

Arkadiusz Wowerka

Umowa faktoringu w świetle konwencji ottawskiej o faktoringu międzynarodowym

1. Uwagi wprowadzające

Factoring stanowi metodę finansowania w oparciu o wierzytelności (*receivables financing*), cieszącą się stale rosnącym zainteresowaniem w obrocie międzynarodowym¹. Ułatwieniu stosowania i rozwojowi faktoringu międzynarodowego służy uchwalona w dniu 28 maja 1988 r. w Ottawie Konwencja o faktoringu międzynarodowym [dalej: konwencja ottawska], która zawiera normy jednolite poświęcone specjalnie

¹ Por. statystyki największej międzynarodowej organizacji faktoringowej Factors Chain International dostępne na www.factors-chain.com. Co do znaczenia faktoringu w obrocie międzynarodowym zob. m.in.: T. Cox: *International Factoring: Europe and Beyond*. „The Secured Lender” [dalej: SL] July/August 1996, vol. 52, s. 58, 59; K.-H.S. Kaarst: *Internationales Factoring lebhaft gefragt*. „Finanzierung Leasing Factoring” [dalej: FLF] 6/1987, s. 234 i nast.; D. Klindworth: *Exportfactoring — ein Instrument moderner Unternehmenspolitik*. „Der Betrieb” Beilage 1980, Nr. 6, s. 4 i nast.; P. Kraemer: *Factoring, Leasing und Teilzahlung als Finanzierungsmittel im Export*. Charakteristik und Bewertung der Möglichkeiten zur Exportfinanzierung und zur Risikoverlagerung. Berlin 1970, s. 37 i nast.; E.R. Plyler: *International Factoring: Alternative Trade Finance Tool*. SL July/August 1996, vol. 52, s. 75; H. Schranz: *Wirtschaftliche Bedeutung des Internationalen Factoring*. In: *Factoring-Handbuch-national-international*. 2 Aufl. Frankfurt am Main 1987, s. 84 i nast.; M.R. Alexander: *Towards Unification and Predictability — The International Factoring Convention on International Factoring*. „Columbia Journal of Transnational Law” 1989, vol. 27, s. 360—363.

tej instytucji². Zgodnie z art. 1 ust. 1, konwencja ottawska reguluje umowę faktoringu i przelewy w niej określone³. Mimo pewnych niedostatków, przede wszystkim w zakresie przelewu wierzytelności⁴, stanowi interesującą próbę stworzenia nowej instytucji prawa zobowiązań na podstawie doświadczeń i z uwzględnieniem potrzeb praktyki faktoringu międzynarodowego. Rozwiązania w niej przyjęte mogą być wzorcem dla ustawodawcy krajowego i inspirować podejmowanie prac nad regulacjami dotyczącymi umowy faktoringu w krajowych systemach prawa prywatnego (konwencja jako prawo modelowe). Konwencja ottawska obowiązuje obecnie we Włoszech (od 1995 r.), Francji (od 1995 r.), w Nigerii (od 1995 r.), RFN (od 1998 r.), na Węgrzech (od 1996 r.), Łotwie (od 1998 r.) oraz Ukrainie (od 2007 r.)⁵. Z mocy odesłania zawartego w art. 2 ust. 1 lit. b⁶ konwencji jej postanowienia będą

² Por. preambułę konwencji.

³ Podkreślić należy, że akt ten nie normuje generalnie przelewu (transferu) wierzytelności (rozporządzenia), lecz reguluje jedynie pewne aspekty przelewu wierzytelności — wyłączając przeszkody istniejące w tym zakresie w prawie krajowym. W tym względzie zob. w szczególności: Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen über internationales Factoring (Ottawa 1988) unter besonderer Berücksichtigung seiner Anwendbarkeit* Frankfurt am Main—Berlin—Bern—New York—Paris—Wien 1998, s. 167—228, 245—251; A. Wowerka: *Factoring w obrocie międzynarodowym ze szczególnym uwzględnieniem regulacji konwencji ottawskiej o faktoringu międzynarodowym*. W: *Polskie prawo prywatne w dobie przemian. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi J. Młynarczykowi*. Gdańsk 2005, s. 139—147.

⁴ Za podstawową wadę tego aktu uznać należy brak unormowania problematyki pierwszeństwa podmiotów występujących z konkurującymi roszczeniami do tej samej wierzytelności (tak: F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen über Internationales Factoring (Ottawa 1988)*. In: *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*. Bd. 5. *Viertes Buch. Handelsgeschäfte Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften §§ 343—372 — Recht des Zahlungsverkehrs, Effektengeschäft, Depotgeschäft, Ottawa Übereinkommen über Internationales Factoring*. München 2001, s. 1568; Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 181, 182, 195, 196, 355, 356; A. Wowerka: *Factoring...*, s. 148. Kompromis w tej kwestii na szczeblu międzynarodowym udało się osiągnąć dopiero 13 lat później — znalazł on wyraz w stosownych regulacjach Konwencji UNCITRAL z dnia 12 grudnia 2001 r. o przelewach wierzytelności w handlu międzynarodowym (konwencja nowojorska), i to — co warto podkreślić — zarówno na szczeblu materialnym, jak i kolidującym; więcej na ten temat zob. W. Kurowski: *Przelew wierzytelności w handlu międzynarodowym*. „Kwartalnik Prawa Prywatnego” [dalej: KPP] 2004, z. 4, s. 1141—1143; Idem: *Przelew wierzytelności w prawie prywatnym międzynarodowym*. Kraków 2005, s. 70—72.

⁵ Zob. wykaz państw, w których obowiązuje konwencja ottawska, dostępny na stronie www.unidroit.org.

⁶ Zgodnie z tym przepisem, konwencja ma zastosowanie, jeżeli wierzytelność będąca przedmiotem umowy faktoringu wynika z umowy sprzedaży między dostawcą a dłużnikiem, których siedziby znajdują się w różnych państwach, i jeżeli zarówno umowa sprzedaży, jak i umowa faktoringu podlegają prawu państwa będącego jej stroną. Nie jest przy

podlegały stosowaniu również przez sądy państw, w których nie ma ona mocy wiążącej, w tym polskie. W rezultacie znaczenie konwencji ottawskiej w obrębie UE już dziś jest szczególnie doniosłe. Zachodzi więc potrzeba ustalenia pojęcia umowy faktoringu w rozumieniu tej konwencji w celu określenia, czy akt ten znajduje zastosowanie w konkretnym przypadku.

Na wstępie podkreślić należy, że wedle woli twórców konwencji ottawskiej definicja umowy faktoringu powinna przedstawiać w aspekcie międzynarodowym wspólny mianownik dla faktoringu i winna być ujmowana szeroko, aby objęte nią zostały wszelkie możliwe formy i odmiany faktoringu⁷. Analiza pojęcia umowy faktoringu w rozumieniu konwencji ottawskiej powinna być przy tym dokonywana zgodnie z zasadą autonomicznej wykładni, w myśl której pojęcia międzynarodowego prawa jednolitego należy interpretować bez odwoływania się do znaczeń nadanych im w prawie krajowym⁸. Niemniej celowe będzie posiłkowe odwoływanie się do pojęć zawartych w konwencjach pokrewnych. W szczególności dla wykładni konwencji ottawskiej miarodajne będą postanowienia Konwencji Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów z dnia 11 kwietnia 1980 r.⁹ [dalej: konwencja wiedeńska], na której strukturze pojęciowej wzorowali się twórcy konwencji ottawskiej¹⁰. Podobnie rzecz się ma, jeżeli chodzi o nieobowiązującą jeszcze Konwencję UNCITRAL o przelewach wierzytelności w handlu międzynarodowym z 2001 r. [dalej: konwencja nowojorska], która w założeniach jej autorów ma stanowić uzupełnienie konwencji ottawskiej

tym konieczne, aby umowa sprzedaży i umowa faktoringu podlegały prawu tego samego państwa; A. Zaccaria: *Internationales Factoring nach Inkrafttreten der Konvention von Ottawa*. „Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts” [dalej: IPRax] 1995, H. 5, s. 279; K. Zawada: *Factoring międzynarodowy*. KPP 1996, z. 4, s. 795.

⁷ M.R. Alexander: *Towards...*, s. 506, przyp. 28.

⁸ Co do wykładni konwencyjnego prawa jednolitego zob. J. Kropholler: *Internationales Einheitsrecht. Allgemeine Lehren*. Tübingen 1994, s. 265, 280; F. Diederich: *Autonome Auslegung von internationalem Einheitsrecht*. München 1994, s. 77 i nast.; F. Ferrari: *Das Verhältnis zwischen den Unidroit-Grundsätzen und den allgemeinen Grundsätzen internationaler Einheitsrechtskonventionen*. „Juristenzeitung” 1998, Nr. 1, s. 10; Idem: *The Relationship Between International Uniform Contract Law Conventions*. „Journal of Law and Commerce” Spring 2003, vol. 22, s. 67, 68.

⁹ Dz.U. 1997, nr 45, poz. 286.

¹⁰ J. Basedow: *Internationales Factoring zwischen Kollisionsrecht und Unidroit-Konvention*. „Zeitschrift für Europäisches Privatrecht” [dalej: ZEuP] 1997, H. 2, s. 628; F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1570, 1571, 1582; Idem: *Der internationale Anwendungsbereich des Ottawa-Übereinkommens von 1988 über Internationales Factoring*. „Recht der Internationalen Wirtschaft” [dalej: RIW] 1996, H. 3, s. 184. Często konwencja ottawska określana jest mianem „załącznika” do konwencji wiedeńskiej.

w zakresie przelewu wierzytelności¹¹, a swym zastosowaniem obejmuje również faktoring¹².

Definicję umowy faktoringu w rozumieniu konwencji określają kryteria podmiotowe i przedmiotowe. W znaczeniu nadanym przez konwencję umowa faktoringu oznacza, po pierwsze, umowę zawartą między dwiema stronami — faktorem a dostawcą. Po drugie, umowa taka definiowana jest w konwencji przez trojaki rodzaj elementy. Są to: rodzaj wierzytelności, które są jej przedmiotem, charakterystyczne świadczenie faktora oraz obowiązek ujawnienia przelewu dłużnikowi. Akt ten ma zastosowanie do umów faktoringu międzynarodowego, konieczne jest zatem ustalenie, na czym polega międzynarodowy charakter faktoringu w rozumieniu konwencji.

2. Strony umowy

Konwencja ottawska opisuje umowę faktoringu jako umowę między jedną a drugą stroną, które określa mianem dostawcy i faktora¹³.

W odróżnieniu od konwencji wiedeńskiej, konwencja ottawska nie zawiera wyraźnego stwierdzenia, że jej stosowanie nie jest uzależnione od statusu cywilnoprawnego czy też handlowego stron umowy fakto-

¹¹ M.E. Trager: *Towards a predictable law on international receivables financing: the Uncitral Convention*. „International Law and Politics” Winter/Spring 1999, vol. 31, s. 618.

¹² S.V. Bazinas: *Der Beitrag von UNCITRAL zur Vereinheitlichung der Rechtsvorschriften über Forderungsabtretungen: Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Abtretungen von Forderungen im internationalen Handel*. ZEuP 2002, H. 4, s. 785; Idem: *Die Arbeit von UNCITRAL im Bereich der Forderungsabtretung zur Kreditsicherung*. In: *Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen*. Berlin 1999, s. 104; Idem: *An International Legal Regime for Receivables Financing: Uncitral's Contribution*. „Duke Journal of Comparative and International Law” 1998, vol. 8, s. 322.

