



Assemblée générale

Distr.: Générale
3 avril 2001

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

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

Financement par cession de créances

Projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international: commentaires sur les questions en suspens et d'autres points

Note du Secrétariat

Table des matières

<i>Chapitres</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-2	2
II. Commentaires	3-52	3
A. Articles 18 à 47 et annexe: questions renvoyées à la Commission par le Groupe de travail	3-26	3
1. Nature et priorité du droit du cessionnaire sur un produit (article 24-1 b))	3-16	3
2. Existence et nature du droit d'un réclamant concurrent sur le produit (article 24-1 c))	17	7
3. Nature d'un droit (article 24-2)	18-19	7
4. Relation entre le cessionnaire et le débiteur (article 20)	20	8
5. Forme (nouvelle disposition du chapitre V)	21	8
6. Loi applicable dans les unités territoriales (article 37)	22	9
7. Réserves et déclarations (article 44)	23-25	9
8. Annexe	26	10
B. Articles premier à 17: questions laissées en suspens par la Commission ou renvoyées à cette dernière par le Groupe de travail	27-30	10
1. Exclusion des transferts d'effets de commerce (article 4-1 b))	27-28	10
2. Exclusions par voie de déclaration (paragraphe 4 de l'article 4)	29	10

3.	Exclusion des transferts de biens meubles incorporels (articles 11-3 a) et 12-4 a))	30	10
C.	Autres questions	31-42	10
1.	Exclusion des créances immobilières (article 4-3)	32	10
2.	Efficacité (articles 8 à 12)	33-37	11
3.	Questions relatives à la protection des consommateurs	38-40	13
4.	Exceptions et droits à la compensation du débiteur (article 20-1)	41	14
5.	Questions de priorité (article 24-1 a) ii))	42	15
D.	Procédure à suivre pour l'adoption finale du projet de convention	43-46	15
E.	Questions de forme	47-52	16

I. Introduction

1. À sa trente-troisième session, la Commission a adopté le titre, le préambule et les articles premier à 17 du projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international¹. Les articles restants ont été renvoyés au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux qui les a adoptés à sa dernière session (Vienne, 11-22 décembre 2000)².

2. Comme l'indiquent les passages entre crochets dans le texte du projet de convention ou les renvois ci-après au rapport de la Commission ou à celui du Groupe de travail, certaines questions n'ont pas été définitivement tranchées. D'autres en outre sont soulevées par le Secrétariat qui se demande si les dispositions s'y rapportant sont suffisantes pour atteindre leurs objectifs déclarés. La présente note vise à donner aux délégations qui prendront part à la session de la Commission un aperçu préalable de ces questions et des différentes façons dont elles pourraient être traitées. Le secrétariat espère que cet aperçu aidera la Commission à les résoudre rapidement ainsi qu'à finaliser le projet de convention dans le peu de temps dont elle disposera³.

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/55/17)*, par. 180 à 183; *Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXXI: 2000.

² *Ibid.*, par. 186. Le texte du projet de convention figure à l'annexe I du rapport du Groupe de travail (A/CN.9/486).

³ Le projet de convention doit être examiné du 25 au 29 juin et, si nécessaire, le 2 juillet 2001. Le groupe de rédaction devra probablement se réunir jusqu'au 5 juillet et son rapport être adopté ce même jour, selon le temps dont la Commission et lui-même auront besoin pour achever leurs travaux.

II. Commentaires

A. Articles 18 à 47 et annexe: questions renvoyées à la Commission par le Groupe de travail

1. Nature et priorité du droit du cessionnaire sur un produit (article 24-1 b))

Observations générales

3. À sa dernière session, le Groupe de travail a décidé de conserver l'article 24-1 b) entre crochets, laissant à la Commission le soin de déterminer si cette disposition devrait être maintenue et, dans l'affirmative, sous quelle forme (voir A/CN.9/486, par. 61). La Commission souhaitera peut-être, pour se prononcer, tenir compte de la relation entre l'article 24-1 b) et l'article 26, de l'importance réelle de l'article 24-1 b) et de son acceptabilité.

Relation entre l'article 24-1 b) et l'article 26

4. La relation entre ces deux articles, avec leur structure actuelle, n'est pas très claire. Si tous deux portent sur le produit, l'article 26 est une règle de droit matériel et l'article 24-1 b) une règle de droit international privé. L'article 26 vise les situations particulières dans lesquelles le paiement est effectué au cessionnaire ou au cédant, mais où ce dernier détient le produit dans un compte distinct pour le compte du cessionnaire. Il semblerait donc que l'article 24-1 b) vise les situations dans lesquelles le paiement est effectué au cédant ou à une autre personne et où le produit de la créance cédée est mêlé à d'autres actifs du cédant ou de cette autre personne. Si la Commission décide de maintenir l'article 24-1 b), elle souhaitera peut-être prévoir une nouvelle disposition qui le combinerait avec l'article 26.

Limitations de l'article 24-1 b)

5. Comme on l'a dit, l'article 24-1 b) s'appliquerait dans le cas où le produit est mêlé à d'autres actifs du cédant. Toutefois, si le produit ne correspondait pas à "tout ce qui est reçu au titre d'une créance cédée" (voir article 5 j)), cette disposition pourrait très bien ne pas entrer en ligne de compte (à moins que la notion de produit et d'identification du produit soit courante dans la loi applicable). La situation est différente à l'article 26, qui fait référence à un produit clairement identifiable.

Acceptabilité de l'article 24-1 b)

6. La question générale que la Commission souhaitera peut-être traiter est celle de savoir si les problèmes de priorité liés à certains types d'actifs, dont la cession a été exclue du projet de convention, devraient être abordés lorsque ces actifs proviennent de créances. La Commission voudra peut-être se pencher sur la question en examinant chaque type d'actifs.

