

# La Convention des Nations unies sur la cession de créances dans une perspective canadienne



## MICHEL DESCHAMPS

Associé

Cabinet d'avocats canadien McCarthy Tétrault

Chargé de cours en droit bancaire

Faculté de droit de l'Université de Montréal

*La première partie de l'exposé résume les règles de conflit de lois actuellement en vigueur au Canada relativement à la validité et l'opposabilité aux tiers d'une cession de créances. La seconde partie présente les avantages que l'adoption de la Convention apporterait au Canada et à ses partenaires commerciaux. La dernière partie illustre ces avantages au moyen d'une cession comportant un rattachement avec la France et le Canada.*

## Introduction

Le Canada est un pays de *common law* et de droit civil. Cette dualité rend l'exemple canadien particulièrement intéressant lorsqu'il s'agit de se demander si un pays devrait ratifier la Convention des Nations unies sur la cession de créances (la « Convention »). On peut aussi rappeler que les rédacteurs des lois sur les sûretés mobilières des provinces canadiennes de *common law* se sont fortement inspirés du Uniform Commercial Code américain et que le Québec possède depuis 1994 un nouveau Code civil dont le régime du droit des sûretés a été influencé par les autres législations nord-américaines en la matière.

L'une des principales réalisations de la Convention est de permettre de déterminer facilement la loi applicable à la priorité du droit du cessionnaire d'une créance. Dans tous les pays qui ratifieront la Convention, la règle de conflit en cette matière sera la même. Ceci est un progrès dans le développement du droit commercial international. Dans plusieurs pays, il existe une incertitude quant à la détermination de la loi applicable à un conflit de priorité mettant en cause le cessionnaire d'une créance lorsque le conflit comporte des éléments de rattachement avec un autre État. De plus, même dans le cas d'un État qui pos-

ède une règle claire sur la question, il n'est pas à l'heure actuelle suffisant de se conformer à la loi indiquée par cette règle si le cessionnaire est susceptible de devoir exercer ses droits dans un autre État dont la règle de conflit applique une loi différente.

Le présent exposé porte sur l'intérêt pour le Canada d'adopter la Convention et de voir celle-ci adoptée par ses principaux partenaires commerciaux. La première partie résumera les règles de conflit de lois actuellement en vigueur au Canada relativement à la validité et l'opposabilité aux tiers d'une cession de créances. La seconde partie passera en revue les avantages qui résulteraient de l'adoption de la Convention. La dernière partie illustrera ces avantages au moyen d'un scénario comportant des éléments de rattachement avec la France et le Canada.

## I L'état actuel du droit canadien

Au Canada, le droit privé relève généralement de l'autorité législative des provinces. Ainsi, chaque province possède son propre droit interne et ses propres règles de conflit de lois relativement aux questions faisant l'objet de cet exposé; ces règles de conflit opèrent non seulement dans une situation présentant un élément d'internationalité mais aussi lorsque les droits internes de plusieurs provinces ont vocation à s'appliquer à une situation donnée. Les règles de conflit des provinces de *common law* sont substantiellement les mêmes lorsqu'il s'agit de déterminer la loi applicable à la priorité du droit d'un cessionnaire de créances. Nous énoncerons d'abord ces règles, pour ensuite traiter des règles similaires qui existent au Québec.

---

Exposé présenté à un colloque tenu à Paris le 14 mai 2003 et parrainé par l'Association européenne de droit bancaire et financier et par la Fédération bancaire française.

L'auteur a participé à titre de délégué canadien aux travaux préparatoires de la Convention. Les opinions ici exprimées n'engagent toutefois que l'auteur.

## 1. Les provinces de *common law*

Chacune de ces provinces possède une législation sur les sûretés mobilières comportant une règle de conflit déterminant la loi applicable à la solution d'un litige opposant le cessionnaire d'une créance à un tiers prétendant à des droits sur la même créance<sup>1</sup>. Même si les sûretés mobilières sont l'objet principal de ces législations, celles-ci régissent également les cessions de créances en pleine propriété<sup>2</sup>.

La règle de conflit s'applique donc aussi bien à une sûreté qu'à une vente portant sur une créance. On remarquera également qu'une cession en garantie est considérée comme une sûreté. La règle est la suivante: la loi de la situation du cédant régit la validité et l'opposabilité aux tiers d'une cession de créances, de même que la priorité du droit du cessionnaire. Les tiers dont il s'agit peuvent être un autre cessionnaire, un créancier du cédant ou encore un syndic à la faillite de ce dernier<sup>3</sup>.

