



Assemblée générale

Distr.
GÉNÉRALE
A/CN.9/472/Add.3
25 avril 2000
FRANÇAIS
Original: ANGLAIS/

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
Trente-troisième session
New York, 12 juin-7 juillet 2000

PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES [À DES FINS DE FINANCEMENT] [DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL]

Compilation des commentaires reçus de gouvernements
et d'organisations internationales

Additif

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Page</u>
<u>États</u>	
États-Unis d'Amérique	2
Japon	10
<u>Organisations internationales</u>	
International Swaps and Derivatives Association (ISDA)	11

États

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

[Original: anglais]

I. COMMENTAIRES GÉNÉRAUX

Le rapport du Groupe de travail sur sa trente et unième session (A/CN.9/466) et le texte complet du projet de Convention, qui figure dans l'annexe I de ce rapport, constituent une base bien négociée pour la mise au point du texte final d'une convention des Nations Unies sur le droit moderne applicable au financement du commerce par cession de créances ("le projet de Convention"). De nombreux États n'ont pas encore pleinement tiré parti des avantages de la mondialisation de l'économie et du commerce et l'un des obstacles à cette fin est l'insuffisance des sources et crédits de financement du commerce international. Le projet de Convention peut beaucoup contribuer à combler cette insuffisance et ainsi profiter à des pays qui ont atteint des degrés de développement économique différents dans toutes les régions.

Cessions globales et cessions de créances futures

Le développement, par le biais du projet de Convention, du droit moderne relatif au financement du commerce par cession de créances et la possibilité de générer ainsi du crédit sur les marchés financiers donnent l'occasion, importante, de traiter des objectifs à atteindre. Une convention multilatérale peut permettre d'atteindre ces objectifs si elle assure la validité des cessions de créances, en particulier des créances futures et d'importants ensembles de créances, et favorise ces cessions sur lesquelles s'appuient aujourd'hui les nouvelles sources de crédit sur les marchés financiers internationaux.

Prévisibilité commerciale: facteur essentiel de mobilisation du crédit

Indépendamment des règles de fond uniformes applicables à la cession de créances, le projet de Convention offre aux États des options qui leur permettent d'adapter les dispositions à leurs besoins économiques particuliers. Sur d'autres questions, il régit le régime juridique national applicable en énonçant des règles qui peuvent aussi favoriser le financement, à condition qu'elles tiennent compte des pratiques en vigueur, répondent aux besoins d'efficacité commerciale et ne reposent pas sur des notions générales de conflit de lois qui iraient à l'encontre du but recherché. La combinaison de ces règles et options vise à assurer le degré de certitude commerciale qui est nécessaire et détermine la volonté des marchés financiers d'élargir le crédit à des domaines jusqu'alors négligés.

II. COMMENTAIRES PORTANT SUR DES POINTS PARTICULIERS

Champ d'application (art. 1)

Les règles du projet de Convention relatives au lieu de situation du cédant, du cessionnaire et du débiteur, et la cohérence de ces règles avec celles non moins importantes des articles 24 et 25 sont décisives quant aux avantages à tirer du projet de Convention. Dans les pratiques modernes de cession, les financiers doivent savoir avec certitude *ex-ante* quand le projet de Convention s'applique, sans avoir généralement à s'en remettre à une analyse ultérieure des faits et des circonstances, sinon les avantages du projet de Convention seront perdus. Cela vaut en particulier pour la principale source de financements nouveaux par cession de créances futures, ainsi que par cession globale et consortiale.

Il faut aligner le paragraphe 1 b) de l'article premier sur le paragraphe 1 a) du même article de manière à exiger en cas de cession subséquente, comme le paragraphe 1 a) de l'article le fait pour une cession initiale, que le cédant soit situé dans un État contractant. Exiger au paragraphe 1 a) de l'article premier que le cédant soit situé dans un État contractant répondait à l'idée que les règles du projet de Convention, en particulier celles qui portent sur les droits des tiers dans la section III du chapitre IV, doivent s'appliquer à tous les tiers qui traitent avec le cédant. Il ne serait possible d'assurer l'application de ces règles, notamment en cas probable de différend avec un tiers né dans la juridiction de l'État du cédant, que si cet État est un État contractant. Nous ne voyons aucune raison de principe de faire une distinction entre les cessions initiales et les cessions subséquentes pour exiger que le cédant soit situé dans un État contractant. Nous pensons que le Groupe de travail n'avait aucune intention de faire cette distinction.