Titres

7. Il semblerait qu'il y ait un courant suffisant en faveur de l'approche fondée sur le lieu de situation de l'intermédiaire pertinent ((PRIMA) à savoir essentiellement le

lieu de situation du compte) pour déterminer la loi applicable à la disposition de titres. PRIMA est envisagée par la Conférence de La Haye de droit international privé et par la Commission européenne. Elle a en outre déjà été adoptée dans la législation de certains pays (par exemple à l'article 29 de la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 en France, à l'article 9-2 de la Directive de l'Union européenne concernant le caractère définitif du règlement et à l'article 8-110 du Code de commerce uniforme des États-Unis d'Amérique). Elle est également à l'étude dans d'autres pays (par exemple l'Australie, le Canada, le Japon, les Pays-Bas et le Royaume-Uni). Toutefois, il reste encore à en déterminer la formulation exacte. En particulier, il n'a pas encore été clairement défini dans quelle mesure le titulaire du compte et l'intermédiaire pertinent seront autorisés à préciser, dans leur accord de conservation, le lieu où est situé le compte sans devoir recourir à un facteur de rattachement objectif. En outre, le sens des termes "lieu de situation", "titres", "compte de titres" ou "intermédiaire teneur de compte" n'est pas absolument claire⁴.

8. Cette situation pose à la Commission un problème de fond et un problème de procédure. Pour ce qui est du premier, il s'agit de savoir si PRIMA devrait être adoptée et, dans l'affirmative, sous quelle forme. Quant au second, la question est de savoir si la Commission pourrait adopter PRIMA sans coordonner ses travaux avec ceux de la Conférence de La Haye, car il est très improbable qu'un texte aura été produit par cette dernière lorsque la Commission devra adopter le projet de convention. En examinant la question, la Commission souhaitera peut-être envisager les différentes solutions possibles.

9. L'une d'elles serait d'inclure dans le projet de convention une règle indépendante reposant sur PRIMA. L'avantage d'une telle règle est qu'elle offrirait un degré de certitude suffisant quant à la loi applicable en vertu du projet de convention. Mais l'inconvénient serait que les efforts nécessaires pour l'élaborer dépasseraient largement le cadre du projet et risqueraient d'aboutir à un résultat incompatible avec le texte qu'est en train de préparer la Conférence de La Haye. Une autre solution consisterait à insérer une règle énonçant le principe de PRIMA sans entrer dans les détails, pour lesquels on renverrait à d'autres textes. Cette solution aurait l'avantage de reconnaître PRIMA en tant que principe. Son inconvénient serait de ne pas donner d'orientations suffisantes. En outre, elle pourrait créer des problèmes de coordination, en particulier si la règle du projet de convention devait être considérée comme une règle indépendante à interpréter sans référence au texte de la Conférence de La Haye.

10. Une troisième solution serait d'indiquer dans le projet de convention que les questions de priorité seront régies par la loi applicable en vertu des règles de droit international privé applicables aux types d'actifs considérés. Le commentaire pourrait expliquer plus en détail l'approche fondée sur PRIMA, en précisant qu'elle est de plus en plus souvent adoptée pour le transfert de droits réels sur des titres.

⁴ Aussi bien le projet élaboré lors d'une réunion de la Conférence de La Haye tenue en janvier 2001, que l'actuelle proposition de directive de la Commission européenne autorisent les parties à l'accord de conservation à préciser le lieu où est situé le compte, ceci toutefois à une condition, à savoir qu'il existe un facteur de rattachement objectif (ce lieu doit correspondre au lieu où l'intermédiaire pertinent a un établissement ou une succursale et depuis lequel il tient les titulaires de comptes informés ou dans lequel il affecte le compte de titres à des fins réglementaires ou comptables). Toutefois, ces deux projets constituent des documents de travail susceptibles d'être réexaminés.

Cette solution aurait l'avantage de refléter un principe généralement acceptable sans préjuger quelle pourrait être la loi applicable. L'inconvénient serait l'inutilité d'une telle disposition, car elle énoncerait une évidence sans donner aucune indication quant à la loi applicable. Une autre solution encore serait d'aborder la question uniquement dans le commentaire, qui pourrait indiquer que l'approche fondée sur PRIMA est celle qui sera retenue dans le texte de la Conférence de La Haye. L'avantage serait que la Commission donnerait aux États autant d'orientation que possible sans surcharger le projet de convention de dispositions qui ne fixeraient pas de règles claires. La Commission souhaitera donc peut-être supprimer l'article 24-1 b) ii) et traiter la question dans le commentaire en y précisant les avantages de cette approche et en se référant au texte de la Conférence de La Haye.

Comptes de dépôt

11. S'agissant de l'article 24-1 b) iii), la Commission souhaitera peut-être envisager de suivre une approche similaire à celle qui sera suivie pour les titres. Il semblerait que des arguments solides militent en faveur de la loi du pays où est situé l'établissement dépositaire (voir A/CN.9/486, par. 58). La référence à la loi du lieu où est situé la banque pourrait aussi être interprétée comme une référence au lieu de situation du compte (approche semblable à PRIMA). Toutefois, une référence à la loi du lieu où se trouve la banque ou le compte serait incompatible avec l'approche adoptée dans les pays dont la législation fait référence à la loi du lieu de situation du cédant. De plus, en essayant de définir le lieu où est situé la banque ou le compte, on risque de rouvrir les difficiles questions que la Commission a dû résoudre pour définir la notion de "lieu de situation" aux fins du projet de convention. La Commission souhaitera donc peut-être envisager de supprimer l'article 24-1 b) iii) et de traiter la question dans le commentaire, soit en formulant une recommandation claire quant à la loi applicable (si elle parvient sans tarder à un accord sur ce point) soit en analysant les différentes solutions possibles (si elle ne parvient pas à un accord).

