

**CONVENTION D'UNIDROIT  
SUR L'AFFACTURAGE INTERNATIONAL  
(Ottawa, 1988)  
Note explicative par le Secrétariat d'UNIDROIT**

**I. HISTORIQUE**

1. Bien que les origines de l'affacturage remontent à l'Antiquité, et que l'institution ait subi un renouveau au XIXe siècle dans les relations entre le Royaume-Uni et les Etats-Unis d'Amérique, ce n'est qu'après la première Guerre Mondiale qu'elle a pris sa forme actuelle, d'abord dans les pays de common law, puis dans d'autres pays occidentaux et, enfin, dans le monde entier. Depuis les années 1960, son développement considérable et ininterrompu, dans des domaines d'activité toujours plus diversifiés et dans un nombre croissant de pays, témoigne de la capacité de ce moyen de financement de s'adapter pour répondre aux besoins de l'activité commerciale moderne. Une brève explication du rôle économique de l'affacturage et des mécanismes juridiques adoptés pour le réglementer au niveau national permettra de mieux comprendre les raisons ayant influencé les choix effectués par les auteurs de la Convention dans leur tentative de fournir un cadre juridique adapté au niveau international, pour un dispositif forgé et utilisé avec succès par le monde commercial et financier.

2. Pour un fabricant ou un fournisseur de petite ou moyenne taille qui vend à crédit à ses clients professionnels ou commerciaux, le choix de recourir à l'affacturage résulte d'une volonté de rationaliser ses affaires. Cela lui permet, en effet, de se décharger de certains aspects financiers, qui sont alors pris en charge par un professionnel proposant une grande variété de services caractérisés par une efficacité et des coûts bas rendus possibles grâce à leur spécialisation. Les services que l'entreprise d'affacturage peut assurer sont au nombre de quatre. Elle peut d'abord prendre en charge le risque d'insolvabilité des débiteurs du fournisseur : après s'être informée sur la solvabilité de chaque débiteur, l'entreprise d'affacturage établit, si elle le juge approprié, une limite du crédit principalement calculée par référence au chiffre d'affaire du débiteur et au délai moyen de paiement, et elle n'assumera le risque de non-paiement consécutif à l'insolvabilité de ce dernier qu'à hauteur de la limite du crédit accordé. Selon que ce service est ou non fourni, l'opération d'affacturage sera qualifiée d'affacturage « avec recours » ou « sans recours ». Au surplus, l'affacturage peut servir à financer des créances, la société d'affacturage avançant alors au fournisseur un montant proportionnel à la valeur des créances, dont le paiement par le débiteur n'interviendra qu'ultérieurement, à l'échéance stipulée. Les deux autres services traditionnellement proposés par les sociétés d'affacturage sont : d'une part, la gestion des comptes du fournisseur à l'égard de ses clients, ce qui implique leur tenue, le suivi de la correspondance et les relances de paiement des débiteurs, au moyen des méthodes techniques de management les plus avancées ; d'autre part, le recouvrement des créances auprès des débiteurs, ces derniers payant directement l'entreprise d'affacturage, laquelle reverse lesdites sommes au fournisseur conformément aux accords conclus. Lorsque l'entreprise d'affacturage est autorisée à recevoir

le paiement des créances, elle suivra également les étapes nécessaires à leur recouvrement. Sur le fondement de considérations tant commerciales que juridiques, le fournisseur convient avec l'entreprise d'affacturage de notifier ou non au débiteur qu'un contrat d'affacturage les lie. En particulier, lorsque le recouvrement des créances est inclus au titre des services prévus, le débiteur est, par cette notification, informé que le paiement directement entre les mains de l'entreprise d'affacturage sera libératoire.

3. L'entreprise d'affacturage est rémunérée de ses services sous la forme d'une commission que le fournisseur lui verse, dont le montant peut aller jusqu'à deux pour cent de la valeur de chaque créance, et qui est calculée en fonction des services fournis et de leur coût dans chaque cas. Toutes les fois qu'elle accepte de réaliser des paiements anticipés des créances, l'entreprise d'affacturage reçoit les intérêts qui courent à compter de ce moment. On comprend donc que les conventions d'affacturage reposent sur des relations continues entre le fournisseur et les débiteurs concernés, et ce en raison tant de la nature des services caractérisant l'affacturage que de l'importance primordiale pour l'entreprise d'affacturage d'amortir son investissement. C'est précisément pour ces raisons que l'entreprise d'affacturage exige du fournisseur qu'il lui accorde un droit exclusif sur les créances ou certaines catégories de créances nées des relations commerciales du fournisseur avec ses clients.

