

# L'apport de la Convention CNUDCI sur la cession de créances aux opérations de banque



## GEORGES AFFAKI

Chargé d'enseignement  
à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)  
BNP Paribas

*Le droit de la transmission conventionnelle de créance est, à l'échelle interne, fragmenté et, à l'échelle internationale, dénué de toute uniformité, tant au niveau de la règle de conflit qu'à celui du statut juridique substantiel. Cela nuit à la disponibilité et au coût du crédit qui dépend de cette transmission. La Convention CNUDCI dispose du potentiel nécessaire pour résoudre ces problèmes. Elle mérite l'attention du législateur national et le soutien des banques.*

1. L'instrument le plus utilisé dans le financement du commerce international est aussi celui dont le régime dans les différents droits nationaux est le plus disparate. Il s'agit bien sûr de la transmission de créances. Cession, subrogation et nantissement de créances sont depuis toujours la clef de voûte des opérations de la banque de financement. Or, la règle de conflit applicable à chacun des trois rapports qui forment ensemble le triangle translatif est susceptible de différer selon le for. Ainsi, le juge français décidera de l'opposabilité de la cession aux tiers selon le droit du domicile du débiteur cédé, alors que le juge belge appliquera, pour juger la même question, la loi qui régit le contrat de cession et le juge allemand la loi de la créance cédée<sup>1</sup>.

Pour regrettable qu'elle soit, cette disparité aurait eu peu de conséquences matérielles si les droits nationaux offraient un statut juridique identique à la transmission de créances. Peu importe alors que la validité d'une cession de créances futures soit régie par le droit français ou par le droit allemand si l'application de chacun de ces droits aboutit à un résultat identique. Or, force est de reconnaître qu'un droit matériel internationalement uniforme de la transmission de créances relève aujourd'hui du vœu pieux. La solution édictée pour des questions aussi fondamentales que la validité de la cession de créances futures ou de parts indivises de créances et l'opposabilité des clauses d'incessibilité, pour ne mentionner que quelques-unes des questions les plus récurrentes dans les financements, est susceptible de varier selon le droit applicable.

Ce constat conduit à un pessimisme inéluctable. Certes, les opérations de banque continueront à utiliser

l'un ou l'autre des mécanismes de transmission de créances, faute de véritables alternatives<sup>2</sup>. Mais ces handicaps ont un impact direct sur l'accessibilité, l'étendue et le coût du crédit. Un système juridique qui ne garantit pas au cessionnaire par le biais d'une procédure simple, rapide et peu onéreuse un droit exclusif sur la créance transmise attirera moins de candidats au crédit, diminuera la concurrence et, en corollaire, augmentera le coût d'un crédit raréfié. Les entreprises dont la notation peu engageante ne permettrait pas un crédit non garanti suffisant, verraient rapidement leur survie menacée faute de pouvoir mobiliser efficacement leurs créances pour lever les capitaux nécessaires à leur croissance.

2. Fort heureusement ce constat n'est pas irrémédiable. Grâce aux efforts de la CNUDCI, nous disposons désormais d'une convention internationale offrant à la transmission de créances un statut juridique uniforme, tant en ce qui concerne les règles matérielles que s'agissant des règles de conflit. La Convention CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international, adoptée le 12 décembre 2001 à New York<sup>3</sup>, offre le meilleur compromis possible entre les droits du cédant et ceux du cessionnaire tout en protégeant les intérêts légitimes du débiteur cédé et des tiers.

Le résultat de six ans d'efforts de la CNUDCI est fort probant, notamment dans les multiples apports de la Convention aux opérations de banque, apports qui seront détaillés dans la première partie de cette étude (I). Certes, le traitement réservé dans la Convention à certains aspects

1 V° paragraphe n° 92, infra.

2 À titre d'exemple, les mécanismes cambiaires ne permettraient pas la transmission de créances en bloc ni de créances dont le montant n'est

pas déterminé à la date de l'établissement de l'effet.

3 Le texte complet de la Convention CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international est annexé à cet article.

de la transmission de créances aurait pu être meilleur. Les limites constatées seront exposées à la deuxième partie (II). Mais le caractère fragmenté du droit français de la transmission de créances et le désavantage qui en résulte pour les financements impliquant un lien de rattachement au droit français justifient, ainsi qu'il est démontré à la troisième partie, un accueil favorable à la Convention CNUDCI (III).

## I La Convention CNUDCI offre des apports importants aux opérations de banque

3. L'apport de la Convention CNUDCI aux opérations de banque se révèle à deux niveaux: celui de la règle de conflit et celui des règles matérielles.

### A - L'apport au niveau de la règle de conflit

4. Il est classique de présenter la cession de créances comme une opération triangulaire avec, d'une part, le contrat d'origine de la créance conclu entre le cédant et le débiteur cédé, d'autre part, le contrat de cession *stricto sensu* entre le cédant et le cessionnaire et, enfin, les effets de ce contrat sur les tiers, y compris le débiteur cédé. Suivant un principe déjà établi en droit français, et consacré dans la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles (la « Convention de Rome »)<sup>4</sup>, la Convention CNUDCI distingue entre le contrat de cession et ses effets sur les tiers en proposant deux règles de rattachement différentes.

#### 1. La règle de conflit dans le rapport cédant-cessionnaire

5. Sans surprise, la Convention CNUDCI consacre le principe de l'autonomie de la volonté, admis presque universellement<sup>5</sup>. Aucun lien n'est exigé entre la loi que pourront choisir le cédant et le cessionnaire pour régir leur contrat et la créance transmise ou le lieu d'établissement des parties concernées. Celles-ci peuvent donc valablement faire le choix d'une loi « neutre », sans avoir

4 Paris, 11 février 1969, JDI 1969, p. 918, obs. Kahn, RCDIP 1970, p. 459, obs. Dayan (En cas de cession de créances, les rapports entre le cédant et le cessionnaire sont soumis à la loi qui régit la convention particulière. En revanche, les droits et obligations du cédé sont nécessairement déterminés par la loi sous l'empire de laquelle la dette a pris naissance). Cette distinction est reprise dans la Convention de Rome à l'article 12.

5 Convention CNUDCI, article 28 (1). Cf. Convention de Rome, article 3; Convention interaméricaine sur le droit applicable aux contrats internationaux, article 7. Quelques rares pays, dont l'Iran, refusent encore le principe de l'autonomie de la volonté et soumettent en général le contrat à la loi du lieu où il est conclu. Les États-Unis se situent quelque part entre ces deux positions avec le Code de commerce uniforme exigeant que le droit choisi par les parties « ait un lien raisonnable » [*bears a reasonable relation*] avec l'opération (UCC § 1-105 (1)).

6 Convention CNUDCI, article 28 (2). Cf. Convention de Rome, article 4 (1); Convention interaméricaine sur le droit applicable aux contrats internationaux, article 9.

7 Convention de Rome, article 4 (2). En cela, la Convention CNUDCI suit la Convention interaméricaine sur le droit applicable aux contrats internationaux qui ne prévoit pas non plus une telle présomption.

8 Rappelons d'ailleurs que dans la Convention de Rome, la présomption

besoin de justifier des raisons de leur choix, que ce choix soit d'ailleurs explicite ou implicite. À défaut de choix, la Convention CNUDCI rattache le rapport cédant-cessionnaire à la loi de l'État avec lequel le contrat de cession a le lien le plus étroit<sup>6</sup>.

6. Si le juriste français a pu jusqu'à ce stade se sentir en terrain familier du fait de la similitude des termes de la Convention CNUDCI et de la Convention de Rome, il devra désormais s'accommoder de l'absence d'inclusion dans la Convention CNUDCI de la présomption en faveur de la loi du lieu d'établissement du débiteur de la prestation caractéristique<sup>7</sup>.

Appiquée cependant au contexte spécifique de la cession de créances, cette divergence se révèle d'un impact limité. D'une part, malgré l'absence de cette présomption du texte de la Convention CNUDCI, un juge pourra parfaitement décider de rattacher le contrat à la loi du domicile du débiteur de la prestation caractéristique s'il considère que c'est avec ce pays que le contrat présente le lien le plus étroit<sup>8</sup>. D'autre part, il faut reconnaître que certains types de cessions de créances se prêtent mal à l'identification de la prestation caractéristique.

7. En effet, la cession de créances étant une convention translatrice, on peut penser que l'obligation qui la caractérise est bien le transfert de la créance par le cédant. D'ailleurs, l'application de cette présomption à une cession-vente, une cession à titre de dation ou une cession-donation donnera bien le résultat attendu. Il en est ainsi parce que le cédant cumule, d'une part, la qualité de vendeur, payeur ou donateur et, d'autre part, celle de débiteur de l'obligation de transmission de la créance. Par contre, dans le cas d'une cession à titre d'escompte ou à titre de garantie, la cession aura pour but de procurer du crédit au cédant, crédit dont le dispensateur – et donc débiteur de la prestation caractéristique – sera le banquier cessionnaire<sup>9</sup>. Quant à l'échange de créances, technique qui est à la base du marché secondaire interbancaire de la dette et des swaps<sup>10</sup>, il constitue le paradigme des types de cession où il est impossible d'identifier un débiteur de la prestation caractéristique, simplement parce que chacune des deux prestations constitutives de l'échange pourrait également être qualifiée de caractéristique<sup>11</sup>.

en faveur du pays du débiteur de la prestation caractéristique n'est nullement irréfutable et peut être écartée « lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée » ou « lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays » (article 4 (5)). L'arrêt de la cour de Versailles du 6 février 1991 en fournit un exemple, JDI, 1, 1992, p. 125.

9 D. Pardoel, « Les conflits de loi en matière de cession de créance », Bibliothèque de droit privé, T. 277, 1997, LGDJ, n° 153 et s.

10 Du moins selon une partie de la doctrine, cf. J.-P. Mattout, « Droit bancaire international », 2<sup>e</sup> éd., n° 460; H. de Vauplane, note sous Paris 19 mars 2002, Banque & droit 2002, p. 26. Contra Trib. Com. Paris, 28 octobre 1992, Bull. Joly Bourse et produits financiers, 1993, p. 55, obs. Bonneau (retenant plutôt la qualification de deux contrats de vente liés); P.-A. Boullet et P.-Y. Chabert, « Les swaps », Ed. Masson, 1991, spécialement p. 69.

11 C'est ce qui a conduit d'ailleurs les rédacteurs de la Convention de Rome à rajouter à l'article 4, un 5<sup>e</sup> alinéa qui consiste en une clause d'exception renvoyant à la règle de rattachement de l'alinéa 1<sup>er</sup> en cas d'impossibilité de déterminer la prestation caractéristique. V° P. Lagarde, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », RCDIP, 80 (2), 1991, n° 30.

8. En définitive, le choix par la Convention CNUDCI de rattacher le contrat de cession à la loi de l'État avec lequel ce contrat a le lien le plus étroit présente le mérite de la flexibilité. Il est en tout cas certainement plus adapté aux cessions de créances dans le cadre d'opérations de banque, et à la prévision des parties à ces cessions, qu'un critère qui consisterait, par exemple, à rattacher le rapport cédant-cessionnaire à la loi de la créance cédée<sup>12</sup>. Un tel rattachement se révélerait rapidement impraticable lorsque la créance n'est pas encore née et totalement inadapté aux cessions de créances en masse, avec à la clef autant de lois applicables qu'il y a de créances cédées.

## 2. La règle de conflit dans le rapport cessionnaire-tiers

9. Par l'effet translatif de la cession, le cessionnaire obtient un droit exclusif sur la créance cédée. Cependant, ce droit pourrait être mis en échec par des titulaires de droits concurrents qui prétendraient avoir priorité sur la même créance. Il s'agit essentiellement d'autres titulaires de la même créance (cessionnaires, subrogés, gagistes ou escompteurs de lettres de change acceptées ou non), ou prétendant l'appréhender à leur profit (le banquier réceptonnaire des fonds et le tiers saisissant), du bénéficiaire d'une action directe (un sous-traitant contre le maître de l'ouvrage, par exemple), ou encore du bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété sur le prix de la marchandise revendue ou sur l'indemnité d'assurance due pour la perte de la marchandise revendiquée. À ces tiers, on peut rajouter l'administrateur de la procédure collective du cédant qui, comme les créanciers de ce dernier, a intérêt à paralyser la sortie de la créance du patrimoine du cédant, désormais insolvable.

10. La solution à ces conflits de priorité est prévisible lorsque les droits en concurrence sont soumis à la loi d'un seul pays. Le principe *prior tempore, potior jure* s'applique et résout le conflit par une approche chronologique en faveur du premier à avoir rendu son droit opposable par l'accomplissement des formalités prévues par la loi à cet effet. En revanche, ces conflits deviennent difficiles à résoudre si les droits en présence sont soumis à des lois différentes. Faut-il alors prévoir une application cumula-

tive des lois en conflit, avec pour résultat qu'un droit se verrait reconnaître une priorité uniquement si cette priorité lui est reconnue par tous les droits en conflit? Une telle solution montre rapidement ses limites lorsque les lois en présence attribuent un rang différent au droit du cessionnaire sur la créance cédée<sup>13</sup>. Il faut donc déterminer la loi dont seules les formalités d'opposabilité devront être accomplies par le cessionnaire pour rendre son droit sur la créance opposable aux tiers et, partant, résoudre les conflits de priorité de manière uniforme. La question est alors quelle loi retenir.

11. Il est possible d'identifier non moins de six rattachements. L'application de tous sauf un se révèle inadaptée aux opérations de banque. La Convention CNUDCI a retenu le rattachement idoïne. Avant d'aborder les mérites du rattachement retenu par la Convention, un examen rapide des autres rattachements mérite d'être conduit.

12. Du fait de l'analogie entre la transmission des biens incorporels et celles des biens corporels, de l'identité des attributs du droit réel qui porterait sur les deux catégories de biens et de la présence dans le même titre du Code civil des dispositions qui leur sont respectivement dédiées – celui consacré à la vente – on a pu proposer le rattachement à la loi de situation de la créance, ce lieu étant présumé être celui où la créance est due<sup>14</sup>. Or, une *lex rei sitae* des créances ne présenterait pas la même attraction que dans le cadre des biens corporels. Le lieu de situation d'un immeuble ou d'un meuble corporel est un fait matériel dont l'apparence est incontestable. Il contraste ainsi avec la « fiction inacceptable » qui résulterait de la transposition de la notion de lieu de situation aux créances<sup>15</sup>. Le caractère apparent, condition essentielle de la prévisibilité pour les tiers, fera défaut dans un tel rattachement<sup>16</sup>.

13. La loi de la créance cédée, c'est-à-dire la loi qui régit le contrat dont est originaire la créance, pourrait être retenue, d'autant plus que c'est le lien de rattachement retenu par la Convention de Rome pour l'opposabilité de la cession au débiteur cédé. L'extension – injustifiée – de l'article 12 (2) de la Convention de Rome aboutit d'ailleurs à rattacher l'opposabilité aux tiers à la loi de la créance

12 La Loi fédérale (suisse) sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987 retient ainsi le droit applicable à la créance cédée pour régir le contrat de cession à défaut de choix par les parties d'une autre loi (article 145 (1) et (4)). Ce rattachement – plutôt inattendu – pourrait s'expliquer par l'option donnée au même article au débiteur cédé de consentir à la cession, ce qui aboutirait à faire régir par une loi unique, celle de la créance cédée, le contrat de cession et ses effets à l'égard du débiteur. La loi roumaine n° 105 du 22 septembre 1992 sur le règlement des rapports de droit international privé contient une disposition identique (article 120), traduction en français publiée dans RCDIP 1994, 172.

13 Le droit allemand va ainsi accorder priorité au fournisseur avec réserve de propriété prolongée (*verlängerter Eigentumsvorbehalt*) sur le prix de revente du bien livré par rapport au banquier qui se ferait céder la totalité des créances futures de l'acheteur, dont la créance de prix de revente de cet objet, bien que la cession ait eu lieu avant la livraison du bien, BGH, 30 avril 1959, BGHZ 30, p. 149; BGH 9 novembre 1978, VII ZR 54/77 (Düsseldorf), NJW 1979, p. 365; BGH 15 avril 1987, BGHZ 100, p. 353; R. Serick, « Les sûretés réelles mobilières en droit allemand », LGDJ, 1990, p. 37; J.M. Hauptmann, « La cession Dailly en dis-grâce auprès des juges suprêmes », Rev. Jur. Comm. 1992, p. 55. Le droit allemand privera d'effet la cession de la créance du prix de revente, considérant ainsi que le banquier cessionnaire aurait dû se douter de l'existence d'une réserve de propriété prolongée, pratique quasi-système-

matique en Allemagne où aucune formalité n'est imposée. Cette solution ne change pas si le banquier cessionnaire a déjà été payé par le débiteur (BGH 9 novembre 1978, VII ZR 17/76 (Stuttgart), NJW 1979, p. 371). A l'inverse, le droit français reconnaîtra le droit du cessionnaire sur la créance du prix de revente si ce prix a déjà été payé au cessionnaire (Com. 11 décembre 1990, Bull. IV, n° 322), y compris par la remise de lettres de change acceptées (Com. 9 janvier 1990, Banque, n° 504, 1990, p. 428, obs. Rives-Lange). La solution contraire se serait imposée, et le droit du vendeur avec réserve de propriété aurait prévalu, si son action en revendication s'exerçait sur la créance du prix entre les mains du sous-acquéreur (Com. 20 juin 1989, Bull. IV, n° 196).

14 Lieu qui dépend, à son tour, de savoir si la dette est quérable ou portable, cf. Savigny, « A treatise on the conflict of laws », 1849, 2<sup>e</sup> éd., 1880, n° 366; R. Goode, « Commercial law », 2<sup>e</sup> éd., p. 932; Kwok Chi Leung Karl v. Commissioner of Estate Duty, [1988] 1 W.L.R. 1035 (p. 1040), cités par M. Moshinsky, « The assignment of debts in the conflict of laws », LQR 1992 [Vol. 109] p. 591, note 3.

15 Y. Flour, « L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé », thèse Paris II, 1977, n° 407; M. Moshinsky, « The assignment of debts in the conflict of laws », op. cit., p. 607 (it is artificial to speak of a debt being situated in a particular place).

16 D. Pardoel, « Les conflits de loi en matière de cession de créance », op. cit., n° 380.

cédée dans la majorité des pays de l'Union européenne<sup>17</sup>. Il est vrai que ce choix présente un avantage de stabilité en demeurant identique même si le premier cessionnaire cède à nouveau la même créance à un tiers. En contrepartie, il faut reconnaître qu'un tel rattachement ne serait ostensible ni pour le débiteur cédé ni pour les tiers. D'ailleurs, à défaut d'une loi choisie dans le contrat de source, la loi à laquelle renverrait ce rattachement risquerait de n'être déterminée avec certitude qu'ultérieurement par le juge qui serait appelé à localiser le contrat en vue de statuer sur un litige en découlant<sup>18</sup>.

14. La loi applicable au contrat de cession a pu aussi être retenue dans un arrêt – certes, non dénué de controverse – rendu le 16 mai 1997 par la cour suprême des Pays-Bas et, plus récemment, par la loi belge du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers<sup>19</sup>. La *lex contractus* se révèle pourtant être inadaptée à l'objectif que poursuivent les formalités d'opposabilité, que ce soit la protection des tiers par la publicité ou l'information du cédé. En effet, une telle protection s'avérerait rapidement illusoire si elle ne dépendait que de la seule volonté du cédant et du cessionnaire, volonté d'ailleurs susceptible de changer une ou plusieurs fois si les parties modifient la loi applicable au contrat de cession après sa conclusion<sup>20</sup>. Il en va de même en ce qui concerne l'information des tiers ou du cédé qui risquerait de s'avérer malaisée dans la mesure où ils n'auront pas facilement accès au contrat de cession, celui-ci pouvant d'ailleurs comprendre une clause de confidentialité.

15. La loi du lieu d'établissement du débiteur cédé est la solution retenue aujourd'hui par la jurisprudence française<sup>21</sup>. On a pu invoquer à l'appui de ce rattachement des

arguments d'ordre juridique et d'autres d'ordre pratique. Ainsi, on a rappelé que le débiteur cédé est l'instrument de la publicité (du moins en ce qui concerne le nantissement et la cession de créances de droit commun) ou que la loi française devait s'appliquer à titre de loi de police dès qu'il est constaté que le débiteur cédé réside en France<sup>22</sup>. Parmi les arguments pratiques invoqués figurent le caractère apparent du domicile du débiteur cédé et sa stabilité en dépit d'éventuelles cessions successives<sup>23</sup>. Or, force est d'admettre qu'on ne pense pas spontanément à la loi du domicile du cédé lorsqu'on se fait transmettre une créance<sup>24</sup>. Le cédé n'est que le sujet passif de l'obligation, éclipsé par la prestation caractéristique du cédant. Surtout, la facilité apparente d'un rattachement au lieu d'établissement du débiteur cède le pas en cas de cession d'une créance sur plusieurs codébiteurs, solidaires ou pas, résidents dans des États différents<sup>25</sup>, ou de cession globale de créances. Le cessionnaire serait alors contraint d'accomplir les formalités d'opposabilité prescrites par autant de lois qu'il y a de débiteurs afin d'être sûr que la priorité de son droit soit reconnue sur toutes les créances qui lui sont cédées. Au caractère fastidieux de l'exercice se rajoute l'impossibilité pratique d'accomplir quelque formalité que ce soit lorsque la cession porte sur des créances éventuelles pour lesquelles le débiteur cédé n'est pas encore identifié au moment de la cession.

16. La loi de la faillite<sup>26</sup>, si elle est susceptible de garantir un traitement uniforme des créanciers, ne peut constituer un rattachement principal, car elle n'a vocation à s'appliquer qu'en cas de procédure collective. Mais elle est aussi, et surtout, source d'insécurité. L'application de la loi de la faillite aboutirait, en effet, à remettre en cause la priorité du droit du cessionnaire qui serait né valide et

17 Les tribunaux anglais retiennent ce rattachement : Raiffeisen Zentralbank Osterreich AG v. Five Star General Trading LLC and others, [2001] 1 All ER (Comm) 961, ainsi que les tribunaux allemands, BGH, 20 juin 1990, BGHZ 111, 376 ; IPRax 1991, 248 ; RIW 1990, 670 ; 8 décembre 1998, XI ZR 302/97 (WM 1999, 126). La doctrine espagnole et italienne s'exprime aussi en faveur de la loi de la créance cédée, v° A. Malatesta, « *La cessione del credito nel diritto internazionale privato* », 1996, Ed. CEDAM dans la collection « *Studi e pubblicazioni della rivista di diritto internazionale privato e processuale* », p. 196 et s., A. Bonomi, « *Il nuovo diritto internazionale privato: la convenzione di Roma del 19 giugno 1980 e entrata in vigore* », Banca, Borsa e Titoli di credito, 1992, p. 48 et s., de même d'ailleurs que la doctrine suisse, A. Bucher et A. Bonomi, « *Droit international privé* », Helbing et Lichtenbahr, 2001, p. 299, n° 1131 à 1138, v° n° 90, infra.

18 Dans le cas de la Convention de Rome, cette imprévisibilité est amoindrie par la présomption érigée à l'article 4 (2), présomption qui n'est pas reprise dans la Convention CNUDCI. V° n° 6, supra.

19 Brandsma v. Hansa Chemie AG, Hoge Raad, 16 mai 1997, Rechtspraak van de Week 126, cité in T.H.D. Struycken, « *The proprietary aspects of international assignments and the Rome Convention* », LMCLQ 345 (1998), v° n° 91, infra.

20 On reconnaît en général aux parties le droit de modifier par accord commun la loi qu'ils avaient choisie auparavant pour régir leur contrat, cf. Convention de Rome, article 3 (2), et le rapport Giulinao-Lagarde concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JOCE n° C 282 du 31 octobre 1980, n° 6 sous art. 3. La nouvelle loi s'appliquerait alors au contrat rétroactivement depuis sa conclusion, P. Lagarde, « *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980* », op. cit., n° 24. Toutefois, si la Convention de Rome vient à s'appliquer, la réserve exprimée à l'article 3 (2), in fine, précisant qu'une modification ultérieure de la loi applicable ne devrait pas porter atteinte « aux droits des tiers » devrait conduire un juge à appliquer la loi choisie *ab initio* par les parties à la date de la cession, et non la loi nouvelle, afin d'identifier les

formalités d'opposabilité dont l'accomplissement permettrait de résoudre un conflit de priorité, cf. Rapport Giulinao-Lagarde, op. cit., n° 7 sous art.3. La Convention interaméricaine sur le droit applicable aux contrats internationaux prévoit à l'article 8 une réserve identique. Malheureusement, une telle solution ne serait pas certaine hors du champ d'application de ces deux traités.

21 Paris 16 février 1910, JDI 1913, p. 555 ; Paris 18 novembre 1927, DH 1927, p. 91 ; Paris 27 septembre 1984, JDI 1985, p. 664, obs. Diener. Il s'agit, comme on peut le constater, plutôt de la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris, la Cour de cassation ne s'étant pas prononcée sur le sujet. La jurisprudence belge (antérieure à la loi belge du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers), cf. note 154, infra, et la loi japonaise sur le droit international privé de 1898 (Horei, article 12) adoptent ce même lien de rattachement.

22 A. Sinay-Cytermann, « *Les conflits de lois concernant l'opposabilité des transferts de créance* », RCDIP 81 (1) 1992, n° 17 ; D. Pardoel, « *Les conflits de loi en matière de cession de créance* », op. cit., n° 357.

