il n'a pas déjà cédé la créance à un autre cessionnaire; et

iii) Le débiteur en compte ne peut ni ne pourra invoquer aucune exception ni aucun droit à compensation.

b) Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant ne garantit pas que le débiteur en compte peut ou pourra payer.

Droit de notifier la cession au débiteur en compte

16 quater La loi devrait prévoir que:

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

b) Une notification de la cession ou des instructions de paiement, envoyées en violation d'une convention visée à l'alinéa a) de la présente recommandation, ne sont pas invalidées aux fins de la recommandation 19 en raison de cette violation. Toutefois, aucune disposition de la présente recommandation n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité de la partie ayant violé la convention à raison du dommage qui en résulte.

Droit du cessionnaire à recevoir paiement

16 *quinquies* La loi devrait prévoir que:

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

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

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

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

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

Droits et obligations du débiteur en compte et du cessionnaire (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21, rec. 17 à 23)

Principe de protection du débiteur en compte

[Note à l'intention du Groupe de travail: Les recommandations 17 à 23 se fondent sur les articles 15 à 21 de la Convention des Nations Unies sur la cession.]

17. La loi devrait prévoir que:

a) Sauf disposition contraire de la présente loi et à moins que le débiteur en compte n'y consente, une cession de créances n'a pas d'incidences sur les droits et obligations de ce dernier, y compris sur les conditions de paiement énoncées dans le contrat initial;

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

i) La monnaie de paiement spécifiée dans le contrat initial; ou

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

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'alinéa b) ii) devrait faire référence au "lieu" plutôt qu'à l'"État" de façon à empêcher un changement du lieu de paiement, y compris dans le

même État. Le Groupe de travail souhaitera peut-être également noter que les références au “contrat initial” devraient être modifiées s’il décide que ces recommandations devraient s’appliquer également aux créances de sommes d’argent non contractuelles (voir la note qui suit la définition du terme “créance de somme d’argent” ci-dessus).]

Notification de la cession au débiteur en compte

18. La loi devrait prévoir que:

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

b) La notification de la cession ou les instructions de paiement peuvent porter sur des créances nées après la notification et la notification d’une cession subséquente vaut notification de toute cession antérieure.

Paiement libératoire du débiteur en compte

19. La loi devrait prévoir que:

a) Tant qu’il n’a pas reçu notification de la cession, le débiteur en compte est fondé à effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial;

b) Lorsqu’il a reçu notification de la cession, sous réserve des alinéas c) à h) de la présente recommandation, le débiteur en compte peut effectuer un paiement libératoire uniquement au cessionnaire ou, si d’autres instructions de paiement lui sont données dans la notification de la cession ou lui sont communiquées ultérieurement par écrit par le cessionnaire, conformément à ces instructions;

c) S’il reçoit plusieurs instructions de paiement relatives à une seule cession de la même créance effectuée par le même cédant, le débiteur en compte peut effectuer un paiement libératoire conformément aux dernières instructions reçues du cessionnaire avant le paiement;

d) S’il reçoit notification de plusieurs cessions de la même créance effectuées par le même cédant, le débiteur en compte peut effectuer un paiement libératoire conformément à la première notification reçue;

e) S’il reçoit notification d’une ou plusieurs cessions subséquentes, le débiteur en compte peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification de la dernière de ces cessions subséquentes;

f) S’il reçoit notification de la cession d’une fraction d’une ou plusieurs créances ou d’un droit indivis sur celles-ci, le débiteur en compte peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification ou conformément à la présente recommandation comme s’il n’avait pas reçu de notification. S’il paie conformément à la notification, le paiement n’est libératoire qu’à concurrence de la fraction ou du droit indivis payé;

g) S’il reçoit notification de la cession du cessionnaire, le débiteur en compte est fondé à demander à celui-ci de prouver de manière appropriée, dans un

délai raisonnable, que la cession du cédant initial au cessionnaire initial et toute cession intermédiaire ont été effectuées; faute pour le cessionnaire de se conformer à cette demande, le débiteur en compte peut effectuer un paiement libératoire conformément à la présente recommandation comme s'il n'avait pas reçu de notification. La cession est considérée comme prouvée de manière appropriée au moyen, notamment, de tout écrit émanant du cédant et indiquant qu'elle a bien eu lieu;

h) La présente recommandation n'a d'incidences sur aucun autre motif conférant valeur libératoire au paiement effectué par le débiteur en compte à la personne fondée à le recevoir, à une autorité judiciaire ou autre autorité compétente ou à un organisme public de consignation.

