

UNIDROIT 1987
Etude LVIII - Doc. 31
(Original: anglais)

U n i d r o i t

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE
=====

COMITE D'EXPERTS GOUVERNEMENTAUX CHARGE D'ELABORER UN PROJET
DE CONVENTION SUR CERTAINS ASPECTS DU FACTORING INTERNATIONAL

Commentaires du Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique
sur le texte de l'avant-projet de Convention sur
l'affacturage international et sur les
dispositions finales proposées

Rome, avril 1987

Le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique a le plaisir de présenter au Secrétariat de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) ses observations et ses propositions relatives au projet de Convention sur certains aspects de l'affacturage international établi à la deuxième session du comité d'experts gouvernementaux, 21-23 avril 1986, qui s'est tenue à Rome, Italie.

Observations générales

Le projet le plus récent ("projet de 1986") de la Convention d'Unidroit sur certains aspects de l'affacturage international a été examiné par différentes parties intéressées aux Etats-Unis d'Amérique sous les auspices du Département d'Etat.

Nous sommes d'avis que le projet est utile et qu'il relève d'une démarche positive, en ce qu'il unifie le droit international privé applicable à un mécanisme relativement nouveau de financement du commerce international, dans lequel il existe parfois des différences considérables entre le droit des différents pays. Les Etats-Unis d'Amérique est l'un des rares pays qui disposent d'un cadre légal relativement unifié régissant les droits des diverses parties concernées par le financement et l'affacturage de créances, contenu dans l'article 9 du Code de Commerce Uniforme (le "Code"), à la différence de la plupart des autres pays dans lesquels le cadre juridique préexistant a été adapté à une nouvelle technique financière qu'il n'était pas destiné à intégrer. Dans une large mesure, les matières couvertes par le projet de 1986 sont régies en accord avec les dispositions correspondantes de l'article 9.

En quelque sorte, les travaux sur ce projet ressemblent au processus qui a eu lieu aux Etats-Unis dans les années 1960 visant à l'actualisation et à l'unification du droit commercial des différents Etats, y compris le régime juridique du financement et de l'affacturage des créances, et qui a conduit à l'adoption générale du Code. Le projet de 1986 contient le fond de nombreuses dispositions importantes de l'article 9 du Code et est, de façon générale, compatible avec la présentation et la démarche de celui-ci.

Une disposition particulièrement utile dans le projet de 1986, qui a été introduite à l'instance des observateurs des associations professionnelles, est l'article 4 qui dispose que la cession par le vendeur de marchandises (le "fournisseur") à un tiers (le "cessionnaire") d'une créance, peut être réalisée nonobstant toute convention entre le fournisseur et l'acheteur des marchandises (le "débiteur") prohibant une telle cession. Cette disposition correspond en général aux avis exprimés par la délégation des Etats-Unis d'Amérique lors de réunions antérieures. Toutefois, la question reste ouverte de savoir si un Etat partie peut prendre une réserve à l'égard de cette disposition lors de la ratification. A notre avis, si l'on ne prive pas d'effet les clauses de prohibition de cession contenues dans les contrats de vente, l'ensemble de la Convention proposée se trouverait dépourvu d'intérêt pratique, serait contraire aux intérêts commerciaux des Etats-Unis et se trouverait en contradiction avec la section 9-318(4) de l'article 9. Voir la discussion ci-dessous. Toutefois, même dans leur forme actuelle, les dispositions du projet de 1986 en la matière constituent une amélioration par rapport au projet antérieur.

