

UNIDROIT 1986
Etude LVIII - Doc. 22
(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

Observations des Gouvernements et des Organisations intéressées sur le
texte de l'avant-projet de Convention sur certains aspects de l'affac-
turation internationale établi par le Comité d'experts gouvernementaux lors
de sa première session et sur le commentaire y relatif préparé par le
Secrétariat

Rome, mars 1986

I INTRODUCTION

A la suite de la première session du Comité d'Unidroit d'experts gouvernementaux chargé d'élaborer un projet de Convention sur certains aspects du factoring international tenue à Rome du 22 au 25 avril 1985, le Secrétariat a adressé aux Gouvernements et aux organisations intéressées le texte de l'avant-projet établi par le comité avec un commentaire et une demande d'observations.

Les réponses parvenues au Secrétariat à la date du 28 février émanent des Gouvernements de l'Autriche, de la Finlande, des Pays-Bas, du Royaume-Uni, et de la Suède, ainsi que de deux organisations professionnelles, l'Association of British Factors et Factors Chain International. Toutes réponses qui seront reçues ultérieurement seront soumises au comité lors de sa prochaine session qui se tiendra à Rome du 21 au 23 ou 24 avril 1986.

II OBSERVATIONS GENERALES

SUEDE

Le sentiment général au sein des milieux intéressés est quelque peu mitigé. L'intérêt pratique de la Convention est mis en question par le fait qu'elle ne traite que certains problèmes du factoring international. Certaines personnes consultées ont souligné le fait qu'une Convention ayant une portée aussi limitée pourrait compliquer la situation juridique puisqu'il faudrait toujours se reporter aux législations nationales sur les questions que ne règle pas la Convention. Cependant l'attitude globale à l'égard du projet, notamment celle des établissements financiers, est favorable. Le Gouvernement suédois partage cette attitude envers le projet, et pense que les observations concernant le champ de la Convention devraient être gardées présentes à l'esprit au cours des travaux futurs.

ASSOCIATION OF BRITISH FACTORS

Notre Association est profondément déçue que la Convention en projet ne traite ni de la question de la validité de la cession à l'égard des tiers tels que le syndic de faillite ou l'administrateur judiciaire du fournisseur, ni de la priorité des droits quant aux cessions. A ce propos, l'on ne manquera pas d'observer qu'en réglant seulement la validité de la cession entre le cédant et le cessionnaire, l'on ne fait pas grand chose pour encourager l'usage du factoring: ce n'est habituellement qu'en cas d'insolvabilité du fournisseur que les parties ont besoin d'avoir recours à des règles comme celles que contient le projet de Convention. L'on peut comprendre cependant que compte tenu du temps à disposition et des incidences dans d'autres domaines du droit, comme ceux du droit bancaire et du droit relatif à la faillite, le comité d'étude et le comité d'experts n'aient pas pu élaborer de règles de portée aussi étendue. Toutefois les observations que nous faisons sur chacun des

articles doivent être lues à la lumière de notre opinion que l'utilité de la Convention proposée se trouve amoindrie par l'absence de telle règles.

FACTORS CHAIN INTERNATIONAL

1. Nous regrettons vivement que le projet de Convention n'inclue pas de dispositions relatives aux conflits entre les droits des factors et ceux des tiers. S'il s'agit de faciliter le factoring, ce à quoi, selon le préambule, visela Convention, il est de la plus haute importance pour les sociétés d'affacturage que soient résolues les profondes divergences existant entre les pays sur la question de la priorité de la cession. Nous comprenons qu'il n'a pas été possible de régler ce problème en raison du fait que de très longs travaux seraient nécessaires pour parvenir à des règles uniformes acceptables. Cependant peut-être Unidroit pourrait-il étudier cette question à un stade ultérieur et proposer des solutions qui seraient les bienvenues.

2. Eu égard au fait que le problème des priorités n'a pas été résolu, il est fondamental pour le développement du factoring international que la cession en vertu d'un contrat de factoring puisse être réalisée nonobstant une clause dans le contrat de vente prohibant une telle cession.
(...)

Nous pensons que si l'article 4 était supprimé, le reste de la Convention ne répondrait guère aux besoins du factoring international et que la Convention n'atteindrait pas le but qui était visé.

III COMMENTAIRES ARTICLE PAR ARTICLE DE L'AVANT PROJET DE CONVENTION

Article premier

FINLANDE

Il semble douteux que l'alinéa b) du paragraphe 1 constitue un élément nécessaire ou même approprié de définition dans un contrat de factoring. Etant donné que la notification de la cession est requise dans les articles 6 et 7 qui renferment les dispositions les plus importantes déterminant la situation du débiteur à l'égard du factor auquel la créance a été cédée, la condition énoncée à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article premier en vertu de laquelle le contrat entre le fournisseur et le factor doit prévoir la notification de la cession ne semble servir aucun but nécessaire du point de vue du débiteur. D'autre part, en lisant cette disposition au regard de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 6, l'on pourrait penser que l'intention est d'imposer au débiteur l'obligation d'examiner si la notification donnée par le factor est compatible avec les accords contractuels entre le fournisseur et le factor, ce qui supposerait que cet examen serait une condition pour que le débiteur soit libéré s'il fait le paiement au factor. Si c'était le cas, il semblerait que le débiteur se trouverait dans une situation beaucoup trop difficile. L'exigence de la bonne foi contenue dans

le paragraphe 2 de l'article 6 pourrait difficilement être étendue au point que le débiteur doive procéder à un tel examen. Cependant l'article premier, paragraphe 1, alinéa b) et l'article 6, paragraphe 2, alinéa a) pourraient contribuer à interpréter ainsi l'article 6 paragraphe 2. Puisque la condition énoncée à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article premier n'apparaît pas comme étant un élément nécessaire pour l'application d'autres dispositions de droit matériel du projet de Convention, il semble superflu qu'il soit un élément constitutif de la définition énoncée au paragraphe 1 de l'article premier. Il faudrait donc réfléchir à la suppression de l'alinéa b).