Effets de commerce

12. La loi applicable à la priorité sur des effets de commerce est peut-être moins sujette à controverse que celle applicable à la priorité sur des titres ou des comptes de dépôt. Toutefois, on constate un chevauchement entre l'article 24-1 b) i) et l'article 24-1 b) ii). Les effets de commerce peuvent fort bien inclure des titres s'ils sont attestés par des certificats transférables sur remise (accompagnés de tout endossement nécessaire). En outre, il faudra peut-être également soumettre la priorité concernant des titres détenus directement par leur propriétaire à la loi du lieu où ils sont situés (*lex rei sitae*), car c'est la détention indirecte de ces titres qui justifie le remplacement de la *lex rei sitae* par PRIMA. On peut toutefois se demander si une règle concernant la priorité sur les seuls effets de commerce serait suffisamment utile sans une règle relative aux titres et aux comptes de dépôt. La Commission souhaitera donc peut-être envisager de supprimer l'article 24-1 b) i) et d'analyser la question, dans le commentaire, afin de donner des orientations aux États.

Relation entre l'article 26 et le texte de la Conférence de La Haye

13. En principe, il semblerait qu'aucun conflit ne puisse surgir entre l'article 26 et le texte de la Conférence de La Haye, car le premier est une disposition de droit matériel tandis que le second est un texte de droit international privé. Conformément à l'article 26, si le cessionnaire a la priorité sur la créance et si les conditions énoncées aux paragraphes 1 et 2 sont remplies, il a la priorité sur le produit de la créance par rapport à un cessionnaire concurrent de la créance ou du produit (en tant que sûreté initiale), à un créancier du cédant (y compris un créancier ayant un droit sur le produit en tant que sûreté initiale) et à l'administrateur de l'insolvabilité du cédant. Si l'intermédiaire pertinent est situé dans un État partie à la Convention et au texte de la Conférence de La Haye (et que la Convention s'applique parce que le cédant est situé dans un État contractant), l'article 26 renverrait à la loi du lieu de situation dudit intermédiaire. Il n'y aurait alors pas de conflit entre l'article 26 et le texte de la Conférence de La Haye. Si, au contraire, l'intermédiaire pertinent n'est pas situé dans un État partie à la Convention (et que cette dernière s'applique parce que le cédant est situé dans un État contractant), l'article 26 renverrait à une loi autre que PRIMA (et, en conséquence, ce dernier risque de s'apercevoir qu'il n'a pas la priorité même s'il a fait tout son possible dans ce sens en vertu du texte de la Conférence de La Haye).

14. Il apparaît donc que les résultats seraient différents selon que c'est l'article 26 ou bien PRIMA qui s'applique. Toutefois, même dans ce cas, le conflit est plus apparent que réel. Si la créance est payée au cessionnaire (article 26-1), il n'y a aucun produit sur lequel un intermédiaire pourrait avoir un droit en tant que créancier du cédant. Si la créance est payée au cédant (article 26-2) et le produit détenu sur un compte distinct, un intermédiaire n'aurait normalement aucun droit sur ce compte, puisque les titres faisant l'objet d'une convention de compensation globale ne se trouvent pas sur celui-ci. Pour accroître la certitude quant aux droits d'un intermédiaire, il faudra peut-être préciser davantage à l'article 26-2 la nécessité de notifier à un intermédiaire (ou à tout établissement dépositaire) la nature du compte. On pourrait par exemple avoir un nouvel alinéa *a bis*) avec un libellé tel que: "Une notification à cet effet est adressée à une personne titulaire d'un droit créé par convention qui ne découle pas d'une créance ou à une personne titulaire d'un droit à compensation". On pourrait expliquer, dans le commentaire, que le droit visé peut être une sûreté ou le droit d'un acquéreur du bien considéré. Dans l'actuel alinéa b), il faudrait insérer, après "dépôt" les mots "ou de titres" afin de couvrir à la fois les comptes de dépôt et les comptes de titres. Le commentaire pourrait expliquer aussi que l'article 26 n'a pas pour objet ni pour effet de créer un conflit avec PRIMA.

15. Une autre solution que la Commission pourrait retenir serait de faire en sorte que l'article 26-2 n'ait pas d'incidence sur les droits d'un établissement dépositaire ou d'un intermédiaire en titres ou encore d'un cessionnaire du compte de dépôt ou de titres en tant que garant initial. On pourrait envisager un libellé tel que: "Le paragraphe 2 du présent article n'a aucune incidence sur la priorité d'un droit, ne découlant pas de la créance, d'une personne titulaire d'un droit créé par convention ou d'une personne titulaire d'un droit à compensation".

16. Ainsi, l'article 26-2 s'appliquerait de manière générale, mais son impact réel serait limité aux conflits entre un cessionnaire de la créance faisant valoir que le compte est le produit de cette dernière et les créanciers du cédant ou

l'administrateur de l'insolvabilité. Ce résultat se justifierait par le fait que ces personnes n'accorderaient normalement pas de crédit au cédant en se fondant sur le compte de dépôt ou de titres en question. L'article 27 s'appliquerait également, pour valider une convention de renonciation conclue entre un établissement dépositaire ou un intermédiaire en titres et un cessionnaire.

2. Existence et nature du droit d'un réclamant concurrent sur le produit (article 24-1 c))

17. L'analyse ci-dessus concernant l'article 24-1 b) vaudrait également pour l'article 24-1 c). En essayant d'offrir une certitude quant à la loi applicable à l'existence et à la nature des droits d'un réclamant concurrent, cette disposition ajoute à la complexité du projet de convention. De plus, elle traite de questions qui peuvent dépasser largement le champ d'application de ce dernier. En outre, elle pourrait être inappropriée dans la mesure où des questions, telles que l'existence d'un droit, peuvent être soumises à la loi du lieu où est situé l'actif considéré (*lex rei sitae*) ou à la loi régissant l'insolvabilité (*lex concursus*). La Commission souhaitera donc peut-être supprimer l'article 24-1 c).

