

Etude LVIII - Doc. 1

UNIDROIT 1976

Original: français

U n i d r o i t

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE

R A P P O R T

sur le

CONTRAT DE FACTORING

préparé par le Secrétariat

Rome, Mars 1976

INTRODUCTION

Le Conseil de Direction - saisi lors de sa 53^e session (février 1974) d'une proposition du Secrétariat tendant à l'élaboration de règles uniformes régissant soit le problème général de la cession de créance soit celui plus particulier du contrat dit de "factoring" (C.D. 53, Doc. 3, UNIDROIT 1974, p. 35) - a chargé le Secrétariat lors de sa 54^e session (avril 1975) d'entreprendre une étude approfondie de la question sur la base du Mémoire que celui-ci lui a présenté "Mémoire complémentaire du Secrétariat sur le contrat dit de factoring" (C.D. 53, Doc. 3 Add. 1, UNIDROIT 1974).

Le présent Rapport consacré au factoring comportera trois parties qui traiteront respectivement des opérations de factoring dans la pratique, du factoring et des droits nationaux, des problèmes spécifiques que pose le factoring international.

I^{ère} PARTIE : LES OPERATIONS DE FACTORING DANS LA PRATIQUE

Remarques préliminaires

1. Dans une première approche nous dirons du factoring qu'il s'analyse comme le transfert par le créancier ou fournisseur - "client" dans la terminologie anglo-saxonne - à une entreprise spécialisée ou factor de ses créances commerciales à court terme, à charge pour elle d'en assurer le recouvrement auprès des débiteurs ou acheteurs - "customers" dans la terminologie anglo-saxonne - et d'en garantir la bonne fin même en cas de défaillance desdits acheteurs, moyennant rémunération.

2. Historiquement l'apparition du factoring⁽¹⁾ se situe au XVII^e siècle, époque à laquelle les Pilgrims - colons britanniques émigrés en Amérique du Nord - chargèrent des représentants que les contrats de l'époque qualifient d'"Agents and Factors" de vendre en Grande-Bretagne les fourrures, poissons et bois qu'ils comptaient leur envoyer. Ces factors entreposaient les marchandises, les vendaient en leur propre nom aux acheteurs de leur choix dont ils se portaient d'ailleurs garants vis-à-vis du fournisseur. Ils consentaient même parfois des avances sur marchandises avant réalisation de la vente.

Au XIX^e siècle la pratique tomba en désuétude en Grande-Bretagne, alors qu'aux Etats-Unis au contraire elle allait connaître une nouvelle expansion qui s'explique par la capacité d'adaptation des factors américains aux situations nouvelles. Leur activité consacrée jusque-là à la vente des textiles importés d'Europe - donc aux échanges internationaux - se heurtant aux barrières protectionnistes érigées par les producteurs de textiles locaux, ils décidèrent de proposer leurs services - désormais à caractère essentiellement financier - non plus aux exportateurs européens mais aux fabricants américains tant du secteur textile que d'autres secteurs. Le factoring moderne était né. Il ne devait gagner l'Europe qu'autour des années 1960.

3. Juridiquement le factoring crée des rapports directs entre deux personnes: le factor et le fournisseur. Mais d'autres personnes - sans avoir contracté d'engagements formels - sont également impliquées dans l'opération, les unes directement: ce sont les acheteurs, les autres indirectement: ce sont les tiers autres que les acheteurs. C'est à l'examen de ces rapports que

(1) L.E. SUSSFELD, Le Factoring, Presses Universitaires de France, 1968, p. 9 et suiv.; J. GERBIER, Le Factoring, Dunod 1970, p. 28 et suiv.; R. BIANCHI, Il factoring e i problemi che comporta, Turin 1970, p. 1 et suiv.; A. ZENNER, Le cadre juridique du factoring, Centre d'Etudes bancaires et financières, Bruxelles, n° 197 mai 1972, p. 6 et suiv.

nous allons maintenant procéder après avoir indiqué que le terme factoring aujourd'hui dans la pratique ne couvre pas seulement des opérations strictement conformes au schéma qui en a été esquissé dans notre première remarque. En d'autres termes il existe en pratique plusieurs types de factoring⁽²⁾ - dont certains d'ailleurs ne sont pas pratiqués en Europe - qui se différencient par la gamme de services - plus ou moins variée et complète - qu'offre le factor au fournisseur. Cependant pour plus de clarté nous avons choisi de situer notre étude dans le cadre du factoring de type classique - Old Line Factoring⁽³⁾ - qui en constitue à la fois la forme la plus courante⁽⁴⁾, la plus pure et la plus importante au plan commercial - et de la limiter - pour le moment - au factoring interne, signalant au passage les différences existant entre les différents types de factoring.

A) Les rapports juridiques entre le factor et le fournisseur

Un contrat (factoring agreement) est conclu entre le factor et le fournisseur. Il définit leurs relations futures - donc leurs droits et obligations respectifs - pendant une période déterminée ou non, selon que le contrat est à durée déterminée ou indéterminée. Ces droits et obligations sont en théorie susceptibles de varier selon les contrats, selon les pays, les services qu'offrent les factors aux fournisseurs étant - comme nous l'avons précédemment indiqué - assez divers. En fait il est un certain nombre d'engagements qui sont de l'essence même du contrat de factoring et figureront donc dans tous les contrats. Envisageons-les maintenant.

(2) L.E. SUSSFELD, op.cit., p. 4 et suiv.; S. PISAR, Aspects juridiques du factoring international, in Revue de la Banque, 1969, p. 490, 491;
R. BIANCHI, op. cit., p. 14 et suiv.

(3) L'Old Line Factoring se caractérise par deux traits: l'absence de recours du factor contre le fournisseur - sauf contestation sur la marchandise - en cas de vente réalisée de bonne foi, la notification du transfert de créance à l'acheteur. Il en existe trois variantes:

a - Le "Conventional Factoring" ou "Conventional Notification Factoring" ou factoring conventionnel (Old Line Factoring "stricto sensu") où le factor offre au fournisseur la gamme de services la plus complète: garantie contre le risque d'insolvabilité, gestion des créances, financement.

b - Le "Maturity Factoring" ou "Maturity Notification Factoring" ou factoring à l'échéance: où le factor offre les mêmes services qu'en factoring conventionnel, à l'exception du financement.

c - L'Import-Export Factoring ou factoring international qui apparaît comme une application technique du Factoring Old Line (conventionnel ou à l'échéance) aux échanges internationaux et dont il sera plus longuement traité dans la troisième partie du présent Rapport.

(4) Les trois variantes sont pratiquées tant aux Etats-Unis qu'en Grande-Bretagne et en Europe.