SUEDE

Le commentaire (paragraphe 22) indique que la cession peut se faire soit par voie de vente à proprement parler, soit par un prêt d'argent garanti par les créances; or d'après l'alinéa a) du paragraphe premier, cela ne serait pas une condition nécessaire. Si le factor se contentait d'offrir une protection contre les risques du crédit et la tenue des comptes, sans verser d'argent au fournisseur, la Convention devrait sans doute s'appliquer. La cession des créances au factor dans ces cas est considérée par les établissements financiers suédois comme étant une vente à proprement parler.

Le projet ne dit rien sur la question de savoir si le contrat de vente de biens doit ou non revêtir la forme d'un écrit. L'opinion de la Suède est que les contrats conclus oralement devraient aussi être acceptés.

Article 2

FINLANDE

La disposition liminaire de l'article 2 qui dispose que la Convention s'applique à un contrat d'affacturage dans la mesure où il concerne des créances nées d'un contrat de vente internationale de biens semble trop restrictive eu égard au fait que plusieurs des dispositions les plus importantes du projet de Convention traitent des relations entre le débiteur et le factor auquel les créances ont été cédées en vertu du contrat d'affacturage. Une formulation qui indiquerait que la Convention régit les principaux aspects de la relation tripartite résultant d'une opération de factoring serait préférable.

Le projet de Convention ne contient aucune disposition précisant l'établissement, parmi ceux qu'une partie peut posséder, qui doit être pris en considération aux fins de déterminer l'application de la Convention. Une telle disposition se trouve par exemple dans l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et l'on devrait inclure une règle de ce type dans le présent projet de Convention.

Les critères énoncés à l'article 2 aux fins de l'application de la Convention semblent appropriés et sont acceptables.

ASSOCIATION OF BRITISH FACTORS

Nous estimons que l'alinéa a) sera normalement le facteur déterminant quant au champ d'application géographique de la Convention. Comme nous l'avions indiqué durant la réunion du comité d'experts gouvernementaux en avril 1985, la question de savoir si les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant au contrat d'affacturage et au contrat de vente de biens échappera bien souvent à la connaissance même d'un juriste compétent. Il sera certainement impossible pour une personne partie à une opération de factoring de répondre à une telle question. Nous pensons donc que l'alinéa b) de l'article 2 pourrait être supprimé.

En ce qui concerne la différence entre la version française et la version anglaise du projet, nous pensons que les mots à la première ligne devraient être "relativement à" ("in relation to") et non pas seulement "à", parce que le contrat d'affacturage pourrait aussi couvrir des opérations internes. Le mot "à" entraînerait l'application de la Convention à l'ensemble du contrat et non pas seulement à la partie du contrat qui concerne des opérations internationales.

FINLANDE

Cet article traite de la validité de la cession de créances existantes et futures qui ne sont pas individuellement désignées. Conformément à la disposition liminaire, cet article ne concerne la validité de la cession qu'entre les parties au contrat d'affacturage; l'objet de cette disposition est d'indiquer que l'article ne vise pas à régler la question des priorités entre le factor et les tiers, à savoir les autres créanciers du fournisseur, à l'égard de créances. Cependant, dans le contexte du factoring, la question de la validité de la cession de créances futures ou d'autres créances qui n'ont pas été individuellement désignées au moment de la cession revêt une importance non seulement entre les parties au contrat d'affacturage mais aussi pour le débiteur. Le présent texte ne règle pas le problème qui pourrait se poser si le débiteur soulève l'objection que la cession de créances futures au factor n'est pas valable. Il semble évident que cet aspect du problème ne devrait pas être laissé à l'empire de la loi nationale applicable puisque la nécessité de réglementer la validité de la cession de créances futures dans le projet de Convention concerne tant le contrat d'affacturage que l'obligation du débiteur.

L'alinéa b) de cet article dispose que dans les rapports entre les parties au contrat d'affacturage, une clause du contrat en vertu de laquelle les créances futures sont cédées opère le transfert des créances au cessionnaire dès leur naissance. Les implications de cette disposition ne sont pas tout à fait claires. Le libellé dit explicitement que cette disposition ne concerne que les aspects de la relation entre les deux parties au contrat d'affacturage, de la cession de créances futures. Cependant le sens de l'alinéa b) dans ce contexte n'est pas entièrement clair. Le contrat d'affacturage est un contrat bilatéral, synallagmatique. Dans ce type de contrats, une partie peut être en droit de ne pas exécuter son obligation tant que l'autre partie ne s'est pas acquittée de celle qui est sa charge. En conséquence, selon le droit général des obligations, la cession de créances par le fournisseur au factor peut être soumise à la condition que le factor exécute ses obligations - par exemple, qu'il verse le solde dû au fournisseur pour les créances en question.