Il convient de noter en particulier que le projet de 1986 ne couvre, de façon générale, que les relations entre le fournisseur, le débiteur et le cessionnaire. Il n'énonce pas de règles concernant la priorité de la cession au factor à l'égard d'autres personnes, par exemple le fisc, le syndic de faillite ou assimilés, d'autres cessionnaires de la même créance et d'autres créanciers du fournisseur, porteurs d'un titre ou titulaires d'un privilège. La raison de cette absence est le risque de conflits avec le droit interne en matière fiscale et de faillite en ce qui concerne les deux premiers cas et, pour ce qui est des droits des personnes privées revendiquant un droit et une priorité sur les créances, celui d'une nette divergence quant à la règle où la méthode qui devrait s'appliquer, par exemple la loi de l'établissement principal du fournisseur, l'exigence de l'inscription dans un registre public ou l'antériorité de la cession ou encore de la notification de la cession au débiteur. Nous nous sommes prononcés et nous restons encore en faveur de cette dernière solution qui serait en accord avec l'exigence et l'importance de la notification prévue par le projet de 1986 et qui serait aussi en accord avec les dispositions de la section 9-103(3)(c) du Code qui régissent l'opposabilité des droits lorsqu'un fournisseur est situé en dehors des Etats-Unis. Quoique ce soit là un problème important qui laisse une large part à l'incertitude, son effet pratique peut ne pas être aussi dommageable au financement et à l'affacturage de créances internationales, comme on le verra par la suite, que ne serait l'absence d'une disposition privant d'effet les clauses de prohibition de cession contenues dans les contrats de vente ou rendant l'adoption d'une telle disposition facultative.

En général le projet de 1986 constitue une amélioration par rapport au projet précédent non seulement parce qu'il reconnaît l'importance de priver d'effet les prohibitions de cession de créances mais aussi parce que la formulation est plus précise du point de vue technique.

Observations et recommandations particulières:

Préambule

Le préambule doit être lu conjointement avec l'article 12 puisque les buts qui se trouvent énoncés dans le préambule du projet de 1986 peuvent avoir des effets importants sur l'interprétation et l'application de celui-ci par les tribunaux. En quelque sorte le préambule est proche de la section 1-102(2) du Code concernant les méthodes d'approche générale. Toutefois, les mots "à cet effet" dans la dernière ligne devraient être changés pour se lire "à ces effets", afin de faire apparaître clairement que les règles d'interprétation concernent l'ensemble du préambule.

Article 1

Le projet de 1986 vise à couvrir toutes les cessions de créances internationales, avec ou sans recours (ce qui répond aux définitions de "account" et "security interest" dans le Code), et s'appliquerait ainsi à toutes les formes de financement et d'affacturage se rapportant à des contrats internationaux de vente de marchandises ou de prestations de services qui prévoient le paiement différé du débiteur et en vertu desquelles, (i) le débiteur reçoit notification de la cession et (ii) le cessionnaire fournit au moins deux des prestations suivantes: le financement (sous forme de prêt ou de paiement anticipé), la tenue des comptes (tenue des registres), l'encaissement des créances (recouvrement direct auprès des débiteurs) et protection contre le risque d'un non-paiement par les débiteurs (prise en charge du risque du crédit). En conséquence, le projet de 1986 s'appliquerait à un contrat prévoyant le transfert en garantie de créances (le contrat d'affacturage) entre une partie bénéficiaire de la sûreté (le cessionnaire) et un exportateur (le fournisseur) en vertu duquel le débiteur reçoit notification de la cession, le cessionnaire consent des prêts au fournisseur et le cessionnaire encaisse directement auprès du débiteur, même s'il n'existe pas de tenue des comptes ou de prise en charge du risque du crédit. Le projet de 1986 s'appliquerait également à un contrat d'affacturage à l'exportation en vertu duquel le débiteur reçoit notification de la cession et le cessionnaire assume le risque du crédit, recouvre directement auprès du débiteur et tient les registres, même s'il n'effectue pas de prêts ni ne concède de paiements anticipés. Il faut noter en outre que cet article

peut être interprété dans le sens qu'un contrat ne prévoyant pas la notification peut par la suite devenir un contrat d'affacturage avec notification (tel qu'il est défini à l'article premier) après que les parties se soient accordées à donner notification au débiteur et si deux des services prescrits sont fournis en vertu du contrat.