23 Ibid.

24 Ainsi, dans l'espèce soumise à la Chambre commerciale et donnant lieu à l'arrêt du 28 octobre 1986, aucune des parties en conflit : cédant, cessionnaire et banquier domiciliataire, ni même d'ailleurs le débiteur cédé italien, n'ont réclamé le rattachement de la cession litigieuse à la loi du pays du domicile du cédé, D. 1986, p. 592, obs. Vasseur.

25 Dans le secteur de l'assurance internationale, il est fréquent de voir cédé le produit de polices souscrites par des co-assureurs, généralement non solidaires.

26 Ce critère semble avoir été retenu en France dans trois arrêts : Bordeaux, 8 juillet 1891, JDI 1892, p. 666 ; Paris 28 janvier 1961, RCDIP 1963, p. 64 ; et Rouen 6 mars 1980, RJC 1981, p. 193, cités (avec réserves) par D. Pardoel, « *Les conflits de loi en matière de cession de créance* », op. cit., n° 534, note 956. Sur l'attraction de la loi de la faillite sur le rattachement normalement applicable, v° G. Affaki, « *Les sûretés dans le négoce international* », JDI (3) 2000, n° 15.

rendu opposable aux tiers par l'accomplissement des formalités nécessaires, et qui le serait resté si le cédant était demeuré in bonis. Cependant, si la Convention CNUDCI sur la cession de créances ne retient pas la loi de la faillite à titre de rattachement principal, elle la réintroduit à l'article 23 (3) comme correctif. Ainsi, un droit dont la primauté sur le droit du cessionnaire serait reconnue par la loi de la faillite conserverait sa primauté même si la loi qui aurait été normalement applicable selon la règle de conflit retenue par la Convention aboutit à une solution différente. Cette application cumulative peut, certes, être source d'imprévisibilité<sup>27</sup>, mais elle a le mérite de respecter les impératifs d'ordre public de protection des tiers dont la sauvegarde est traditionnellement confiée à la loi de la faillite.

17. La Convention CNUDCI a retenu la loi de l'État dans lequel est situé le cédant pour résoudre les conflits de priorité, en excluant le renvoi que pourrait contenir cette loi<sup>28</sup>. Cette règle de conflit s'impose quel que soit le lieu d'établissement du cessionnaire ou du cédé, la loi applicable au contrat d'origine de la créance, le nombre et le type de créances cédées et le but poursuivi par la cession.

Outre les avantages évidents d'un rattachement unique, la loi du lieu d'établissement du cédant présente de nombreux mérites. Ainsi, elle est ostensible dès le moment de la conclusion du contrat de cession puisqu'on peut s'attendre que les intéressés puissent aisément identifier le lieu d'établissement de leur contractant. Elle correspondra aussi dans la majorité des cas à la loi de la faillite, ce qui réduira le risque de solutions contradictoires en cas d'application concourante de la loi de la faillite. Elle présente aussi l'avantage considérable de soumettre à un traitement unitaire une cession globale de créances. Enfin, elle évite des situations inextricables du type de celles qui résulteraient de l'exigence de l'accomplissement d'une formalité qui serait matériellement impossible à réaliser dans le pays désigné par la loi applicable<sup>29</sup>.

Tel serait le cas de la cession par un cédant domicilié en France d'une créance sur un débiteur domicilié aux États-Unis soumise au droit d'un état des États-Unis. L'application de la règle de conflit française aboutirait à résoudre les conflits de priorité selon la loi du lieu d'établissement du débiteur. Or, le Code de commerce uniforme des États-Unis exige un enregistrement de la cession dans un registre situé au lieu d'établissement du cédant. L'impasse se révèle rapidement lorsqu'on constate qu'il n'existe aucun registre prévu à cet effet en France. Ce type de problème est moins susceptible de se présenter dans le cas où la règle de conflit française – si la France

ratifie la Convention CNUDCI – désignerait la loi du lieu d'établissement du cédant.

En contrepartie, il faut reconnaître que le choix de ce rattachement pour des cessions en chaîne d'une même créance pourrait conduire à reconnaître au droit d'un cessionnaire subséquent une priorité différente de celle du cessionnaire d'origine, du fait de la différence de la loi applicable.

## B - L'apport au niveau de la règle matérielle

### 1. Un champ d'application large

L'objectif ambitieux assigné à la Convention CNUDCI est visible dans le champ d'application large dont elle est dotée et qui se profile à quatre niveaux: au niveau de la cession, de la créance, de ses accessoires et des parties.

#### a) Au niveau de la cession

18. On le sait, la cession de créances s'est affranchie du rôle réducteur de vente simple que lui avait attribué Pothier<sup>30</sup>. Aujourd'hui, outre la vente, une cession de créances est susceptible de réaliser une donation, un legs, une sûreté, un crédit, un échange, une dation, un apport en société, etc. Sa flexibilité lui permet de s'adapter aux figures les plus variées, et notamment à toutes les opérations de banque.

19. Or, non seulement la Convention CNUDCI couvre tout usage auquel peut être destinée la cession de créances<sup>31</sup>, mais surtout elle affiche nettement son intention de s'appliquer en priorité aux opérations de banque<sup>32</sup>. D'ailleurs, la liste des transactions couvertes par la Convention auxquelles le commentaire officiel se réfère se confond avec la liste d'affaires courantes d'un banquier de financement. Sont ainsi couverts les financements d'actifs (crédits revolving et financement d'acquisition de matériels d'équipement (*purchase money financing*)) qui sont garantis par des biens de l'emprunteur (y compris les créances). Ces financements présentent la particularité de dépendre quant à leur montant d'un ratio biens grevés (*collateral*)/crédit, fixé contractuellement. Sont couverts aussi l'affacturage, le forfaitage, la titrisation, le financement de projet, le refinancement de crédits, la syndication, la cession des droits sur polices d'assurance et la cession des créances dues après la liquidation par compensation finale d'opérations sur instruments financiers (*close-out netting*).

27 Elle pourrait résulter en l'attribution d'une priorité à un droit qui, sans l'intervention de la faillite, aurait été inférieur au rang du cessionnaire. Ceci va à l'encontre de l'impératif de prévisibilité revendiqué par la Convention CNUDCI. Toutefois, il va de soi que l'article 23 (3) de la Convention CNUDCI ne peut avoir pour objet de rendre opposable un droit sur la créance qui ne l'était pas avant la faillite. Il s'agit simplement de faire prévaloir le classement des priorités selon la loi de la faillite sur celui de la loi identifiée par la règle de conflit.

28 Article 22, repris à l'article 30 susceptible de s'appliquer à des cessions de créances ne tombant pas dans le champ d'application de la Convention. L'exclusion des règles de renvoi est prévue à l'article 5 (i) de la Convention.

29 D. Pardoel, « Les conflits de loi en matière de cession de créance », *op. cit.*, n° 482.

30 « *Traité du contrat de vente* », in *Cœuvres complètes*, Paris, rééd. Rogron et Fribach, 1835, n° 551 et s.

31 y compris les cessions réalisant une donation, contrairement à ce que la lecture du titre de la Convention pourrait laisser inférer, cf. « *Analytical commentary on the United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade* », CNUDCI, A/CN.9/520, 22 février 2003, projet en cours d'élaboration, version française non encore disponible (ci-après « *Commentaire analytique (projet)* »), paragraphe 39. Il faut noter que les exclusions à l'article 4 de la Convention portent sur des types de créances plutôt que sur des types de cession (alinéa 2). D'ailleurs, même les exclusions présentées à l'alinéa 1 du même article comme étant des exclusions de types de cession se rapportent en réalité à la qualité du cessionnaire (consommateur) et à l'objet de la cession (cession à titre universel d'entreprise), mais n'excluent pas à titre général un type de cession.

20. Le large champ d'application de la Convention ne se limite pas à couvrir tout type de cession selon la fonction attribuée à cette cession. La Convention est aussi dotée d'un champ qui dépasse les cessions internationales, pour également couvrir les cessions purement internes entre parties domiciliées dans le même pays et portant sur une créance due par un débiteur du même pays. L'article 1 (1) (b) de la Convention exige toutefois que ces cessions internes soient consécutives à des cessions internationales régies par la Convention.

Cette approche – pour le moins novatrice pour un traité international<sup>33</sup> – témoigne du pragmatisme des rédacteurs de la Convention et leur souci de prendre constamment en considération les réalités du commerce international. Toute approche différente aurait abouti à une diversité de régime dans une chaîne de cessions d'une même créance. Si la Convention CNUDCI avait opté pour une approche plus restrictive, un organisme de refinancement, un fond commun de créances ou un affactureur aurait pu voir ses droits sur la créance mobilisée différer de ceux du cédant qui lui a transmis la créance si la cession en amont ne comprenait pas un élément d'extranéité. Ceci aurait nécessairement nui à la cohérence de la fonction translative de la cession et, partant, aux attentes des parties.

Cela dit, il ne s'agit pas simplement de sauvegarder l'attente des parties quant à la continuité du régime juridique de la créance transmise. L'article 1 (2) dispose en effet que la Convention s'applique aux cessions subséquentes qui satisferaient au critère d'internationalité de l'article 1 (1) (a), même si la cession antérieure de la même créance n'y satisfaisait pas. La *continuatio juris* est alors sacrifiée au profit du champ le plus large pour la Convention CNUDCI, universalisme qui émerge alors comme le véritable objectif de la Convention.

Dans la mesure où la Convention tend à favoriser la généralisation d'un régime unitaire peu onéreux de la

transmission de créances, toute parcelle gagnée pour un champ d'application plus large devrait pousser les financiers à se réjouir, en espérant que les droits nationaux, en ratifiant la Convention, seront amenés à modifier leurs dispositions internes pour précisément éviter toute dualité de régime.

## b) Au niveau de la créance

21. La Convention CNUDCI consacre à l'article 8 la validité de la cession transmettant une ou plusieurs créances, dans leur totalité, en fraction ou en part indivise de créance. Elle consacre aussi la cession de créances futures, y compris éventuelles, ou purement aléatoires, exigeant seulement que ces créances puissent être identifiées, au plus tard à la date de conclusion du contrat d'origine de la créance, comme faisant l'objet de la cession<sup>34</sup>. Là aussi, il s'agit de profils de créances habituellement rencontrés dans les financements spécialisés, y compris la titrisation, le financement de projet et la syndication.

22. En cela, la Convention n'opérera pas un bouleversement du droit français de la cession. Notre droit admet en effet la validité de la cession globale de créances<sup>35</sup>, celle ayant pour objet une fraction de créance<sup>36</sup>, que ces créances soient d'ailleurs échues, futures<sup>37</sup>, éventuelles<sup>38</sup>, ou purement aléatoires<sup>39</sup>. Les tribulations récentes de l'opposabilité à la procédure collective de la cession de créances à exécution successive en ce qui concerne les échéances postérieures au jugement d'ouverture n'ont jamais remis en cause le principe même de la cession de créances futures. L'arrêt de la Chambre commerciale du 26 avril 2000 déclarant le droit du cessionnaire sur ces échéances inopposable à la procédure<sup>40</sup>, et le revirement opéré par l'arrêt de la Chambre mixte du 22 novembre 2002<sup>41</sup>, ont plutôt porté sur une simple modalité de la cession – son opposabilité – quoique lourde de conséquence.

32 Commentaire analytique (projet), paragraphe n° 10 (*The focus of the Convention is on financing transactions*), et passim.

33 A titre de comparaison, la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international (Ottawa, 28 mai 1988) ne s'applique que lorsque les créances cédées en vertu d'un contrat d'affacturage naissent d'un contrat de vente de marchandises entre un fournisseur et un débiteur qui ont leur établissement dans des États différents (article 2). Il faut toutefois noter que le critère juridique du contrat international retenu par la Convention de Rome aboutit au même résultat que celui choisi par la Convention CNUDCI, en permettant de considérer comme international un contrat purement interne s'il est lié à une chaîne de contrats comprenant un élément d'extranéité, cf. Civ. 14 février 1934 (Banque hypothécaire franco-argentine), DP 1934, I, 79; D.H. 1934, 177.

34 Commentaire analytique (projet), paragraphe n° 129.

35 Paris 31 août 1861, DP 1862, II, 192, cité in J. Cl. Civil, 1689-1695, fasc.20, n° 12, par L. Cadet.

36 Civ. 26 mai 1886, DP 1886, I, p. 281 (validité de la cession par un cohéritier de la somme qui lui reviendra dans le prix d'immeubles indivis en cas de vente à un tiers, ou dans la soulte que devra payer le colicitant qui se rendrait adjudicataire de ces immeubles, avant même la mise aux enchères). En outre, l'article 1873-2 (alinéa 2) du Code civil vise expressément la possibilité qu'une créance puisse figurer parmi les biens indivis. Sur la possibilité de céder ou de nantir une fraction indivise, cf. Civ. 3<sup>e</sup>, 29 novembre 1989, Bull. III, n° 221.

37 La cession de créances futures est consacrée à l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier en ce qui concerne les créances professionnelles. Elle a été récemment confirmée par la Cour de cassation en ce qui concerne la cession de droit commun, Civ. 1<sup>re</sup> 20 mars 2001, D. 2001, 3110, obs. Aynès.

38 L'arrêt de la première chambre civile du 20 mars 2001, cité dans la

note précédente, portait sur une créance à titre de garantie de loyers qui seraient issus d'un bail non encore conclu. La créance cédée était donc plus proche de la créance éventuelle que de la créance future, qui suppose que la créance existe en germe parce que l'un de ses éléments générateurs existe déjà.

39 La vente d'un coup de filet est obligatoire, même si le filet n'a recueilli aucun poisson, B. Starck, H. Roland et L. Boyer, « *Obligations, Contrat* », Litec, 5<sup>e</sup> éd., 1995, n° 501; Civ. 1<sup>re</sup>, 8 octobre 1980, D. 1981, IR 445 (jugé que le prix de la récolte vendue en cours de maturation est dû malgré sa destruction par la pluie); Civ. 26 mai 1886, op. cit.; contra Civ. 7 août 1843, S. 1843, I, p. 775 (nullité de la cession du prix de travaux non encore commandés).

40 D.2000, p. 717, obs. Larroumet; JCP 2000, E, p. 1134, obs. Legeais; D.2000, p. 265, obs. Pisconi; JCP 2000, E, p. 1560, obs. Petel; Banque n° 617, p. 66, obs. J.-L. Guillot; RTD com. 2000, p. 994, obs. Cabrillac; Mélanges AEDBF III, 2001, p. 222, D. Legeais.

41 D. 2003, 445, obs. Larroumet; RDBF 2003, n° 1, p. 22, obs. A.C.; Banque 2003, n° 645, p. 70, obs. J.-L. Guillot; JCP, 2003, p. 366, obs. D. Houtcieff; JCP 2003, E, p. 469, obs. Legeais; Act. Proc. Collectives 2002, comm., n° 262, obs. C. Regnault-Moutier. Le projet de Loi de sécurité financière, actuellement de retour à l'Assemblée après une deuxième lecture au Sénat, comporte un amendement aux articles L. 214-43 (al. 8) et L. 313-27 du Code monétaire et financier concernant respectivement la cession de créances dans le cadre de la titrisation et la cession de créances professionnelles qui aurait pour effet de rendre opposable la cession de créance à exécution successive « *quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité des créances* ». Encore que cet amendement ne fait que constater une solution évidente dictée par le droit des obligations dont la remise en cause par la Chambre commerciale pendant deux ans est fort heureusement maintenant reléguée aux annales de l'histoire du droit.

Exception pourrait néanmoins être faite pour la possibilité de céder en masse des créances futures par le biais de la cession de créances professionnelles prévue à l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier. Une partie de la doctrine avait en effet exprimé sa réserve sur la validité de telles cessions, l'impossibilité d'indiquer dans le bordereau, lors de son émission, des éléments de désignation des créances pouvant en effet être perçue comme invalidant ce bordereau<sup>42</sup>. Ces doutes doivent en toute logique être étendus à la titrisation dont le bordereau énonce des exigences de désignation et d'individualisation similaires à celle du bordereau Dailly<sup>43</sup>. La pratique bancaire, conservatrice par nature, n'a pas tenté de soumettre la validité de ce type de cession à l'épreuve des tribunaux, se privant ainsi d'une garantie potentielle, le courant d'affaires, pourtant bien appréciée par les banques de pays voisins au droit plus libéral. La ratification par la France de la Convention CNUDCI permettrait d'étendre aux cessions Dailly la possibilité de mobiliser en masse les créances futures<sup>44</sup>.

23. L'apport majeur de la Convention CNUDCI reste néanmoins, sans conteste, la règle matérielle internationale validant sans réserve la cession des créances énumérées dans le paragraphe précédent dans tous les États ratifiant, quel que soit l'état du droit national préexistant. Cette règle matérielle ne peut être remise en cause par la loi que désignerait la règle de conflit de l'article 22 (opposabilité aux tiers) ou celle de l'article 29 (opposabilité au débiteur cédé) de la Convention CNUDCI. Ainsi, si une loi vient à exiger un écrit obligatoire constatant la cession et indiquant des éléments d'individualisation de la créance, tel que le montant ou le nom du débiteur cédé<sup>45</sup>, ce qui équivaldrait à interdire en pratique la cession de créances éventuelles qui auraient pour source des contrats non encore conclus, la ratification de la Convention CNUDCI aboutirait à valider ce type de cession par dérogation au droit commun du pays de la loi concernée. Se trouverait ainsi grandement améliorée la sécurité juridique des cessions transfrontalières, ce qui aurait un effet certain sur la disponibilité et le coût du crédit.

#### c) Au niveau des accessoires de la créance

24. La cession d'une créance comprend les accessoires

42 J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raunaud, « *Droit bancaire* », Précis Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., n° 434; L. Chopard, G. Galzy et J. Hemmele, « *Six ans de jurisprudence et de pratique bancaire* », Castelange diffusion, 1988, p. 28. Il est un fait qu'aucun des éléments de désignation ou d'individualisation proposés (certes à titre illustratif) à l'article L. 313-23 n'est connu du cédant et du cessionnaire lors de l'établissement d'un bordereau portant cession de créances issues d'un courant d'affaire sur des clients non identifiés.

43 Article L. 214-43 du Code monétaire et financier, renvoyant pour les énonciations du bordereau au Décret n° 89-158 du 9 mars 1989.

44 La réserve exprimée au paragraphe auquel renvoie cette note ne doit pas être étendue aux cessions de droit commun, les subrogations conventionnelles et les nantissements de créances futures transmises en masse sur des débiteurs indéterminés. En effet, à l'instar de toute convention, ces transmissions sont valables si leur objet, à savoir les créances, peut être déterminé au moment où la créance échoie sans que cette détermination soit laissée à l'arbitraire du cédant. Une jurisprudence constante au titre de l'article 1129 du Code civil, seul applicable à défaut de loi spéciale comme celle régissant la cession de créances professionnelles, le confirme, cf. G. Affaki, « *Les sûretés dans le négoce international* », JDI (3) 2000, n° 32 et les références citées. Les cessions et nantissements de ce type seront toutefois privés d'opposabilité faute de pouvoir matérielle-

de cette créance, c'est-à-dire essentiellement les sûretés dont est assortie la créance, les actions en justice, le titre exécutoire pour la poursuite de la créance et la clause d'arbitrage. Si ce principe, énoncé à l'article 1692 du Code civil, paraît un corollaire évident de la fonction translatrice de la cession, on ne peut exclure qu'il fasse l'objet d'une interprétation, notamment quant à l'étendue de la transmission, qui pourrait différer selon le for.

Un cessionnaire prudent commencerait donc par déterminer la loi applicable aux accessoires susceptibles de lui être transmis avec la créance. Or, pas moins de trois lois, potentiellement différentes, ont vocation à régir le transfert des accessoires. La loi du contrat de cession d'abord, qui régira l'accord des parties quant à l'étendue des accessoires à transmettre. La loi de la créance cédée ensuite, qui déterminera ceux des accessoires qui se transmettent avec la créance. La loi de la sûreté enfin, qui aura vocation à régir les deux aspects suivants: la cessibilité de l'engagement du garant corrélativement à la cession de la créance garantie, et la nécessité de renouveler les formalités de publicité attachée à une sûreté réelle du fait du changement du créancier nanti, la loi de la sûreté se muant dans ce dernier cas en loi de la situation du bien nanti<sup>46</sup>.

25. La Convention CNUDCI évite cette application distributive de lois potentiellement divergentes en édictant une règle matérielle doublée d'un rattachement unique. En effet, l'article 10 (1) consacre la transmissibilité des sûretés personnelles et réelles garantissant le paiement de la créance cédée « sans un nouvel acte de transfert » quel que soit le contenu de la loi applicable au contrat de cession ou à la créance cédée. Cette disposition indique néanmoins que si un nouvel acte de transfert s'avère nécessaire aux termes de « la loi régissant la sûreté », le cédant a l'obligation de faire cet acte<sup>47</sup>.

#### d) Au niveau des parties à la créance

26. Il serait trop hâtif de déduire du seul titre de la Convention CNUDCI qu'elle ne concerne que les créances professionnelles. L'article 4 n'exclut que les cessions effectuées à un particulier pour ses besoins personnels, familiaux ou domestiques. Ceci laisse donc dans le champ de la Convention, faute d'exclusion, la cession à des fins pro-

ment accomplir les formalités de publicité exigées respectivement à l'article 1689 et l'article 2075 du Code civil.

45 C'est le cas du Code civil néerlandais (Livre III, article 239) et, selon certaines interprétations, du Code civil du Québec (article 2 689): L'acte constitutif d'hypothèque doit indiquer la somme déterminée pour laquelle elle est consentie), dans les deux cas en ce qui concerne la transmission de créance à titre de garantie.

46 D. Pardoel résume cette application distributive des lois comme suit: « pour la question de savoir si les accessoires sont transmis par l'effet du contrat de cession, il faudrait consulter la loi applicable à ce contrat. Pour celle de savoir ce que sont ces accessoires, la réponse appartiendrait à la loi de la créance cédée. Enfin, la loi applicable à l'engagement du tiers envers le créancier cédat déciderait du caractère cessible de la sûreté », « *Les conflits de loi en matière de cession de créance* », op. cit., n° 472.

47 Il va de soi que la transmissibilité automatique est restreinte aux seules sûretés accessoires, les sûretés indépendantes (garantie autonome, lettre de crédit standby) nécessitant une cession à part avec l'accord du garant. C'est précisément ce que vise cette clause de sauvegarde en imposant au cédant l'obligation d'obtenir les accords nécessaires pour effectuer cette transmission, obligation dont l'inexécution se résoudrait par des dommages-intérêts dus au profit du cessionnaire, v° Commentaire analytique (projet), n° 149.

fessionnelles de créances sur des consommateurs, cessions assez fréquentes dans les titrisations portant sur des créances de cartes de crédit ou les financements de projets d'infrastructures (autoroutes, tunnels, centrales électriques) remboursables par les redevances des usagers.

Par ce choix, la Convention CNUDCI se démarque de la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international (Ottawa, 28 mai 1988) qui, à l'article 1 (2) (a), exclut la cession des créances nées de contrats de vente qui portent sur des marchandises achetées pour des besoins personnels, familiaux ou domestiques.

## 2. Optimiser la mobilisation de la créance

27. Dotées d'une valeur patrimoniale, les créances sont par nature mobilisables. Le crédit ainsi offert à leur titulaire prendra la forme soit d'escompte de ces créances ou d'une avance de fonds garantie par ces créances. Pourtant, si banquiers et entrepreneurs s'accordent à souhaiter une maximisation du potentiel de mobilisation que présente chaque actif, des éléments perturbateurs viennent limiter la capacité du créancier de profiter pleinement du levier de financement qu'offre sa créance. Il s'agit essentiellement des accords d'incessibilité (a) et du formalisme anachronique de la signification (b).

### a) L'inopposabilité au cessionnaire des clauses d'incessibilité

28. La position du droit français quant à l'efficacité des clauses restreignant la cession d'une créance est, à l'image du droit français de la cession, fragmentée. Une recherche sur l'état de la question en droit comparé ne fait d'ailleurs guère ressortir de position uniforme. D'où l'apport utile de la Convention CNUDCI.

29. La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques a introduit dans le Code de commerce français un nouvel alinéa à l'article L. 442-6. La nouvelle disposition sanctionne par la nullité toute clause prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou un artisan la possibilité d'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui. Cette sanction, radicale pour le moins, dépasse donc celle retenue auparavant par la jurisprudence. Par un arrêt du 21 novembre 2000, la Chambre commerciale avait en effet considéré une clause d'incessibilité inopposable à un cessionnaire qui n'est pas partie au contrat dans lequel cette clause a été stipulée et qui n'a pas accepté cette clause<sup>48</sup>.

Pour autant, le nouvel article L. 442-6 (II) ne rend pas cette jurisprudence caduque. Cette jurisprudence constituera le droit commun qui continuera de s'appliquer

lorsque le débiteur n'appartient pas à l'une des catégories professionnelles énumérées limitativement à l'article L. 442-6 (II) du Code de commerce. De plus, si l'article L. 442-6 (II) doit être interprété de manière restrictive comme tout texte dérogatoire, la jurisprudence de la Chambre commerciale aura aussi vocation à s'appliquer – plutôt que l'article L. 442-6 (II) – lorsque la clause en question n'interdit pas la cession, mais simplement soumet le cessionnaire potentiel à l'agrément du cédé.

