

**CONFÉRENCE POUR L'HARMONISATION DES LOIS AU CANADA
MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA**

Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international

Rapport d'avant mise en œuvre

J. Michel Deschamps & Catherine Walsh

Le 31 mars 2005

Convention des N.U. sur les créances : Rapport d'avant mise en œuvre

J. Michel Deschamps & Catherine Walsh¹

I. INTRODUCTION

A. Objectif de la Convention

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)² a été créée par l'Assemblée générale des Nations Unies pour faire avancer l'harmonisation, l'unification et la modernisation du droit commercial privé des membres des N.U. dans le but de faciliter le commerce international. L'objet de ce rapport est un récent produit de la CNUDCI : la *Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international* (2001)³. Adoptée par l'Assemblée générale et ouverte à la signature en décembre 2001⁴, la convention vise à éliminer les incertitudes existantes quant à l'efficacité juridique des opérations de financement internationales de créances par l'établissement d'une série de règles uniformes.

¹ J. Michel Deschamps est associé au bureau de Montréal de McCarthy, Tétrault. Catherine Walsh est professeure à la Faculté de droit de l'Université McGill (depuis 2001). Elle était auparavant un membre de la Faculté de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick (1998-2001). Les auteurs faisaient partie de la délégation canadienne du groupe de travail intergouvernemental chargé de développer la *Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international* qui fait l'objet du présent rapport. Kathryn Sabo, avocate-conseil de l'équipe du droit international privé du Ministère de la justice du Canada, était à la tête de la délégation.

² En plus des représentants de chacun des 60 pays membres de la Commission, on compte, au sein de la CNUDCI et de ses multiples Groupes de travail, des délégués d'autres pays membres des Nations Unies qui ont un statut d'observateur de même que des représentants d'autres institutions et associations qui ont un intérêt dans le sujet en cause. Le Canada est maintenant membre de la Commission bien qu'au moment de l'élaboration de la Convention sur les créances, il siégeait en alternance avec l'Australie et la Nouvelle-Zélande et participait au Groupe de travail en tant qu'observateur. La distinction entre le statut de membre et d'observateur est toutefois atténuée par le processus décisionnel par consensus de la CNUDCI.

³ Ci-après désigné « la Convention » ou « la Convention sur les créances ». Le texte de la Convention est reproduit en français et en anglais, respectivement, aux Annexes A et B de ce rapport. Le texte de la Convention est affiché sur le site web de la CNUDCI : www.uncitral.org. (résolutions l'Assemblée générale en 2001, 56^e session).

⁴ Résolution de l'AG 56/81 du 12 décembre 2001 (reproduite aux Annexes A et B). À ce jour, la Convention a recueilli trois signatures : Luxembourg (12 juin 2002), Madagascar (24 septembre 2003), États-Unis d'Amérique (30 décembre 2003). Pour des renseignements officiels à jour, visiter <http://untreaty.un.org>.

B. Termes de référence du rapport d'avant mise en œuvre

Pour que la Convention fasse partie du droit canadien, une loi de mise en œuvre s'harmonisant avec la répartition des pouvoirs de la Constitution canadienne, c'est-à-dire au niveau fédéral pour les questions de compétence fédérale, et au niveau provincial pour les questions de compétence provinciale, est bien entendu requise. Dans ce rapport d'avant mise en œuvre, le mandat des auteurs était le suivant :

1. à la lumière de la Convention, examiner les lois canadiennes, à savoir les lois de droit civil, de common law et les lois fédérales, et identifier où des changements seraient nécessaires ou souhaitables afin de mettre en œuvre la Convention;
2. énoncer, en fonction des lois canadiennes, les avantages et les inconvénients des options offertes par la Convention et formuler des recommandations quant à ces options; et
3. évaluer, dans la mesure du possible, les conséquences de la mise en œuvre de la Convention au Canada sur le droit canadien et les pratiques et faire des recommandations à cet égard.

C. Terminologie

La Convention définit le terme « cession » de manière large pour couvrir à la fois la vente inconditionnelle de créances de même que la cession ou la création de droits sur des créances à titre de garantie⁵. Le terme « cédant »⁶ désigne le créancier en vertu du « contrat initial »⁷ par lequel naît la créance cédée. Le terme « cessionnaire »⁸ désigne le nouveau créancier en vertu du contrat de cession, qui peut être soit un créancier garanti ou un acquéreur, dépendamment si la transaction est faite à titre de garantie ou est une vente. Le *débiteur* est la personne qui a contracté une obligation en vertu du contrat initial⁹. Le terme *créance* signifie tout droit contractuel du cédant au paiement d'une somme d'argent¹⁰.

Les auteurs utilisent la terminologie de la Convention tout au long de ce rapport. Ainsi, sauf indication contraire, le terme *cession* dénote une cession prenant la forme d'une garantie ou d'une vente. Ce terme désigne donc à la fois une cession et une hypothèque dans le langage employé au Québec, et une cession et une sûreté dans le langage des autres provinces et des territoires. De la même manière, le terme

⁵ Art. 2 a)

⁶ *Ibid.*

⁷ Art. 5 a)

⁸ Art. 2 a)

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.* Entre le cédant et le cessionnaire, des droits non pécuniaires pouvant être convertis en une somme monétaire, incluant des droits sur des biens meubles restitués, sont aussi couverts par la Convention, à condition toutefois qu'ils tiennent lieu de paiement au titre de la créance cédée. Voir art. 14(1)(a)-(b).

cédant désigne à la fois le vendeur des créances et la personne qui constitue une sûreté sur des créances, le terme *cessionnaire* désigne à la fois l'acheteur de créances et la personne qui détient une sûreté sur des créances et le terme *débiteur* désigne la personne obligée envers le cédant à l'égard d'une créance cédée. Enfin, le terme *créance* s'entend de ce que l'on désignerait comme une « créance pécuniaire » en vertu du Code et un « compte » dans le langage des autres provinces et territoires.

D. Cadre juridique canadien régissant la cession des créances

Au Canada, le cadre juridique du financement des créances se rattache à la notion de « propriété et de droit civils », et relève donc de l'autorité exclusive des provinces conformément à l'article 16 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, le Parlement canadien dispose de pouvoirs restreints pour légiférer sur des matières accessoires à sa compétence législative. Ainsi, la *Loi sur la gestion des finances publiques* restreint la cession des créances de la Couronne fédérale¹¹, tandis que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*¹² rend sans effet une cession de salaires ou d'honoraires professionnels quant aux revenus gagnés après la faillite du cédant¹³, de même qu'une cession générale de créances non recouvrées au moment de la faillite, à moins, dans le dernier scénario, que la cession ne soit enregistrée conformément à la loi provinciale¹⁴. L'application de ces dispositions n'est pas affectée par la Convention¹⁵. Néanmoins, une loi fédérale de mise en œuvre est requise étant donné l'existence d'une compétence législative fédérale sur les matières dont traite la Convention.

Dans les provinces de common law et dans les trois territoires, la *Loi sur les sûretés mobilières (LSM)*¹⁶ régit la constitution, les conflits de lois, l'opposabilité ainsi que la priorité des cessions de créances qui sont

¹¹ *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.1985, ch. F-11, art. 67

¹² *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R. (1985), ch. B-3

¹³ *Ibid*, art. 68.1

¹⁴ *Ibid*. art. 94

¹⁵ L'article 8(3) de la Convention prévoit que celle-ci n'a pas d'incidences sur toute limitation prévue par la loi au droit d'effectuer une cession.

¹⁶ Selon l'ordre de mise en œuvre, voir : Ontario, 1976 (L.O. 1967, ch. 73, en vigueur le 1^{er} avril 1976, remplacée par L.O. 1989, ch. 16, en vigueur le 10 oct. 1989); Manitoba, 1978 (L.M. 1973, ch. 5, en vigueur le 1^{er} sep. 1998, voir maintenant C.P.L.M. 1987, chap. P.35); Saskatchewan, 1981 (SS 1979-80, ch. P-6.1, en vigueur le 1^{er} mai 1981, remplacée par SS 1993, ch. P-6.2, en vigueur le 1^{er} avril 1995); Territoire du Yukon (OTY 1980, ch. 20, 2^e session, en vigueur le 1^{er} juin 1982, voir maintenant L.R.Y. 1986, ch. 130); Alberta (SA 1988, ch. P-4.05, en vigueur le 1^{er} oct. 1990); Colombie-Britannique (SBC 1989, ch. 36, en vigueur le 1^{er} oct. 1990); Nouveau-Brunswick, 1995 (L.N.-B. 1993, ch. P-7.1, en vigueur le 18 avril 1995); Nouvelle-Écosse, 1997 (SNS 1995-96, ch. 13, en vigueur le 3 nov. 1997); Île-du-Prince-Édouard, 1998 (SPEI 1997, ch. 33, en vigueur le 27 avril 1998); Terre-Neuve, 1999 (SN 1998, ch. P-7.1, en vigueur le 13 déc. 1999); Territoires du Nord-Ouest (L.T.N.-O. 1994, ch. 8, en vigueur le 7 mai 2001); Nunavut (Lois codifiées du Nunavut, en vigueur le 7 mai 2001). Tout au long de ce rapport, pour les fins de la citation des diverses versions provinciales et territoriales de la *LSM*, les auteurs utilisent A pour l'Alberta, CB pour la Colombie-Britannique, M pour le Manitoba, NB pour le Nouveau-Brunswick, TN pour Terre-Neuve et le Labrador, TNO pour les Territoires du Nord-Ouest, Nu pour le Nunavut, NÉ pour la Nouvelle-Écosse, O pour l'Ontario, ÎPÉ pour l'Île-du-Prince-Édouard, S pour la Saskatchewan, et Y pour le Territoire du Yukon.

des sûretés ou des ventes¹⁷. La *LSM* codifie également et, jusqu'à un certain point, modifie les règles de common law régissant les rapports entre le cessionnaire et le débiteur d'une créance¹⁸. Ces dispositions sont clarifiées et complétées par la common law (y compris les principes d'*equity*) ainsi que par la législation établie de longue date qui reconnaît l'effet pratique en droit d'une « cession en *equity* »¹⁹.