Le fait que le débiteur ne reçoit pas notification ne rendrait pas nulle la cession au factor mais écarterait simplement l'application de la Convention à l'opération. De même, le fait que la notification est donnée ne rendrait pas valable la cession au factor si elle ne l'était pas soit en vertu de la Convention soit en vertu du droit national applicable. Bien sûr, la notification peut être une condition aux fins de l'opposabilité de la cession ("perfection") ou de la détermination des priorités en vertu de la loi applicable, comme par exemple en vertu de la section 9-103(3)(c) du Code.

Il faut noter également que dans les opérations de vente internationale, les instructions données aux débiteurs de payer des tiers qui sont des organes de financement ne sont pas rares et qu'elles n'ont que très rarement des effets négatifs.

Les créances nées de la prestation de services ainsi que de la vente de marchandises se trouvent couvertes. Toutefois, l'exigence qu'elles résultent d'un contrat conclu "à titre professionnel" pourrait soulever la question de savoir si les organismes à but non lucratif ou les entreprises publiques sont couverts. Ce point pourrait être éclairci par une définition indiquant que les termes "à titre professionnel" tels qu'ils apparaissent dans la Convention se réfèrent à "des opérations autres que celles qui concernent la vente de marchandises ou la fourniture de services essentiellement pour un usage personnel, familial ou domestique". Le changement proposé suit en substance la section 9-109 (1) du Code.

En outre il devrait y avoir une définition précisant que la référence au "fournisseur" dans la Convention signifie également les cédants du fournisseur, étant donné que parfois le contrat de vente peut être conclu par une société et cédé à une filiale qui se trouve partie au contrat d'affacturage.

Plusieurs membres du comité d'étude des Etats-Unis ont indiqué que les termes employés dans l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article premier pour les services permettant de qualifier le contrat d'affacturage ne sont pas clairs selon l'usage commercial américain. En conséquence l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article premier devrait être modifié comme suit:

"b) le cessionnaire doit fournir au moins deux des services suivants au fournisseur ou relativement aux créances: i) le financement, le prêt ou le paiement anticipé au fournisseur, ii) la tenue des comptes, la tenue des livres ou des registres se rapportant aux créances, iii) l'encaissement des créances auprès des débiteurs et iv) la protection contre le risque du crédit ou d'un non-paiement par les débiteurs; et"

En outre l'alinéa c) devrait être amendé par l'insertion des mots "à tout moment" après le mot "donner" afin de préciser que cette notification ne doit pas nécessairement être donnée au moment de la conclusion du contrat ou à la naissance de la créance.

Enfin, un membre du comité d'étude américain a suggéré de préciser dans cet article que le fournisseur peut avoir plus d'un cessionnaire. En conséquence un troisième paragraphe pourrait être ajouté selon les lignes:

"3. La présente Convention s'applique également lorsque le fournisseur a conclu des contrats d'affacturage avec plus d'un cessionnaire."

Article 2

Cet article pose la règle que le projet de 1986 n'est applicable qu'aux ventes et aux prestations de services internationales et non pas aux opérations purement internes. Toutefois, à la différence du fournisseur et du débiteur dont les établissements doivent être situés dans des Etats différents, l'établissement du cessionnaire peut être situé dans l'Etat du fournisseur, dans celui du débiteur ou dans tout autre Etat.

Dans le deuxième paragraphe, l'expression "la relation la plus étroite avec le contrat et son exécution" est ambiguë et devrait être modifiée ainsi: "la relation la plus étroite avec l'exécution des opérations en vertu du contrat en question". En outre, les mots "eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion de ce contrat" sont ambigus et ne peuvent que donner lieu à des litiges. Ces termes devraient être soit supprimés soit substitués par une règle d'interprétation plus précise, par exemple "eu égard à ce qu'ont compris les parties quant au lieu d'expédition et de livraison des marchandises sur lesquelles porte le contrat de vente". Ces termes suivent dans une certaine mesure la règle posée par la section 9-103(1)(c) du Code.

Article 3

Il faut noter que, eu égard aux différences souvent considérables qui existent entre les différents systèmes juridiques à l'égard de la conclusion et des règles de validité des contrats, le projet de 1986 laisse volontairement à la loi nationale applicable en vertu des règles du droit international privé la question des conditions requises aux fins de la validité du contrat d'affacturage et du contrat de vente.