1°/ Les obligations du fournisseur à l'égard du factor

1. Dans tout contrat de factoring⁽⁵⁾ est insérée une clause - stipulée au bénéfice du factor - aux termes de laquelle le fournisseur s'engage à transférer au factor la totalité de ses créances sur ses acheteurs⁽⁶⁾ et donc à ne pas traiter avec d'autres factors. A ce principe de globalité - élément essentiel du contrat de factoring qui tend à empêcher le fournisseur de ne transférer au factor que ses créances les plus douteuses ou même présumées irrécupérables - des tempéraments sont parfois apportés dans la pratique, tempéraments sur le sens desquels on ne doit pas se méprendre. Il peut arriver que le fournisseur (prenons l'exemple d'une société de produits chimiques comportant plusieurs départements exerçant des activités différentes) sollicite et obtienne du factor de ne devoir lui transférer que les créances nées de telle ou telle partie de son activité. Mais qu'il soit bien clair que dans ce cas le fournisseur sera tenu de transférer au factor toutes les créances nées de la partie de l'activité convenue. Ajoutons enfin que de tels tempéraments demeurent l'exception et qu'ils sont toujours expressément stipulés dans le contrat.

2. Le fournisseur s'engage par ailleurs à fournir au factor la preuve de l'expédition de la marchandise ou de la prestation de service, ce qui se traduit en pratique par l'obligation de transmettre la facture sur laquelle doit figurer la mention que le paiement doit obligatoirement en être fait à la société de factoring⁽⁷⁾. Il doit en outre communiquer au factor les renseignements qu'il possède sur ses acheteurs ainsi que tous éléments de nature à

(5) Mais non toutefois en "Undisclosed Factoring" ou "money without borrowing", formule-qualifiée de quasi-factoring par un quotidien économique italien - dont on attribue la paternité aux factors anglais et dans laquelle chaque opération doit faire l'objet d'un contrat séparé. Cette formule est essentiellement utilisée en cas de vente de biens industriels (et non de biens de consommation). Les sociétés de services ne peuvent par ailleurs en bénéficier.

(6) Ou plus exactement - comme nous le verrons ultérieurement - à offrir au factor la totalité de ses créances sur ses acheteurs. Indiquons à ce sujet que la question de savoir si l'expression "la totalité de ses créances" signifie que le fournisseur est également tenu au transfert des créances de ses succursales, agences et filiales a été débattue. Les auteurs, et notamment GAVALDA et STOUFFLET, le contrat dit de factoring, in La Semaine Juridique, 8 décembre 1966 note 98; R. BIANCHI, op.cit., p. 61; J.G. BERBIER, op.cit., p. 65 - dans leur majorité - se sont prononcés en faveur de l'extension de la clause d'exclusivité aux succursales, agences et filiales du fournisseur.

(7) Cette mention ne figurera pas en "Non Notification Factoring" ou "factoring sans notification", formule qu'emploient les fournisseurs qui souhaitent que leurs acheteurs ignorent que leurs créances sont financées.

faciliter sa tâche de recouvrement des créances; l'informer de la survenance d'événements susceptibles de mettre les créances en danger, des litiges avec les acheteurs; lui laisser accès à son bilan, ses comptes, ses livres. Autant d'obligations qui sont le reflet de l'étroite coopération qui doit s'instaurer entre le fournisseur et le factor et de la confiance dont doivent être empreints leurs rapports.

3. Le fournisseur est par ailleurs tenu de rémunérer le factor dans les conditions et selon les modalités prévues au contrat (elles le sont toujours). Cette rémunération comprend obligatoirement une commission - qui s'analyse comme les honoraires du factor "pour ses peines et soins, risques et frais" (il en sera traité ultérieurement) - calculée ad valorem sur le montant des créances factorées. Le factor fixe le taux de commission sur la base notamment des éléments suivants: durée moyenne des crédits consentis par le fournisseur (plus elle sera longue plus les risques d'insolvabilité supportés par le factor seront élevés; plus les opérations de gestion seront importantes, plus le taux de commission sera élevé); nature des activités du fournisseur: produits ou services (ces activités sont plus ou moins florissantes: en rapide expansion, stables, en régression); nature des activités des acheteurs (le risque encouru par le factor variera selon que les acheteurs appartiennent ou non au même secteur, selon que le ou les secteurs est ou sont plus ou moins sensibles à l'évolution de la conjoncture); nombre des acheteurs (plus ils sont nombreux moins grand est le risque encouru mais plus lourde est la comptabilité); qualité des acheteurs (bons ou mauvais payeurs); nature, fréquence et volume des contestations et des litiges (influent sur le risque encouru ainsi que sur le coût des travaux administratifs). A cette commission (dont le taux aux Etats-Unis s'étage entre 0,75 et 2 %, en Grande-Bretagne entre 0,75 et 2,5 %, en France entre 0,75 et 3 %) que le fournisseur est toujours tenu de verser au factor, s'ajoutent des intérêts débiteurs en cas de règlements anticipés, c'est-à-dire lorsque le factor consent au fournisseur des avances sur les créances avant l'échéance dont ils étaient convenus. Le taux de ces intérêts est annuel (il est de l'ordre de 8,4 % aux Etats-Unis, tandis qu'il est calculé en Grande-Bretagne au taux de la Banque d'Angleterre + 2 %; et qu'il s'étage en France entre 6,5 et 8 %). Il est fixé par le factor en fonction des créances et de l'opinion qu'il a du fournisseur mais les intérêts sont perçus prorata temporis.

4. Le fournisseur doit enfin garantir l'existence de la créance en vertu de l'adage "Nemo dat quod non habet". La créance existera en fait pour autant qu'il y a eu commande et que l'exécution en a été effectuée conformément aux conditions stipulées dans le contrat de vente intervenu entre le fournisseur et l'acheteur. Nous verrons ultérieurement les conséquences qu'entraînerait une contestation sur la marchandise ou le service, émanant de l'acheteur.

2°/ Les obligations du factor à l'égard du fournisseur

1. Le fournisseur étant - en règle générale - tenu de factorer la totalité de ses créances⁽⁸⁾, la question se pose de savoir, si et dans quelle mesure, il existe une obligation correspondante à la charge du factor, si donc le factor est tenu de prendre en charge toutes les créances en question. En fait dans tout contrat de factoring - et c'en est là une des caractéristiques essentielles - le factor se réserve le droit de sélectionner les créances qu'il entend prendre en charge. Ainsi exige-t-il que toutes les créances qui lui seront transmises soient soumises à son approbation préalable. Précisons à cet égard que dans la pratique les factors utilisent plusieurs techniques d'approbation:

a - tantôt ils entendent approuver chaque commande et l'on parle alors d'approbation ordre par ordre: c'est la technique des factors anglo-saxons;

b - tantôt ils se contentent de donner une approbation de principe avec deux variantes possibles:

1. en prévision d'un rythme préétabli d'expéditions (hebdomadaire ou mensuel);
2. en fixant pour chaque acheteur un plafond permanent de crédit.

