

Unidroit 1986
Etude LVIII - Doc. 26
(Originaux: anglais/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

Document de travail concernant les dispositions finales qui
seront incluses dans la future Convention sur l'affacturage
international, et comprenant une analyse des effets conjoints
de l'article 4 et de l'article X

(préparé par le Secrétariat)

Rome, novembre 1986

I INTRODUCTION

1. Conformément à la demande formulée par le comité d'experts gouvernementaux chargé d'élaborer un projet de Convention sur certains aspects du factoring international à sa première session tenue à Rome du 22 au 25 avril 1985 (Etude LVIII - Doc. 19, paragraphe 4), le Secrétariat d'Unidroit prépara un projet de clauses finales pour accompagner le projet d'articles de la Convention tel que révisé par le comité à la susdite session, qui était contenu dans Etude LVIII - Doc. 21. Ces dispositions furent pour une large part fondées sur les dispositions correspondantes de la Convention de 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises (ci-après dénommée "Convention de Genève sur la représentation") qui est la plus récente convention internationale adoptée à une Conférence diplomatique sous les auspices d'Unidroit. Il convient toutefois d'ajouter que les liens étroits entre cette convention et la Convention des Nations Unies de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (ci-après dénommée "Convention de Vienne sur la vente") ont présidé à l'adoption de certaines solutions à Genève afin d'assurer une stricte correspondance entre les deux conventions (voir article B ci-dessous), solutions qui ne sont pas nécessairement appropriées pour d'autres conventions conclues sur la base de projets d'Unidroit.

2. Eu égard au fait qu'habituellement, les dispositions finales de conventions d'Unidroit ne font pas l'objet de discussions approfondies au sein des comités d'experts gouvernementaux chargés d'élaborer ces conventions, le Secrétariat s'était limité dans le Doc. 21 à présenter de brefs commentaires sur les projets d'articles A à K, qu'il a cependant dû développer, notamment pour ce qui concerne l'article C, à la lumière de certaines observations qui ont été faites lors de la deuxième session du Comité tenue à Rome du 21 au 23 avril 1986 (Etude LVIII - Doc. 24, paragraphe 4). Les textes et le commentaire sont contenus dans la deuxième partie du présent document.

3. Conformément à la demande formulée par le comité à sa deuxième session (Etude LVIII - Doc. 25, paragraphe 4), le Secrétariat a procédé dans la troisième partie du présent document à une analyse des effets conjoints de l'article 4 et de l'article X traitant du problème de l'effet à donner à une clause contenue dans le contrat de vente, qui vise à prohiber la cession d'une créance qui naît de celui-ci.

II PROPOSITIONS DU SECRETARIAT CONCERNANT LES DISPOSITIONS FINALES POUR L'AVANT-PROJET DE CONVENTION SUR L'AFFACTURAGE INTERNATIONAL

Article A

1. La présente Convention est ouverte à la signature à la séance de clôture de la Conférence diplomatique et reste ouverte à la signature de tous les Etats à jusqu'au .
2. La présente Convention est sujette à ratification, acceptation ou approbation par les Etats qui l'ont signée.
3. La présente Convention sera ouverte à l'adhésion de tous les Etats qui ne sont pas signataires, à partir de la date à laquelle elle sera ouverte à la signature.
4. La ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion s'effectuent par le dépôt d'un instrument en bonne et due forme à cet effet auprès du dépositaire.

Commentaire

Les dispositions de cet article sont basées sur celles de l'article 22 de la Convention de Genève sur la représentation qui trouvent elles-mêmes leur source dans les conventions des Nations Unies telles que la Convention de Vienne sur la vente.

Article B

1. La présente Convention entre en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois après la date du dépôt du cinquième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.
2. Pour tout Etat qui ratifie, accepte ou approuve la présente Convention ou y adhère après le dépôt du cinquième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, la Convention entre en vigueur à l'égard de cet Etat le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six

mois après la date du dépôt de l'instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

Commentaire

De même que l'article 99 de la Convention de Vienne sur la vente, l'article 33 de la Convention de Genève sur la représentation requiert le dépôt de dix instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion pour qu'elle entre en vigueur, et prévoit en outre que l'entrée en vigueur prendra effet douze mois après la date du dépôt du dixième instrument.

L'article B rédigé par le Secrétariat propose de revenir à la pratique antérieure à Unidroit dont on trouve un exemple dans la Convention de 1973 portant loi uniforme sur la forme d'un testament international, dont l'article XI prévoit l'entrée en vigueur de cette Convention six mois après la date du dépôt du cinquième instrument de ratification ou d'adhésion.