Pour aligner le paragraphe 1 b) de l'article premier sur le paragraphe 1 a) du même article, nous suggérons que le paragraphe 1 b) se lise comme suit:

"b) à la cession subséquente effectuée par un cédant situé dans un État contractant à la date de la conclusion du contrat de cession, à condition qu'une cession antérieure soit régie par la présente Convention; et"

Le paragraphe 1 c) de l'article premier, contrairement à ce que semble indiquer le texte actuel, ne porte pas vraiment sur un troisième type de cession auquel le projet de Convention s'applique mais est en fait une disposition qui neutralise une limitation qui, sinon, aurait pu être apportée à une cession du type de celles qui sont visées au paragraphe 1 a) du même article. Il faudrait donc modifier cette disposition et en faire un nouveau paragraphe 2 qui se lirait comme suit:

"La présente Convention s'applique aux cessions subséquentes visées à l'alinéa a) du paragraphe 1 du présent article, même si elle ne régit pas une cession antérieure de la même créance."

Champ d'application (art. 2 a))

L'alinéa a) de l'article 2 est à bien des égards une disposition qui touche au champ d'application. En effet, la définition du terme "créance" – droit contractuel au paiement d'une somme d'argent – est si large qu'il faut traiter dans le champ d'application du projet de Convention, par une règle ou par une exclusion, tout un éventail de pratiques financières qui peuvent faire intervenir la cession ou la cession possible d'une créance répondant à cette définition. Les règles du projet de Convention fonctionnent généralement bien et sont le plus souvent conformes aux pratiques commerciales courantes dans de nombreux pays, quand la créance est un droit contractuel à paiement né de la vente de biens ou de la prestation de services personnels.

Le projet de Convention ne fonctionne pas aussi aisément dans le cas d'autres créances, telles que celles qui sont nées de comptes de dépôt, comptes de titres, comptes de biens et services, swaps et autres produits dérivés, repos, lettres de crédit, garanties indépendantes et crédit-bail immobilier. Pour que le projet de Convention puisse être plus largement accepté, il faut peut-être adapter certaines règles à ces cas, ou prévoir des exclusions précises. Nous espérons que cet objectif pourra être atteint à la réunion de la Commission en juin 2000.

Exclusions (art. 4 et 5)

Nous continuons de penser que la question, soulevée à la dernière réunion du Groupe de travail, des propositions tendant à exclure certaines opérations ou entités ou à négocier des dispositions spéciales applicables à certains secteurs demeure importante pour l'ensemble du projet. La proposition que nous avons faite pour certains secteurs commerciaux à la dernière réunion du Groupe de travail (variante A de l'article 5) a été reprise

dans nos commentaires au titre de l'alinéa a) de l'article 2 ci-dessus. Nous poursuivons nos efforts auprès de différents secteurs d'activité pour trouver les solutions appropriées.

“Situé” (art. 6 i)

Nous poursuivons les consultations avec les secteurs d'activité de différents pays et les organismes officiels de réglementation pour savoir s'il conviendrait de modifier, quand il s'agit des succursales bancaires, les règles de détermination du lieu où est situé le cédant à l'alinéa i) de l'article 6. Il importe de se demander si la règle relative au lieu de situation devrait tenir compte de la pratique courante des banques qui opèrent de plus en plus avec l'étranger par l'intermédiaire de succursales. Dans les mécanismes de réglementation distincts mis en place par de nombreux États pour les succursales des banques étrangères qui opèrent sur leur territoire et sur les marchés actuels des prêts syndiqués et des opérations boursières sur lesquels interviennent les banques et d'autres parties, la succursale d'une banque étrangère soumise à réglementation est considérée à peu près comme une personne morale distincte opérant localement dans l'État dans lequel cette succursale est située (*pour une proposition initiale que le Groupe de travail n'a pas eu le temps d'examiner, voir A/CN.9/466, par. 98 et 99*). Il peut être souhaitable d'appliquer une règle analogue aux agences des compagnies d'assurance étrangères auxquelles peuvent être attachées des considérations d'ordre réglementaire du même genre.