Exceptions et droits à compensation du débiteur en compte

20. La loi devrait prévoir que:

a) Lorsque le cessionnaire forme contre le débiteur en compte une demande de paiement de la créance cédée, celui-ci peut lui opposer toutes les exceptions et tous les droits à compensation qui découlent du contrat initial ou de tout autre contrat faisant partie de la même opération et qu'il pourrait invoquer comme si la cession n'avait pas eu lieu et si la demande était formée par le cédant;

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

c) Nonobstant les dispositions des alinéas a) et b) de la présente recommandation, les exceptions et droits à compensation que le débiteur en compte peut, en vertu des recommandations 15 et 16, invoquer contre le cédant pour violation d'une convention limitant d'une quelconque manière le droit du cédant à procéder à la cession ne peuvent être invoqués par le débiteur en compte contre le cessionnaire.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que, conformément à la recommandation 3 a) (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21), le projet de guide s'applique aux consommateurs sans toutefois avoir d'incidence sur leurs droits découlant de la législation sur la protection des consommateurs.]

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

21. La loi devrait prévoir que:

a) Le débiteur en compte peut convenir avec le cédant, par un écrit qu'il signe, de ne pas opposer au cessionnaire les exceptions et droits à compensation qu'il pourrait invoquer en vertu de la recommandation 20. Une telle convention empêche le débiteur en compte d'opposer au cessionnaire ces exceptions et droits à compensation;

b) Le débiteur en compte ne peut renoncer à invoquer:

i) Les exceptions découlant de manœuvres frauduleuses de la part du cessionnaire; ou

ii) Les exceptions fondées sur son incapacité;

c) Une telle convention ne peut être modifiée que par convention, consignée dans un écrit signé par le débiteur en compte. L'effet de la modification à l'égard du cessionnaire est déterminé par application de l'alinéa b) de la recommandation 22.

[Note à l'intention du Groupe de travail: La recommandation 21 se fonde sur l'article 19 de la Convention des Nations Unies sur la cession, qui mentionne un écrit signé uniquement pour l'acte de renonciation au droit d'opposer des exceptions ou sa modification. Si le Groupe de travail décide de ne pas mentionner la signature dans la recommandation 8 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21) mais plutôt les éléments prouvant que le constituant avait l'intention de constituer une sûreté, il souhaitera peut-être reconsidérer la mention de la signature dans la recommandation 21. Si la référence à la signature est conservée dans la recommandation 8, une signature électronique devrait être suffisante (voir note à la suite de la définition u).]

Modification du contrat initial

22. La loi devrait prévoir que:

a) Toute convention conclue avant notification de la cession entre le cédant et le débiteur en compte qui a des incidences sur les droits du cessionnaire produit effet à l'égard de ce dernier, qui acquiert alors les droits correspondants;

b) Toute convention conclue après notification de la cession entre le cédant et le débiteur en compte qui a des incidences sur les droits du cessionnaire est sans effet à l'égard de ce dernier, sauf:

i) Si celui-ci y consent; ou

ii) Si la créance n'est pas encore acquise en totalité du fait de l'exécution incomplète du contrat initial et si, ou bien la modification était prévue dans ledit contrat, ou bien tout cessionnaire raisonnable y consentirait, dans le contexte de ce contrat;

c) Les alinéas a) et b) de la présente recommandation sont sans incidences sur tout droit du cédant ou du cessionnaire résultant de la violation d'une convention conclue entre eux.