Mais quelle que soit la technique employée (technique a, technique b.1. ou technique b.2.) le factor pourra toujours annuler son approbation pour autant toutefois qu'elle ne concerne ni des marchandises déjà expédiées ni des marchandises dont on ne peut arrêter l'expédition. De même il lui sera loisible de diminuer les approbations de principe concernant des marchandises non expédiées ou des marchandises dont on peut arrêter l'expédition (ce que fera en général le factor si la solvabilité de l'acheteur s'est altérée ou si le plafond qu'il s'était fixé est atteint, ce qui peut d'ailleurs résulter du cumul sur un même acheteur de créances émanant de divers fournisseurs.)

2. L'obligation principale du factor est de régler au fournisseur les créances approuvées - aux lieu et place des acheteurs - à l'échéance convenue ou souvent même - comme précédemment indiqué - par anticipation. Concrètement le règlement se fait dans le cadre d'un compte-courant que le factor ouvre dans ses livres au nom du fournisseur. Notons que le règlement cash donne lieu tant aux Etats-Unis qu'en Grande-Bretagne - mais non en France - à une retenue (de l'ordre de 10 à 20 % du montant de la créance) destinée à couvrir le factor contre les risques de litiges commerciaux. Il va de soi qu'il n'est pas tenu de régler au fournisseur les créances non approuvées: toutefois il peut lui consentir des avances dans ces cas.

(8) cf. note (5).

3. L'une des caractéristiques du contrat de factoring est que le factor règle au fournisseur les créances approuvées et en garantit la bonne fin⁽⁹⁾, pour autant toutefois qu'elles correspondent bien à des marchandises n'ayant fait l'objet d'aucune contestation de la part des acheteurs⁽¹⁰⁾. En cas de contestation donc le factor ne garantit pas la bonne fin de la créance approuvée et on distinguera à cet égard selon que la contestation est antérieure ou postérieure au règlement de la créance par le factor au fournisseur:

a. contestation antérieure: le fournisseur est tenu d'en informer le factor qui alors ne le règlera pas. S'il omet de le faire, le factor le règlera alors qu'il n'y est pas tenu. Dans un tel cas de convention expresse entre les Parties, le factor débitera le compte-courant du fournisseur du montant de la somme litigieuse indûment perçue.

b. contestation postérieure: le factor pourra exercer un recours à l'encontre du fournisseur mais il lui faudra au préalable rapporter la preuve de la réalité et du sérieux de la contestation de l'acheteur.

Il va de soi qu'en cas de créance non approuvée, il ne saurait y avoir garantie de bonne fin par le factor, ce qui veut dire que s'il a consenti au fournisseur une avance et que l'acheteur ne le paie pas, ledit fournisseur devra lui en rembourser le montant.

4. En outre le factor se chargera habituellement de la tenue de la comptabilité du fournisseur et - selon les dispositions du contrat - de la facturation des opérations du fournisseur, de la tenue de son échéancier, de ses statistiques de vente etc. Il jouera dans tous les cas un rôle de conseiller financier du fournisseur, allant même parfois jusqu'à lui dicter sa conduite à l'égard de certains acheteurs.

(9) Sauf en "Non Notification Factoring".

(10) Il faut entendre par là désaccord sur la quantité, la qualité ou les délais. Nous précisons à ce propos qu'en pratique ce principe est souvent explicité dans le contrat par l'insertion d'une clause aux termes de laquelle la garantie de bonne fin cesse en cas de manquement du fournisseur aux obligations qu'il a envers l'acheteur et notamment aux obligations suivantes: conformité de la qualité, de la quantité des produits ou services, des délais de livraison etc. ... ou si le non paiement de l'acheteur est dû à la force majeure.

B) Les rapports entre le factor, le fournisseur et les autres personnes concernées par le contrat de factoring.

Nous avons vu les droits et obligations qu'engendre au profit et à la charge des Parties - factor et fournisseur - le contrat de factoring. Mais il est d'autres personnes qui - sans avoir contracté d'engagements formels - sont concernées par la conclusion d'un tel contrat, les unes directement, les autres indirectement: ce sont respectivement les acheteurs et les tiers autres que les acheteurs. Examinons les rapports qui s'établissent entre ces différentes personnes.

1°) Les rapports factor-fournisseur-acheteur

Comme nous l'avons précédemment indiqué le transfert de créance doit être notifié à l'acheteur⁽¹¹⁾, ce qui permettra au factor de lui en réclamer paiement⁽¹²⁾. En règle générale l'acheteur observera les directives qui lui ont été données et paiera le factor. Mais il peut aussi se faire qu'il refuse de payer, invoquant une exception dont il bénéficie à l'encontre du créancier originaire - le fournisseur. Et ici il convient d'opérer une distinction entre les exceptions inhérentes à la créance transmise (par exemple exception tenant à la mauvaise exécution du marché) et celles qui lui sont extérieures (exception de compensation légale). En effet alors que les premières seront toujours opposables au factor, les secondes ne pourront valablement lui être opposées que pour autant qu'elles seront nées antérieurement au transfert de la créance. Si l'exception opposée par l'acheteur à la demande de paiement du factor est justifiée, le factor pourra exercer un recours à l'encontre du fournisseur.

2°) Les rapports factor-fournisseur-tiers autres que l'acheteur

Il convient tout d'abord de rappeler que le contrat de factoring - comme tout contrat - donne naissance à une situation juridique nouvelle dont le respect s'impose aux tiers - sous réserve de leurs propres droits - et que ses effets leur sont opposables (nous verrons ultérieurement à quelles conditions). Outre l'acheteur, un certain nombre d'autres tiers sont concernés

(11) sauf en "Non Notification Factoring"

(12) Nous précisons cependant deux points:

a. en "Non Notification Factoring" le recouvrement de la créance est assuré par le fournisseur;

b. en "Undisclosed Factoring" ou "money without borrowing" - technique anglaise fondée sur la concomitance de deux contrats: le contrat de vente et le contrat de commission conclus entre le factor et le fournisseur - le factor achète la marchandise du fournisseur qu'il nomme en même temps son représentant ("trusted") et charge de la vendre à l'acheteur effectif et d'en percevoir le prix.

- certes indirectement - par la conclusion d'un tel contrat: créanciers de l'acheteur, créanciers du fournisseur, et surtout second cessionnaire de la même créance (c'est-à-dire de la créance déjà transférée au factor par le fournisseur). Il nous faut donc examiner attentivement les effets que produira ledit transfert de créance de son titulaire original - le fournisseur - au factor à leur égard, c'est-à-dire voir comment les intérêts de l'un et des autres sont protégés: et surtout qui du factor et du second cessionnaire de la créance primera. Cet examen sera conduit dans la deuxième partie du présent Rapport.

Nous avons vu comment se déroulent les opérations de factoring dans la pratique. Il nous faut maintenant rechercher s'il existe dans les pays où le factoring est implanté une réglementation en la matière et - à défaut - sur quelle base est opéré le transfert de créance qui constitue l'élément essentiel de l'opération.