4. Il résulte de cette brève description de l'affacturage qu'il s'agit d'une opération aux nombreux avantages économiques. Nous l'avons vu, l'affacturage confère liquidité financière, certitude du paiement ainsi que gestion et recouvrement des créances, le choix de la combinaison des services étant laissé aux parties. Dans chaque système, des moyens juridiques ont été mis en place pour permettre le développement de cette technique de financement relativement récente, de la manière la plus satisfaisante possible en termes non seulement d'accès et de souplesse, mais également de certitude et de coût. De sorte que, si dans la plupart des pays la cession de créances constitue la base juridique pour les opérations d'affacturage, les procédures par lesquelles de telles cessions sont réalisées et les règles régissant leurs différents aspects varient considérablement. En conséquence, lorsque le fournisseur a des relations commerciales avec des acheteurs étrangers, le problème de la distance et les difficultés auxquelles le premier doit faire face pour obtenir des informations relatives à la position financière du second, la barrière de la langue et, souvent, la méconnaissance de la loi étrangère applicable, rendent les services fournis par les entreprises d'affacturage d'autant plus attrayants. Il est néanmoins vrai que les divergences en droit national et les fréquentes incertitudes liées à la loi applicable pour une opération donnée, ou pour l'un ou l'autre de ses aspects, créent des problèmes auxquels les sociétés d'affacturage doivent constamment faire face et qu'elles cherchent à surmonter en répercutant sur les fournisseurs les coûts correspondants de ses services.

5. C'est principalement pour réduire ces incertitudes et pour promouvoir le commerce international qu'UNIDROIT a entrepris la préparation de règles uniformes applicables à un certain type de cession de créances – connu sous le nom d'opération « d'affacturage » et qui possède certains traits caractéristiques – née d'opérations de vente internationale de

marchandises. La Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international qui en a résulté a été adoptée le 28 mai 1988 à l'issue d'une Conférence diplomatique convoquée par le Gouvernement canadien.

6. La Conférence, qui a simultanément adopté la Convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail international, s'est tenue à Ottawa du 9 au 28 mai 1988, et des représentants de 59 Gouvernements et de 10 organisations internationales y ont participé.

7. Lors des travaux préparatoires comme des négociations finales à la Conférence, l'objectif était de garantir le plus de sécurité possible aux parties à l'opération d'affacturage, et d'abaisser les coûts de l'affacturage et donc le rendre plus attractif. Ceci a conduit à l'élaboration d'un certain nombre de principes fondamentaux qui irriguent les règles uniformes et concernent la validité entre les parties de la cession (et des cessions successives) des créances et du transfert des droits correspondants, ainsi que le droit consécutif de l'entreprise d'affacturage de recevoir le paiement de la part du débiteur cédé. Il convient néanmoins de remarquer que, compte tenu de la diversité des solutions fournies par les législations nationales, il n'a pas été possible d'obtenir une solution parfaitement harmonisée concernant les conséquences à reconnaître à la prohibition d'une cession convenue entre les parties au contrat de vente. C'est également la raison pour laquelle la Convention ne traite pas des priorités entre revendications concurrentes, laissant la loi applicable régir cette question en vertu des règles de droit international privé (conformément à l'article 4(1)).

## **II. LES DISPOSITIONS DE LA CONVENTION**

### ***(a) Préambule***

8. L'importance grandissante de l'affacturage international apparaît dans le préambule de la Convention qui évoque la « fonction importante » qu'il joue dans le développement du commerce international. Le préambule fixe également le but premier de la Convention, à savoir l'importance de « *d'adopter des règles uniformes établissant un cadre juridique qui facilitera l'affacturage international et de veiller à l'équilibre entre les intérêts des différentes parties à l'opération d'affacturage* ».