Le lieu de la situation du cédant est celui de son établissement (*place of business*). S'agissant d'un cédant qui a plusieurs établissements, l'établissement pertinent est celui où le cédant a son principal centre de décisions (*chief executive office*). Si un cédant n'a pas d'établissement, il est réputé être situé à l'endroit de sa résidence principale.

## 2. Le Québec

Le droit québécois n'a pas une approche aussi globale lorsqu'il s'agit de déterminer la loi applicable à la validité, à l'opposabilité aux tiers et à la priorité du droit du cessionnaire. Dans le cas d'une sûreté, la loi applicable est celle du lieu du domicile du « constituant » de la sûreté<sup>4</sup> (c'est-à-dire le « cédant » pour utiliser la terminologie générique classique). Par ailleurs, contrairement aux législations des provinces de *common law*, le Code civil du Québec n'étend pas cette règle de conflit aux cessions en pleine propriété. On estime généralement qu'il faut alors se référer à la règle régissant les droits réels en général et voulant que ceux-ci soient soumis à la loi de la situation du bien<sup>5</sup>.

Dans le cas d'une sûreté sur une créance, l'on devra déterminer le lieu du domicile du constituant. Si ce dernier est une personne morale, il s'agira du lieu où elle a son siège<sup>6</sup>. Il s'agit ici du siège statutaire de la personne morale, tel que déterminé par sa loi constitutive ou ses statuts. Le droit québécois se démarque donc des droits des provinces de *common law* qui ont plutôt retenu la

notion de siège réel (*chief executive office*). Ainsi, dans l'hypothèse d'une sûreté sur des créances consentie par un constituant ayant son siège statutaire aux Bermudes mais son principal centre décisionnel au Québec, un tribunal québécois déciderait de l'opposabilité aux tiers de la sûreté en se référant au droit des Bermudes, alors qu'un tribunal ontarien déciderait de la question en se fondant sur le droit québécois.

Si la cession est en pleine propriété, quel sera le lieu de la situation de la créance, aux fins de déterminer la loi applicable? Bien que les règles de conflit du Code civil du Québec soient silencieuses à cet égard, on estime généralement qu'une créance est située au lieu où elle est payable; à défaut d'accord entre le cédant et le cédé quant à un lieu de paiement, la créance sera considérée comme payable à la résidence ou à l'établissement concerné du débiteur cédé.

Ce survol des règles canadiennes doit être complété par un rappel d'un principe juridique de la *common law* canadienne et du droit civil québécois à l'effet qu'un commerçant peut céder à titre de sûreté ou en pleine propriété un ensemble de créances (présentes ou futures). Il est d'ailleurs courant qu'une entreprise accorde à son banquier une sûreté sur l'universalité de toutes ses créances présentes et futures. On comprendra donc que les règles de conflit résumées ci-dessus ne distinguent pas selon que la sûreté ou la vente porte sur une créance en particulier, ou un ensemble de créances, ou encore selon le caractère présent ou futur des créances concernées.

## II Les avantages résultant de la Convention

Une ratification de la Convention par le Canada simplifierait la mise en place, au Canada, d'une opération internationale. Une ratification de la Convention par les pays avec lesquels le Canada entretient des relations commerciales faciliterait la mise en place de l'opération dans les autres pays concernés.

### 1. Simplification au Canada

Si la Convention était en vigueur au Canada, la règle de conflit applicable à une cession visée par la Convention serait la même dans chaque province. Selon l'article 22 de la Convention, la loi du lieu de la situation du cédant « régit la priorité du droit du cessionnaire par rapport au droit d'un réclamant concurrent ». En raison de l'article 5

1 Voir notamment l'article 7 de la Loi sur les sûretés mobilières de l'Ontario pour la règle de conflit ontarienne (Lois refondues de l'Ontario de 1990, chapitre P-10); les lois sur les sûretés mobilières des autres provinces de *common law* ont un article semblable.