On peut se poser la question de savoir si l'alinéa b) de l'article 3 est destiné à modifier la situation du fournisseur à ce sujet, ou s'il ne vise qu'à dire clairement qu'un acte matériel de transfert n'est pas nécessaire pour chacune de créances pour constituer une cession valable. Le sens de la phrase "opère le transport des créances au cessionnaire dès leur naissance" semble donc appeler des éclaircissements.

ASSOCIATION OF BRITISH FACTORS

(Articles 3 et 5)

Les raisons de limiter la portée des règles à la validité entre les parties au contrat, la question des droits des tiers et des priorités en cas d'insolvabilité du fournisseur, étant laissé de côté, sont exposées aux paragraphes 31 et 38 respectivement du commentaire. C'est pour ces mêmes raisons que la limitation des règles est fort décevante: comme on l'a indiqué dans les paragraphes liminaires de nos observations, pour offrir en toute sécurité des services de factoring aux petites entreprises, lesquelles dans l'intérêt de la plupart des économies devraient être encouragées, il est nécessaire que le factor puisse être assuré que son droit de propriété sur les créances sera protégé contre les droits des tiers et qu'il pourra le faire valoir en cas d'insolvabilité du fournisseur. Il semble que tels que se présentent ces articles, ils n'apporteront guère d'amélioration en ce sens.

Article 4

AUTRICHE

Cette disposition devrait être supprimée pour les raisons rapportées dans le commentaire du projet de règles uniformes. Cette disposition restreint

la possibilité pour le débiteur de convenir avec le créancier du contenu de son obligation, et de constituer une créance non transférable. L'on ne peut oublier que le débiteur n'est pas partie au contrat d'affacturage et que ce contrat ne place pas le débiteur dans une position plus favorable. De ce point de vue, il serait injustifié de restreindre les moyens du débiteur. La disposition écarte aussi en partie le principe de l'autonomie des parties; cela ne peut être justifié par le but de la Convention, qui est de faciliter le factoring international.

Enfin, il existe le problème plus général de savoir si une clause de prohibition de cession de créances doit produire des effets entre les parties seulement ou aussi vis-à-vis des tiers. Il serait en conséquence inopportun de résoudre ce problème dans une Convention qui est limitée aux seuls contrats de factoring. La validité d'une cession effectuée en violation d'une telle clause ne devrait pas varier selon que la créance a été cédée en vertu d'un contrat de factoring ou en vertu d'un autre type de contrat. Si c'était le cas, le débiteur ne pourrait pas connaître l'effet de la clause de prohibition.

FINLANDE

La disposition contenue dans cet article devrait être supprimée. Le débiteur peut avoir un intérêt légitime à stipuler dans le contrat une clause prohibant au fournisseur de céder les créances issues de la relation commerciale qui s'est établie entre eux. Le fait que la cession d'une créance limite l'exercice par le débiteur de son droit de compensation relatif à des actions que le débiteur peut invoquer après qu'il ait reçu avis de la cession peut être une raison d'inclure une clause de prohibition dans le contrat. La possibilité qu'un débiteur, lorsqu'il est la partie dans la plus forte position contractuelle, puisse imposer une clause de ce type au fournisseur sans raison valable peut difficilement être vue comme une raison suffisante pour priver d'effets de façon générale ces clauses contractuelles.

Il semble en outre que l'analyse dans laquelle l'article 4 trouve sa justification est incomplète. Apparemment cette analyse part du principe qu'une disposition contractuelle entre le débiteur et le fournisseur prohibant la cession d'une créance priverait la cession d'effets, de sorte que le factor à qui la créance a été cédée ne pourrait pas faire valoir la cession. Cependant le fait que le fournisseur agit en violation de son contact avec le débiteur lorsqu'il cède la créance, ne signifie pas nécessairement que la cession devient sans effet et que le factor ne peut pas s'en prévaloir. L'article 4 du projet semble trouver sa justification dans le fait que le factor aurait le devoir d'examiner si le fournisseur a limité contractuellement son droit de céder des créances. Une telle hypothèse n'est guère juste. L'on peut donc s'interroger quant à savoir s'il est dans les intérêts des factors d'inclure une disposition de ce type.

En droit finlandais, il semble que le factor ne serait dans l'impossibilité de faire valoir la cession que s'il savait effectivement que la cession était faite en violation du contrat entre le fournisseur et le débiteur, et qu'à l'égard des circonstances, il serait injuste que le factor

PAYS BAS

En ce qui concerne l'article 4, nous avons la même opinion que celle que certaines délégations ont exprimé lors de la réunion à Rome. Bien qu'il faille reconnaître qu'une disposition telle que l'article 4 permettrait le développement du factoring international, l'on voit difficilement comment peut se justifier une dérogation à l'un des principes fondamentaux du droit des obligations à savoir, l'autonomie des parties. Les variantes A et B qui ont été proposées pendant la réunion soulèvent trop de problèmes. La seule solution semble être de supprimer l'article 4.