Article C

La présente Convention ne prévaut pas sur un accord international déjà conclu ou à conclure qui contient des dispositions concernant les matières régies par la présente Convention, à condition que le fournisseur, le cessionnaire et le débiteur aient leur établissement dans des Etats parties à cet accord.

Commentaire

Basée sur l'article 90 de la Convention de Vienne sur la vente et sur l'article 23 de la Convention de Genève sur la représentation, cette disposition écarte dans certains cas l'application de la Convention en projet au profit de celle d'accords internationaux existants ou futurs qui contiennent des dispositions concernant des matières qu'elle régit, par exemple des accords conclus par des Etats au niveau régional. Cette disposition couvrirait également toute Convention future destinée à remplacer celle qui est en cours de préparation, à moins que l'on ne décide d'inclure dans les présentes dispositions finales, des clauses prévoyant une procédure de révision.

L'un des effets de l'article C est d'affaiblir dans une certaine mesure le caractère universel de la future Convention et il pourrait créer un élément d'incertitude pour les parties. C'est la raison pour

laquelle l'article C ne s'appliquerait que lorsque les trois parties ont leur établissement dans des Etats parties à un autre accord qui concerne des matières régies par la Convention.

Cette disposition fut critiquée à la deuxième session du comité d'experts gouvernementaux par un observateur qui estimait qu'elle pourrait avoir pour effet d'interférer avec le champ d'application autonome d'autres instruments internationaux, par exemple des conventions sur la responsabilité civile. Il proposa en conséquence soit de supprimer l'ensemble de la condition ("à condition...à cet accord"), soit de conserver seulement l'établissement du cessionnaire comme élément pertinent. Si le souci essentiel qui préside à ces dispositions est de préserver l'application des conventions internationales en matière de responsabilité civile, il faut alors observer que le paragraphe 3 de l'article 9 assure déjà le même résultat pour ce qui est de la responsabilité du cessionnaire envers les tiers à raison des dommages matériels ou personnels causés par les biens lorsqu'il a acquis un droit sur ceux-ci dans les cas prévus par l'article 5. Si en revanche l'objection concerne d'autres conventions internationales traitant de la cessibilité des créances et des effets des cessions, dans la mesure où les opérations d'affacturage impliquent une relation tripartite, la condition proposée par le Secrétariat semblerait se justifier dans l'intérêt de la sécurité des parties.

En vue de faciliter la discussion qui pourra avoir lieu sur l'article C à un stade ultérieur, le Secrétariat se permet de rappeler que la disposition correspondante de la Convention de Genève sur la représentation dispose que "La présente Convention ne prévaut pas sur un accord international déjà conclu ou à conclure qui contient des dispositions de droit matériel concernant les matières régies par la présente Convention...". Les mots "de droit matériel" furent ajoutés pour éviter le risque que voyaient certaines délégations qu'existe un conflit entre la Convention de Genève sur la représentation, qui normalement s'applique lorsqu'un intermédiaire a son établissement dans un Etat contractant, et la Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation du 14 mars 1978, dont l'article 11 dispose en son alinéa b) que c'est la loi interne de l'Etat dans lequel l'intermédiaire a agi qui est applicable si le tiers a son établissement professionnel ou, à défaut, sa résidence habituelle dans cet Etat. Un juge d'un Etat qui est partie aux deux Conventions pourrait donc se trouver confronté à une situation où il serait tenu d'appliquer la Convention de Genève sur la représentation en vertu de l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 2 de cet instrument,

et des règles différentes conformément à l'alinéa b) de l'article 11 de la Convention de la Haye (1). Quoique certaines délégations eussent estimé que dans un tel cas le juge devrait donner la préférence aux règles de droit matériel contenues dans la Convention de droit uniforme, qui était précisément destinée à éliminer le recours aux règles de conflit de lois, d'autres délégations n'avaient pas une telle certitude et ce fut pour résoudre ce dilemme en faveur de l'application de la Convention de Genève sur la représentation que les mots "de droit matériel" furent ajoutés à l'article 23 de celle-ci.

A ce propos, le Secrétariat a noté que l'article 12 de la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980, pose les règles suivantes régissant la loi applicable aux cessions :

"1. Les obligations entre le cédant et le cessionnaire d'une créance sont régies par la loi qui, en vertu de la présente convention, s'applique au contrat qui les lie.