¹³ Zauważyć warto, że w konwencji terminologia ta nie będzie miarodajna w odniesieniu do najczęściej występującego w praktyce obrotu międzynarodowego systemu dwóch faktorów. Faktora importowego konwencja określa w art. 11 w sposób abstrakcyjny za pomocą pojęcia „kolejny cesjonariusz”. Bliżej co do systemu dwóch faktorów zob. H.J. Sommer: *Grenzüberschreitendes Factoring im Zwei-Factor-Verfahren*. In: *Handbuch des nationalen und internationalen Factoring*. 3 Aufl. Frankfurt am Main 1997, s. 288—195.

ringu¹⁴. Uznać wszakże należy, że stosuje się ją wyłącznie do podmiotów prowadzących działalność gospodarczą lub zawodową¹⁵. Prezentowany w literaturze pogląd odmienny¹⁶ nie znajduje żadnego oparcia w regulacjach konwencji ottawskiej. Wynika to, po pierwsze, z przedmiotu regulacji konwencji, jaką jest faktoring. Jest on bowiem w istocie narzędziem finansowania transakcji o charakterze handlowym. Celem konwencji jest ułatwienie faktoringu międzynarodowego i praktyki w tym zakresie. Jej regulacje mają stanowić odzwierciedlenie tej praktyki, w której w transakcjach faktoringowych występują wyłącznie podmioty prowadzące działalność gospodarczą lub zawodową. Typową cechą umów faktoringowych jest to, że nie mają one charakteru umów konsumenckich, w odniesieniu do których w wielu krajach obowiązują szczególne regulacje. Po drugie, stosowanie konwencji wyłącznie do podmiotów mających status kupca bezpośrednio wynika także z jej postanowień szczególnych. Wskazać tu trzeba przede wszystkim na („handlowy”) charakter wierzytelności, które są przedmiotem regulowanej przez konwencję umowy faktoringu, o czym dalej¹⁷. Handlowy charakter wierzytelności będących przedmiotem przelewu w ramach umowy faktoringu rozstrzyga w sposób pośredni o statusie faktora jako przedsiębiorcy w konwencji ottawskiej. Warto zwrócić uwagę, że wersja francuska konwencji mówi wprost o „przedsiębiorstwie faktoringowym” (*l'entreprise d'affacturage*), co jednoznacznie przesądza o profesjonalnym charakterze faktora. Wersja angielska posługuje się co prawda tradycyjnym terminem *factor*, bez dodatkowego wyrazu „przedsiębiorstwo” (*enterprises*), jednakże termin ten musi mieć takie samo znaczenie, jak w wersji francuskiej, jako że obie autentyczne wersje mają jednakową moc. Handlowy status faktora wyznaczają także funkcje, jakie zobowiązany jest on pełnić zgodnie z art. 1 ust. 2 pkt 1–4 konwencji¹⁸. Z charakteru tych funkcji wynika, że pełnić je mogą w zasadzie tylko podmioty zajmujące się profesjonalnie tego typu działalnością. Wreszcie zauważyć trzeba, że konwencja wyraźnie wskazuje na siedziby handlowe stron (ang. *place o business*, franc. *etablissement*). Sformuło-

¹⁴ Zgodnie z art. 1 ust. 3 konwencji wiedeńskiej, przy określaniu zakresu niniejszej konwencji ani przynależność państwowa stron, ani ich status cywilnoprawny lub handlowy, ani też charakter cywilnoprawny lub handlowy umowy nie będą brane pod uwagę.

¹⁵ R.M. Goode: *Conclusions of the Leasing and Factoring Conventions*. I, II. „The Journal of Business Law” [dalej: JBL] 1988, s. 510.

¹⁶ Tak Ch. Häusler, który powołuje się przy tym na analogię z art. 1 ust. 3 konwencji wiedeńskiej (*Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 312–315; Idem: *Die Neueregulierung der internationalen Forderungsfinanzierung durch das UNIDROIT-Übereinkommen über internationales Factoring*. In: *Handbuch des nationalen und internationalen Factoring*. 3 Aufl..., s. 279).

¹⁷ Zob. rozdz. 3.1 niniejszego opracowania.

¹⁸ Zob. rozdz. 3.2 niniejszego opracowania.

wanie takie przemawia jednoznacznie za tym, że chodzi tu o podmioty prowadzące działalność handlową, a więc będące przedsiębiorcami (kupcami).

3. Przedmiot

3.1. Wierzytelność

3.1.1. Charakter wierzytelności

Rodzaj wierzytelności

Zgodnie z art. 1 ust. 2 lit. a konwencji, dostawca może lub jest zobowiązany przelać wierzytelności wynikające z umów zawartych z jego klientami¹⁹. Konwencja nie definiuje pojęcia wierzytelności, wyjaśnienia wymaga zatem, czy chodzi tu wyłącznie o wierzytelności, których przedmiotem jest określona kwota pieniężna (ściślej rzecz biorąc, uiszczenie określonej kwoty pieniężnej), czyli wierzytelności pieniężne, czy także o wierzytelności, których przedmiotem są inne walory (np. rzeczy oznaczone co do gatunku, indywidualnie czy też nawet wykonanie usług), czyli wierzytelności niepieniężne.

Rozstrzygnięcia tej kwestii dokonać można w pierwszej kolejności, analizując pojęcie „zapłata”, którym w odniesieniu do obowiązków dłużnika posługuje się sama konwencja. Wskazać tu można przede wszystkim na regulacje art. 8 ust. 1 oraz art. 10 ust. 2. Pierwszy przepis mówi wyraźnie o obowiązku dłużnika dokonania zapłaty do rąk faktora („dłużnik jest obowiązany zapłacić faktorowi [...]”; ang. *a duty to pay the factor*; franc. *etre tenu de payer*). Drugi z wymienionych przepisów odnosi się do uprawnienia dłużnika do żądania zwrotu sumy, którą ten zapłacił faktorowi („[...] uprawnia dłużnika do żądania zwrotu sumy, którą zapłacił faktorowi”; ang. *entitle to recover a sum paid*; franc. *permettre de recouvrer le paiement*). W obu wypadkach chodzi jednoznacznie o zapłatę sumy pieniężnej.

¹⁹ Faktoring pasywny, który obejmuje długi, a nie wierzytelności, wyłączony jest z zakresu zastosowania konwencji. F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1585.

Rezultat ten potwierdza również analiza pojęcia umowy, z której wynikać mają wierzytelności będące przedmiotem faktoringu w konwencji ottawskiej (tzw. umowy podstawowej). Zgodnie z art. 1 ust. 2, wierzytelności te wynikają mianowicie z umów sprzedaży towarów, przy czym w rozumieniu konwencji umowa sprzedaży to także umowa o świadczenie usług. Konwencja ottawska nie definiuje jednakże wprost umowy sprzedaży. Definicji takiej brak jest również w konwencji wiedeńskiej o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów²⁰, do której regulacji ściśle nawiązuje konwencja ottawska. Niemniej jednak z uregulowań konwencji wiedeńskiej dotyczących praw i obowiązków sprzedawcy i kupującego wynika, że podstawowym obowiązkiem sprzedawcy jest wydanie kupującemu towaru i przeniesienie na niego własności tego towaru (art. 30). Natomiast podstawowym obowiązkiem kupującego jest zapłata ceny za dostarczony towar (art. 53)²¹. Zatem jasno wynika z tego, że świadczenie wzajemne dłużnika w umowie sprzedaży polega na zapłacie określonej kwoty pieniężnej. To samo dotyczy umowy o świadczenie usług²², zwłaszcza, że konwencja ottawska obejmuje zarówno umowy sprzedaży, jak i umowy o świadczenie usług.

Wreszcie dla ustalenia pieniężnego charakteru wierzytelności w konwencji ottawskiej miarodajne będą także regulacje konwencji nowojorskiej. Artykuł 2 lit. a tego aktu wyraźnie definiuje wierzytelność jako wynikające z umowy prawo cedenta do żądania zapłaty określonej sumy pieniężnej od osoby trzeciej (dłużnika).

Na podstawie przytoczonych rozważań stwierdzić zatem należy, że przedmiotem umowy faktoringu w świetle konwencji ottawskiej są wyłącznie wierzytelności pieniężne dostawcy wobec jego dłużników²³. Zastosowanie konwencji nie jest przy tym uzależnione od okresu wymagalności wierzytelności²⁴, a więc przedmiotem przelewu w ramach umowy

²⁰ M. Pazdan, w: *Konwencja wiedeńska o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów. Komentarz*. Red. M. Pazdan. Kraków 2001, s. 43.

²¹ Ibidem, s. 43, 44.

²² Ściśle rzecz biorąc, również umowy o świadczenie usług podlegają regulacjom konwencji wiedeńskiej, z tym jednakże zastrzeżeniem, że akt ten nie będzie miał zastosowania do tego typu umowy, jeżeli usługi stanowią przeważającą część zobowiązań strony dostarczającej towary (zob. art. 3 ust. 2 konwencji wiedeńskiej). Szerzej w tym względzie ibidem, s. 80—86.

²³ F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1585; Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 115. Konwencja pozostawia więc tzw. faktoring towarowy poza zakresem swej regulacji. Z tego względu konwencja ottawska nie będzie miała zastosowania do umów, których przedmiotem są wierzytelności wynikające z umów mających charakter umowy zamiany.

²⁴ K. Bette: *Vertraglicher Abtretungsausschluß im deutschen und grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr*. „Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen” 1994, H. 4, s. 1914; F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1585.

faktoringu w rozumieniu konwencji mogą być zarówno wierzytelności z krótkimi, jak i długimi terminami wymagalności. Umowa faktoringu w rozumieniu konwencji może ponadto obejmować zespół wierzytelności, jak też może dotyczyć pojedynczej wierzytelności²⁵. Umowa faktoringu w rozumieniu konwencji może więc stanowić podstawę zarówno stosunku zobowiązaniowego o charakterze ciągłym, obejmującego kompleks wierzytelności wynikających z wielu umów podstawowych, jak też mieć charakter kontraktu jednorazowego, ograniczonego do pojedynczej wierzytelności²⁶. Przyjąć także należy, że konwencja ottawska będzie też miała zastosowanie do przelewu części poszczególnych wierzytelności, co znajduje wyraźne potwierdzenie w art. 2 lit. a wspomnianej konwencji nowojorskiej, zgodnie z którym przelew obejmować może całość, część lub niepodzielny udział wynikających z umowy praw cedenta do zapłaty określonej sumy pieniężnej.

W pozostałym zakresie właściwości wierzytelności wynikać będą z wymogów, jakie konwencja ottawska przewiduje w odniesieniu do umowy podstawowej. Konieczne jest zatem ustalenie znaczenia pojęcia i charakteru umowy pierwotnej, co z kolei pozwoli na dalsze doprecyzowanie charakteru oraz ustalenie rodzaju wierzytelności mogących stanowić przedmiot faktoringu w rozumieniu konwencji.

Pojęcie umowy podstawowej

Według art. 1 ust. 2 lit. a konwencji, przedmiotem umowy między dostawcą a faktorem są wierzytelności wynikające z umów sprzedaży towarów, przy czym zgodnie z art. 1 ust. 3, wyrażenia „towary” i „sprzedaż towarów” obejmują także „usługi oraz umowy o świadczenie usług”²⁷. Oznacza to, że wierzytelności niewynikające z umów sprzedaży towarów

²⁵ F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1567, 1586; Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 249.

²⁶ Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 249; K. Bette: *Vertraglicher...*, s. 1914. Odmienne L.J. Kitsaras, zdaniem którego konwencja ottawska nie ma zastosowania do pojedynczych wierzytelności (*Das Unidroit-Übereinkommen über das Internationale Factoring vom 28.5.1988 (Ottawa) aus der Sicht des deutschen und griechischen Rechts. Eine rechtsvergleichende Darstellung zum materiellen Factoring-Recht*. Athen—Komotini 1994, s. 57). Zauważyć jednakże należy, że samo użycie liczby mnogiej w tekście aktu prawnego, tak jak to ma miejsce w konwencji ottawskiej w odniesieniu do wierzytelności (ang. *receivables*, fr. *creances*), nie musi wcale oznaczać, że chodzi zawsze o grupę czy też zespół pewnych dóbr bądź rzeczy. W odróżnieniu od liczby pojedynczej, liczba mnoga wyraża bowiem często pewien bliżej nieokreślony stan i może oznaczać także pojedynczą rzecz.