Le Code civil constitue au Québec la source première du droit applicable²⁰. Les cessions en garantie (hypothèques sur créances) sont traitées au Livre sixième, Titre deuxième²¹; les cessions de créances par vente (les cessions au sens strict du Code) sont traitées au Livre cinquième, Titre premier, Chapitre septième, Section I²². Ces dispositions sont clarifiées et complétées par les dispositions générales du Code sur les biens, les obligations contractuelles et la compensation.

E. Structure du rapport

La partie II de ce rapport donne une vue d'ensemble du champ d'application de la Convention.

Sauf pour les questions faisant l'objet de la partie IV, la partie III compare les dispositions de la Convention à celles des lois des provinces et territoires canadiens. Malgré des différences mineures, les auteurs ont conclu qu'il n'y avait aucun risque réel de conflits importants, et par conséquent, ils ne recommandent aucune modification à ces lois pour les questions traitées dans cette partie.

La partie IV met l'emphase sur ce que les auteurs considèrent comme étant les deux questions les plus importantes dont traite la Convention. La première est l'efficacité de la clause d'incessibilité, à savoir une clause du contrat initial entre le cédant et le débiteur et qui vise à interdire ou à limiter la cessibilité des créances issues du contrat (et de toute sûreté accessoire). La seconde est la règle du choix de la loi pour la priorité. Les auteurs terminent leur examen de ces deux questions en formulant des recommandations pour des modifications au Code civil et à la *LSM* afin de les harmoniser avec la Convention (et ce qui est tout aussi important, les harmoniser entre eux).

La partie V examine les dispositions optionnelles de la Convention : la « mini-convention » sur les conflits de lois ainsi que l'Annexe sur les règles de priorité de fond. Les auteurs terminent leur analyse en

¹⁷ En vertu de la *LSM*, une vente de comptes ou d'actes mobiliers est réputée constituer une sûreté étant assujettie aux mêmes règles de constitution, de conflits de lois, d'opposabilité et de priorité que celles qui s'appliquent à de véritables sûretés sur ces types de biens. Voir *LSM* (A, M, NB, ÎPÉ, S) par. 3(2); (TN, NÉ), par. 4(2); (TNO, Nu) par. 2(2); CB art.3. Voir aussi la définition de « sûreté » [security interest]: *LSM* (A, CB, TNO, N, O, Y) par.1(1); (M, NB, ÎPÉ) art.1; (TN, NÉ) art.2; S par. 2(1).

¹⁸ *LSM* (A, CB, M, NB; TNO, Nu, ÎPÉ, S) art. 41; (TN, NÉ) art.42; O art. 40; Y art.39.

¹⁹ Voir p. ex. *Judicature Act*, R.S.A. 2000, ch. J-2, art. 20; *Law and Equity Act*, R.S.B.C. art.32. Loi sur les actes translatifs de propriété et le droit des biens, L.R.O. 1990, c. C. 34, art. 53.

²⁰ L.Q., 1991, ch. 64, en vigueur le 1^{er} jan. 1994.

²¹ Voir en particulier les articles 2710 à 2713 et 2743 à 2747 du C.c.Q.

²² Voir en particulier les articles 1637 à 1646 du C.c.Q.

recommandant que le Canada n'exerce pas le droit de refus d'adhérer à la mini-Convention mais l'exerce quant à l'Annexe.

La partie VI se termine par des recommandations générales appuyant la promulgation d'une législation de mise en oeuvre aux niveaux provincial, fédéral et des territoires, ainsi que la promulgation des modifications complémentaires au Code civil et à la *LSM* exposées à la partie IV du rapport.

II. CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

A. L'exigence d'*internationalité*

Sont assujetties à la Convention la cession de créances internationales et la cession internationale de créances²³. Une cession est dite *cession de créances internationales* si, à la date de la conclusion du contrat initial, le cédant et le débiteur se trouvent dans des États différents²⁴. Une cession est dite *cession internationale de créances* si, à la date de la conclusion du contrat de cession, le cédant et le cessionnaire se trouvent dans des États différents²⁵.

Le critère d'internationalité ne signifie pas que la Convention n'aurait pas d'effets sur des cessionnaires dans le contexte d'une cession de créances purement canadienne. Premièrement, le champ d'application de la Convention s'étend aux cessions subséquentes d'une même créance, dans les cas où les cessions subséquentes ne respectent pas elles-mêmes le critère d'internationalité, pourvu qu'une cession antérieure régie par la Convention soit présente dans la chaîne²⁶. Il en va de même pour des cessions antérieures qui ne respectent pas elles-mêmes le critère d'internationalité, à condition qu'une cession subséquentes de la même créance le respecte²⁷. Deuxièmement, la règle du choix de la loi régissant la priorité édictée par la Convention²⁸ s'applique à tout litige entre un cessionnaire en vertu d'une cession régie par la Convention, et un *réclamant concurrent*, terme qui est défini comme incluant un autre cessionnaire de la même créance provenant du même cédant même si la cession en vertu de laquelle le cessionnaire concurrent revendique un droit ne respecte pas elle-même le critère d'internationalité²⁹.

²³ Art. 1(1).

²⁴ Art. 3.

²⁵ Art. 3.

²⁶ Art. 1(1) *b*).

²⁷ Art. 1(2)

²⁸ Art. 22

²⁹ Art. 5 *m*) *i*).

C. Portée territoriale

Si une cession de créances respecte les critères mentionnés précédemment, l'application de la Convention sera déclenchée si le cédant est situé dans un État contractant³⁰. Toutefois, dans le but de protéger les droits du débiteur en vertu du contrat initial, les dispositions de la Convention qui ont une incidence sur les droits et obligations du débiteur ne s'appliquent pas, à moins que ce dernier ne soit aussi situé dans un État contractant, ou que la loi régissant le contrat initial entre le cédant et le débiteur soit la loi d'un État contractant³¹.

D. Exclusions et limitations

Bien que la Convention couvre la plupart des créances issues d'obligations contractuelles, les cessions effectuées à un particulier pour ses besoins de consommation personnels sont exclues³², de même que les cessions effectuées dans le cadre de la vente ou de l'aliénation de l'entreprise qui a donné naissance à ces créances ou dans le cadre de la modification du statut juridique de celle-ci³³. La Convention exclut également les créances pouvant être qualifiées de « créances financières », en particulier les créances résultant de dépôts bancaires, de lettres de crédit ou de garanties indépendantes, d'opérations de change, de contrats de change ou de swaps et de la vente de valeurs mobilières détenues indirectement³⁴. Dans certains systèmes juridiques, incluant les États-Unis, ces opérations sont assujetties à des règles spéciales qui diffèrent de celles qui s'appliquent aux créances commerciales ordinaires, particulièrement en ce qui a trait à l'efficacité des clauses « d'incessibilité » et au choix de la loi régissant la priorité.

Dans plusieurs cas, la Convention s'en remet à la loi autrement applicable dans la mesure où cette dernière confère des droits différents ou supérieurs. Ainsi, la Convention s'applique à la cession de créances dues par des consommateurs (par exemple, les créances de cartes de crédit) mais ne prime pas la loi sur la protection du consommateur qui serait autrement applicable, dans la mesure où elle protège les droits et obligations du cédant et du débiteur (par exemple, les dispositions qui restreignent l'efficacité de la renonciation du débiteur à ses moyens de défense et à ses droits de compensation en vertu du contrat original³⁵)³⁶. De façon similaire, alors que la Convention s'applique à la cession des créances provenant d'instruments négociables, elle ne porte pas atteinte ou n'a pas autrement d'incidences sur les droits et obligations d'une personne en vertu de toute autre loi applicable régissant les instruments négociables (par

³⁰ Art. 1(1) a).

³¹ Art. 1(3). Ce critère d'applicabilité va de pair avec la règle que l'on retrouve à l'article 29 de la Convention voulant que les droits et obligations du cessionnaire et du débiteur entre eux sont régis par la loi qui régit la relation entre le cédant et le débiteur.

³² Art. 4(1) a).

³³ Art. 4(1) b).

³⁴ Art. 4(2).

³⁵ Voir par ex. la *Law of Property Act*, R.S.A. 2000, c. L-7, s. 52(2)

³⁶ Art. 4(4).

exemple, la protection octroyée à un détenteur régulier)³⁷. Une règle semblable s'applique aux cessions de créances liées à des immeubles³⁸. Enfin, la Convention n'affecte pas les restrictions prévues par la loi (par opposition aux restrictions de nature contractuelle) quant à la cessibilité des créances (par exemple des restrictions quant à la cessibilité des salaires³⁹ et des dettes de la Couronne⁴⁰).⁴¹

III. VUE D'ENSEMBLE COMPARATIVE

A. Cession de créances multiples et futures et fractions de créances

Le Code civil⁴² et la *LSM*⁴³ reconnaissent l'efficacité d'une cession d'une multiplicité de créances, de créances futures ou de portions de créances, et ce au moyen d'un seul acte de cession. La Convention reprend ce principe⁴⁴. L'article pertinent est rédigé en utilisant une formulation négative : une cession n'est pas dépourvue d'effets entre les parties et ne peut être privée de son rang de priorité à l'encontre du débiteur ou d'un réclamant concurrent uniquement au motif qu'il s'agit de la cession de plus d'une créances, de créances futures ou de fractions de créances. Ce style de rédaction est utilisé dans le but de maintenir toutes les exigences imposées à un cédant par les lois autrement applicables qui exigent que des formalités additionnelles soient remplies afin que la cession soit opposable aux réclamants concurrents. En règle générale, la publication est une condition préalable pour que la cession soit opposable à des tiers en vertu du Code civil⁴⁵. De manière semblable, la *LSM* exige qu'une cession soit rendue opposable (*perfected*) afin qu'elle

³⁷ Art. 4(3).