2. La loi qui régit la créance cédée détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur."

En fait, la condition énoncée dans le paragraphe 1 de l'article 2 du projet de Convention sur l'affacturage international, qu'aux fins de l'application de la Convention, les trois parties, à savoir le fournisseur, le débiteur et le cessionnaire, doivent avoir leur établissement dans des Etats contractants, ou alternativement que le contrat de vente de biens et le contrat d'affacturage sont régis par la loi d'un Etat contractant,

(1) Il convient de noter que l'article 22 de la Convention de la Haye dispose que "La Convention ne déroge pas aux instruments internationaux auxquels un Etat contractant est ou sera Partie et qui contiennent des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention". Si les mots "de droit matériel" n'avaient pas été ajoutés à l'article 23 de la Convention de Genève sur la représentation la situation aurait été, du moins selon certains avis, que chaque instrument semblait donner priorité à l'autre.

est tellement restrictive que l'on peut penser qu'il se produirait rarement que le paragraphe 1 ou le paragraphe 2 de l'article 12 de la Convention de Rome conduisent à l'application de la loi d'un Etat qui n'est pas partie à la Convention en préparation sur l'affacturage international alors que cette Convention serait applicable en vertu de ses propres dispositions. Etant donné qu'il est peu probable que les parties au contrat d'affacturage choisissent une autre loi que celle de leur propre pays pour régir leurs relations mutuelles (2), le problème pourrait bien être limité aux cas où la loi qui régit la cessibilité du prix de la créance est celle d'un Etat qui n'est pas partie à la Convention sur l'affacturage international.

Le comité pourrait souhaiter dans ces conditions se pencher sur la nécessité ou l'opportunité de modifier l'article C de façon à y porter la solution contenue à l'article 23 de la Convention de Genève sur la représentation (3).

Article D

1. Tout Etat contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent dans les matières régies par la présente Convention pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes les unités territoriales ou seulement à l'une ou plusieurs d'entre elles et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

2. Ces déclarations seront notifiées au dépositaire et désigneront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

(2) La situation pourrait être plus complexe si le contrat d'affacturage était conclu directement entre le fournisseur et le factor à l'importation.

(3) La même difficulté que celle qui se pose pour les deux Conventions en matière de représentation semblerait exister, du moins en théorie, puisque l'article 21 de la Convention de Rome dispose que "La présente Convention ne porte pas atteinte à l'application des conventions internationales auxquelles un Etat contractant est ou sera partie".

3. Si, en vertu d'une déclaration faite conformément au présent article, la présente Convention s'applique à l'une ou plusieurs des unités territoriales d'un Etat contractant, mais non pas à toutes et si l'établissement d'une partie est situé dans cet Etat, cet établissement sera considéré, aux fins de la présente Convention, comme n'étant pas situé dans un Etat contractant, à moins qu'il ne soit situé dans une unité territoriale à laquelle la Convention s'applique.

4. Si un Etat contractant ne fait pas de déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet Etat.

Commentaire

Au cours de ces dernières années, plusieurs formules ont été employées dans les conventions de droit international privé pour faire face aux difficultés que connaissent parfois les Etats dotés d'un système de gouvernement fédéral comportant une division des pouvoirs entre des unités constituantes de la fédération, prévue par la Constitution.

Le texte de l'article D reprend celui de l'article 24 de la Convention de Genève sur la représentation et correspond en outre de près à la plus récente expression de la volonté des Etats en la matière, à savoir l'article 26 de la Convention de la Haye de 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises.

Article E

1. Deux ou plusieurs Etats contractants qui, dans des matières régies par la présente Convention, appliquent des règles juridiques identiques ou voisines peuvent, à tout moment, déclarer que la Convention ne s'applique pas lorsque le fournisseur, le cessionnaire et le débiteur ont leur établissement dans ces Etats. De telles déclarations peuvent être faites conjointement ou être unilatérales et réciproques.

2. Tout Etat contractant qui, dans des matières régies par la présente Convention, applique des règles juridiques identiques ou voisines de celles d'un ou de plusieurs Etats non contractants peut, à tout moment, déclarer que la Convention ne s'applique pas lorsque le fournisseur, le cessionnaire

et le débiteur ont leur établissement dans ces Etats.

3. Lorsqu'un Etat à l'égard duquel une déclaration a été faite en vertu du paragraphe précédent devient par la suite un Etat contractant, la déclaration mentionnée aura, à partir de la date à laquelle la présente Convention entrera en vigueur à l'égard de ce nouvel Etat contractant, les effets d'une déclaration faite en vertu du paragraphe 1, à condition que le nouvel Etat contractant s'y associe ou fasse une déclaration unilatérale à titre réciproque.