Efficacité et date de la cession (art. 9 et 10)

Il y a trois cas dans lesquels la lecture de ces articles pourrait aboutir à un résultat différent de celui qu'avait prévu le Groupe de travail. Premièrement, malgré la nette décision de principe énoncée à l'article 9, qui reconnaît la validité des cessions individuelles ou globales de créances futures, l'article 24 pourrait être interprété comme annulant l'effet de cette décision. Deuxièmement, malgré la nette décision prise aussi à l'alinéa a) iii) de l'article 24 qui renvoie à la loi sur l'insolvabilité de l'État dans lequel est situé le cédant, les articles 9 et 10 pourraient être compris comme l'emportant sur les règles de priorité de cette loi dans le cas de certaines créances nées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou acquises après l'ouverture de cette procédure par utilisation d'actifs non grevés de la masse des biens. Troisièmement, bien que le Groupe de travail ait clairement voulu éviter qu'une règle de la Convention prévale sur des dispositions légales limitant les cessions, l'article 9 pourrait prendre l'avantage sur une limitation légale applicable à la cession d'une créance.

Nous expliquons plus avant nos préoccupations et proposons un texte dans l'appendice à la fin de ces commentaires.

Priorité sur le produit (art. 26)

Il conviendrait de préciser dans le texte de l'article 26 que le droit du cessionnaire sur le produit n'a pas priorité sur celui d'un autre cessionnaire sur ce produit si, en application de la loi de l'État du cédant, le droit de ce dernier sur le produit (par opposition à son droit sur la créance dont le produit est né) a la priorité. Dans ce souci de précision, nous proposerons d'ajouter à l'article 26 le paragraphe 3 suivant:

- “3) Les paragraphes 1 et 2 du présent article n'ont pas d'incidences sur la priorité du droit d'un autre cessionnaire sur le produit lui-même si le droit de ce dernier sur le produit a la priorité en application de la loi de l'État dans lequel le cédant est situé.”

Réserve concernant les débiteurs souverains (art. 38)

Ajouter “... que lui-même ou toute personne publique spécifiée” après “Un État peut déclarer à tout moment...” (supprimer “qu'il”). Étant donné qu'une exclusion totale limiterait beaucoup les avantages apportés par la Convention, il importe de permettre aux États d'adapter l'exclusion proposée de façon restrictive en

fonction de leur intérêt économique, au lieu de ne leur offrir que la solution du "tout ou rien". Dans certains États, les personnes publiques interviennent dans un vaste ensemble d'opérations.

Annexe (sect. I et II)

La transparence, élément particulièrement important sur les marchés financiers modernes, est assurée dans certains pays par un système de dépôt (d'enregistrement) des notifications accessible au public, qui permet à tout financier d'être averti de certains droits préexistants et qui généralement établit la priorité entre certains ayants droit. Un tel système a beaucoup contribué à développer le crédit et à abaisser les taux dans les pays où il a été mis en place. À juste titre, le projet de Convention n'oblige pas à adopter ce système, mais prévoit dans les sections I et II de l'annexe I une approche entièrement facultative, à laquelle les États peuvent souscrire à tout moment pour en obtenir les avantages.

III. COMMENTAIRES PORTANT SUR D'AUTRES POINTS

Titre

Nous recommandons d'adopter le titre "Convention sur la cession de créances". À la lumière des débats qui ont eu lieu au Groupe de travail, nous pensons qu'il conviendrait d'éviter le terme "financement" de manière à écarter, au sujet des opérations qui entrent dans le champ d'application du projet de Convention, toute argumentation découlant des différences dans l'utilisation de ce terme.

Préambule

Pour tenir compte, dans les principes énoncés dans le préambule, des objectifs du projet de Convention dont le Groupe de travail a souvent fait état, nous recommandons de formuler comme suit le texte du troisième alinéa:

"Désireux d'énoncer des principes et d'adopter des règles relatifs à la cession de créances qui garantissent la prévisibilité et la transparence et favorisent la modernisation de la législation relative aux cessions de créances, notamment aux cessions effectuées à l'occasion d'opérations d'affacturage, de forfaitage, de titrisation, de financement de projets et de refinancement, et qui facilitent le développement de nouvelles pratiques, sans porter atteinte aux pratiques en vigueur,...",

et de remplacer le texte du cinquième alinéa par le texte suivant:

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

Application de l'annexe (art. 1, par. 4)

Il conviendrait de clarifier le texte pour tenir compte du fait que, dans l'intention du Groupe de travail, le terme "s'applique dans" se rapporte au droit matériel de l'État dont la loi est appliquée, et non à la loi d'un État dans lequel il se peut qu'une action soit en cours.

