

UNIDROIT 1986
Etude LVIII - Doc. 23
(Original: français)

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

Propositions du Secrétariat relativement au texte de l'avant-projet de
Convention sur certains aspects de l'affacturage international établi
par le comité d'experts gouvernementaux lors de sa première session

Rome, mars 1986

Titre

Le Secrétariat se demande si le titre de la Convention en préparation ne pourrait pas suivre le modèle constitué par la formulation plus générale adoptée dans un certain nombre d'instruments qui, cependant, régissent des aspects plus limités que l'intitulé ne le laisse supposer: ainsi la Convention de Genève sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises dont la portée est notamment restreinte à l'article premier aux "relations entre le représenté ou l'intermédiaire d'une part, et le tiers d'autre part". L'on peut aussi observer que la Convention sur le crédit-bail international, également en préparation au sein d'Unidroit porte un titre général, bien que là encore la matière régie par le projet ne soit pas envisagée de manière exhaustive.

L'on propose donc, sauf éventuellement à préciser dans l'intitulé de la Convention quels sont ces aspects, de formuler le titre ainsi:

"Avant-projet de Convention sur l'affacturage international".

Article premier

Le paragraphe 1 de cet article énonce les caractères du contrat qui conduiront à la qualification de "contrat d'affacturage". L'alinéa a) énonce les obligations du fournisseur, l'alinéa c) celle du cessionnaire, et l'alinéa b) pose une condition générale dont l'article 6 indiquera plus loin, en son paragraphe 1 alinéa a) qu'elle peut être remplie par le fournisseur ou par le cessionnaire.

L'on propose d'inverser l'ordre des dispositions contenues aux alinéas b) et c) dans l'intérêt d'une présentation plus systématique.

Article 2

- Eu égard d'une part à la différence quant au sens résultant de la formulation retenue dans la disposition liminaire de cet article dans la version anglaise et dans la version française ("in relation to" / "a"), et d'autre part à la mention du "contrat d'affacturage" qui ne fait donc pas état du débiteur (voir notamment les observations du Gouvernement de la Finlande), le Secrétariat propose de modifier le libellé de cette disposition selon deux formules possibles:

Variante 1

"La présente Convention s'applique à une opération d'affacturage dans la mesure où le contrat d'affacturage concerne des créances..."

Variante 2

"La présente Convention s'applique lorsque les créances cédées en vertu d'un contrat d'affacturage naissent d'un contrat de vente de biens..."

- Ainsi qu'il est indiqué dans le commentaire, la disposition relative à la pluralité d'établissements a été omise par inadvertance lors de la deuxième lecture du texte à la première session du comité d'experts gouvernementaux.

L'on propose de réintroduire comme deuxième paragraphe de l'article 2 une telle disposition, qui pourrait s'inspirer de l'alinéa a) de l'article 10 de la Convention de Vienne sur la vente (contenue également dans la Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, et retenue dans l'avant-projet de Convention sur le crédit-bail international); cette disposition serait libellée comme suit:

"Au fins de la présente Convention, si une partie au contrat d'affacturage ou au contrat de vente de biens a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat et son exécution eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat en question".

Il faut toutefois rappeler qu'une formulation légèrement différente, notamment plus simple, avait été préférée pour la disposition correspondante (alinéa a) de l'article 8) de la Convention de Genève sur la représentation, eu égard aussi au fait que cet instrument traitait d'une relation tripartite. Cette disposition (adaptée dans la perspective de l'inclure comme un second paragraphe à l'article 2) se lit ainsi:

" Aux fins de la présente Convention, si une partie au contrat d'affacturage ou au contrat de vente de biens a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat en question, eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles lors de la conclusion dudit contrat".

Article 3

L'alinéa a) concerne la validité d'une clause prévoyant la cession globale de créances, et notamment de créances futures. L'on peut toutefois se demander si, eu égard à la formulation de cette disposition ("à leur naissance"), la condition que les créances soient déterminables comme visées par le contrat ne se réfère pas aux seules créances futures. Si cette condition concerne les créances existantes comme les créances futures, peut-être le libellé devrait-il être revu.