Commentaire

A l'exception d'adaptations mineures, cet article est basé sur l'article 26 de la Convention de Genève sur la représentation qui a lui-même été influencé par la formulation de l'article 94 de la Convention de Vienne sur la vente. De même que l'article C ci-dessus, la possibilité pour les Etats contractants de restreindre l'application de la future Convention, ce qui constitue de fait une clause de réserve, créerait une incertitude pour les parties quant à la loi qui serait applicable dans un cas donné et c'est pourquoi l'on propose que les paragraphes 1 et 2 de l'article E ne s'appliquent que lorsque les trois parties, le fournisseur, le cessionnaire et le débiteur, ont leur établissement dans des Etats concernés par la ou par les déclarations.

Article F

Tout Etat contractant peut, lors de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer qu'il ne sera pas lié par l'alinéa b) de l'article 2.

Commentaire

Tant la Convention de Vienne sur la vente (article premier, paragraphe 1 b)) que la Convention de Genève sur la représentation (article 2, paragraphe 1 b)) prévoient l'application de la Convention non seulement lorsqu'il est satisfait aux facteurs de rattachement objectifs indiqués mais aussi lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant. Ces modèles ont été suivis à

l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 2 du présent projet de Convention qui dispose que la Convention s'applique "lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application au contrat d'affacturage et au contrat de vente de biens, de la loi d'un Etat contractant".

Cependant, lors des Conférences de Vienne et de Genève, plusieurs Etats, spécialement les Etats socialistes qui se sont donné une législation spéciale pour ce qui est des relations économiques internationales, ont plaidé en faveur de la possibilité de faire une réserve relativement à l'application des deux Conventions fondée sur les règles du droit international privé, dans des cas où elles ne seraient pas applicables en vertu de l'autre critère. Le texte de l'article F est basé sur celui des clauses de réserve contenues dans l'article 95 de la Convention de Vienne sur la vente et sur l'article 28 de la Convention de Genève sur la représentation.

Article G

1. Les déclarations faites en vertu de la présente Convention lors de la signature sont sujettes à confirmation lors de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation.
2. Les déclarations, et la confirmation des déclarations, seront faites par écrit et formellement notifiées au dépositaire.
3. Les déclarations prendront effet à la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'Etat déclarant. Cependant, les déclarations dont le dépositaire aura reçu notification formelle après cette date prendront effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois à compter de la date de leur réception par le dépositaire. Les déclarations unilatérales et réciproques faites en vertu de l'article E, prendront effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois après la date de la réception de la dernière déclaration par le dépositaire.
4. Tout Etat qui fait une déclaration en vertu de la présente Convention peut à tout moment la retirer par une notification formelle adressée par écrit au dépositaire. Ce retrait prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire.

5. Le retrait d'une déclaration faite en vertu de l'article E rendra caduque, à partir de la date de sa prise d'effet, toute déclaration réciproque faite par un autre Etat en vertu de ce même article.

Commentaire

L'on trouve des précédents aux dispositions de l'article G dans de nombreuses conventions internationales, le texte de l'article même reprenant mot pour mot l'article 31 de la Convention de Genève sur la représentation.

Article H

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

Commentaire

La formulation de l'article H suit celle de l'article 32 de la Convention de Genève sur la représentation et cette disposition vise à empêcher les Etats de faire d'autres réserves que celles qui sont actuellement prévues aux articles D, E, et F ou que toute autre réserve qui pourrait être autorisée, par exemple à l'article X.

Article I

Variante I

La présente Convention s'applique lorsque le contrat d'affacturage en vertu duquel les créances sont cédées est conclu après l'entrée en vigueur de la Convention dans tous les Etats contractants visés à l'article 2, paragraphe 1, alinéa a), ou dans l'Etat ou les Etats contractants visés à l'alinéa b) du paragraphe 1 dudit article.

Variante II

La présente Convention s'applique lorsque les créances cédées par le fournisseur en vertu d'un contrat d'affacturage naissent d'un contrat de vente de biens conclu après l'entrée en vigueur de la Convention dans tous les Etats contractants visés à l'article 2, paragraphe 1, alinéa a), ou dans l'Etat ou les Etats contractants visés à l'alinéa b) du paragraphe 1 dudit article.

Variante III

La présente Convention s'applique lorsque les créances cédées en vertu d'un contrat d'affacturage naissent après l'entrée en vigueur de la Convention dans tous les Etats contractants visés à l'article 2, paragraphe 1, alinéa a), ou dans l'Etat ou les Etats contractants visés à l'alinéa b) du paragraphe 1 dudit article.

Commentaire

L'un des problèmes les plus difficiles à résoudre dans les conventions de droit privé concernant des relations tripartites est celui de déterminer les opérations qui seront soumises aux dispositions de la Convention après qu'il ait été satisfait aux conditions de son entrée en vigueur. La situation est compliquée dans le cas présent par le fait que l'article 2 dispose que la Convention, sous réserve de la disposition liminaire de cet article, s'applique a) lorsque le fournisseur, le débiteur et le cessionnaire ont leur établissement dans des Etats contractants, ou b) lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application au contrat d'affacturage et au contrat de vente de biens, de la loi d'un Etat contractant.