II^{ème} PARTIE : FACTORING ET DROITS NATIONAUX

Remarques préliminaires

1. Une première constatation s'impose: les pays où le factoring est pratiqué ne se sont pas encore dotés d'une réglementation spécifique en la matière. Dès lors les factors n'ont eu d'autres ressources que "de se rabattre sur le droit commun tel qu'on le trouve exposé notamment dans le Code civil et le Code de commerce des différents pays Il leur fallut beaucoup improviser pour pouvoir adapter à leur situation particulière une législation conçue depuis longtemps à des fins totalement différentes".⁽¹³⁾ Il va de soi que la première partie de la citation précédente ne concerne ni les Etats-Unis ni la Grande-Bretagne. Aux Etats-Unis le texte de référence pour les factors est notamment l'Uniform Commercial Code (U.C.C.) et en particulier - sa Section 9 consacrée aux "secured transactions" ou opérations garanties en général; en Grande-Bretagne la "Law of Property Act, 1925". En d'autres termes les factors utilisent un mécanisme juridique existant dans leur droit national pour transférer la créance de son titulaire - le fournisseur - au factor.

2. Le transfert de créance est opéré dans les différents pays
- sauf en France - sur la base de la cession de créance que régit ou régissent:
 - en Belgique l'article 1690 du Code civil modifié par la loi du 31 mars 1958
 - aux Etats-Unis la Section 9 de l'U.C.C. et - pour partie - la loi des différents Etats
 - en Grande-Bretagne la "Law of Property Act, 1925", S. 136
 - en Italie les articles 1260 à 1267 du Code civil
 - au Luxembourg l'article 1690 du Code civil
 - aux Pays-Bas les articles 668 et suiv., 1387, 1417, 1492, 1569 du Code civil
 - en République Fédérale d'Allemagne les articles 398 et suiv. du BGB.

En France le mécanisme utilisé est la subrogation conventionnelle de l'article 1250 du Code civil.

(13) S. PISAR, "Aspects juridiques du factoring international", in Revue Banque n. 283, mars 1970, p. 251 et suiv.

3. Les indications précédemment fournies soulèvent la question essentielle de l'efficacité du transfert de créance à l'égard des tiers, question qui comprend deux aspects: celui des formalités prescrites par les droits nationaux et celui des effets dudit transfert.

A) L'opposabilité du transfert de créance aux tiers

Il nous faut nous demander si l'opposabilité du transfert de créance aux tiers est ou non subordonnée à la connaissance par l'un d'eux: le débiteur - c'est-à-dire l'acheteur - du transfert intervenu et - en cas de réponse affirmative - si connaissance doit lui en être donnée par tel ou tel moyen.

La réponse à ces deux questions - comme nous allons le voir - varie selon les pays.

Dans un premier groupe de pays (Grande-Bretagne: S. 136 de la "Law of Property Act, 1925"⁽¹⁴⁾; République Fédérale d'Allemagne: article 398 du BGB; Luxembourg: article 1690 du Code civil; Pays-Bas: article 668 du Code civil) l'opposabilité du transfert de créance aux tiers est subordonnée à la connaissance par le débiteur de la cession intervenue. Selon les pays une signification par simple lettre suffit (Grande-Bretagne et République Fédérale d'Allemagne) ou au contraire une signification par acte d'huissier est requise (Luxembourg et Pays-Bas⁽¹⁵⁾).

(14) En fait le droit anglais distingue les "statutory assignments" ou cessions légales de la S. 136 de la "Law of Property Act, 1925" des "equitable assignments". Les premières - obligatoirement "absolute" et non par "way of charge" (en ce que le cédant "retains no interest in the property") et faites par écrit doivent être signifiées par écrit au débiteur. En revanche la signification au débiteur d'un "equitable assignment" n'est pas indispensable (cependant en cas de cession successive de la même créance, le cessionnaire qui signifie en premier ladite cession au débiteur prime l'autre cessionnaire, à moins qu'il n'ait eu connaissance de la cession précédente quand le droit du cédant lui a été cédé). L'intérêt de la cession légale réside en ce qu'elle permet au cessionnaire d'assigner en son propre nom sans avoir à appeler le cédant à la cause. Nous préciserons enfin que si une cession n'est pas absolue - et donc ne peut valoir comme "statutory assignment" aux termes de la S. 136 de la loi précitée - elle peut par contre être valable "in equity".

(15) A moins - dans ce dernier pays - que le débiteur n'ait accepté ou reconnu par écrit la cession. Dans la pratique d'ailleurs les facteurs néerlandais ne recourent à la signification par acte d'huissier - procédure lourde et coûteuse - qu'en cas de doutes sur la solvabilité de l'acheteur ou le sérieux du fournisseur, se contentant - en règle générale - de faire apposer par le cédant - le fournisseur - sur la facture la mention selon laquelle le paiement doit en être effectué entre leurs mains.

En revanche en Belgique aux termes des articles 13 al. 1 et 16 al. 3 de la loi du 31 mars 1958 sur l'endossement de la facture, l'opposabilité aux tiers de la cession résulte du seul endossement de la facture (ou d'une copie certifiée conforme de celle-ci)⁽¹⁶⁾, la date dudit endossement valant par elle-même date certaine vis-à-vis des tiers (par dérogation à l'article 1328 du Code civil).

Aux Etats-Unis aux termes des S. 9-302 et 9-402 de l'U.C.C.⁽¹⁷⁾ l'efficacité du transfert de créance à l'égard des tiers - en cas de vente comme de cession à titre de garantie - est subordonnée au dépôt ("filing") du "financing statement"⁽¹⁸⁾ selon une procédure variant selon les Etats - auprès d'un ou plusieurs offices publics. L'U.C.C. prescrit dans presque tous les cas une inscription unique et centrale ("central notice filing"). Ni l'enregistrement ni la spécification des créances cédées n'est requis: il suffit

-
- (16) Contre jugement du Tribunal de commerce de Bruxelles: l'opposabilité aux tiers de la cession est subordonnée à l'envoi au cédé d'un avis recommandé.

La question est loin d'être tranchée tant en Doctrine qu'en Jurisprudence. A notre avis cependant la signification de la cession au débiteur cédé - prévue à l'article 16 al. 2 - ne constitue pas une condition de son opposabilité aux tiers mais tend seulement à constituer en état de mauvaise foi le débiteur qui nonobstant la réception de l'avis recommandé paie malgré tout l'endosseur (voir en ce sens ZENNER, op. cit., p. 22 et suiv.) En pratique d'ailleurs les factors belges utilisent une notification simplifiée consistant dans l'apposition d'une mention sur la facture, n'envoyant une lettre recommandée avec accusé de réception que si l'honnêteté du fournisseur ou la solvabilité de l'acheteur leur paraît douteuse (cf. note (15)).

D'une manière générale l'endossement - on le sait - n'est valable que s'il est fait au profit d'une banque ou d'un établissement de crédit agréé.