²⁷ Z zakresu zastosowania konwencji wyłączone są wierzytelności wynikające z ustawowych stosunków zobowiązaniowych; Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 272; F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1581.

bądź z umów o świadczenie usług w rozumieniu konwencji są wyłączone z zakresu jej zastosowania²⁸.

Konwencja ottawska nie definiuje pojęcia umowy sprzedaży. W powszechnym jurystycznym rozumieniu termin „sprzedaż” oznacza definitywne przeniesienie władztwa nad rzeczą i jej własności za określoną sumę pieniężną. Miarodajnej definicji dostarcza konwencja wiedeńska. Wprawdzie, jak wcześniej wskazano, konwencja wiedeńska nie definiuje wprost umowy sprzedaży; definicję tej umowy wyprowadza się z art. 30 tego aktu określającego obowiązki sprzedawcy oraz art. 53 precyzującego obowiązki kupującego. W świetle tych przepisów umową sprzedaży jest umowa, w wyniku której jedna ze stron — sprzedawca — zobowiązuje się do dostarczenia (wydania) towarów i przeniesienia własności tych towarów, a druga strona — kupujący — zobowiązuje się do odbioru towarów i do zapłaty ceny zakupu²⁹. Umowa sprzedaży towarów w rozumieniu art. 1 ust. 1 konwencji wiedeńskiej jest zatem umową dotyczącą wymiany określonego towaru za pieniądź³⁰. Definicja ta będzie miarodajna również na gruncie konwencji ottawskiej. Mając jednakże na względzie przyjętą przez autorów konwencji ottawskiej koncepcję szerokiego ujmowania zakresu zastosowania tego aktu, przyjąć trzeba, że wszelkie wyłączenia przedmiotowe zawarte w konwencji wiedeńskiej nie mają znaczenia na gruncie konwencji ottawskiej³¹. Podobnie pozbawione znaczenia będzie to, czy przedmiotem umowy podstawowej jest dobro materialne, czy też niematerialne³². Zaznaczyć jednak nale-

²⁸ Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 271. Odmienny pogląd wyraził A.F. Reisman, podczas obrad konferencji w Ottawie. Stwierdził mianowicie, że umowy sprzedaży oraz umowy o świadczenie usług, które wymienia konwencja, obejmują w istocie wszelkie umowy; zob. CONF. 7/C.1/S.R.21, in: *Acts and Proceedings of the Diplomatic Conference for the adoption of the draft UNIDROIT Conventions on International Factoring and International Financial Leasing, Ottawa, 9—28 May 1988*. Vol. 1, 2. Rome 1991—1992. Pozycja ta zawiera wszystkie dokumenty robocze konferencji powoływane w niniejszym opracowaniu.

²⁹ M. Pazdan, w: *Konwencja wiedeńska...*, s. 43, 44.

³⁰ Zob. B. Czerwenka: *Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht. Das Kollisionsrecht bei grenzüberschreitenden Kaufverträgen und der Anwendungsbereich der internationalen Kaufrechtsübereinkommen*. Berlin 1988, s. 141; M. Pazdan, w: *Konwencja wiedeńska...*, s. 47.

³¹ Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 274; F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1583; Idem: *Der internationale...*, s. 184.

³² Na gruncie konwencji wiedeńskiej kwestią sporną jest to, czy towarami w jej rozumieniu są także dobra niematerialne. Zdaje się przeważać pogląd o wyłączeniu z zakresu zastosowania konwencji wiedeńskiej sprzedaży wszelkich praw; zob. B. Czerwenka: *Rechtsanwendungsprobleme...*, s. 147, 148; M. Pazdan, w: *Konwencja wiedeńska...*, s. 45 i przywołana tam literatura; wielu autorów opowiada się natomiast za dopuszczalnością zastosowania konwencji wiedeńskiej do sprzedaży programów komputerowych; zob. M. Pazdan, w: *Konwencja wiedeńska...*, s. 46, 47 i przywołana tam literatura.

ży, że w wypadku konwencji wiedeńskiej powszechnie uznawane jest ograniczenie pojęcia towarów do rzeczy ruchomych³³ i tej interpretacji nie można pominąć w wypadku konwencji ottawskiej. Nieruchomości nie stanowią zwykle towaru w obrocie międzynarodowym. W rezultacie uznać zatem trzeba, że przedmiotem umowy sprzedaży (towarami) w rozumieniu konwencji ottawskiej mogą być wszelkie rzeczy ruchome, a także dobra niematerialne mogące być przedmiotem obrotu handlowego, jak programy komputerowe, lecz także prawa, jak patenty, wieczystość, licencje³⁴, z wyłączeniem w każdym razie nieruchomości³⁵.

Konwencja ottawska nie definiuje wprost również pojęcia umów o świadczenie usług³⁶. Brak jest takiej definicji również na gruncie konwencji wiedeńskiej, która w art. 3 zawiera jedynie wskazówki pozwalające odgraniczyć sprzedaż konwencyjną od umów o świadczeniu usług, których akt ten nie obejmuje³⁷. Z uwagi na fakt, że piśmiennictwo zajmuje się w zasadzie wyłącznie analizą owych wskazówek³⁸ i nie dostarcza pozytywnej definicji umowy o świadczenie usług na gruncie konwencji wiedeńskiej, odwołanie się do tego aktu jest mało przydatne. Stąd też na gruncie konwencji ottawskiej podstawowe znaczenie będzie miała wykładnia gramatyczna tego pojęcia. W powszechnym rozumieniu termin „usługi” (ang. *service*, franc. *service*) oznacza każde działanie na czyjąś rzecz. Należy przy tym mieć na uwadze, że zarówno angielskie *services*, jak i francuskie *services* oznaczające usługi mają szeroki zakres, którego nie należy ograniczać w konwencji. W tym świetle konwencja ottawska obejmować będzie nie tylko umowy o świadczenie usług, lecz także umowy mające cha-

³³ Zob. M. Pazdan, w: *Konwencja wiedeńska...*, s. 44, 45 i przywołaną tam literaturę.

³⁴ Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 275. Odmienne F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1584.

³⁵ Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 275; F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1584.

³⁶ Odnośnie do ustalenia pojęcia usług w konwencji ottawskiej podkreślenia wymaga fakt, że w toku prac nad tym aktem nie zwracano szczególnej uwagi na potrzebę zdefiniowania tego pojęcia. Dopiero pytanie postawione przez delegację chińską w przedmiocie znaczenia terminu „usługi” w trakcie obrad konferencji w Ottawie, na ostatnim posiedzeniu Komisji Ogólnej, wywołało rzeczywistą dyskusję w tej materii. W jej toku wskazano, że również pojęcie usług zawarte w art. 3 ust. 2 konwencji wiedeńskiej, na której strukturze pojęciowej opierali twórcy konwencji ottawskiej, pozostaje niezdefiniowane na gruncie tej ostatniej. Jako przykłady umów o świadczenie usług wskazano: umowy rachunku bankowego, umowy ubezpieczenia, umowy przewozu osób i rzeczy lub umowy o doradztwo, co zadowoliło wszystkich dyskutantów. W efekcie za zbędne uznano definiowanie pojęcia usług w ostatecznej wersji konwencji. Bliżej co do całości dyskusji zob. *CONF. 7/C.1/S.R.21*.

³⁷ M. Pazdan, w: *Konwencja wiedeńska...*, s. 80.

³⁸ Zob. ibidem, s. 80—86 i przywołaną tam literaturę.

rakter umowy o dzieło³⁹. Wyłączona z zakresu usług będzie jednakże umowa o pracę, gdyż w obu prawniczych językach na oznaczenie pojęcia pracy funkcjonuje odrębne wyrażenie (ang. *labour*, franc. *travail*), którym konwencja ottawska się nie posługuje. Decydujące dla umowy o świadczenie usług będzie zatem działanie na własny rachunek na czyjąś rzecz⁴⁰. W literaturze przedmiotu jako przykłady umów o świadczenie usług w rozumieniu konwencji ottawskiej wymienia się — aczkolwiek brak jest w tym zakresie jednomyślności — umowy przewozu, doradztwa, dystrybucji, reklamowe oraz inne usługi komunikacyjne, umowę o roboty budowlane⁴¹, a ponadto usługi bankowe⁴², umowę ubezpieczenia⁴³.

Sumując przytoczone rozważania, stwierdzić należy, że umowa sprzedaży w rozumieniu konwencji oznacza umowę, do której podstawowej treści należy obowiązek przeniesienia posiadania i własności towarów, natomiast w przypadku umowy o świadczenie usług — obowiązek polegający na świadczeniu na czyjąś rzecz szeroko rozumianych usług na własny rachunek⁴⁴.

³⁹ Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 273.

⁴⁰ Ibidem. Odmienne F. Ferrari, który uznaje także umowę o pracę za umowę o świadczenie usług w rozumieniu konwencji ottawskiej (*UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1585).

⁴¹ Tak J. Basedow: *Internationales...*, s. 628; F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1585.

⁴² Ibidem; M. Weller: *Die UNIDROIT-Konvention von Ottawa über internationales Factoring*. RIW 1999, H. 4, s. 162. Odmienne E. Rebmann: *Das UNIDROIT-Übereinkommen über das internationale Factoring (Ottawa 1988)*. „Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht” [dalej: *RabelsZ*] 1989, H. 53, s. 605.

⁴³ Tak J. Basedow: *Internationales...*, s. 628; F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1585. Odmienne Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 246.

⁴⁴ W tym miejscu można pokusić się o przyporządkowanie pojęciom umowy sprzedaży oraz umowy o świadczenie usług w rozumieniu konwencji ottawskiej funkcjonujących w polskim systemie umów cywilnoprawnych. Podkreślić wszakże trzeba, że umowami sprzedaży oraz umowami o świadczenie usług w podanym znaczeniu nie będą umowy, których przedmiotem jest wyłącznie świadczenie pieniężne bądź też wyłącznie oddanie rzeczy do korzystania — z uwagi na brak elementu przeniesienia własności rzeczy oraz działania na własny rachunek na rzecz innej osoby. Konwencja nie będzie dotyczyć zatem umowy zamiany, gdyż w tym typie umowy świadczenie wzajemne nabywcy nie polega na uiszczeniu określonej sumy pieniężnej, a jak zaznaczono wcześniej, przedmiotem umowy faktoringu mogą być wyłącznie wierzytelności pieniężne. Wydaje się, że do kategorii umów sprzedaży w rozumieniu konwencji zaliczyć można uregulowane w polskim k.c. umowy takie, jak: umowa sprzedaży, dostawy, kontraktacji. Z kolei do umów o świadczenie usług w rozumieniu konwencji należą: umowa o dzieło, agencyjna, przechowania, przewozu, spedycji, składu, zlecenia czy umowy o świadczenie usług z art. 751 k.c. Zauważyć jednakże trzeba, że możliwe jest także przyporządkowanie umowy dostawy czy kontraktacji umowie o świadczenie usług w rozumieniu