30. En droit comparé, l'efficacité des clauses restreignant la cession varie :

- de la nullité absolue, que le cessionnaire en ait eu connaissance ou non, sans que le cédé dispose d'un recours contre le cédant pour violation d'engagement contractuel<sup>49</sup>;
- à l'inopposabilité au cédé qui conserve le droit de se libérer entre les mains du cédant malgré la notification de la cession<sup>50</sup>,
  - à l'opposabilité au cessionnaire conditionnée à la preuve de sa connaissance de l'existence de la clause<sup>51</sup>;
- ou encore, à la validité de la clause sans réserve aucune<sup>52</sup>.

Cette disparité est source d'insécurité dans les opérations de banque qui impliquent une cession de créances, non seulement à cause de l'impraticabilité de l'examen des contrats d'origine des créances cédées dans le cas de cessions globales de créances, mais aussi de l'impossibilité d'un tel examen dans les cessions de créances éventuelles dont le contrat d'origine ne serait pas encore conclu.

31. La Convention CNUDCI apporte une solution uniforme à cette disparité sous la forme d'une règle matérielle énoncée à l'article 9. Toute clause « limitant d'une quelconque manière le droit du cédant de céder ses créances » est inopposable au cédant<sup>53</sup>. Cette disposition devrait donc s'appliquer aussi bien aux clauses interdisant la cession de la créance qu'à celles soumettant une telle cession à l'agrément du cédé. L'article 10 de la Convention étend cette inopposabilité aux clauses qui pourraient restreindre le transfert à titre accessoire des sûretés réelles et personnelles garantissant la créance cédée.

32. L'article 9 et l'article 10 de la Convention CNUDCI présentent en outre trois aspects qui méritent une attention particulière. Premièrement, la Convention n'exonère pas le cédant de sa responsabilité envers le cédé pour violation de son engagement d'abstention de cession. Cette responsabilité est néanmoins assortie d'une limite importante : le cédé n'a pas le droit de résilier le contrat d'origine de la créance ou de demander la résiliation du contrat de cession au seul motif de la violation de l'accord d'incessibilité<sup>54</sup>.

48 Bull. I, n° 180.

49 C'est la position du Code de commerce uniforme des États-Unis, UCC § 9-406, 9-407 et 9-408, et du Code de commerce allemand (HGB, article 354 (a), entré en vigueur le 25 juillet 1994), ce dernier privant d'effet la clause d'incessibilité lorsque le contrat dans lequel elle est stipulée est commercial aussi bien pour le cédant que pour le cédé, ainsi que dans les contrats où le débiteur est un organisme public.

50 En droit anglais, Linden Gardens Trust Ltd. v. Lenesta Sludge Disposals Ltd., [1994] 1 A.C. 85; Hendry v. Chartsearch Ltd., The Times, 16 septembre 1988.

51 Code civil italien, article 1260 (2); Code des obligations suisse, article 164; Code civil de Taiwan, article 294. La solution en droit espagnol est similaire.

52 Code civil allemand (BGB), article 399. La solution en droit japonais est similaire.

53 L'article 9 (1) de la Convention CNUDCI est inspiré de l'article 6 (1) de la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international (Ottawa, 28 mai 1988) qui dispose : « La cession de la créance par le fournisseur au cessionnaire peut être réalisée nonobstant toute convention entre le fournisseur et le débiteur prohibant une telle cession ».

L'article 9 de la Convention CNUDCI est restreint aux seules incessibilités convenues contractuellement et ne s'applique pas bien sûr à celles édictées par la loi.

54 Convention CNUDCI, articles 9 (2) et 10 (3).

33. Deuxièmement, la Convention CNUDCI innove en exonérant de sa responsabilité le cessionnaire qui aurait eu connaissance avant la cession de l'existence de la clause restreignant la cessibilité de la créance cédée et aurait néanmoins accepté la transmission. Cette disposition témoigne indubitablement d'une innovation audacieuse. En effet, jusqu'à présent, le cessionnaire était susceptible de mettre en jeu sa responsabilité délictuelle s'il était établi qu'il avait eu connaissance de l'incessibilité et avait néanmoins participé à la cession<sup>55</sup>. Pour autant, cette exonération s'inscrit dans le sens des objectifs de la Convention consistant à maximiser le potentiel de mobilisation des créances avec, en corollaire, une plus large accessibilité des capitaux et des crédits à moindre coût.

34. Enfin, l'opposabilité de principe des clauses d'incessibilité reçoit à l'article 9 (3) (a) de la Convention – et l'article 10 (4) (a) en ce qui concerne la transmission des accessoires de la créance – une exception lorsque la clause en question est stipulée dans un contrat de prestation de services financiers. Il ne s'agit pas là d'une exclusion nouvelle, mais simplement de la répétition de l'exclusion générale du champ de la Convention des créances issues des instruments financiers<sup>56</sup>. Pour autant, il faut se garder de conclure a contrario que les clauses d'incessibilité dans les contrats de prestation de services financiers sont donc opposables au cessionnaire. Il s'agira plutôt d'écarter la règle matérielle de l'article 9 (1) – et de l'article 10 (2) – au profit du droit national qui aurait vocation à s'appliquer par le biais des règles de conflit de la Convention. La loi nationale ainsi déterminée décidera alors de l'opposabilité de la clause d'incessibilité.

#### b) La fin de la signification du débiteur

35. Le droit français de la transmission de créances impose aujourd'hui la signification de la transmission au débiteur, soit à titre d'opposabilité à ce débiteur et aux tiers dans le cadre d'une cession de créance de droit commun, soit à titre de validité dans le cadre du nantissement. Formalité onéreuse, la signification émane d'une fiction juridique – la saisine des biens incorporels – ayant mué au fil des siècles en instrument de publicité que banquiers et

entrepreneurs s'accordent à dénoncer l'inutilité<sup>57</sup>. La seule alternative prévue dans la loi, l'acte authentique, s'avère être encore plus onéreuse et exige, en outre, la participation active du débiteur.

36. Si la France vient à ratifier la Convention CNUDCI, cinq siècles d'un formalisme inutile trouveront enfin leur fin<sup>58</sup>. La Convention édicte en effet à l'article 16 une opposabilité au débiteur par une notification simple. Nulle exigence donc de signification par huissier, encore moins d'acte authentique. Afin d'éviter la coexistence d'une dualité de régimes qui opérerait une discrimination pénalisante au profit des opérations internationales, le législateur français pourrait être amené à supprimer l'exigence de signification. Pour être efficace, ce changement devra intervenir à deux niveaux. Au niveau de l'opposabilité au débiteur, tout d'abord, pour les cessions de créances qui sont hors du champ de la Convention. Au niveau de l'opposabilité aux tiers ensuite, en ce qui concerne toute cession de créance, couverte ou non par la Convention.

Ce faisant, le législateur français ne ferait que suivre l'approche pragmatique choisie par nombre de pays qui, jadis, avaient adopté le système de signification du Code civil français. La Belgique, tout d'abord, avec son nouvel article 1690 issu de la loi du 6 juillet 1994 qui lève tout formalisme pour l'opposabilité aux tiers, aussi bien pour la cession que pour le nantissement de créances. Le Luxembourg ensuite, qui, s'il retient toujours l'exigence de notification du débiteur pour rendre la cession opposable, n'exige depuis la loi du 21 décembre 1994 qu'une simple notification et non plus une signification. Le Québec, enfin, dont le nouveau Code civil substitue la simple notification en ce qui concerne la cession-vente et la publication (enregistrement) pour la cession à titre de garantie à l'ancienne signification<sup>59</sup>.

37. L'approche pragmatique choisie par la Convention CNUDCI ne se limite toutefois pas à substituer à la signification du débiteur une simple notification. Elle porte sur la langue même de cette notification.

On sait qu'aujourd'hui en France, la validité d'une notification faite dans une langue autre que le français est susceptible de contestation. Naturellement, la question ne

55 M. Cabrillac et C. Mouly, « *Droit des sûretés* », 6<sup>e</sup> édition, Litec, 2002, n° 577. Il ne semble pas exister de décision publiée d'une juridiction française retenant ce chef de responsabilité. Voir, toutefois, pour la prise d'une hypothèque sur un immeuble qui faisait objet d'une promesse de vente, Civ., 10 avril 1948, D. 1948, p. 421, obs. Lenoan (Le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente est fondé à relever contre une personne, même étrangère à cette promesse, soit la fraude à laquelle celle-ci se serait associée, soit seulement la faute dont elle se serait rendue coupable en demandant ou en acceptant une hypothèque sur l'immeuble qu'elle savait faire l'objet de la promesse, et constituée par le promettant au mépris de son obligation). En revanche, dans les pays de common law, de nombreuses décisions ont retenu la responsabilité délictuelle (tort) des prêteurs ayant accepté des sûretés sur des biens dont ils les savaient faisant l'objet de *negative pledges*, cf. DC Thomson v. Deakin [1952] 1 Ch 660 et 694 [Nouvelle Zélande]; British Homophone Ltd. V. Kunz (1935) 152 L.T. 593 [Royaume Uni]. Voir aussi la distinction opérée par le House of Lords entre « faciliter la violation de l'accord de *negative pledge* », considéré comme n'entraînant pas la responsabilité du tiers, et « induire le débiteur à violer cet accord » qui donne lieu à responsabilité, CBS Songs Ltd. V. Amstrad Plc. [1988] 1 A.C. 1058 D-G.

56 Convention CNUDCI, article 4 (2), v° n° 56, infra.

57 A l'origine, la signification était destinée à opérer saisine de la créance

transmise. Elle permettait au cessionnaire de faire reconnaître par tous son droit exclusif sur la chose et à obtenir la jouissance de la créance cédée en informant le débiteur de la transmission. Le Code civil ne reprend pas la référence dans l'ancien droit à la saisine. La doctrine esquissa alors l'idée d'une fonction de publicité désormais attribuée à la signification. Les tiers sont ainsi supposés pouvoir se renseigner auprès du débiteur quant à la réalité des droits de leur auteur avant que la cession ne leur soit opposable. Or, l'échec est total. Si la signification permet de renseigner le débiteur, elle ne permet pas de renseigner les tiers. Le débiteur n'est d'ailleurs pas obligé de répondre aux demandes d'information des tiers quant à d'éventuelles significations antérieures, hors de dispositions législatives particulières, comme par exemple l'article 44 de la loi du 9 juillet 1991 sur les procédures civiles d'exécution, cf. Com. 24 mars 1992, Bull. IV, n° 128; Com. 24 mai 1994, Banque 1994, n° 552, p. 94, obs. Guillot; F. Leplat, « *La transmission conventionnelle des créances* », thèse Paris X, 2001, p. 506 et s.

58 On retrace l'origine de la signification consacrée au Code civil à la Coutume de Paris (1510 pour l'ancienne Coutume, révisée à l'ordre du jour en 1539 par Dumoulin) dont l'article 108 disposait : « *un simple transport ne saisit point, et il faut signifier le transport à la partie, et en bailler copie avant que d'exécuter* ».

59 Respectivement, article 1641 et article 2663 du Code civil du Québec.

se pose pas pour les significations au titre de l'article 1690 du Code civil car l'huissier refusera de signifier, et le notaire d'authentifier, un acte rédigé dans une langue autre que le français. Il s'agit donc plus particulièrement de la cession de créances professionnelles pour laquelle il a été jugé qu'une notification faite en anglais et en italien à un débiteur français était inopposable à ce débiteur en l'absence de preuve que ce débiteur maîtrisait ces langues<sup>60</sup>. Une traduction systématique, onéreuse en coût et en temps, s'est alors imposée à moins d'obtenir des assurances quant aux capacités linguistiques du débiteur, chose souvent malaisée pour le cessionnaire.

Là aussi, la Convention fait preuve d'un pragmatisme fort utile. Son article 16 (1) valide la notification formulée dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet au débiteur d'en comprendre le contenu. Cette disposition offre surtout une option sûre en indiquant in fine qu'il suffirait en tout état de cause que la notification soit formulée dans la langue du contrat d'origine de la créance.

## II Le résultat aurait pu être meilleur

### A - L'apport limité au niveau de la règle de conflit

#### 1. Un rattachement dualiste... mais à effet variable

38. La CNUDCI a conservé un rattachement dualiste à deux niveaux : celui relatif à l'opposabilité et celui relatif à la forme. Toutefois, c'est seulement au niveau de l'opposabilité que les limites du dualisme paraissent, d'autres dispositions de la Convention CNUDCI, ou de la Convention de Rome si elle vient à s'appliquer, ayant neutralisé ces limites au niveau de la forme.

60 Trib. Com. Paris, 15 Septembre 1993, RTDcom, 1994, p. 536.

61 Convention CNUDCI, articles 15 à 21.

62 Convention CNUDCI, article 1 (3).

63 En vérité, un dualisme similaire se profile aussi dans le Code civil français qui adopte une position différente vis-à-vis de la publicité exigée à l'article 1690, selon qu'il s'agisse d'opposer la cession au cédé ou aux tiers. Ainsi, le visa du débiteur donné sous seing privé rend la cession opposable à son égard, mais la signification ou l'acceptation par acte authentique demeure impérativement exigée pour rendre la cession opposable aux tiers car, à leur égard, la cession doit avoir date certaine, Civ. 26 juillet 1880, DP 1880, I, p. 366 ; Paris 8 janvier 1969, D. 1969, somm. 37, cités dans F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, « *Les obligations* », op. cit., n° 1282.

64 Malgré la différence dans les termes utilisés, la référence à « la loi régissant le contrat initial » dans l'article 29 de la Convention CNUDCI et celle à « la loi qui régit la créance cédée » dans l'article 12 (2) de la Convention de Rome doivent être comprises comme se référant à la même loi, à savoir celle qui régit le contrat d'origine de la créance, Commentaire analytique (projet), Add.1, paragraphe n° 4. En effet, interpréter « la loi qui régit la créance cédée » dans le sens de la loi de situation de la créance induirait une localisation géographique de cette créance à l'instar, par exemple, des meubles corporels et des immeubles et se heurterait ainsi à des obstacles conceptuels évidents, v° n° 12, supra. La raison du choix de termes tels que « la loi qui régit la créance cédée » par la Convention de Rome est qu'elle a vocation à régir les cessions contractuelles de créances de toute origine, contractuelle, légale ou judiciaire. A l'inverse, la Convention CNUDCI ne régit que la cession de créances d'origine contractuelle. D'ailleurs, le rapport Giuliano-Lagarde concer-

#### a) Opposabilité au débiteur c. opposabilité aux tiers

39. Il était nécessaire que la Convention CNUDCI prévoie une règle de conflit pour régir l'opposabilité d'une cession de créance au débiteur cédé. En effet, malgré le caractère complet du dispositif de règles matérielles que consacre la Convention au rapport cessionnaire-débiteur<sup>61</sup>, ces règles ne s'appliquent pas si le débiteur, à la date de conclusion du contrat d'origine de la créance, n'est pas domicilié dans un État contractant ou si la loi qui régit ce contrat n'est pas la loi d'un État contractant<sup>62</sup>. D'où la nécessité de trouver un deuxième niveau d'harmonisation pour régir les cessions qui n'entrent pas dans le champ d'application de la Convention.

40. La nécessité d'une règle de conflit étant admise, se pose la question de l'opportunité du choix fait par la CNUDCI quant à cette règle. L'article 29 soumet en effet les rapports entre le cessionnaire et le débiteur à la loi régissant le contrat d'origine de la créance. Cette règle a vocation à régir l'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire d'un paiement effectué par celui-ci. Or, ce rattachement est différent de celui retenu à l'article 22 pour l'opposabilité aux tiers.

Coexistent donc au sein de la Convention CNUDCI deux rattachements différents, le premier concernant l'opposabilité au débiteur, et le second l'opposabilité aux tiers. Cette dualité peut, certes, revendiquer un précédent : celui de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles<sup>63</sup>. Dans son article 12 (2), en effet, la Convention de Rome rattache l'opposabilité au débiteur cédé à la loi qui régit la créance cédée<sup>64</sup>, mais ne se prononce pas sur la loi applicable à l'opposabilité aux tiers<sup>65</sup>.

41. Or, si on a pu trouver des mérites au système dualiste<sup>66</sup>, ses limites sont évidentes. Il pourrait conduire à ce qu'une cession soit inopposable aux tiers, notamment aux créanciers du cédant, alors qu'elle serait opposable au cédé qui risquerait ainsi d'être obligé de payer deux fois<sup>67</sup>.

nant la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles précise que lorsqu'il existe un contrat entre le cédant et le cédé, c'est la loi qui régit ce contrat qui déterminera l'opposabilité de la cession au débiteur et ses rapports avec le cessionnaire (article 12, paragraphe 2, JOCE n° C 282 du 31 octobre 1980, p. 0001-0050). Il s'agit là d'une reformulation plus précise du rattachement général à « la loi qui régit la créance cédée ».

65 V° n° 90, infra.

66 A. Sinay-Cytermann, « *Les conflits de lois concernant l'opposabilité des transferts de créance* », op. cit., n° 10. Il s'agit de différencier entre le but que poursuivent les formalités d'opposabilité au débiteur et celles aux tiers. Les premières viseraient à informer le débiteur de la personne entre les mains de laquelle il peut se libérer. Elles relèvent donc de la loi régissant l'engagement de ce débiteur au titre du contrat d'origine de la créance. Par contraste, l'opposabilité aux tiers accomplit une véritable fonction de publicité.

67 P. Lagarde, introduction, in D. Pardoel, « *Les conflits de loi en matière de cession de créance* », op. cit., p. XVI. Dans sa thèse, D. Pardoel met en exergue les limites du rattachement dualiste par le biais de deux exemples : « *Supposons la cession d'une créance soumise à la loi française sur un débiteur domicilié en Allemagne. La cession est alors opposable aux tiers, la loi allemande du domicile du débiteur cédé ne prévoyant aucune formalité d'opposabilité, et inopposable au débiteur cédé, puisque ses relations avec le cessionnaire sont soumises à la loi française de la créance cédée. Cette solution ne paraît pas très logique bien qu'elle ne présente matériellement pas d'inconvénients majeurs. Il n'en va pas de même dans l'hypothèse inverse. Supposons, alors, la cession d'une créance soumise à la loi allemande sur un débiteur domicilié en France. En l'absence de toute*

C'est pour éviter ce type de situation que les tribunaux de nombreux pays, dont la France avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, étendent le rattachement applicable à l'opposabilité au débiteur pour couvrir aussi l'opposabilité aux tiers<sup>68</sup>. D'ailleurs, l'avant-projet de la Convention de Rome ne distinguait pas entre ces deux dimensions de l'opposabilité qu'il soumettait, par une approche unitaire, à la loi de la créance cédée<sup>69</sup>.

42. À supposer, de *lege ferenda*, qu'un rattachement unitaire puisse être envisagé pour l'opposabilité *lato sensu*, est-on obligé d'opter pour un rattachement à la loi de la créance cédée au nom de l'impératif de ne pas modifier l'engagement du débiteur par l'effet de la cession à laquelle il n'est pas parti? Pas nécessairement. Les mérites d'un rattachement à la loi du domicile du cédant ont été démontrés<sup>70</sup>. Ce rattachement aurait pu également être choisi par la Convention CNUDCI pour régir l'opposabilité au débiteur cédé, moyennant le rajout d'un correctif qui, sous la forme d'une règle matérielle, indiquerait que la cession ne peut créer plus d'obligations pour le débiteur à moins qu'il ne les accepte<sup>71</sup>.

43. À terme, le résultat préjudiciable qui résulte du rattachement dualiste actuellement prévu dans la Convention CNUDCI pourrait s'estomper si les États contractants optent, parmi les trois systèmes d'opposabilité proposés en annexe de la Convention CNUDCI, pour le même système, que ce soit l'enregistrement, la date du contrat de cession ou la date de notification de la cession.

#### b) Forme c. opposabilité

44. En droit français, la cession est un contrat consensuel dont la validité *inter partes* ne dépend en principe d'aucune forme particulière<sup>72</sup>. L'exigence de l'écrit si la valeur cédée dépasse 800 € l'est à titre de preuve seulement. De ce fait, elle ne s'applique pas aux actes de commerce pour lesquels la preuve à l'égard des commerçants reste libre<sup>73</sup>. Le droit allemand est identique. À l'inverse, d'autres droits nationaux exigent que le contrat de cession obéisse à des conditions de forme dont le manquement est sanctionné par la nullité de la cession.

*signification au débiteur cédé, la cession est inopposable aux tiers puisque la loi française s'applique à cette question, loi domiciliaire du cédé. Dans le même temps, le cessionnaire peut réclamer son paiement puisque la loi allemande, loi de la créance, n'impose aucune formalité d'opposabilité*, n° 375.

68 Jusqu'à l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, la jurisprudence constante de la Cour d'appel de Paris consistait à rattacher aussi bien l'opposabilité au débiteur que l'opposabilité aux tiers à la loi du domicile du débiteur, cf. Paris 18 novembre 1927, JDI 1928, p. 972; Paris 27 septembre 1984, JDI 1985, p. 664, obs. Diener. Par une interprétation, certes contestable, de la Convention de Rome, les tribunaux allemands et anglais étendent la loi applicable à l'opposabilité au débiteur cédé pour régir aussi l'opposabilité aux tiers, BGH, 20 juin 1990, BGHZ 111, 376; IPRAx 1991, 248; RIW 1990, 670; 8 décembre 1998, XI ZR 302/97 (WM 1999, 126), et Raiffeisen Zentralbank Osterreich AG v. Five Star General Trading LLC and others, (Court of Appeal, 26 janvier 2001), [2001] 1 All ER (Comm) 961, v° n° 93, infra.

69 Avant-projet de Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles, article 16 (La loi qui régit la créance originale détermine le caractère transférable de celle-ci, ainsi que les rapports entre cessionnaire et débiteur et les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et aux tiers).

70 V° n° 17, supra.

71 Cette proposition est inspirée de l'article 145 (1) LDIP (Suisse) qui

Ce formalisme ne vise pas à donner au débiteur des informations pour un paiement libératoire ni à faire office de publicité à l'égard des tiers. Il vise plutôt à s'assurer du consentement réfléchi du cédant et, le cas échéant, éviter des litiges sur l'objet de la cession. À l'égard des tiers, il vise à limiter le risque de fraude à leur droit sur le patrimoine du cédant qu'engendrerait une cession orale. Ce type de formalités *ad validitatem* est exigé par exemple dans le Code des obligations suisse en ce qui concerne tout type de cession<sup>74</sup> et dans le nouveau Code civil du Québec, mais seulement en ce qui concerne les cessions à titre de garantie<sup>75</sup>.

45. La Convention CNUDCI a choisi de rattacher ce formalisme à la loi qui régit le contrat de cession, la loi de l'État dans lequel il a été conclu ou, si le cédant et le cessionnaire sont situés dans des États différents, la loi de l'un de ces États<sup>76</sup>. Comme la Convention de Rome, dont l'article 9 a inspiré cette disposition de la Convention CNUDCI, ces trois rattachements sont parfaitement alternatifs et aucune hiérarchie ne doit être perçue entre les trois lois qui en résultent<sup>77</sup>.

Là aussi, on aurait pu attendre de la part de la Convention CNUDCI une règle matérielle énumérant à titre exhaustif les conditions de forme qui pourraient être exigées pour la validité du contrat de cession ou, mieux encore, une dispense totale de telles conditions. À défaut, un rattachement unique couvrant à la fois la forme et l'opposabilité eut été souhaitable. La Convention n'offrira ni l'une ni l'autre. Elle s'inscrit ainsi en défaut par rapport à des textes tels que la Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière qui édicte, à son article 3, une interdiction pour les États membres d'exiger l'accomplissement d'un acte formel pour la constitution, la validité, la conclusion, l'opposabilité ou l'admissibilité à titre de preuve d'un contrat de garantie financière. Elle diverge aussi de la Loi fédérale (Suisse) sur le droit international privé (LDIP) qui soumet la forme au droit applicable au fond, réalisant ainsi un rattachement unitaire<sup>78</sup>, ou encore de la Loi-type interaméricaine sur les opérations garanties

prévoit que le choix par le cédant et le cessionnaire d'une loi pour régir le contrat de cession peut être opposable au débiteur s'il l'accepte.

72 Sauf pour la cession de parts sociales où l'article 1865 du Code civil exige *ad validitatem* un écrit.

73 Même en dehors du champ d'application de l'article L. 110-3 du Code de commerce, il est admis que les parties puissent renoncer explicitement ou tacitement à l'article 1341, cf. Civ. 1<sup>re</sup> 29 juin 1960, Bull. Civ., I, n° 355.

74 Article 165 (1) du Code des obligations (Suisse): La cession n'est valable que si elle a été constatée par écrit.

75 Article 2696: L'hypothèque mobilière sans dépossession doit, à peine de nullité absolue, être constituée par écrit.

76 Convention CNUDCI, article 27.

77 Avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, la Cour de cassation en France avait une jurisprudence plus sévère qui imposait l'application de la loi du lieu de rédaction de l'acte « à moins que ne soit établie la volonté des parties de soumettre la forme de leur contrat à la loi qui le régit au fond ou à leur loi nationale », Civ. 1<sup>re</sup>, 10 décembre 1974, RCDIP 1975, p. 474, obs. Ponsard; JDI 1975, p. 542, obs. Kahn; cf. P. Lagarde, « *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980* », op. cit., n° 53.