³⁸ Art. 4(5).

³⁹ Voir par ex. *Assignment of Wages Act*, S.S. 1998, ch. C-45, art. 3.

⁴⁰ *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, ch. F-11, art. 67. *Financial Administration Act*, S.A., ch. F-12, art. 94.

⁴¹ Art. 8(3).

⁴² Art. 1637, al. 1, art. 1642, 2666 et 2670 du C.c.Q.

⁴³ *LSM* (A, CB, NB, Nu, TNO, ÎPÉ, S) par. 13(1); (TN, N) par. 14(1); O par. 12(1); Y par. 11(3). La *LSM* ne traite pas spécifiquement de la cessibilité de fractions de créances mais leur cessibilité est toutefois établie par la jurisprudence : voir par ex. *Re Paddle River Construction Ltd.* (1961), 35 W.W.R. 605 (1^{ère} inst. Alberta).

⁴⁴ Art. 8(1) et 2.

⁴⁵ Articles 1642 et 2663 du C.c.Q. Le Code civil crée une exception à l'exigence de la publicité dans le cas d'une cession pure et simple (par opposition à une hypothèque) de créances déterminées. Une telle cession est opposable non seulement au débiteur mais aussi aux tiers, dès que le débiteur y a acquiescé ou qu'il a reçu un avis de la cession: art. 1641 C.c.Q. Il faut noter, toutefois, que la Cour suprême du Canada a décidé qu'une hypothèque portant sur une créance non représentée par un titre négociable peut être publiée par dépossession (par opposition à une publication par inscription) pourvu que le constituant de l'hypothèque cède la maîtrise effective de la créance au titulaire de l'hypothèque en consentant à celui-ci le droit de la percevoir directement en cas de défaut et pourvu que l'hypothèque ait été rendue opposable au débiteur (voir *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*), [2003] 1 R.C.S. 666. Comme la Cour l'a observé, pour qu'une hypothèque portant sur une créance soit opposable au débiteur, il suffit que le débiteur acquiesce à l'hypothèque, ou qu'il reçoive une copie ou un extrait pertinent ou une autre preuve de l'hypothèque (voir les articles 2710, paragraphe 2, et 1641). L'effet de cette décision est donc d'éliminer en pratique toute distinction entre les exigences d'opposabilité aux tiers applicables à des cessions pures et simples et à des hypothèques de créances déterminées.

puisse prendre effet à l'encontre de la plupart des catégories de tierces parties⁴⁶. Ces règles sont préservées pour autant que le Code civil et la *LSM* constituent la loi applicable à la priorité du cessionnaire en vertu de l'article de la Convention déterminant quelle sera cette loi⁴⁷.

B. Droits et obligations réciproques du cédant ou du cessionnaire

En vertu du Code civil et de la *LSM*, le principe général de la liberté contractuelle s'applique aux parties à un contrat de cession⁴⁸. Bien que la Convention adopte le même principe⁴⁹, elle va plus loin et stipule que certains usages et déclarations font partie du contrat intervenu entre le cédant et le cessionnaire en l'absence d'une entente contraire. Notamment :

- Les parties sont réputées « s'être tacitement référées 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 »⁵⁰
- Il est stipulé que le cédant garantit qu'il a le droit de céder la créance, qu'il n'a pas déjà cédé la créance à un autre cessionnaire, et que le débiteur ne peut ni ne pourra invoquer aucune exception ni aucun droit à compensation⁵¹.
- Le cédant ne garantit pas que le débiteur peut ou pourra payer⁵².

Les lois du Québec et des autres provinces et territoires n'établissent pas formellement une liste équivalente de clauses implicites⁵³. Toutefois, les auteurs sont d'avis que ces dernières reflètent des attentes commerciales raisonnables; Dans tous les cas, les parties demeurent libres d'établir des modalités contraires si elles désirent le faire dans un cas particulier.

La Convention reconnaît également que le cessionnaire est fondé, à l'encontre du cédant, à conserver le produit⁵⁴ d'une créance perçue du débiteur⁵⁵, et est aussi fondé à réclamer et conserver le produit d'un

⁴⁶ *LSM* (A, CB, M, NB, TNO, N, O, ÎPÉ, S) art. 18; (TN, NÉ) art. 20; Y art. 18. En outre, une cession rendue opposable a priorité sur une cession non opposable: *LSM* (A, CB, M, NB, TNO, Nu, ÎPÉ, S), par. 35(1); (NÉ, TN) par. 36(1), O par. 30(1); Y, par. 34(1).

⁴⁷ Art. 22.

⁴⁸ *LSM* (A, CB, M, NB, ON, ÎPÉ, Nu, TNO, S) art. 9; (TN, NÉ) art.10. La *LSM* du Yukon ne comporte pas de disposition équivalente mais le même principe découle du droit général des contrats. La même situation s'applique pour le Code civil: voir les articles 1385 et 1386.

⁴⁹ Art. 11(1) et (2).

⁵⁰ Art. 11(3).

⁵¹ Art. 12(1).

⁵² Art. 12(2).

⁵³ Notons cependant qu'en vertu de l'art. 1640 du Code civil le cédant qui « répond, par une simple clause de garantie, de la solvabilité du débiteur ne répond de cette solvabilité qu'au moment de la cession et qu'à concurrence du prix qu'il a reçu. » De plus, conformément à l'article 1639 du Code, le cédant est réputé garantir que la créance « existe et qu'elle lui est due même si la cession est faite sans garantie, à moins que le cessionnaire ne l'ait acquise à ses risques et périls ou qu'il n'ait connu, lors de la cession, le caractère incertain de la créance. »

⁵⁴ L'article 5 j) de la Convention définit le produit comme suit : « 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 ».

paiement fait au cédant⁵⁶ ou à une autre personne (par ex. un cessionnaire concurrent) sur laquelle le cessionnaire a priorité en vertu de la loi applicable⁵⁷. Le droit du cessionnaire est limité à la valeur de son droit sur la créance (une réserve pertinente dans le contexte de la cession à titre de sûreté)⁵⁸ et est subordonné à toute entente contraire des parties. Ces règles sont compatibles avec le cadre juridique général régissant les cessions au Québec⁵⁹ et dans les provinces de common law et dans les territoires.

La question de savoir si un cessionnaire peut réclamer ou conserver le produit d'une créance à l'encontre d'un réclamant concurrent est régie non pas par la Convention, mais plutôt par la loi applicable aux priorités, déterminée par la règle de conflit de lois de la Convention⁶⁰. Il en est de même quant à savoir si les droits du cessionnaire au produit de la créance sont des droits réels ou personnels dans la mesure où cette qualification peut être importante pour déterminer la priorité du cessionnaire (par. ex. dans le cas de l'insolvabilité du cédant)⁶¹.

C. Maintien des exceptions et des droits à la compensation du débiteur

La Convention confirme le principe largement accepté qu'une cession, en l'absence du consentement du débiteur, n'affecte pas les droits et obligations du débiteur, y compris les conditions de paiement stipulées au contrat initial, à moins que la loi ne le prévoie expressément⁶². Ce principe est retenu dans le Code civil⁶³ et est bien établi dans la législation et la jurisprudence des autres provinces et territoires.⁶⁴

L'application de ce principe général nécessite une élaboration en ce qui concerne les moyens de défense et les droits à la compensation que le débiteur peut invoquer à l'encontre du cessionnaire. La Convention stipule que le débiteur peut opposer au cessionnaire « 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

⁵⁵ Art. 14(1) a).

⁵⁶ Art. 14(1) b).

⁵⁷ Art. 14(1) c). Sur la question du choix de la loi pour les priorités, voir l'article 22.

⁵⁸ Art. 14(2).

⁵⁹ Pour ce qui est des cessions de sûretés, voir notamment les articles 2743 à 2747 du C.c.Q.

⁶⁰ À moins que le produit lui-même prenne la forme de créances et devienne ainsi assujéti à l'article 22, la Convention ne fournit aucune directive quant au choix de la loi pertinente applicable. Ceci dépendra des règles de conflit de lois du for régissant le type particulier de produit.

⁶¹ L'article 5(g) de la Convention définit « priorité » comme « 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 ».

⁶² Art. 15(1).

⁶³ Art. 1637, al. 2 du C.c.Q.

⁶⁴ Le principe selon lequel le cessionnaire prend la place du cédant et est assujéti aux « *equities* » entre le cédant et le débiteur est codifié dans la législation pour ce qui est des cessions en *common law* (voir la *Judicature Act*, R.S.A.2000, c. J-2, s. 20; la *Law and Equity Act*, R.S.B.C. s. 32, la *Loi sur les actes translatifs de propriété et le droit des biens*, L.R.O. 1990, c. C. 34, article 53). La jurisprudence confirme, toutefois, que le même principe s'applique aux cessions en *equity* : voir par exemple *Best c. Beatty* (1920), 61 R.C.S. 576 (CSC); *Royal Bank c. Schaffner* (1909), 44 N.S.R. 89 (C.A.).

qu'il pourrait invoquer comme si la cession n'avait pas eu lieu et si la demande était formée par le cédant »⁶⁵. A l'égard des droits à la compensation qui ne sont pas reliés à la transaction initiale, l'approche est différente : le débiteur peut opposer tout autre droit à la compensation qui n'est pas relié à la transaction ou au contrat initial à condition qu'il ait pu invoquer ce droit au moment où il a reçu notification de la cession⁶⁶.

Bien que les règles soient formulées de façon quelque peu différente, le Code civil donnera habituellement le même résultat que la Convention⁶⁷. C'est aussi le cas pour la *LSM* avec possiblement une réserve quant aux versions non ontariennes⁶⁸. Alors que la Convention, le Code civil et la *LSM* de l'Ontario prévoient que les droits du débiteur à la compensation à l'égard de transactions qui ne sont pas liées à la transaction initiale prennent fin uniquement lors de la réception d'un avis formel de la cession, la connaissance de la cession par le débiteur est suffisante pour remplacer un tel avis en vertu des versions non ontariennes de la *LSM*⁶⁹.