2 Voir notamment l'article 2 de la Loi sur les sûretés mobilières de l'Ontario pour la règle de conflit ontarienne.

3 Les lois sur les sûretés mobilières des provinces de *common law* ne traitent pas de la règle de conflit applicable à l'opposabilité de la cession au débiteur cédé. On notera aussi que certaines créances de nature particulière (e.g. une créance résultant d'un contrat d'assurance) échappent à l'application de ces lois et, par conséquent, ne sont pas soumises aux règles de conflit qu'elles contiennent. Par ailleurs, il faut garder en mémoire que la règle de conflit nous référant à la loi de la situation du cédant ne s'appliquerait pas à une cession d'un titre négociable effectuée par la remise de ce titre au cessionnaire.

4 Voir l'article 3105 du Code civil du Québec. On notera qu'il est fait exception à cette règle si la sûreté est une sûreté avec dépossession (c'est-à-dire, un gage traditionnel) ou si la créance est représentée par un titre du porteur. La loi applicable est alors celle du lieu de la situation de la créance.

5 Article 3097 du Code civil du Québec. Dans le chapitre sur les conflits de lois relatifs aux obligations contractuelles, le Code comporte aussi une disposition (l'article 3120) semblable au second paragraphe de l'article 12 de la Convention de Rome. Contrairement à ce qui s'est produit dans certains pays européens, on n'a pas jusqu'ici au Québec cherché à utiliser cette disposition pour justifier une solution selon laquelle la règle de conflit applicable à une cession en pleine propriété serait la loi de la créance cédée.

6 Article 307 du Code civil du Québec.

de la Convention, la notion de priorité englobe les mesures nécessaires pour que la cession produise ses effets à l'égard des tiers, y compris le cas échéant les formalités d'opposabilité à un réclamant concurrent. Quant au lieu de la situation du cédant, il s'agit du lieu de son établissement ou, s'il a plusieurs établissements, du lieu de l'établissement où s'exerce son administration centrale. Comme on le voit, la Convention définit la situation du cédant d'une manière se rapprochant de la définition que l'on retrouve dans le droit des provinces canadiennes de *common law*; on n'a pas retenu la loi du siège statutaire, comme au Québec<sup>7</sup>.

Ainsi, chaque province reconnaîtrait l'opposabilité aux tiers d'une cession à l'égard de laquelle le cessionnaire aurait rempli les formalités de publicité de la loi de la situation du cédant. Dans le cas d'une cession en garantie (ou sûreté) consentie par un cédant ayant son siège statutaire dans une province et son principal établissement décisionnel dans une autre province<sup>8</sup>, il suffirait au cessionnaire de se conformer à la loi d'une seule province pour rendre son droit efficace dans toutes les provinces. La simplification des pratiques internes qui résulterait de l'adoption de la Convention serait donc bienvenue : comme à l'heure actuelle le droit québécois et le droit des provinces de *common law* ne définissent pas de la même manière la notion de situation du cédant<sup>9</sup>, le titulaire d'une sûreté sur des créances doit, à l'occasion, respecter deux lois différentes pour établir sa priorité partout au Canada.

L'adoption de la Convention par le Canada simplifierait les règles de conflit canadiennes à l'égard de deux autres questions dont l'importance pratique n'est pas à négliger.

En premier lieu, la Convention écarterait la distinction faite par le droit québécois entre une sûreté et une cession en pleine propriété aux fins de déterminer la règle de conflit appropriée. Nous avons vu précédemment que le Québec assujettit la sûreté à la loi de la situation du cédant (c'est-à-dire le lieu de son domicile) mais que cette règle ne s'applique pas à une cession en pleine propriété; dans ce dernier cas, la loi applicable est plutôt la loi de la situation de la créance<sup>10</sup>.

Il n'est pas approprié d'avoir une règle de conflit différente selon que la cession constitue une sûreté ou a été consentie en pleine propriété. Si deux cessionnaires d'une même créance prétendent chacun à une priorité, le tribunal québécois ferait face à de grandes difficultés, s'il devait faire appel à deux lois différentes pour trancher le litige.

7 On s'est aussi dans une certaine mesure éloigné de la règle de conflit du *Uniform Commercial Code* applicable à une cession effectuée par une personne morale constituée en vertu du droit d'un État des États-Unis : selon les articles 9-301 et 9-307, la loi régissant la priorité du cessionnaire est celle de l'État où le cédant a été constitué.

8 Ce cas de figure est relativement fréquent au Canada. Certaines banques canadiennes importantes, pour des raisons historiques ou politiques, ont leur siège statutaire dans une province et leur siège réel dans une autre province. Plusieurs autres entreprises ont aussi leur siège statutaire et leur siège réel dans deux provinces différentes.