Article 5

- Afin d'indiquer, dans la version française du projet, que l'intention des rédacteurs est de limiter les effets de cette disposition aux seules parties au contrat d'affacturage, l'on pourrait modifier les mots introductifs ainsi:

"Dans les seuls rapports entre les parties au contrat d'affacturage, le contrat peut valablement prévoir..."

- L'on peut se demander s'il ne serait pas souhaitable d'apporter une précision quant aux droits du fournisseur provenant de la vente de biens, à savoir qu'il s'agit de la vente ayant donné naissance à la créance cédée en vertu du contrat d'affacturage.

- Enfin, l'article 5 ne vise-t-il que le transfert de droits provenant de ventes futures? Si c'était le cas, peut-être une mention à cet effet devait-elle être apportée, et l'on pourrait alors indiquer le moment auquel le transfert a lieu.

Articles 6 et 7

- Le comité d'experts gouvernementaux a substitué à la formule introductive du paragraphe 1 de l'article 6 "la cession est opposable au débiteur", la phrase "le débiteur est tenu de payer le cessionnaire" afin d'indiquer clairement l'obligation qui résulte pour le débiteur, de la notification effectuée conformément aux dispositions des alinéas a) à c). Cependant eu égard à la contradiction apparente entre le paragraphe 1 et le paragraphe 2 (voir notamment les observations du Gouvernement de la Finlande sur ce point), et compte tenu du fait que cette obligation se dégage assez clairement de l'alinéa b) du paragraphe 1 et des dispositions du paragraphe 2, l'on suggère de revenir à la formulation antérieure.

- L'on propose de restructurer les alinéas a) à c) afin de regrouper les dispositions relatives aux créances et de séparer celle qui concerne le cessionnaire.

- L'on propose enfin de limiter l'article 6 aux conditions auxquelles doit satisfaire la notification pour être opposable au débiteur, et d'énoncer à l'article 7 les effets de cette notification, à savoir la libération du débiteur à la suite du paiement (aux conditions énoncées), et l'opposabilité des exceptions connexes et extérieures à la créance.

Le résultat de ces propositions serait le suivant:

"Article 6

La cession est opposable au débiteur lorsque la notification de la cession:

- a) - inchangé -;
- b) concerne des créances qui naissent d'un contrat de vente de biens qui a été conclu soit avant soit au moment où la notification est donnée, et précise de façon suffisante les créances cédées, et
- c) indique le cessionnaire à qui ou au compte de qui le débiteur doit faire le paiement.

Article 7

A la suite de la notification conformément aux dispositions de l'article 6:

1. Le paiement au cessionnaire par le débiteur libère le débiteur pour ce même montant...(fin du paragraphe 2 de l'article 6 inchangé)
2. - paragraphe 1 de l'article 7 inchangé -;
3. - paragraphe 2 de l'article 7 inchangé -."

Article C (contenu dans le projet de dispositions finales: Etude LVIII - Doc. 21).

Ainsi que le commentaire de cet article l'indique, les dispositions proposées sont basées notamment sur l'article 23 de la Convention de Genève

sur la représentation. L'on observera cependant qu'à la différence de l'article correspondant de cette Convention dont la portée est limitée aux accords qui contiennent des "dispositions de droit matériel", l'article C proposé ne renferme pas une telle précision.

On peut toutefois se demander si la raison qui avait conduit à l'adoption de la solution retenue dans la Convention de Genève sur la représentation - le risque d'un conflit négatif entre cette Convention et la Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation de 1978, chaque instrument donnant priorité à l'autre - ne serait pas aussi pertinente pour la Convention sur l'affacturage international au regard de la Convention européenne de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. L'article 12 de cette Convention est relatif à la loi applicable à la cession de créances et l'article 21 qui traite des relations avec d'autres Conventions dispose "La présente Convention ne porte pas atteinte à l'application des conventions internationales auxquelles un Etat contractant est ou sera partie".