78 Article 145 (3): « *La forme de la cession est exclusivement régie par le droit applicable au contrat de cession* ».

qui cumule une règle matérielle énumérant les formalités requises et une règle de conflit pour les aspects de validité non couverts par la règle matérielle <sup>79</sup>.

46. Cependant, à l'inverse du rattachement dualiste pour l'opposabilité, ce même dualisme, résultant cette fois du choix d'une règle de conflit applicable à la forme qui est différente de celle applicable à l'opposabilité, ne porte pas préjudice à la cohérence de la cession. Certes, il est traditionnellement enseigné qu'un dualisme forme-opposabilité risquerait d'aboutir à un résultat inacceptable dans un cas où la loi applicable à la forme imposerait une formalité *ad validitatem*, alors que la loi applicable à l'opposabilité imposerait une mesure de publicité de nature différente. La cession qui aurait respecté la mesure d'opposabilité, mais non celle de validité, pourrait alors être déclarée opposable aux tiers alors qu'elle serait nulle en vertu de la loi sur la forme <sup>80</sup>. Moins sévère, mais tout aussi inadapté aux opérations de banque, serait le cumul des formalités dans l'hypothèse où la loi applicable à la forme et la loi applicable à l'opposabilité prévoiraient chacune l'accomplissement de formalités différentes <sup>81</sup>.

Ce dualisme ne causera toutefois pas de conséquences préjudiciables, tant dans les États ayant ratifié la Convention CNUDCI sans exclure l'article 27 <sup>82</sup>, que dans ceux qui, ayant exclu cet article lors de la ratification, ont ratifié la Convention de Rome. En effet, la combinaison de l'article 22 sur la loi applicable au conflit de priorité avec l'article 27 sur la forme du contrat de cession ou, s'il a été exclu lors de la ratification, l'article 9 de la Convention de Rome fera toujours coïncider au moins un des rattachements optionnels retenu par la règle de conflit pour la forme avec le rattachement retenu par la règle de conflit pour l'opposabilité aux tiers.

Cette combinaison peut être illustrée par l'exemple suivant. Prenons le cas d'une cession à titre de garantie, conclue au Québec, entre un cédant français et un cessionnaire canadien, portant sur une créance due par un débiteur domicilié en France. Le Code civil du Québec impose à l'article 2696 un écrit comportant des mentions obligatoires sous peine de nullité de l'hypothèque mobilière. Le Code civil français n'impose pas en principe des conditions de forme pour la validité du contrat de cession. En appliquant la loi française à titre de loi du domicile du cédant, l'article 27 (2) de la Convention CNUDCI ou, s'il a été exclu lors de la ratification, l'article 9 (2) de la Convention de Rome, validera la cession, même si elle a enfreint l'exigence de forme écrite requise par le Code civil du Québec. Il suffira alors d'accomplir les formalités de publicité prévue par la loi du cédant, tel que requis par l'article 22 de la Convention CNUDCI, pour rendre la cession opposable aux tiers.

79 Respectivement article 6 et article 69. La loi-type a été adoptée par l'Organisation des États américains le 8 février 2002 à Washington DC.

80 p. Lagarde, introduction, in D. Pardoel, « *Les conflits de loi en matière de cession de créance* », op. cit., p. XVII.

81 Dans sa thèse, D. Pardoel donne l'exemple d'une cession-donation soumise au droit français conclue en France par un cédant français au profit d'un cessionnaire français et portant sur une créance sur un débiteur belge régie par le droit belge. En vertu de la loi française applicable à la forme, la cession devra être conclue sous la forme authentique. La loi belge, quant à elle, exigera la signification de la cession au débiteur pour la rendre opposable [sic, depuis la modification de l'article 1690 du Code civil belge le 6 juillet 1994, aucune signification n'est désormais exigée.

## c) Créances couvertes c. créances non-couvertes

47. La Convention CNUDCI n'a pas une portée universelle. Son applicabilité à une cession donnée dépend de la double condition énoncée à l'article 1 (a) : la cession et/ou la créance doit être internationale *et* le cédant doit, à la date de la conclusion du contrat de cession, être situé dans un État contractant.

Or, une cession globale de créances pourrait porter à la fois sur des créances réunissant les conditions de l'article 1 (a) et d'autres qui, à défaut de répondre à ces conditions, resteraient en dehors du champ de la Convention. En l'absence d'une règle matérielle prévoyant l'extension de l'application de la Convention aux créances en principe exclues, les créances cédées risquent de se voir appliquer un traitement différent selon qu'elles sont régies par la Convention ou par le droit interne du pays pertinent. Des aspects aussi importants que la validité de la cession de créances éventuelles, l'opposabilité des clauses d'incessibilité, l'étendue de la garantie du cédant et l'opposabilité des exceptions par le cédé pourraient alors faire l'objet d'un traitement différent. Même le conflit de priorité, si l'État contractant a exercé l'option d'exclure le chapitre V, pourrait recevoir une solution différente selon que la Convention s'applique ou non.

La CNUDCI reconnaît ce problème mais, incapable d'y remédier, elle recommande aux cédants et aux cessionnaires d'éviter d'inclure dans une même cession des créances qui seraient couvertes par la Convention et d'autres qui ne le seraient pas <sup>83</sup>. Ce pis-aller risque évidemment de se révéler difficilement praticable dans certaines titrisations où des millions de créances sont transmises en bloc et pour lesquelles un examen aussi détaillé serait illusoire.

## 2. Des rattachements non exclusifs

48. Les règles de conflit détaillées retenues dans la Convention CNUDCI pour régir le rapport entre le cédant et le cessionnaire et l'effet de la cession tant à l'égard du débiteur qu'à l'égard des tiers ont des mérites et des limites. Les paragraphes précédents en traitent en détail. Et pourtant, ce serait un leurre de croire que ces rattachements seraient exclusifs de l'application potentielle d'autres lois qui viendraient, le cas échéant, perturber l'application normalement exclusive de la loi à laquelle aboutirait la règle de conflit de la Convention.

49. Ainsi, la capacité des parties au contrat de cession continuera à être régie par la loi personnelle de chacune d'elles. Le rattachement à l'article 28 (2) à la loi de l'État avec lequel le contrat de cession a le lien le plus étroit n'évitera pas cette application distributive.

Sous cette réserve, l'exemple demeure néanmoins illustratif]. Ceci oblige le cessionnaire à accomplir les deux formalités pour disposer d'un droit efficace, « *Les conflits de loi en matière de cession de créance* », op. cit., n° 488. À l'évidence, si la France ratifie la Convention CNUDCI, les conséquences potentiellement néfastes de l'exemple précédent seraient neutralisées, car le rattachement actuellement retenu par la jurisprudence en faveur de la loi du domicile du débiteur sera remplacé par celui issu de l'article 22 de la Convention en faveur de la loi du domicile du cédant.

82 La Convention CNUDCI donne à l'article 39 la possibilité aux États ratifiants d'exclure le Chapitre V (Autres règles de conflit de lois) dans lequel l'article 27 est inclus.

83 Commentaire analytique (projet), paragraphe n° 57.

50. La priorité du droit du cessionnaire sur la créance cédée est déterminée, au titre de l'article 22, par la loi de l'État dans lequel est situé le cédant. Néanmoins, un droit préférentiel qui se verrait accorder priorité par la loi de la faillite sur le droit du cessionnaire conserverait cette priorité quelle que soit la solution donnée par le droit du pays du cédant<sup>84</sup>. Tel serait le cas en droit français si, par exemple, la révision envisagée de la loi sur les procédures collectives venait à priver le cessionnaire d'une créance issue d'un contrat à exécution successive de son droit au paiement des échéances postérieures au jugement d'ouverture<sup>85</sup>. En droit comparé, cette hypothèse se voit affectée d'un régime différent selon le droit applicable. Alors que le droit anglais et le Code fédéral des États-Unis sur la faillite donneront plein effet à la cession quant aux échéances postérieures au jugement d'ouverture<sup>86</sup>, le droit suisse pourrait la priver d'effet<sup>87</sup>. Dans un souci louable de transparence, la Convention offre la possibilité aux États contractants de déposer une déclaration spécifiant ces droits préférentiels. Toutefois, il ne s'agit là que d'une simple option sans aucun caractère contraignant<sup>88</sup>.

51. Enfin, un tribunal peut refuser d'appliquer une disposition de la loi de l'État du cédant « uniquement si elle est manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for »<sup>89</sup>. On peut espérer que l'éviction potentielle d'une ou plusieurs dispositions de la loi du cédant serait limitée par l'effet du standard rigoureux – « manifestement contraire » – exigé<sup>90</sup>. Le commentaire de la Convention CNUDCI donne, à titre d'exemple, le cas d'une discrimination entre les droits concurrents qui serait basée sur la nationalité des titulaires des droits<sup>91</sup>. La jurisprudence suisse en donne un autre, qui pourrait cependant aller jusqu'à mettre en échec la validation des cessions globales de créances futures à l'article 8 de la Convention CNUDCI. Il s'agit de l'annulation par le Tribunal fédéral, dans un arrêt du 11 décembre 1986, d'une cession globale de créances futures qui n'était limitée ni dans le temps ni quant à l'objet des dites créances. Dans l'espèce, tout avait été cédé : salaire, provisions, remboursement de frais, avoirs en banque, intérêts, rentes, etc. Le Tribunal fédéral a estimé qu'une cession de cette ampleur compromettrait la liberté économique du cédant, portant ainsi atteinte à sa personnalité<sup>92</sup>.

84 Convention CNUDCI, article 23 (3).

85 Aujourd'hui, l'arrêt de la Chambre Mixte du 22 novembre 2002 (v° n° 22 et note 41, supra) fait prévaloir le droit exclusif du cessionnaire en toute cohérence avec la nature de la créance à exécution successive. Celle-ci, on le sait, naît une fois pour toutes à la date de conclusion du contrat d'origine, le déroulement des prestations échelonné dans le temps ne donnant lieu qu'à l'exigibilité des échéances. Ceci n'a pas empêché certains annotateurs d'appeler de leurs vœux une révision de la loi sur les procédures collectives qui rétablirait la priorité de l'administrateur judiciaire sur les échéances postérieures au jugement d'ouverture (cf., C. Regnaut-Moutier, Act. Proc. Collectives, n° 20, 2002, comm. n° 262 ; A. Lienhard, www.dalloz.fr/actualite).

86 11 USC § 552.

87 Trib. F. éd., 1<sup>er</sup> Ch. civ., 3 septembre 1985, J.T. 1988, p. 15. Le conditionnel s'impose car, en l'espèce, la cession intervenue antérieurement au jugement d'ouverture ne portait pas sur une créance à exécution successive, mais sur la créance éventuelle du prix de vente d'un immeuble qui ne fut vendu qu'après l'ouverture de la procédure collective.

88 Convention CNUDCI, article 23 (3). Une disposition similaire peut être trouvée à l'article 39 de la Convention Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles.

89 Convention CNUDCI, article 23 (1).

Hardie, la Convention CNUDCI n'innove pas moins en limitant le rôle des règles impératives du for à un simple rôle d'éviction. L'article 23 (2) exclut en effet que ces règles puissent s'appliquer à la place de la disposition évincée de la loi du cédant. Le for devra, dans ce cas, appliquer le reste des dispositions de la loi du cédant qui ne seraient pas manifestement contraires à son ordre public.

52. Le dispositif du rattachement à la loi de l'État du cédant comporte cependant une lacune majeure : le cas du conflit mobile. Il s'agit du cas qui résulterait du changement du lieu d'établissement du cédant entre la date de la cession et celle où la règle de conflit devrait être appliquée pour régler un conflit de priorité. S'agit-il alors d'appliquer la loi du pays où le cédant avait son lieu d'établissement au moment de la cession ou plutôt celle du pays où se trouve son lieu d'établissement au moment de l'application de la règle de conflit ? L'article 22 de la Convention CNUDCI est totalement silencieux à cet égard<sup>93</sup>.

Ce laconisme tranche avec la réponse donnée à cette même question dans d'autres dispositions de la Convention, tel qu'à l'article 1 (a) qui pose comme condition pour l'application de la Convention à une cession que le cédant ait son lieu d'établissement dans un État contractant « à la date de la conclusion du contrat de cession ». Certes, le commentaire analytique de la Convention propose d'appliquer la loi du pays où se trouve le cédant au moment de l'application de la règle de l'article 22<sup>94</sup>. Aucune justification n'est cependant avancée pour ce choix, qui aurait pu figurer plus utilement dans le texte même de l'article 22.

## B - L'apport limité au niveau de la règle matérielle

### 1. L'absence d'une règle matérielle déterminant la priorité

53. Grande est la divergence entre les systèmes juridiques quant aux formalités exigées pour l'opposabilité aux tiers du droit du cessionnaire. Ainsi, l'Allemagne, l'Autriche et la Suisse n'exigent aucune formalité<sup>95</sup>. Ceci n'empêche pas les tribunaux allemands de faire prévaloir les droits d'un fournisseur avec réserve de propriété prolongée (*verlängerter Eigentumsvorbehalt*) sur le produit de la revente du bien livré, faisant ainsi échec aux droits d'une banque qui s'était

90 Ce qualificatif est également employé dans la loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, article 6 (exception d'ordre public).

91 Commentaire analytique (projet), paragraphe 59.

92 W. Inkasso AG c. A., ATF 112 II 433. La cession a été annulée sous le visa de l'article 27 (2) du Code civil suisse, F.-E. Klein, « *De la cession globale de créances à titre de garantie* », Mélanges Pierre Engel, Ed. Université de Lausanne.

93 A titre de comparaison, la Convention de Rome identifie à l'article 4 (2) le pays de l'établissement principal de la partie qui fournit la prestation caractéristique comme étant le pays où cette partie a son établissement au moment de la conclusion du contrat. De même, le Code civil du Québec précise bien la solution à cette question à son article 3105 qui énonce : « *La validité d'une sûreté grevant un meuble corporel ordinaire est régie dans plus d'un État ou de celle grevant un meuble incorporel est régie par la loi de l'État où était domicilié le constituant au moment de sa constitution. La publicité et ses effets sont régis par la loi de l'État du domicile actuel du constituant.* »

94 Commentaire analytique (projet), Add. 1, n° 51.

95 BGB, article 398. Le Code des obligations suisse exige l'écrit, mais à titre de condition de validité *inter partes*, qui, une fois accomplie, ne requiert aucune autre formalité pour assurer l'opposabilité du droit du cessionnaire sur la créance (article 165).

fait antérieurement céder l'ensemble des créances futures provenant du courant d'affaires du cédant <sup>96</sup>. De leur côté, les tribunaux autrichiens prévoient une exception à ce formalisme en ce qui concerne les cessions à titre de garantie <sup>97</sup>. En France, la cession de droit commun n'est opposable que si elle est signifiée au débiteur ou acceptée par acte authentique, ce qui n'empêche pas sept autres formes dérogatoires de cession de coexister, avec soit des formalités différentes soit une absence totale de formalités <sup>98</sup>. En Angleterre, l'enregistrement au Companies House n'est exigé à titre d'opposabilité que pour les cessions à titre de garantie, et encore à condition que le contrat de cession soit soumis au droit anglais et que le cédant soit domicilié en Angleterre <sup>99</sup>. Malgré l'absence d'exigence de notification en droit anglais pour les autres types de cession, un cessionnaire subséquent qui notifierait en premier le débiteur cédé primerait néanmoins le cessionnaire à qui la même créance avait été antérieurement transmise <sup>100</sup>. Aux États-Unis, au Canada et en Nouvelle-Zélande, la cession doit impérativement être enregistrée dans un registre public pour être opposable.

54. L'absence d'une règle matérielle uniforme soumettant la cession de créances à la même formalité d'opposabilité dans tous les pays est un souci constant dans les opérations de banque. À défaut d'une telle règle, il aurait été souhaitable d'avoir une règle agréée internationalement dispensant au moins du renouvellement des formalités les cessions rendues opposables selon le droit qui leur était applicable *ab initio* dans le cas où un élément de localisation viendrait à changer par la suite. L'échec de la Convention CNUDCI dans l'identification et l'imposition de l'une de ces deux règles est regrettable. La règle de conflit proposée à l'article 22 n'y pallie qu'imparfaitement <sup>101</sup>.

## 2. Un champ d'application incomplet

55. S'il faut formuler une critique à l'encontre de la Convention CNUDCI au niveau matériel, ce sera quant à son champ d'application. Certes, les rédacteurs de la Convention méritent des louanges pour l'avoir dotée d'un champ d'application aussi complet que possible, en couvrant à la fois la cession (y compris à titre de garantie), la subrogation et le nantissement de créances, ainsi qu'une large gamme de types de créances, tous couramment utili-

sés dans les opérations de banque. On ne peut cependant s'empêcher à la lecture des exclusions déclarées, et des lacunes non déclarées, de garder l'impression d'un travail inachevé. L'argument derrière certaines exclusions est compréhensible; celui derrière d'autres l'est moins.

### a) Les exclusions justifiées

#### i) Les créances issues d'instruments financiers

56. Les instruments financiers bénéficient d'un régime dérogatoire au droit commun des obligations et des biens. Ce régime tend à s'uniformiser à l'échelle internationale avec, notamment, la Directive 98/26/CE du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres et la Directive 2002/47/CE du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière, ainsi que les travaux lancés en 2001 par Unidroit sur les Opérations sur les marchés financiers interconnectés et transnationaux. Ces textes de droit substantiel sont le pendant de l'uniformisation réalisée au niveau de la règle de conflit par la Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, adoptée par la Conférence de La Haye de droit international privé le 13 décembre 2002.

En l'absence de besoin d'harmoniser la transmission de créances issues d'instruments financiers, et devant la difficulté d'identifier des règles communes qui régiraient aussi bien ces créances bien particulières que celles issues de contrats de biens et de services non financiers, la CNUDCI a choisi d'exclure du champ de la Convention les créances issues d'instruments financiers <sup>102</sup>. Ce choix est compréhensible et opportun.

#### (ii) La cession de contrat, la stipulation pour autrui et la délégation

57. Biens qu'instruments favoris des opérations de crédit, et souvent utilisés à la place d'une cession de créances pour échapper aux formalités de l'article 1690 du Code civil, la cession de contrat, la stipulation pour autrui et la délégation sont exclus du champ de la Convention <sup>103</sup>. Leur objet, attributs ou caractère non translatif sont différents de ceux de la cession de créance et justifient cette exclusion.

96 Voir note 13, supra.

97 Une publicité doit alors être accomplie, soit par la notification de la cession au débiteur cédé, soit par l'enregistrement de la cession dans les livres du cédant.

98 Il s'agit de la cession de créances professionnelles régie par l'article L.313-23 et s. du Code monétaire et financier, la transmission de créances à titre de garantie dans le cadre de systèmes de règlements interbancaires ou de systèmes de règlement et de livraison d'instruments financiers régie à l'article L. 330-2 (I) du Code monétaire et financier (transposant en droit français la Directive concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres du 19 mai 1998 (98/26/EC, JOCE, L 166 du 11 juin 1998)), la transmission de créances afférentes aux opérations sur instruments financiers régie à l'article L.431-7 du Code monétaire et financier, la cession de créances dans le cadre de la titrisation régie à l'article L. 214-43 du Code monétaire et financier, et la cession de droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet régie par l'article L. 613-8 et s. du Code de la propriété intellectuelle, sans parler de la transmission d'une créance dans le cadre d'un testament ou legs ou en tant qu'élément d'une universalité de biens dans le cadre de la cession d'un fonds de commerce, Civ. 1<sup>re</sup>, 3 décembre 1996, D. 1996, p. 151, ou dans le cadre d'une fusion ou d'une scission, Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 1972, Bull. I, n° 71; Com., 18 décembre 1984, Bull. IV, n° 351;

Civ. 1<sup>re</sup>, 25 avril 1974, Bull. I, n° 115.

99 Companies Act 1985, articles 396-398.

100 Dearle v. Hall, (1828) 38 ER 495.

101 Le groupe de travail de la CNUDCI chargé de rédiger la Convention a discuté de la possibilité de généraliser un système d'enregistrement dans un registre public dont la fin aurait été de déterminer la priorité du droit du cessionnaire sur la créance. Il dut cependant abandonner cette proposition faute de consensus et, surtout, de volonté de certains États de créer de tels registres. Un consensus sur un tel enregistrement a pourtant été atteint lors de l'élaboration de la Convention Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles. La Convention Unidroit, il est vrai, porte plutôt sur des biens de haute valeur, individualisés notamment par des immatriculations permettant de les identifier sans aucun doute. La cession globale de milliers de créances de cartes de crédit ou de millions de créances sur des usagers de services publics d'électricité ou de téléphonie présente, à l'évidence, une problématique différente.

102 Convention CNUDCI, article 4 (2).

103 Commentaire analytique (projet), paragraphe 49. La stipulation pour autrui n'est pas visée dans la Convention CNUDCI ni dans son commentaire, mais son exclusion ne fait guère de doute pour les raisons indiquées dans le paragraphe 59 infra.

58. On connaît la controverse doctrinale sur la cession de contrat : s'agit-il de l'addition d'une cession de créance et d'une cession de dette ou plutôt une opération unique de cession de l'ensemble de la qualité de contractant <sup>104</sup>? La Convention CNUDCI semble avoir implicitement tranché en faveur de la conception unitaire en choisissant de ne pas régir le seul élément actif du contrat, la créance, ce qui aurait abouti à un déséquilibre évident. L'absence de garantie par le cédant, l'inopposabilité des exceptions par le cédé et l'extinction des accessoires attachés au contrat cédé <sup>105</sup> caractérisent d'ailleurs l'originalité de la cession de contrat et excluent qu'un corps de règles visant la cession de créance soit également applicable à la cession de contrat. Cette exclusion est donc justifiée. Elle n'aboutit pas moins à laisser en dehors du champ du nouveau régime unifié nombre d'opérations de banque qui font régulièrement usage de la cession de contrat. Tel est le cas, par exemple, lors de l'adjonction de co-prêteurs solidaires ou conjoints dans le cadre de syndications, ou lors de la cession du bénéfice d'un crédit documentaire.

59. La stipulation pour autrui peut a priori s'apparenter à une transmission d'une créance, puisque le bénéficiaire devient le titulaire d'un droit à l'encontre du promettant dans la limite de la dette due par le promettant au stipulant. En réalité, plutôt que la transmission de la créance existante dans le patrimoine du stipulant, la stipulation pour autrui crée une nouvelle obligation du promettant à l'égard du bénéficiaire. En particulier, le bénéficiaire n'a pas à craindre le concours des créanciers du stipulant ou son insolvabilité et ne peut prétendre à une garantie du stipulant, ce dernier pouvant même révoquer la stipulation <sup>106</sup>. Toutes ces caractéristiques sont bien sûr antinomiques avec la cession de créance.

60. Comme la stipulation pour autrui, la délégation ne transmet pas un droit préexistant, mais crée un droit nouveau au profit du délégataire sur le délégué. Le consentement du délégué est donc exigé et, du moins dans la variation certaine de la délégation (*delegatio certa*), il ne peut opposer à l'encontre du délégataire les exceptions qu'il aurait pu opposer à l'égard du délégant <sup>107</sup>.

### (iii) Les créances de dépôts bancaires

61. Eussent-elles été conservées dans le champ d'application de la Convention, les règles qui auraient été applicables à la transmission des créances de dépôts bancaires auraient sans doute rendu la Convention inac-

ceptable pour les banques. En effet, les banques cumulent fréquemment la qualité de teneur de compte (et donc de débiteur cédé) et celle de cessionnaire, généralement à titre de garantie d'avances consenties au titulaire du compte. L'application de la règle de conflit prévue à l'article 22 de la Convention pour déterminer la priorité sur la créance aurait abouti à trancher un éventuel conflit, non selon la loi du lieu où est tenu le compte, mais selon la loi du client titulaire du compte (à les supposer différentes). Sans présumer que cette loi serait nécessairement préjudiciable aux intérêts de la banque, son application dérogerait à un usage fortement marqué par une *lex rei sitae* dominante, édictant l'application de la loi du lieu de tenue du compte pour l'opposabilité aux tiers des droits sur le solde de ce compte. La transmission des créances de dépôts bancaires, y compris celles qui réuniraient les conditions d'application de l'article 1 (1) de la Convention CNUDCI, restera donc régie par la loi du pays de l'établissement où le compte est tenu.

### b) Les exclusions regrettables

#### (i) Les créances non monétaires

62. De prime abord, on pourrait rechercher l'explication de cette exclusion du côté du caractère personnel de l'obligation. On pourrait arguer que s'il est indifférent au débiteur d'une créance monétaire de s'acquitter entre les mains de tel ou tel créancier dès lors que ce paiement le libère de sa dette, le créancier d'une obligation de faire accorderait plus de considération à la personne du débiteur.

L'argument est valable, mais on aurait tort de le généraliser à toute créance non monétaire. En effet, la personne du fournisseur, débiteur de l'obligation de livraison, pourrait être parfaitement indifférente dès lors que la cession par l'acheteur de la créance de livraison ne change pas les paramètres de l'obligation (quotité, qualité, date de livraison, etc.). D'ailleurs, la Convention CNUDCI ne reconnaît-elle pas un *intuitus personae* à géométrie variable dans nombre de ses dispositions, dont les articles 9 et 10 qui ne privent d'efficacité la clause d'inescissibilité que dans certains types de contrats ? <sup>108</sup>.