D. L'efficacité de la renonciation aux exceptions et aux droits de compensation par le débiteur

La Convention sanctionne l'efficacité d'une entente entre le débiteur et le cédant par laquelle le débiteur renonce à opposer à un cessionnaire les exceptions et droits à la compensation qu'il pourrait invoquer contre le cédant, à condition que l'entente soit par écrit et signée par le débiteur⁷⁰. Il est expressément stipulé que le débiteur ne peut renoncer à invoquer deux types d'exceptions: les exceptions découlant de manœuvres frauduleuses de la part du cessionnaire ainsi que les exceptions fondées sur son incapacité⁷¹.

La politique de la Convention sur cette question est compatible avec la position canadienne. Le Code civil empêche un débiteur qui « acquiesce purement et simplement » à la cession d'opposer au cessionnaire des droits à la compensation qu'il aurait pu opposer au cédant avant son acquiescement⁷². La *LSM* dit que les droits du débiteur d'un compte peuvent être modifiés par une « convention opposable » par laquelle ce dernier renonce à faire valoir les moyens de défense ou les réclamations découlant d'un contrat⁷³. Même si la *LSM* ne définit pas ce qui constitue une « convention opposable » pour cette fin, les ententes sur la renonciation aux exceptions ont été rendues inopérantes par les lois visant la protection des

⁶⁵ Art. 18(1).

⁶⁶ Art. 18(2).

⁶⁷ Art. 1637, 1641 al. 1, 1680 al. 2 du C.c.Q.

⁶⁸ *LSM* (A, CB, M, NB, TNO, Nu, ÎPÉ, S) par. 41(2); (TN, NÉ) par. 42(2); O par.40(1); Y par. 39(1).

⁶⁹ Alors que les versions non ontariennes de la *LSM* maintiennent les exceptions et les réclamations non liées à la transaction initiale qui existaient avant que le débiteur ne « prenne connaissance » de la cession, la loi ontarienne prévoit que le moment pertinent est celui de la réception d'un avis écrit de la cession : *LSM* (A, CB, M, NB, TNO, Nu, ÎPÉ, S) par. 41(2); (TN, NÉ) par. 42(2); par.40(1); Y par. 39(1).

⁷⁰ Art. 19(1).

⁷¹ Art. 19(2).

⁷² Art. 1680 du C.c.Q.

⁷³ *LSM* (A, CB, M, NB, TNO, Nu, ÎPÉ, S) par. 41(2); (TN,NÉ) par. 42(2); O par. 40(1); Y par. 39(1).

consommateurs⁷⁴. De telles restrictions se seraient pas affectées par la mise en œuvre de la Convention étant donné qu'elle maintient l'application continue de la législation en matière de protection du consommateur⁷⁵. En ce qui concerne la *common law*, la jurisprudence établit qu'une renonciation ne lie pas le débiteur si elle est viciée en raison d'une fraude⁷⁶ ou si le cédant n'avait pas le pouvoir de poursuivre le débiteur relativement à la créance cédée⁷⁷. Comme cela est noté dans le paragraphe précédent, la Convention maintient expressément ces deux moyens de défense.

E. Modification du contrat initial après notification

La Convention traite de l'efficacité, à l'encontre du cessionnaire, d'une convention conclue entre le cédant et le débiteur qui modifie leur contrat initial de façon à affecter les droits du cessionnaire. Une modification conclue avant que le débiteur reçoive la notification de la cession produit effet à l'égard du cessionnaire, qui acquiert alors les droits correspondants⁷⁸. Après notification, une modification qui a des incidences sur les droits du cessionnaire est sans effet sauf: a) si le cessionnaire y consent; b) si la créance n'est pas encore acquise en totalité du fait de l'exécution incomplète du contrat initial et la modification était prévue dans ledit contrat, ou si un cessionnaire raisonnable y consentirait⁷⁹.

La règle de la Convention sur cette question va de pair avec l'approche de la *LSM*. En *common law* il apparaît qu'une modification du contrat après notification ne lie pas le cessionnaire. Dans le but de conserver une marge de manœuvre au cédant lorsque le contrat initial demeure en cours d'exécution, la rigidité de cette règle a été modifiée par la *LSM* afin qu'une « modification ou une substitution » du contrat initial produise ses effets à l'encontre d'un cessionnaire, malgré la notification, à condition qu'elle soit faite de bonne foi, en conformité avec des normes commerciales raisonnables et sans conséquence préjudiciable importante sur les droits du cessionnaire aux termes du contrat ou sur la capacité du cédant d'exécuter le contrat⁸⁰. Si ces conditions sont remplies, les auteurs sont d'avis qu'un « cessionnaire raisonnable consentirait à la modification » de façon à rendre la modification opérante à l'encontre du cessionnaire conformément à la formulation utilisée dans la Convention.

La Convention préserve les droits du cessionnaire à l'encontre du cédant pour la violation d'une convention conclue entre eux par laquelle le cédant s'engageait à ne pas modifier le contrat initial avec le

⁷⁴ Voir par ex. *Law of Property Act*, R.S.A. 2000, ch. L-7, par. 52(2).

⁷⁵ L'article 4(4) est ainsi conçu : « 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 ».

⁷⁶ *Hamilton c. Railton*, [1925] 3 D.L.R. 1090 (Sask. C.A.).

⁷⁷ *Arbutus Garden Homes Ltd. c. Arbutus Garden Apartments Corp.*, [1996] 7 W.W.R. 338 (B.C.S.C.); *supplémenté* (1996), 4 C.P.C. (4th) 238 (B.C.S.C.)

⁷⁸ Art. 20(1).

⁷⁹ Art. 20(2).

⁸⁰ *LSM* (CB, M, NB, TNO, Nu, ÎPÉ, S) par. 41(3) et 41(4); A, par. 41(3); (TN, NÉ) par. 42(3) et (4); O par. 40(3); Y par. 39(2).

débiteur, même si une telle modification devient opérante entre le cessionnaire et le débiteur en vertu des dispositions décrites précédemment⁸¹. La *LSM* préserve de façon semblable les droits du cessionnaire de réclamer des dommages contre le cédant pour la violation de l'engagement du cédant de ne pas modifier le contrat avec le débiteur⁸².

Le Code civil n'aborde pas spécifiquement cette question mais la règle de la Convention est compatible avec le cadre juridique général régissant les cessions⁸³.

F. Droit de notifier la cession et de donner des instructions de paiement au débiteur

Il arrive à l'occasion qu'un cessionnaire désire notifier une cession dans le but de faire échec au droit du débiteur de procéder à la compensation à l'égard de réclamations non liées à la transaction initiale ou de modifier le contrat initial, mais sans vouloir empêcher le débiteur de continuer à faire ses paiements au cédant. Cette pratique se reflète dans la distinction faite dans la Convention entre une notification de la cession et des instructions de paiement.

En vertu de la Convention, le cédant et le cessionnaire ont tous les deux le droit d'envoyer au débiteur une notification de la cession et de lui émettre des instructions de paiement⁸⁴. Toutefois, une fois la notification envoyée, seul le cessionnaire peut émettre des instructions de paiement⁸⁵.

Le cédant et le cessionnaire peuvent convenir d'autre chose, et la Convention préserve la responsabilité personnelle de la partie ayant violé cette entente à raison du dommage qui en résulte pour l'autre partie⁸⁶. Toutefois, la notification demeure valide à l'encontre du débiteur⁸⁷.

Les règles de la Convention traitant de cette question sont compatibles avec le cadre juridique général des cessions au Québec et dans les autres provinces et territoires.

G. Forme de la notification de la cession ou des instructions de paiement

En vertu de la Convention, une notification de cession ou des instructions de paiement au débiteur doivent prendre la forme d'une communication par écrit qui « identifie suffisamment les créances cédées et le cessionnaire »⁸⁸. Elles produisent leur effets uniquement lorsqu'elles sont reçues par le débiteur et seulement

⁸¹ Art. 20(3).

⁸² *LSM* (CB, M, NB, TNO, Nu, ÎPÉ, S) par. 41(6); A par. 41(4); (TN, NÉ) par. 42(3) et (4); O par. 40(3); Y par. 39(2).

⁸³ Dans le cas de la cession d'une sûreté, l'article 2733 du C.c.Q. donnerait le même résultat que la Convention.

⁸⁴ Art. 13(1).

⁸⁵ Art. 17.

⁸⁶ Art. 13(2).

⁸⁷ Art. 17.

⁸⁸ Art. 5 *d*). Cependant, comme nous l'avons déjà noté, les *LSM* non ontariennes ne sont pas claires sur la question de savoir s'il faut la signification d'un avis formel pour mettre fin au droit du débiteur de faire valoir des moyens de défense et des demandes sans rapport avec le contrat initial. Alors que la *LSM* ontarienne maintient ces moyens de

si elles sont formulées dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à celui-ci d'en comprendre le contenu⁸⁹. Afin d'éliminer tout doute, une communication envoyée dans la langue du contrat initial est présumée suffisante pour ce qui est de se conformer à ces exigences.

D'une façon compatible avec la Convention, la *LSM* exige l'envoi d'une notification formelle de la cession qui identifie les créances cédées⁹⁰. Le Code civil prévoit de façon semblable que la notification de la cession au débiteur doit être accompagnée d'une « copie ou un extrait pertinent de l'acte de cession » ou, encore, d'une autre « preuve de la cession »⁹¹.

