

UNIDROIT 1977
F adde LVIII - Doc. 3
(Original: anglais/français)

U n i d r o i t

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE

ANALYSE DES REPONSES QUE LE SECRETARIAT A RECUES

AU QUESTIONNAIRE SUR LE CONTRAT DE FACTORING

(Note du Secrétariat)

Rome, décembre 1977

I. INTRODUCTION

Conformément aux instructions reçues du Conseil de Direction à sa 54^{ème} session en avril 1975, le Secrétariat a préparé une étude préliminaire détaillée sur le contrat de factoring traitant essentiellement trois questions: les aspects pratiques des opérations de factoring, le factoring et les droits nationaux, et les problèmes spécifiques que pose le factoring international. Cette étude, ainsi qu'un questionnaire également préparé par le Secrétariat, a été adressée à un nombre restreint d'universitaires et d'experts en la matière ainsi qu'aux milieux professionnels directement concernés.

Le présent document contient une analyse des réponses au questionnaire qui sera soumise à un Groupe restreint de membres du Conseil de Direction, dont ce dernier a décidé la constitution à sa 56^{ème} session en mai 1977. Sur la base de cette analyse le Groupe restreint fera rapport au Conseil de Direction sur l'opportunité de constituer un Comité d'étude ou un Comité d'experts gouvernementaux chargé de préparer des règles uniformes sur le contrat de factoring.

II. REponses AU QUESTIONNAIRE

Question n° 1 - Estimez-vous nécessaire - ou du moins utile - de procéder à l'élaboration d'une réglementation uniforme sur le contrat de factoring ?

Les réponses au questionnaire ont montré que l'initiative d'UNIDROIT a reçu un très large soutien. Une réponse, en particulier, a insisté sur le fait que le factoring était apte à répondre à des besoins moins bien satisfaits par d'autres techniques financières. En outre, on a souligné l'importance du factoring international en raison de sa contribution au financement des entreprises petites et moyennes qui leur permet par là d'accéder au marché international malgré le caractère limité de leurs moyens financiers et administratifs.

Presque toutes les réponses⁽¹⁾ ont donc fait ressortir la valeur de l'élaboration de règles uniformes gouvernant le contrat de factoring⁽²⁾. On a toutefois recommandé une certaine prudence quant au champ de telles règles et une réponse, tout en notant que l'établissement de règles uniformes serait utile, a souligné qu'il s'agirait d'une tâche d'une grande envergure impliquant la résolution de toute une série de problèmes quant à la priorité ne se limitant pas au factoring et qu'il faudrait donc la voir comme faisant partie d'un objectif plus large, à long terme.

Une autre réponse dans le même esprit a indiqué que si la réglementation devait être destinée à couvrir toutes les opérations de factoring et toutes les questions en découlant, cela impliquerait des changements importants et fondamentaux dans différentes branches de la théorie générale, qui mettraient des décennies à se réaliser. L'auteur de ces remarques, se référant spécialement au droit anglais, a fait observer que les opérations de factoring sont gouvernées par la théorie générale relative à la cession de créance ("assignment of receivables") qui comprendrait donc le droit des contrats, de la propriété, des droits garantis ("security rights") et certains principes d'"equity" et de "trusts law". En outre en factoring

(1) Une réponse, tout en reconnaissant qu'une réglementation uniforme en matière de factoring pourrait être utile, a néanmoins indiqué qu'elle n'était pas indispensable prenant en considération le fait qu'au cours des dix dernières années les sociétés européennes de factoring sont nées, se sont développées et ont en général prospéré.

(2) En raison de la position significative et de l'importance des opérations à caractère international des factors américains, une réponse a insisté sur l'importance des règles et pratiques des factors dans ce pays.

international de difficiles questions de conflits de lois naîtraient qui ne seraient pas faciles à résoudre puisqu'il semble qu'il y ait dans ce domaine moins d'uniformité et plus d'incertitude en ce qui concerne les règles de conflit que dans la plupart des autres. En conséquence, une convention de factoring et les opérations auxquelles elle donne lieu, soulèvent des questions générales comme celle de savoir si une créance peut être cédée, comme celle des formalités pour la cession, celle de la mesure dans laquelle le cessionnaire prend la créance sous réserve des exceptions et des droits de compensation, comme celle de savoir si l'on peut exclure les exceptions dans le contrat, comme celle de la résolution des conflits de priorité lorsqu'une même créance est soumise à deux ou plusieurs intérêts, comme celle de l'impact de l'insolvabilité sur les droits du cessionnaire etc.