ROYAUME-UNI

Nous appuyons fermement le maintien de l'article 4, auquel la profession des factors attache une grande importance. Il y a deux raisons pour lesquelles les débiteurs peuvent souhaiter stipuler des clauses de prohibition de cession. En premier lieu, ils écartent de la sorte le risque de ne pas tenir compte d'une notification de cession et de devoir alors payer une seconde fois, au cessionnaire, après avoir payé au premier créancier. Deuxièmement, la prohibition de cession permet au débiteur d'exercer contre le factor son droit de compensation relatif à des nouvelles actions qui naîtraient à l'égard de son premier créancier.

Cependant à notre avis ces arguments, quoique légitimes, sont contrebalancés par les sérieux inconvénients exposés ci-dessous, que comporte la possibilité d'opposer au factor des clauses de prohibition de cession.

1. Le factor ne peut pas examiner chaque contrat. Il doit présumer que les créances sont cessibles. Le droit d'opposer au factor des clauses de prohibition de cession constitue donc un grave obstacle à la mobilisation des créances, particulièrement au niveau international.
2. De nombreux débiteurs sont dans une position leur permettant d'imposer leurs conditions dans le rapport commercial. Il peuvent notamment obliger le fournisseur à leur consentir du crédit non garanti. Si l'on permet à ces débiteurs de s'opposer à la cession, alors non seulement le fournisseur ne disposera pas de garantie mais il ne pourra pas se prévenir contre le risque en cédant la créance par une opération de factoring.

Enfin, l'éventualité pour le débiteur de négliger la notification de la cession est réduite par les dispositions de l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 6.

L'article 4 a donné lieu à une large controverse et plusieurs solutions alternatives complexes ont été proposées. L'avis des représentants des organismes de factoring était que l'article 4 devrait être soit maintenu soit supprimé mais que s'il ne devait pas être adopté dans sa forme actuelle, ils préféreraient le voir entièrement supprimé plutôt que d'accepter l'une des solutions de remplacement proposées.

SUEDE

Les arguments en faveur de cet article sont nombreux. Il constitue cependant une dérogation fondamentale au principe de l'autonomie des parties et devrait donc être supprimé.

ASSOCIATION OF BRITISH FACTORS

Les arguments qui s'opposent à l'inclusion de l'article 4 sont pour l'essentiel basés sur l'hypothèse que ses dispositions dérogeront au principe de la liberté des partenaires commerciaux de contracter comme ils l'entendent.

Ce n'est pas ici le cas. Les dispositions n'empêchent pas d'inclure une prohibition de cession dans les contrats de vente, et elles n'ont pas non plus pour effet d'invalider une telle prohibition. En fait, elles laissent intacts tous les moyens de défense dont dispose l'acheteur envers le vendeur pour rupture de la clause du contrat de vente prohibant la cession.

Cependant, l'objet des dispositions est de mettre à l'abri le factor, en tant qu'acquéreur d'une créance, contre le risque d'une sanction financière injuste, à savoir l'impossibilité de recouvrer les sommes qu'il a déboursées de bonne foi. Il est fort improbable que le factor connaisse l'existence de la clause de prohibition; il n'est pas possible pour des raisons administratives, que le factor qui a constamment affaire à une multitude d'opérations d'assez faible importance, examine tous les contrats de vente de ses clients.

L'on n'exagère rien en disant que s'ajoutant à la limitation que posent les articles 3 et 5 aux règles, la suppression de l'article 4 mutilerait la Convention au point qu'elle n'aiderait guère au développement du commerce international. Il semble que l'on se trouverait alors dans un cas de "parturiens montes, nascitur ridiculus mus".

Enfin, nous réitérons la vive recommandation que l'article soit maintenu. Telle qu'elle est actuellement, la Convention sans un tel article n'aiderait en rien le développement du factoring, et partant, du commerce international.

FACTORS CHAIN INTERNATIONAL

Eu égard au fait que le problème des priorités n'a pas été résolu, il est fondamental pour le développement du factoring international que la cession en vertu d'un contrat de factoring puisse être réalisée nonobstant une clause dans le contrat de vente prohibant une telle cession.

En d'autres termes, le factor doit avoir le droit absolu de recouvrer les créances auprès des débiteurs. Aussi qu'on l'a dit lors de différentes réunions d'Unidroit:

a) Le factoring international facilite particulièrement les exportations de petites et moyennes entreprises, et de plus en plus, d'entreprises situées dans des pays en développement.

b) La prohibition de cession est souvent utilisée par de grandes entreprises dans quelques pays, mais ayant un rôle économique important.

c) Le factoring traite des centaines de créances d'un montant relativement faible. Cela représente une charge administrative pour le factor que de contrôler si les contrats de vente contiennent une telle clause de prohibition. Cet élément serait certainement de nature à entraver le développement du factoring international.

Nous pensons que si l'article 4 était supprimé le reste de la Convention ne répondrait guère aux besoins du factoring international et que la Convention n'atteindrait pas le but qui était visé.

Article 5

FINLANDE

Selon le commentaire, cet article est avant tout destiné à assurer la validité du transfert de droits dérivant de contrats de vente futurs. Dans le texte du projet cependant, il n'est fait aucune mention des ventes futures. Il semble donc que cet article est dépourvu de l'élément essentiel. La validité d'un transfert de droits dérivant d'un contrat déjà conclu ne soulève guère de doutes dans les systèmes juridiques nationaux.