H. Effet de la notification sur les droits du débiteur au paiement libératoire

La Convention reprend le principe largement accepté voulant qu'avant la notification d'une cession, le débiteur soit fondé à effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial, mais que lorsqu'il a reçu la notification, le débiteur puisse effectuer un paiement libératoire uniquement au cessionnaire, sauf si « d'autres instructions de paiement lui sont données »⁹². La *LSM* codifie essentiellement la même règle⁹³. Bien que la formulation soit différente dans le Code civil, le résultat est généralement le même⁹⁴, à une réserve près. Le Code permet au débiteur d'opposer à l'encontre du cessionnaire « le paiement que lui-même ou sa caution a fait de bonne foi au créancier apparent », même après la notification de la cession⁹⁵. Bien que la Convention ne prévoise pas de droit équivalent, elle octroie au débiteur le droit d'exiger d'un cessionnaire putatif de lui fournir une preuve suffisante de la cession à l'intérieur d'un délai raisonnable suivant la réception de l'avis, faute de quoi le débiteur est libéré en payant le cessionnaire⁹⁶.

Dans les cas où le débiteur reçoit notification de la cession d'une partie seulement d'une créance, la Convention dispense le débiteur du fardeau d'avoir à répartir son paiement entre le cédant et le cessionnaire, ou entre plusieurs cessionnaires de différentes fractions de la créance. Le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification ou conformément à la Convention comme s'il n'avait pas reçu de

défense et demandes qui ont pris naissance avant que le débiteur reçoive avis de la cession, les versions non ontariennes de la *LSM* ne mentionnent que la « connaissance » de la cession par le débiteur: *LSM* (A, CB, M, NB, TNW, Nu, ÎPÉ, S) para. 41(2); (TN, NÉ) para. 42(2); O para 40(1); Y para. 39(1).

⁸⁹ Art. 16.

⁹⁰ *LSM* (CB, M, NB, TNO, Nu, ÎPÉ, S) par. 41(7) et (8); A par. 41(5); (TN, NÉ) par. 42(7); O par. 40(2); Y par. 39(4).

⁹¹ Art. 1641, alinéa 1 du C.c.Q. et article 2710 al. 1.

⁹² Art. 17(1) et (2).

⁹³ *LSM* (CB, M, NB, TNO, Nu, ÎPÉ, S) par. 41(7) et (8); A par. 41(5) et (6); (TN, NÉ) par. 42(7) et (8); O par. 40(2); Y par. 39(4).

⁹⁴ Art. 1643 et 2745 du C.c.Q.

⁹⁵ Art. 1643, para. 2 du C.c.Q.

⁹⁶ Art. 17(7). De manière semblable, la *LSM* permet au débiteur de demander une preuve adéquate de la cession, faute de quoi le débiteur peut continuer à payer en conformité avec le contrat initial. *LSM* (CB, M, NB, TNO, Nu, ÎPÉ, S) par. 41(7); A par. 41(5); (TN, NÉ) par. 42(7); O par. 40(2); Y par. 39(4). Certains de ces lois exigent une preuve à l'intérieur d'un délai raisonnable, ce qui est compatible avec l'approche adoptée dans la Convention.

notification (c.-à-d. en payant conformément au contrat initial)⁹⁷. Ni le Code civil ni les lois des autres provinces et territoires n'accordent une telle faculté au débiteur. Toutefois, les auteurs ne croient pas que, en pratique, cette différence engendrera des problèmes importants : les cessionnaires peuvent se protéger en exigeant que le cédant obtienne l'accord du débiteur pour payer le cessionnaire directement lorsqu'il reçoit notification ou encore en contrôlant la réception des paiements faits par le débiteur au cédant.

I. Notifications ou instructions de paiement multiples

Si le débiteur reçoit notification de plusieurs cessions effectuées par le même cédant à l'égard d'une même créance, la Convention prévoit que le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément à la première notification reçue⁹⁸. Cette règle a pour but d'éviter au débiteur le fardeau de devoir enquêter sur les droits de priorité respectifs de réclamants concurrents. La Convention traite aussi de la question connexe de la réception de plusieurs instructions de paiement relatives à une seule cession : le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément aux dernières instructions reçues du cessionnaire avant le paiement⁹⁹.

La Convention traite également de la réception de notifications multiples dans le cas de cessions subséquentes (c.-à-d. des cessions faites par des cessionnaires antérieurs). Dans ce cas, le débiteur peut uniquement effectuer un paiement libératoire conformément à la notification de la *dernière* de ces cessions subséquentes¹⁰⁰. En cas de doute, le débiteur peut invoquer son droit général en vertu de la Convention d'exiger une preuve adéquate de la cession, et de toute cession intermédiaire, dans un délai raisonnable, faute de quoi le débiteur peut effectuer un paiement libératoire au cédant¹⁰¹.

Ni le Code civil ni la *LSM* n'abordent expressément la question de la libération dans l'éventualité où un débiteur recevrait des notifications ou des instructions de paiement multiples¹⁰².

J. Obligations du cessionnaire envers le débiteur en vertu du contrat initial ?

La Convention stipule que la non-exécution du contrat initial par le cédant n'habilite pas le débiteur à recouvrer une somme qu'il a déjà payée au cessionnaire¹⁰³. Cet article a pour but protéger le cessionnaire

⁹⁷ Art. 17(6).

⁹⁸ Art. 17(4).

⁹⁹ Art. 17(3).

¹⁰⁰ Art. 17(5).

¹⁰¹ Art. 17(7). De manière semblable, la *LSM* permet au débiteur de demander une preuve adéquate de la cession, faute de quoi le débiteur peut continuer à payer en conformité avec le contrat initial. *LSM*(CB, M, NB, TNO, Nu, ÎPÉ, S) par. 41(7); A par. 41(5); (TN, NÉ) par. 42(7); O par. 40(2); Y par. 39(4). Quelques-unes des lois exigent une preuve à l'intérieur d'un délai raisonnable, ce qui est compatible avec l'approche adoptée dans la Convention. La plupart établissent une période de 15 jours pour répondre.

¹⁰² Il faut noter, toutefois, qu'un débiteur qui reçoit avis d'une demande concurrente pourrait (sans y être obligé), contraindre les parties à faire déterminer leurs droits respectifs par voie d'*interpleader* : voir, par exemple, *Judicature Act*, R.S.A. 2000, c. J-2, s. 20; *Law and Equity Act*, R.S.B.C. s. 32; *Loi sur les actes translatifs de propriété et le droit des biens*, L.R.O. 1990, c. C. 34, article 53.

contre une réclamation de remboursement faite par le débiteur dans le cas où le cédant ne respecterait pas ses obligations en vertu du contrat initial. En pratique, cette règle vise notamment le cas où la créance cédée comprend une série de versements échelonnés, et que le débiteur cherche à recouvrer du *cessionnaire* un versement qui a déjà été payé (soit au cessionnaire ou au cédant) au motif que le *cédant* n'a pas rempli ses obligations liées à l'exigibilité du versement. L'applicabilité de cet article est subordonnée à toute loi applicable en matière de protection du consommateur¹⁰⁴.

La question de savoir si cet article de la Convention est compatible avec les lois canadiennes est incertaine; il est permis de croire que non. Le Code civil précise qu'une cession ne peut rendre l'obligation du débiteur plus « onéreuse »¹⁰⁵. Cette disposition pourrait être interprétée de manière à permettre une demande de restitution à l'endroit du cessionnaire. Dans les provinces de common law et dans les trois territoires, cette question est aussi incertaine. On pourrait dire que la règle de la Convention est conforme au point de vue de la common law selon lequel un cessionnaire acquiert les droits du cédant, sous réserve des exceptions et du droit de compensation qu'a le débiteur contre le cédant, mais qu'il n'est pas responsable de l'inexécution des obligations du cédant. Il est cependant permis de penser que la Convention n'est pas compatible avec les dispositions de la *LSM*¹⁰⁶.

K. Cession automatique des garanties accessoires et des autres droits de sûreté

La Convention prévoit qu'une cession de créance a pour effet de transférer au cessionnaire toutes les sûretés personnelles ou réelles garantissant l'acquittement de la créance cédée, sans qu'il n'y ait besoin d'un nouvel acte de transfert¹⁰⁷. Par conséquent, si l'acquittement de la créance cédée est garanti par un tiers ou par une sûreté sur un autre bien, le cessionnaire acquiert automatiquement le bénéfice de ces autres droits de sûreté accessoires.

Sur ce sujet, la politique de la Convention est conforme à la règle du Code civil selon laquelle «la cession d'une créance en comprend les accessoires »¹⁰⁸. Quant aux autres provinces et territoires, la jurisprudence montre clairement que le bénéfice d'une garantie ou d'une autre sûreté peut être cédé en même temps que la créance garantie¹⁰⁹. En l'absence d'une cession expresse, on pourrait interpréter le contrat

¹⁰³ Art. 21.

¹⁰⁴ Art. 4(4).

¹⁰⁵ Art. 1637 du C.c.Q.

¹⁰⁶ La *LSM* prévoit que le cessionnaire est assujéti à toutes les *conditions* du contrat initial et à toutes les défenses ou *demandes* (soulignement ajouté) nées de ce dernier : voir *LSM* (A, CB, M, NB, TNO, Nu, ÎPÉ, S) par. 41(2) ; (TN, NÉ) par. 42(2) ; O par. 40(1) ; Y par. 39(1). La section ontarienne de l'Association du Barreau canadien a recommandé que la *LSM* de l'Ontario soit amendée de façon à confirmer que la Loi n'a pas pour but d'altérer la position en common law dispensant le cessionnaire de sa responsabilité à l'endroit du débiteur : Mémoire présenté au *Ministre de la Consommation et du Commerce* concernant la *Loi sur les sûretés mobilières* (Toronto – Association du Barreau canadien- Ontario- 21 oct. 1998) aux pages 18 et 19.

¹⁰⁷ Art. 10(1).

¹⁰⁸ Art. 1638 du C.c.Q.

¹⁰⁹ Voir par exemple *West c. Soon* (1915), 9 W.W.R. 644 (Sask. C.A.)

comme sous-entendant que la cession de la créance comprenait la cession de tous les droits de sûreté accessoires¹¹⁰. La règle de la Convention ne s'écarte donc de la *common law* que dans la mesure où elle transforme une règle d'interprétation en une règle de droit.