Il a donc suggéré que l'on ne pourrait maintenir la tâche dans des limites raisonnables qu'en imposant certaines restrictions dès le début et il a cité les suivantes :

- (a) en limitant les mesures d'harmonisation au factoring des créances ("receivables") nées d'opérations d'exportation;
- (b) en excluant du champ de la convention proposée l'enregistrement et les règles sur la priorité;
- (c) en excluant du champ de la convention proposée l'impact de l'insolvabilité;
- (d) en restreignant les mesures d'harmonisation aux principes et règles de base sur lesquels on peut facilement s'accorder, laissant à des règles de conflit uniformes le soin de résoudre les différences de détail existant entre les lois d'un pays et d'un autre (1).

(1) L'auteur a motivé la limitation du champ de la future réglementation sur le factoring par les arguments suivants supplémentaires:

"Les questions concernant la propriété se rapportant au factoring des créances ("receivables") (auxquelles on doit attacher les exigences de notification au public telles que l'enregistrement), font partie d'un complexe de problèmes beaucoup plus large ne se limitant pas au factoring. Le financement des créances ("receivables") est étroitement mêlé au financement "stock-in trade" (le premier étant habituellement issu du second) et les questions de perfection et de priorité ont besoin d'être réglementées par une convention entièrement distincte sur les surêtés ("security") sur les biens meubles, selon les lignes fonctionnelles de l'article 9 du Code de Commerce Uniforme. (Pour la même raison, j'ai émis l'opinion dans une note séparée à UNIDROIT que les aspects surété ("security") du leasing devraient être exclus d'une loi modèle sur le leasing).

Question n° 2 - Cette réglementation devrait-elle être limitée au factoring international ou englober également le factoring interne ?

Les opinions sur cette question ont été divisées quoiqu'une majorité se soit prononcée en faveur de la limitation de l'application de la future réglementation, au moins dans un premier stade, au factoring international. Un certain nombre d'arguments ont été présentés à l'appui de cette vue, en particulier le fait qu'il serait extrêmement difficile d'appliquer une réglementation uniforme dans divers pays qui ont chacun leur propre législation commerciale et qui, en matière de factoring, font reposer leur jurisprudence sur des principes différents. Une deuxième réponse a souligné que l'opposition à l'introduction d'une réglementation uniforme serait moins forte pour les opérations de factoring international que pour

(suite de la note à la page précédente)

De la même manière l'impact de l'insolvabilité du débiteur sur les droits du factor fait partie du problème plus large du droit de la faillite, mieux traité par une convention sur la faillite (l'actuel projet de Convention européenne sur la faillite est un point de départ utile, mais requiert d'importantes modifications).

En attendant des mesures d'harmonisation, il vaut mieux laisser le traitement de l'enregistrement des droits de priorité et l'impact de l'insolvabilité à la loi nationale applicable, telle que sélectionnée par les règles de conflit. De la même manière les détails de l'application d'un concept particulier, dans la mesure où ils ne peuvent être réglés aisément par convention, devraient être laissés à la loi nationale appropriée. Par exemple, la plupart des pays permettent au débiteur d'opposer à un cessionnaire d'une créance les exceptions et droits de compensation qui auraient pu être opposés à un cédant, mais les règles diffèrent en ce qui concerne ce qui peut être compensé et les conditions d'exercice d'un droit de compensation. Dans la mesure où l'on peut parvenir à un accord sur des règles uniformes sur la compensation en relation avec le factoring de créances nées d'exportations, cela n'en sera que mieux; mais il y a une limite à ce que l'on peut atteindre dans cette direction dans un délai raisonnable, et l'on peut parfaitement laisser à la loi nationale applicable le soin de traiter les différences qui restent.

Pour que ces propositions soient efficaces, il est essentiel que des mesures soient prises pour harmoniser les règles de conflit relatives à la cession de créance. Comme le souligne à juste titre le document de travail, c'est un domaine où l'incertitude est grande. La formulation de règles de conflit uniformes relatives à la cession de créances (ou tout au moins sur la cession de créances ("receivables") nées d'opérations d'exportation aurait une grande valeur."

celles de factoring interne tandis qu'une troisième, plaidant aussi en faveur de la limitation au factoring international, a fait remarquer que pour ce qui est des opérations à caractère interne le propre contrat de chaque factor doit prévoir les règles concernant ses relations avec son client. Ce n'est que lorsqu'un factor succède à un autre et qu'il y a entre eux une convention de cautionnement que la question de l'uniformité se pose (1).