"Situé" (art. 6 i) ii)

Il y aurait lieu de clarifier dans le commentaire que "l'administration centrale" désigne le siège administratif, c'est-à-dire l'établissement à partir duquel le cédant ou le cessionnaire gère ses affaires et non celui

où des livres et des dossiers sont tenus ni où des actifs sont situés. Il convient en effet de le préciser afin d'assurer le maximum de certitude et de prévisibilité à ceux qui traitent avec le cédant ou le cessionnaire en application du projet de Convention.

Lacune à combler (art. 8, par. 2)

Il serait bon de modifier la dernière disposition ou d'ajouter un commentaire pour préciser que conformément à cette disposition, c'est la loi applicable en vertu du projet de Convention qui s'applique en premier lieu et ensuite, si nécessaire, la loi applicable en vertu des règles générales de conflits de la juridiction.

Efficacité de la cession (art. 9, par. 2)

Aux fins de l'article, il conviendrait de remplacer le membre de phrase "à la date de la conclusion du contrat initial" qui a peut-être été repris par mégarde d'un projet antérieur, par le membre de phrase "à la date à laquelle naît la créance future".

Responsabilité en cas de violation des limitations contractuelles (art. 11, par. 2 et art. 12, par. 3)

Il importe de préciser l'effet des secondes phrases (identiques) des paragraphes de ces articles, ou d'en modifier le texte. Les deux dispositions contiennent une règle qui écarte la responsabilité dans une circonstance précise. Il est très important d'indiquer clairement que rien dans le projet de Convention ne peut servir de base pour engager la responsabilité d'une personne qui n'est pas partie à une convention d'incessibilité, ni n'est prévu à cette fin. La question de savoir si la responsabilité de cette personne est engagée ou non relève de la loi nationale; ces dispositions ont pour objectif et seul effet d'écarter la responsabilité fondée sur le seul motif que la personne avait connaissance de la convention, au cas où cette connaissance serait un motif suffisant pour engager sa responsabilité en vertu de la loi nationale applicable.

Sûretés et droits "accessoires" (art. 12)

À quatre reprises, l'article 12 se réfère à une sûreté "garantissant" le paiement. Cette référence vise à inclure les sûretés personnelles, telles que les garanties. En fait, la garantie constitue le type de sûreté personnelle à laquelle la disposition s'appliquera vraisemblablement le plus souvent. Dans certains États, toutefois, dont les États-Unis, la garantie n'est pas une forme de sûreté car ce n'est pas une forme de droit réel: dans ces systèmes, il s'agit en effet d'une obligation "accessoire". Il est possible de régler la question dans le commentaire en indiquant clairement que ces sûretés personnelles entrent dans le champ d'application de l'article et, de ce fait, il n'est pas nécessaire de modifier le texte du projet de Convention.

Notification de la cession (art. 19 et autres articles appropriés)

Le terme "notification de la cession", qui fait l'objet d'une définition, s'entend d'un écrit qui répond à certaines exigences. Du fait d'interprétations différentes, il conviendrait de signaler par des références dans le commentaire officiel ou par des signes de renvoi dans le texte qu'il s'agit d'une "notification" au sens de la définition, et non d'une notion générale qui pourrait être interprétée à tort comme se rapportant simplement au moment où le débiteur prend connaissance de la cession.

Paiement libératoire du débiteur (art. 19, par. 2)

Remplacer "notification de plusieurs cessions" par "des notifications de cession". Étant donné que la règle se réfère à la première notification reçue, elle ne s'applique que quand le débiteur a reçu plusieurs notifications.

Modification du contrat initial (art. 22, par. 3)

L'article se réfère uniquement aux modifications convenues entre le cédant et le débiteur, ce qui ne saurait en aucun cas engager la responsabilité d'un cessionnaire en cas de violation de la convention. L'article devrait être modifié en conséquence.