### ***(b) Chapitre I : Champ d'application et dispositions générales***

9. La définition d'un « contrat d'affacturage » au sens de la Convention est posée à l'article 1(2), aux termes duquel il s'agit d'un contrat conclu entre une partie (le fournisseur) et une autre partie (l'entreprise d'affacturage, ci-après dénommée le cessionnaire), en vertu duquel (a) le fournisseur peut ou doit céder au cessionnaire des créances nées de contrats de vente de marchandises (un concept qui, selon l'article 1(3), inclut la prestation de services) conclus entre le fournisseur et ses clients (débiteurs), à l'exclusion de ceux qui portent sur des marchandises achetées à titre principal pour leur usage personnel, familial ou domestique ; (b) le cessionnaire doit prendre en charge au moins deux des fonctions suivantes, à savoir le

financement du fournisseur, la tenue des comptes relatifs aux créances, l'encaissement de créances et la protection contre la défaillance des débiteurs, et (c) la cession de créance doit être notifiée aux débiteurs. En d'autres termes, la Convention est applicable à la plupart des formes classiques d'affacturage qui ont été décrites plus haut, à l'exception des opérations d'affacturage qui ne seraient pas notifiées ; par ailleurs, la Convention est limitée à ce que l'on pourrait appeler l'affacturage « commercial », afin d'exclure les opérations de consommation.

10. La restriction de la Convention aux opérations internationales est formulée dans des termes familiers pour ceux qui connaissent la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM). Comme nous le verrons dans le cadre du Chapitre II relatif aux droits et obligations des parties de la Convention sur l'affacturage, celle-ci ne s'attache pas tant au contrat d'affacturage lui-même qu'aux relations issues de l'opération tripartite née de deux contrats que sont le contrat d'affacturage (fournisseur/cessionnaire) et le contrat de vente (fournisseur/débiteur). Typiquement, le contrat d'affacturage sera conclu entre des parties d'un même Etat, alors que l'élément d'extranéité résultera du contrat de vente sous-jacent. C'est la raison pour laquelle l'article 2(1) exige que le fournisseur et son débiteur aient leurs établissements dans des Etats différents. Une autre condition requise pour l'application de la Convention réside dans l'exigence que ces deux Etats ainsi que l'Etat où le cessionnaire a son établissement soient des Etat contractants, ou encore que le contrat de vente de marchandises ainsi que le contrat d'affacturage soient tous deux régis par la loi d'un Etat contractant.

11. Comme c'est le cas pour de nombreuses Conventions de droit commercial, la CVIM incluse, les auteurs de la Convention sur l'affacturage ont considéré que la rendre complètement obligatoire aurait réduit ses chances de succès à néant (comme cela aurait été le cas d'une extension de son application aux opérations nationales). En conséquence, en vertu de l'article 3(1), son application peut être exclue, soit par les parties au contrat d'affacturage, soit par les parties au contrat de vente, mais dans ce cas l'exclusion ne concernera que les créances nées au moment ou postérieurement à la notification qui en aura été donnée, par écrit, à l'entreprise d'affacturage. Néanmoins, eu égard au délicat équilibre établi par la Convention entre les intérêts des trois parties concernées, il n'est possible d'en exclure l'application que dans son entier, et non certaines de ses dispositions seulement (article 3(2)).

12. L'article 4, qui concerne l'interprétation de la Convention et le problème des mécanismes disponibles pour suppléer les lacunes existantes, est basé presque mot pour mot sur l'article 7 de la CVIM, avec pour seule innovation une référence, dans l'article 4(1), au préambule comme source d'interprétation.

### *(c) Chapitre II : Droits et obligations des parties*

13. Les articles 5 à 7 de la Convention sont de la plus haute importance en ce qu'ils établissent des règles, parfois en contradiction avec les règles traditionnelles de droit national,

régissant les cessions de créances et ayant pour but de promouvoir l'affacturage au niveau transfrontalier.

14. L'article 5 aborde deux obstacles qui peuvent s'opposer à la validité d'une cession entre les parties au contrat d'affacturage, et plus exactement la réticence qu'ont certains systèmes à reconnaître les cessions globales de créances ainsi que les cessions de créances futures. L'article 5 dispose donc que, dans les seuls rapports entre les parties au contrat d'affacturage : (a) une clause du contrat d'affacturage prévoyant la cession de créances existantes ou futures est valable, même en l'absence de leur désignation individuelle, si, lors de la conclusion du contrat ou à leur naissance, elles sont déterminables, et (b) une clause du contrat d'affacturage en vertu de laquelle des créances futures sont cédées opère leur transfert au cessionnaire dès leur naissance, sans nécessité d'un nouvel acte de transfert. Cette disposition permet ainsi de surmonter une difficulté procédurale présente dans le droit de nombreux pays. Un potentiel problème similaire est traité à l'article 7, aux termes duquel, dans les seuls rapports entre les parties, le contrat peut valablement prévoir le transfert, directement ou par un nouvel acte, de tout ou partie des droits du fournisseur provenant de la vente de marchandises, y compris le bénéfice de toute disposition du contrat de vente de marchandises réservant au fournisseur la propriété des marchandises ou lui conférant toute autre garantie.