ASSOCIATION OF BRITISH FACTORS

Voir les observations sous l'article 3.

Article 6

FINLANDE

Le libellé du paragraphe 1 ("le débiteur est tenu de payer le cessionnaire") a été selon le commentaire, préféré par le comité d'experts à la formulation antérieure qui disait que la cession est opposable au débiteur. Le libellé actuel pose cependant le problème qu'en vertu du paragraphe 1, le débiteur est toujours tenu de payer le cessionnaire si les conditions des alinéas a) à c) sont satisfaites, tandis que le paragraphe 2 dispose que le paiement conformément au paragraphe 1 libère le débiteur seulement s'il a fait le paiement de bonne foi et sans connaître l'existence d'une demande d'une autre personne en paiement de la créance. Ce texte semble donc suggérer que même si le débiteur connaissait l'existence d'une demande d'une autre personne ou s'il ne satisfaisait pas à l'exigence de la bonne foi, il restait tenu de payer le factor, mais ne se trouvait pas libéré. Ce n'est évidemment pas le sens que l'on a visé dans cet article. La formulation antérieure, qui a été rejetée par le comité, faisait mieux face à ce problème, même si elle était moins explicite quant à la question traitée dans le paragraphe 1.

La condition énoncée à l'alinéa a) du paragraphe 1 selon laquelle la notification de la cession doit être donnée par le fournisseur, ou par le cessionnaire en vertu d'un pouvoir conféré par le fournisseur, fait naître des doutes. Le sens et les implications de cette exigence ne sont pas clairs et l'on s'interroge sur les raisons de l'adopter. C'est dans l'intérêt du factor que la notification de la cession est faite au débiteur et il est donc raisonnable que la notification puisse être donnée non seulement par le fournisseur mais aussi par le factor. Cependant, la notification donnée par le factor ne constitue pas en soi une preuve aussi certaine de la cession qu'elle ne l'est lorsqu'elle est donnée par le fournisseur, et ne suffit pas à elle seule à créer l'obligation pour le débiteur de payer le factor. L'exigence retenue dans le projet selon laquelle la notification du factor doit être donnée "en vertu d'un pouvoir conféré par le fournisseur" paraît beaucoup trop vague et se prête à des interprétations trop divergentes pour une réglementation précise dont la nécessité est évidente dans la disposition visée. Le libellé adopté dans le projet donne lieu à des incertitudes notamment pour les systèmes juridiques dans lesquels une notification émanant du cessionnaire suffit toujours à s'opposer à la libération du débiteur lorsque celui-ci paye son créancier originel, mais qui requièrent en revanche, que la notification donnée par le cessionnaire soit accompagnée d'un écrit apportant la preuve de la cession pour que le débiteur se trouve libéré lorsqu'il a payé le cessionnaire et qu'il s'avère ultérieurement que la cession n'était pas valable. Les projets de dispositions de l'article 6 ne sont pas fondés sur une distinction de ce type entre les conditions dans lesquelles le débiteur ne peut plus se libérer en payant le fournisseur, et celles qui permettent au débiteur de se libérer en payant le facteur même si en réalité la cession donnant

au factor le droit au paiement n'était pas valable. Ces deux aspects semblent avoir été combinés par la référence actuelle assez obscure au pouvoir donné par le fournisseur. Selon le commentaire, l'intention était d'indiquer que "le débiteur doit avoir des motifs raisonnables de croire à l'existence du pouvoir du factor", les questions de la forme du pouvoir étant laissées à la compétence de la loi applicable. Il paraît essentiel que le projet d'articles et le commentaire soient plus précis sur ce point. Il serait malheureux que la présente question soit laissée à l'empire de la loi nationale applicable dans la mesure que le projet de texte semble indiquer.

ASSOCIATION OF BRITISH FACTORS

Là encore, le fait que l'article ne protège pas le factor contre les droits des tiers et les prétentions relatives à la priorité réduit considérablement l'utilité de ces dispositions.

Article 7

FINLANDE

En vertu du paragraphe 2, le débiteur peut exercer contre le cessionnaire tout droit de compensation relatif à des droits ou actions existants contre le fournisseur, sous réserve que le débiteur puisse invoquer ce droit de compensation à l'époque où il a reçu avis de la cession. Le sens de cette condition n'est pas tout à fait clair puisque ni le texte lui-même, ni le commentaire n'apportent de précision sur le moment auquel le débiteur peut invoquer le droit de compensation. Eu égard à l'importance de cette disposition, un éclaircissement sur ce point semble nécessaire. L'on peut penser que la formulation retenue dans le projet du texte est destinée non seulement à indiquer que le débiteur doit être devenu créancier d'un droit avant d'avoir reçu avis de la cession mais à poser la condition générale que la créance doit être exigible au moment où l'avis de la cession est donné au débiteur. Cependant dans le cas où la date d'exigibilité de la créance du débiteur n'a pas été préalablement déterminée, par exemple lorsque le débiteur dispose d'une action contractuelle en dommages-intérêts contre le fournisseur, l'on peut interroger sur le moment auquel le débiteur peut invoquer son droit de compensation dans le contexte et selon le sens de la présente disposition.

SUEDE

Pour ce qui est du droit de compensation en droit suédois, il n'est pas toujours nécessaire que le débiteur puisse invoquer son droit dans le sens que moment est venu où il doit exécuter sa prestation. En tout état de cause, le contenu exact des mots "peut invoquer" est peut-être une question que l'on devrait laisser à la loi nationale.