Odpłatność umowy podstawowej

Biorąc pod uwagę fakt, że konwencja ma zastosowanie wyłącznie do wierzytelności pieniężnych, przyjąć można, że umowa podstawowa w rozumieniu konwencji ottawskiej musi mieć zawsze charakter odpłatny. Tezę tę dodatkowo uzasadnia fakt, że w powszechnym rozumieniu odpłatność jest wpisana w definicję umowy sprzedaży⁴⁵. Jednocześnie dyspozycja art. 1 ust. 3 konwencji za równoważną umowie sprzedaży uznaje umowę o świadczenie usług. Obie umowy mają więc jednakową rangę i znaczenie, stąd też odpłatność będzie należała także do elementów przedmiotowo istotnych umowy o świadczenie usług w rozumieniu konwencji ottawskiej⁴⁶. Trzeba jednakże zaznaczyć, że rozstrzyganie kwestii odpłatności, a przede wszystkim jej pojmowanie w konwencji następuje w sposób autonomiczny w oderwaniu od dogmatyki przyjętej w poszczególnych systemach prawnych⁴⁷. Odpłatność w rozumieniu konwencji po-

konwencji ottawskiej. Niezależnie od dokonanej klasyfikacji skutek będzie ten sam, tzn. umowa ta będzie umową podstawową, z której wynikać będą wierzytelności stanowiące przedmiot umowy faktoringu w rozumieniu art. 1 konwencji. Wyłączone z zakresu konwencji będą natomiast umowy, których przedmiotem jest oddanie rzeczy do korzystania, jak: najem, użyczenie, dzierżawa, leasing, oraz umowy, których głównym przedmiotem jest określone świadczenie pieniężne, np. pożyczka, a także umowa poręczenia za dług pieniężny oraz — jak się wydaje — umowa ubezpieczenia. W wypadku dwóch ostatnich wskazać można, że świadczenie określonej sumy pieniężnej w razie ziszczenia się określonego zdarzenia nie stanowi usługi w znaczeniu nadanym przez konwencję. Ich przedmiotem jest zawsze, od samego początku, określone świadczenie pieniężne, a nie usługa w rozumieniu nadanym przez konwencję (działanie na własny rachunek na czyjąś rzecz). Z tego samego względu wyłączona będzie umowa spółki cywilnej, z oczywistych względów bowiem działanie w celu osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego nie stanowi działania na cudzą rzecz. Rozważania te dotyczą w równej mierze umów nienazwanych, aczkolwiek w ich wypadku decydować będą elementy dominujące w każdej tego typu umowie.

⁴⁵ Zob. np. art. 535 k.c. oraz § 433 BGB.

⁴⁶ Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 276.

⁴⁷ W polskim piśmiennictwie wskazuje się, że możliwe jest pojmowanie odpłatności i nieodpłatności czynności prawnych z dwóch punktów widzenia — formalnego oraz merytorycznego. Z formalnego punktu widzenia decydujące znaczenie ma treść prawa stosunku prawnego wynikającego z danej czynności prawnej; przy takim założeniu pewne typy czynności prawnych będą z definicji zawsze odpłatne (np. sprzedaż, najem), inne zawsze nieodpłatne (np. darowizna, użyczenie), inne wreszcie — zależnie od woli stron — odpłatne albo nieodpłatne (np.: zlecenie, przechowanie za wynagrodzeniem lub bez wynagrodzenia, pożyczka oprocentowana lub nieoprocentowana). Z punktu widzenia merytorycznego decydujące znaczenie będzie miał gospodarczy punkt widzenia; przy takim założeniu za czynność nieodpłatną można uznać sprzedaż za symboliczną złotówkę, a za czynność odpłatną — darowiznę obciążoną poleceniem, przy czym o odpłatności lub nieodpłatności w tym sensie mogą decydować zarówno kryteria obiektywne (wartość obu świadczeń), jak i kryteria subiektywne (wartość danego świadczenia z punktu widzenia strony); zob. A. Wolter: *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*. Warszawa 1996, s. 251.

legać będzie zawsze na istnieniu obowiązku uiszczenia zapłaty sumy pieniężnej, który stanowi korelat obowiązku wydania rzeczy bądź też wykonania usługi⁴⁸. Następuje tu więc ściśle sprzężenie obowiązku uiszczenia sumy pieniężnej z odpłatnością⁴⁹. W rezultacie stwierdzić należy, że umowy pozbawione cechy odpłatności w podanym wcześniej znaczeniu będą wyłączone z zakresu definicji umowy pierwotnej w rozumieniu konwencji, co wyłącza jednocześnie konieczność ich dalszej subsumpcji pod pojęcie umowy sprzedaży bądź umowy o świadczenie usług w rozumieniu konwencji⁵⁰.

W tym kontekście wątpliwy wydaje się postulat odróżniania od czynności prawnych nieodpłatnych czynności prawnych pod tytułem darmym. Na konieczność nieutożsamiania czynności nieodpłatnych i czynności pod tytułem darmym wskazują J. Rajski, W.J. Kocot, K. Zaradkiewicz: *Prawo kontraktów handlowych*. Warszawa 2007, s. 47.

⁴⁸ Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 276.

⁴⁹ Takie ściśle sprzężenie wzajemnego obowiązku jednej ze stron z odpłatnością jest nierozdzielnie związane z istotą umów wzajemnych. Można tu np. wskazać, że w polskiej dogmatyce umowy wzajemne zazwyczaj mają charakter odpłatny (por. J. Rajski, W.J. Kocot, K. Zaradkiewicz: *Prawo...*, s. 43, zdaniem których, umowy odpłatne stanowią szczególny rodzaj umów wzajemnych), aczkolwiek nie zawsze w znaczeniu przypisanym przez konwencję ottawską. W doktrynie wyrażono bowiem pogląd, że umową odpłatną jest umowa zamiany (tak: Cz. Żuławska: *Artykuły 535—612, w: Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. T. 2. Warszawa 1997; A. Olejniczak: *Rozdział III. Zamiana*. W: „System Prawa Prywatnego”. T. 7. *Prawo zobowiązań — część szczegółowa*. Wydanie 2. Red. J. Rajski. Warszawa 2004, s. 232).

⁵⁰ Przenosząc tę regułę na grunt prawa polskiego, stwierdzić należy, że ze względu na brak odpłatności w podanym wcześniej znaczeniu konwencja ottawska nie obejmuje umowy darowizny w rozumieniu polskiego k.c. W polskiej dogmatyce przyjmuje się obecnie, że z definicji umowa darowizny ma w zasadzie charakter nieodpłatny, aczkolwiek uznaje się jednocześnie, że *in concreto* nieodpłatność może dotyczyć określonej części świadczenia darczyńcy (tak S. Dmowski: *Artykuły 888—918, w: Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*. T. 2..., s. 468; L. Stecki: *Rozdział V. Darowizna*. W: „System Prawa Prywatnego”. T. 7. *Prawo zobowiązań — część szczegółowa...*, s. 283, 284. Odnośnie do wcześniejszej doktryny zob. m.in. S. Rejman: *Artykuły 888—916, w: Kodeks cywilny. Komentarz*. T. 2. Księga trzecia — zobowiązania. Warszawa 1972, s. 1731, który — jak się wydaje — zakłada, że nieodpłatność odnosi się do całego świadczenia darczyńcy). Z tego samego względu z definicji wyłączona z zakresu umowy podstawowej w rozumieniu konwencji będzie umowa zamiany z art. 505 k.c. Zakresem konwencji mogą być objęte natomiast takie umowy, jak: umowa sprzedaży, o dzieło, dostawy i inne umowy, w których z definicji istnieje po jednej ze stron obowiązek uiszczenia wynagrodzenia za świadczenie drugiej strony. Odpowiedź nie będzie już tak jednoznaczna w wypadku umów, które w rozumieniu polskiego k.c. mogą mieć charakter odpłatny bądź też nieodpłatny (wskazać można np.: umowę pożyczki oprocentowanej lub nieoprocentowanej, przechowania za wynagrodzeniem lub bez wynagrodzenia, zlecenia). W odniesieniu do innych systemów prawnych wskazać można umowę zlecenia w prawie niemieckim, w wypadku której odpłatność nie należy do jej elementów przedmiotowo istotnych (zob. § 662 BGB). To samo dotyczy umów nienazwanych. W takich sytuacjach decydujące będą okoliczności konkretnego przypadku, przy

Handlowy charakter umowy podstawowej

W rozumieniu konwencji ottawskiej przedmiotem umów faktoringu mogą być wyłącznie wierzytelności handlowe, czyli takie, które wynikają z umów podstawowych o charakterze handlowym⁵¹. Zgodnie bowiem z art. 1 ust. 2 lit. a, umowa faktoringu w rozumieniu konwencji może dotyczyć wyłącznie wierzytelności wynikających z umów sprzedaży towarów, wyjąwszy wierzytelności wynikające z umów sprzedaży towarów zakupionych przede wszystkim do celów osobistych, na potrzeby rodziny lub do użytku w gospodarstwie domowym, przy czym zgodnie z art. 1 ust. 3, owo wyłączenie dotyczy również umów o świadczenie usług. Omawiana regulacja oparta została na treści art. 2 lit. a⁵² konwencji wiedeńskiej, który z kolei powtarza treść art. 4 lit. a konwencji nowojorskiej o przedawnieniu roszczeń w międzynarodowej sprzedaży towarów⁵³, z tą jednakże różnicą w stosunku do dwóch ostatnich przepisów, że nie uwzględnia ona elementów subiektywnych. Ustalenie celu umowy podstawowej następować powinno wyłącznie przez obiektywną analizę konkretnego stanu faktycznego, tj. na podstawie wszelkich rozpoznawalnych na zewnątrz okoliczności⁵⁴, przy czym rozstrzygające znaczenie będą miały okoliczności

czym w każdym wypadku rozstrzygające znaczenie będzie miała obiektywna wartość świadczeń.

⁵¹ J. Basedow: *Internationales...*, s. 628; B.A. Diehl-Leistner: *Internationales Factoring. Eine rechtsvergleichende Darstellung zum Recht der Bundesrepublik Deutschland, Frankreichs und der Vereinigten Staaten unter Einschluß der UNIDROIT-Konvention über das internationale Factoring (1988)*. München 1992, s. 125; E. Rebmann: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 605. Krytycznie Ch. Häusler, który za niezrozumiałe uznaje, że wskutek tego konsumenci nie mogą czerpać korzyści z zalet konwencji (*Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 284). Autor ten wszakże pomija całkowicie kwestię, że konwencja ottawska z założenia jest przeznaczona do obrotu dwustronnie handlowego.

⁵² Zgodnie z art. 2 lit. a konwencji wiedeńskiej, aktu tego nie stosuje się do sprzedaży towarów zakupionych do użytku osobistego, rodzinnego lub do użytku w gospodarstwie domowym, jeśli sprzedający, w jakimkolwiek czasie przed zawarciem umowy lub w chwili jej zawarcia, nie wiedział i nie powinien był wiedzieć, że towary zostały zakupione do użytku w jakimkolwiek z tych celów.

⁵³ Konwencja o przedawnieniu w międzynarodowej sprzedaży towarów (Dz.U. 1997, nr 45, poz. 282). Więcej na temat tej konwencji J. Zrałek: *Przedawnienie w międzynarodowym obrocie handlowym*. Kraków 2005, s. 77–129.

⁵⁴ Punkt odniesienia mogą stanowić takie okoliczności, jak: rodzaj i liczba nabywanych dóbr bądź usług, sposób występowania (jako konsument czy jako przedsiębiorca) czy też forma prawna stron, np. nabycie jednej książki służyć będzie raczej celom prywatnym, odmiennie niż zakup 500 takich samych książek. Podobnie rzecz będzie się miała z budową domu jednorodzinnego i budową bloku mieszkalnego. Osoba prawna ze swej istoty nie ma — jako nabywca — celów osobistych, rodzinnych lub użytkowych w gospodarstwie domowym.

zaistniałe w chwili zawarcia umowy podstawowej⁵⁵. Ze sformułowania zawartego w art. 1 ust. 2 lit. a „dla celów [...] klientów” wynika jednoznacznie, że owa obiektywna analiza powinna być dokonywana z punktu widzenia osoby dłużnika. Bez znaczenia jest zatem cel, w jakim umowę pierwotną zawiera dostawca. Wynika z tego także, że dla zastosowania konwencji ottawskiej rzeczywiste wykorzystanie nabytych dóbr czy usług nie ma znaczenia⁵⁶.