Recouvrement des paiements

23. La loi devrait prévoir que la non-exécution du contrat initial par le cédant n'habilite pas le débiteur en compte à recouvrer auprès du cessionnaire une somme qu'il a payée au cédant ou au cessionnaire.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que la recommandation 23 n'a pas d'incidences sur la responsabilité du cédant envers le débiteur en compte pour violation de contrat.]

Opposabilité d'une sûreté sur des créances de sommes d'argent (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3, rec. 37)

37. La loi devrait prévoir que le droit d'un cessionnaire découlant d'une cession pure et simple de créances de sommes d'argent devient opposable par inscription d'un avis concernant ce droit sur le registre général des sûretés.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail se rappellera qu'à sa neuvième session il a décidé que le texte de la recommandation 37 devrait être inséré dans le commentaire car il répète la règle générale de l'opposabilité (voir A/CN.9/593, par. 18).]

**Priorité des sûretés sur des créances de sommes d'argent
(A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.4, rec. 80 et 81)**

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que les recommandations générales sur la priorité s'appliquent aux sûretés sur des créances de sommes d'argent ainsi qu'aux transferts purs et simples de ces créances.]

**Réalisation d'une sûreté sur des créances de sommes d'argent
(A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1, rec. 88, 102 et 103)**

Application du présent chapitre aux transferts purs et simples de créances de sommes d'argent

88. La loi devrait prévoir que le présent chapitre s'applique à l'exercice de ses droits par le bénéficiaire d'un transfert pur et simple de créances de sommes d'argent, uniquement dans la mesure où, conformément aux conditions de ce transfert, il est possible de se retourner contre l'auteur du transfert en cas de défaut de paiement du débiteur en compte.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la recommandation 88 vise à bien préciser que, si le Guide s'applique de façon générale aux transferts purs et simples de créances de sommes d'argent, ce chapitre ne s'applique à ces transferts que s'il est possible de se retourner contre l'auteur du transfert.]

Recouvrement de créances de sommes d'argent

102. Lorsqu'une créance de somme d'argent est un bien grevé, la loi devrait prévoir qu'après ou avant défaillance, avec l'accord du cédant, le créancier garanti peut recouvrer ou réaliser d'une autre manière cette créance.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que le créancier garanti a aussi la possibilité de choisir de disposer d'une créance de somme d'argent, ou de la conserver, conformément aux recommandations 93 d), e), 110 et 113 (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.1). Le commentaire expliquera également que le cessionnaire peut envoyer une notification et une instruction de paiement, même en violation d'une convention avec le cédant (voir rec. 16 quater bis ci-dessus).]

103. La loi devrait prévoir que le droit du créancier garanti de recouvrer ou de réaliser d'une autre manière une créance de somme d'argent l'autorise aussi à recevoir paiement au titre d'une sûreté personnelle ou réelle (telle qu'une garantie ou une sûreté réelle mobilière) garantissant le paiement de la créance ou à réaliser cette sûreté personnelle ou réelle d'une autre manière.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire discutera de la manière dont d'autres recommandations du chapitre sur la réalisation sont susceptibles de s'appliquer à

la réalisation d'une sûreté garantissant le paiement d'une créance de somme d'argent cédée.]

**Loi applicable aux sûretés réelles mobilières sur des biens meubles incorporels
(A/CN.9/WG.VI/WP.24)**

137. La loi devrait prévoir que la constitution d'une sûreté sur des biens meubles incorporels, son opposabilité et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents sont régies par la loi de l'État dans lequel se trouve le constituant. [Toutefois, lorsqu'il s'agit de sûretés sur des biens meubles incorporels qui sont soumis à un système d'enregistrement de la propriété, la loi devrait prévoir que ces questions sont régies par la loi de l'État où [...].]

[137 bis La loi devrait prévoir que la loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit la constitution d'une sûreté sur une créance de somme d'argent née de la vente ou de la location d'un immeuble, ou d'une convention constitutive de sûreté sur un immeuble, l'opposabilité de cette sûreté et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents. Toutefois, un conflit de priorité avec les droits d'un tiers concurrent inscrits dans le registre immobilier de l'État dans lequel est situé l'immeuble est régi par la loi de cet État.]