ASSOCIATION OF BRITISH FACTORS

(Ancien article 9)

La suppression de la disposition écartant la responsabilité du factor après que le débiteur ait fait paiement paraît illogique. Lorsque le débiteur a payé, sa relation avec le factor est terminée et si celui-ci n'a pas fourni de service de financement au fournisseur en faisant un paiement anticipé, il devra alors payer aussitôt le fournisseur. Aussi, s'il apparaît ultérieurement que le débiteur n'aurait pas dû payer, il n'y aura pas eu d'enrichissement injuste du factor. Le débiteur garde le droit de demander remboursement au fournisseur et il semble illogique qu'en cas d'insolvabilité de celui-ci, le factor puisse devoir payer à la place du fournisseur. L'illogisme vient du simple fait que le débiteur, qui est étranger au contrat d'affacturage, se trouvera dans une position beaucoup plus avantageuse.

Article 8

ROYAUME-UNI

L'article 8 révisé constitue la meilleure solution de compromis possible. Il vise à assurer que le factor par le seul fait qu'il a acquis la propriété des biens en vertu du contrat de factoring, n'encourra pas la responsabilité d'un propriétaire, puisqu'il n'a pas mis les biens en circulation dans le commerce et qu'il n'a jamais matériellement possédé les biens. La situation est différente lorsque par exemple le factor exerce son droit de reprendre les biens qui ont été rendus, et dispose de ceux-ci par la suite. Dans ce cas, il agit comme un commerçant et il n'y a pas de raison de l'exonérer de responsabilité.

SUEDE

Il faudrait davantage réfléchir à l'opportunité de traiter de la responsabilité du factor envers tous les tiers -comme le libellé de l'article l'indique- dans une Convention que ne régit que les relations entre le fournisseur, le débiteur et le factor.

Article 9

(réponses aux questions 1 à 5 contenues dans le paragraphe 58 du commentaire)(1)

AUTRICHE

1. Oui; la Convention ne devrait s'appliquer aux cessions successives que si elle est applicable à la première cession. Dans le cas contraire, chacune des cessions successives pourrait être soumise à des lois différentes, ce qui n'est pas souhaitable.
2. a) Non; la Convention devrait s'appliquer sans distinguer selon que les cessions ont ou non lieu dans le cadre d'un contrat de factoring. Cette solution garantit que la première cession et

les cessions successives seront soumises à la même loi (à savoir la Convention). Cela permet la clarté en général et protège aussi en particulier les intérêts du débiteur.

b) Non; une cession qui ne satisfait pas aux critères de l'article premier ne doit pas être qualifiée de contrat d'affacturage car il y aurait sinon une confusion quant au sens de ces termes.

c) Puisque la cession successive n'a pas à être effectué en vertu d'un contrat d'affacturage, il n'est pas nécessaire que le cessionnaire dans la cession successive soit une entreprise d'affacturage.

3. Il n'est pas nécessaire que le cessionnaire successif ait son établissement dans un Etat contractant: dès lors que la Convention est applicable à la cession d'une créance, elle devrait rester applicable aux cessions successives de cette créance.

4. Oui; dans l'intérêt de la certitude il faudrait indiquer que le cessionnaire dans la cession successive peut donner notification de cette cession lorsqu'il a reçu pouvoir pour le faire.

5. La première solution est préférable. Les droits de compensation que le débiteur peut exercer contre le deuxième cessionnaire doivent être relatifs à des droits ou actions existants contre celui-ci ou contre le fournisseur.

FINLANDE

1. La possibilité d'appliquer le projet de Convention aux cessions successives de créances soulève un certain nombre de questions délicates. Etant donné que la cession successive des créances par le factor est une opération qui ne pose pas nécessairement des problèmes différents de ceux qui existent pour toute cession de créance, la question essentielle est de savoir dans quelle mesure il est souhaitable d'étendre le domaine du présent projet de Convention. Le principal argument que l'on peut avancer en faveur de l'inclusion de dispositions relatives aux cessions successives dans une Convention sur le factoring international est la nécessité d'assurer que les règles applicables à une opération de factoring restent les mêmes y compris lorsqu'une cession successive a lieu. Il semble donc opportun de restreindre l'application du projet de Convention aux cessions successives aux cas où la première cession était régie par elle.

2. a) De façon à ne pas étendre à l'excès l'application de la Convention sur le factoring, c'est à dire à des situations que

l'on n'aurait pas prévues, il semble souhaitable que le projet de Convention ne régit que les cessions successives qui peuvent être considérées comme relevant de la pratique habituelle en matière de factoring comme les cessions faites par un factor à l'exportation à un factor à l'importation. Si l'on s'en tient aux opérations considérées comme habituelles dans le factoring international, l'on peut difficilement exiger que tous les critères énoncés au paragraphe 1 de l'article premier soient satisfaits pour ce qui est du contrat entre le (premier) factor et son cessionnaire. Les services énumérés à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article premier, par exemple, ne sont sans doute pas des éléments que l'on trouve habituellement dans un contrat entre un factor à l'exportation et un factor à l'importation.

b) Le problème visé à la question 2 b) du paragraphe 58 du commentaire relève de la technique rédactionnelle mais l'on pourrait réserver les termes "contrat d'affacturage" au contrat entre le fournisseur et le factor.