63. L'exclusion catégorique des créances non monétaires du champ de la Convention, alors qu'elles sont largement utilisées dans les opérations de banque, notamment comme garanties de financement, ne fait qu'augmenter la

104 En faveur de la première conception, Ch. Lapp, « *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier* », thèse Strasbourg, 1950, passim, et C. Larroumet, « *Les opérations juridiques à trois personnes* », thèse, Bordeaux 1968, p. 169 et s. *Pour la conception unitaire*, L. Aynès, « *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes* », *Economica*, 1984, n° 85 et s.

105 Toutes trois étant les conséquences logiques de la nécessité de conclure un nouveau contrat pour réaliser la cession de contrat, sauf bien sûr accord contraire entre les parties, cf. J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, « *Les effets du contrat* », *Traité de droit civil*, 3e éd. 2001, LGDJ, n° 1059, 1046, et 1066. Contra J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, « *La cession de contrat* », *Defrénois* n° 13-14, 2000, p. 811, qui interprètent l'exigence du consentement du cédé, non comme aboutissant à la création d'un contrat nouveau, mais plutôt comme un accord à la substitution de contractant entraînant le maintien des rapports d'obligations antérieurs (spéc. n° 6). Pour autant, ces auteurs admettent

l'inopposabilité des exceptions par le cédé au cessionnaire (spéc. n° 18). D'autres auteurs, qui admettent aussi la fonction translatrice de la cession de contrat, expliquent l'inopposabilité des exceptions par l'absence de rétroactivité de la cession, ce qui fait que le nouveau contractant n'a pas à supporter les impayés du cédant, F. Terré, p. Simler et Y. Lequette, « *Les obligations* », *Précis Dalloz*, 8e éd. 2002, n° 1312.

106 Sauf si le bénéficiaire a déclaré vouloir en profiter, *Civ.* 8 février 1888, DP 1888, I, 193 (4<sup>e</sup> espèce).

107 Sur l'exigence du consentement du délégué, cf. *Com.* 16 avril 1996, *Defrénois* 1996, art. 36381, p. 1018, obs. Mazeaud; *Civ.* 1<sup>er</sup> 10 mai 2000, RDBF 2001, p. 288, obs. A.C. Sur l'inopposabilité des exceptions, *Civ.* 1<sup>er</sup>, 26 janvier 1960, Bull. I, n° 55; *Com.* 22 avril 1997, JCP 1998, 10050, obs. Lachize. Pour l'opposabilité des exceptions dans un cas de *delegatio certa*, cf. *Civ.* 1<sup>er</sup>, 17 mars 1992, D. 1992, p. 481, obs. Aynès.

108 V° n° 34, supra.

disparité dans le traitement des cessions de créances et va à l'encontre des objectifs déclarés de la Convention.

Ainsi, une banque verra la créance qu'elle s'est faite cédée obéir à un corps de règles différentes, tant au niveau matériel qu'au niveau de la règle de conflit, selon que la créance est monétaire ou qu'elle ne l'est pas. C'est le cas si une banque est appelée à préfinancer un vendeur en escomptant sa créance de prix sur l'acheteur ou, à l'inverse, à financer le prépaiement par un acheteur, qui proposera de transmettre à la banque à titre de garantie sa créance de livraison. La situation prend un tour particulièrement complexe si, dans une même opération, la banque préfinance le vendeur et garantit l'acheteur de l'exécution conforme par le vendeur de son obligation de livraison. De même d'ailleurs que si l'acheteur cède à la banque sa créance de livraison en garantie du préfinancement que la banque accorderait au vendeur.

64. Ces exemples illustrent le type de situations où les droits et obligations de la banque cessionnaire sont susceptibles de différer selon la nature de l'obligation due par le cédé : monétaire ou non monétaire. Le tribunal d'un État ayant ratifié la Convention CNUDCI tout en déclarant ne pas être lié par le Chapitre V<sup>109</sup>, pourrait fort bien retenir deux règles de rattachement différentes : l'une, au titre de l'article 22 de la Convention, pour la créance monétaire, et l'autre, au titre du droit interne du for, pour la créance non monétaire. Le traitement au niveau matériel qui s'en suivra risque alors de différer grandement, ruinant ainsi la prévisibilité de l'opération<sup>110</sup>.

À cet égard, il est utile de mentionner que la Loi-type interaméricaine sur les opérations garanties évite soigneusement ce problème en permettant qu'une sûreté soit constituée sur une créance monétaire et non monétaire<sup>111</sup>.

(ii) *Les créances issues de crédits documentaires ou de garanties indépendantes*

65. L'exclusion à l'article 4 (2) (g) des créances issues de crédits documentaires ou de garanties indépendantes fait l'objet, pour toute explication dans le commentaire analytique de la Convention, d'un paragraphe unique aussi laconique que péremptoire. Il y est indiqué que ce type de cession implique des considérations spéciales et bénéficie déjà d'une réglementation au titre de la Convention CNUDCI sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit standby ainsi que des règles de la Chambre de commerce internationale (CCI) relatives aux crédits documentaires (RUU 500), aux garanties indépendantes (RUGD 458) et aux lettres de crédit standby (ISP 98)<sup>112</sup>. Or, il n'en est rien.

109 Le chapitre V (articles 26 à 32) de la Convention CNUDCI permet d'unifier la règle de conflit dans les États signataires, y compris en ce qui concerne les cessions qui sont hors du champ de la Convention, par exemple, parce que ces cessions portent sur une créance non-monétaire. L'article 39 de la Convention permet aux États de déclarer à tout moment ne pas être liés par ce chapitre, ce qui aboutirait à restreindre l'uniformisation des règles matérielles et conflictuelles aux seules cessions qui répondent aux conditions d'application de l'article 1 (1) de la Convention.

110 Un autre exemple de cession de créances non-monétaires résulte de la cession de l'engagement d'une *bonding company*, un type de société d'assurance particulièrement actif dans le secteur de la construction, qui émet traditionnellement des *performance bonds* par lesquelles l'émetteur s'engage non pas à payer une somme convenue au maître d'ouvrage bénéficiaire du *bond* si l'entrepreneur est défaillant à ses obligations, mais à lui procurer la réalisation des travaux par le choix et le paiement d'un

66. La Convention CNUDCI sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit standby, signée à New York en 1995 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000, n'aborde la cession de créances que dans une disposition unique ; l'article 10<sup>113</sup>. Cette disposition se limite à valider en principe la cessibilité du produit de la garantie. Les règles de la CCI abordent avec le même laconisme la cession du produit des instruments qu'elles ont vocation à régir. Eut-elle conservé dans son champ d'application les créances issues de crédits documentaires ou de garanties indépendantes, la Convention CNUDCI sur la cession de créances aurait apporté un statut juridique plus complet, et surtout uniforme, à ces techniques. Un tel statut aurait été utile notamment dans la validation de principe de la cession des créances éventuelles (produit de crédits documentaires à émettre) ou parts de créances (cession d'une fraction du produit du crédit documentaire), l'inopposabilité des clauses d'incessibilité, l'étendue des garanties du cédant, la définition des exceptions opposables par le cédé et l'identification des règles de conflit offrant une solution uniforme pour la détermination de la hiérarchie des droits concurrents.

Certes, la règle de conflit de l'article 22 de la Convention aurait désigné dans la majorité des cas la loi du bénéficiaire de la lettre de crédit ou de la garantie et non celle de la banque émettrice. Nous soutenons cependant qu'il n'y aurait là aucun obstacle dirimant, et ce pour deux raisons. D'une part, on ne peut présumer en cas de conflit de priorité que l'application de la loi du cédant préserverait moins efficacement les intérêts de la banque émettrice que la loi du lieu d'établissement de cette banque. D'autre part, le rôle des banques n'est pas confiné à l'émission de garanties et de lettres de crédit. Elles sont aussi appelées à intervenir comme bénéficiaires de tels instruments, notamment dans le cadre de la mobilisation ou du refinancement, notamment à titre de garantie de prêts ou de rehaussement de crédit (*credit enhancement*). À ce titre, les banques auraient vocation à jouer le rôle de cédant, notamment dans le cadre de la mobilisation y compris par titrisation, ou du refinancement de leurs crédits, ainsi que lorsqu'elles sont appelées à subroger un assureur dans leurs droits.

67. Objecterait-on que les opérations de banque sont plus marquées par la considération de la personne que d'autres contrats civils ou commerciaux et seraient dès lors plus affectées par l'inopposabilité des clauses d'incessibilité qu'édicte la Convention qu'un tel argument ne résiste pas non plus à l'examen. Il est vrai que le bénéfice d'une garantie ou d'un crédit documentaire est fortement mar-

novel entrepreneur, y compris au besoin en renouvelant l'appel d'offres. Ce type d'engagements est couvert par les Règles uniformes pour *contract bonds* de la Chambre de commerce internationale, publication n° 524. Il est aussi traité dans le Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles, p. 192, paragraphe 11.

111 Loi-type interaméricaine sur les opérations garanties, articles 21 et 22.

112 Commentaire analytique (projet), paragraphe n° 73.

113 L'article 9 de la Convention CNUDCI sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit standby couvre la cession du bénéfice de la garantie. Il s'agit là d'une cession de contrat et non d'une cession de créance. À ce titre, l'article 9 ne peut engendrer un conflit avec la Convention CNUDCI sur la cession de créances puisque les deux textes ont des champs d'application différents.

qué par la considération de la personne du bénéficiaire <sup>114</sup>. Il s'agit cependant de ne pas confondre le bénéfice de l'instrument – dont la cession s'apparenterait plutôt à une cession de contrat – avec son produit. La seule créance qui peut faire l'objet d'une cession couverte par la Convention CNUDCI est celle du produit d'une garantie ou d'un crédit documentaire, c'est-à-dire du montant à payer une fois qu'une demande conforme aux termes de l'engagement a été présentée à la banque par le seul bénéficiaire désigné dans l'engagement <sup>115</sup>. Il est alors généralement indifférent à la banque de réaliser son engagement – simple opération de caisse – entre les mains du cessionnaire. D'ailleurs, la Loi-type Interaméricaine sur les opérations garanties n'a pas trouvé les objections précédentes – ni aucune autre – réellement dirimante et a conservé dans son champ d'application les créances issues des crédits documentaires et des garanties indépendantes <sup>116</sup>.

(iii) *L'absence de consécration du droit de disposer de la créance transmise*

68. À proprement parler, il ne s'agit pas d'une exclusion, mais d'une omission qui laisse l'impression regrettable d'un travail inachevé.

L'article 10 de la Convention CNUDCI, présenté plus haut, consacre le principe de la transmissibilité automatique des accessoires dont est assortie la créance cédée <sup>117</sup>. L'alinéa 5 de la même disposition indique que cette règle matérielle n'a pas d'incidence sur les obligations du cédant envers le constituant qui lui aurait transmis la possession d'un bien au titre d'une sûreté réelle garantissant la créance. Le commentaire analytique de la Convention donne à titre d'exemple l'exercice par le cédant d'un droit de vote au détriment du constituant qui lui aurait transmis la possession des actions gagées <sup>118</sup>. Or, non seulement l'exemple est inapproprié puisque les valeurs mobilières sont exclues du champ de la Convention, mais l'article 10 et son commentaire passent sous silence une question des plus fondamentales. Il s'agit du droit du créancier (ici le cédant) de disposer du bien qui lui est transmis à titre de sûreté de sa créance et son obligation de rétrocession envers le constituant.

114 G. Affaki, « *Le syndrome de l'autre bénéficiaire dans l'appel à la garantie indépendante* », Banque & Droit, 1995, n° 43, p. 12.

115 Sur la différence entre le bénéfice et le produit du crédit documentaire ou de la garantie indépendante, v° J.-P. Mattout, « *Droit bancaire international* », Revue Banque éditeur, 2<sup>e</sup> éd., n° 307 ; G. Affaki, « *Financements et garanties dans le commerce international* », Ed. Centre du commerce international, Genève, 2002, n° 141. Sur l'exclusion du champ de la Convention CNUDCI de la cession de contrat, v° n° 58, supra.

116 la Loi-type Interaméricaine sur les opérations garanties, articles 23 à 26 qui prévoient toutefois pour la cession des créances issues des crédits documentaires et des garanties indépendantes des règles matérielles dérogatoires à celles prévues pour les autres créances.

117 V° n° 24, supra.

118 Commentaire analytique (projet), paragraphe n° 151.

119 J. Coiley, « *New protections for cross-border collateral arrangements* », [2001] JIBL 5, p. 122, note 10 (*It would seem inconsistent with the nature of a security interest, and the collateral provider's right to redeem its collateral, for the collateral taker to be able to deal with the assets*).

120 L'article 2078 du Code civil interdisant au créancier de « disposer du gage » doit être compris comme l'interdiction de s'approprier le bien gagé à défaut d'exécution de l'obligation garantie, et non d'en disposer à

La question peut d'ailleurs être légitimement reformulée en termes de principe dépassant ceux de l'hypothèse qui nous a conduit à l'aborder : une personne à qui un bien a été transmis à titre de sûreté, que ce bien consiste en la créance elle-même qui aurait été nantie ou cédée à titre de garantie ou consiste en un bien mobilier corporel transmis à titre de sûreté réelle garantissant la créance dont est titulaire cette personne, peut-elle disposer de ce bien ?

69. Sur le plan de l'opportunité du crédit, une réponse affirmative ne fait guère de doute. La capacité d'une personne à mobiliser, parmi ses biens patrimoniaux, les créances dont elle se trouve titulaire a un impact direct sur l'étendue du crédit dont elle peut disposer auprès des banques. L'étendue du crédit sera d'ailleurs souvent fixée en fonction d'un ratio biens grevés (*collateral*)/crédit que la banque conviendra avec son client cédant.

Cependant, à l'inverse de la situation du titulaire d'une créance qui lui est transmise au titre d'une vente ou d'une donation, force est d'admettre une hésitation, pour ne pas dire un rejet <sup>119</sup>, à l'égard de la faculté de disposer d'un bien qui est transmis à titre fiduciaire, que ce soit au titre d'une cession-sûreté ou d'un nantissement. On pourrait en effet penser que l'obligation de rétrocession de la créance qui pèse sur le cessionnaire à titre fiduciaire ou du gagiste les empêcherait de mobiliser à leur tour cette créance.

70. Or, il n'en est rien, tout simplement faute de texte interdisant une telle mobilisation <sup>120</sup>. Le cessionnaire à titre de garantie et le gagiste doivent bien sûr rétrocéder – pour le premier la propriété et pour le deuxième la possession – la créance lorsque l'obligation garantie est exécutée. Un manquement à cette obligation de rétrocession serait constitutif d'une infraction d'abus de confiance <sup>121</sup>, outre l'engagement de la responsabilité contractuelle du cessionnaire <sup>122</sup>. Mais durant la période de garantie où seuls le cessionnaire et le gagiste sont titulaires des prérogatives de contrôle sur la créance, rien ne devrait les empêcher de transmettre à leur tour ces prérogatives à un tiers, quitte à ce que le gagiste se fasse octroyer cette faculté de mobilisation temporaire dans le contrat de gage <sup>123</sup>.

titre temporaire avec l'obligation de le restituer à terme au constituant.

121 Article 314-1 du Code pénal : « *L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé* ».

122 En ce qui concerne le gagiste, article 2080 du Code civil. Les principes généraux de la responsabilité civile s'appliqueront au cessionnaire à titre fiduciaire.

123 L'application de l'article 1930 du Code civil est la conséquence de la qualification par l'article 2079 du gagiste de dépositaire. Le principe de l'autorisation par le constituant est repris dans la directive 2002/47/CE du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière (article 5). Nous estimons que l'article 1930 du Code civil ne devrait pas avoir à s'appliquer si l'usage par le gagiste-dépositaire ne diminue pas la chose, y compris ses fruits que le gagiste prétendrait percevoir à la place du constituant. L'idée du droit de disposition proposée dans le paragraphe auquel se réfère cette note comporte l'obligation du gagiste de restituer la créance dans son intégralité au constituant, tel qu'exigé d'ailleurs à l'article 1932 du Code civil. La question de l'autorisation ne devrait pas se poser pour la cession de créance à titre de garantie, car la cession fiduciaire transmet au cessionnaire la même plénitude de prérogatives de propriété sur la créance cédée que celle transmise par l'effet d'une cession-vente.

Seule toutefois une transmission à titre de garantie (cession fiduciaire ou gage par le cessionnaire et gage par le gagiste) pour garantir une obligation d'une durée égale ou inférieure à celle du contrat d'origine de la créance serait envisageable. Une cession-vente empêcherait en effet la rétrocession de la créance à son titulaire d'origine au terme convenu.

71. Actuellement, le droit français admet la faculté pour un cessionnaire de disposer des valeurs, titres ou effets qu'il a reçus en pension<sup>124</sup>. La Directive 2002/47/CE du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière consacre à son article 5 cette même faculté de disposition au niveau européen<sup>125</sup>. Cependant, invoquer ces deux textes au-delà de leur limite naturelle, à savoir les instruments financiers, pour en déduire un support législatif du droit du cessionnaire de disposer de la créance transmise se heurterait à deux écueils. D'une part, le défaut de *ratio legis*. En effet, l'objectif visé par la directive, à savoir, l'amélioration de la liquidité des marchés financiers du fait de la réutilisation des instruments financiers remis en garantie, fait défaut dans les créances autres que celles issues d'instruments financiers. Pour autant que ces créances soient négociées sur un marché, il s'agit de marchés de gré à gré où la liquidité n'obéit pas aux mêmes impératifs que ceux régissant les marchés organisés. D'autre part, contrairement aux titres, les créances, y compris celles dues par un même débiteur, ne sont pas toutes fongibles et on ne peut affirmer sans réserves que le cessionnaire à titre de garantie ou le gagiste se libère de son obligation de rétrocession en rétrocédant une créance équivalente<sup>126</sup>.

72. Si le droit français de la pension et la directive européenne sur les contrats de garantie financière consacrent le droit de disposition au niveau des instruments financiers – biens incorporels – le projet de guide législatif sur les opérations garanties, actuellement en élaboration par la CNUDCI, recommande la même faculté en ce qui concerne les biens corporels. La Loi-type interaméricaine sur les opérations garanties la consacre d'ailleurs en ce qui concerne les sûretés sans dépossession portant sur des meubles corporels ou incorporels<sup>127</sup>.

L'importance pour une personne de pleinement profiter de la « bancabilité » de ses biens pour obtenir des crédits correspondants justifie la reconnaissance de la faculté de disposition, d'autant plus qu'elle correspond aux objectifs revendiqués par la Convention. D'où le regret que cette faculté n'ait pas été affirmée dans la Convention CNUDCI.

124 Article L. 432-19 du Code monétaire et financier.

125 JOCE, n° L 168 du 27/06/2002 p. 0043 – 0050.

126 Article 5 (2) de la directive 2002/47/CE du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière.

127 Projet de guide législatif relatif aux opérations garanties, Document CNUDCI A/CN.9/WG. VI/Wp. 2/Add.8, n° 25, et Loi-type Interaméricaine sur les opérations garanties, article 9 (1).

128 Le commentaire analytique de la Convention précise fort utilement qu'il ne s'agit pas là d'une simple garantie qui, dans le cas de la cession d'une créance éventuelle, prendrait effet à la naissance de la créance, paragraphe 161.

129 Du moins dès lors que la cession est faite à titre onéreux, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, « *Les obligations* », op. cit., n° 1292. La garantie pourrait être mise en cause lors, par exemple, de la cession d'une créance n'appartenant pas au cédant (article 1599 du Code civil), ou d'une créance nulle ou éteinte à la suite d'une compensation ou par prescription, Civ., 6 août 1807, S. 1807, I, 540; 23 décembre 1902, DP 1904, I,

### 3. Conflits potentiels

73. La comparaison des dispositions de la Convention CNUDCI avec le droit et la pratique des opérations de banque révèle des conflits potentiels de deux ordres : conflits avec le droit français et conflits avec les usages bancaires établis.

#### a) Conflit avec le droit français

74. Affirmons-le une fois pour toutes, la Convention CNUDCI est exempte de conflits avec des dispositions impératives du droit français. Néanmoins, l'application de l'une des dispositions de la Convention, l'article 12, peut aboutir à une situation contraire à celle qui aurait résulté de l'application du Code civil.

75. Au titre de l'article 12 (1) (c) de la Convention, le cédant garantit que « le débiteur ne peut *ni ne pourra* invoquer aucune exception ni aucun droit à compensation » [soulignement rajouté]. Il s'agit bien d'une garantie permanente du cédant qui continue de courir après la date de la cession<sup>128</sup>. Cette notion de durée est différente du principe édicté à l'article 1693 du Code civil qui prévoit que la garantie du cédant couvrira l'existence de la créance « au temps du transport ». En somme, le cédant est garant, en droit français, du passé, mais non de l'avenir, à moins qu'il ne s'y soit spécialement engagé<sup>129</sup>.

La garantie du cédant étant, comme celle du vendeur, susceptible de réaménagements contractuels, la différence entre l'article 12 (1) (c) de la Convention et l'article 1693 du Code civil ne heurte pas l'ordre public français. Si la France ratifie la Convention CNUDCI, l'article 12 (1) (c) s'appliquera aux cessions régies par la Convention.

76. Enfin, il est intéressant de noter le clin d'œil adressé par les rédacteurs de la Convention CNUDCI à notre jurisprudence sur les groupes de contrats. En effet, dans son commentaire sous l'article 12, la CNUDCI indique que la garantie du cédant profite « *non seulement au cessionnaire initial mais aussi à tout cessionnaire subséquent* »<sup>130</sup>. S'agissant par hypothèse d'une chaîne de contrats translatrice de propriété, la Cour de cassation admet depuis 1979 que les sous-acquéreurs disposent d'une action en garantie nécessairement contractuelle contre le vendeur initial<sup>131</sup>. Plutôt qu'une exception à l'effet relatif des contrats, il s'agit simplement d'une application de la notion d'accessoire, l'ayant cause à titre particulier jouissant « *de tous les droits et*

280; Com. 5 juillet 1971, Bull. IV, n° 189; Com. 16 janvier 1968, Bull. IV, n° 23; Lyon 2 octobre 1973, D. 1974, somm. 97. Il s'agit simplement d'une application de la garantie pour éviction édictée à l'article 1630 du Code civil. Ce critère basé sur la date ne s'applique qu'à la cession du Code civil. La question ne se pose pas pour la cession de créances professionnelles (Daily) dans laquelle le cédant est garant solidaire de l'obligation du cédé et, à ce titre, ne peut bénéficier, des exceptions qui pourraient être invoquées par le cédé (article L. 313-24 du Code monétaire et financier).

130 Commentaire analytique (projet), paragraphe n° 161.

131 Civ. 1<sup>re</sup>, 9 octobre 1979, Bull. I, n° 241, infirmant une jurisprudence antérieure qualifiant la responsabilité plutôt de nature délictuelle, cf. Civ. 25 janvier 1820, S. 1820, I, 213. Cette jurisprudence n'a pas été remise en cause par l'arrêt de l'Assemblée plénière du 12 juillet 1991 (D. 1991, 549, obs. Ghestin) qui ne condamne l'action nécessairement contractuelle que dans les chaînes de contrat n'impliquant pas transmission de propriété.

actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur »<sup>132</sup>. Les cessionnaires subséquents peuvent donc se prévaloir, tant au titre du droit français qu'à celui de la Convention CNUDCI, de la garantie du cédant initial qui résulte du premier contrat de cession.

## b) Conflit avec les usages bancaires

### (i) La définition d'établissement

77. La localisation de l'établissement du cédant est particulièrement importante pour déterminer, d'une part, le champ d'application de la Convention au titre de l'article 1 (a) et, d'autre part, l'État dont la loi résoudra les conflits de priorité au titre de la règle de conflit de l'article 22. Lorsque le cédant ne dispose que d'un établissement, ou de plusieurs établissements tous situés dans un seul pays, la détermination de sa situation ne pose pas de problème pour l'objet de la Convention. Lorsque le cédant (et le cessionnaire) dispose d'établissements dans plusieurs États, la Convention a choisi de le situer dans celui de son « administration centrale »<sup>133</sup>.

Selon la CNUDCI, la notion d'« administration centrale » doit être comprise comme étant synonyme de « centre des intérêts principaux », déjà utilisé dans d'autres textes internationaux, dont le Règlement (CE) n° 346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité et la loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale<sup>134</sup>. L'assimilation ainsi suggérée n'est, toutefois, pas totale. En effet, la Convention CNUDCI sur la cession de créances n'a pas repris la présomption – simple – en faveur du siège statutaire qu'on trouve aussi bien dans le Règlement communautaire que dans la loi-type CNUDCI. En vérité, le critère d'« administration centrale » paraît surtout inspiré de celui de « *chief executive office* » qu'on retrouve dans le Code de commerce uniforme des États-Unis et dans les *Personal property security acts* (PPSA) du Canada<sup>135</sup>. Le critère est, à l'évidence, factuel et risque de soulever des difficultés d'interprétation dans certaines structures sociétaires complexes où le processus de décision est éclaté. Néanmoins, il se veut conforme aux attentes raisonnables des parties. Pour la CNUDCI, il serait plus facile d'identifier et de se fier au centre de décision « véritable », où les décisions au plus haut niveau sont prises en dernier lieu, plutôt que

celui, « formel », qui résulterait de l'immatriculation au registre des sociétés<sup>136</sup>.