En admettant que les conditions posées par les alinéas a) ou b) du paragraphe 1 de l'article 2 soient satisfaites, il resterait encore à déterminer l'événement qui déclenche l'application de la Convention pour une opération donnée. La naissance des créances en vertu d'un contrat d'affacturage en cours doit-elle avoir lieu après l'entrée en vigueur de la Convention dans l'Etat ou les Etats concernés, ou le contrat de vente donnant naissance aux créances doit-il avoir été conclu après ladite entrée en vigueur, ou encore suffirait-il que le contrat d'affacturage ait été lui-même conclu après l'entrée en vigueur? On peut également concevoir une combinaison de la solution contenue dans la Variante I avec celle de la Variante II, ou celle de la Variante III bien que cela réduirait évidemment quelque peu le nombre de cas dans lesquels la Convention serait applicable.

Le Secrétariat n'a pas essayé d'apporter de réponses à cette question pour le moment mais présente des textes reflétant les trois solutions exposées ci-dessus pour que le Comité, s'il le désire, puisse les examiner à sa troisième session.

A la deuxième session du Comité, un représentant a exprimé une préférence pour la Variante III, et dans les observations écrites parvenues au Secrétariat à la suite de cette session, les autorités autrichiennes ont proposé de retenir la Variante I.

Article J

1. La présente Convention peut être dénoncée par l'un quelconque des Etats contractants à tout moment à compter de la date à laquelle elle entre en vigueur à l'égard de cet Etat.
2. La dénonciation s'effectue par le dépôt d'un instrument à cet effet auprès du dépositaire.
3. La dénonciation prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de douze mois après la date du dépôt de l'instrument de dénonciation auprès du dépositaire. Lorsqu'une période plus longue pour la prise d'effet de la dénonciation est spécifiée dans l'instrument de dénonciation, celle-ci prend effet à l'expiration de la période en question après le dépôt de l'instrument de dénonciation auprès du dépositaire.

Commentaire

Les dispositions de l'article J sont basées sur l'article 16 du Protocole de 1984 modifiant la Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures.

Article K

1. La présente Convention sera déposée auprès du Gouvernement de
2. Le Gouvernement de.....
 - a) informe tous les Etats qui ont signé la présente Convention ou qui y ont adhéré et le Président de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit):
 - i) de toute signature nouvelle ou de tout dépôt d'instrument nouveau de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion et de la date à laquelle cette signature ou ce dépôt sont intervenus;
 - ii) de toute déclaration effectuée en vertu des articles D, E, F [et X];

iii) du retrait de toute déclaration, effectué en vertu de l'article G), paragraphe 4;

iv) de la date d'entrée en vigueur de la présente Convention;

v) du dépôt de tout instrument de dénonciation de la présente Convention, ainsi que de la date à laquelle ce dépôt est intervenu et de la date à laquelle la dénonciation prend effet;

b) transmet des copies certifiées conformes de la présente Convention à tous les Etats signataires et à tous les Etats qui y adhèrent, et au Président de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit).

Commentaire

Les fonctions de dépositaire des conventions d'Unidroit sont traditionnellement exercées par le Gouvernement de l'Etat dans le territoire duquel la Conférence diplomatique pour l'adoption de la Convention en question a lieu. A la différence des Conventions antérieures d'Unidroit, la Convention de Genève sur la représentation a suivi la Convention de Vienne sur la vente puisqu'elle ne contient pas d'article exposant les fonctions du dépositaire. Le Secrétariat estime cependant qu'un article à cet effet serait utile, et il a pris comme modèle pour l'article K la disposition correspondante contenue à l'article 17 du Protocole de 1984 modifiant la Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures.

Déclaration d'authenticité et signature

EN FOI DE QUOI les plénipotentiaires soussignés, dûment autorisés par leurs Gouvernements respectifs, ont signé la présente Convention.

FAIT A _____, ce _____ mil neuf cent _____, en un seul original, dont les textes anglais et français sont également authentiques.

Commentaire

Le libellé de cette disposition est conforme à de nombreux précédents, notamment celui de la Convention de Genève sur la représentation. La référence aux langues anglaise et française dans lesquelles sont rédigés les textes authentiques de la future Convention traduit le fait que ce sont les langues de travail d'Unidroit.