- (17) Avant l'adoption et la mise en application de l'U.C.C., le cessionnaire qui voulait éviter toute contestation ultérieure devait accomplir des formalités qui variaient selon les Etats:

1) dans certains Etats était appliquée l'English rule, selon laquelle seule la notification de la cession au débiteur protège le factor;

2) dans d'autres l'American rule selon laquelle une cession écrite spécifiant la créance cédée suffit à protéger les droits du factor, même à défaut de notification;

3) dans d'autres la loi écrite prescrivait le "bookmaking": la cession des diverses créances au factor devait apparaître clairement dans les livres du fournisseur;

4) dans d'autres enfin la Massachusetts rule selon laquelle une cession sans notification est efficace, à moins qu'un second cessionnaire ait reçu de bonne foi paiement de la créance ou qu'il l'ait soumise à la décision du tribunal, ou obtenu la novation ou administré la preuve de la dette par un effet commercial.

- (18) Le "financing statement" peut être inscrit avant la constitution du "security interest".

que de l'acte déposé résulte l'opération de financement. On signalera l'adoption en 1962 d'une importante modification: la notification de la cession produit désormais les mêmes effets que le dépôt du "financing statement", elle peut résulter d'une simple mention apposée sur la facture.

En Italie l'opposabilité de la cession aux tiers est subordonnée à la notification au débiteur ou à l'acceptation de celle-ci par lui (articles 1264 et 1265 du Code civil). On indiquera toutefois que si la Doctrine et la Jurisprudence s'accordent pour reconnaître que la notification peut être faite au débiteur par lettre recommandée ou par tout autre moyen adéquat (pour autant que la lettre contienne un certain nombre d'indications)⁽¹⁹⁾ elles sont en revanche extrêmement divisées sur la question de l'opposabilité aux tiers autres que le débiteur d'une cession notifiée par lettre recommandée et non par "mezzo di Ufficiale Giudiziario"⁽²⁰⁾.

En France la subrogation dès lors qu'elle est expresse et faite en même temps que le paiement est réalisée et opposable à tous. Un document daté - la quittance subrogative constate la simultanéité et opère la subrogation, aucune autre formalité n'étant requise⁽²¹⁾.

(19) En ce sens arrêts Cour cassation: 27 avril 1961 n. 498 in Banca, Borsa e Titoli di Credito, 1962, II, 346; 6 mai 1966 n. 1162, in Foro Italiano, 1967, 821; 4 février 1969 n. 341, in Giust. Civ. Mass., 1969, 171.

(20) a) Une lettre recommandée suffit:

BARBIERI dans sa note sous l'arrêt Cour Appel Trieste, 28 avril 1960, in Le Corte di Brescia, Venezia e Trieste, 1960, 512 et suiv.
Arrêt Cour appel Trieste précité.

b) Exigent la notification par "mezzo di Ufficiale Giudiziario" :

PROVINCIALI, in Manuale di Diritto Fallimentare, I, 1964, p. 904;
MICCIO, in Delle Obbligazioni in Generale, nel Commentario Codice Civile dell'UTET 1971, p. 366; MESSINEO, in Manuale di Diritto Civile e Commerciale, 1959, p. 250-251.

Arrêts Cour de cassation précités (note 19).

(21) Dans la pratique le mécanisme est le suivant: le fournisseur émet les factures correspondant aux fournitures sur lesquelles figure expressément la mention que le paiement doit en être fait entre les mains du factor. Il transmet régulièrement au factor les factures émises avec le bordereau récapitulatif que celui-ci lui restitue avec indication des créances approuvées dont le paiement sera demandé par le fournisseur au moment de l'envoi de la quittance subrogative et effectué par l'inscription d'un crédit en compte-courant.

En ce sens arrêt inédit de la Cour de Paris du 14 avril 1975. A noter cependant qu'un autre arrêt de la Cour de Paris (J.C.P. 1970, II, 16837) a décidé qu'il était nécessaire que la mention apposée sur la facture spécifie qu'il s'agit d'une subrogation.

B) Les effets du transfert de créance à l'égard des tiers

Le transfert de créance réalisé - selon les pays - sur la base de la cession de créance ou de la subrogation n'entraîne qu'un changement de titulaire de la créance: le factor devient créancier au lieu et place du fournisseur⁽²²⁾, laissant par ailleurs subsister la convention originale.

Le factor-substitué au créancier primitif - le fournisseur - devient donc titulaire de la créance avec tous ses avantages et inconvénients. Deux conséquences en découlent:

1) Le factor pourra faire valoir les droits qui appartenaient au créancier primitif - le fournisseur - et notamment les droits accessoires à la créance lesquels lui ont été transférés en même temps que celle-ci (articles 1692 Code civil belge; 401 BGB⁽²³⁾; 1250.1 Code civil français; S. 136 "Law of Property Act, 1925"; 1569 Code civil néerlandais, S. 9.318 (1) U.C.C.).

2) Mais par ailleurs le débiteur pourra opposer au nouveau titulaire de la créance les exceptions dont il disposait à l'encontre du créancier primitif. Dans les différents pays en effet le principe de l'opposabilité des exceptions est admis, ce qui se justifie puisque d'une part le nouveau créancier ne saurait recevoir plus de droits que n'en avait le créancier primitif et que d'autre part le transfert de créance ne saurait affecter négativement la situation du débiteur. Mais ce principe de l'opposabilité des exceptions n'est pas sans poser de problèmes dans la pratique tenant à ce que seul le BGB (articles 404 et 406) et l'U.C.C. (S.9 - 318 (1)) ont franchement abordé la question.

Aux termes des articles précités du BGB le débiteur pourra opposer au nouveau créancier les moyens de défense qui se trouvaient fondés - à l'encontre du précédent créancier - sur une cause déjà existante à l'époque de la cession de créance; il pourra également compenser vis-à-vis du nouveau créancier une créance lui appartenant contre le créancier précédent, à moins que, lors de l'acquisition de cette créance, il ait eu connaissance de la cession ou que la créance ne soit devenue exigible qu'après cette connaissance acquise et à condition, dans ce dernier cas, qu'elle ne le soit que postérieurement à l'exigibilité de la créance cédée.

(22) Ce qu'exprime très clairement le BGB en son article 398: "... Par la conclusion du contrat, le nouveau créancier entre au lieu et place du précédent créancier."

(23) L'un de ces droits revêt une importance particulière: la réserve de propriété.

Selon la S. 9 - 318 (1) de l'U.C.C. à moins que le débiteur n'ait renoncé à faire valoir les exceptions nées d'une vente selon les termes de la S.9 - 206, les droits du cessionnaire sont "subject to any defense arising from the contract between the account debtor and assignor" et "to any other defense of the account debtor against the assignor which accrued before the account debtor receives notification of the assignment". De nombreuses décisions jurisprudentielles ont affirmé le principe selon lequel le débiteur - acheteur - peut opposer au cessionnaire - le factor - toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant - le fournisseur - puisque le factor a acquis le droit avec les mêmes limites qui existaient à l'encontre du fournisseur.