78. Or, appliqué aux opérations de banque, le critère d'« administration centrale » risquerait de surprendre nombre de succursales de banque et, surtout, leurs cocontractants. En effet, le cessionnaire (y compris un assureur subrogé) d'une créance cédée par la succursale étrangère d'une banque française verrait un conflit de priorité sur la créance cédée résolu par application, non pas de la loi du lieu d'établissement de la succursale cédante, mais de celui de sa maison mère qui n'a aucun lien avec la cession. Ce critère pourrait d'ailleurs se révéler particulièrement inopportun pour les succursales de banque établies dans des paradis fiscaux, qui pourraient ainsi perdre certains des bénéfices qu'elles tirent de leur localisation.

79. Les rédacteurs de la Convention CNUDCI justifient le choix du lieu de l'administration centrale par sa coïncidence avec le lieu où une faillite principale serait susceptible d'être ouverte<sup>137</sup>. On éviterait ainsi qu'une loi de la faillite étrangère vienne perturber l'application exclusive de la loi, différente, du lieu d'établissement du cédant pour résoudre les conflits de priorité. Ils mettent aussi en avant la prévisibilité qu'un critère objectif et unique, tel que l'administration centrale, permettrait par rapport à celui, plus subjectif, de l'établissement ayant les liens les plus étroits avec l'opération.

80. Pour méritoires qu'ils soient, ces arguments ne heurtent pas moins un usage bien établi dans les opérations de banques: celui de reconnaître une existence séparée aux succursales de banque situées à l'étranger. Une succursale de banque est, en effet, généralement soumise à la réglementation bancaire du pays où elle est enregistrée et dans lequel elle exerce ses activités de banque, qu'elle soit par ailleurs soumise aussi à la réglementation bancaire du lieu d'administration centrale de son groupe ou non. La même autonomie fonctionnelle des succursales est d'ailleurs largement admise en ce qui concerne la compétence juridictionnelle avec la jurisprudence des « gares principales »<sup>138</sup>, l'identification du droit applicable<sup>139</sup>, et le rôle opérationnel que pourrait jouer la succursale dans le cadre du financement du commerce international<sup>140</sup>. Ceci n'est pas nouveau. Il y a plus de soixante-dix ans, Bartin proposa de

132 Cass. Ass. Plén., 7 février 1986, D. 1986, 293, obs. Bénabent.

133 Convention CNUDCI, article 5 (h).

134 Respectivement, article 3 (1) et article 16 (3); Commentaire analytique (projet), paragraphe 100.

135 UCC § 9-307 (b); Ontario PPSA, section 7, cf. C. Walsh, « *Receivables financing and the conflict of laws: The UNCITRAL draft convention on the assignment of receivables in international trade* », 106 *Dickinson Law Review* 159 (2001), note 164.

136 Commentaire analytique (projet), paragraphe 102. L'étude des travaux préparatoires de la Convention révèle que le critère de l'administration centrale ne fut retenu qu'à une étape tardive des travaux. Jusqu'à 1999, c'est le critère – plus traditionnel – du lieu d'établissement ayant les liens les plus étroits avec la cession qui figurait plutôt dans la définition d'établissement (Document CNUDCI, A/CN.9/456 du 30 mars 1999, paragraphes 53-78). Le Groupe de travail opta pour le critère de l'administration centrale lors de sa session du 2 novembre 1999 à Vienne (CN.9/466, paragraphes 96-100).

137 V° n° 16, supra.

138 Une société peut être attraitée devant le tribunal dans le ressort duquel se trouve située une de ses succursales, lorsque le litige se rapporte à l'activité de cette succursale et que celle-ci dispose d'un mini-

mum d'autonomie de décision (Req. 15 mai 1844, S. 1844, I, p. 394). Ce même principe se retrouve aussi à l'article R. 517-1 alinéa 1 du Code du travail, attribuant compétence au tribunal du lieu de l'établissement où est effectué le travail, plutôt qu'à celui du siège social, ainsi qu'à l'article 2 du Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, qui répute domiciliée sur le territoire d'un État contractant une société étrangère qui a un établissement dans cet État.

139 La Convention de Rome affirme à titre de règle générale, à l'article 4 (2), que le contrat est présumé présenter les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui fournit la prestation caractéristique a son administration centrale ou, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, le pays où est situé son établissement principal. Cependant, elle déroge aussitôt à la règle précédente dans le cas où la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, pour identifier dans ce cas le pays où est situé cet autre établissement.

140 Ainsi, les Règles et usances relatives aux crédits documentaires disposent à l'article 2: « *Les succursales d'une banque établies dans différents pays sont considérées comme constituant chacune une autre banque* »,

localiser la créance au domicile de l'établissement où elle est comptabilisée <sup>141</sup>. D'où une contradiction évidente entre la localisation retenue par la Convention CNUDCI et les usages dans les opérations de banque.

81. Au cours des travaux préparatoires, la CNUDCI a été invitée à envisager une dérogation lorsque le cédant est une banque <sup>142</sup>. Une version du projet de Convention alla même jusqu'à prévoir une définition de « succursale d'un dispensateur de services financiers » et affirma l'autonomie de cette entité aux fins de localisation par dérogation au critère général d'administration centrale <sup>143</sup>. Ceci aurait permis de retenir le lieu d'établissement de la succursale de banque si cette succursale se trouvait être l'établissement ayant les liens les plus étroits avec l'opération. La CNUDCI refusa finalement de retenir cette dérogation, invoquant pour cela deux raisons. La première, suprenante, tient à l'absence de définition universelle de « banque ». Ceci aurait pu, selon la CNUDCI, entraîner une confusion quant au champ d'application de la dérogation. La surprise vient du fait que la CNUDCI avait fait usage du terme « banque » dans des textes antérieurs, tels que la Loi-type sur les virements internationaux (1992), sans se préoccuper de constater l'absence d'une définition, et encore moins de le définir. La deuxième raison invoquée par la CNUDCI tient au fait que dans les États où l'opposabilité de la cession requiert un enregistrement dans le pays du lieu d'établissement du cédant, il pourrait être difficile d'identifier le registre territorialement compétent faute d'objectivité d'un critère fondé sur les liens les plus étroits <sup>144</sup>. Or, vu la pratique de juridictions reconnaissant une autonomie fonctionnelle des succursales de banque tout en adoptant un système de publicité par enregistrement, cette deuxième raison n'emporte pas conviction non plus.

82. D'autres textes internationaux ayant également vocation, à titre principal ou accessoire, à régir des créances dans des opérations de banque n'ont pas retenu le critère de l'administration centrale <sup>145</sup>. C'est notamment le cas de la Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, adoptée par la Conférence de La Haye de droit international privé le 13 décembre 2002. Ce texte prévoit à l'article 1 (j) une définition de « établissement » pour la détermination du lieu de l'intermédiaire pertinent (PRIMA) qui, selon le cas, pourrait aboutir à la désignation d'une succursale de banque :

publication CCI 500. Le Code de commerce uniforme des États-Unis reconnaît aussi l'existence séparée d'une succursale de banque enregistrée sur le territoire d'un état de la fédération aux fins de détermination du lieu d'établissement du cédant, UCC § 9-307.

141 E. Bartin, « *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française* », 1930, n° 376.

142 Documents CNUDCI A/CN.9/466, paragraphe 25-30 du 2 novembre 1999; A/CN.9/470, paragraphe 69 du 23 mars 2000. Telle fut aussi la recommandation de la réunion d'experts du Groupe de travail de la CNUDCI pour la rédaction de la Convention sur la cession de créances et du Bureau permanent de la Conférence de La Haye sur le droit international privé, cf. Document A/CN.9/WG. II/Wp. 99 du 10 juillet 1998, p. 8.

143 Document CNUDCI A/CN.9/466, paragraphe 99 du 2 novembre 1999.

144 Commentaire analytique (projet), paragraphe n° 105. V° C. Walsh, « *Receivables financing and the conflict of laws* », op. cit., p. 178.

145 La Convention CNUDCI sur les garanties indépendantes et les

« établissement » désigne, par rapport à un intermédiaire, un lieu d'activité professionnelle où l'une des activités de l'intermédiaire est exercée, à l'exclusion d'un lieu destiné à l'exercice purement temporaire d'activités professionnelles et d'un lieu d'activité de toute personne autre que l'intermédiaire.

83. Notons, enfin, que le critère de l'administration centrale ne s'applique pas pour le débiteur, la Convention CNUDCI sur la cession de créances ayant retenu pour ce cas l'établissement qui a la relation la plus étroite avec le contrat d'origine de la créance <sup>146</sup>. Si cet établissement est une succursale de banque, le pays où est établie son administration centrale n'aura aucune incidence.

#### (ii) *La notification des cessions partielles*

84. Si la Convention CNUDCI prévoit que le débiteur ne peut se libérer valablement qu'en payant le cessionnaire dès sa notification de la cession, elle prévoit aussi qu'il peut choisir d'ignorer totalement la notification de la cession d'une fraction de créance et, par conséquent, payer le cédant comme si aucune notification ne lui avait été faite <sup>147</sup>. Cette disposition ne manquera pas de surprendre puisqu'elle aboutit à ôter une grande partie de son intérêt à la règle de l'article 8 qui valide la cession d'une part de créance <sup>148</sup>. De plus, la validité d'une telle règle serait douteuse en droit français, les articles 1690 du Code civil et L. 313-28 du Code monétaire et financier ne prévoyant pas une telle exception au caractère libératoire entre les mains du seul cessionnaire à compter de la notification du débiteur.

Certes, en prévoyant une clause de sauvegarde à l'article 24 (2), la Convention tente d'éviter tout préjudice pour le cessionnaire. Cette disposition consacre, en effet, le droit du cessionnaire sur le produit de la créance qui serait versé au cédant, mais à deux conditions. Il faut, d'une part, que le cédant ait reçu le produit sur instructions du cessionnaire et le détienne pour le compte de ce dernier, et d'autre part, que le produit demeure séparé des actifs du cédant, en le déposant par exemple dans un compte au nom du cédant <sup>149</sup>.

85. En vérité, la combinaison de ces deux conditions fait naître à la charge du cessionnaire d'une part de créance un véritable devoir d'initiative. Il devra soit s'assurer du consentement du débiteur au paiement dans les mains du

lettres de crédit standby, adoptée en 1995, ne définit pas « établissement », mais n'exclut pas non plus que la succursale impliquée dans l'opération puisse être considérée pour la localisation de la garantie ou de la lettre de crédit standby.

146 Convention CNUDCI, article 5 (h), in fine.

147 Convention CNUDCI, article 17 (6).

148 Sans pour autant bien sûr remettre en cause la validité d'une telle cession, cf. Commentaire analytique (projet), Add.1, paragraphe 21. Les Principes de droit européen des contrats prévoient à l'article 12.103 une règle différente. L'obligation du débiteur de payer le cessionnaire d'une part de créance est maintenue, tout en édictant une obligation pour le cédant d'indemniser le débiteur des conséquences préjudiciables qui pourraient résulter des cessions partielles de sa dette (conflits de priorités accrues, obligation d'initier des paiements multiples, etc.). La règle retenue par les Principes de droit européen des contrats est plus en harmonie avec le droit français que celle de l'article 17 (6) de la Convention CNUDCI.

149 Respectivement, alinéas (a) et (b) de l'article 24 (2) de la Convention CNUDCI.

cessionnaire de la partie de la créance qui lui est cédée, soit convenir avec le cédant que ce dernier détienne le produit reçu pour le compte du cessionnaire dans un compte séparé des actifs du cédant. Une banque cessionnaire pourrait néanmoins prendre sans trop de difficultés les précautions nécessaires à cet effet par la stipulation de clauses appropriées dans le contrat de prêt dont la violation résulterait en la déchéance du terme.

86. Des conflits potentiels avec le droit français ou les usages dans les opérations de banque énumérés dans cette deuxième partie, aucun n'est réellement dirimant. Une solution se dégage rapidement à la confrontation de la disposition française, la pratique bancaire établie et celle de la Convention. Selon le cas, la solution prendra l'une des deux formes suivantes : soit une neutralisation de la disposition de la Convention par accord contraire exprès des parties au contrat de cession, soit sa prévalence sur une disposition législative interne sans pour autant heurter les principes fondamentaux de l'ordre public du for.

### III La Convention CNUDCI doit être ratifiée car le droit français de la transmission de créances a besoin de son apport

87. Quels que soient les mérites de la Convention CNUDCI, sa ratification ne présenterait pas un caractère prioritaire si le droit français de la cession de créances n'avait pas un besoin de son apport. Or, ce besoin existe tant au niveau de la règle conflictuelle qu'à celui de la règle matérielle.

#### A - Le besoin au niveau de la règle de conflit

88. En droit français, la règle de conflit qui s'applique à la cession de créance est l'article 12 de la Convention de Rome, qui dispose :

##### Cession de créance

1. Les obligations entre le cédant et le cessionnaire d'une créance sont régies par la loi qui, en vertu de la présente convention, s'applique au contrat qui les lie.
2. La loi qui régit la créance cédée détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur.

150 P. Lagarde, introduction, in D. Pardoel, « *Les conflits de loi en matière de cession de créance* », op. cit., p. XVI ; « *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980* », op. cit., n° 59 ; Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, COM (2002) 654 final, 14 janvier 2003, n° 3.2.13.2 (La Convention de Rome ne traite pas explicitement de la question de l'opposabilité de la cession de créance aux tiers).

151 Brandsma v. Hansa Chemie AG, Hoge Raad, 16 mai 1997, Rechtspraak van de Week 126, cité in T.H.D. Struycken, « *The proprietary aspects of international assignments and the Rome Convention* », LMCLQ 345 (1998).

L'application en France de ces deux alinéas, respectivement consacrés au rapport entre le cédant et le cessionnaire et au rapport entre le cessionnaire et le cédé, ne donne pas lieu à des difficultés particulières.

89. Le problème se situe à un niveau plus subtil, celui du non-dit de l'article 12 : la loi applicable à l'opposabilité aux tiers. En effet, l'absence d'un troisième alinéa de ce qui aurait formé un triptyque logique crève les yeux. Ceci, d'autant plus que l'avant-projet de Convention de Rome prévoyait bien une règle de conflit pour l'opposabilité aux tiers. Un rattachement unique pour une opposabilité *lato sensu* à l'égard à la fois du débiteur et des tiers était, en effet, prévu à l'article 16 dans les termes suivants :

la loi qui régit la créance originaire détermine le caractère transférable de celle-ci, ainsi que les rapports entre cessionnaire et débiteur et les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et aux tiers.

90. L'article 12 de la version finale ne se prononce pas, « à dessein »<sup>150</sup>, sur la loi applicable à l'opposabilité aux tiers. Il en résulte une lacune qui oblige chaque for à s'en remettre aux solutions de droit commun du conflit de lois.

91. Or, si cette interprétation de l'article 12 ne fait aucun doute en France, il n'en va pas de même dans d'autres pays de l'Union européenne. La Cour suprême des Pays-Bas (Hoge Raad) a ainsi décidé dans un arrêt du 16 mai 1997 de soumettre l'opposabilité aux tiers à la règle de conflit de l'alinéa premier de l'article 12 — la loi d'autonomie<sup>151</sup>. Se livrant à l'exégèse de l'article 12, la Cour commença par noter la volonté du législateur communautaire, exprimée au préambule de la Convention de Rome, de poursuivre l'œuvre d'unification juridique dans le domaine du droit international privé dans l'Union européenne. Elle en déduit que la Convention de Rome offre un support exhaustif des règles de conflit applicables aux obligations contractuelles, dont la transmission de créance. Ayant ainsi identifié l'article 12 comme le seul réceptacle concevable pour la règle de conflit applicable à l'opposabilité aux tiers, la Cour s'attacha à déterminer l'alinéa pertinent du diptyque. Elle exclut que l'opposabilité aux tiers puisse être régie par l'alinéa 2 de l'article 12, dont les termes donnent — à raison — l'impression d'une énumération exhaustive. Et la Cour de conclure à partir de ces prémisses la suite du syllogisme : l'opposabilité aux tiers est régie par l'alinéa 1 qui couvre donc tous les aspects de la sortie de la créance du patrimoine du cédant, y compris l'efficacité de cette sortie à l'égard de toute personne autre que le débiteur cédé<sup>152</sup>.

152 La Cour continua dans un *obiter dictum* sa tentative de justification de la solution retenue, rappelant que si l'alinéa 1 de l'article 12 de la Convention de Rome avait été restreint aux seuls aspects contractuels du rapport entre le cédant et le cessionnaire, il serait totalement superflu car il se limiterait à une redite des règles générales de conflit des articles 3 et 4. En vérité, cet argument n'est pas plus convainquant que les autres. Rien de plus normal, en effet, que la Convention répète à l'occasion d'une question particulière (la cession de créance) le principe général édicté précédemment pour toutes les obligations contractuelles. La Cour souligna aussi l'importance de la loi d'autonomie dans la Convention de Rome et, plus généralement, dans les autres traités de droit international privés et lois récentes en la matière, pour conclure à la justification de l'octroi d'un champ large à la loi d'autonomie pour couvrir aussi l'opposabilité.

92. Par un motif différent, le législateur belge consacra la même solution par la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers<sup>153</sup>. Estimant, en effet, que « *l'on devrait logiquement conclure que [l'opposabilité aux tiers] est régie par l'article 8 de la Convention de Rome, lequel dispose de manière générale que l'existence et la validité des contrats sont soumises à la loi applicable au contrat lui-même* »<sup>154</sup>, le législateur belge édicta une règle de conflit de portée générale – inattendue dans une loi portant principalement sur les marchés financiers – qui dispose :

Article 145 – L'opposabilité du contrat de cession de créance à l'égard des tiers autres que le débiteur cédé est déterminée conformément au droit applicable au contrat de cession.

Cette nouvelle portée attribuée à l'article 8 de la Convention de Rome laisse quelque peu perplexe, car nulle part ne figure-t-elle sous la disposition en question dans le rapport Giuliano-Lagarde concernant la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Le rapport prend soin de préciser que l'article 8 « *est destiné à couvrir tous les aspects de la formation du contrat* », ce qui paraît bien différent de l'opposabilité de ce contrat.

93. À l'inverse, la Cour suprême allemande (BGH) a clairement opté en faveur de l'article 33 (2) du EGBGB, identique au deuxième alinéa de l'article 12 de la Convention de Rome qu'il a introduit en 1986 en droit allemand. Dans une jurisprudence constante, le BGH étend, en effet, la loi de la créance cédée pour s'appliquer aussi à la détermination de la hiérarchie des droits concurrents sur la créance transmise<sup>155</sup>.

94. On pourrait aussi ranger parmi les tenants de cette interprétation de l'article 12, la Cour d'appel britannique qui fit prévaloir le droit du cessionnaire à l'encontre des prétentions des tiers en appliquant le droit de la créance cédée<sup>156</sup>. Seulement, dans cette affaire, les tiers saisissants qui prétendaient appréhender la créance cédée avaient choisi de présenter le litige comme un conflit entre deux droits réels sur un bien (la créance), pour

conclure que la Convention de Rome n'était pas applicable et que le droit commun des règles de conflit en Angleterre (en l'occurrence, la loi de situation du bien) devait donc s'appliquer. La Cour d'appel rejeta cette prétention et conclut pertinemment à la nature contractuelle de la cession de créance. Partant, elle retient l'application de la Convention de Rome et, en particulier, l'article 12. Contrairement à l'affaire qui donna lieu à l'arrêt de Hoge Raad, le débat ne porta donc pas sur le fait de savoir si la Convention de Rome entendait ou non régir l'opposabilité aux tiers. La Cour décida que la cession était opposable au débiteur cédé selon la loi identifiée par l'article 12 (2) et que ce dernier devait donc payer le cessionnaire.

95. Les tribunaux français, quant à eux, continuent à appliquer à l'opposabilité aux tiers la règle de conflit de droit commun qui aboutit à la loi du lieu d'établissement du débiteur cédé<sup>157</sup>.

Certes, on ne demande pas aux tribunaux saisis d'un litige tombant sous le coup d'une convention internationale de renoncer à leur pouvoir d'interpréter cette convention. Force est cependant d'admettre que la divergence existant actuellement prive la Convention de Rome de son intérêt<sup>158</sup>. D'où l'intérêt du régime unitaire des règles de conflit de la Convention CNUDCI.

## B - Le besoin au niveau de la règle matérielle

96. L'apport majeur de la Convention CNUDCI au niveau des règles matérielles est indiscutablement l'unification du traitement de la cession de créance, de la subrogation conventionnelle et du nantissement de créance, d'ailleurs désignés dans la Convention sous un vocable générique : cession de créances<sup>159</sup>. Un statut juridique unifié s'imposait, ces trois instruments partageant en effet un même objet : la créance, un même sujet actif : le créancier, et une même source : le contrat<sup>160</sup>.

97. Si l'opposition entre la cession de créance — opération spéculative et la subrogation — service d'ami paraît

bilité. Cette extension du champ de la loi d'autonomie est louable dans son principe, mais peu réaliste s'agissant de poursuivre un objectif de sauvegarde de l'intérêt des tiers.

153 Moniteur belge, 4 septembre 2002, Ed.2, 39121. L'auteur tient à remercier Me Patrick Watelet du cabinet Stibbe à Bruxelles pour la communication du texte de cette loi.

154 Exposé des motifs du projet de loi relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, Chambre des représentants de Belgique, Doc. 50 1842/001, p. 126. Jusqu'à la promulgation de la nouvelle loi du 2 août 2002, la règle de conflit déterminant la loi applicable à l'opposabilité de la cession aux tiers paraissait être celle décidée par le tribunal de commerce (juge des saisies) d'Anvers le 15 janvier 1991, en faveur de la loi du domicile du débiteur cédé, Rechtskundig Weekblad 1991-1992, p. 55 (jugement en néerlandais).

155 BGH, 8 décembre 1998, XI ZR 302/97 (WM 1999, 126) ; 20 juin 1990, BGHZ 111, 376 ; IPRax 1991, 248. L'article 33 (2) du Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB), identique à l'article 12 (2) de la Convention de Rome, dispose : « *Das Recht, dem die übertragene Forderung unterliegt, bestimmt ihre Übertragbarkeit, das Verhältnis zwischen neuem Gläubiger und Schuldner, die Voraussetzungen, unter denen die Übertragung dem Schuldner entgegeng gehalten werden kann, und die befreiende Wirkung einer Leistung durch den Schuldner.* »

156 Raiffeisen Zentralbank Österreich AG v. Five Star General Trading LLC and others, (Court of Appeal, 26 janvier 2001), [2001] 1 All ER

(Comm) 961. La résolution du conflit de priorité sur la créance cédée fut déjà retenue par les tribunaux britanniques bien avant la promulgation du Contracts (Applicable Law) Act 1990 qui transposa en droit anglais la Convention de Rome, cf. Le Feuvre v. Sullivan (1855) 10 Moo.P. C. 1, cité par M. Moshinsky, « *The assignment of debts in the conflict of laws* », op. cit., p. 622 (application du droit anglais au conflit entre deux cessionnaires d'une police d'assurance soumise au droit anglais, cédée par l'assuré domicilié à Jersey à un premier cédant domicilié en Angleterre et un deuxième à Jersey).

157 V° n° 15, supra.

158 La lecture du questionnaire annexé au Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 (v° note 150, supra) laisse présager la détermination de la Commission européenne de rajouter le troisième alinéa actuellement manquant à l'article 12 de la Convention de Rome dans sa nouvelle version révisée.

159 La Convention CNUDCI aurait pu d'ailleurs plus opportunément s'appeler « Convention sur la transmission de créances ».

160 La définition de « cédant » à l'article 2 (a) de la Convention paraît exclure qu'une cession (au sens générique employé dans la Convention) puisse être consentie à l'initiative du débiteur. Ceci exclut donc les subrogations *ex parte debitoris*. La même disposition exclut aussi la cession (toujours dans le même sens générique) par effet de la loi, ce qui vise surtout la subrogation légale.

aujourd'hui dépassée et leur similitude fonctionnelle admise <sup>161</sup>, l'assimilation au nantissement de créance paraît plus surprenante. Néanmoins, au prix d'une fiction juridique, le résultat est fort probant <sup>162</sup>. Le nantissement de créance n'opère-t-il pas aussi une transmission de la créance nantie en transférant au créancier nanti un ensemble de prérogatives qui réalise sa mise en possession ? <sup>163</sup>.

98. Cette assimilation pourrait enfin entraîner le déclin d'une pratique qui a trop longtemps sévi dans les opérations de banque, et qui consiste à choisir l'instrument idoine – cession, subrogation ou nantissement de créance – non pas en fonction des avantages-inconvénients respectifs, mais plutôt en fonction de la lourdeur des formalités de publicité exigées. C'est ainsi que l'affacturage a été contraint de choisir en droit français la voie de la subrogation conventionnelle pour éviter les formalités onéreuses de l'article 1690 du Code civil, alors que cette même subrogation sera rarement utilisée en droit suisse à cause de l'exigence à l'article 110 (2) du Code des obligations de l'accord du débiteur et de l'accipiens.

« Entraîner le déclin », car ce déclin ne sera définitif que lorsque notre droit se dotera enfin d'une sûreté mobilière globale, que ce soit en transcendant les sûretés existantes par une unification de leur statut juridique à l'instar de la *security interest* américaine, ou en fusionnant l'ensemble des sûretés mobilières dans le creuset d'une sûreté unitaire qui serait le réceptacle de tout type de biens meubles corporels et incorporels, et, pourquoi pas, immobiliers aussi. C'est le choix qu'ont fait le nouveau Code civil du Québec et la Loi modèle sur les opérations garanties de la BERD.