Recouvrement des paiements (art. 23)

La référence aux "droits du débiteur en vertu de l'article 20" est peu claire et pourrait entraîner une erreur d'interprétation. L'article 23 porte sur le recouvrement effectif tandis que l'article 20 ne concerne que les exceptions et les droits à compensation. Les deux articles sont donc incompatibles et le membre de phrase commençant par "Sans préjudice", qui peut être source de confusion, devrait être supprimé. Si, au demeurant, une référence est jugée nécessaire, mieux vaudrait fournir une explication dans le commentaire. Autrement, si, pour une raison quelconque, c'est le texte qui est jugé nécessaire, il serait bon d'ajouter une phrase rédigée en ce sens: "Le fait que le débiteur n'est pas habilité à obtenir recouvrement en application du présent article ne l'empêche pas de faire valoir une exception ou un droit à compensation sur la somme payée s'il est habilité à le faire en application de l'article 20."

Priorité sur le produit (art. 26, par. 2)

Il conviendrait de modifier cette disposition pour indiquer clairement que chaque concurrent a sa place. Le texte actuel laisse entendre qu'un cessionnaire s'efface devant chaque catégorie de concurrents à moins d'avoir la priorité non seulement sur cette catégorie mais aussi sur toutes les autres. Le nouveau texte devrait préciser la date à prendre en compte pour déterminer si la condition a été remplie.

Dans le commentaire, il conviendrait d'indiquer clairement que les instructions visées à l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article 26 peuvent être données: à tout moment, que ce soit au début de l'opération de cession ou ultérieurement, par exemple en cas de défaillance du cédant; dans le contrat de cession ou dans un document séparé; en des termes précis ou généraux; et par écrit, par les moyens électroniques ou tout autre moyen susceptible de servir de preuve.

Loi applicable à la relation entre le cédant et le cessionnaire (art. 28)

Sous réserve du texte final de ce chapitre, le membre de phrase entre crochets est important pour éliminer la possibilité de passer outre à d'autres dispositions du projet de Convention, hormis celles du chapitre V, qui déterminent la loi applicable.

Rapports avec d'autres textes (art. 36)

En cas de maintien du membre de phrase entre crochets, il pourra être nécessaire de prévoir une exclusion distincte pour les opérations de financement d'aéronefs dans lesquelles les créances sont identifiées et liées à un aéronef ou à des moteurs déterminés, compte tenu des pratiques du secteur et des lois spéciales applicables aux opérations portant sur les aéronefs dans certains États.

Autres exclusions (art. 39)

Cet article devrait être maintenu afin de permettre aux États de procéder aux ajustements nécessaires pour appliquer les dispositions du projet de Convention. Le recours abusif par un État à cet article serait préjudiciable à la cote de crédit des parties de cet État; aussi, les États limiteront-ils sans doute d'eux-mêmes ce recours.

Application de l'annexe (art. 40)

À l'alinéa a) du paragraphe 1, il faudrait remplacer le terme "sera" par le terme "peut-être", étant donné que le système d'enregistrement est facultatif même pour les États qui ont opté pour les sections I et II, comme prévu à l'alinéa b) du paragraphe 1. Les États voudront peut-être créer leurs propres registres ou en utiliser d'autres, et la nouvelle formule leur permettra de le faire. Les systèmes d'enregistrement dont le fonctionnement n'est ni efficace ni fiable n'inspireront aucune confiance si bien que le mécanisme, tout en préservant les différentes options, aura une capacité autorégulatrice.

Problèmes d'application transitoire (art. 41, par. 5, art. 43, par. 3 et art. 44, par. 3)

Il reste à mettre à l'essai ces dispositions, qui sont très importantes, pour se faire une idée de leur effet sur les principales formes de pratique en matière de créances. Les prêteurs commerciaux doivent avoir la certitude que le projet de Convention n'aura pas d'incidences sur les droits préexistants et connaître, également avec certitude, la date à laquelle le projet de Convention s'appliquera aux nouvelles opérations.

Règles de priorité fondées sur l'enregistrement (annexe, art. 1 et 2)

Les dispositions de la section I de l'annexe devraient être modifiées de manière à autoriser les États à faire une déclaration pour apporter aux articles premier et 2 des ajustements concernant la manière dont fonctionne le système de dépôt des notifications à leur égard.