L'article 3 vise en revanche à conférer une validité aux dispositions du contrat d'affacturage portant sur des cessions concernant des créances à naître, en plus des créances existant au moment de la conclusion. Cette règle correspond à celle de la section 9-204(a) du Code. Toutefois, compte tenu du fait que le comité n'a pu jusqu'à présent s'accorder sur la question des priorités entre le cessionnaire et les tiers, les mots "dans les seuls rapports entre les parties au contrat d'affacturage" ont été introduits pour faire apparaître clairement que l'article 3 ne concerne pas les droits des tiers et ne s'applique par conséquent qu'entre le cessionnaire et le fournisseur.

La disposition selon laquelle les créances existantes ou futures peuvent être cédées en vertu d'un contrat d'affacturage sans que celui-ci ne les désigne individuellement, sous réserve qu'elles puissent être déterminées, répond à la règle de la section 9-110 du Code. Toutefois, le libellé pourrait être amélioré par la suppression des mots "elles sont déterminables" et par l'introduction des termes "elles peuvent être raisonnablement déterminées comme étant décrites par le contrat et cédées en vertu de celui-ci".

En vertu de la section 9-203 du Code, la cession de créances futures serait en général valable à l'égard des tiers sous réserve qu'aient été respectées les règles du Code concernant l'opposabilité ("perfection") et les priorités, si l'exigence de l'identification a été remplie, si l'autre partie a exécuté sa prestation et si le fournisseur possède le droit nécessaire sur les créances. Toutefois, la règle de la section 9-203 s'applique sous réserve des lois fiscales et en matière de faillite des Etats-Unis ou du droit de l'Etat posant une règle différente.

A notre avis, les dispositions de l'article 3 concernant le contrat d'affacturage devraient s'imposer aux tiers afin de conférer une plus grande certitude dans la relation de financement, à moins qu'il n'existe une règle contraire spécifique du droit national qui s'applique en vertu

des règles du droit international privé. En outre, conformément à l'article 6, la règle de l'article 3 a des effets à l'égard du débiteur sous réserve des autres exigences prescrites à l'article 6. En conséquence l'on devrait ajouter un autre paragraphe à l'article 3 libellé comme suit:

"Sous réserve des autres articles de la présente Convention qui sont applicables aux débiteurs et aux autres cessionnaires, les dispositions des alinéas a) et b) relatifs au contrat d'affacturage sont également applicables aux débiteurs, aux autres cessionnaires et aux autres tiers, à moins que ces dispositions ne soient pas opposables à ces tiers autres que le débiteur et les autres cessionnaires en vertu de la loi nationale applicable en vertu des règles du droit international privé".

Article 4

Le premier paragraphe de l'article 4 correspond quant au fond aux dispositions de la section 9-318(4) du Code. La limitation qui pèse sur l'efficacité de la cession au factor ne concerne que la prohibition de cession des droits au paiement dû par le débiteur au fournisseur, et non pas l'exécution en vertu du contrat de vente. De ce point de vue, l'article 4 suit le principe contenu dans l'article 55 des Règles et Usances Uniformes relatives aux crédits documentaires, révisé en 1983 (les "RUU"). Cette règle dispense le cessionnaire de la nécessité d'examiner chaque contrat de vente de fournisseurs disposant de ressources financières limitées, qui par conséquent, se trouvent dans une position contractuelle plus faible et qui sont ceux qui ont davantage besoin des services d'affacturage et de financement.