III ANALYSE DES EFFETS CONJOINTS DE L'ARTICLE 4 ET DE L'ARTICLE X

1. Dès les débuts des travaux de l'Institut sur le projet de Convention, les avis se sont trouvés partagés quant à la mesure dans laquelle l'on devrait donner effet à une clause du contrat de vente prohibant la cession d'une créance naissant de ce contrat. En définitive, le comité d'étude se prononça en faveur de conserver un article (l'article 4) disposant que la cession d'une créance par le fournisseur au cessionnaire peut être réalisée nonobstant toute convention entre le fournisseur et le débiteur prohibant une telle cession.
2. Cette question a fait l'objet d'une discussion approfondie au sein du comité d'experts gouvernementaux lors de ses première et deuxième sessions (voir Etude LVIII-Doc. 25, paragraphes 38 et suiv. pour le compte-rendu des débats), au cours de laquelle de nombreux arguments ont été avancés en faveur tant du maintien de cette disposition que de sa suppression, et dans ce dernier cas, l'effet d'une telle prohibition relèverait en principe de la loi nationale régissant la cessibilité du prix de la créance.
3. A la première session, la tentative fut faite de trouver des solutions en vue de parvenir à un compromis: la première consistait à dire que la cession d'une créance par le fournisseur au cessionnaire peut être réalisée nonobstant toute convention entre le fournisseur et le débiteur prohibant une telle cession, à moins que dans X jours après notification de la cession, le débiteur n'expédie au cessionnaire un écrit invoquant le bénéfice de cette convention; le comité est convenu que cette solution, si elle était retenue, devrait être complétée par une disposition indiquant la méthode de calcul des délais. La deuxième formule proposée était de disposer qu'une clause insérée dans le contrat de vente par laquelle un transfert de créances est interdit, n'est opposable au cessionnaire qu'à la condition que le fournisseur l'ait expressément acceptée dans un écrit. Cette solution poserait, de l'avis général, des difficultés de mise en oeuvre pratique. Une autre possibilité, proche de la proposition précédente, était d'indiquer que la cession d'une créance par le fournisseur au cessionnaire peut être réalisée nonobstant toute convention prohibant la cession, contenue dans le contrat-type de vente. Plusieurs représentants ont objecté que la distinction entre clauses-type et clauses négociées n'existait pas dans la législation de leur pays et que cette formule donnerait lieu à des difficultés. Enfin, la possibilité a été évoquée de combiner la première et la deuxième variantes indiquées ci-dessus. A l'issue d'un ample débat,

le comité a conclu qu'aucune de ces formules de compromis ne constituait une solution satisfaisante. Indépendamment des diverses objections qui pouvaient être formulées à l'encontre de chacune d'entre elles, les représentants qui disposent dans leur système juridique d'une disposition comme celle de l'article 4 ont indiqué qu'en définitive ils trouveraient préférable de ne pas régler du tout la question dans la future Convention et de laisser à la loi nationale la compétence pour régir l'effet qui doit être reconnu à la clause de prohibition contenue dans le contrat de vente: toute solution intermédiaire impérative constituerait une régression par rapport au droit applicable de leur pays sur ce point.

4. La décision concernant le sort de l'article 4 a donc été différée à la deuxième session du comité, lors de laquelle les avis ont à nouveau été nettement partagés et, afin de parvenir à une solution généralement acceptable qui pourrait être proposée dans le texte du projet qui sera soumis pour adoption à une Conférence diplomatique, le Secrétariat a suggéré que l'on pourrait peut-être s'inspirer avec profit de la façon dont l'on avait résolu les divergences d'opinion concernant l'exigence de la forme écrite dans le contexte de la Convention de Vienne sur la vente. L'approche qui y a été retenue consistait: i) à énoncer la règle générale que la forme écrite n'est pas requise (article 11); ii) à déclarer dans l'article 12 que toute disposition de l'article 11 et de certains autres articles de la Convention autorisant une forme autre que la forme écrite, soit pour la conclusion ou pour la modification ou la résolution amiable du contrat de vente, soit pour toute offre, acceptation ou autre manifestation d'intention ne s'applique pas dès lors qu'une des parties a son établissement dans un Etat contractant qui a fait une déclaration conformément à l'article 96 de la Convention et, iii) à disposer à l'article 96 que tout Etat contractant dont la législation exige que les contrats de vente soient conclus ou constatés par écrit peut à tout moment déclarer, conformément à l'article 12, que toute disposition de l'article 11 etc. autorisant une forme autre que la forme écrite pour la conclusion, la modification ou la résolution amiable d'un contrat de vente, ou pour toute offre, acceptation ou autre manifestation d'intention, ne s'applique pas dès lors que l'une des parties a son établissement dans cet Etat.