Nous préciserons à propos du droit anglais que toute ^{*Cession*} ~~cession~~ ("statutory" ou "equitable") est "subject to equities", ce qui signifie que le débiteur - assigné par le cessionnaire - pourra lui opposer toutes les exceptions "defences" (y compris la compensation) qu'il aurait pu opposer au cédant au moment où il a reçu notification de la cession.

Dans les autres pays - en revanche - dans le silence des textes la situation est beaucoup moins nette.

Ainsi en France l'opposabilité des exceptions a-t-elle suscité des controverses⁽²⁴⁾. La Doctrine et la Jurisprudence dominantes se sont prononcées en faveur de l'application par analogie des articles 1291 et 1295 du Code civil qui disposent que l'exception de compensation est opposable au factor quand elle est invoquée à propos de créances liquides, exigibles, réciproques et antérieures à la notification du transfert de la créance cédée. La Jurisprudence en revanche a estimé que toute créance, même non liquide, non exigible et non connexe à la créance cédée, devrait pouvoir être opposée au factor en compensation. En d'autres termes si la créance invoquée par le débiteur est connexe à la créance dont le paiement est demandé (vice de la marchandise), l'exception de compensation est sans nul doute opposable au factor dans la mesure où elle est antérieure à la subrogation. A l'inverse s'il prétend opposer en compensation au factor une créance née d'un rapport autre, son exception ne sera opposable que si la créance est devenue certaine, liquide et exigible antérieurement à la subrogation.

(24) Une telle question ne se poserait pas si les factors français utilisaient le mécanisme des "factures protestables" de l'Ordonnance du 28 septembre 1967, complétée par un Décret d'application du 22 décembre 1967 qui prévoit expressément l'inopposabilité des exceptions édictées au bénéfice du banquier ou de l'établissement financier, bénéficiaire d'une transmission.

De la même manière la question s'est-elle posée aux Pays-Bas et en Belgique où par application du droit commun le débiteur de la créance cédée pourra opposer au cessionnaire dans le premier pays - et à l'endossataire dans le second - donc au factor - les exceptions personnelles qu'il aurait pu opposer au cédant, pour autant toutefois qu'elles existaient au moment de la cession ainsi que les exceptions connexes à la créance cédée.

Le législateur italien s'est également abstenu de régler - à propos de la cession de créance - la question du transfert des exceptions. Selon la Doctrine la plus récente⁽²⁵⁾ la question ne peut être résolue par un simple renvoi aux articles 1263 et 1248 II du Code civil qui traitent respectivement des effets de la cession quant aux accessoires de la créance et de l'inopposabilité de la compensation des créances nées postérieurement à la notification ou à la communication de la cession.

(25) Ainsi PANUCCIO in "La cessione volontaria dei crediti", Milan 1955, p. 58 et suiv. distingue-t-il:

a) les exceptions inhérentes "alla fonte del credito" trouvant leur justification dans l'inexistence, la nullité de l'acte qui a donné naissance au rapport obligatoire: elles seront toujours opposables au factor-cessionnaire comme elles l'étaient au cédant;

b) les exceptions inhérentes à des faits postérieurs au rapport obligatoire et qui tendent à diminuer ou à supprimer la dette cédée (compensation, novation ...). Il distingue à leur propos selon que le fait constitutif de l'exception s'est vérifié antérieurement ou postérieurement à la connaissance de l'acte par le cédé. Si l'exception est née avant que le cédé ait eu connaissance de la cession elle est opposable au factor, mais elle ne l'est pas en revanche si le cédé connaissait déjà la cession;

c) les exceptions comportant une contestation de la "legittimazione processuale" du factor-cessionnaire et dérivant de la présence dans le contrat de cession d'une clause compromissoire: elles sont opposables par le débiteur cédé;

d) les exceptions concernant la cession elle-même (nullité, annulation de la cession) étant extérieures au rapport obligatoire existant entre le cédant et le ~~cessionnaire~~^{débiteur} ne peuvent être soulevées par le débiteur qui se trouve dans une position d'indifférence.

Les effets du transfert de créance à l'égard des tiers soulèvent en outre la question de savoir qui du factor ou du tiers⁽²⁶⁾ primera dans l'hypothèse d'un conflit les opposant. Là encore de tels conflits seront résolus d'une manière différente selon les pays et selon les tiers dont s'agira.

En France cependant d'une manière générale le conflit opposant le factor à un tiers (autre cessionnaire de la même créance, créancier saisissant, masse des créanciers du fournisseur en règlement judiciaire...) sera réglé par l'antériorité des droits⁽²⁷⁾.

Examinons la situation dans les autres pays.

a) En cas de cession successive de la même créance: en droit anglais primera le cessionnaire qui aura signifié en premier la cession au débiteur⁽²⁸⁾, à moins qu'il n'ait eu connaissance de la cession précédente quand le droit du cédant lui a été cédé et en droit américain celui qui aura "filed" en premier (S.9 - 312(5))⁽²⁹⁾.

(26) Selon HUC, in T.X n° 215 "la qualité de tiers appartient à tous ceux qui, étant d'ailleurs demeurés étrangers à la cession, prétendent avoir, à l'égard de la créance cédée, des droits que la cession tend à anéantir ou à restreindre."

(27) La preuve de la date de la subrogation pourra être rapportée par tout moyen, la subrogation - intervenue entre commerçants dans le cadre de leurs activités commerciales - est un acte de commerce échappant à la nécessité d'avoir date certaine au sens de l'article 1328 du Code civil.

(28) Et l'on voit ici l'intérêt de la notification d'un "equitable assignment" pourtant non nécessaire au perfectionnement de la cession.

(29) Avant l'entrée en vigueur de l'U.C.C. la situation était la suivante:

a) certains Etats appliquaient l'English rule aux termes de laquelle le second cessionnaire de bonne foi qui porte en premier la cession intervenue à la connaissance du débiteur, prévaut sur le premier;

b) dans la majorité des Etats était appliquée l'American rule selon laquelle prévaut le cessionnaire qui le premier a porté la cession à la connaissance du débiteur cédé;

c) dans le Massachusetts et en Caroline du Nord - selon les circonstances de l'espèce - prévalait le second cessionnaire qui a porté en premier la cession à la connaissance du débiteur ou le premier sur la base du principe "first in time".

En droit allemand (République Fédérale) un fait revêt une importance particulière en la matière: la cession est déjà opérée par le contrat de factoring⁽³⁰⁾ et la remise des factures n'a qu'une importance indicative: elle sert à déterminer l'objet de la cession mais ne provoque pas le transfert, d'où il s'ensuit que toutes les créances nées postérieurement au contrat de factoring appartiennent au factor, même si le fournisseur cède ensuite ses créances à une autre personne. C'est dire en d'autres termes que le factor aura priorité absolue.