En l'absence de la règle contenue dans l'article 4, le cessionnaire devrait soit se fier aux déclarations du fournisseur (dont les moyens financiers ne lui permettraient guère de faire face à un recours pour rupture de la garantie), soit examiner chacun des contrats de vente du fournisseur qui pourraient être rédigés dans une langue étrangère, ce qui retarderait de façon importante l'accomplissement de l'opération. Le débiteur se trouve en tout état de cause protégé par l'article 7 qui prévoit la compensation des droits existants au moment de la notification de la cession et par l'article 11 du projet révisé en 1986 qui permet d'exclure l'ensemble de la Convention en vertu d'un contrat de vente après notification au cessionnaire, à l'exclusion des créances nées avant une telle notification. En outre, le débiteur conserve ses droits envers le fournisseur à raison des dommages qu'il aurait subis par suite de la rupture de la clause de prohibition de cession.

La section 9-318(4) du Code privant d'effet les prohibitions de cession des droits au paiement a été adoptée il y a plus de vingt ans et a remplacé les lois existantes d'Etats tels que celui de New York: elle n'a donné lieu à aucune injustice et il n'a pas été demandé de l'abroger.

Les membres du comité qui étaient contraires à l'article 4 ont invoqué qu'il dérogeait au principe de la liberté contractuelle, mais cet argument semble oublier le fait que a) la prohibition de cession est souvent stipulée parce que le débiteur possède un pouvoir économique supérieur à celui du fournisseur, b) le fait de priver d'effet la prohibition de cession des droits au paiement ne préjudicie pas les droits du débiteur si le fournisseur a exécuté ses obligations ou si le débiteur peut compenser les dommages qu'il subit par suite de l'inexécution de ces obligations et, c) d'un point de vue pratique si l'on reconnaît la validité de ces prohibitions de cession tout le concept même de l'affacturage international devient illusoire et impossible à mettre en oeuvre.

Il existe en outre un désavantage économique pour les pays tels que les Etats-Unis d'Amérique dont le droit existant reflète la règle du paragraphe 1 de l'article 4 ou qui peuvent accepter une telle règle rendant les prohibitions de cession non valables lorsque les débiteurs sont situés sur leur territoire, par rapport aux pays qui n'acceptent pas une telle règle. Le financement des importations dans les pays favorables à ce principe se trouve facilité par ces lois et ces règles. En revanche, le financement d'exportations depuis les Etats acceptant cette règle se trouve découragé lorsque le débiteur est situé dans un Etat dans lequel les éventuelles prohibitions de cession du droit au paiement en vertu du contrat de vente sont valables. Ce n'est pas une solution réaliste pour le cessionnaire que d'examiner les contrats de vente, qui sont souvent rédigés dans une langue étrangère.

En outre, l'absence d'une disposition qui se trouve dans les RUU ferait de l'affacturage international de créances nées de contrats de vente prévoyant le paiement différé du débiteur, un instrument financier d'une valeur pratique bien inférieure à celle des lettres de crédit.

Pour les raisons susmentionnées, la réserve au paragraphe 2 de l'article 4 ne constitue pas une solution au problème et devrait être supprimée puisqu'elle déroge au but essentiel de l'unification du droit international privé et aux autres buts énoncés dans le préambule.

Si le premier paragraphe de l'article 4 ne devait pas être inclus et si la réserve au second paragraphe n'était pas supprimée, nous ne serions pas en mesure de supporter avec enthousiasme le projet de 1986.

Article 5

Accessoirement à la cession de la créance, le contrat d'affacturage peut prévoir la cession au factor de tous les droits réels que le fournisseur détient en vertu du contrat de vente telle qu'une garantie en paiement du prix de vente ("purchase money security interest"), ou une réserve de propriété, un droit de suite, un droit de rétention etc. Cette règle est conforme à celle du Code. L'opposabilité de ces droits dépend de leur reconnaissance dans l'Etat dans lequel ces droits sont invoqués; par exemple une clause de réserve de propriété contenue dans un contrat de vente conclu en Allemagne pourrait rester sans effet à l'égard de marchandises se trouvant en possession d'un débiteur aux Etats-Unis si la sûreté sur les marchandises ne remplit pas les conditions prescrites par le Code.