IV. CLAUSES D'INCESSIBILITÉ ET CHOIX DE LA LOI POUR LES PRIORITÉS

A. Limitations contractuelles sur les cessions de créances et de droits de sûreté accessoires

En vertu de la Convention, une cession de créance est opérante même si une clause dans le contrat initial prétend l'interdire ou la limiter (une clause d'incessibilité)¹¹¹. Le débiteur conserve un droit d'action contre le cédant pour la violation de la clause, mais la cession elle-même est valide, à la fois entre les parties et à l'encontre du débiteur. L'étendue de l'application de cet article de la Convention est limitée à ce qu'on pourrait regrouper sous le vocable de créances commerciales ordinaires¹¹². Pour les autres catégories de créances, la loi applicable à l'extérieur de la Convention continuera à déterminer les effets de la clause d'incessibilité.

La politique de la Convention reflète l'état du droit en vertu de la plupart des versions de la *LSM*, à l'exception de la cession de fractions de créances, un domaine où la position de *common law* s'applique toujours¹¹³. En Ontario, et à l'égard des cessions exclues de la *LSM* dans les autres provinces et territoires où il y existe une *LSM*, la règle de *common law* s'applique. En *common law*, une cession effectuée en violation d'une clause d'incessibilité est toujours valide entre les parties, mais elle ne peut être exécutée par le cessionnaire directement contre le débiteur¹¹⁴. Toutefois, la section ontarienne de l'Association du Barreau

¹¹⁰ *Re Hallett & Co.*, [1894] 2 Q.B. 256 (C.A.).

¹¹¹ Art. 9. L'article 18(3) confirme notamment que la violation par le cédant d'une clause d'incessibilité ne constitue pas une exception ou ne donne pas lieu à un droit de compensation lorsque le cessionnaire réclame au débiteur le paiement de la créance. Notons que les droits d'action du débiteur contre le cédant n'incluent pas le droit de résoudre le contrat initial au seul motif de la violation d'une entente d'incessibilité et que le cessionnaire n'est pas responsable envers le débiteur au seul motif qu'il avait connaissance de l'entente d'incessibilité entre le cédant et le débiteur : art. 9(2).

¹¹² La portée de l'article 9(3) se limite expressément aux cessions de créances provenant des types suivants d'opérations : la fourniture ou la location de biens meubles corporels; la prestation de services autres que des services financiers ; la réalisation de travaux de construction; la vente ou la location d'immeubles; les cartes de crédit; la vente, la location ou la concession de licences de propriété industrielle ou d'informations commerciales; le règlement net des sommes dues en vertu d'une convention de compensation regroupant plus de deux parties.

¹¹³ *LSM* (CB, M, NB, TNO, Nu, ÎPÉ, S) par. 41(9) A par. 41(7); (TN, NÉ) par. 42(9).

¹¹⁴ Voir *Rodaro v. Royal Bank of Canada* [2000] [QL] O.J. 272, confirmant *Yablonski v. Cawood* (1997), 143 D.L.R. (4^e) 65 p. 76 (C.A. Sask.) (selon lequel même dans les cas où un contrat contient une interdiction de cession, la cession reste opérante entre le cédant et le cessionnaire; une telle interdiction empêche simplement le cessionnaire d'avoir un recours direct contre la partie qui n'a pas donné son consentement au contrat cédé). Ces décisions adoptent la position de la *common law* anglaise : voir Roy Goode, *Commercial Law*, 2^e éd. (Penquin : 1995) aux pages 815 et 816 et à la note de bas de page 42.

canadien, a recommandé des amendements ayant pour but d'harmoniser la *LSM* de l'Ontario avec la politique plus libérale que l'on retrouve dans les autres lois sur cette question¹¹⁵.

Il est permis de croire que la règle de la Convention reflète l'état du droit au Québec. La validité et les effets d'une clause d'incessibilité ne sont pas explicitement abordés dans le Code civil. Toutefois, on pourrait soutenir qu'une cession faite en violation d'une clause d'incessibilité est malgré tout opérante à l'encontre du débiteur en vertu de la règle du Code civil interdisant les restrictions à la libre disposition des biens¹¹⁶.

Comme nous l'avons noté plus haut, la Convention prévoit qu'une cession de créance a pour effet de transférer automatiquement au cessionnaire toutes les sûretés personnelles ou réelles garantissant l'acquittement de la créance cédée¹¹⁷. La Convention prévoit en outre que dans le cas de créances commerciales ordinaires cette cession automatique s'applique, nonobstant toute clause d'incessibilité dans toute entente entre le cédant et le débiteur ou la personne constituant le droit de sûreté accessoire¹¹⁸. Le débiteur conserve un droit d'action contre le cédant pour violation de clause d'incessibilité, mais le transfert du droit de sûreté accessoire demeure exécutoire, aussi bien entre le cédant et le cessionnaire qu'entre le cessionnaire et le débiteur¹¹⁹.

Sur ce point, la Convention s'écarte de la loi existante dans les provinces et les territoires de *common law* et, on pourrait le soutenir, également au Québec. Cependant, les auteurs sont d'avis que cela représente une extension naturelle et utile de la politique contre les restrictions contractuelles en matière d'aliénation de créances commerciales.

Recommandation

Lors de sa réunion de 2003, la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada a adopté les recommandations suivantes (la terminologie de celles-ci ayant été adaptée dans le but de la rendre conforme à celle employée dans ce Rapport) :

¹¹⁵ *Mémoire présenté au Ministre de la Consommation et du Commerce concernant la Loi sur les sûretés mobilières* (Toronto – Association du Barreau canadien- Ontario- le 21 oct. 1998) aux pages 19 et 20.

¹¹⁶ Art. 1212 à 1217 du C.c.Q. Voir Louis Payette, « Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec », Cowansville, Québec, Les Éditions Yvon Blais, 2^e éd. aux pages 25ff, 45ff et 451ff). Tel serait peut-être aussi le cas en France et en Italie: voir Hein Kötz, « Rights of Third Parties: Third Party Beneficiaries and Assignment » Chap. 13, Vol. VII, *International Encyclopedia of Comparative Law* (J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, et Martinus Nijhoff, Dordrecht, Boston, Lancaster: 1990) aux pages 64 et 65.

¹¹⁷ Art. 10(1).

¹¹⁸ Art. 10(2), 10(4).

¹¹⁹ Art. 10(3), 18(3).

- *Que la LSM de l'Ontario soit modifiée afin de reconnaître la validité d'une cession de créances à l'encontre du débiteur malgré la présence d'une clause d'incessibilité dans le contrat initial en vertu duquel est née la créance;*
- *Que les autres versions de la LSM soient modifiées afin de confirmer expressément la validité d'une cession de fractions de créances malgré la présence d'une clause d'incessibilité dans le contrat initial en vertu duquel est née la créance;*
- *Que le Code civil soit modifié afin de confirmer expressément la validité d'une cession de créances malgré la présence d'une clause d'incessibilité dans le contrat initial en vertu duquel est née la créance.*

L'adoption de ces recommandations permettrait d'harmoniser la LSM et le Code civil avec la règle de la Convention sur les clauses d'incessibilité tout en réalisant l'objectif d'harmoniser le droit sur ces questions au Canada. Les auteurs recommandent conséquemment la mise en œuvre de ces recommandations concurremment à la mise en œuvre de la Convention.

Les auteurs recommandent en outre de modifier la LSM, de manière à ce que la cession d'une créance comporte automatiquement le transfert de tous les droits de sûreté accessoires, ainsi que la LSM et le Code civil, de manière à ce qu'un tel transfert soit exécutoire nonobstant la présence d'une clause d'incessibilité dans toute entente entre le cédant et le débiteur ou le garant.

B. Loi applicable à la priorité

La priorité du droit du cessionnaire d'une créance par rapport à des réclamants concurrents est une question sur laquelle les règles régissant les cessions dans les divers systèmes juridiques ne s'harmonisent pas du tout. Presque tous les systèmes ont adopté une règle fondée sur l'ordre temporel, à tout le moins pour ce qui est de fixer l'événement déclencheur de la priorité, mais plusieurs divergent sur ce qui constitue cet événement¹²⁰. Certains exigent l'enregistrement d'un avis de la cession dans un registre public afin que la cession soit opposable aux tiers, l'ordre de la priorité entre les réclamants concurrents dépendant généralement de la date de l'enregistrement (ceci étant la règle générale dans les régimes des provinces et territoires canadiens). Dans d'autres systèmes, la priorité est déterminée par le moment où la cession a lieu. Dans d'autres encore, une cession n'est pas opposable aux tiers tant que le débiteur n'a pas été notifié de la cession (ou ne l'a pas acceptée), et le premier cessionnaire qui notifie a priorité. Même dans les systèmes reposant sur une même théorie générale, il y a d'importantes différences en ce qui a trait aux modalités d'application de la théorie.

Le Groupe de travail chargé de l'élaboration de la Convention a initialement exploré la possibilité d'une règle de fond selon laquelle la priorité d'une cession dépendrait de son enregistrement dans un registre international des cessions. Toutefois, il est devenu évident que cette solution était vouée à l'échec en l'absence

¹²⁰ Hein Kötz, « Rights of Third Parties: Third Party Beneficiaries and Assignment » Chap. 13, Vol. VII, International Encyclopedia of Comparative Law (J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, and Martinus Nijhoff, Dordrecht, Boston, Lancaster: 1990) aux pages 93 à 99.

d'un consensus au sein du groupe sur une règle de priorité fondée sur l'enregistrement au niveau purement national, ainsi qu'en l'absence d'un consensus sur les exceptions et nuances que cette règle devrait comporter.