5. Les articles 4 et X du projet de Convention sur l'affacturage international tels qu'ils sont actuellement rédigés visent à assurer un strict parallélisme avec ce système. Aussi, le paragraphe 1 de l'article 4 pose-t-il la règle de droit matériel que la cession du prix de la créance par le fournisseur au cessionnaire peut être réalisée nonobstant toute con-

vention entre le fournisseur et le débiteur prohibant une telle cession. Le paragraphe 2 de l'article 4, par analogie avec l'article 12 de la Convention de Vienne sur la vente, dispose ensuite que les dispositions du paragraphe 1 ne s'appliquent pas lorsque le débiteur a son établissement dans un Etat contractant qui a fait la déclaration prévue à l'article X de la Convention, et l'article X (correspondant à l'article 96 de la Convention de Vienne sur la vente) permet à un Etat contractant de déclarer à tout moment, conformément au paragraphe 2 de l'article 4, que les dispositions du paragraphe 1 de l'article 4 ne s'appliquent pas lorsque le débiteur a son établissement dans cet Etat.

6. Ce qu'il faut remarquer en premier lieu est que l'effet combiné des articles 12 et 96 de la Convention de Vienne sur la vente, et de l'article 4, paragraphe 2 et de l'article X du projet de Convention sur l'affacturage international, n'est pas d'introduire la règle contraire à celle qui est posée à l'article 11 et au paragraphe 1 de l'article 4, respectivement, de ces instruments, mais de soustraire complètement cette question aux dispositions de la Convention, de sorte qu'un juge trouvera la solution au problème de la forme écrite ou à celle de l'effet à donner à la prohibition de cession, dans les règles du droit national applicable.

7. A la réflexion cependant, le Secrétariat est arrivé à la conclusion que la formulation actuelle du paragraphe 2 de l'article 4 ne donne peut-être pas entière satisfaction à deux égards. Les hésitations peuvent en premier lieu être illustrées par l'exemple suivant (situation I): le fournisseur et le cessionnaire ont leur établissement dans l'Etat A qui, bien que son droit interne donne effet à la prohibition de cession, a cependant ratifié la Convention sans prendre la réserve prévue à l'article X, tandis que l'établissement du débiteur est situé dans un Etat B qui a fait la déclaration prévue à cet article. Un juge saisi dans l'Etat A déciderait en premier lieu que le paragraphe 1 de l'article 4 ne s'applique pas car la condition énoncée au paragraphe 2 de cet article que le débiteur a son établissement dans un Etat contractant qui a fait la déclaration prévue à l'article X, est satisfaite. Si le juge établit que c'est la loi de l'Etat B qui régit la cession et qu'il applique cette loi, il sera donné effet à la prohibition. Supposons en revanche qu'il conclue que c'est sa propre loi nationale qui est applicable: étant donné qu'a priori le paragraphe 1 de l'article 4 n'est pas applicable, on peut supposer qu'il devrait appliquer sa propre loi nationale régissant les opérations internes, qui donnerait elle aussi effet à la prohibition. Ce résultat semble quelque peu étrange car l'on peut supposer qu'en ratifiant la Convention sans faire

la déclaration prévue à l'article X, le législateur de l'Etat A a visé à donner effet, autant que possible, à la règle contenue au paragraphe 1 de l'article 4, même si cette règle est diamétralement opposée à son droit interne. Si cette analyse de la situation est juste, il semblerait qu'un juge dans l'Etat A devrait être en mesure d'appliquer les dispositions du paragraphe 1 de l'article 4 dans tous les cas où son propre droit régit la cessibilité du prix de la créance. L'on pense qu'un tel résultat pourrait être obtenu en amendant le paragraphe 2 de l'article 4 comme suit:

"2. les dispositions du précédent paragraphe ne s'appliquent pas lorsque le débiteur a son établissement dans un Etat contractant qui a fait la déclaration prévue à l'article X de la présente Convention, à moins que le caractère cessible du prix de la créance ne soit régi par la loi d'un Etat contractant qui n'a pas fait ladite déclaration".

8. Cette rédaction rendrait applicable le paragraphe 1 de l'article 4 dans l'exemple cité ci-dessus mais elle ne répondrait pas à une autre objection qui pourrait être formulée à l'encontre du texte actuel du paragraphe 2 et que l'on pourrait illustrer dans le cas suivant (situation II): le fournisseur et le cessionnaire ont leur établissement dans un Etat C qui a fait la déclaration prévue à l'article X, tandis que le débiteur a son établissement dans un Etat D qui n'est pas partie à la Convention sur l'affacturage international; supposons par ailleurs que le contrat d'affacturage et le contrat de vente, qui contient une prohibition de cession du prix de la créance, soient régis par la loi de l'Etat C, de sorte que la Convention serait applicable en vertu de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 2. Dans cette espèce, étant donné que le débiteur n'a pas son établissement dans un Etat contractant qui a fait la déclaration prévue à l'article X, les dispositions du paragraphe 1 de l'article 4 s'appliqueraient même si la loi de l'Etat C, et peut-être aussi celle de l'Etat D, donnait effet à la prohibition de cession.