Article 6

La règle contenue dans cet article est semblable à celle renfermée dans la section 9-318(3) du Code. Toutefois, l'obligation de payer le cessionnaire se trouve limitée aux créances nées de contrats de vente existants au moment où la notification est donnée. D'un point de vue pratique la notification est habituellement donnée sur chaque facture remise au débiteur de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'énoncer de conditions quant aux notifications concernant des contrats futurs.

Article 7

La règle contenue à l'article 7 est semblable à celle de la section 9-318(1)(a) et (b) du Code. Cependant, les mots "ou tout moyen de défense" devraient être ajoutés après les mots "tout droit à compensation" (en deux endroits) dans le deuxième paragraphe. De plus le concept d'"acceptation" par le débiteur dans la dernière phrase du paragraphe 2 est ambigu puisqu'il peut signifier une reconnaissance écrite, un comportement, un moment des négociations, un usage commercial etc. La référence "conformément à la loi applicable" est elle aussi peu claire. Ces termes pourraient être modifiés de la façon suivante: "lorsqu'il a renoncé à ce droit dans une acceptation par consentement ou dans une reconnaissance, contenus dans un écrit, de la cession", et il faudrait alors supprimer les mots "conformément à la loi applicable".

Article 8

Cet article contient la règle généralement applicable aux Etats-Unis d'Amérique selon laquelle un débiteur ne peut recouvrer auprès du cessionnaire les paiements qu'il a effectué à celui-ci parce que le débiteur dispose d'une action envers le fournisseur, à moins que le cessionnaire ne se trouve pas préjudicié de ce fait (par exemple lorsque le fournisseur dispose d'un compte créditeur auprès du cessionnaire). Il convient de noter qu'en général dans les RUU, le même principe s'applique et pour être au niveau des autres systèmes de financement, l'article 8 devrait rester dans sa forme actuelle.

Article 9

Cet article est semblable dans une certaine mesure à la section 9-317 du Code. Toutefois, cet article atteindrait mieux son but si l'on ajoutait les mots "du contrat d'affacturage, de la cession d'une créance ou" après les mots "du seul fait de" dans le premier paragraphe. En outre, les mots "ou en raison du contrat de vente" devraient être ajoutés à la fin du premier paragraphe. En ce qui concerne le paragraphe 3, afin d'établir une parité de traitement des accords internationaux et de ne pas comprendre par cette référence des accords internationaux auxquels un Etat qui adopterait la Convention ne serait pas partie, cette disposition devrait se lire ainsi:

"Le présent article ne préjudicie pas à la responsabilité du cessionnaire telle qu'elle est prévue en vertu d'un autre accord international conclu ou à conclure qui s'applique au cessionnaire et qui prévoit expressément une règle différente".

Article 10

L'article 10 s'applique à la situation fréquente, dans laquelle le cessionnaire du fournisseur cède les créances à un autre cessionnaire ("factor à l'importation") qui se trouve généralement situé dans l'Etat de l'établissement du débiteur et rend le projet de 1986 applicable au factor à l'importation. Toutefois, eu égard aux diverses dispositions du projet de 1986 relatives à la notification au débiteur, les dispositions de l'alinéa b) devraient être modifiées en supprimant les mots "la notification écrite requise au paragraphe 1 de l'article 6 de la présente Convention" et en introduisant les mots "la notification écrite au débiteur visée ou prescrite par la présente Convention".

Le deuxième paragraphe de l'article 10 résulte des dispositions que doivent contenir les contrats d'affacturage en vertu de la loi d'un Etat particulier.

Article 11

Cet article permet au contrat de vente, après que notification ait été donnée au cessionnaire concernant les créances nées après cette notification, ou bien au contrat d'affacturage, d'exclure l'application de la Convention dans sa totalité mais non en partie. Toutefois, les termes du paragraphe 2 concernant l'exclusion par le contrat de vente est quelque peu ambiguë, notamment sur la question du moment auquel les créances naissent en vertu du contrat de vente. Cette disposition devrait être reformulée comme suit:

"Le contrat de vente de biens peut exclure l'application de la présente Convention, sous réserve qu'une disposition à cet effet ou qu'une disposition exigeant le consentement du débiteur à une cession de créances nées en vertu dudit contrat, n'ait pas d'effet à l'égard d'une cession de créances nées en vertu du contrat dont l'exécution a conféré au fournisseur un droit au paiement avant que le cessionnaire n'ait été informé par écrit de cette exclusion".