9 Voir la première partie de l'exposé.

10 Comme cela a été mentionné dans la première partie, le Code civil du Québec ne comporte aucune règle expresse à cet effet et l'on en arrive à cette solution en se fondant sur la règle de conflit applicable aux droits réels en général.

11 Plusieurs États connaissent des situations semblables de « conflit »

Une telle éventualité pourrait se réaliser dans un scénario où l'un des cessionnaires serait un acheteur de la créance alors que le second cessionnaire détiendrait plutôt une sûreté sur cette créance. Si la loi de la situation de la créance donnait priorité à l'acheteur alors que la loi de la situation du cédant accordait priorité au titulaire de la sûreté, chacun des deux cessionnaires aurait un droit prioritaire en vertu de la loi leur étant applicable. L'objectif premier d'un régime de conflit de lois est précisément d'éviter un tel résultat et de déterminer dans un cas semblable la loi qui servira à trancher le litige. Il est clair que les règles québécoises n'atteignent pas ici l'objectif recherché. En établissant une seule règle de conflit, quel que soit le type de cession, la Convention marque un progrès par rapport au droit actuel du Québec<sup>11</sup>.

Il existe une autre question sur laquelle l'adoption de la Convention contribuerait à simplifier le droit canadien actuel. Plusieurs provinces de *common law* (mais non l'Ontario) utilisent la théorie du renvoi dans leurs règles de conflit de lois relatives aux cessions de créances<sup>12</sup>. Selon cette théorie, le droit d'un autre État auquel nous réfère la règle de conflit pertinente comprend non seulement le droit interne de cet autre État mais aussi ses propres règles de conflit de lois. À titre d'exemple, un tribunal du Nouveau-Brunswick appliquerait le droit de l'État de New York pour décider de la priorité du cessionnaire d'une créance soumise au droit new-yorkais et cédée par un cédant anglais dont le centre décisionnel serait à Londres. Il en serait ainsi parce que la règle de conflit du Nouveau-Brunswick réfère dans cet exemple au droit anglais (l'Angleterre étant ici le lieu de la situation du cédant), y compris aux règles de conflit du droit anglais. Comme la tendance actuelle en Angleterre est de considérer que la loi applicable à une telle question est la loi de la créance cédée, il y aurait alors un renvoi au droit de l'État de New York<sup>13</sup>.

La théorie du renvoi est souvent critiquée, en raison de la complexité qu'elle introduit dans l'analyse. Elle peut aussi produire un résultat contraire aux attentes du cessionnaire dont la priorité est susceptible d'être régie par la loi d'un État autre que celui apparemment indiqué par la règle de conflit pertinente. Dans un scénario comme celui évoqué plus haut, si la cession porte sur une créance future, il est de plus impossible au moment de la cession de déterminer la loi applicable à la priorité du cessionnaire : en effet, la théorie du renvoi nous renverrait à la loi régissant la créance cédée, loi qui est inconnue au moment de la cession<sup>14</sup>.

entre leurs règles de conflit de lois et le cas du Québec n'est pas unique. Dans la mesure du possible, il est néanmoins souhaitable d'éviter de telles situations.

12 À titre d'exemple, on peut citer l'article 7 de la Loi sur les sûretés mobilières du Nouveau-Brunswick (Lois du Nouveau-Brunswick de 1993, chapitre P-7.1). On soulignera que l'article 3080 du Code civil du Québec écarte expressément la théorie de renvoi.

13 Pour fins de discussion, nous tenons comme reflétant le droit anglais l'école de pensée en Angleterre voulant que le paragraphe 2 de l'article 12 de la Convention de Rome régisse l'opposabilité aux tiers d'une cession de créances.

14 Cet exemple démontre aussi qu'une règle de conflit appliquant la loi de la créance cédée n'est pas adéquate dans le cas de la cession d'un ensemble de créances, puisque plusieurs lois différentes peuvent alors être applicables, ce qui augmente les coûts et les risques de l'opération.

Il est donc heureux que la Convention ait écarté la théorie du renvoi, en spécifiant qu'une référence à la loi d'un État réfère à son droit interne, à l'exclusion de ses règles de droit international privé<sup>15</sup>. En conséquence, si le Canada adoptait la Convention, le tribunal du Nouveau-Brunswick devrait, dans l'exemple ci-dessus, appliquer le droit anglais et non le droit new-yorkais.