Création d'un système d'enregistrement (annexe, art. 3)

Nous sommes disposés à travailler, à titre informel, à la session de la Commission ou à tout autre moment par la suite avec les États qui envisagent d'adopter le nouveau régime d'enregistrement, afin de préparer le terrain à la mise en place d'un réseau international de systèmes de dépôt des notifications. Dans le même temps, nous nous opposerons à toute disposition qui élèverait abusivement le coût de la mise en place de ce(s) système(s) et rendrait cette mise en place beaucoup plus difficile à assurer, en faisant intervenir un processus diplomatique ou autre qui ne cadre pas avec la création d'un système technique informatisé. L'expérience d'autres organismes internationaux est instructive à cet égard. L'avant-projet de Convention d'UNIDROIT dont un système de notification informatisé fera partie intégrante, comprendra quelques directives, mais laissera aux États contractants le soin de créer ce système après l'adoption de l'avant-projet. De plus, comme on l'a vu dans les commentaires au titre de l'article 40 plus haut, le caractère entièrement facultatif de la participation à un système d'enregistrement permettrait aux États qui décideraient de le faire d'utiliser leur propre système.

Appendice

Explication des commentaires sur les articles 9 et 10

Cessions globales et futures. L'article 24 pourrait être interprété comme prévalant sur l'article 9 qui donne effet aux cessions globales et futures. Cela pourrait se produire dans les cas où la loi de l'État dans lequel le cédant est situé ne reconnaîtrait pas une telle cession et, de ce fait, la rendrait sans effet par rapport à la créance d'une partie concurrente ou subordonnerait les droits du cessionnaire à ceux de cette partie. Dans ces cas, la référence dans l'article 24 à la loi de l'État dans lequel est situé le cédant pour la question des droits concurrents d'autres parties pourrait amener un tribunal à appliquer cette loi et à conclure que le cessionnaire des créances futures n'a aucun droit à l'égard de ces parties ou que ses droits sont subordonnés aux leurs.

Pour éviter cette interprétation possible, nous proposons de modifier l'article 9 en y ajoutant les paragraphes suivants:

- “3) Le transfert d'une créance a effet, entre le cédant et le cessionnaire, au moment du transfert.
- 4) Le transfert d'une créance n'est pas sans effet à l'égard des personnes visées à l'alinéa a) i) à iii) du paragraphe 1 de l'article 24 et les droits sur cette créance ne sont pas subordonnés à ceux de ces personnes au seul motif qu'une loi autre que la présente Convention ne reconnaît généralement pas la cession visée aux paragraphes 1 ou 2.”

Le commentaire pourrait indiquer clairement que le terme “généralement”, qui figure dans le paragraphe 4 proposé, se réfère aux dispositions générales du droit commercial du pays du cédant, qui ne reconnaît pas les cessions globales ou les cessions (individuelles ou globales) de créances futures, et que ce terme ne se rapporte pas à des lois plus précises de ce pays qui, pour des raisons de politique générale évidente, interdisent les cessions de catégories ou de types spécifiques de créances. Par exemple, la loi interdisant les cessions de créances salariales futures en tant que catégorie spéciale de créances ne serait pas une loi qui ne reconnaît “généralement” pas les cessions de créances futures, car elle ne porte que sur un type précis de catégorie de créances, et non sur les créances en général.

Règles de priorité des lois nationales sur l'insolvabilité applicables aux créances postérieures à l'insolvabilité. Les articles 9 et 10 pourraient être interprétés comme l'emportant sur les règles de priorité de la loi sur l'insolvabilité de la juridiction du cédant applicables aux créances nées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou acquises après l'ouverture de cette procédure par utilisation d'actifs non grevés de la masse des biens. Cette interprétation pourrait aboutir, par application de l'article 24 où exception est faite des questions réglées dans d'autres dispositions du projet de Convention, à la conclusion que les règles de l'article 10 relatives au moment du transfert supplantent les lois nationales sur l'insolvabilité qui régissent les créances postérieures à l'insolvabilité. À notre avis, ce n'était pas l'interprétation que le Groupe de travail entendait donner à ces articles. En revanche, nous pensons que l'intention du Groupe de travail, comme prévu généralement à l'article 24, était de laisser à l'application de la loi nationale sur l'insolvabilité la question de savoir dans quelle mesure la cession d'une créance, née après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ou acquise après l'ouverture de cette procédure par utilisation d'actifs non grevés de la masse des biens, pouvait être écartée par l'administrateur de l'insolvabilité ou subordonnée à ses droits.

Pour éviter cette interprétation, nous proposons de modifier l'article 9 en y ajoutant le texte suivant:

() La question de savoir si le transfert d'une créance a des incidences sur les droits des personnes visées à l'alinéa a) i) à iii) du paragraphe 1 de l'article 24 est tranchée conformément à la section III du chapitre IV.