99. Certes, la Convention CNUDCI ne prétend pas créer un nouvel instrument de transmission de créances, moins encore une sûreté globale. Elle se limite à unifier celles des règles des instruments déjà existantes applicables aux

créances qu'elle a choisi de régir. Ceci explique qu'en ce qui concerne les aspects non couverts par la Convention, les règles préexistantes en droit français continueront de s'appliquer, quitte à maintenir la disparité dans le traitement réservé à la cession, la subrogation et le nantissement de créances. À titre d'exemple, l'accipiens qui n'a été payé qu'en partie pourra exercer ses droits pour ce qui lui reste dû par préférence au solvens qui l'a payé partiellement <sup>164</sup> et le solvens, contrairement au cessionnaire, n'est subrogé dans les droits du créancier que dans la limite du montant payé <sup>165</sup> et ne peut prétendre qu'aux intérêts produits au taux légal par la dette qu'il a acquittée qui, d'ailleurs ne courent de plein droit, qu'à compter du paiement <sup>166</sup>.

## Conclusion

100. À l'origine de cette étude fut une conférence donnée par l'auteur lors d'un colloque organisé le 14 mai 2003 par la Fédération bancaire française (FBF) et l'Association européenne de droit bancaire et financier (AEDBF). Le colloque se fixa pour objectif de répondre à la question suivante : « La France doit-elle ratifier la Convention CNUDCI ? ». Une réponse positive s'impose. Le droit français a besoin d'un mécanisme de transmission de créances qui permette aux exportateurs, et aux banques qui les financent, de mobiliser leurs créances ou de les offrir en garantie de manière sûre, efficace, rapide et peu onéreuse. La ratification de la Convention CNUDCI serait un grand pas dans ce sens.

Enfin, la Convention CNUDCI pourrait avoir sur le droit français, outre les effets bien attendus au niveau des règles matérielles et des règles de conflit déjà évoqués, un effet plus inattendu mais non moins espéré : celui d'agir comme le catalyseur de la refonte en profondeur du droit français des sûretés. ■

161 Une cession peut parfaitement être consentie à titre de donation et la subrogation caractériser des opérations commerciales lucratives, telles l'affacturage. L'assimilation par la Convention CNUDCI de la subrogation et de la cession est, en quelque sorte, un clin d'œil à l'histoire puisque jusqu'à la codification, l'ancien droit, suivant l'exemple du droit romain, considérait la subrogation comme une cession de créance, d'ailleurs imposée au créancier plutôt que conventionnelle, l'intransmissibilité des obligations étant alors de règle. Les exégètes vont les séparer complètement. Sur l'origine commune de la cession de créance et de la subrogation, voir F. Leplat, « *La transmission conventionnelle de créances* », thèse Paris X, 2001, passim. En tout temps, la fonction translatrice de la subrogation a été unanimement admise. Néanmoins, les ouvrages de droit civil, dans leur grande majorité, continuent encore aujourd'hui de la traiter généralement dans la partie réservée au paiement auquel la subrogation est indissociablement liée, suivant ainsi l'exemple du Code civil.

162 Commentaire analytique (projet), paragraphe 41 (article 2 (a) [...] creates the legal fiction that, for the purposes of the Convention, the crea-

tion of security rights in receivables is deemed to be a transfer). En France, il est admis que les formalités de l'article 1690 et celles de l'article 2075 du Code civil ont une fonction identique. D'ailleurs, leur rédaction est désormais presque similaire depuis l'amendement de l'article 2075 par la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980, cf. P. Croq, « *Propriété et garantie* », LGDJ, 1995, n° 335 ; D. Legeais, « *Les garanties conventionnelles sur créances* », *Economica*, 1986, n° 79.

163 D. Legeais, « *Les garanties conventionnelles sur créances* », op. cit., n° 69.

164 Il s'agit de l'application de l'adage « *nemo contra se subrogasse censetur* », codifié à l'article 1252 du Code civil.

165 Civ. 1<sup>re</sup>, 13 janvier 1981, Bull. I, n° 12 ; Com. 15 novembre 1988, Bull. IV, n° 312 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 18 mars 2003, D. 2003, p. 1092, obs. V. Avena-Robardet. La limitation de la subrogation au montant acquitté n'est pas susceptible d'accord contraire, qui pourrait résulter par exemple de l'émission par l'accipiens d'une quittance pour l'intégralité de la dette, F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, « *Les obligations* », op. cit., n° 1383.

166 Civ. 1<sup>re</sup>, 18 mars 2003, D. 2003, p. 1092, obs. V. Avena-Robardet.

# Convention des Nations unies sur la cession de créances dans le commerce international\*

## PRÉAMBULE

Les États contractants,

Réaffirmant leur conviction que le commerce international sur la base de l'égalité et des avantages mutuels constitue un élément important susceptible de promouvoir les relations amicales entre les États,

Considérant que les problèmes créés par les incertitudes quant à la teneur et au choix du régime juridique applicable à la cession de créances constituent un obstacle au commerce international,

Désireux d'énoncer des principes et d'adopter des règles relatives à la cession de créances qui garantissent la prévisibilité et la transparence et favorisent la modernisation de la législation relative aux cessions de créances tout en préservant les pratiques de cession actuelles et en facilitant le développement de nouvelles pratiques,

Souhaitant aussi dûment protéger les intérêts du débiteur en cas de cession de créances,

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

Sont convenus de ce qui suit :

## CHAPITRE PREMIER CHAMP D'APPLICATION

### Article premier. *Champ d'application*

1. La présente Convention s'applique :
  - a) Aux cessions de créances internationales et aux cessions internationales de créances telles que définies dans le présent chapitre si, à la date de la conclusion du contrat de cession, le cédant est situé dans un État contractant ; et
  - b) Aux cessions subséquentes, à condition qu'une cession antérieure soit régie par la présente Convention.
2. La présente Convention s'applique à une cession subséquente qui satisfait aux critères de l'alinéa a) du paragraphe 1 du présent article, même si elle ne s'appliquait pas à une cession antérieure de la même créance.
3. La présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits et obligations du débiteur à moins qu'à la date de la conclusion du contrat initial ce dernier ne soit situé dans un État contractant ou que la loi régissant le contrat initial soit la loi d'un État contractant.
4. Les dispositions du chapitre V s'appliquent aux cessions de créances internationales et aux cessions internationales de créances telles que définies dans le présent chapitre indépendamment des paragraphes 1 à 3 du présent article. Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas si un État fait une déclaration au titre de l'article 39.
5. L'annexe de la présente Convention s'applique comme il est prévu à l'article 42.

### Article 2. *Cession de créances*

Aux fins de la présente Convention :

a) Le terme « cession » désigne le transfert qu'effectue par convention une personne (« cédant ») à une autre personne (« cessionnaire ») de la totalité, d'une fraction ou d'une part indivise du droit contractuel du cédant au paiement d'une somme d'argent (« créance ») due par une troisième personne (« débiteur »). La création de droits sur des créances à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation est considérée comme un transfert ;

b) En cas de cession effectuée par le cessionnaire initial ou tout autre cessionnaire (« cession subséquente »), la personne qui effectue cette cession est le cédant et la personne à qui cette cession est effectuée est le cessionnaire.

### Article 3. *Internationalité*

Une créance est internationale si, à la date de la conclusion du contrat initial, le cédant et le débiteur sont situés dans des États différents. Une cession est internationale si, à la date de la conclusion du contrat de cession, le cédant et le cessionnaire sont situés dans des États différents.

### Article 4. *Exclusions et autres limitations*

1. La présente Convention ne s'applique pas aux cessions effectuées :
  - a) À un particulier pour ses besoins personnels, familiaux ou domestiques ;
  - b) Dans le cadre de la vente de l'entreprise commerciale à laquelle sont attachées les créances cédées ou de la modification de son régime de propriété ou de son statut juridique.
2. La présente Convention ne s'applique pas aux cessions de créances nées :
  - a) D'opérations sur un marché boursier réglementé ;

\* L'auteur tient à remercier le secrétariat de la CNUDCI pour l'autorisation de reproduire ci-contre le texte de la Convention CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international.

- b) De contrats financiers régis par des conventions de compensation, sauf dans le cas d'une créance due après la liquidation de toutes les opérations ;
  - c) D'opérations de change ;
  - d) De systèmes de paiement interbancaire, d'accords de paiement interbancaire ou de systèmes de compensation et de règlement portant sur des valeurs mobilières ou d'autres instruments ou actifs financiers ;
  - e) Du transfert de sûretés sur des valeurs mobilières ou d'autres instruments ou actifs financiers détenus auprès d'intermédiaires ou de la vente, du prêt, de la détention ou d'une convention de rachat de ces valeurs, actifs ou instruments ;
  - f) De dépôts bancaires ;
  - g) D'une lettre de crédit ou d'une garantie indépendante.
3. Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidences sur les droits et obligations d'une personne en vertu du droit régissant les instruments négociables.
4. Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidences sur les droits et obligations du cédant et du débiteur en vertu des lois particulières régissant la protection des parties aux opérations effectuées à des fins personnelles, familiales ou domestiques.
5. Aucune disposition de la présente Convention :
- a) N'a d'incidences sur l'application de la loi d'un État où est situé un immeuble :
    - i) À un droit réel sur cet immeuble dans la mesure où, en vertu de cette loi, la cession d'une créance confère un tel droit ; ou
    - ii) À la priorité d'un droit sur une créance dans la mesure où, en vertu de cette loi, celui-ci est conféré par un droit réel sur l'immeuble ; ou
  - b) Ne rend licite l'acquisition d'un droit réel immobilier, si elle n'est pas autorisée par la loi de l'État où est situé l'immeuble.

## CHAPITRE II DISPOSITIONS GÉNÉRALES

### Article 5. *Définitions et règles d'interprétation*

Aux fins de la présente Convention :

- a) Le terme « contrat initial » désigne le contrat entre le cédant et le débiteur d'où naît la créance cédée ;
- b) Le terme « créance existante » désigne une créance qui naît avant ou à la date de la conclusion du contrat de cession et le terme « créance future » désigne une créance qui naît après la conclusion du contrat de cession ;
- c) Le terme « écrit » désigne toute forme d'information accessible de manière à être utilisable pour référence ultérieure. Lorsque la présente Convention exige qu'un écrit soit signé, cette exigence est satisfaite si, par des méthodes généralement acceptées ou suivant une procédure agréée par la personne dont la signature est requise, l'écrit identifie cette personne et indique qu'elle en approuve le contenu ;
- d) Le terme « notification de la cession » désigne une communication par écrit qui identifie suffisamment les créances cédées et le cessionnaire ;
- e) Le terme « administrateur de l'insolvabilité » désigne une personne ou un organisme, même nommé(e) à titre provisoire, habilité(e) dans une procédure d'insolvabilité à administrer le redressement ou la liquidation des actifs ou des activités du cédant ;
- f) Le terme « procédure d'insolvabilité » désigne une procédure collective, judiciaire ou administrative, y compris une procédure provisoire, dans laquelle les actifs et les activités du cédant sont soumis à contrôle ou supervision d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente aux fins de redressement ou de liquidation ;
- g) Le terme « priorité » désigne la préférence donnée au droit d'une personne sur le droit d'une autre personne et détermine, pour autant qu'il y ait lieu à cette fin, s'il s'agit d'un droit personnel ou réel, s'il a été ou non créé à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation et si les mesures nécessaires pour qu'il produise ses effets à l'égard d'un réclamant concurrent ont été prises ;
- h) Une personne est située dans l'État dans lequel elle a son établissement. Si le cédant ou le cessionnaire a des établissements dans plus d'un État, l'établissement pertinent est celui où s'exerce son administration centrale. Si le débiteur a des établissements dans plus d'un État, l'établissement pertinent est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat initial. Si une personne n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu ;
- i) Le terme « loi » désigne la loi en vigueur dans un État à l'exclusion des règles de droit international privé ;
- j) Le terme « produit » désigne tout ce qui est reçu au titre d'une créance cédée, en tant que paiement total ou partiel quelle qu'en soit la forme. Ce terme inclut tout ce qui est reçu au titre du droit sur le produit. Il n'inclut pas les biens meubles corporels restitués ;
- k) Le terme « contrat financier » désigne toute opération au comptant, à terme, sur option ou de contrat d'échange portant sur des taux d'intérêt, matières premières, devises, actions, obligations, indices ou tout autre instrument financier, toute opération de rachat ou de prêt sur valeurs mobilières, et toute autre opération analogue à l'une des précédentes effectuée sur les marchés financiers, et toute combinaison des opérations visées ci-dessus ;
- l) Le terme « convention de compensation globale » désigne une convention entre deux parties ou plus prévoyant une ou plusieurs des modalités suivantes :
  - i) Le règlement net des paiements dus dans la même monnaie à la même date par novation ou autrement ;
  - ii) Lors de l'insolvabilité d'une partie ou autre défaillance de sa part, la liquidation de toutes les opérations à leur valeur de remplacement ou à leur juste valeur de marché, la conversion des sommes correspondantes dans une seule monnaie et la compensation globale sous forme d'un paiement unique effectué par une partie à l'autre ; ou
  - iii) La compensation des montants calculés comme prévu au sous-alinéa ii) précédent au titre de deux conventions de compensation globale, ou plus ;
- m) Le terme « réclamant concurrent » désigne :
  - i) Un autre cessionnaire de la même créance provenant du même cédant, y compris une personne qui, de par l'effet de la loi, se prévaut

d'un droit sur la créance cédée en raison de son droit sur un autre bien du cédant, même si ladite créance n'est pas une créance internationale et si la cession au cessionnaire n'est pas une cession internationale ;

- ii) Un créancier du cédant ; ou
- iii) L'administrateur de l'insolvabilité.

#### Article 6. *Autonomie des parties*

Sous réserve de l'article 19, le cédant, le cessionnaire et le débiteur peuvent, par convention, déroger aux dispositions de la présente Convention relatives à leurs droits et obligations respectifs ou les modifier. Une telle convention n'a pas d'incidences sur les droits de quiconque n'y est pas partie.

#### Article 7. *Principes d'interprétation*

1. Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son objet et de son but tels qu'énoncés dans le préambule, de son caractère international et de la nécessité d'en promouvoir l'application uniforme, ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international.
2. Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut, conformément à la loi applicable en vertu des règles de droit international privé.

### CHAPITRE III EFFETS DE LA CESSION

#### Article 8. *Efficacité des cessions*

1. Une cession n'est pas dépourvue d'effet entre le cédant et le cessionnaire, ou à l'égard du débiteur ou d'un réclamant concurrent, et le droit d'un cessionnaire ne peut être privé de son rang de priorité, au motif qu'il s'agit de la cession de plus d'une créance, de créances futures, de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances, si ces créances sont désignées :
  - a) Individuellement en tant que créances faisant l'objet de la cession ; ou
  - b) De toute autre manière, à condition qu'elles soient identifiables à la date de la cession ou, dans le cas de créances futures, à la date de la conclusion du contrat initial, comme étant celles qui font l'objet de la cession.
2. Sauf convention contraire, la cession d'une ou plusieurs créances futures a effet sans qu'un nouvel acte de transfert soit nécessaire pour chacune des créances.
3. Sous réserve de ce qui est énoncé au paragraphe 1 du présent article, à l'article 9 et aux paragraphes 2 et 3 de l'article 10, la présente Convention n'a pas d'incidences sur toute limitation prévue par la loi au droit d'effectuer une cession.

#### Article 9. *Limitations contractuelles de la cession*

1. La cession d'une créance a effet nonobstant toute convention entre le cédant initial ou tout cédant subséquent et le débiteur ou tout cessionnaire subséquent, limitant d'une quelconque manière le droit du cédant de céder ses créances.
2. Aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité du cédant découlant de la violation d'une telle convention, mais l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat initial ou le contrat de cession. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance.
3. Le présent article s'applique uniquement aux cessions de créances :
  - a) Nées d'un contrat initial visant la fourniture ou la location de biens meubles corporels, la prestation de services autres que des services financiers ou la réalisation de travaux de construction ou encore la vente ou la location d'immeubles ;
  - b) Nées d'un contrat initial de vente, de location ou de concession de licence d'un droit de propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle ou d'informations protégées ayant une valeur commerciale ;
  - c) Représentant l'obligation de paiement au titre d'une opération sur carte de crédit ; ou
  - d) Exigibles par le cédant lors du règlement net des sommes dues en vertu d'une convention de compensation regroupant plus de deux parties.

#### Article 10. *Transfert de sûretés*

1. Une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement de la créance cédée est transférée au cessionnaire sans un nouvel acte de transfert. Si, en vertu de la loi régissant la sûreté, celle-ci est transférable uniquement avec un nouvel acte de transfert, le cédant a l'obligation de la transférer, ainsi que son produit, au cessionnaire.
2. Une sûreté garantissant le paiement de la créance cédée est transférée en vertu du paragraphe 1 du présent article nonobstant toute convention entre le cédant et le débiteur ou une autre personne ayant constitué la sûreté, qui limite d'une manière quelconque le droit du cédant de céder la créance ou la sûreté en garantissant le paiement.
3. Aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité du cédant découlant de la violation d'une convention visée au paragraphe 2 du présent article, mais l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat initial ou le contrat de cession. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance.

4. Les paragraphes 2 et 3 du présent article s'appliquent uniquement aux cessions de créances :
  - a) Nées d'un contrat initial visant la fourniture ou la location de biens meubles corporels, la prestation de services autres que des services financiers ou la réalisation de travaux de construction ou encore la vente ou la location d'immeubles ;
  - b) Nées d'un contrat initial de vente, de location ou de concession de licence d'un droit de propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle ou d'informations protégées ayant une valeur commerciale ;
  - c) Représentant l'obligation de paiement au titre d'une opération sur carte de crédit ; ou
  - d) Exigibles par le cédant lors du règlement net des sommes dues en vertu d'une convention de compensation globale regroupant plus de deux parties.
5. Le transfert d'une sûreté réelle avec dépossession au titre du paragraphe 1 du présent article n'a pas d'incidences sur les obligations du cédant envers le débiteur ou la personne ayant constitué la sûreté sur le bien transféré en vertu de la loi régissant cette sûreté.
6. Le paragraphe 1 du présent article n'a pas d'incidences sur les exigences des règles de droit, autres que la présente Convention, relatives à la forme ou à l'enregistrement du transfert de toutes sûretés garantissant le paiement de la créance cédée.

## CHAPITRE IV DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS

### SECTION I CÉDANT ET CESSIONNAIRE

#### Article 11. *Droits et obligations du cédant et du cessionnaire*

1. Les droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire découlant d'une convention entre eux sont déterminés par les termes et conditions de cette convention, y compris toutes règles ou toutes conditions générales qui y sont mentionnées.
2. Le cédant et le cessionnaire sont liés par les usages auxquels ils ont consenti et, sauf convention contraire, par les habitudes qui se sont établies entre eux.
3. Dans une cession internationale, le cédant et le cessionnaire sont réputés, sauf convention contraire, s'être tacitement référés aux fins de la cession à tout usage qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à ce type particulier de cession ou à la cession de cette catégorie particulière de créances.

#### Article 12. *Garanties dues par le cédant*

1. Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant garantit, à la date de la conclusion du contrat de cession, que :
  - a) Il a le droit de céder la créance ;
  - b) Il n'a pas déjà cédé la créance à un autre cessionnaire ; et
  - c) Le débiteur ne peut ni ne pourra invoquer aucune exception ni aucun droit à compensation.
2. Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant ne garantit pas que le débiteur peut ou pourra payer.

#### Article 13. *Droit de notifier la cession au débiteur*

1. Sauf convention contraire entre eux, le cédant et le cessionnaire peuvent, l'un ou l'autre ou ensemble, envoyer au débiteur une notification de la cession ainsi que des instructions de paiement mais, une fois la notification envoyée, il appartient au seul cessionnaire d'envoyer ces instructions.
2. Une notification de la cession ou des instructions de paiement, envoyées en violation d'une convention visée au paragraphe 1 du présent article, ne sont pas invalidées aux fins de l'article 17 en raison de cette violation. Toutefois, aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité de la partie ayant violé la convention à raison du dommage qui en résulte.

#### Article 14. *Droit du cessionnaire à recevoir paiement*

1. Dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, sauf convention contraire, et qu'une notification de la cession ait ou non été envoyée :
  - a) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué au cessionnaire, celui-ci est fondé à conserver le produit et les biens meubles corporels restitués au titre de cette créance ;
  - b) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué au cédant, le cessionnaire est fondé à recevoir paiement du produit et à se faire remettre les biens meubles corporels restitués au cédant au titre de la créance cédée ; et
  - c) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué à une autre personne sur laquelle le cessionnaire a priorité, celui-ci est fondé à recevoir paiement du produit et à se faire remettre les biens meubles corporels restitués à cette personne au titre de la créance cédée.
2. Le cessionnaire n'est pas fondé à conserver plus que la valeur de son droit sur la créance.

## SECTION II DÉBITEUR

### Article 15. *Principe de protection du débiteur*

1. Sauf disposition contraire de la présente Convention et à moins que le débiteur n'y consente, une cession de créances n'a pas d'incidences sur les droits et obligations de ce dernier, y compris sur les conditions de paiement énoncées dans le contrat initial.
2. Les instructions de paiement peuvent être modifiées en ce qui concerne la personne, l'adresse ou le compte auxquels le débiteur doit effectuer le paiement, mais non en ce qui concerne :
  - a) La monnaie de paiement spécifiée dans le contrat initial ; ou
  - b) L'État dans lequel il est spécifié dans le contrat initial que le paiement doit être effectué, sauf à le remplacer par l'État dans lequel le débiteur est situé.

### Article 16. *Notification de la cession au débiteur*

1. Une notification de la cession ou des instructions de paiement produisent leurs effets lorsqu'elles sont reçues par le débiteur, si elles sont formulées dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à celui-ci d'en comprendre le contenu. Il suffit en tout état de cause qu'elles soient formulées dans la langue du contrat initial.
2. La notification de la cession ou les instructions de paiement peuvent porter sur des créances nées après la notification.
3. La notification d'une cession subséquente vaut notification de toute cession antérieure.

### Article 17. *Paiement libératoire du débiteur*

1. Tant qu'il n'a pas reçu notification de la cession, le débiteur est fondé à effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial.
2. Lorsqu'il a reçu notification de la cession, sous réserve des paragraphes 3 à 8 du présent article, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire uniquement au cessionnaire ou, si d'autres instructions de paiement lui sont données dans la notification de la cession ou lui sont communiquées ultérieurement par écrit par le cessionnaire, conformément à ces instructions.
3. S'il reçoit plusieurs instructions de paiement relatives à une seule cession de la même créance effectuée par le même cédant, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément aux dernières instructions reçues du cessionnaire avant le paiement.
4. S'il reçoit notification de plusieurs cessions de la même créance effectuées par le même cédant, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément à la première notification reçue.
5. S'il reçoit notification d'une ou plusieurs cessions subséquentes, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification de la dernière de ces cessions subséquentes.
6. S'il reçoit notification de la cession d'une fraction d'une ou plusieurs créances ou d'un droit indivis sur celles-ci, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification ou conformément au présent article comme s'il n'avait pas reçu de notification. S'il paie conformément à la notification, le paiement n'est libératoire qu'à concurrence de la fraction ou du droit indivis payé.
7. S'il reçoit notification de la cession du cessionnaire, le débiteur est fondé à demander à celui-ci de prouver de manière appropriée, dans un délai raisonnable, que la cession du cédant initial au cessionnaire initial et toute cession intermédiaire ont été effectuées ; faute pour le cessionnaire de se conformer à cette demande, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément au présent article comme s'il n'avait pas reçu de notification. La cession est considérée comme prouvée de manière appropriée au moyen, notamment, de tout écrit émanant du cédant et indiquant qu'elle a bien eu lieu.
8. Le présent article n'a d'incidences sur aucun autre motif conférant valeur libératoire au paiement effectué par le débiteur à la personne fondée à le recevoir, à une autorité judiciaire ou autre autorité compétente ou à un organisme public de consignation.

### Article 18. *Exceptions et droits à compensation du débiteur*

1. Lorsque le cessionnaire forme contre le débiteur une demande de paiement de la créance cédée, celui-ci peut lui opposer toutes les exceptions et tous les droits à compensation qui découlent du contrat initial ou de tout autre contrat faisant partie de la même opération et qu'il pourrait invoquer comme si la cession n'avait pas eu lieu et si la demande était formée par le cédant.
2. Le débiteur peut opposer au cessionnaire tout autre droit à compensation, à condition qu'il ait pu invoquer ce droit au moment où il a reçu notification de la cession.
3. Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article, les exceptions et droits à compensation que le débiteur peut, en vertu des articles 9 ou 10, invoquer contre le cédant pour violation d'une convention limitant d'une quelconque manière le droit du cédant à procéder à la cession ne peuvent être invoqués par le débiteur contre le cessionnaire.

### Article 19. *Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droits à compensation*

1. Le débiteur peut convenir avec le cédant, par un écrit qu'il signe, de ne pas opposer au cessionnaire les exceptions et droits à compensation qu'il pourrait invoquer en vertu de l'article 18. Une telle convention empêche le débiteur d'opposer au cessionnaire ces exceptions et droits à compensation.
2. Le débiteur ne peut renoncer à invoquer :
  - a) Les exceptions découlant de manœuvres frauduleuses de la part du cessionnaire ; ou
  - b) Les exceptions fondées sur son incapacité.