La question ne se pose pas en droit belge, la loi du 31 mars 1958 en son article 5 al. 2 interdisant expressément les endossements successifs.

En droit italien l'antériorité du droit sera appréciée - conformément à l'article 1265 du Code civil - de la manière suivante: cession de créance notifiée en premier au débiteur ou cession acceptée en premier par le débiteur par un acte ayant acquis date certaine.

b) En cas de conflit entre le factor et les créanciers du fournisseur: dans les pays de Common Law le cessionnaire - le factor - l'emporte sur les créanciers du cédant.

Une particularité du droit de la République Fédérale d'Allemagne crée de graves problèmes en matière de factoring: la "verlängerter Eigentumsvorbehalt" ou réserve de propriété de l'article 455 du BGB en ce qu'elle confère au fournisseur du fournisseur un privilege non seulement sur les biens fournis mais aussi sur les créances dérivant de la vente desdits biens et cela jusqu'à leur paiement intégral. La Jurisprudence n'a pas réussi à résoudre le conflit: ainsi tandis que le Bundesgerichtshof⁽³¹⁾ tend à privilégier le fournisseur de biens par rapport à la banque qui finance, le Landesgericht de Düsseldorf⁽³²⁾ a préféré le factor, distinguant le factoring du financement de créances opéré par les institutions bancaires et cela bien que quelques années auparavant le Landesgericht de Mainz⁽³³⁾ ait résolu le problème sur la base de l'antériorité dans le temps entre les stipulations du contrat de factoring qui comportent la "Globalzession" et l'accord par lequel le cédant confère au fournisseur de biens l'"Eigentumsvorschalt".

(30) La Jurisprudence a en effet décidé que la Globalzession contenue dans le contrat de factoring n'était pas immorale (L.G. Mainz).

(31) BGH 24-4-1968, in N.J.W., 1968, 1516.

(32) L.G. Düsseldorf 30-1-1969, Heller Factoring Bank c. Beton Union.

(33) L.G. Mainz 30-6-1966, in B.B., 1966, 1038.

c) En cas de faillite du fournisseur:

en droit allemand (République Fédérale) en vertu de la cession de créance globale "Globalzession" contenue dans le contrat de factoring, le factor revendiquera toutes les créances acquises par le fournisseur avant l'ouverture des procédures; en second lieu il pourra opposer à la masse la compensation des dettes et des créances résultant du compte-courant.

Le droit américain confère au factor un privilège, en ce qu'une fois le "lien" enregistré, les biens vendus par le fournisseur et sur lesquels existe le privilège, sont soustraits à la masse des créanciers.

En droit anglais ⁽³⁴⁾ le principe est que le "trustee in bankruptcy", curateur de faillite se trouvant dans la même position que le cédant, une cession valable à l'encontre du cédant l'est également à l'encontre du trustee. Mais comme il en résulterait souvent une trop grande injustice pour les créanciers, la Jurisprudence a consacré le principe d'après lequel une cession de droit qui ne peut être réalisée par le cédant qu'après sa faillite est nulle et non avenue à l'encontre du curateur à partir du début de la procédure. En outre le "Bankruptcy Act, 1914" prévoit - en sa section 43 - qu'une cession générale des dettes commerciales par un commerçant est nulle et non avenue à l'encontre du curateur du cédant pour ce qui concerne toute dette non payée au début de la procédure de faillite, à moins que la cession n'ait été enregistrée comme "bill of sale".

d) En cas de faillite de l'acheteur:
alors que dans certains pays (Belgique⁽³⁵⁾; Italie: article 1524 du

(34) CHITTY on CONTRACTS, vol. I: Principes généraux, Londres, 1968, 23^{ème} édition, n. 1040. On indiquera par ailleurs que la position du "liquidator" d'une société qui a - antérieurement au commencement de sa mise en liquidation - cédé certains de ses droits est la même que celle du curateur de faillite; sauf pour ce qui est de la cession de certains droits futurs et de certaines dispositions légales particulières, un "liquidator" est lié par une cession qui lierait la société elle-même.

(35) C'est à la Jurisprudence que l'on doit l'admission du système de la clause de réserve de propriété (qui déroge aux dispositions de l'article 1583 du Code civil qui dispose que la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur dès qu'on est convenu de la chose et du prix) et son application en cas de faillite de l'acheteur (par dérogation à l'article 546 du Code de commerce qui - pour sauvegarder l'égalité relative des créanciers dans une distribution par contribution - supprime le privilège du vendeur d'effets mobiliers et la revendication des marchandises à un failli: article longtemps considéré comme d'ordre public avec toutes les conséquences en découlant). En ce sens SZAMEK, "La réserve de propriété", Editions Domat-Montchrestien, Paris, 1933, p. 111 et suiv.

Code Civil⁽³⁶⁾; République Fédérale d'Allemagne) le factor pourra opposer à la masse des créanciers de l'acheteur la clause de réserve de propriété insérée dans le contrat, le bénéfice de ladite clause lui ayant été transféré en même temps que la créance, ce qui lui permettra de faire valoir les droits en découlant, c'est-à-dire de revendiquer la propriété des marchandises; dans d'autres au contraire (France⁽³⁷⁾, Grande Bretagne⁽³⁸⁾, Pays-Bas) l'inopposabilité d'une telle clause à la masse des créanciers de l'acheteur est fermement maintenue.

Nous venons de voir comment - dans les différents pays - les factors ont - en l'absence d'une réglementation spécifique en matière de factoring - adapté les mécanismes juridiques existant dans leurs droits nationaux pour transférer la créance de son titulaire primitif - le fournisseur - au factor. Il convient maintenant d'examiner les problèmes particuliers que pose le factoring international.

-
- (36) Aux termes de cet article la réserve de propriété n'est valable que si elle résulte d'un acte écrit ayant acquis date certaine - conformément aux dispositions de l'article 2704 du Code civil - antérieurement au "pignoramento".
- (37) Le Code civil - on le sait - pose le principe que la propriété de la chose vendue est transférée à l'acheteur dès le moment de la conclusion du contrat de vente.
- (38) En cas d'insolvabilité de l'acheteur, la chose une fois entrée en la possession du failli, le vendeur - donc le factor - n'a qu'une créance contre la masse pour une quote-part du prix. L'article 38, 2°, du "Bankruptcy Act, 1914" prévoit expressément que tous les biens qui se trouvent lors de l'ouverture de la faillite dans la possession du failli sont partageables entre ses créanciers. La loi anglaise ne connaît aucune exception au principe qui englobe dans la masse tout l'actif apparent (Doctrine de la "reputed ownership") SZAMEK, op.cit., p. 5 et suiv.