Le changement proposé au paragraphe 2 suit dans une certaine mesure la définition des créances à la section 9-106 et l'invalidité des prohibitions de cession de créances dans la section 9-318(4) du Code.

Article 12

Cet article soulève assez peu de controverses et, entre autre, dispose que les buts qui sont énoncés dans le préambule sont applicables aux fins de l'interprétation. Les mots entre crochets doivent être conservés.

Article X

Cet article devrait être supprimé pour les raisons qui ont été exposées ci-dessus à l'article 4.

Article supplémentaire sur les priorités

Une lacune dans le champ des règles de 1986 est le fait que ne s'y trouve énoncée aucune règle sur les priorités entre des droits concurrents sur les créances du fournisseur. En général un tel conflit se présente lors de l'insolvabilité du fournisseur. Ces droits concurrents peuvent en général être classés dans les catégories suivantes:

a) il existe plusieurs cessions de la même créance par le fournisseur ("cessions volontaires") soit par voie de vente soit par voie de sûreté. Bien que l'on ait vu que le factoring non notifié ne rentre pas dans le champ du projet de 1986 conformément à l'article premier, cela n'est pas entièrement vrai. Le factor bénéficiaire d'une cession volontaire peut à l'origine ne pas notifier au débiteur qu'il doit payer conformément à l'article 6, mais à une date ultérieure par convention ou en raison de la défaillance du fournisseur une telle notification peut être donnée au débiteur. A ce moment la cession peut devenir un "contrat d'affacturage" tel qu'il est défini à l'article premier. Par exemple en vertu de l'article 9-502(1) du Code, dans le droit des Etats-Unis d'Amérique le factor bénéficiaire d'une cession volontaire peut à tout moment en raison d'un accord avec le fournisseur et en tout état de cause lors de la défaillance de celui-ci, notifier la cession au débiteur. En conséquence, lorsque le cessionnaire dans une opération d'affacturage non notifiée, notifie les droits qu'il tient du contrat, celui-ci devient un "contrat d'affacturage" tel qu'il est défini à l'article premier si deux des services caractéristiques sont fournis en vertu de ce contrat. La condition concernant le financement sera presque toujours réalisée parce que dans le cas contraire le cessionnaire n'aurait pas un intérêt à faire valoir son droit sur la créance s'il n'a pas avancé de fonds au fournisseur. Ainsi, si l'un quelconque des autres services est fourni, le factor en vertu d'une opération non notifiée se trouverait dans le cadre du projet de 1986. En conséquence chacun des cessionnaires à la suite de cessions volontaires, au moment où le litige concernant la priorité se présente, en général lorsque le fournisseur devient insolvable, se trouvera selon toute probabilité dans le cadre du projet de 1986.

b) Les droits des créanciers du fournisseur porteurs d'un titre ou titulaires d'un privilège sur les créances du fournisseur en vertu de la loi nationale selon les règles applicables de droit international privé par suite d'un non paiement des créances ("créances involontaires").

c) Les créances du syndic de faillite ou d'autres liquidateurs qui reprennent la gestion du fournisseur et ses biens en vertu de la loi nationale applicable ("créances du syndic").

d) Les privilèges du Trésor et les autres créances de l'Etat contre le fournisseur et ses biens en vertu du droit applicable ("créances de l'Etat").

En ce qui concerne la priorité pour les créances involontaires, les créances du syndic et les créances de l'Etat vis-à-vis des droits du cessionnaire sur les créances du fournisseur, l'on peut invoquer des arguments valables relevant de considérations politiques selon lesquelles ces questions doivent être résolues en vertu de loi nationale applicable de l'Etat saisi en vertu des règles du droit international privé.