Interdictions prévues par la loi en matière de cessions. L'article 9 pourrait être compris de manière à annuler une loi applicable qui limite la cession d'une créance par contrat puisqu'il semble donner “effet” à toutes les cessions contractuelles.

L'ajout du texte suivant à l'article 9 préserverait les limitations légales à la cession sans avoir d'incidences sur les dispositions des articles 11 et 12 qui portent sur les limitations contractuelles à la cession:

() Le présent article est subordonné à toute loi applicable qui interdit ou limite la cession d'une créance pour un motif autre que l'existence d'une interdiction ou limitation contractuelle concernant cette cession.

Texte complet. Le texte ci-après permet de regrouper les trois propositions que nous avons faites. Le lien entre elles est assuré par le membre de phrase en italique.

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

- 3) Le transfert d'une créance a effet, entre le cédant et le cessionnaire, au moment du transfert.
- 4) Le transfert d'une créance n'est pas sans effet à l'égard des personnes visées à l'alinéa a) i) à iii) du paragraphe 1 de l'article 24 et les droits sur cette créance ne sont pas subordonnés à ceux de ces personnes au seul motif qu'une loi autre que la présente Convention ne reconnaît généralement pas la cession visée aux paragraphes 1 ou 2.
- 5) Le présent article est subordonné à toute loi applicable autre qu'une loi du type visé au paragraphe 4, qui interdit ou limite la cession d'une créance pour un motif autre que l'existence d'une interdiction ou limitation contractuelle concernant cette cession.
- 6) *Sauf disposition contraire du présent article*, la question de savoir si le transfert d'une créance a des incidences sur les droits des personnes visées à l'alinéa a) i) à iii) du paragraphe 1 de l'article 24 est tranchée conformément à la section III du chapitre IV.

Le texte en italique est nécessaire pour exclure a) de la disposition préservant les interdictions légales de cession, la loi qui interdit généralement les cessions individuelles ou globales de créances futures, b) de la disposition selon laquelle la priorité doit être déterminée en application de la section III du chapitre IV, toute loi qui, à des fins de priorité, ne reconnaît généralement pas les cessions individuelles ou globales de créances futures, et c) de la disposition selon laquelle la priorité doit être déterminée en application de la section III du chapitre IV, l'effet de toute loi applicable qui n'autorise pas la cession par contrat d'un type ou d'une catégorie spécifique de créances.

JAPON

[Original: anglais]

Le Japon estime que l'unification du droit relatif à la cession de créances est importante en ce sens qu'elle permettra de prévenir les complications découlant des différences entre les lois des divers pays et de favoriser le financement international par cession de créances. Nous continuons de procéder à une étude minutieuse du projet de Convention, en particulier des questions restées en suspens: définition du terme "situé" (art. 6 i)), créances autres que les créances commerciales (art. 5) et dispositions relatives au droit international privé. À ce stade, nous ferons quelques brefs commentaires sur ces questions.

Titre et préambule

Le Japon juge préférable de maintenir les termes "à des fins de financement" dans le titre et le préambule, car le projet de Convention contient, sur les obligations ou les exceptions (chap. IV, sect. I et II), des dispositions assez détaillées qui pourraient ne pas toujours convenir à tous les types de cessions de créances.

Champ d'application du chapitre V (art. 1, par. 3 et art. 37)

Afin d'assurer une plus grande uniformité du droit relatif aux cessions, il est préférable que les règles de fond de l'annexe concernant la priorité ne s'appliquent pas par le biais des règles de droit international privé énoncées au chapitre V. Le Japon est donc d'avis qu'il faudrait supprimer le paragraphe 3 de l'article premier et insérer dans le chapitre V une disposition stipulant explicitement que ce chapitre ne fait que compléter le projet de Convention.

Nous préférierions que ce chapitre soit soumis à une clause d'option positive et non à une clause d'option négative (l'article 37 devrait être modifié) parce que, tel nous le comprenons, il est destiné aux États qui n'ont pas de règles de droit international privé en la matière.

Paiement libératoire du débiteur (art. 19)

Nous voudrions clarifier le paragraphe 5 de l'article 19, eu égard en particulier au cas où, A ayant cédé une créance à B qui la cède subséquemment à C, le débiteur demande à C de fournir la preuve de la cession.