## 2. Simplification à l'échelle internationale

L'adoption de la Convention par un grand nombre de pays ferait en sorte que la règle de conflit pertinente serait la même dans tous ces pays. La mise en place d'opérations internationales s'en trouverait simplifiée. Il en résulterait une diminution des risques et coûts provenant de l'absence d'harmonisation entre les règles de conflit présentement en vigueur dans de nombreux pays.

Idealement, un cessionnaire souhaite que sa priorité soit reconnue dans les divers États où il serait éventuellement appelé à exercer ses droits, dont notamment l'État où se trouve le cédé et l'État où le cédant serait susceptible d'être mis en faillite. Si ces États ont des règles de conflit référant à des lois différentes, le cessionnaire devra se conformer à chacune de ces lois s'il veut établir sa priorité dans les États concernés. Si la Convention s'appliquait dans tous ces États, la tâche du cessionnaire s'en trouverait facilitée, puisqu'il pourrait se fonder sur une seule loi pour rendre sa cession opposable aux tiers partout où la chose serait nécessaire.

## III Un scénario Canada-France

Le scénario ci-dessous illustre les avantages résultant de la ratification de la Convention par les pays avec lesquels une cession présenterait des éléments de rattachement.

Sodex est une société ayant son siège statutaire à Ottawa, en Ontario, et son principal établissement décisionnel à Montréal, au Québec. Sodex a des créances dues par des clients dont le seul établissement est en France et qu'elle veut donner en garantie à une banque canadienne. Les créances tirent leur source de contrats régis par le droit anglais. Quelle sera la loi régissant l'opposabilité de la cession aux créanciers ou au syndic à la faillite de Sodex, advenant un litige au Québec, en Ontario ou en France? Nous comparerons les réponses que les règles de conflit actuelles donnent à cette question avec la solution proposée par la Convention.

## 1. Les règles de conflit actuelles

Un tribunal québécois se référerait au droit interne de l'Ontario pour décider de l'opposabilité de la cession aux autres créanciers de Sodex ou au syndic à la faillite de cette dernière. En effet, comme on l'a vu, la règle de conflit québécoise applique la loi du siège statutaire du cédant (ici, l'Ontario). Par conséquent, la banque devra accomplir les formalités d'opposabilité aux tiers du droit ontarien si elle souhaite que sa cession soit reconnue au Québec.

En Ontario, la solution serait différente, puisque la règle de conflit ontarienne nous dirige vers la loi du lieu du principal établissement décisionnel du cédant (ici, le Québec). La banque devra accomplir les formalités d'opposabilité aux tiers du droit québécois si elle souhaite que sa cession soit reconnue en Ontario.

Tenant pour acquis pour nos fins que la règle de conflit en France conduit à l'application de la loi du lieu de l'établissement du cédé, un tribunal français appliquerait le droit français. La banque devra accomplir les formalités d'opposabilité aux tiers du droit français si elle souhaite que sa sûreté soit reconnue en France<sup>16</sup>.

## 2. La règle de conflit selon la Convention

Si la Convention était en vigueur au Canada et en France, les tribunaux québécois, ontariens et français appliqueraient chacun le droit du lieu de l'établissement où s'exerce l'administration centrale de Sodex, c'est-à-dire le droit québécois. Il suffirait donc à la banque de se conformer au droit québécois pour établir sa priorité au Québec, en Ontario et en France.

## Conclusion

Le scénario Canada-France ci-dessus démontre comment la ratification de la Convention par le Canada et la France faciliterait la mise en place d'une opération comportant des éléments de rattachement à chacun des deux pays : une seule loi, celle du Québec, régirait l'opposabilité aux tiers de la cession dans les principaux forums où le cessionnaire pourrait être appelé à exercer son droit. Dans un scénario inverse où un cédant français ferait financer par une banque française des créances sur le Canada, la banque française aurait un droit opposable aux tiers au Canada en se conformant aux mesures de publicité du droit français, et ce même si ces mesures sont différentes de celles en vigueur au Canada. ■

<sup>15</sup> Article 5 (i) de la Convention.

<sup>16</sup> Si, selon une tendance observée dans certains autres pays européens, on estimait que le paragraphe 2 de l'article 12 de la Convention de Rome contient implicitement la règle de conflit pertinente, le tribunal français appliquerait alors la loi de la créance cédée (ici le droit anglais).