9. Ce résultat peut à première vue sembler curieux, et la question de savoir jusqu'à quel point il serait acceptable, est étroitement liée aux raisons qui présidaient aux objections d'un certain nombre d'Etats à la règle renfermée au paragraphe 1 de l'article 4. Si la préoccupation essentielle pour le législateur de ces Etats est de protéger les débiteurs dans leur territoire, alors la situation des débiteurs d'Etats non-contractants peut revêtir moins d'importance pour eux, et il faut remarquer que dans la situation II, l'application du paragraphe 1 de l'article 4 jouerait l'avantage d'un factor dans l'Etat contractant. Si en revanche l'objet du paragraphe 2 de cet article est essentiellement conçu comme

étant de protéger autant que possible la liberté contractuelle des parties au contrat de vente, alors le libellé actuel de la disposition pourrait conduire à des solutions, dans des cas particuliers, qui pourraient être jugées inacceptables. Si c'était le cas, il serait nécessaire de porter un autre amendement au paragraphe 2 de l'article 4 pour résoudre cette difficulté, par exemple en ajoutant une disposition 'inspirant de celle du nouvel alinéa b) proposé. Le texte de l'ensemble du paragraphe 2 pourrait alors se lire ainsi:

"2. Les dispositions du précédent paragraphe ne s'appliquent pas:

- a) lorsque le débiteur a son établissement dans un Etat contractant qui a fait la déclaration prévue à l'article X de la présente Convention, à moins que le caractère cessible du prix de la créance ne soit régi pas la loi d'un Etat contractant qui n'a pas fait ladite déclaration, ou
- b) lorsque le caractère cessible du prix de la créance est régi par la loi d'un Etat contractant qui a fait la déclaration prévue à l'article X de la présente Convention, à moins que le débiteur n'ait son établissement dans un Etat contractant qui n'a pas fait ladite déclaration".

10. L'effet de l'alinéa b) est en fait d'introduire pour la première fois dans le projet de Convention une référence à la loi régissant la cessibilité du prix de la créance comme critère principal pour déterminer si le paragraphe 1 de l'article 4 s'applique, puisque dans l'alinéa a) elle n'a qu'un caractère subsidiaire visant à limiter l'étendue de l'exception qui est fondée sur le critère immédiatement identifiable de l'établissement du débiteur. L'on a introduit la condition énoncée à l'alinéa b) en partant de l'hypothèse que le projet initial du paragraphe 2 de l'article 4 prévoyant que le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le débiteur a son établissement dans un Etat qui a fait la déclaration prévue à l'article X, reflétait l'intention des membres du comité. Si cette condition n'était pas retenue, l'on peut penser que l'application de la règle contenue au paragraphe 1 de l'article 4 dépendrait dans chaque cas presque exclusivement de la question de savoir si la loi régissant la cessibilité du prix de la créance est celle d'un Etat contractant qui a fait la déclaration prévue à l'article X, solution qui ne poserait guère de problèmes rédactionnels mais qui pourrait créer une grande incertitude pour les hommes d'affaires

qui devraient chaque fois se renseigner quant à la loi régissant la cessibilité de la créance, pour savoir si le paragraphe 1 de l'article 4 est applicable.

11. Le Secrétariat est conscient du fait que la seconde formulation proposée ci-dessus pour le paragraphe 2 de l'article 4 renferme en fait des exceptions à des exceptions, et ne constitue donc pas une rédaction très heureuse, même si elle n'est pas complètement inconnue dans les conventions de droit international privé. Il faut toutefois souligner que la seconde proposition présente comme avantage d'offrir des solutions aux deux principaux problèmes qui ont été évoqués relativement au paragraphe 2 de l'article 4 tel qu'il est résulté de la deuxième session du comité.

12. Il convient pour finir d'indiquer que de nombreuses autres solutions ont été envisagées mais que toutes ont été rejetées, soit parce qu'elles auraient résolu le problème exposé dans la situation I ou celui de la situation II, mais non les deux, soit parce qu'elles auraient entraîné une rédaction plus compliquée introduisant une incertitude injustifiée pour les praticiens dont les activités seront affectées par la future Convention.