15. Alors que de nombreuses délégations à la Conférence diplomatique d'adoption de la Convention sur l'affacturage, sont parvenues sans trop de difficultés à un consensus quant aux solutions prévues aux articles 5 et 7 – y compris lorsqu'elles impliquaient, dans le domaine de l'affacturage international, des dérogations aux règles nationales de droit matériel ou procédural -, la situation était très différente concernant l'article 6 qui traite d'un épineux problème, celui de savoir si l'insertion dans un contrat de vente d'une clause prohibant la cession d'une créance par le fournisseur constitue un obstacle à son recouvrement par l'entreprise d'affacturage auprès du débiteur. A l'époque où s'est tenue la Conférence, une telle prohibition était valable, à l'exception notable de l'Amérique du Nord, et un certain nombre de délégations souhaitaient soit éviter de traiter cette question, soit réaffirmer le principe de l'efficacité de telles clauses, de sorte que la possibilité d'émettre une réserve était laissée aux Etats affirmant la solution contraire. En d'autres termes, l'idée était que dès lors que le fournisseur avait accepté que soit stipulée dans le contrat de vente une clause prohibant la cession de créances, il lui serait interdit de violer son engagement en procédant ensuite à une cession à une entreprise d'affacturage.

16. Selon la thèse opposée, vivement soutenue entre autres par les délégations d'un certain nombre d'Etats dont la loi reconnaissait l'efficacité d'une clause de prohibition de cession, de telles clauses nuisent au développement de l'affacturage au niveau international et sont, le plus souvent, rédigées et insérées dans des contrats types de grandes sociétés traitant avec des cocontractants plus faibles qui se trouvent de ce fait privés du recours à un moyen moderne de financement et d'accès au crédit. Pour certains, ceci apparaissait comme un désavantage, particulièrement pour les fournisseurs des pays en voie de développement.

17. La version finale de l'article 6 reflète un compromis opéré entre ces deux positions. Le principe consacré au paragraphe (1) fait écho à la seconde thèse, et dispose ainsi que la cession de la créance par le fournisseur au cessionnaire peut être réalisée nonobstant toute convention entre le fournisseur et le débiteur prohibant une telle cession. Le paragraphe (2), toutefois, permet aux Etats procédant à la déclaration prévue à l'article 18 d'écarter le paragraphe (1) lorsque le débiteur a, lors de la conclusion du contrat de vente, son établissement dans un tel Etat, tandis que le paragraphe (3) de l'article 6 prévoit que les dispositions du paragraphe (1) ne portent pas atteinte à toute obligation de bonne foi qui incombe au fournisseur envers le débiteur ou à toute responsabilité du fournisseur à l'égard du débiteur du chef d'une cession réalisée en contravention des termes du contrat de vente.

18. Les trois derniers articles du Chapitre II, les articles 8 à 10, confèrent une nécessaire protection au débiteur qui, après tout, n'est pas une partie au contrat d'affacturage. Ainsi, l'article 8(1) dispose que le débiteur est tenu de payer le cessionnaire s'il n'a pas eu connaissance d'un droit préférable et si la notification par écrit de la cession (a) a été donnée au débiteur par le fournisseur ou par le cessionnaire en vertu d'un pouvoir conféré par le fournisseur ; (b) précise de façon suffisante les créances cédées et le cessionnaire à qui ou pour le compte de qui le débiteur doit faire le paiement ; et (c) concerne des créances qui naissent d'un contrat de vente de marchandises qui a été conclu soit avant soit au moment où la notification est donnée. En vertu du paragraphe (2), le paiement par le débiteur au cessionnaire est libératoire s'il est fait conformément au paragraphe (1), sans préjudice de toute autre forme de paiement également libératoire.

19. L'article 9 résout la question des moyens de défense qu'un débiteur peut opposer à un cessionnaire qui formerait contre lui, sur le fondement d'un contrat d'affacturage, une demande en paiement de créances. Selon le paragraphe (1), le débiteur peut invoquer tous les moyens de défense dérivant du contrat de vente de marchandises qu'il aurait pu opposer si la demande avait été faite par le fournisseur. Quant au paragraphe (2), il traite plus spécifiquement du droit à compensation : il permet au débiteur d'exercer contre l'entreprise d'affacturage tout droit à compensation relatif à des droits ou actions existants contre le fournisseur en faveur duquel la créance est née, et qu'il peut invoquer à l'époque où la notification par écrit de la cession a été donnée conformément aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 8.