Ne peut-on pas dans ces conditions, considérer que les dispositions relatives à la loi applicable à la cession de créances dans la Convention européenne de 1980 concernent "les matières régies" par la Convention sur l'affacturage et dans l'affirmative, peut-être conviendrait-il d'inclure la précision "de droit matériel" dans l'article C?

Article 9

L'idée qui présidait aux dispositions de l'article 9 adopté par le Comité d'étude et provisoirement maintenu à la première session du comité d'experts gouvernementaux, était de rendre les dispositions de la Convention applicables aux cessions intervenant à la suite d'une première session. Dans la mesure où il ne ressortait pas des commentaires sur les délibérations de ces comités que cet article ait fait l'objet d'un examen approfondi, l'on pouvait s'interroger sur la portée que l'on entendait lui conférer.

Les réponses apportées par les Gouvernements et les organisations intéressées, aux questions contenues dans le commentaire préparé par le Secrétariat sur la première session du comité d'experts gouvernementaux, montrent que d'une façon générale, la faveur va à une application de la Convention à une cession successive dans les seuls cas où elle était déjà applicable à la première cession, en d'autres termes lorsque la première cession était effectuée en vertu d'un contrat d'affacturage tel que défini à l'article premier et conformément à l'article 2. Les réponses quant à une restriction supplémentaire éventuelle de l'application de la Convention aux cessions

successives semblent écarter la possibilité d'énoncer les caractères que devrait revêtir le contrat de cession successif lui-même.

En revanche, selon certaines réponses, une condition déterminant la portée d'une telle disposition, pourrait s'attacher à la qualité du cessionnaire successif, à savoir qu'il doit s'agir d'une entreprise d'affacturage. L'on peut noter qu'une telle condition, si elle était retenue, appellerait sans doute une définition de l'entreprise d'affacturage en tant que cessionnaire successif; en effet, ainsi que le soulignent les observations du Royaume-Uni, "l'entreprise d'affacturage" se trouve actuellement indirectement défini, dans le cadre de la cession d'origine, par référence aux conditions énoncées dans le paragraphe 1 de l'article premier, lesquelles ne sont pas pertinentes s'agissant d'une cession successive (voir paragraphe précédent). A l'inverse, et pour ces mêmes raisons, si le comité optait pour que la Convention puisse s'appliquer à une cession successive sans égard à la qualité du cessionnaire, une appellation autre que celle qui a été choisie pour désigner le cessionnaire dans le cadre de la première cession serait souhaitable pour se référer au cessionnaire dans le cadre de cessions successives. C'est dans cette dernière optique que la proposition de nouvelle formulation pour l'article 9 a été pour le moment conçue; on remarquera cependant qu'en ce qui concerne le texte français des propositions, seule une précision apportée au terme "cessionnaire" - à savoir le fait qu'il s'agit du cessionnaire "de la cession successive", ou "successif" - le distingue de la partie au contrat d'affacturage.

Enfin, les avis sont partagés quant à savoir s'il devrait être requis aux fins de l'application de la Convention à la cession successive, que le cessionnaire ait, lui aussi, son établissement dans un Etat contractant. Notons ici, et sur le rappel effectué par les autorités finlandaises dans leurs observations, que ce facteur de rattachement, objectif, irait de pair avec celui qui résulte de la loi applicable en vertu des règles de conflit, conformément aux alinéas a) et b) de l'article 2 du projet, à savoir que la Convention serait applicable (à la cession successive) aussi lorsque les règles du droit international privé mèneraient à l'application de la loi d'un Etat contractant à la cession successive. Les formulations suggérées contiennent donc une disposition qui énonce ces deux facteurs de rattachement et qui est présentée entre crochets.