W świetle omawianego przepisu art. 1 ust. 2 lit. a, cel, w jakim dłużnik zawiera umowę, ustalony we wskazany wcześniej sposób, podlega uwzględnieniu tylko wtedy, gdy umowa pierwotna służy temu celowi „przede wszystkim” (ang. *primarily*, franc. *a titre principal*). Tego rodzaju ograniczenia nie przewiduje art. 2 lit. a konwencji wiedeńskiej⁵⁷. Przepis ten jest interpretowany w ten sposób, że cel osobisty, rodzinny czy też użytku w gospodarstwie domowym powinien być wyłącznym celem umowy sprzedaży⁵⁸. Nie wydaje się, aby takie rozumienie celów umowy podstawowej można przenieść na grunt konwencji ottawskiej. Byłoby to bowiem sprzeczne zarówno z wykładnią gramatyczną, jak i z intencjami twórców konwencji, którym przyświecała idea szerokiego ujmowania jej zakresu zastosowania. W ich zamierzeniach regulacja art. 1 ust. 2 lit. a przez negatywne sformułowanie miała umożliwić objęcie zakresem zastosowania konwencji także umowy z podmiotami prawa publicznego oraz innymi instytucjami, których celem nie jest osiąganie zysków, a tym samym rozszerzenie zakresu zastosowania konwencji⁵⁹. Stąd też przyjąć można, że w konwencji ottawskiej doniosłe prawnie będzie wyłącznie ustalenie, czy cel prywatny (osobisty, rodzinny, użytku w gospodarstwie domowym) jest przeważający, a nie wyłączny⁶⁰. W tym kontekście mało precyzyjne wydają się, aczkolwiek powszechnie przyjęte, sformułowania mówiące o tym, że konwencja ottawska obejmuje tylko wierzytelności handlowe⁶¹ czy też tylko zawodowe⁶².

⁵⁵ F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1583; tak też Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 279, który mówi w tym wypadku o analizie *ex ante*.

⁵⁶ F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1583.

⁵⁷ Aczkolwiek delegacja norweska złożyła stosowny wniosek o jego wprowadzenie; zob. B. Czerwenka: *Rechtsanwendungsprobleme...*, s. 151, przyp. 733. Co do genezy art. 2 lit. a konwencji wiedeńskiej zob. ibidem, s. 148—150.

⁵⁸ Zob. F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1583.

⁵⁹ R.M. Goode: *Conclusions of the Leasing and Factoring Conventions*. I. II. JBL 1988, s. 510.

⁶⁰ Tak F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1583; Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 280.

⁶¹ Tak E. Rebmann: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 605.

⁶² Tak B.A. Diehl-Leistner: *Internationales...*, s. 125.

Pierwotna i wtórna wierzytelność z umowy podstawowej

Z umowy podstawowej mogą wynikać różne wierzytelności dostawcy względem dłużnika. Najistotniejsza jest, oczywiście, pierwotna wierzytelność o zapłatę ceny bądź wynagrodzenia. Możliwe jest także powstanie wtórnych wierzytelności pieniężnych realizujących się w razie niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy podstawowej. Wskazać na przykład można roszczenia odszkodowawcze, roszczenia z tytułu kar umownych czy też roszczenie o zwrot spełnionego świadczenia w razie odstąpienia od umowy. W tym względzie konwencja ottawska nie różnicuje charakteru wierzytelności wynikających z umowy podstawowej. Uwzględniając ten fakt oraz założenie szerokiego ujmowania zakresu zastosowania konwencji, przyjąć należy, że przedmiotem umowy faktoringu mogą być nie tylko wierzytelności pierwotne, lecz także wierzytelności wtórne⁶³, przy czym te ostatnie muszą mieć swą wyłączną podstawę w umowie podstawowej. Należy mieć bowiem na względzie, że dostawca i dłużnik mogą wskutek wzajemnego porozumienia dokonać modyfikacji umowy podstawowej (a w związku z tym samej wierzytelności), a nawet doprowadzić do jej wygaśnięcia. Dlatego też do zastosowania konwencji ottawskiej konieczne jest zachowanie tożsamości umowy podstawowej i wynikających z niej wierzytelności⁶⁴.

Pojęcie przelewu wierzytelności — wzmianka

Na koniec rozważań, dotyczących charakteru wierzytelności mogących być przedmiotem umowy faktoringu w rozumieniu konwencji ottawskiej, warto wyjaśnić pojęcie przelewu wierzytelności w ujęciu tej konwencji. W tym zakresie podkreślić należy, że konwencja ottawska nie definiuje wprost przelewu wierzytelności. Stwierdza jedynie

⁶³ Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 277; F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1585.

⁶⁴ Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 277. Ze względu na brak tej tożsamości konwencja nie będzie miała zastosowania np. do wierzytelności powstałej z tytułu nowacji w rozumieniu polskiego art. 506 § 1 k.c., której skutkiem jest wygaśnięcie pierwotnego zobowiązania i powstanie nowego długu, przy czym uważa się, że wygaśnięcie pierwotnego zobowiązania nastąpiło z zaspokojeniem wierzyciela; zob. W. Czachórski: *Zobowiązania. Zarys wykładu*. Warszawa 1998, s. 258. W takim wypadku nowa wierzytelność nie może być traktowana jako wynikająca z umowy podstawowej. Tak też w odniesieniu do nowacji w prawie niemieckim Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 277. W odróżnieniu od nowacji w ujęciu prawa polskiego, nowacja w systemie prawa niemieckiego nie jest uregulowana wprost, jednakże jej dopuszczalność wywodzi się z § 305 BGB. Inna jest też jej treść, gdyż polega ona wyłącznie na ustanowieniu nowego zobowiązania (bliżej zob. H. Brox: *Allgemeines Schuldrecht*. München 2000, s. 114; D. Medicus: *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*. München 2000, s. 142.

w art. 1 ust. 2 lit. a, że na podstawie umowy faktoringu dostawca może lub jest zobowiązany przelać wierzytelności na faktora. Związane jest to z tym, że akt ten nie normuje generalnie przelewu (transferu) wierzytelności (rozporządzenia), lecz reguluje jedynie pewne aspekty przelewu wierzytelności — wyłączając niektóre przeszkody w tym zakresie w prawie krajowym⁶⁵.

W każdym razie przelew w konwencji ottawskiej oznacza przeniesienie wierzytelności z majątku dostawcy do sfery majątkowej faktora. Chodzi więc o skutek rozporządzający, co oznacza, że ograniczenie rozporządzania wierzytelnością przez dostawcę wyłącznie o charakterze zobowiązaniowym jest pozbawione doniosłości na gruncie konwencji ottawskiej⁶⁶. Zgodnie z intencjami twórców konwencji, tak rozumiane pojęcie przelewu ujmować należy szeroko⁶⁷. W tej mierze istotnej wskazówki dostarcza definicja przelewu zawarta w konwencji nowojorskiej. W myśl art. 2 lit. a konwencji nowojorskiej, „przelew” oznacza przeniesienie na podstawie umowy z jednej osoby (cedent) na inną osobę (cesjonariusz) całości, części albo niepodzielnego udziału wynikających z umowy praw cedenta do zapłaty określonej sumy pieniężnej (wierzytelność) od osoby trzeciej (dłużnika), przy czym ustanowienie praw na wierzytelności jako zabezpieczenie długu pieniężnego lub innego zobowiązania⁶⁸ uważa się za przeniesienie. Przelew wierzytelności oznacza tu zatem nie tylko definitywne przeniesienie wierzytelności i to w jakiegokolwiek formie, lecz także

⁶⁵ Zob. przyp. 3 i wskazaną tam literaturę w tym względzie.

⁶⁶ F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1581; Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 250. Podkreślić należy, że dla celów art. 1 konwencji bez znaczenia jest to, czy dana umowa ma charakter obligacyjny-rozporządzeniowy, czy też wyłącznie obligacyjny. Brak rozporządzenia oznaczać będzie jedynie, że do danego kontraktu nie znajdują zastosowania art. 5—7 konwencji. W praktyce jednakże z reguły w każdej umowie faktoringu „tkwi” rozporządzenie. Poza zakresem regulacji konwencji ottawskiej znajdują się także zagadnienia dotyczące kauzalnej bądź też abstrakcyjnej natury przelewu. Kwestie te podlegają ocenie zgodnie ze statutem pomocniczym; zob. U. Brink: *UNIDROIT-Übereinkommen über Internationales Factoring (Ottawa 1988)*. In: *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*. Bd. 5. *Viertes Buch. Handelsgeschäfte Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften §§ 343—372 — Recht des Zahlungsverkehrs, Effektingeschäft, Depotgeschäft, Ottawa Übereinkommen über Internationales Factoring*. München 2001, s. 1620, 1622, 1623; Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 196, 197.

⁶⁷ Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 249; Idem: *Die Neuregelung...*, s. 278; F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, 1581.

⁶⁸ Zwrot lub „innego zobowiązania” (ang. *other obligation*) oznacza, że konwencja ta ma zastosowanie także do transakcji, które nie służą w pierwszej kolejności bezpośredniemu finansowaniu cedenta, ale w związku którymi finansowanie jest dokonywane, jak np. ubezpieczenie czy usługi polegające na prowadzeniu księgowości; zob. S.V. Bazinas: *Die Arbeit...*, s. 104; Idem: *An International...*, s. 321; M.E. Trager: *Towards...*, s. 628.

cesję na zabezpieczenie⁶⁹ oraz ustanowienie zastawu na wierzytelności⁷⁰. Z uwagi na to, że akt ten obejmuje również faktoring międzynarodowy będący przedmiotem konwencji ottawskiej pojęcia przelewu wierzytelności w obu konwencjach powinny być z sobą zbieżne. W konsekwencji przelew wierzytelności w konwencji ottawskiej oznacza zarówno klasyczną cesję, a ponadto obejmować będzie także inne instrumenty służące przenoszeniu wierzytelności⁷¹, na przykład subrogacja umowna prawa francuskiego⁷², jak też cesję na zabezpieczenie, przelew powierniczy w celu inkasa czy też zwykłe ustanowienie zastawu na wierzytelności⁷³.

3.2. Prawa i obowiązki stron

3.2.1. Obowiązki dostawcy

Zgodnie z brzmieniem art. 1 ust. 2 lit. a konwencji ottawskiej, dostawca może lub jest zobowiązany przelać wierzytelności na faktora. W świetle tego postanowienia dla zastosowania konwencji ottawskiej nie jest konieczne, by dostawca był zawsze zobowiązany na podstawie

⁶⁹ Szerzej co do cesji na zabezpieczenie w konwencji zob. C. Böhm: *Die Sicherungssabtretung im Uncitral-Konventionsentwurf Draft convention on assignment in receivables financing: Ein Vergleich der Sicherungssabtretung im Uncitral-Konventionsentwurf mit der Regelung im deutschen Recht*. Aachen 2000.

⁷⁰ S.V. Bazinas: *Die Arbeit...*, s. 104; Idem: *Der Beitrag...*, s. 784; Idem: *An International...*, s. 321; H. Kuhn: *Zur Neuordnung der grenzüberschreitenden Forderungssabtretung im Einheitlichen UN-Abtretungsrecht*. „Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht/Revue suisse de droit affaires et du marche financier/Swiss Review of Business and Financial Market Law” 2002, Nr. 3, s. 132; W. Kurowski: *Przelew wierzytelności w prawie prywatnym...*, s. 64; M. Lukas: *Auf dem Weg zu einem internationalen Zessionsrecht? Bemerkungen zur „UNCITRAL Draft Convention on Assignment...” aus österreichischer Sicht*. „BankArchiv — Zeitschrift für das gesamte Bank — und Börsenrecht” 2000, Nr. 6, s. 503.