20. L'article 10 concerne le problème, courant en pratique, d'un débiteur qui se prévaut d'une violation du contrat par le fournisseur. Aux termes de cette disposition, sans préjudice des droits conférés au débiteur par l'article 9, l'inexécution ou l'exécution défectueuse ou tardive du contrat de vente ne permet pas au débiteur de recouvrer le paiement qu'il a fait au cessionnaire s'il dispose d'un recours en répétition des sommes payées au fournisseur. Néanmoins, si un tel recours contre le fournisseur existe, le débiteur peut alors, sur le fondement de l'article 10(2), recouvrer le paiement qu'il a fait au cessionnaire dans la mesure où le cessionnaire ne s'est pas acquitté de son obligation de payer au fournisseur les créances cédées, ou s'il a payé à un moment où il avait connaissance de l'inexécution ou de l'exécution défectueuse ou tardive ayant trait aux marchandises dont il a reçu paiement du débiteur.

### *(d) Chapitre III : Cessions successives*

21. L'affacturage international implique fréquemment plus d'une cession de créance. Typiquement, le fournisseur de l'Etat A cède la créance à un cessionnaire du même Etat, qui lui-même la cède à son correspondant, une entreprise d'affacturage de l'Etat B, qui sollicitera ensuite le remboursement auprès du débiteur, également situé dans l'Etat B. L'article 11 concerne les complications pouvant résulter de telles cessions successives dans le cadre de l'application de la Convention. En effet, le paragraphe 1 (a) dispose que les règles énoncées dans les articles 5 à 10 s'appliquent, sous réserve des dispositions de l'alinéa (b) de l'article 11(1), à toute cession successive de la créance par le cessionnaire ou par un cessionnaire successif, tandis que l'alinéa (b) assimile, pour l'application des articles 8 à 10, la situation d'un cessionnaire successif à celle de l'entreprise d'affacturage. Enfin, le paragraphe (2) de l'article 11 détermine le moment précis où le débiteur reçoit la notification, et dispose ainsi que la notification au débiteur de la cession successive constitue également notification de la cession à l'entreprise d'affacturage.

22. L'article 12 traite d'une hypothèse moins commune en pratique, mais qui a fait l'objet d'une préoccupation majeure pour une délégation. Il s'agit de l'hypothèse d'une cession successive réalisée en violation des termes du contrat d'affacturage, l'article prévoyant que la Convention n'est pas applicable à de telles cessions.

### **III. MISE EN ŒUVRE DE LA CONVENTION**

23. Le 31 décembre 1990, date de clôture pour la signature, la Convention sur l'affacturage avait été signée par 14 Etats (–Allemagne, Belgique, Etats-Unis d'Amérique, Finlande, France, Ghana, Guinée, Italie, Maroc, Nigeria, les Philippines, le Royaume Unis, Tanzanie et Tchécoslovaquie). Conformément à l'article 14(1) de la Convention, celle-ci est entrée en vigueur six mois après la date de dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, à savoir le 1<sup>er</sup> mai 1995. Depuis la ratification de la Convention par l'Allemagne (où elle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 1998), le nombre d'Etats contractants est de sept, à savoir l'Allemagne, la France (qui a fait la déclaration prévue aux articles 6(2) et 18), la Hongrie, l'Italie, la Lettonie (qui a fait la déclaration prévue aux articles 6(2) et 18), le Nigeria et l'Ukraine (pour l'état de mise en œuvre de la Convention, voir : <http://www.unidroit.org/etat-1988-affacturage>).

24. Il est important de noter que les dispositions de fond de la Convention ont été utilisées comme modèle dans un certain nombre de pays (tels que la Lituanie et la Russie) lorsqu'ils ont modernisé leur cadre législatif en matière d'affacturage et de cessions de créances. La Convention a également été utilisée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), comme point de départ lors de l'élaboration de la Convention sur la cession de créances dans le commerce international, laquelle a été adoptée

le 12 décembre 2001 par l'Assemblée générale des Nations Unies (pour le moment, cette Convention n'est pas entrée en vigueur).

(Rome, Janvier 2011)