La question qui se pose est de savoir si C doit fournir la preuve de la cession uniquement entre B et C, ou la preuve des deux cessions, pour que C puisse être un véritable cessionnaire. À notre avis, la seconde solution serait la bonne étant donné que le débiteur ne recevrait pas obligatoirement notification de la cession entre A et B puisqu'aux termes du paragraphe 3 de l'article 18, la notification d'une cession subséquente (dans ce cas, entre B et C) vaut notification de toute cession antérieure (entre A et B).

Une autre question est de savoir, au cas où C ne fournirait pas la preuve des cessions, si le débiteur devrait effectuer le paiement libératoire à A ou à B.

Organisations internationales

INTERNATIONAL SWAPS AND DERIVATIVES ASSOCIATION (ISDA)

[Original: anglais]

L'ISDA (International Swaps and Derivatives Association, Inc.)¹ et la TBMA (The Bond Market Association)² souscrivent aux arguments avancés, dans leurs commentaires, par la Fédération bancaire de l'Union

¹L'ISDA est une association commerciale mondiale représentant plus de 450 participants du secteur des produits dérivés négociés à titre privé, comprenant des swaps, des opérations à terme et à option ainsi qu'une combinaison de ces produits liés à toute une série de risques sous-jacents, financiers et autres, y compris des risques de taux d'intérêt et de change. Dans un rapport, la Banque des règlements internationaux a estimé à 80 000 milliards de dollars des États-Unis au total à fin décembre 1998 la valeur notionnelle de quatre grandes catégories d'opérations sur produits dérivés et à 3 200 milliards de dollars la valeur de marché brute de ces opérations à la même date. Pour de plus amples informations, consulter le site Web de l'ISDA (www.isda.org).

²La TBMA représente des sociétés de placement et des banques qui procèdent à l'échelle nationale et internationale à des opérations de garantie, de répartition et d'échange de valeurs à revenu fixe. Ces titres de créances et autres placements sont les suivants: accords de mise en pension; titres du Trésor américain; titres de la Federal Agency; titres hypothécaires et autres, garantis par des actifs, titres de créance sur les entreprises; obligations des collectivités locales; et instruments du marché monétaire. Pour de plus amples informations sur l'Association, consulter le site Web de la TBMA (www.bondmarkets.com).

européenne et le Financial Markets Lawyers Group.³ L'ISDA et la TBMA s'associent à eux pour appuyer les objectifs du projet de Convention. Toutefois, nous sommes préoccupés par l'incidence de certains aspects de ce projet sur certaines opérations financières et les dispositions contractuelles qui sous-tendent ces opérations. Dans ses observations, la Fédération européenne a examiné ces préoccupations dans le détail. Nous appuyons les propositions formulées par la Fédération, en y ajoutant qu'à notre avis, il conviendrait de limiter encore la définition du terme "créance commerciale" à l'article 5, variante B des changements proposés par la Fédération, pour en exclure les comptes de titres ordinaires, tels que les comptes d'achat de titres, et les titres de créances en général.

Le projet de Convention vise à abaisser les coûts de l'emprunt et à faciliter l'accès au crédit en réduisant les risques liés à la loi. Il importe, toutefois, d'atteindre cet objectif sans porter atteinte aux arrangements contractuels, largement acceptés, qui existent pour certaines catégories d'opérations financières, telles que les produits dérivés, les accords de mise en pension et les arrangements de prêt sur titres. Ces opérations constituent un instrument essentiel de réduction du risque pour les institutions financières, les sociétés, les personnes publiques et autres utilisateurs. Elles sont le plus souvent attestées par des contrats conclus sous l'égide de l'ISDA et/ou de la TBMA. Ces contrats créent un moyen d'assurer effectivement la compensation des risques liés aux opérations à la liquidation. Tout ce qui risque de compromettre la compensation dans le cadre de ces contrats est une source de préoccupation pour l'ISDA, la TBMA et nos membres.

L'ISDA et la TBMA sont heureuses d'avoir pu présenter leurs commentaires sur le projet de Convention et souhaitent faciliter la tâche de la CNUDCI en faisant part également de leurs observations sur toute disposition spécifique dont le texte sera proposé par la CNUDCI.

* * *

³Voir A/CN.9/472/Add.1.