3. L'on a suggéré ci-dessus que l'application du projet de Convention à la première cession devrait être une condition de son application à toute cession successive. Pour ce qui est des conditions supplémentaires, à savoir celles qui ont trait au cessionnaire dans la cession successive, il conviendrait peut-être de réfléchir à la solution déjà adoptée dans l'article 2. Si l'on suivait cette solution, la Convention en projet serait applicable lorsque le cessionnaire successif a son établissement dans un Etat contractant ou lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant à la cession successive.

4. Pour ce qui est de l'article 6, paragraphe 1, alinéa a), les raisons qui militent en faveur du droit pour le factor de donner notification au débiteur de la cession sont les mêmes qui doivent permettre au cessionnaire successif de donner notification de la cession qui lui a été faite.

5. Il paraît évident que le droit de compensation que le débiteur peut exercer contre un cessionnaire successif devrait se rapporter non seulement aux droits et actions existants contre le fournisseur mais aussi aux droits et actions éventuels contre le premier cessionnaire à savoir le factor.

PAYS BAS

1. Non. La Convention peut s'appliquer à une cession successive même si elle ne s'est pas appliquée à la première cession.

2. a) Il arrive fréquemment que le factor à l'exportation et le factor à l'importation ne concluent pas un contrat à proprement parler mais utilisent des méthodes plus simples de cession, comme par exemple un formulaire, qui ne remplit pas les critères énoncés au paragraphe 1 de l'article premier. Cette pratique ne soulève pas de problèmes. Il ne semble donc pas y avoir de raison d'exiger un contrat que satisfasse à tous les critères mentionnés.

b) Sices critères ne sont pas satisfaits, un tel contrat ne peut être qualifié de "contrat de factoring", mais il ne semble pas nécessaire que ce contrat doive être qualifié comme tel. L'article 9 ne vis-t-il pas à étendre l'application de la Convention aux cessions successives sans égard au fait que ces cessions constituent des contrats d'affacturage au sens de la Convention?

c) Oui; si le cessionnaire dans la cession successive n'est pas une entreprise d'affacturage, la Convention s'appliquerait aussi au recouvrement des créances effectuée par un organisme d'encaissement.

3. Oui.

4. Si le cessionnaire est une entreprise d'affacturage - ce qui à notre avis devrait être le cas -, une disposition spéciale n'est pas nécessaire puisque l'article 6 s'appliquerait. Il est fréquent en pratique que le factor à l'exportation donne avis au débiteur de la cession au factor à l'importation. L'article 9 devrait disposer par exemple qu'une nouvelle notification du factor à l'exportation n'est pas requise.

5. Le fait qu'il ait deux cessions des créances ne doit pas placer le débiteur dans une position moins favorable mais il ne doit pas non plus se trouver avantagé. Cela signifie que les droits de compensation que le débiteur peut exercer contre le deuxième cessionnaire doivent être relatifs à des droits ou actions existant contre le fournisseur et qu'il pouvait invoquer à l'époque où il a reçu avis de la première cession.

ROYAUME-UNI

1. Oui. Si la première cession n'est pas régie par la Convention, la deuxième ne doit pas l'être non plus.

2. a) Si la première cession est régie par la Convention, la cession successive doit aussi être régie par elle parce que le second cessionnaire reprend un contrat soumis à la Convention. D'ailleurs il ne serait pas possible d'inclure tous les critères qui sont requis pour la première cession puisque le droit du factor à l'exportation sur les créances ne provient pas d'un contrat de vente.

qu'il aurait lui-même conclu avec son client.

b) Il n'est pas nécessaire de qualifier la seconde session de "contrat d'affacturage" si la cession indique que la Convention doit s'appliquer.

c) Il n'est pas même nécessaire que le premier cessionnaire soit une entreprise d'affacturage et il ne semble d'ailleurs pas souhaitable d'indiquer qu'il doive l'être puisque "entreprise d'affacturage" n'est pas défini si ce n'est par référence aux conditions énoncées dans le paragraphe 1 de l'article premier, lesquelles comme on l'a indiqué ci-dessus, sont à plusieurs égards inapplicables à la seconde cession. Il serait préférable de remplacer "un autre cessionnaire" et "le cessionnaire suivant" par "(une) partie".

3. Puisque le cessionnaire se voit céder un contrat régi par la Convention, il n'est pas nécessaire que lui aussi ait son établissement dans un Etat contractant. Du reste, si les conditions de l'article 2 sont satisfaites pour le contrat d'affacturage, elles n'ont pas à être aussi satisfaites s'agissant de la seconde cession.

4. Les conditions énoncées aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'article 6 doivent être remplies si le débiteur doit payer le second cessionnaire. Le débiteur doit être protégé dans ce cas. Il s'en suit qu'il faudrait préciser que le second cessionnaire peut donner avis de la seconde cession.

SUEDE

Il faut indiquer que les établissements financiers suédois sont d'avis que ces questions devraient être réglées contractuellement entre les sociétés d'affacturage.

1. Oui, mais il faudrait prendre en considération la possibilité pour les parties de déroger à la Convention.

2-3. Etant donné que la Convention contient certaines dispositions qui concernent le débiteur, il serait souhaitable que la Convention s'applique même s'il y a un changement de factors. Il est toutefois difficile de dire jusqu'à quel point ce principe doit être mis en oeuvre.