3. Nature d'un droit (article 24-2)

18. La nature d'un droit est abordée à l'article 24-2 en tant que question distincte de celle de la priorité. Cette approche est contraire à l'intention du Groupe de travail de traiter cette question uniquement dans le cadre d'un conflit de priorité; en outre, elle complique inutilement l'article 24. En énonçant dans l'article 24, qui est l'une des dispositions les plus importantes du projet de convention, une règle claire et simple on pourrait en fait en faciliter l'interprétation et l'application. La Commission souhaitera donc peut-être combiner la définition de la nature d'un droit et celle de la priorité en déplaçant le paragraphe 2 de l'article 24 à l'alinéa g) de l'article 5. Cette solution pourrait aussi clarifier le sens du terme "priorité" et aider à traiter les conditions de forme de manière que la cession produise ses effets à l'égard des tiers (c'est l'approche adoptée à l'article 5 du texte de la Conférence de La Haye daté du 19 janvier 2001; l'article 8 pourrait ne pas être approprié pour traiter la question de la forme pour ce qui est de la priorité; voir par. 33 et 34). On pourrait envisager de modifier l'alinéa g) de l'article 5 de la manière suivante: "Le terme "priorité" désigne la préférence donnée au droit d'une personne sur le droit d'un réclamant concurrent et se réfère au caractère réel ou personnel du droit, à la question de savoir s'il a été créé à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation et si des mesures doivent être prises pour qu'un droit produise ses effets à l'égard d'un réclamant concurrent".

19. Si la Commission opte pour cette solution, l'article 24 serait libellé comme suit:

“À l'exception des questions qui sont réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention et sous réserve des articles 25 et 26, la loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit:

a) La priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée par rapport au droit d'un réclamant concurrent; et

b) La priorité du droit du cessionnaire sur le produit qui est une créance dont la cession est régie par la présente Convention par rapport au droit d'un réclamant concurrent." (voir toutefois par. 42).

4. Relation entre le cessionnaire et le débiteur (article 20)

20. Le Groupe de travail a laissé à la Commission le soin de déterminer si le contenu de l'article 30 devrait être inclus dans l'article 20. Il en a brièvement débattu à la suite d'une proposition permettant d'éviter que les avantages de l'article 30 ne soient perdus si un État décidait de ne pas appliquer le chapitre V (voir A/CN.9/486, par. 83). Si la Commission juge cette proposition acceptable, elle pourrait envisager pour l'article 39 un libellé tel que: "Un État peut déclarer à tout moment qu'il ne sera pas lié par le chapitre V, à l'exception des articles 30, 32 et 33". Ainsi, l'article 30 continuerait de s'appliquer et son contenu resterait soumis aux principes de loi impérative et d'ordre public (principes qui demeureraient inapplicables aux dispositions autres que celles du chapitre V). Si la Commission préfère maintenir la possibilité d'exclure intégralement l'application du chapitre V (voir A/CN.9/486, par. 111), elle pourrait envisager un libellé tel que: "Un État peut déclarer à tout moment qu'il ne sera pas lié par le chapitre V dans son ensemble ou par les articles 28, 29 et 31 seulement". Cette solution pourrait rendre le projet de convention plus souple mais également en réduire l'effet unificateur car le chapitre V risque de s'appliquer à des degrés différents d'un État à l'autre.

5. Forme (nouvelle disposition du chapitre V)

21. Le Groupe de travail a renvoyé à la Commission la question de savoir si une disposition traitant de la loi applicable à la forme de la cession et du contrat de cession devrait être insérée au chapitre V (voir A/CN.9/486, par. 76 et 174). Cette nouvelle disposition permettrait de savoir avec certitude quelle est la loi applicable à la forme dans les cas où l'article 8 ne s'appliquerait pas du fait que le cédant n'est pas situé dans un État contractant. Si la forme de la cession en ce qu'elle concerne le tiers est laissée à la loi du lieu où est situé le cédant (voir par. 18, 33 et 34) et si la forme de la cession pour ce qui est de la relation entre le cédant et le cessionnaire et pour ce qui est du débiteur fait l'objet d'une règle de droit matériel (voir par. 34), il ne resterait à aborder au chapitre V que la loi applicable à la forme du contrat de cession. Cette question peut être renvoyée aux règles de droit international privé généralement applicables à la forme des contrats ou bien on pourrait également envisager un libellé s'inspirant de l'article 11 de la Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises:

“1. Un contrat de cession conclu entre des personnes qui se trouvent dans un même État est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions soit de la loi qui le régit soit de la loi de l'État dans lequel il a été conclu.

2. Un contrat de cession conclu entre des personnes qui se trouvent dans des États différents est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions soit de la loi qui le régit soit de la loi de l'un de ces États.”

6. Loi applicable dans les unités territoriales (article 37)

22. La Commission souhaitera peut-être examiner l'article 37, qui figure entre crochets, à la lumière d'une proposition devant être présentée par certains États fédéraux (A/CN.9/486, par. 97).

7. Réserves et déclarations (article 44)

23. À la dernière session du Groupe de travail, il a été estimé que le fait d'assimiler des réserves à des déclarations risquait involontairement de conduire à l'application des dispositions du droit des traités relatives aux réserves, y compris des dispositions concernant la réciprocité. Cet avis se fondait sur le principe selon lequel le projet de convention n'autorisait aucune réserve. De ce fait, il a été proposé de supprimer le membre de phrase "autre que celles qui sont expressément autorisées par la présente Convention" ou de reformuler l'article 44 afin d'y faire référence aux déclarations (voir A/CN.9/486, par. 125 et 126).