⁷¹ R.M. Goode: *The Legal Aspects of International Factoring*. In: *Factoring-Handbuch-national-international...*, s. 157.

⁷² I.-Ch. Papeians de Morchoven: *Unidroit Convention on International Factoring and its Implementation in French and Belgian Law*. „Revue de droit affaires internationales/International Business Law Journal” [dalej: RDAI/IBLJ] 1996, N° 7, s. 846, 847.

⁷³ Pojęcie przelewu wierzytelności w rozumieniu konwencji ma więc o wiele szerszy zakres niż przelew, o którym mowa w art. 509 k.c., i obejmować będzie także np. ustanowienie zastawu na wierzytelności, zgodnie z art. 327 i nast. k.c.

umowy do przelewu wierzytelności, a zatem zobowiązanie dostawcy do przelewu wierzytelności nie należy do *essentiale negotiae* umowy faktoringu w rozumieniu konwencji. W rezultacie możliwa jest do przyjęcia taka konstrukcja umowy między dostawcą a faktorem, na podstawie której dostawca będzie uprawniony do wyboru, czy i jakie wierzytelności przedstawi do nabycia faktorowi⁷⁴. Zauważyć ponadto można, że omawiany przepis nie wymaga umieszczenia w danej umowie postanowienia o przeniesieniu wierzytelności (rozporządzenia) jako przesłanki koniecznej do zastosowania konwencji. Nie ma jednakże przeszkód, aby przelew wierzytelności (rozporządzenie) został jednocześnie w samej umowie faktoringu, co wynika zresztą wyraźnie z przepisu art. 5 konwencji regulującego wprost taką sytuację⁷⁵.

Na temat innych obowiązków dostawcy wobec faktora brak jest w konwencji jakiegokolwiek wzmianki w tym zakresie. W tym kontekście pogląd uznający umowę faktoringu w rozumieniu konwencji za umowę wzajemną⁷⁶ uznać należy za bezzasadny⁷⁷. Dla celów konwencji przy klasyfikowaniu danej umowy jako umowy faktoringu dostawca nie musi bowiem posiadać jakichkolwiek obowiązków wobec faktora. Na uwagę zasługuje dodatkowo fakt, że konwencja nie wspomina w definicji z art. 1 ust. 1 lit. a o odpłatności umowy faktoringu. Cecha ta, zwłaszcza w kontekście dążenia do zapewnienia konwencji jak najszerszego zakresu zastosowania, nie ma tu znaczenia. Może bowiem — przynajmniej teoretycznie — mieć miejsce taka sytuacja, kiedy faktor rezygnuje z wynagrodzenia. To działanie „za darmo” nie zmienia jednakże istoty transakcji. Odpłatność nie należy zatem do *essentiale negotiae* umowy faktoringu, która może mieć zarówno charakter odpłatny, jak i nieodpłatny⁷⁸. W rezultacie dla zastosowania konwencji dostawca nie musi zobowiązywać się do zapłaty na rzecz faktora jakiegokolwiek prowizji.

⁷⁴ Umowa faktoringu w rozumieniu konwencji może przybrać także postać umowy ramowej, rodzącej obowiązek zawarcia oznaczonych umów kupna wierzytelności zaoferowanych faktorowi do nabycia przez dostawcę. W praktyce umowy faktoringu mają właśnie postać umów ramowych. Co do umów ramowych w prawie polskim zob. G. Domański: *Umowa ramowa*. Warszawa 1989.

⁷⁵ F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1579. W takim przypadku, gdy dana umowa ma charakter umowy ramowej, przelew (rozporządzenie) będzie miał charakter warunkowy, że dana umowa kupna dojdzie do skutku.

⁷⁶ Tak R. Munteanu: *Aspects de la réglementation uniforme concernant le contrat international d'affacturage*. „Revue Roumaine d'Etudes Internationales” 1989, s. 352.

⁷⁷ Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 235; F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1579.

⁷⁸ Ch. Häusler: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 252, 253.

3.2.2. Obowiązki faktora

Obowiązek przejęcia charakterystycznych funkcji

Funkcje faktora charakteryzujące umowę faktoringu w rozumieniu konwencji wymienione są w art. 1 ust. 2 lit. c. Należą do nich: finansowanie dostawcy, w szczególności przez udzielanie pożyczek i wypłacanie zaliczek, księgowanie wierzytelności, inkasowanie wierzytelności, oraz ochrona przed niedotrzymaniem zobowiązań płatniczych przez dłużników. W powołanym przepisie mowa jest wyraźnie o funkcjach (ang. *Functions*, franc. *fonctions*), jakie pełnić ma faktor. Sformułowanie to nasuwa wniosek, że chodzi tu wyłącznie o zadania faktora, a nie o poszczególne obowiązki wobec dostawcy, aczkolwiek element obowiązku zaznaczony został w początkowym sformułowaniu wskazanego przepisu, zgodnie z treścią którego do obowiązków faktora należy pełnienie co najmniej dwóch ze wskazanych funkcji (ang. *is to perform*, franc. *doit prendre en charge*). Aby konwencja znalazła zastosowanie, faktor musi być zatem zobowiązany do pełnienia świadczeń odpowiadających co najmniej dwóm z tych funkcji⁷⁹, przy czym obowiązek ten wynikać powinien wyłącznie z umowy⁸⁰. Podkreślić należy, że funkcje, które ma pełnić faktor, nie muszą być przejmowane przez niego wyłącznie w sposób całkowity, i że może on przejąć częściowy zakres każdej z nich, aczkolwiek w każdym przypadku winien pełnić wymagane funkcje w znaczącej części⁸¹.

Przejęcie finansowania, w rozumieniu konwencji, zachodzić będzie tylko wtedy, gdy faktor powinien przekazać dostawcy określoną sumę pieniężną (gotówkę, pieniądź bezgotówkowy) w każdym przypadku wcześniej niż przewiduje to umowa podstawowa między dostawcą a dłużni-

⁷⁹ Oznacza to, że faktor może pełnić dwie, trzy lub też wszystkie cztery funkcje. Zgodnie z regułami matematyki, przy kombinacji „2 z 4” istnieje aż 11 możliwych zestawień. Uzyskać w sumie można jeden zestaw czterofunkcyjny, obejmujący wszystkie cztery funkcje, cztery zestawienia trzyfunkcyjne, w których faktor przejmuje trzy funkcje, oraz sześć zestawień dwufunkcyjnych, w których faktor pełni jedynie wymagane dwie funkcje. Zob. zestawienie podane przez H.J. Sommer: *Ottawa Convention Factoring*. FFLF 6/1988, s. 232. Wszystkie te zestawy mają równorzędną rangę w tym znaczeniu, że konwencja będzie miała zastosowanie do każdego z wymienionych wariantów.

⁸⁰ F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1577. W doktrynie wysunięto jednakże pogląd, że obowiązek ten wynikać może również z samej ustawy (tak Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 255 ze wskazaniem na §§ 238 i nast. HGB dotyczące obowiązku księgowania wierzytelności przez nabywcę wierzytelności). Jeżeli obowiązek tego rodzaju powstaje w związku z zawarciem danej umowy, to do poglądu tego — mając na względzie dyrektywę szerokiego pojmowania zakresu zastosowania konwencji — można by się w zasadzie przychylić.

⁸¹ Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 257; F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1577.

kiem⁸². Funkcja ta jako jedyna została bliżej określona w konwencji przez wskazanie, że obejmuje udzielanie pożyczek oraz wypłacanie zaliczek. Udzielanie pożyczek oraz wypłata zaliczek nie wyczerpują całkowicie pojęcia finansowania dostawcy, gdyż jest to jedynie wyliczenie przykładowe, co oznacza, że konwencję stosuje się do wszelkich innych możliwych form finansowania dostawcy w podanym znaczeniu⁸³.

Księgowanie wierzytelności, o którym mowa w konwencji, odnosi się wyłącznie do wierzytelności nabytych przez faktora w ramach umowy faktoringu⁸⁴. W rezultacie przejęcie przez faktora funkcji księgowania wierzytelności w każdym wypadku polegać będzie na księgowaniu wierzytelności nabytych od dostawcy, przy czym funkcję tę można rozszerzyć także o wierzytelności wprawdzie przedstawione mu do nabycia przez dostawcę, ale których faktor nie nabył, co leży w gestii uznania stron. Możliwe jest także przejęcie przez faktora księgowania innych wierzytelności bądź też księgowania w ogóle i prowadzenia księgowości odnośnie do wszystkich aspektów działalności dostawcy. Dopuszczalne jest ponadto powierzanie faktorowi wszystkich ubocznych akcesoryjnych w stosunku do księgowania wierzytelności zadań, jak opracowywanie odpowiednich statystyk⁸⁵.

Pod pojęciem inkasowania wierzytelności na gruncie konwencji rozumieć należy wszelkie środki, których celem jest uzyskanie zapłaty od dłużnika⁸⁶. Wymienić tu można takie działania, jak: wystawianie rachunków dłużnikowi, wezwania do zapłaty, wnoszenie pozwów oraz prowadzenie spraw sądowych przeciw dłużnikowi, jak również wszczynanie i udział w postępowaniu egzekucyjnym czy też prowadzenie egzekucji⁸⁷. Faktor nie musi być jednakże zobowiązany do przeprowadzania całego procesu inkasowania wierzytelności, począwszy od wystawiania rachunków, przez wezwania do zapłaty, po wszczęcie i zakończenie egzekucji, z tego względu, że nie musi on przejmować wymaganych funkcji w pełnym zakresie. Na gruncie konwencji działania faktora polegające wyłącznie na wystawianiu i kierowaniu rachunków do dłużnika, czy

⁸² Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 259.

⁸³ Ibidem, s. 258; A. Zaccaria: *Internationales...*, s. 282.

⁸⁴ Ch. Häusler: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 261; F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1578.

⁸⁵ A. Zaccaria: *Internationales...*, s. 282, 283.

⁸⁶ Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że w piśmiennictwie w ogromnej większości nie podejmowano specjalnych prób ustalenia definicji tego pojęcia, uznając wręcz, że nie wymaga ono żadnego objaśnienia (tak np. A. Zaccaria: *Internationales...*, s. 283). Jedynie F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1578 i Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 261 podają własne — zbieżne — definicje omawianego pojęcia.

⁸⁷ Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 261; F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1578.

też tylko na dokonywaniu wezwań do zapłaty, będą działaniami, które mieszczą się w pojęciu inkasowania wierzytelności w rozumieniu konwencji.

Ochrona przed niedotrzymaniem zobowiązań płatniczych przez dłużników, przewidziana w art. 1 ust. 2 lit. b konwencji, dotyczy wyłącznie ryzyka definitywnego braku zapłaty ze strony dłużnika (definitywnej nieściągalności wierzytelności) (ryzyka kredytowego)⁸⁸, a nie opóźnienia bądź zwłoki w zapłacie⁸⁹. Z konwencji wynika, że ochrona dostawcy przed opóźnieniem lub też zwłoką dłużnika wiązać się będzie w istocie z funkcją inkasowania wierzytelności. W rozumieniu konwencji faktor pełni funkcję ochrony przed niedotrzymaniem zobowiązań płatniczych dłużników zatem wówczas, gdy zobowiązany jest wobec dostawcy do zapłaty kwoty odpowiadającej wysokości wierzytelności (kredytu), nawet wtedy, gdy sumy tej nie uzyska od dłużnika. Możliwe jest jednakże uzgodnienie podziału ryzyka między faktora i dostawcę.

⁸⁸ Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 262; F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1579. Funkcja ta nie obejmuje innych ryzyk niż ryzyko kredytowe w podanym znaczeniu, takich jak: ryzyko wadliwego wykonania umowy przez dostawcę, ryzyko walutowe bądź ryzyko polityczne związane np. z wojną, embargiem itp. (tak Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 262; odmiennie L.J. Kitsaras, który uznaje, że chodzi o każde ryzyko (*Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 54).