4. Une telle disposition dans ce sens ne semble pas nécessaire.

5. La meilleure solution semble être que le droit de compensation puisse être exercé dans les deux cas.

ASSOCIATION OF BRITISH FACTORS

1. L'on pense que la réponse à cette question devrait être affirmative. Si ce n'était pas le cas, des opérations non couvertes en vertu de l'article premier se trouveraient placées dans le champ de la Convention.

2. a) La réponse devrait être négative. Il semble que si la première cession remplit les critères énoncés aux alinéas a), b) et c) du paragraphe 1 de l'article premier, la deuxième session devrait être soumise au champ d'application de la Convention. Il serait presque impossible que la seconde cession satisfasse à tous ces critères, puisque s'agissant du factor à l'exportation il ne s'agit pas de son contrat de vente.

b) L'on pense que la réponse à cette question doit être affirmative, sous réserve que la première cession concerne des opérations couvertes par les alinéas a) b) et c) du paragraphe 1 de l'article premier.

c) La réponse devrait être affirmative. Si ce n'était pas le cas, la mention du mot "factor" dans la version anglaise risquerait de perdre toute utilité.

3. Pour la raison exposée dans la réponse à la question 1, l'on pense que la réponse à cette question doit être affirmative.

4. Là encore, la réponse est affirmative. Le deuxième cessionnaire est habituellement plus proche du débiteur et s'exprime dans la même langue, il est en conséquence mieux placé pour donner la notification ou la confirmer.

5. Dans le factoring international où deux factors interviennent il est tout à fait inhabituel de donner deux notifications de la cession. En général la première cession n'est pas notifiée. Les deux cessions se succèdent à peu de temps d'intervalle et si les deux cessions étaient notifiées, cela créerait une certaine confusion pour le débiteur. Nous ne pensons donc pas que la question doive être couverte.

FACTORS CHAIN INTERNATIONAL

1. L'application de la Convention à la première cession doit être une condition nécessaire pour l'application éventuelle de la Convention à une cession successive. Le contrat entre le factor à l'exportation et le factor à l'importation résulte du contrat

d'affacturage conclu entre le fournisseur et le facteur à l'exportation.

2. a) Le contrat successif de cession ne doit pas nécessairement satisfaire à tous les critères énoncés à l'article premier. Le deuxième contrat par exemple n'est certainement pas un contrat de vente de biens.

b) Les deux contrats sont des contrats d'affacturage quoiqu'ils soient certainement de type différent; le premier, entre le fournisseur et le factor à l'exportation sert de base au second, entre le factor à l'exportation et le factor à l'importation. Il est donc nécessaire comme on l'a dit à la question 1 que le premier contrat satisfasse aux critères posés à l'article premier.

c) Le cessionnaire dans une cession successive doit être une entreprise d'affacturage.

3. Il faut que le factor à l'importation-le cessionnaire successif-ait son établissement dans un Etat contractant.

4. Habituellement, le deuxième cessionnaire est un factor dans le pays du débiteur. Dans les opérations de factoring international il a des obligations très importantes. Le recouvrement, la protection contre les risques du crédit etc... Il devrait donc pouvoir donner notification de la cession au débiteur lorsqu'il a reçu pouvoir pour le faire.

La pratique des sociétés de factoring est de donner une seule notification au débiteur que les créances ont été cédées au factor à l'importation (le cessionnaire).

A N N E X E

Les questions contenues dans le paragraphe 58 du commentaire étaient les suivantes:

1. L'application de la Convention à la première cession (entre les parties au contrat d'affacturage visées à l'article premier) doit-elle être une condition nécessaire pour l'application éventuelle de la Convention à une cession successive?

2. a) Le contrat de cession successive doit-il nécessairement satisfaire à tous les critères énoncés aux alinéas a), b) et c) du paragraphe 1 de l'article premier, pour être visé par la Convention?

b) Si tous les critères énoncés aux alinéas a), b) ne sont pas nécessairement requis dans le cas d'une cession successive, peut-on néanmoins qualifier de "contrat d'affacturage" le contrat de cession successive?

c) Le cessionnaire dans le cas d'une cession successive doit-il être une "entreprise d'affacturage"?

3. Sans préjudice de la réponse apportée à la question 1) (qui conditionne l'exigence que le fournisseur ait son établissement dans un Etat contractant, ou bien qui rend indifférent le lieu de son établissement), est-ce qu'aux fins d'application de la Convention aux cessions successives, outre le débiteur et le cessionnaire, le cessionnaire successif doit avoir son établissement dans un Etat contractant?

4. S'agissant des dispositions de l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 6, faut-il en cas de cession successive que le cessionnaire successif puisse donner notification de cette cession au débiteur, en vertu d'un pouvoir qui lui a été conféré?

5. S'agissant des droits de compensation que le débiteur peut exercer contre le deuxième cessionnaire, doivent-ils être relatifs seulement aux droits ou actions existants contre le fournisseur et que le débiteur peut invoquer à l'époque où il a reçu avis de la première cession, ou aussi aux droits et actions existants contre le premier cessionnaire et que le débiteur peut invoquer à l'époque où il a reçu avis de la deuxième cession?