24. Dans la mesure où les articles 36-1, 39 à 41 et 42-5 excluent l'application ou modifient l'effet de certaines dispositions du projet de convention, ils correspondent en principe à des réserves. La directive 1.1.8 sur les "réserves faites en vertu de clauses d'exclusion", adoptée par la Commission du droit international à sa dernière session, est claire sur ce point⁵. En outre, l'article 17-1 des Conventions de Vienne sur le droit des traités de 1969 et de 1978 établissent un lien clair entre une disposition autorisant un État à ne pas appliquer une partie d'une convention et une réserve. Si de telles déclarations sont faites à un moment autre que celui de la signature ou de l'expression par un État de son consentement à être lié, elles peuvent être considérées soit comme des réserves que les États sont autorisés à faire à tout moment soit comme une dénonciation partielle.

25. La Commission souhaitera donc peut-être conserver tel quel l'article 44, qui est une disposition type dans les conventions émanant de ses travaux. Le commentaire sur l'article 44 pourrait préciser que les articles 36-1, 39 à 41 et 42-5 prévoient des réserves, du moins si elles sont faites au moment de la signature ou de l'expression par un État de son consentement à être lié, tandis que l'article 37 prévoit une déclaration interprétative et que l'article 42 a le caractère d'une clause facultative. Une autre solution serait de modifier l'article 44 comme suit: "Aucune réserve n'est autorisée autre que celles qui sont autorisées au paragraphe 1 de l'article 36, aux articles 39 à 41 et au paragraphe 5 de l'article 42" [dans la mesure où elles sont faites au moment de la signature, de la ratification, de l'approbation ou de l'adhésion]. Afin d'éviter la question technique abordée dans le libellé entre crochets, la Commission souhaitera peut-être envisager de libeller l'article 44 comme suit: "Aucune réserve n'est autorisée". Le commentaire pourrait expliquer que ce libellé vise à éviter cette question technique et que l'intention n'est pas de modifier la nature juridique des réserves autorisées par d'autres dispositions.

⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10*, (A/55/10), par. 663.

8. Annexe

26. La Commission souhaitera peut-être envisager d'inclure à l'annexe une disposition sur la désignation de l'autorité de supervision et du conservateur de registre et sur l'élaboration d'un règlement (voir A/CN.9/486, par. 153 et 174). Elle pourrait envisager un libellé tel que: "À la demande d'un tiers au moins des États [contractants] [signataires] [à] [de] la présente Convention, le dépositaire convoque une conférence des États [contractants] [signataires] pour la désignation de l'autorité de supervision et du premier conservateur de registre et pour l'élaboration du premier règlement ainsi que pour la révision ou la modification de ce dernier". La Commission souhaitera peut-être aussi examiner les articles 6 à 9 à la lumière d'une proposition qui lui sera soumise par des États (voir A/CN.9/486, par. 163, 165 et 168).

B. Articles premier à 17: questions laissées en suspens par la Commission ou renvoyées à cette dernière par le Groupe de travail

1. Exclusion des transferts d'effets de commerce (article 4-1 b))

27. Le Groupe de travail a laissé à la Commission le soin de déterminer si les transferts d'effets de commerce par remise sans endossement nécessaire ou par inscription sur les livres comptables d'un dépositaire devaient être exclus (voir A/CN.9/486, par. 62 et 63). Une question connexe également renvoyée à la Commission était de savoir si, dans le cas où les transferts par remise sans endossement nécessaire ne seraient pas exclus, les conflits de priorité nés de tels transferts devraient être renvoyés à la loi du lieu de l'effet de commerce considéré.

28. La Commission souhaitera peut-être rappeler le principe de l'article 4-1 b), à savoir préserver les droits et obligations des parties découlant du droit cambiaire, sans exclure la cession de la créance contractuelle sous-jacente (voir A/55/17, par. 29; et A/CN.9/470, par. 43 et 44). Il serait conforme à ce principe d'exclure également les transferts par remise sans endossement nécessaire ou par inscription sur les livres comptables s'ils sont régis par le droit cambiaire. On pourrait obtenir ce résultat en adoptant un libellé tel que: "La présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits et obligations de quelque personne que ce soit découlant du droit cambiaire". Ce libellé rendrait en outre inutile toute référence au mode de transfert d'un effet de commerce. Il éviterait aussi d'exclure la cession d'une créance contractuelle uniquement parce que cette créance est incorporée dans un effet de commerce. Enfin, il aurait pour effet d'exclure les droits des personnes découlant du droit cambiaire, que ces personnes soient ou non parties à l'effet de commerce (par exemple les créanciers saisissant des créances).

2. Exclusions par voie de déclaration (article 4-4)

29. Lors de la dernière session du Groupe de travail, la possibilité pour les États d'exclure d'autres pratiques, actuelles ou futures, par voie de déclaration a suscité à la fois un appui sans réserve et de vives objections. On a souligné en particulier

l'utilité de l'article 4-4 en ce qu'il permet d'aborder avec souplesse des pratiques futures qui ne peuvent être prévues au stade actuel. Les pratiques actuelles susceptibles d'être exclues concernant notamment les créances découlant d'opérations en devises, dans la mesure où elles ne sont pas déjà exclues à l'article 4-2 a) et b), ou les créances sur consommateurs, à moins qu'une disposition générale sur la protection des consommateurs ne soit insérée dans le projet de convention (voir A/CN.9/486, par. 116 et 117; s'agissant de la protection des consommateurs, voir par. 38 à 40 ci-dessous). La Commission souhaitera peut-être envisager d'exclure ces pratiques directement au lieu de laisser les États le faire par voie de déclaration. Cette solution assurerait un degré de certitude et d'uniformité plus élevé quant au champ d'application du projet de convention. Si elle est adoptée, l'impact potentiel de l'article 4-4 serait limité aux pratiques futures. De ce fait, la Commission pourra peut-être se prononcer plus facilement sur le maintien ou la suppression de cette disposition. Si elle décide de la maintenir, elle souhaitera peut-être examiner s'il serait conforme au principe sur lequel repose cette disposition d'autoriser également les États à appliquer le projet de convention aux pratiques auxquelles il n'est pas censé s'appliquer (les États opteraient pour l'application du projet par déclaration).