Les propositions de nouvelle rédaction pour l'article 9, qui sont présentées ci-après, ont été élaborées à la lumière de l'intention des rédacteurs de la disposition dans sa forme d'origine lorsqu'elle était apparente, et des commentaires effectués par les Gouvernements et les organisations intéressées. Plusieurs points, dont certains ont été mentionnés dans les paragraphes précédents, touchant des options quant au fond, restent encore en suspens; en outre le Secrétariat s'est efforcé de mettre en oeuvre dans une seule disposition

le mécanisme visé à l'égard de la cession successive sans devoir introduire de variations dans le texte des articles précédant l'article 9 et qui ont été provisoirement adoptés à la première session du comité d'experts gouvernementaux. L'on doit en conséquence comprendre les deux variantes proposées comme des tentatives de rédaction destinées à fournir une base de discussion.

Variante I

"Lorsqu'une créance est cédée par un fournisseur à un cessionnaire en vertu d'un contrat d'affacturage régi par la présente Convention:

- a) sous réserve des dispositions de l'alinéa b) du présent article, la validité et les effets de toute cession successive de la créance sont soumis aux règles énoncées dans les articles 3 à 8 de la présente Convention;
- b) la notification écrite requise au paragraphe 1 de l'article 6 de la présente Convention, de toute cession successive de la créance, peut être donnée au débiteur par le cessionnaire ou par le cessionnaire successif.

[sous réserve que le cessionnaire successif ait son établissement dans un Etat contractant, ou que les règles du droit international privé mènent à l'application au contrat de cession successive de la loi d'un Etat contractant.]"

Variante II

"Lorsqu'une créance est cédée par un fournisseur à un cessionnaire en vertu d'un contrat d'affacturage régi par la présente Convention:

- a) la validité de toute cession successive de la créance est régie par les dispositions des articles 3 à 5, comme si le contrat de cession successive était le contrat d'affacturage, et les parties au contrat de cession successive étaient les parties au contrat d'affacturage;
- b) les effets de toute cession successive de la créance sont régis par les dispositions des articles 6 à 8, comme si le cessionnaire de la cession successive était le cessionnaire partie au contrat d'affacturage.

[sous réserve que le cessionnaire de la cession successive ait son établissement dans un Etat contractant, ou que les règles du droit international privé mènent à l'application au contrat de cession successive de la loi d'un Etat contractant.]

L'on remarquera que la Variante I, par son libellé large, tente de faire rentrer les cessions successives dans le champ de la Convention en transposant les principes énoncés dans le texte des articles 3 à 8, au cas visé. Une rédaction en ce sens permet certes d'éviter les difficultés que soulevait l'ancien article 9, mais laisse une large part à l'interprétation quant à son application et peut donner lieu à des incertitudes. En revanche, la Variante II propose une démarche plus systématique, par un mécanisme de substitution plus nuancé qu'il n'était dans l'ancien libellé de l'article 9 mais peut naturellement prêter le flanc à des critiques.

Il faut pour finir revenir brièvement sur le problème de l'opposabilité par le débiteur au cessionnaire successif, des droits de compensation relatifs à des droits existants contre le seul fournisseur, ou aussi ceux qu'il possède contre le premier cessionnaire (voir la question 5 du paragraphe 58 du commentaire et l'article 7, paragraphe 2). Les avis contenus dans les réponses des Gouvernements sont partagés. L'on notera que les deux variantes proposées pour la nouvelle rédaction de l'article 9 tendent à limiter l'exercice par le débiteur de son droit de compensation envers le cessionnaire successif, aux seuls droits issus de ses relations avec le fournisseur. Une telle proposition peut trouver une justification dans le fait notamment, que l'article 7 ne dit rien du droit pour le débiteur d'exercer envers le cessionnaire un droit de compensation relatif à des droits ou actions dont il était déjà titulaire envers celui-ci, et cette question, qui recevrait certes le plus souvent une réponse affirmative, est cependant laissée à la loi nationale. En revanche, l'autre solution, plus favorable au débiteur, pourrait peut-être laisser supposer que ce droit est implicitement reconnu par la Convention. Cette question appelle en tout état de cause des précisions.