3. Une telle convention ne peut être modifiée que par convention, consignée dans un écrit signé par le débiteur. L'effet de la modification à l'égard du cessionnaire est déterminé par application du paragraphe 2 de l'article 20.

#### Article 20. *Modification du contrat initial*

1. Toute convention conclue avant notification de la cession entre le cédant et le débiteur qui a des incidences sur les droits du cessionnaire produit effet à l'égard de ce dernier, qui acquiert alors les droits correspondants.
2. Toute convention conclue après notification de la cession entre le cédant et le débiteur qui a des incidences sur les droits du cessionnaire est sans effet à l'égard de ce dernier, sauf :
  - a) Si celui-ci y consent ; ou
  - b) Si la créance n'est pas encore acquise en totalité du fait de l'exécution incomplète du contrat initial et si, ou bien la modification était prévue dans ledit contrat, ou bien tout cessionnaire raisonnable y consentirait, dans le contexte de ce contrat.
3. Les paragraphes 1 et 2 du présent article sont sans incidences sur tout droit du cédant ou du cessionnaire résultant de la violation d'une convention conclue entre eux.

#### Article 21. *Recouvrement des paiements*

La non-exécution du contrat initial par le cédant n'habilite pas le débiteur à recouvrer auprès du cessionnaire une somme qu'il a payée au cédant ou au cessionnaire.

### SECTION III TIERS

#### Article 22. *Loi applicable aux droits concurrents*

À l'exception des questions qui sont réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention et sous réserve des articles 23 et 24, la loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée par rapport au droit d'un réclamant concurrent.

#### Article 23. *Ordre public et règles impératives*

1. L'application d'une disposition de la loi de l'État dans lequel est situé le cédant peut être refusée uniquement si elle est manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for.
2. Les règles de la loi de l'État du for ou de tout autre État qui sont impératives quelle que soit la loi applicable par ailleurs ne peuvent faire obstacle à l'application d'une disposition de la loi de l'État dans lequel est situé le cédant.
3. Nonobstant le paragraphe 2 du présent article, dans une procédure d'insolvabilité ouverte dans un État autre que l'État dans lequel est situé le cédant, tout droit préférentiel qui est accordé par la loi de l'État du for et qui se voit donner la priorité sur les droits d'un cessionnaire dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité en vertu de la loi dudit État conserve cette priorité nonobstant l'article 22. Un État peut à tout moment déposer une déclaration spécifiant de tels droits préférentiels.

#### Article 24. *Règles spéciales relatives au produit*

1. Si le produit de la créance cédée est reçu par le cessionnaire, ce dernier a le droit de le conserver dans la mesure où son droit sur la créance cédée avait la priorité sur le droit d'un réclamant concurrent sur la même créance.
2. Si le produit de la créance cédée est reçu par le cédant, le droit du cessionnaire sur ce produit a la priorité sur le droit d'un réclamant concurrent, de la même manière que le droit du cessionnaire avait la priorité sur le droit dudit réclamant sur la créance cédée si :
  - a) Le cédant a reçu le produit et le détient sur instructions du cessionnaire pour le compte de ce dernier ; et
  - b) Le produit est détenu séparément par le cédant pour le compte du cessionnaire et est raisonnablement identifiable par rapport aux actifs du cédant, par exemple dans un compte de dépôts ou de valeurs mobilières distinct contenant uniquement un produit composé d'espèces ou de valeurs mobilières.
3. Rien dans le paragraphe 2 du présent article n'a d'incidences sur la priorité d'une personne ayant sur le produit un droit à compensation ou un droit créé par convention et ne découlant pas d'un droit sur la créance.

#### Article 25. *Renonciation*

Un cessionnaire bénéficiant d'une priorité peut à tout moment renoncer unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur de tout cessionnaire existant ou futur.

CHAPITRE V  
AUTRES REGLES DE CONFLIT DE LOIS

Article 26. **Application du chapitre V**

Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux questions :

- a) Qui entrent dans le champ d'application de la présente Convention comme prévu au paragraphe 4 de l'article premier ; et
- b) Qui entrent par ailleurs dans le champ d'application mais ne sont pas réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention.

Article 27. **Forme du contrat de cession**

1. Un contrat de cession conclu entre des personnes qui sont situées dans un même État est valable entre elles quant à la forme s'il satisfait aux conditions de la loi qui le régit ou de la loi de l'État dans lequel il a été conclu.
2. Un contrat de cession conclu entre des personnes qui sont situées dans des États différents est valable entre elles quant à la forme s'il satisfait aux conditions de la loi qui le régit ou de la loi de l'un de ces États.

Article 28. **Loi applicable aux droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire**

1. Les droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire découlant de leur convention sont régis par la loi qu'ils ont choisie.
2. Si le cédant et le cessionnaire n'ont pas choisi de loi, leurs droits et obligations réciproques découlant de leur convention sont régis par la loi de l'État avec lequel le contrat de cession a le lien le plus étroit.

Article 29. **Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur**

La loi régissant le contrat initial détermine l'efficacité des limitations contractuelles à la cession entre le cessionnaire et le débiteur, les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et détermine également si le débiteur est libéré de ses obligations.

Article 30. **Loi applicable à la priorité**

1. La loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée par rapport au droit d'un réclama-  
nant concurrent.
2. Les règles de la loi de l'État du for ou de tout autre État qui sont impératives quelle que soit la loi applicable par ailleurs ne peuvent faire obstacle à l'application d'une disposition de la loi de l'État dans lequel est situé le cédant.
3. Nonobstant le paragraphe 2 du présent article, dans une procédure d'insolvabilité ouverte dans un État autre que l'État dans lequel est situé le cédant, tout droit préférentiel qui est accordé par la loi de l'État du for et qui se voit donner la priorité sur les droits d'un cessionnaire dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité en vertu de la loi dudit État conserve cette priorité nonobstant le paragraphe 1 du présent article.

Article 31. **Règles impératives**

1. Rien dans les articles 27 à 29 ne limite l'application des règles de la loi de l'État du for lorsqu'elles sont impératives quelle que soit la loi applicable par ailleurs.
2. Rien dans les articles 27 à 29 ne limite l'application des règles impératives de la loi d'un autre État avec lequel les questions réglées dans lesdits articles ont une relation étroite si et dans la mesure où, en vertu de la loi de cet autre État, ces règles doivent être appliquées quelle que soit la loi applicable par ailleurs.

Article 32. **Ordre public**

Pour ce qui est des questions réglées par le présent chapitre, l'application d'une disposition de la loi spécifiée dans le présent chapitre peut être refusée uniquement si elle est manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for.

CHAPITRE VI  
CLAUSES FINALES

Article 33. **Dépositaire**

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations unies est le dépositaire de la présente Convention.

Article 34. **Signature, ratification, acceptation, approbation, adhésion**

1. La présente Convention sera ouverte à la signature de tous les États au Siège de l'Organisation des Nations unies, à New York, jusqu'au 31 décembre 2003.

2. La présente Convention est sujette à ratification, acceptation ou approbation par les États signataires.
3. La présente Convention sera ouverte à l'adhésion de tous les États non signataires à partir de la date à laquelle elle sera ouverte à la signature.
4. Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation et d'adhésion seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations unies.

#### Article 35. *Application aux unités territoriales*

1. Si un État comprend deux unités territoriales ou plus dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention, cet État peut à tout moment déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou uniquement à l'une ou plusieurs d'entre elles et peut à tout moment remplacer cette déclaration par une nouvelle déclaration.
2. Ces déclarations doivent désigner expressément les unités territoriales auxquelles la présente Convention s'applique.
3. Si, en vertu d'une déclaration faite conformément au présent article, la présente Convention ne s'applique pas à toutes les unités territoriales d'un État et si le cédant ou le débiteur sont situés dans une unité territoriale à laquelle la Convention ne s'applique pas, ils sont considérés comme n'étant pas situés dans un État contractant.
4. Si, en vertu d'une déclaration faite conformément au présent article, la présente Convention ne s'applique pas à toutes les unités territoriales d'un État et si la loi régissant le contrat initial est la loi en vigueur dans une unité territoriale à laquelle la Convention ne s'applique pas, la loi régissant le contrat initial est considérée comme n'étant pas la loi d'un État contractant.
5. Si un État ne fait pas de déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article, la Convention s'appliquera à toutes les unités territoriales de cet État.

#### Article 36. *Lieu de situation dans le cas d'unités territoriales*

Si une personne est située dans un État qui comprend deux unités territoriales ou plus, cette personne est située dans l'unité territoriale dans laquelle elle a son établissement. Si le cédant ou le cessionnaire a des établissements dans plus d'une unité territoriale, l'établissement pertinent est celui où s'exerce son administration centrale. Si le débiteur a des établissements dans plus d'une unité territoriale, l'établissement pertinent est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat initial. Si une personne n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu. Un État qui comprend deux unités territoriales ou plus peut spécifier par une déclaration faite à tout moment d'autres règles déterminant où est située une personne dans cet État.

#### Article 37. *Loi applicable dans les unités territoriales*

Toute référence dans la présente Convention à la loi d'un État, dans le cas d'un État qui comprend deux unités territoriales ou plus, est considérée comme visant la loi en vigueur dans l'unité territoriale. Ledit État peut spécifier par une déclaration faite à tout moment d'autres règles déterminant la loi applicable, y compris les règles qui rendent applicable la loi d'une autre unité territoriale de cet État.

#### Article 38. *Conflits avec d'autres accords internationaux*

1. La présente Convention ne prévaut sur aucun accord international déjà conclu ou à conclure, régissant spécifiquement une opération qui serait sinon couverte par la présente Convention.
2. Nonobstant le paragraphe 1 du présent article, la présente Convention prévaut sur la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international (« la Convention d'Ottawa »). Dans la mesure où la présente Convention ne s'applique pas aux droits et obligations d'un débiteur, elle n'exclut pas l'application de la Convention d'Ottawa pour ce qui est des droits et obligations de ce débiteur.

#### Article 39. *Déclaration sur l'application du chapitre V*

Un État peut déclarer à tout moment qu'il ne sera pas lié par le chapitre V.

#### Article 40. *Limitations concernant les personnes publiques*

Un État peut déclarer à tout moment qu'il ne sera pas lié ou dans quelle mesure il ne sera pas lié par les articles 9 et 10 si le débiteur ou toute personne qui constitue une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement de la créance cédée est situé dans cet État à la date de la conclusion du contrat initial et est une collectivité publique, nationale ou locale, toute subdivision de ladite collectivité ou une institution ayant une mission d'intérêt public. Si un État a fait une telle déclaration, les articles 9 et 10 n'ont pas d'incidences sur les droits et obligations de ce débiteur ou de cette personne. Un État peut énumérer dans une déclaration les types d'institution qui font l'objet de la déclaration.

#### Article 41. *Autres exclusions*

1. Un État peut déclarer à tout moment qu'il n'appliquera pas la présente Convention à des types particuliers de cession ou à la cession de catégories particulières de créance clairement décrites dans une déclaration.
2. Après qu'une déclaration au titre du paragraphe 1 du présent article a pris effet:
  - a) La présente Convention ne s'applique pas à ces types de cession ou à la cession de ces catégories de créance si le cédant est situé dans cet État à la date de la conclusion du contrat de cession; et

b) Les dispositions de la présente Convention ayant des incidences sur les droits et obligations du débiteur ne s'appliquent pas si, à la date de la conclusion du contrat initial, le débiteur est situé dans cet État où la loi régissant le contrat initial est la loi de cet État.

3. Le présent article ne s'applique pas aux cessions de créances énumérées au paragraphe 3 de l'article 9.

#### Article 42. *Application de l'annexe*

1. Un État peut à tout moment déclarer :

a) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées à la section I de l'annexe et participera au système d'enregistrement international établi en vertu de la section II de l'annexe ;

b) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées à la section I de l'annexe et donnera effet à ces règles en utilisant un système d'enregistrement permettant d'en atteindre les objectifs, auquel cas, aux fins de la section I de l'annexe, un enregistrement effectué en application d'un tel système aura le même effet qu'un enregistrement effectué en vertu de la section II de l'annexe ;

c) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées à la section III de l'annexe ;

d) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées à la section IV de l'annexe ; ou

e) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées aux articles 7 et 9 de l'annexe.

2. Aux fins de l'article 22 :

a) La loi d'un État qui a fait une déclaration en vertu de l'alinéa a) ou b) du paragraphe 1 du présent article est l'ensemble de règles énoncées à la section I de l'annexe, tel que modifié par toute déclaration faite en vertu du paragraphe 5 du présent article ;

b) La loi d'un État qui a fait une déclaration en vertu de l'alinéa c) du paragraphe 1 du présent article est l'ensemble de règles énoncées à la section III de l'annexe, tel que modifié par toute déclaration faite en vertu du paragraphe 5 du présent article ;

c) La loi d'un État qui a fait une déclaration en vertu de l'alinéa d) du paragraphe 1 du présent article est l'ensemble de règles énoncées à la section IV de l'annexe, tel que modifié par toute déclaration faite en vertu du paragraphe 5 du présent article ; et

d) La loi d'un État qui a fait une déclaration en vertu de l'alinéa e) du paragraphe 1 du présent article est l'ensemble des règles énoncées aux articles 7 et 9 de l'annexe, tel que modifié par toute déclaration faite en vertu du paragraphe 5 du présent article.

3. Un État qui a fait une déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article peut établir des règles en vertu desquelles, compte tenu d'un délai raisonnable, les contrats de cession conclus avant que la déclaration prenne effet sont soumis à de telles règles.

4. Un État qui n'a pas fait de déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article peut, conformément aux règles de priorité qui sont en vigueur dans cet État, utiliser le système d'enregistrement établi en vertu de la section II de l'annexe.

5. Au moment où il fait une déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article ou après cette déclaration, un État peut déclarer :

a) Qu'il n'appliquera pas les règles de priorité choisies en vertu du paragraphe 1 du présent article à certains types de cession ou à la cession de certaines catégories de créance ; ou

b) Qu'il appliquera ces règles de priorité avec les modifications spécifiées dans ladite déclaration.

6. À la demande d'États contractants ou d'États signataires représentant au moins un tiers des États contractants et des États signataires, le dépositaire convoque une conférence des États contractants et des États signataires pour désigner l'autorité de supervision et le premier conservateur du registre et pour élaborer ou réviser le règlement mentionné à la section II de l'annexe.

#### Article 43. *Effet des déclarations*

1. Les déclarations faites en vertu du paragraphe 1 de l'article 35, des articles 36, 37 ou 39 à 42 au moment de la signature sont sujettes à confirmation lors de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation.

2. Les déclarations et les confirmations de déclarations seront faites par écrit et formellement notifiées au dépositaire.

3. Une déclaration prend effet à la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État concerné. Cependant, une déclaration dont le dépositaire reçoit notification formelle après cette date prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de sa réception par le dépositaire.

4. Un État qui fait une déclaration en vertu du paragraphe 1 de l'article 35, des articles 36, 37 ou 39 à 42 peut la retirer à tout moment par une notification formelle adressée par écrit au dépositaire. Ce retrait prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire.

5. En cas de déclaration faite en vertu du paragraphe 1 de l'article 35, des articles 36, 37 ou 39 à 42 qui prend effet après l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État concerné ou en cas de retrait d'une telle déclaration, qui ont pour effet dans les deux cas d'entraîner l'applicabilité d'une règle de la présente Convention, y compris de toute annexe :

a) Sous réserve de l'alinéa b) du présent paragraphe, cette règle est applicable uniquement aux cessions qui sont l'objet d'un contrat de cession conclu à la date ou après la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article premier ;

b) Une règle qui traite des droits et obligations du débiteur s'applique uniquement dans le cas de contrats initiaux conclus à la date ou après la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet à l'égard de l'État contractant visé au paragraphe 3 de l'article premier.

6. En cas de déclaration faite en vertu du paragraphe 1 de l'article 35, des articles 36, 37 ou 39 à 42 qui prend effet après l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État concerné ou en cas de retrait d'une telle déclaration, qui ont pour effet dans les deux cas d'entraîner l'inapplicabilité d'une règle de la présente Convention, y compris de toute annexe :

a) Sous réserve de l'alinéa b) du présent paragraphe, cette règle est inapplicable aux cessions qui sont l'objet d'un contrat de cession conclu à la date ou après la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article premier ;

b) Une règle qui traite des droits et obligations du débiteur est inapplicable dans le cas de contrats initiaux conclus à la date ou après la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet à l'égard de l'État contractant visé au paragraphe 3 de l'article premier.

7. Si une règle qui est rendue applicable ou inapplicable en raison d'une déclaration visée aux paragraphes 5 ou 6 du présent article ou de son retrait est pertinente pour la détermination de la priorité concernant une créance faisant l'objet d'un contrat de cession conclu avant que la déclaration ou son retrait prenne effet ou concernant le produit de cette créance, le droit du cessionnaire a priorité sur le droit d'un réclamant concurrent de la même façon qu'il aurait la priorité en vertu de la loi qui déterminerait cette priorité avant qu'une telle déclaration ou son retrait prenne effet.

#### Article 44. *Réserves*

Aucune réserve n'est autorisée autre que celles qui sont expressément autorisées par la présente Convention.

#### Article 45. *Entrée en vigueur*

1. La présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date du dépôt du cinquième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

2. Pour tout État qui deviendra État contractant à la présente Convention après la date du dépôt du cinquième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, la présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date du dépôt de l'instrument approprié au nom dudit État.

3. La présente Convention s'applique uniquement aux cessions qui sont l'objet d'un contrat de cession conclu à la date ou après la date de son entrée en vigueur à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article premier, étant entendu que celles de ses dispositions qui traitent des droits et obligations du débiteur s'appliquent uniquement aux cessions de créances découlant de contrats initiaux conclus à la date ou après la date à laquelle elle entre en vigueur à l'égard de l'État contractant visé au paragraphe 3 de l'article premier.

4. Si une créance est cédée en vertu d'un contrat de cession conclu avant la date d'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article premier, le droit du cessionnaire a priorité sur le droit d'un réclamant concurrent sur la créance de la même façon qu'il aurait la priorité en vertu de la loi qui déterminerait cette priorité en l'absence de la présente Convention.

#### Article 46. *Dénonciation*

1. Un État contractant peut dénoncer à tout moment la présente Convention par notification écrite adressée au dépositaire.

2. La dénonciation prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai d'un an à compter de la date de réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'un délai plus long est spécifié dans la notification, la dénonciation prend effet à expiration du délai en question à compter de la date de réception de la notification par le dépositaire.

3. La présente Convention demeure applicable aux cessions faisant l'objet d'un contrat de cession conclu avant la date à laquelle la dénonciation prend effet à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article premier, étant entendu que celles de ses dispositions qui traitent des droits et obligations du débiteur demeurent applicables uniquement aux cessions de créances découlant de contrats initiaux conclus avant la date à laquelle la dénonciation prend effet à l'égard de l'État visé au paragraphe 3 de l'article premier.

4. Si une créance est cédée en vertu d'un contrat de cession conclu avant la date à laquelle la dénonciation prend effet à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article premier, le droit du cessionnaire a priorité sur le droit d'un réclamant concurrent sur la créance de la même façon qu'il aurait la priorité en vertu de la loi qui déterminerait cette priorité en vertu de la présente Convention.

#### Article 47. *Révision et amendements*

1. À la demande d'un tiers au moins des États contractants à la présente Convention, le dépositaire convoque une conférence des États contractants ayant pour objet de réviser ou d'amender la présente Convention.

2. Tout instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion déposé après l'entrée en vigueur d'un amendement à la présente Convention sera réputé s'appliquer à la présente Convention telle qu'elle aura été amendée.

## ANNEXE DE LA CONVENTION

### SECTION I – REGLES DE PRIORITÉ FONDÉES SUR L'ENREGISTREMENT

#### Article premier. *Priorité entre plusieurs cessionnaires*

Entre des cessionnaires de la même créance provenant du même cédant, la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée est déterminée par l'ordre dans lequel les données relatives à la cession sont enregistrées conformément à la section II de la présente annexe, quelle que soit la date de transfert de la créance. Si aucune donnée n'a été enregistrée, la priorité est déterminée par l'ordre dans lequel les différents contrats de cession ont été conclus.

#### Article 2. *Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou des créanciers du cédant*

Le droit d'un cessionnaire sur une créance cédée a la priorité sur le droit d'un administrateur de l'insolvabilité et de créanciers qui acquièrent un droit sur la créance cédée par saisie, acte judiciaire ou acte analogue d'une autorité compétente créant un tel droit, si la créance a été cédée et si les données relatives à la cession ont été enregistrées conformément à la section II de la présente annexe, avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, la saisie, l'acte judiciaire ou un acte analogue d'une autorité compétente.

## SECTION II ENREGISTREMENT

### Article 3. *Création d'un système d'enregistrement*

Il sera créé, en vertu du règlement devant être promulgué par le conservateur du registre et l'autorité de supervision, un système d'enregistrement des données relatives aux cessions, même si la cession ou la créance concernée n'est pas internationale. Le règlement promulgué par le conservateur du registre et l'autorité de supervision en vertu de la présente annexe est conforme à cette dernière. Il prescrira dans le détail la manière dont le système d'enregistrement fonctionnera, ainsi que la procédure de règlement des litiges relatifs à ce fonctionnement.

### Article 4. *Enregistrement*

1. Toute personne peut enregistrer des données relatives à une cession dans le registre conformément à la présente annexe et au règlement. Comme prévu dans le règlement, les données enregistrées identifient le cédant et le cessionnaire et incluent une description succincte des créances cédées.

2. Un même enregistrement peut porter sur une ou plusieurs cessions effectuées par le cédant au cessionnaire d'une ou plusieurs créances existantes ou futures, que ces créances existent ou non au moment de l'enregistrement.

3. Un enregistrement peut être effectué avant la cession à laquelle il se rapporte. Le règlement établira la procédure d'annulation d'un enregistrement si la cession n'est pas effectuée.

4. L'enregistrement ou sa modification produit ses effets à compter du moment où les données visées au paragraphe 1 du présent article sont accessibles aux utilisateurs. La partie qui enregistre peut spécifier, parmi les options proposées dans le règlement, la période d'effet de l'enregistrement. En l'absence d'une telle spécification, un enregistrement produit ses effets pour une période de cinq ans.

5. Le règlement spécifiera la manière dont l'enregistrement peut être renouvelé, modifié ou annulé et régira toute autre question afférente au fonctionnement du système d'enregistrement.

6. Toute anomalie, irrégularité, omission ou erreur dans l'identification du cédant qui empêcherait une recherche faite à partir d'une identification correcte dudit cédant d'aboutir aux données enregistrées prive d'effet l'enregistrement.

### Article 5. *Recherches dans le registre*

1. Toute personne peut faire une recherche dans les fichiers du registre à partir de l'identification du cédant, conformément au règlement, et obtenir le résultat de cette recherche par écrit.

2. Le résultat écrit d'une recherche qui est censé émaner du registre est recevable à titre de preuve et, en l'absence de preuve contraire, atteste l'enregistrement des données sur lesquelles porte la recherche, notamment la date et l'heure de l'enregistrement.

## SECTION III – REGLES DE PRIORITÉ FONDÉES SUR LA DATE DU CONTRAT DE CESSION

### Article 6. *Priorité entre plusieurs cessionnaires*

Entre des cessionnaires de la même créance provenant du même cédant, la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée est déterminée par l'ordre dans lequel les différents contrats de cession ont été conclus.

### Article 7. *Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou des créanciers du cédant*

Le droit d'un cessionnaire sur une créance cédée a la priorité sur le droit d'un administrateur de l'insolvabilité et de créanciers qui acquièrent un droit sur la créance cédée par saisie, acte judiciaire ou acte analogue d'une autorité compétente créant ce droit, si la créance a été cédée avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, la saisie, l'acte judiciaire ou un acte analogue d'une autorité compétente.

### Article 8. *Preuve de la date du contrat de cession*

Pour ce qui est des articles 6 et 7 de la présente annexe, la date de la conclusion d'un contrat de cession peut être prouvée par tous moyens, y compris par témoins.

## SECTION IV – REGLES DE PRIORITÉ FONDÉES SUR LA DATE DE NOTIFICATION DE LA CESSION

### Article 9. *Priorité entre plusieurs cessionnaires*

Entre des cessionnaires de la même créance provenant du même cédant, la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée est déterminée par l'ordre dans lequel les notifications des différentes cessions ont été reçues par le débiteur. Cependant, un cessionnaire ne peut, en adressant une notification au débiteur, obtenir la priorité sur une cession antérieure dont il avait connaissance à la date de la conclusion du contrat de cession à son profit.

### Article 10. *Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou des créanciers du cédant*

Le droit d'un cessionnaire sur une créance cédée a la priorité sur le droit d'un administrateur de l'insolvabilité et de créanciers qui acquièrent un droit sur la créance cédée par saisie, acte judiciaire ou acte analogue d'une autorité compétente créant ce droit, si la créance a été cédée et la notification a été effectuée avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, la saisie, l'acte judiciaire ou un acte analogue d'une autorité compétente.

*FAIT À New York, ce 12<sup>e</sup> jour de décembre de l'an deux mille un, en un seul exemplaire original, dont les versions anglaise, arabe, chinoise, espagnole, française et russe font également foi.*

*EN FOI DE QUOI, les plénipotentiaires soussignés, à ce dûment autorisés par leur gouvernement respectif, ont signé la présente Convention.*