Faute de mieux, la Convention cherche à atteindre une uniformité internationale au niveau du choix de la loi applicable. La priorité des droits d'un cessionnaire sur une créance cédée par rapport à des réclamants concurrents est régie par la loi de l'État dans lequel le cédant est situé¹²¹, sous réserve de la préservation des droits préférentiels non consensuels applicables en vertu de la loi du for dans lequel une procédure d'insolvabilité est ouverte¹²². Les exigences des pratiques actuelles en matière de financement de créances dictent une telle solution. Déterminer que la loi du cédant sera la loi applicable est le seul moyen par lequel on peut s'assurer d'une loi applicable unique à une cession globale d'une multiplicité de créances multiples lorsque les débiteurs sont situés dans des États différents; il en est de même pour une cession de créances futures.

La Convention définit en termes généraux l'étendue des questions visées par le concept de « priorité » pour y inclure la publication et l'opposabilité ainsi que toutes les questions liées à la détermination des droits du cessionnaire comme titulaire de la créance¹²³. Le terme « réclamant concurrent » est de la même manière largement défini afin d'y inclure les cessionnaires concurrents, un créancier du cédant ainsi que l'administrateur de l'insolvabilité du cédant¹²⁴. Pour identifier la loi du lieu où est situé le cédant, la Convention prévoit qu'un cédant est réputé être situé au lieu où il a son établissement ou, dans les rares cas où il n'a pas d'établissement, au lieu de sa résidence habituelle¹²⁵. Un cédant qui a des établissements dans plus d'un état est réputé être situé dans l'état où s'exerce son administration centrale¹²⁶.

La règle de la Convention est en général compatible avec la *LSM*¹²⁷, à trois exceptions près.

Premièrement, dans le cas du rang de priorité du droit d'un cessionnaire d'un « acte mobilier » (*chattel paper*) qui a pris possession de l'acte, la *LSM* renvoie à la loi de la juridiction où l'acte est situé¹²⁸. Dans le

¹²¹ Art. 22.

¹²² L'article 23(3) prévoit que si une procédure d'insolvabilité est 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, et ce malgré le fait que la loi qui régit les questions de priorité est généralement celle du lieu du cédant.

¹²³ L'article 5(g) dispose que 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.

¹²⁴ L'article 5 m) prévoit que 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.

¹²⁵ Art. 5 h).

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *LSM* (A, CB, M, NB, TNO, Nu, O, ÎPÉ, S) par. 7(2); (TN, NÉ) par. 8(2); Y par. 6(1). Bien que la *LSM* emploie le terme « principal établissement » (*chief executive office*) pour déterminer le lieu où se situe un cédant ayant un établissement dans plus d'une juridiction, ce concept est identique au test « d'administration centrale » employé par la Convention.

langage employé par la *LSM*, le terme « acte mobilier » signifie un document faisant preuve à la fois d'une sûreté sur des biens, ou de leur location, et de la créance pécuniaire liée à cette sûreté ou à cette location¹²⁹. La situation la plus courante donnant lieu à un « acte mobilier » est celle où des biens sont vendus à crédit en vertu d'un contrat comportant une réserve de propriété ou sont loués en vertu d'un bail à long terme. Les contrats utilisés dans ces transactions sont des actes mobiliers sous le régime de la *LSM* et sont soumis à des règles spéciales d'opposabilité et de priorité qui ne sont pas applicables aux créances ordinaires; notamment, la *lex rei sitae* déterminera la priorité du cessionnaire de l'acte mobilier (c'est-à-dire, la loi du lieu où il détient le document).

Le concept « d'acte mobilier » (en tant que bien d'une catégorie distincte) de même que le rang de priorité spécial octroyé à un cessionnaire en ayant la possession sont propres à la *LSM* et à l'article 9 du *Uniform Commercial Code* des États-Unis, duquel il est dérivé. Ni la common law ni la loi de toute autre province ou territoire, incluant le Québec, n'accorde un statut préférentiel spécial à un cessionnaire de créances nées de la vente ou de la location de biens qui prend possession des contrats établissant la dette du débiteur initial. Conséquemment, incorporer la règle de la *LSM* (et de l'article 9) dans le régime du choix de la loi de la Convention n'aurait pas été réalisable.

Les auteurs ne croient pas que ce conflit entre la Convention et le traitement par la *LSM* des créances nées d'actes mobiliers doive influencer négativement la décision de mise en œuvre de la Convention. Le fait que la règle particulière de la *LSM* sur le choix de la loi applicable en matière d'actes mobiliers s'écarte des règles généralement acceptées de droit international privé a, en pratique, des implications limitées : les cessionnaires ne peuvent en aucun cas se fier à cette dernière dans un contexte international à moins que le litige ne prenne place dans une juridiction où la *LSM* ou l'article 9 est en vigueur, et que la *lex rei sitae* reconnaisse cette règle.

On retrouve la seconde exception uniquement dans les lois sur les sûretés mobilières autres que celle de l'Ontario. Lorsque la juridiction où se situe le cédant n'a pas de système public d'enregistrement pour la publication des cessions, le cessionnaire doit respecter les exigences d'opposabilité imposées par la *LSM* de la juridiction applicable¹³⁰. Le manquement à cette obligation n'affecte pas l'opposabilité de la cession. Toutefois, le droit du cessionnaire est subordonné à celui de toute tierce partie acquis sur la créance, lorsque la créance du cédant était payable dans la province ou le territoire concerné au moment où la tierce partie a acquis son droit.

¹²⁸ *LSM* (A, CB, M, NB, TNO, Nu, O, ÎPÉ, S) par. 5(1); (TN, NÉ) par. 6(1); Y par. 4(1).1).

¹²⁹ *LSM* (A, CB, TNO, N, O, Y) par. 1(1); (M, NB, ÎPÉ) art. 1; (TN, NÉ) art. 2; S par. 2(1).

¹³⁰ *LSM* (A, CB, M, NB, TNO, Nu, ÎPÉ, S) par. 7(4); (TN, NÉ) par. 8(4); O aucune disposition équivalente; Y: par. 6(4).

La troisième exception ne se trouve aussi que dans les versions non ontariennes de la *LSM*. Alors que la Convention¹³¹ (de même que la *LSM* de l'Ontario, le Code civil¹³² et l'article 9¹³³) rejette la doctrine du *renvoi*, les versions non ontariennes de la *LSM* traitent la référence à la loi de la juridiction dans laquelle le cédant se trouve comme comprenant une référence aux règles de conflits de lois de cette juridiction¹³⁴.

Quant au Code civil, il se conforme à l'approche de la Convention puisqu'il prévoit que la priorité est régie par la loi du lieu où se situe le cédant mais uniquement pour le cas des sûretés sur des créances¹³⁵. Les cessions en pleine propriété sont régies par la règle traditionnelle de la *lex rei sitae*¹³⁶. En supposant que la *lex rei sitae* pour les créances soit interprétée comme dénotant la loi du lieu du débiteur des créances cédées, il serait possible que des lois différentes et menant à des résultats opposés s'appliquent à un conflit de priorité entre le titulaire d'une sûreté sur une créance et un cessionnaire qui achèterait la même créance.

Le Code civil se distingue de la *LSM* et de la Convention sur une autre question. Le Code situe le cédant au lieu de son domicile. Dans le cas d'un individu, le domicile correspond à sa résidence habituelle¹³⁷. Dans la plupart des cas, l'application du droit de la résidence habituelle ne donnera pas de résultats contraires en vertu de la *LSM* ou de la Convention. Toutefois, pour une personne morale, le Code définit le domicile comme étant le lieu de son siège social¹³⁸. On utilise ici un critère pouvant être désigné comme le critère du siège statutaire, étant donné que les sociétés par actions doivent habituellement désigner le lieu de leur siège social dans leurs documents publics de constitution. Le critère du siège statutaire n'est pas le même que celui du lieu de l'administration centrale employé dans la Convention et la *LSM*. Le premier est un critère objectif; le second demande que l'on détermine de façon factuelle le lieu où l'entreprise du cédant est gérée.

Recommandation

Lors de sa réunion de 2003, la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada a adopté les recommandations suivantes (la terminologie de celles-ci ayant été modifiée pour la rendre conforme à celle employée dans ce Rapport) :

- *Qu'un cédant constitue en vertu d'une loi d'un pays étranger soit considéré comme étant situé dans le lieu où se situe son centre de décisions (administration centrale);*
- *Que le lieu de la situation d'un cédant constitué en vertu des lois fédérales, provinciales ou des territoires soit déterminé en fonction d'un critère similaire à celui du siège statutaire que l'on retrouve au Code civil;*

¹³¹ L'article 5(i) de la Convention définit « loi » comme étant « la loi en vigueur dans un État à l'exclusion de ses règles de droit international privé ».

¹³² Art. 3080 du C.c.Q.

¹³³ Toutes les règles du choix de la loi de l'article 9 se réfèrent à [TRADUCTION] « la loi locale » des juridictions mentionnées : §9-301–§9-306.

¹³⁴ *LSM* (A, CB, M, NB, TNO, Nu, ÎPÉ, S) art. 7(2); (TN, NÉ) 8(2); Y art. 6(1).

¹³⁵ Art. 3105, al. 1 du C.c.Q.

¹³⁶ En l'absence d'une règle plus précise pour les cessions en pleine propriété, la règle générale de la *lex rei sitae* dans l'article 3097 du Code s'appliquerait par défaut.

¹³⁷ Art. 75 du C.c.Q.

¹³⁸ Art. 307 du C.c.Q.

- *Que le Code civil soit modifié pour que la règle de conflit de lois applicable aux sûretés sur créances soit également applicable aux cessions pures et simples de créances.*
- *Que les versions non ontariennes de la LSM soient modifiées de manière que toute référence à la loi de la juridiction dans laquelle se situe le débiteur se limite aux règles du droit interne de cette juridiction et ne comprenne pas ses règles de conflits de lois.*

L'adoption de ces recommandations permettrait d'harmoniser les règles de conflits de lois de la LSM et du Code civil avec la Convention tout en réalisant aussi l'objectif d'harmoniser le droit sur ces questions au Canada. Les auteurs recommandent la mise en œuvre de ces recommandations concurremment à la mise en œuvre de la Convention.