3. Exclusion des transferts de biens meubles incorporels (articles 11-3 a) et 12-4 a))

30. L'expression "biens meubles corporels" a été placée entre crochets car il s'agit de savoir si elle recouvre les biens meubles incorporels en général (à savoir la propriété intellectuelle ou industrielle ou d'autres informations; voir A/55/17, par. 185). Il semblerait que les biens incorporels soient visés par les articles 11-3 b) et 12-4 b). La Commission souhaitera donc peut-être supprimer les crochets et clarifier la question dans le commentaire.

C. Autres questions

31. Selon le temps dont elle disposera, la Commission souhaitera peut-être également examiner les questions ci-après.

1. Exclusion des créances immobilières (article 4-3)

32. La Commission souhaitera peut-être examiner si l'article 4-3 a) pourrait être remplacé par le texte suivant qui serait ajouté à la fin de la nouvelle disposition proposée concernant les effets de commerce (voir par. 28): "ou du droit foncier". Dans ce cas, l'article 4-3 b) pourrait être remplacé par un libellé tel que le suivant, qui serait inséré à la fin de l'article 9-3: "y compris sur les limitations applicables à l'acquisition de droits réels sur un immeuble en vertu de la loi de l'État dans lequel est situé cet immeuble".

2. Efficacité (articles 8 à 12)

Article 8

33. En disposant que le respect des conditions de forme existant dans la loi de l'État où le cédant est situé est suffisant, l'article 8 donne des orientations aux cessionnaires sur la manière de garantir la validité d'une cession quant à la forme. Toutefois, si la loi du lieu où est situé le cédant exige, par exemple, que la cession soit notifiée pour être valable quant à la forme (non quant au fond)⁶, l'article 8 n'est pas utile. Dans ce cas, il ne permettrait pas, par exemple, de lever les obstacles concernant la cession de créances futures dans laquelle la notification au débiteur n'est pas possible, du moins, avant que naisse la créance et que l'identité du débiteur soit connue. En outre, du fait que l'article 8 renvoie à des lois autres que la loi du lieu de situation du cédant, il risque d'être incompatible avec l'article 24 dans la mesure où les conditions de forme peuvent être considérées comme des questions se rapportant à la priorité.

34. La Commission souhaitera donc peut-être étudier la possibilité d'insérer une règle de droit matériel relative à la forme dans la relation entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur. Une solution possible serait de partir du principe qu'aucune condition de forme n'est nécessaire entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur. Pour ce qui est du cédant et du cessionnaire, l'autonomie des parties devrait prévaloir. S'agissant du débiteur, aucune condition de forme n'est nécessaire, puisque celui-ci est suffisamment protégé par l'exigence d'une notification écrite. On pourrait envisager un libellé tel que: "Dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur, la cession n'a pas à être conclue ni constatée par écrit et n'est soumise à aucune autre condition de forme. Elle peut être prouvée par tous moyens, y compris par témoins". Selon cette approche, l'article 8 porterait sur la validité quant à la forme et l'article 9 sur la validité quant au fond. Les obstacles s'opposant à la cession de créances futures seraient levés de manière uniforme et suffisamment générale. Dans la mesure où elles sont nécessaires pour ce qui est de la priorité, les conditions de forme pourraient être soumises à la loi du lieu où est situé le cédant (voir par. 18).

Article 9

35. En faisant référence aux créances futures en général et nonobstant l'article 9-3, l'article 9-1 risque involontairement de conduire à valider la cession de toutes créances futures, y compris de créances sur consommateurs ou de pensions et de salaires, même si une telle cession est interdite par la loi. La Commission souhaitera donc peut-être reformuler l'article 9-1 comme suit: "La cession d'une ou plusieurs créances, existantes ou futures, en totalité ou par fractions, ou de tout droit indivis sur lesdites créances n'est pas dépourvue d'effet entre le cédant et le cessionnaire ou à l'égard du débiteur et d'un réclamant concurrent au seul motif qu'elle porte sur des créances futures si, à la date de la conclusion du contrat initial, elles sont identifiables comme étant celles qui font l'objet de la cession"⁷. La référence à

⁶ Si la notification est une condition de validité quant au fond, l'article 9 serait suffisant pour lever de tels obstacles.

⁷ L'article 5 de la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international est libellé de façon similaire ("une clause du contrat d'affacturage prévoyant la cession de créances existantes ou futures est valable, même en l'absence de leur désignation individuelle...").

l'efficacité d'une cession entre un cessionnaire et un réclamant concurrent vise à couvrir la question abordée à l'article 9-4, qui n'est peut-être plus nécessaire.

Article 10

36. La Commission souhaitera peut-être réexaminer s'il faudrait conserver l'article 10. Il semblerait que la date de la cession soit importante pour établir la priorité et déterminer si une cession pourrait être annulée en tant que transfert frauduleux ou préférentiel si elle a été effectuée au cours d'une certaine période précédant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ("la période suspecte"). Toutefois, les premiers mots de l'article 10 privent ce dernier de son effet et le vident ainsi de sa substance. Le terme "date de la cession" n'est employé que dans le projet d'article 9-1 b), mais on pourrait faire directement référence dans cet article et dans d'autres dispositions (par exemple aux articles 1-1 a), 3, 4 b), 14, 38, 41 du projet de convention et à l'article 6 de l'annexe) à la date de la conclusion du contrat de cession. Pour ce qui est de la question de savoir si les parties sont autorisées à fixer la date de la cession sans que cela ait d'incidences sur les droits de tiers, l'article 10 est là encore inutile puisque ce résultat est implicite à l'article 6. La Commission souhaitera donc peut-être envisager de supprimer l'article 10.