⁸⁹ Kryterium pozwalającym na odróżnienie pojęcia „niedotrzymanie zobowiązań płatniczych”, w znaczeniu nadanym przez konwencję, od ewentualnego opóźnienia z zapłatą stanowi definitywny charakter braku zapłaty. Ścisłe rozgraniczenie między zwykłym opóźnieniem/zwłoką a ostateczną nieściągalnością wierzytelności może okazać się w praktyce niezwykle trudne. Wydaje się, że owa definitywność nie może być rozumiana wyłącznie w aspekcie czasowym, gdyż definitywny brak uzyskania zapłaty może nastąpić także przed wymagalnością wierzytelności, np. w razie upadłości lub też w sytuacji, gdy dłużnik przestaje istnieć wskutek przeprowadzonej likwidacji. Jak się podkreśla w piśmiennictwie, definitywny charakter braku zapłaty może być ustalany wyłącznie na przyszłość, gdyż chodzi tu o ocenę pewnej prognozy (Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 262). Stąd też brak zapłaty będzie definitywny jedynie wtedy, gdy nie należy spodziewać się spełnienia jakiegokolwiek świadczenia, w jakiegokolwiek formie i postaci ze strony dłużnika. Należy w tym miejscu podkreślić, że wskazany problem jawi się raczej jako zagadnienie czysto akademickie, ponieważ w praktyce umowy faktoringu zawierają szczegółowe postanowienia precyzujące, gdy zachodzi niedotrzymanie zobowiązań płatniczych, z uwagi na to, że w szczególnym interesie stron leży jednoznaczne i precyzyjne uregulowanie rozkładu ryzyka. Dla zobrazowania wskazać można, że np. określa się w umowie, że niedotrzymanie zobowiązań płatniczych przez dłużnika następuje w razie nieuiszczenia zapłaty w terminie 120 dni od dnia wymagalności. Nie ma żadnych przeszkód, aby rozumienie definitywnego charakteru braku zapłaty nadane przez strony w umowie uznać za miarodajne także w konwencji, gdyż uwzględnia ono w pełni praktykę faktoringu, i w tym kontekście jest zbliżone z założeniami twórców konwencji (*ibidem*, s. 263).

3.2.3. Zawiadomienie dłużnika o przelewie

Jak wynika z art. 1 ust. 2 lit. c, umowa faktoringu to umowa, zgodnie z którą o przelewie wierzytelności należy zawiadomić dłużników. W rozumieniu konwencji dany kontrakt musi zawierać zatem zobowiązanie do zawiadomienia dłużnika o dokonanych przelewach⁹⁰. Dla zastosowania konwencji nie jest konieczne otrzymanie przez dłużnika zawiadomienia o przelewach⁹¹. Oznacza to, że nawet w razie faktycznego zawiadomienia dłużnika o przelewach, mimo iż nie uzgodniono w umowie takiego obowiązku, konwencja nie znajdzie zastosowania. W rezultacie konwencja nie będzie obejmować tzw. faktoringu tajnego (*non notification — factoring*) w powszechnym jego rozumieniu, wiążącym doniosłość z faktycznym powiadomieniem dłużnika⁹². Jednakże konwencja będzie miała zastosowanie, jeżeli wbrew zawartemu w umowie zobowiązaniu zawiadomienie dłużnika *de facto* nie nastąpiło.

Przewidziana w danej umowie jedynie możliwość takiego powiadomienia nie wypełnia dyspozycji omawianego przepisu⁹³. Kategorycz-

⁹⁰ J. Basedow: *Internationales...*, s. 628; Ch. Benicke: *UNIDROIT Konvention zum Factoring. Konkordatshe*. IPRax 1995, H. 5, s. 337; Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 265. Odmienne R.M. Goode: *Conclusions...*, s. 510, 511.

⁹¹ Należy bowiem ściśle odróżnić obowiązek zawiadomienia dłużnika jako element definiujący umowę faktoringu w rozumieniu art. 1 ust. 3 od faktycznego zawiadomienia dłużnika w rozumieniu art. 1 ust. 4, który leży poza zakresem tej definicji, aczkolwiek jest ono konieczne dla wywołania skutków określonych w art. 8 Konwencji. Tak B.A. Diehl-Leistner: *Internationales...*, s. 126; F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1579; Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 266, 267; E. Rebmann: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 605. Odmienne A.F. Reisman: *The Uniform Commercial Code and the Convention on International Factoring*. „Uniform Commercial Code Law Journal” 1990, vol. 22, s. 350, 351; Idem: *The international factoring Convention*. SL 1988, vol. 44, s. 28; A. Zaccaria: *Internationales...*, s. 283 oraz — jak się wydaje — K. Bette: *Vertraglicher...*, 1914, 1921.

⁹² Zob. m.in. B.A. Diehl-Leistner: *Internationales...*, s. 5, 6; H. Hill: *Interessenkollisionen beim Vertrag über echtes und unechtes Factoring — Insbesondere unter Berücksichtigung der „Grauzone“ zwischen beiden Vertragsarten*. Heidelberg 1994, s. 16; E. Kreczmańska: *Factoring w teorii i praktyce, czyli o tym jak szybko, tanio, bezpiecznie i zgodnie z prawem odzyskiwać wierzytelności*. Warszawa 1996, s. 25, 26; K. Kruczałak: *Factoring i jego gospodarcze zastosowanie*. Warszawa 1997, s. 37, 38; Martinek: *Moderne Vertragstypen*. Bd. 1. *Leasing und Factoring*. München 1991, s. 237, 238; G. Schepers: *Die Spielarten des Factoring*. In: *Factoring-Handbuch-national-international...*, s. 68; I. Sobol: *Factoring międzynarodowy*. „Prawo Bankowe” 2004, nr 4, s. 47; W. Schwarz: *Factoring*. Stuttgart 1996, s. 36; L. Stecki: *Umowa faktoringu*. Toruń 1996, s. 59—61; M. Thanhausenn: *Das Inland-Factoring — vertragliche Gestaltung, Rechtsnatur und Kollision mit dem verlängerten Eigentumsvorbehalt*. Würzburg 1985, s. 14.

⁹³ Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 266; F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1579. Odmienne A.F. Reisman: *The International...*, s. 28.

na wymowa art. 1 ust. 2 lit. c pozwala ponadto przyjąć, że wymagany obowiązek powiadomienia dłużnika powinien być określony w sposób bezwarunkowy, co znajduje pełne uzasadnienie, mając na względzie konieczność ochrony dłużnika⁹⁴. Obowiązek powiadomienia dłużnika może przy tym obciążać faktora lub dostawcę bądź też zarówno faktora, jak i dostawcę⁹⁵.

W związku z regulacją art. 11 ust. 2 konwencji, zgodnie z treścią którego dla celów konwencji zawiadomienie dłużnika o kolejnym przelewie jest uznawane także za zawiadomienie faktora o przelewie⁹⁶, przyjmuje się, że wymogowi zawiadomienia wskazanemu w art. 1 ust. 2 lit. c zadość czyni także uzgodnienie w umowie między faktorem a dostawcą obowiązku zawiadomienia dłużników, odnoszącego się wyłącznie do ostatniego w kolejności przelewu⁹⁷.

3.2.4. Pozostałe obowiązki stron

Poza określeniem omówionych obowiązków stron dla celów zdefiniowania umowy faktoringu w rozumieniu konwencji ottawskiej, w pozostałym zakresie akt ten w ogóle nie ingeruje we wzajemne prawa i obowiązki stron wynikające z zawartej między nimi umowy i nie definiuje ich. Rozwiązanie to wiązać należy nie tyle z potrzebą normowania wzajemnych praw i obowiązków stron, ile przede wszystkim z koniecznością zdefiniowania umowy faktoringu, a tym samym ustaleniem zakresu zastosowania konwencji ottawskiej oraz unormowania skutków przelewu wierzytelności jako czynności rozporządzającej. Inne obowiązki niż te określone w konwencji nie mają znaczenia dla jej zastosowania.

⁹⁴ Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 266.

⁹⁵ Ibidem, s. 267.

⁹⁶ Sformułowanie tego przepisu należy odczytywać w ten sposób, że dotyczy on sytuacji, w której przez zawiadomienie o kolejnym przelewie zastępowane jest wymagane zawiadomienie dłużnika o przelewie dokonanym na rzecz pierwszego faktora (U. Brink: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1664; Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 268). Na nieprecyzyjne brzmienie tego przepisu szczególną uwagę zwraca Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 267, 268. Jednoznaczne byłoby sformułowanie, jak to zawarte w art. 16 ust. 3 konwencji nowojorskiej, zgodnie z którym zawiadomienie o kolejnym przelewie jest równoznaczne z zawiadomieniem o wszelkich uprzednich przelewach.

⁹⁷ B.A. Diehl-Leistner: *Internationales...*, s. 134; Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 268; E. Rebmann: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 616; A. Zaccaria: *Internationales...*, s. 281.

4. Międzynarodowy charakter umowy faktoringu

Inaczej niż ma to miejsce w konwencji wiedeńskiej o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów, gdzie o międzynarodowym charakterze umowy sprzedaży decyduje umiejscowienie siedzib handlowych stron w różnych państwach⁹⁸, konwencja ottawska nie wiąże międzynarodowego charakteru umowy faktoringu z umiejscowieniem siedzib dostawcy i faktora w różnych państwach⁹⁹. Tak samo bez znaczenia jest tu przynależność państwowa stron umowy faktoringu¹⁰⁰. Dla określenia międzynarodowości umowy faktoringu kryterium rozstrzygającym są znajdujące się w różnych państwach siedziby stron umowy podstawowej (sprzedaży lub o świadczenie usług)¹⁰¹. Zgodnie z art. 2 ust. 1 konwencji ottawskiej, ma ona zastosowanie, gdy wierzytelności przelane na podstawie umowy faktoringu wynikają z umowy sprzedaży towarów bądź umowy o świadczenie usług zawartej między dostawcą a dłużnikiem, których siedziby handlowe znajdują się w różnych państwach. Bez znaczenia jest to, czy towar bądź usługa przekroczy granice poszczególnych państw¹⁰². Chwilą miarodajną dla ustalenia tych siedzib jest chwila zawarcia umowy podstawowej. Zgodnie z konwencją ottawską, o międzynarodowym charakterze umowy faktoringu decyduje zatem międzynarodowy charakter umowy sprzedaży bądź umowy o świadczenie usług w jej rozumieniu¹⁰³. Takie rozwiązanie podyktowane jest koniecznością ochrony dłużnika krajowej umowy podstawowej przed niespodziewaną zmianą systemu prawnego wskutek działań dostawcy, który przez zawarcie międzynarodowej umowy faktoringu (z faktorem zagranicznym)

⁹⁸ Zob. K. Siehr: *Der internationale Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts*. *RabelsZ* 1988, H. 52, s. 590, 591.

⁹⁹ J. Basedow: *Internationales...*, s. 629; M. Torsello: *The Relationship Between the Parties to the Factoring Contract according to the 1988 Unidroit Convention on International Factoring*. *RDAl/IBLJ* 2000, N° 1, s. 54; zob. także *Study*, LVIII, doc. 20, pkt 27.

¹⁰⁰ A. Zaccaria: *Internationales...*, s. 281.

¹⁰¹ R.M. Goode: *Conclusions...*, s. 510.

¹⁰² Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 282.

¹⁰³ J. Basedow: *Internationales...*, s. 629; B.A. Diehl-Leistner: *Internationales...*, s. 127; F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1588; Idem: *Der internationale Anwendungsbereich des Ottawa-Übereinkommens von 1988 über Internationales Factoring*. *RIW* 1996, H. 3, s. 183; R.M. Goode: *The Legal...*, s. 156; Idem: *The proposed new Factoring and Leasing Conventions*. *JBL* 1987, s. 219; Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 283; A. Zaccaria: *Internationales...*, s. 281.

mógłby spowodować stosowanie konwencji ottawskiej¹⁰⁴. W tym miejscu nasuwa się spostrzeżenie, że w wypadku kryterium międzynarodowego charakteru umowy faktoringu konwencja odbiega, ściśle rzecz biorąc, od swego własnego tytułu, nie wiążąc tego charakteru z umiejscowieniem siedzib handlowych stron umowy faktoringu w różnych krajach, co wydaje się sugerować sam jej tytuł.