Cependant, il n'y a pas de raison valable pour laquelle les priorités entre les bénéficiaires de cessions volontaires de créances par le fournisseur ne devraient pas être déterminées par la Convention, notamment parce que leurs accords avec le fournisseur et leurs relations avec le débiteur sont à d'autres égards réglés par la Convention.

Outre ce qui a été précédemment exposé, l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article premier devrait être amendé pour le rendre plus clair, selon les lignes:

"c) la notification de la cession des créances est ou peut être donnée au débiteur à tout moment en vertu du contrat d'affacturage et dans tous les cas au moment ou après l'inexécution aux termes du contrat d'affacturage".

La question se pose alors de savoir quelle règle de priorité doit s'appliquer lorsque le fournisseur a plus d'un cessionnaire à la suite de cessions volontaires d'une même créance et qu'il n'y a pas d'accord entre ces cessionnaires concernant la priorité.

Comme il a été noté ci-dessus et indiqué dans le commentaire préparé par le Secrétariat d'Unidroit, un certain nombre de solutions ont été envisagées. A notre avis, eu égard à la méthode la plus pratique pour se renseigner quant à l'existence d'un autre bénéficiaire d'une cession volontaire et compte tenu de l'importance de la notification dans le projet de 1986, la priorité devrait s'établir par le moment et l'ordre des notifications au débiteur.

Evidemment il ne suffit pas de se conformer aux dires du fournisseur. Mise à part les "doubles cessions" volontaires de la part du fournisseur, celui-ci peut avoir effectué deux ou plusieurs cessions de la même créance sans savoir qu'elles se trouvaient en conflit (par exemple lorsque le

fournisseur a un factor pour les opérations internes, un factor pour les ventes à l'étranger et un autre créancier à qui a été conféré une sûreté sur les stocks et sur le produit de la vente de ces biens). Les recherches quant aux éventuels conflits selon un système d'enregistrement international des notifications des cessions de créances ne sont pas possibles parce qu'il n'existe pas actuellement de tel système international et qu'il est peu probable qu'il en existe un dans un proche avenir. En conséquence la meilleure méthode pour savoir s'il existe un conflit est par l'intermédiaire du débiteur, soit par une enquête spécifique soit par la réponse qu'il donnera à la notification de la cession.

En outre, la notification de la cession au débiteur est un aspect essentiel du projet de 1986. La notification est nécessaire pour qu'un contrat d'affacturage soit soumis aux dispositions du projet de 1986 (en vertu de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article premier) et pour que le débiteur ait l'obligation de payer le factor en vertu de l'article 6. La notification de la cession interrompt les droits de compensation du débiteur prévus au paragraphe 1 de l'article 7.

Il est relativement facile pour un bénéficiaire d'une cession volontaire de se renseigner auprès du débiteur pour savoir s'il a reçu antérieurement notification d'une cession et, dans tous les cas, il est probable qu'il sera rapidement informé par le débiteur quant à une notification antérieure d'une cession après que celui-ci ait reçu la deuxième notification.

Pour les raisons indiquées ci-dessus, les priorités entre les bénéficiaires de cessions volontaires à l'égard des mêmes créances devraient être déterminées par l'ordre de la notification au débiteur.

Il est intéressant de noter que les rédacteurs du Code sont parvenus à une conclusion semblable dans les sections 9-103(3)(c) et 9-312(5) du Code en vigueur aux Etats-Unis, qui établit la priorité entre les bénéficiaires de cessions volontaires de créances appartenant à un fournisseur qui n'a pas d'établissement principal aux Etats-Unis, selon le rang de la notification de la cession au débiteur.

Pour les raisons sus-indiquées, nous recommandons que la disposition suivante soit ajoutée au projet de 1986:

"La priorité des droits sur des créances à l'égard d'un débiteur et sur des sommes versées par celui-ci qui ont été cédées par un fournisseur à plus d'un cessionnaire en vertu de plus d'un contrat d'affacturage est déterminée en faveur du cessionnaire désigné dans la première notification de cession des créances reçue par le débiteur, à moins que les cessionnaires en aient convenu autrement dans un écrit".