Articles 11 et 12

37. Les articles 11-3 et 12-4 ont pour objet de *limiter* l'application des articles 11 et 12 aux cessions de créances commerciales (voir A/55/17, par. 104 à 108). Toutefois, le terme "créance commerciale" est défini de manière si générale que le paragraphe 3, dans sa teneur, exclut du champ d'application de l'article 11 la cession de créances nées de services financiers. La Commission souhaitera peut-être indiquer expressément ce résultat de la manière suivante: "L'article 11 ne s'applique pas aux cessions de créances nées de contrats de services financiers". Pour éviter de créer une source d'incertitude, elle souhaitera peut-être aussi définir les contrats de services financiers. Il semblerait toutefois que l'exclusion à l'article 4 des pratiques liées à des services financiers soit assez générale pour, du moins, faire douter de l'utilité de l'article 11-3. Les seules pratiques qui ne sont pas exclues à l'article 4 et qu'il faudrait peut-être exclure à l'article 11 sont celles qui ont trait aux cessions de prêts ou de créances nées de polices d'assurance. Il serait préférable de les exclure directement plutôt qu'en se référant en termes vagues à des contrats de services financiers. On pourrait envisager de remplacer le texte actuel de l'article 11-3 par une formulation telle que: "L'article 11 ne s'applique pas aux cessions de créances nées de conventions de prêt ou de polices d'assurance [...]". Si l'on préfère un libellé plus général, on pourrait envisager, par exemple, un texte rédigé comme suit: "L'article 11 ne s'applique pas à la cession d'une créance unique existante" (bien que cette formulation puisse avoir pour effet d'exclure d'autres pratiques, telles que la cession d'une créance de valeur élevée découlant d'un contrat portant sur un équipement aéronautique, un immeuble ou des travaux de construction).

3. Questions relatives à la protection des consommateurs

38. À sa trente-troisième session, la Commission a décidé de ne pas inclure à l'article 17 de libellé se rapportant spécifiquement aux débiteurs consommateurs étant entendu qu'elle devrait peut-être réexaminer cette question. Une proposition visant à insérer une disposition précisant que le projet de convention n'autoriserait

pas un débiteur consommateur à modifier le contrat initial ou à y déroger si la modification ou la dérogation n'était pas autorisée par la législation sur la protection des consommateurs, a été accueillie avec intérêt mais n'a pas été adoptée (voir A/55/17, par. 170 à 172).

39. À la dernière session du Groupe de travail, il a été estimé que, à moins que l'on inclue dans l'article 17 une référence à la législation sur la protection des consommateurs, certains États devraient peut-être exclure des pratiques relatives aux créances sur consommateurs (voir A/CN.9/486, par. 116). Pour éviter un tel résultat, qui pourrait involontairement réduire l'utilité du projet de convention, la Commission souhaitera peut-être réexaminer la question, ce qui n'exigerait pas qu'elle modifie la ligne qu'elle a adoptée. Conformément à cette dernière, le commentaire indique expressément que le projet de convention n'a pas pour objet de l'emporter sur la législation sur la protection des consommateurs (voir A/CN.9/470, par. 128 et A/55/17, par. 170).

40. En ce qui concerne la protection des consommateurs en tant que cédant, l'article 9-3 peut être suffisant car il dispose que le projet de convention n'a aucune incidence sur les interdictions prévues par la loi. Il risque toutefois de ne pas l'être dans la mesure où l'article 9-1 peut être interprété comme validant la cession de créances futures même dans le cas de créances sur consommateurs. Bien que la nouvelle formulation proposée pour l'article 9-1 puisse résoudre ce problème (voir par. 35), il vaudrait peut-être mieux inclure dans le projet de convention un libellé couvrant également les cédants consommateurs, en mettant l'accent sur un élément mis en lumière pendant les débats de la Commission l'année dernière, à savoir les dispositions législatives impératives qui ne peuvent être modifiées ou auxquelles il ne peut être dérogé par convention entre les parties. Cette approche permettrait à la Commission de répondre aux préoccupations exprimées et, ce faisant, de réduire sensiblement la possibilité de formuler une réserve quant à l'application du projet de convention aux cessions de créances sur consommateurs. En outre, elle ne compromettrait pas la certitude que le projet de convention vise à assurer et ne modifierait non plus la ligne approuvée par la Commission. On pourrait envisager pour l'article 4 un libellé tel que: "La présente Convention ne déroge pas à la loi régissant la protection des parties aux opérations effectuées pour des besoins personnels, familiaux ou domestiques." Le commentaire pourrait expliquer que, à l'exception des cessions exclues à l'article 4-1 a), le projet de convention s'applique aux cessions de créances sur consommateurs mais n'a pas pour objet de l'emporter sur les règles impératives de la législation nationale relative à la protection des consommateurs. Si la Commission adopte le texte proposé, il ne serait pas nécessaire de faire spécifiquement référence à la protection des consommateurs aux articles 21-1 et 23.

4. Exceptions et droits à compensation du débiteur (article 20-1)

41. Dans certains États, si la cession produit effet, le débiteur peut perdre tout droit à compensation. Comme l'article 20 n'accorde pas au débiteur de droit à compensation si, en vertu de la loi applicable en dehors du projet de convention, celui-ci ne jouit pas d'un tel droit, il risque de n'avoir aucun droit à compensation dans ces États. Pour éviter cela, on pourrait ajouter à la fin de l'article 20-1 le membre de phrase "comme si la cession n'avait jamais eu lieu".

5. Questions de priorité (article 24-1 a) ii))

42. L'article 24-1 a) ii) envisage les situations dans lesquelles le débiteur paie en cédant une créance. Il y aurait alors deux cédants (le cédant de la créance initiale et le débiteur/cédant de la créance cédée en paiement de la créance initiale). La Commission souhaitera peut-être examiner quelle loi devrait régir ces situations. Elle souhaitera peut-être aussi envisager de déplacer cette disposition à l'article 26 de manière à regrouper toutes les règles relatives au produit dans un seul et même article.