5. Podsumowanie

Umowa faktoringu¹⁰⁵, w rozumieniu konwencji ottawskiej, oznacza umowę zawartą między dostawcą a faktorem, zgodnie z którą dostawca może lub jest zobowiązany przelać na faktora wierzytelności wynikające z zawartych między dostawcą a jego klientami umów sprzedaży towarów bądź też umów o świadczenie usług. Faktor zobowiązany jest do świadczenia co najmniej dwóch spośród czterech kolejnych funkcji: finansowania dostawcy, księgowania przelanych wierzytelności, inkasowania przelanych wierzytelności, przejęcia ryzyka *del credere*. Umowa taka musi zawierać ponadto obowiązek pisemnego powiadomienia dłużnika, który obciążać może zarówno dostawcę, jak i faktora.

Przedmiotem umowy faktoringu mogą być wierzytelności pieniężne o różnych terminach wymagalności. Umowa ta może mieć przy tym za przedmiot zarówno pojedynczą wierzytelność, jak też cały kompleks określonych wierzytelności istniejących i przyszłych. Wierzytelności będące przedmiotem przelewu w ramach umowy faktoringu muszą wynikać z umów podstawowych o charakterze odpłatnym, polegających na — w wypadku umowy sprzedaży — przeniesieniu posiadania i własności towarów, a w wypadku umowy o świadczenie usług — na świadczeniu na czyjąś rzecz szeroko rozumianych usług na własny rachunek. Umowa faktoringu musi być zawarta w zakresie profesjonalnej działalności go-

¹⁰⁴ B.A. Diehl-Leistner: *Internationales...*, s. 127.

¹⁰⁵ Konwencja ottawska nie przewiduje żadnego wymogu odnośnie do formy umowy faktoringu. Forma umowy nie jest więc rozstrzygająca dla zastosowania konwencji i podlega statutowi pomocniczemu (Ch. Hausler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 248; I.-Ch. Papeians de Morchoven: *Unidroit Convention...*, s. 838). Odmienne M. Martinek, który uważa, że „przelew” powinien mieć formę pisemną, przy czym pod pojęciem przelewu — jak się zdaje — autor ten rozumie umowę faktoringu (*Moderne...*, s. 361).

spodarczej obu stron. Wyłączeniu podlegają umowy pierwotne zawierane przez dłużników przede wszystkim w celach osobistych, rodzinnych lub użytku w gospodarstwie domowym.

W zakresie wzajemnych obowiązków stron w konwencyjnej definicji umowy faktoringu dostawca nie musi być wcale zobowiązany do przeniesienia wierzytelności na faktora, ani też nie musi przejmować innych obowiązków wobec tego ostatniego. Z kolei faktor jest zobowiązany do pełnienia przynajmniej dwóch z czterech funkcji wymienionych w konwencji, aczkolwiek przejęcie tych funkcji nie musi następować w pełnym zakresie.

Konwencyjne określenie umowy faktoringu oddaje w pełni istotę i charakter transakcji faktoringowych. Do elementów przedmiotowo istotnych umowy faktoringu w rozumieniu konwencji należy bowiem przeniesienie wierzytelności oraz pełnienie przez faktora określonych funkcji. Uwagę zwracają jednak istotne szczegóły. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że w rozumieniu konwencji ottawskiej pojęcie przelewu ma szeroki zakres i oznacza w istocie jakiegokolwiek ograniczenie praw dostawcy do wierzytelności na rzecz faktora (np. zastaw), podczas gdy do istoty faktoringu należy w zasadzie transfer pełni praw do wierzytelności, aczkolwiek w różnych formach (subrogacja, cesja). Ponadto umowa faktoringu w ujęciu konwencji ottawskiej może mieć za przedmiot także przelew pojedynczej wierzytelności, podczas gdy dla faktoringu obejmuje kompleks zarówno istniejących, ale przede wszystkim przyszłych wierzytelności (cesja globalna). Ponadto w umowie faktoringu w rozumieniu konwencji w ogóle nie musi mieć miejsca obowiązek przelewu wierzytelności. Dostawca może mieć bowiem swobodę, czy i jakie wierzytelności zaoferuje do nabycia faktorowi. Wreszcie konwencja funkcję usługową rozбивa na dwie mniejsze — księgowanie i inkaso wierzytelności. Z technicznego punktu widzenia można zatem powiedzieć, że na gruncie konwencji faktor powinien pełnić przynajmniej dwie z czterech, a nie dwie z trzech funkcji charakteryzujących tę instytucję (finansową, usługową i *del credere*)¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Typowe dla faktoringu jest wykonywanie przez faktora świadczeń odpowiadających co najmniej dwóm z charakterystycznych dla tej instytucji funkcji. Właśnie ta okoliczność skutkuje występowaniem różnorodnych odmian faktoringu. Co do tych funkcji zob. m.in.: H. Ehling: *Zivilrechtliche Probleme der vertraglichen Ausgestaltung des Inland-Factoring-Geschäfts in Deutschland*. Berlin 1977, s. 16—32; P. Fiscoeder: *Factoring in Deutschland*. Köln 1963, s. 23—25; G.P. Glomb: *Finanzierung durch Factoring. Rechtliche Analyse und Vergleich mit herkömmlichen Finanzierungs- und Sicherungsmethoden*. Köln—Berlin—Bonn—München 1969, s. 4—7; P. Katner: *Istota faktoringu, jego funkcje i rodzaje*. „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2003, nr 12, s. 20; G. Knopik: *Factoring. Ein neuer Weg der Absatzfinanzierung und der Kreditsicherung*. Frankfurt am Main 1960, s. 12—17; K. Krucalak: *Factoring...*, s. 19; Idem: *Umowy w obrocie handlowym krajowym i międzynarodowym. Komentarz*. Wzory.

W rezultacie wymienionych rozwiązań umowa faktoringu w konwencji ottawskiej ma szeroki zakres. Objęte nią zostały nie tylko praktycznie wszelkie możliwe formy faktoringu¹⁰⁷ (właściwy, niewłaściwy, zaliczkowy, dyskonowy, wymagalnościowy, zmodyfikowany — *inhouse-factoring*, *bulk-factoring*, ultimofactoring, metafactoring, faktoring obejmujący wierzytelności leasingowe czy honoraria osób wykonujących wolne zawody)¹⁰⁸, lecz — wbrew swemu tytułowi — także inne instytucje, które z faktoringiem mają niewiele wspólnego, np. forfaiting czy inkaso wierzytelności¹⁰⁹. Fakt ten należy odczytywać raczej jako zaletę, która stanowi poważną zachętę dla poszczególnych państw do ratyfikacji konwencji z tego względu, że akt ten otwarty jest na całą gamę możliwych form finansowania na podstawie wierzytelności. Podkreślić wszakże należy, że niezwykle trudno jest postawić ogólnie wiążące tezy co do tego, jakie umowy będą objęte zakresem zastosowania przepisów konwencji. Przeciwnie, w każdym przypadku osobno należy badać, czy dana umowa wyczerpuje przesłanki umowy faktoringu w rozumieniu art. 1 ust. 2 konwencji ottawskiej. Kredyt czy też pożyczka z cesją na zabezpieczenie będą — jak się wydaje — z reguły wyłączone z zakresu zastosowania konwencji, gdyż brak jest w umowie tego typu funkcji *del credere* oraz

Objaśnienia. Warszawa 1998, s. 253; M. Martinek: *Moderne...*, s. 223, 224; T. Matusche: *Grundlagen des Factoring*. „Neue Wirtschaftsbriefe — Zeitschrift für Steuer- und Wirtschaftsrecht” Fach 21, 1994, H. 24, s. 2041, 2042; R.M. Schmitt: *Das Factoring-Geschäft*. Frankfurt am Main 1968, s. 47—71; W. Schwarz: *Factoring...*, s. 21—26; R. Sinz: *Factoring in der Insolvenz*. Köln 1997, s. 5—7; H. Wißkirchen: *Factoring in Deutschland*. Köln 1963, s. 11—16.

¹⁰⁷ F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1576.

¹⁰⁸ Co do poszczególnych rodzajów faktoringu zob. m.in. K. Bette: *Rechtsprobleme des Factoring, insbesondere des notifizierten Verfahrens*. „Der Betrieb” 1972, H. 37, s. 8; Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 47 i nast.; W. Löffler: *Begriff und Arten des Factoring*. „Betriebsberater” 1967, H. 32; K. Kruczalak: *Factoring...*, s. 33 i nast.; P. Lambeck: *Ultimo-Factoring*. In: *Handbuch des nationalen und internationalen Factoring*. 3 Aufl. Frankfurt am Main 1997, s. 154—160; M. Martinek: *Moderne...*, s. 232 i nast.; G. Schepers: *Die Spielarten des Factoring*. In: *Factoring-Handbuch-national-international...*, s. 63 i nast.; W. Schwarz: *Factoring...*, s. 35 i nast.; Idem: *Eine neue Factoring-Variante?* FLF 2/1990, s. 77, 78; L. Stecki: *Umowa...*, s. 43 i nast.; Idem: *Factoring w praktyce bankowej*. Toruń 1996, s. 37 i nast.

¹⁰⁹ K. Bette: *Vertraglicher...*, s. 1914; F. Ferrari: *UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 1576, 1580; Ch. Häusler: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 270; Idem: *Die Neuregelung...*, s. 279; A. Zaccaria: *Internationales...*, s. 282. Niektórzy autorzy są zdania, że konwencja ottawska ma zastosowanie wyłącznie do faktoringu (tak: R.M. Goode: *The Legal...*, s. 157; L.J. Kitsaras: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 57; E. Rebmann: *Das UNIDROIT-Übereinkommen...*, s. 604; M. Lukas: *Chancen und Risiken der Rechtsvereinheitlichung am Beispiel des Zessionsrechts*. In: *Jahrbuch jünger Zivilrechtswissenschaftler: Prinzipien des Privatrechts und Rechtsvereinheitlichung*. Stuttgart 2000, s. 31).

funkcji usługowej. Obowiązek zawiadomienia dłużnika nie jest tu także elementem charakterystycznym. Definicja z art. 1 ust. 2 nie będzie obejmować także umowy ubezpieczenia kredytu ani też gwarancji kredytowych¹¹⁰. Zawierają one wprawdzie funkcję *del credere*, a niekiedy także funkcję finansowania, lecz nie przewidują nigdy obowiązku zawiadomienia dłużnika.

Ograniczenie zakresu zastosowania konwencji ottawskiej do wymienionych instytucji wynika z wymaganego przez ten akt kryterium międzynarodowości, gdyż ma on zastosowanie wyłącznie do umów faktoringu międzynarodowego. W rozumieniu konwencji faktoring ma charakter międzynarodowy, jeżeli dotyczy wierzytelności o charakterze międzynarodowym, tj. wierzytelności wynikających z międzynarodowych umów sprzedaży towarów bądź międzynarodowych umów o świadczenie usług. Z kolei międzynarodowy charakter odpowiedniej umowy podstawowej wyznacza umiejscowienie siedzib handlowych stron tej umowy w różnych państwach. Konwencyjne ujęcie międzynarodowego charakteru faktoringu jest zgodne z powszechnie przyjmowanym znaczeniem tego terminu i w pełni odzwierciedla obecną praktykę obrotu międzynarodowego.

¹¹⁰ A.F. Reisman: *The Uniform...*, s. 350.