III^{ème} PARTIE : PROBLEMES SPECIFIQUES QUE POSE LE FACTORING INTERNATIONAL

Remarques préliminaires

1. Si dans ses grandes lignes l'opération de factoring international se présente comme l'opération de factoring interne, les créances devant être soumises à l'approbation préalable du factor et notification d'avoir à payer le nouveau créancier - le factor - devant être faite à l'acheteur, elle apparaît malgré tout comme plus complexe que l'opération de factoring interne en ce qu'elle nécessite l'intervention de deux factors: le factor à l'exportation⁽³⁹⁾ et le factor à l'importation exerçant respectivement leur activité dans le pays de l'exportateur - fournisseur - et dans celui de l'importateur - acheteur. Tous deux font partie d'une chaîne ou d'un réseau international, c'est-à-dire d'un groupement de sociétés de factoring - installées dans différents pays - qui se sont entendues pour se confier mutuellement - avec ou sans exclusivité - les opérations sur les acheteurs de leurs pays respectifs⁽⁴⁰⁾. C'est qu'en effet l'opération de factoring international pose le délicat problème de l'évaluation du risque de crédit, celui du risque de change, des risques politiques, catastrophiques et de non-transfert⁽⁴¹⁾. Autant de problèmes propres au commerce international que l'adhésion à une chaîne de factors permet - dans une certaine mesure - de résoudre, mais d'une manière imparfaite, lesdites chaînes n'étant pas installées dans tous les pays.

(39) On soulignera que dans la plupart des pays - mais non en France - le factoring à l'exportation ne représente qu'une faible part de l'activité des sociétés de factoring.

(40) Ainsi le Groupe International Factors - créé par la First National Bank of Boston - a-t-il adopté le principe de l'exclusivité: chaque société dispose d'un territoire que limite les frontières nationales et s'est engagée - pour ce qui concerne le factoring international - à transmettre à sa société soeur établie dans le pays de l'importateur, les affaires d'exportation.

Le réseau Heller - qui comprend la Sté. Walter E. Heller de Chicago ainsi que de nombreuses banques dans le monde - a adopté les mêmes principes.

Il semble .. en revanche - que la Factor Chain International - groupant des compagnies indépendantes de factoring - n'ait pas adopté ce principe d'exclusivité, ce qui permettrait au factor de choisir le correspondant qui lui convient le mieux.

(41) En France seules les sociétés ayant souscrit une police COFACE acceptent de couvrir les risques politiques, catastrophiques et de non-transfert. En Italie la couverture de tels risques n'est pas prévue par les contrats en vigueur.

2. Dans la pratique l'opération de factoring international se déroule ainsi: le factor à l'exportation achète à l'exportateur - le fournisseur - les créances qu'il détient sur un acheteur étranger et les transfère à son correspondant - le factor à l'importation - dans la mesure où ce dernier les a préalablement approuvées. Quant au rôle respectif qui est celui des deux factors, nous précisons que si le factor à l'exportation fixe les conditions du contrat, consent éventuellement des avances sur les créances cédées et d'une manière générale assiste l'exportateur au plan commercial, le rôle fondamental revient au factor à l'importation qui approuve les créances, les gère, procède à leur recouvrement si nécessaire, supportant seul les risques. En d'autres termes le factor à l'exportation attend de son correspondant - le factor à l'importation - qu'il contregarantisse les opérations qui lui ont été confiées par un fournisseur dans son pays, lui demandant ou non - selon les cas - de financer l'opération.⁽⁴²⁾

3. Des indications précédemment fournies il ressort que l'opération de factoring international pose - en particulier - le problème de la protection des droits du factor à l'importation à l'encontre des tiers et donc celui de l'opposabilité tant du transfert de créance réalisé à son profit que de l'éventuelle clause de réserve de propriété figurant dans le contrat.

A) L'opposabilité du transfert de créance aux tiers

Dans presque tous les pays - nous l'avons vu - le transfert de créance de son titulaire primitif - le fournisseur - au factor est opéré sur la base de la cession de créance, ce qui n'est pas sans susciter quelques inquiétudes dès lors que l'opération de factoring revêt un caractère international, la cession de créance apparaissant comme une des matières du droit international privé où les règles gouvernant le choix de la loi applicable sont les plus divergentes⁽⁴³⁾. La question se trouve encore compliquée du

(42) Selon SUSSFELD, op.cit., p.40: "Les sociétés de factoring étant normalement des sociétés disposant de moyens financiers importants ne demandent le financement que dans deux cas:

a) pour couvrir le risque de change dans l'hypothèse où le factor exportateur craint une dévaluation de la monnaie du pays du factor importateur (mais comme le note BIANCHI, op.cit., p. 41 note 20, les contrats de factoring existant en Italie ne prévoient pas la couverture du risque de change);

b) pour se procurer des capitaux à un taux moins élevé qu'elles ne peuvent le faire dans leur pays".

(43) Cf. RABEL, The conflict of Laws, a comparative study, Ann Arbor, 2^{ème} édition, p. 394 à 445.

fait que la créance sera tout d'abord transférée au factor à l'exportation qui la transférera ensuite au factor à l'importation, d'où il s'ensuit que deux questions se posent: les deux transferts seront-ils régis par la même loi ? Si tel n'est pas le cas et que les formalités prescrites par les deux lois en question sont différentes, le non-respect des formalités prévues par l'une, entachera-t-il également la validité de l'autre transfert ? (44)

B) L'opposabilité de la clause de réserve de propriété

Une clause de réserve de propriété figure assez souvent dans les conditions générales de vente de l'exportateur ou est insérée dans le contrat de factoring à la demande du factor à l'importation. Accessoire de la créance, le bénéfice de ladite clause sera transféré au nouveau créancier - le factor à l'importation - en même temps que la créance elle-même mais l'opposabilité par ledit factor de cette clause aux tiers n'est pas sans poser de problèmes dans la mesure où certains droits n'en reconnaissent pas l'existence, d'autres au contraire en font une très large utilisation (c'est le cas en République Fédérale d'Allemagne), d'autres enfin en font une utilisation très limitée (ainsi la France). On sait que la Jurisprudence française se refuse à reconnaître toute efficacité à une telle clause dès lors qu'un créancier étranger de l'acheteur prétend en invoquer le bénéfice à l'encontre des créanciers de celui-ci. Ce qui revient à dire qu'une société de factoring française ou étrangère ne pourra opposer une telle clause aux créanciers d'un importateur français. C'est dire en d'autres termes qu'à cet égard également l'opération de factoring international risque de donner naissance à un conflit de systèmes, ce qui met en lumière la nécessité de rechercher une solution uniforme.

-
- (44) Une tendance semble se dégager en faveur de l'application de la loi du domicile du débiteur - acheteur - pour la détermination des formalités de transmission et de publicité du transfert de créance. Conséquence: le factor à l'importation ne pourra valablement opposer aux tiers le transfert de créance intervenu à son profit que si le fournisseur et le ~~factor~~ à l'exportation ont respecté les formalités prescrites par la loi du domicile du débiteur - acheteur.

Une autre tendance basée sur un "usage inter-factors" consiste à soumettre ledit transfert à la loi du domicile commun du débiteur - acheteur - et du factor à l'importation.