D. Procédure à suivre pour l'adoption finale du projet de convention

43. À sa prochaine session, la Commission devrait examiner la procédure à suivre pour l'adoption finale du projet de convention (voir A/55/17, par. 189 et 192). Afin de déterminer si elle recommandera que le texte soit adopté par l'Assemblée générale ou par une conférence diplomatique devant être convoquée par cette dernière, elle souhaitera peut-être tenir compte des éléments ayant influencé sa décision sur ce point dans le passé. Six conventions ont été élaborées sur la base de textes mis au point par la Commission. Quatre ont été adoptées par une conférence diplomatique et deux par l'Assemblée générale.

44. Les arguments sur la base desquels la Commission a recommandé l'adoption d'une convention par une conférence diplomatique sont les suivants: les textes "techniques" devraient être adoptés lors de réunions spéciales de groupes d'experts qualifiés; les économies que l'on peut réaliser en soumettant un projet de convention à un groupe de travail de la Sixième Commission et à l'Assemblée générale peuvent être plus apparentes que réelles (voir A/8717, par. 19 et A/CN.9/SR.123; Annuaire de la CNUDCI, vol. III: 1972); incidences financières et offre d'un État d'accueillir la conférence (voir A/31/17, par. 39 à 43; Annuaire de la CNUDCI, vol. VII: 1976); en ne tenant pas de conférence, on priverait de nombreux pays, en particulier des pays en développement et des pays non représentés à la Commission, de la possibilité d'examiner le texte en détail et d'exercer une influence sur sa teneur et sa forme définitives; le fait que la Commission devrait conclure de manière appropriée un travail représentant des années d'efforts et de dépenses (voir A/32/17, par. 20 à 32; Annuaire de la CNUDCI, vol. VIII: 1977); un texte juridique même bien conçu pourrait encore être amélioré et qu'une conférence serait l'enceinte la mieux adaptée pour une négociation entre les États, les spécialistes et les professionnels (voir A/44/17, par. 223 et 224; Annuaire de la CNUDCI, vol. XVI: 1989).

45. L'argument sur la base duquel la Commission a décidé de soumettre une convention à l'Assemblée générale est que les dépenses afférentes à la convocation d'une conférence diplomatique ne se justifient peut-être pas dans le cas d'un texte qui est l'aboutissement de travaux ayant duré plusieurs années, a fait l'objet de longues délibérations et a été suffisamment amélioré si bien qu'il n'appelle pas d'autre examen quant au fond (voir A/42/17, par. 301 et A/50/17, par. 199; Annuaire de la CNUDCI, vol. XVIII: 1997 et vol. XXVI: 1995, respectivement).

46. Compte tenu de ce qui précède, la Commission souhaitera peut-être recommander l'adoption du projet de convention par l'Assemblée générale si elle

est convaincue que le texte a été suffisamment examiné et qu'il a atteint un degré de maturité tel que les États le jugent généralement acceptable. Dans ses délibérations, la Commission souhaitera peut-être tenir compte également du fait qu'une conférence diplomatique pourrait modifier le texte du projet de convention adopté par la Commission, mais aussi qu'elle favoriserait la participation d'un plus grand nombre d'États et pourrait avoir un impact sur l'acceptabilité de ce projet.

E. Questions de forme

47. Si elle parvient rapidement à un accord, la Commission souhaitera peut-être soumettre les questions ci-après au groupe de rédaction.

48. Les articles 2 (cession) et 3 (internationalité) figurent au chapitre premier (champ d'application), tandis que l'article 5 (définitions et règles d'interprétation) se trouve au chapitre II (dispositions générales), car il ne traite pas principalement ou uniquement de questions relatives au champ d'application. Toutefois, l'article 5 contient d'importantes dispositions sur ce point qu'il faut peut-être mettre en évidence au début du projet de convention (par exemple la définition de la notion de "localisation"). Il serait donc peut-être plus logique et plus utile pour le lecteur que toutes les définitions et règles d'interprétation se trouvent dans une seule et même disposition qui pourrait être l'article 2 (les actuels articles 2 et 3 pouvant devenir les alinéas a) et b) de cette nouvelle disposition). Les chapitres I et II seraient fusionnés en un seul chapitre intitulé "Champ d'application et dispositions générales".

49. Le mot "made" figurant au début des alinéas a), b), c) du paragraphe 1 de l'article 4 du texte anglais devrait être supprimé car il apparaît déjà dans le chapeau du paragraphe 1. Il faudrait faire référence dans tout le projet de convention aux titres en général plutôt qu'aux valeurs mobilières.

50. Pour qu'il soit parfaitement clair que les garanties prennent effet au moment où la cession prend effet, la Commission souhaitera peut-être modifier le paragraphe 1 de l'article 14 comme suit: "Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant garantit que, *à la date de la conclusion du contrat de cession...*" (les mots en italiques ont simplement été déplacés). En outre, afin de garantir que le cédant sera tenu responsable si la créance n'a pas été valablement créée, on pourrait insérer au début de l'alinéa c) du paragraphe 1 un libellé tel que: "La créance existe et..."

51. Les usages et habitudes peuvent lier le cédant et le cessionnaire mais non les tiers (voir article 13-2 et A/CN.9/489, par. 107). Les garanties (pouvant découler y compris d'usages commerciaux) sont considérées comme étant données non seulement au cessionnaire initial mais également à tout cessionnaire subséquent (voir article 14-1 et A/CN.9/489, par. 111). La Commission souhaitera peut-être confirmer que le commentaire reflète fidèlement son interprétation.

52. Par soucis d'harmonisation avec l'article 1-3, il faudrait remplacer à l'article 41-2 b) la référence à la loi régissant la créance par une référence à la loi régissant le contrat initial.