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'ajouter une nouvelle recommandation s'inspirant de la recommandation 137 bis, qui traite de la loi applicable aux cessions de créances de sommes d'argent dues au constituant en vertu d'une convention de vente ou de location d'un immeuble ou en vertu d'une convention constitutive de sûreté sur un immeuble. Dans un certain nombre d'États, il n'est pas possible de constituer de droits sur ces créances indépendamment de l'immeuble concerné, en conséquence de quoi l'efficacité entre les parties, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur les créances sont régies par la loi (et, en particulier, le régime du registre) qui s'applique à l'immeuble concerné. Dans d'autres États, il est possible de constituer une sûreté sur ces créances indépendamment de l'immeuble concerné, mais le créancier garanti a un rang inférieur à celui des tiers qui ont inscrit un droit sur l'immeuble concerné dans le registre immobilier. La deuxième phrase de la recommandation 137 bis est destinée à préserver l'application de la loi de l'État dans lequel l'immeuble concerné est situé afin de protéger les tiers qui se fient à l'inscription sur le registre immobilier de cet État. Il est fait référence aux droits d'un tiers concurrent puisque le terme "réclamant concurrent" est défini par rapport aux sûretés sur des biens meubles. Il est également fait référence aux "droits" de ces tiers, étant donné que ces tiers pourraient être non seulement des créanciers hypothécaires, mais également des cessionnaires ou des acquéreurs de l'immeuble ou du bien meuble incorporel concerné et, en fait, toute catégorie de tiers pour lesquels la réglementation relative aux immeubles prévoit une inscription. De plus, il est fait référence à un droit "inscrit dans le registre immobilier" et non "rendu opposable par inscription" étant donné que: i) certains registres immobiliers ne distinguent pas l'efficacité entre les parties de l'opposabilité aux tiers, et ii) les registres immobiliers n'imposent pas nécessairement une inscription pour rendre le droit généralement opposable mais uniquement pour le rendre opposable aux tiers dont les droits peuvent également être inscrits dans le registre (par exemple, l'inscription peut ne pas être nécessaire pour l'opposabilité à l'encontre d'un administrateur de l'insolvabilité ou d'un créancier judiciaire).]

Loi applicable aux droits et obligations du constituant et du créancier garanti

146. La loi devrait prévoir que les droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti concernant la sûreté, qu'ils découlent de la convention constitutive de sûreté ou de la loi, sont régis par la loi qu'ils ont choisie et, en l'absence de choix, par la loi régissant cette convention.

Loi applicable aux droits et obligations du débiteur en compte et du cessionnaire, du tiré d'un instrument négociable ou de l'émetteur d'un document négociable et du créancier garanti

147. La loi devrait prévoir que les questions suivantes sont régies par la loi de l'État dont la loi régit une créance de somme d'argent cédée, un instrument négociable ou un document négociable sur lesquels une sûreté a été constituée:

a) Les rapports entre un débiteur en compte et un cessionnaire de la créance de somme d'argent, entre le tiré d'un instrument négociable et un créancier titulaire d'une sûreté sur cet instrument, ou entre un émetteur d'un document négociable et un créancier titulaire d'une sûreté sur ce document;

b) Les conditions dans lesquelles la cession de la créance de somme d'argent, le transfert de l'instrument négociable ou le transfert du document négociable peuvent être opposés au débiteur en compte, au tiré de l'instrument négociable ou à l'émetteur du document négociable; et

c) La question de savoir si le débiteur en compte, le tiré de l'instrument négociable ou l'émetteur du document négociable ont été libérés de leurs obligations.

[Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que: i) la recommandation 148 s'applique à la réalisation d'une sûreté sur une créance de somme d'argent (A/CN.9/WG.VI/WP.24); et ii) que les recommandations relatives à l'incidence de l'insolvabilité sur la loi applicable, ainsi que les autres recommandations générales du chapitre sur le conflit de lois (A/CN.9/WG.VI/WP.24), s'appliquent aux sûretés sur des créances de sommes d'argent.]