On doit noter que, pour les états ayant une organisation fédérale, la Convention offre la possibilité d'adopter en droit interne un critère du type de la seconde recommandation ci-dessus. La Convention prévoit que les États ont le pouvoir d'établir d'autres règles visant à déterminer où se situe une personne à l'intérieur d'un État¹³⁹. Les auteurs recommandent que le Canada exerce cette option.

V. DISPOSITIONS OPTIONNELLES DE LA CONVENTION

A. Chapitre V sur les conflits de lois

Le chapitre V de la Convention incorpore une « mini-convention » sur les règles de la détermination de la loi applicable dans le contexte du financement des créances. En plus de reproduire la règle de conflit de lois pour les priorités¹⁴⁰ dont il a traité précédemment, le Chapitre V énonce des solutions quant à la loi applicable à trois ensembles additionnels de questions.

Pour les questions liées aux droits et obligations contractuels du cédant et du cessionnaire entre eux, la Convention adopte le principe de l'autonomie de la volonté. Le cédant et le cessionnaire sont libres de choisir la loi qui les régit¹⁴¹. En l'absence de choix, la loi applicable est celle de l'État avec lequel le contrat de cession a le lien le plus étroit¹⁴².

Pour les questions se rattachant à la forme du contrat de cession, la Convention adopte une règle de conflits de lois flexible¹⁴³. Si le contrat est conclu entre des parties se trouvant dans le même État, il est formellement valide s'il satisfait aux exigences de forme de la loi qui le régit ou de la loi de l'État où il a été conclu. Si les parties résident dans des États différents, le contrat est formellement valide à condition qu'il soit conforme soit à la loi qui le régit, soit à la loi de l'un des États où se trouvent les parties. L'application de cette règle est expressément limitée à la validité formelle du contrat de cession entre les parties. Le défaut de respecter les formalité prescrites par la loi où se situe le cédant peut cependant empêcher le cessionnaire de

¹³⁹ Art. 36.

¹⁴⁰ Art. 30.

¹⁴¹ Art. 28(1).

¹⁴² Art. 28(2).

¹⁴³ Art. 27.

faire valoir ses droits à l'encontre d'un réclamant concurrent dans la mesure où ces formalités sont interprétées comme étant reliées à la priorité, conformément à la notion étendue de « priorité » adoptée par la Convention¹⁴⁴.

Pour les questions liées aux rapports entre le cessionnaire et le débiteur, la loi applicable est la loi qui régit le contrat initial entre le cédant et le débiteur¹⁴⁵. D'après la Convention, les questions suivantes sont visées par cette règle : l'efficacité à l'égard du cessionnaire des limitations contractuelles à la cession entre le cédant et le débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur, ainsi que les causes d'extinction des obligations du débiteur.

Pour les cessions directement visées par la Convention, le Chapitre V joue avant tout un rôle supplétif ou résiduel¹⁴⁶. Il détermine la loi applicable pour les questions pour lesquelles la partie principale de la Convention ne fournit pas de solution directe, que ce soit de manière expresse ou en recourant aux principes généraux sur lesquelles cette dernière est basée.¹⁴⁷ Comme le montre ce rapport, la partie principale de la Convention fournit une règle de fond pour la majorité des questions importantes pouvant se soulever entre le cédant et le cessionnaire ou entre le cessionnaire et le débiteur; elle fournit aussi une règle déterminant la loi applicable aux priorités de réclamants concurrents. Le Chapitre V ne joue donc qu'un rôle très limité pour les cessions qui sont régies par la partie principale de la Convention.

Pour les cessions qui ne sont pas régies par la Convention, comme par exemple, si le cédant ne se trouve pas dans un État contractant ou si la question concerne les droits du débiteur et que ce dernier ne se trouve pas dans un État contractant¹⁴⁸, le Chapitre V favorise encore davantage l'harmonisation internationale en offrant un ensemble uniforme de règles de conflits de lois permettant de déterminer la loi applicable¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Art. 5 g) Par exemple, le Code civil requiert qu'une hypothèque soit constituée par écrit, sous peine de nullité absolue et la LSM requiert qu'un contrat de garantie (y compris une cession pure et simple de créances) soit consigné par écrit afin que le contrat soit opposable aux tiers : CcQ art. 2696; LSM (A, CB, M, NB, ÎPÉ, Nu, TNW, S); Y art. 13(1)(c), 8(1). Comme l'accomplissement de ces exigences formelles est nécessaire à l'opposabilité aux tiers des droits du cessionnaire, elles relèveront aussi de la loi applicable aux questions de priorité, et non seulement de la loi régissant la forme du contrat de cession.

¹⁴⁵ Art. 29.

¹⁴⁶ Art. 29.

¹⁴⁷ Art. 26 b) et 7(2).

¹⁴⁸ Voir la discussion sur le champ d'application de la Convention dans la partie II de ce rapport.

¹⁴⁹ Art. 26 a), 1(4).

Recommandation :

La « mini-Convention » sur les conflits de lois que l'on retrouve au Chapitre V de la Convention ne s'appliquera pas dans un État contractant qui a choisi de ne pas être lié par ce Chapitre V. Les auteurs recommandent de ne pas exercer ce droit de refus. La partie IV du rapport a déjà montré que l'approche prise par la mini-Convention à l'égard du choix de la loi en ce qui a trait aux priorités est généralement compatible avec les approches du Code civil et de la LSM et avec les recommandations de réforme déjà adoptées par le CHLC. Les règles additionnelles de détermination de la loi applicable en ce qui concerne le contrat de cession et les rapports cessionnaire-débiteur énoncées dans la mini-Convention sont compatibles avec les articles du Code civil qui traitent de ces mêmes questions¹⁵⁰ tout en n'étant pas incompatibles avec la position qui prévaut dans les autres provinces et dans les territoires et ce, même si le droit en vigueur sur ces questions est peu développé¹⁵¹. Ainsi, l'adoption du chapitre V de la Convention permettrait de moderniser et de développer les règles de common law, tout en apportant une plus grande certitude par rapport à la loi applicable dans le cas de cessions internationales qui échappent au domaine d'application de la Convention.

B. L'annexe de la Convention sur les règles de fond concernant les priorités

L'annexe de la Convention accorde aux États la faculté de déclarer que leurs règles de fond en matière de priorité, dans la mesure de leur applicabilité en vertu de la règle de conflit de lois de la loi Convention sur les priorités, seront fondées sur l'une des trois théories suivantes :

- La section III détermine des règles de priorité fondées sur la date du contrat de cession.
- La section IV détermine des règles de priorité fondées sur la date de notification de la cession.
- La section I prévoit une règle de priorité fondée sur la date d'enregistrement; la Section II prévoit la possibilité d'instituer, dans le futur, un système international d'enregistrement des données relatives aux cessions régies par la Convention. Cependant, même si des États optent pour une règle de priorité fondée sur l'enregistrement, il sera toujours possible pour ces États de prévoir des exceptions à cette règle conformément à l'article 42; ils peuvent aussi établir ou désigner un registre national pour l'enregistrement des données relatives aux cessions, et ce au lieu du registre international.

Recommandation

L'annexe vient essentiellement codifier la diversité des régimes de priorités existant dans les divers systèmes juridiques. Puisqu'elle ne contribue en rien à uniformiser les règles de fond à l'échelle internationale, et qu'elle pourrait créer de la confusion dans son interaction avec les lois des provinces et des territoires canadiens en matière de droit des sûretés, les auteurs ne recommandent pas l'exercice du droit de déclarer être lié par la règle de priorité fondée sur l'enregistrement énoncée dans l'Annexe.

¹⁵⁰ Art. 3109, 3111 et 3120 du C.c.Q.

¹⁵¹ Voir par ex. Rafferty ed., *Private International Law in Common Law Canada*, 2^e éd.. (Toronto: Emond Montgomery, 2003) aux pages 783 à 787.

VI. CONCLUSION

À l'heure actuelle, l'absence d'uniformité entre les droits des différents États en matière de cession de créances nuit au financement des créances internationales¹⁵². La Convention sur les créances vise à atteindre une harmonisation à l'échelle mondiale par la mise en place de règles uniformes. Le préambule de la Convention reflète cet objectif :

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 relatifs à la cession de créances qui garantissent la prévisibilité et la transparence et favorisent la modernisation de la législation relative aux cessions de créances 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...

Le succès de la Convention dans l'atteinte de ces objectifs dépend de sa mise en œuvre dans un grand nombre d'États. Comme le montre ce rapport, le Canada, de même que les provinces et les territoires canadiens, se trouvent particulièrement bien placés pour procéder à la mise en œuvre de la Convention rapidement et facilement. Puisque les règles de la Convention sont en général compatibles avec le droit en vigueur au Canada, les questions juridiques soulevées par une cession de créance seraient généralement résolues de façon identique, peu importe qu'elles soient régies par la Convention, le Code civil ou la *LSM*. À l'exception des règles de la Convention sur la validité des clauses d'incessibilité et la détermination de la loi applicable aux priorités, les différences sont mineures. Par contre, pour ces deux dernières questions, la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada a déjà souscrit aux propositions de réforme qui harmoniseraient généralement le Code civil et la *LSM* avec la Convention. En conséquence, la mise en œuvre de ces recommandations ainsi que de la Convention ferait progresser l'harmonisation du droit, et ce à la fois aux niveaux interprovincial et international.

¹⁵² Voir en général Hein Kötz, « Rights of Third Parties: Third Party Beneficiaries and Assignment », ch. 13, vol. VII, *International Encyclopedia of Comparative Law* (J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, et Martinus Nijhoff, Dordrecht, Boston, Lancaster: 1990) aux pages 93 à 99.