Cependant, d'autres réponses ont vu des avantages dans l'extension du champ de la future réglementation de manière à ce qu'elle couvre aussi le factoring interne et une, en particulier, a suggéré qu'idéalement un code commun devrait être adopté par autant de pays que possible, remplaçant partout où cela est possible la législation existante inappropriée. On a fait valoir qu'un tel code international simplifierait les opérations des factors et profiterait tant au commerce interne qu'international, se traduisant peut-être par quelques économies. On a aussi fait remarquer qu'une dualité des régimes présenterait certainement des difficultés et bien sûr engendrerait des conflits et qu'un régime unifié serait un facteur de simplification que les banques apprécieraient beaucoup. L'auteur de ces observations a aussi rappelé qu'au sein de la Communauté Economique Européenne l'introduction de la liberté des prestations de services dans les activités bancaires pourrait estomper la distinction entre factoring interne et factoring international.

Certains des partisans d'un système unifié ont toutefois reconnu qu'il pourrait être difficile d'avoir une réglementation uniforme acceptée dans un proche avenir au niveau interne et tandis que l'on a suggéré que par un processus de "contagion" la réglementation tout d'abord conçue pour le factoring international pourrait en arriver à être appliquée aux opérations à caractère interne, une autre réponse a estimé qu'un objectif modeste, mais réalisable, serait d'établir des règles uniformes gouvernant le choix de la loi à appliquer aux questions découlant d'opérations de factoring et contenant un élément international. Cela, il l'a suggéré, minimiserait l'actuel conflit de lois, de sorte que même s'il y avait encore conflit entre différentes lois nationales, on connaîtrait au moins au préalable le système juridique applicable à toute étape particulière de l'opération.

(1) Cette réponse a en outre indiqué qu'un cautionnement uniforme s'est développé aux Etats-Unis d'Amérique par l'intermédiaire de la "National Commercial Finance Conference".

Question n° 3 - A votre avis une éventuelle réglementation uniforme devrait-elle revêtir la forme

- a) d'une Convention portant loi uniforme;
- b) d'un contrat-type;
- c) d'une combinaison des deux instruments limitant le contenu de la première aux aspects qui échappent à l'autonomie des Parties ?

Une très grande variété d'opinions a été exprimée sur cette question, mais il est probablement juste de dire que le plus grand soutien a été apporté à une solution prenant la forme d'une Convention portant loi uniforme. Une réponse a suggéré que l'on pourrait s'inspirer des Conventions de Genève en matière de lettres de change, billets à ordre et chèques en tant que modèle pour le futur instrument. L'auteur de ces observations a en outre rappelé que la Fédération Bancaire de la Communauté Economique Européenne avait proposé, dès 1963, une Convention internationale qui, toutefois, se contentait de recommander l'adoption dans les différents droits nationaux d'une législation semblable à la législation belge sur l'endossement.

Certaines des réponses favorables à la préparation d'une Convention internationale portant loi uniforme ont néanmoins reconnu que la tâche ne serait pas facile, quoique l'on ait aussi attiré l'attention sur le fait qu'il serait difficile en pratique de formuler un contrat-type acceptable par tous les facteurs pris individuellement puisque certains d'entre eux trouveraient que l'imposition d'un tel contrat se traduirait pour eux par une perte de liberté d'action qui n'est pas souhaitable. Une autre réponse a fait observer que la formule d'un contrat-type ne serait pas appropriée puisque beaucoup des problèmes liés au factoring ont trait aux rapports entre les contractants et les tiers, tandis qu'une autre réponse, également favorable à l'élaboration d'une Convention portant loi uniforme a signalé l'existence de contrats-types tels que le "Master Agreement" de la "Factors Chain International", de sorte qu'il n'y a pas de raison pour qu'UNIDROIT perde son temps à en élaborer un autre. Le soutien n'a toutefois pas manqué à une solution restant au-dessous d'une Convention internationale et deux réponses ont suggéré comme modèle les Règles et Usances uniformes de la Chambre de Commerce Internationale relatives aux crédits documentaires ce qui éviterait le désavantage des contrats-types nationaux qui diffèrent largement d'un pays à l'autre. On a aussi fait remarquer qu'une solution dans la ligne de celle adoptée par la CCI permettrait un certain degré de flexibilité et permettrait des solutions alternatives, considération de quelque importance pour un contrat aussi varié que le factoring. Le même auteur, tout en rappelant le temps nécessaire pour l'élaboration d'un traité international, a néanmoins estimé qu'une loi uniforme internationale n'est pas à exclure si l'on veut étendre l'oeuvre d'unification aux importants aspects de l'opération de factoring qui échappent

au pouvoir des parties, soit parce qu'ils tombent sous le coup d'une législation impérative, soit parce qu'ils touchent à des rapports avec des tiers (1). La réponse a donc été en faveur de la solution (c) ci-dessus.

Un certain nombre d'autres réponses ont été favorables à cette solution quoique deux autres aient exprimé une préférence pour un contrat-type, du moins dans un premier stade.

Question n° 4 - A votre avis quelle(s) phase(s) de l'opération de factoring pose(nt) dans la pratique le plus de problèmes? Estimez-vous en particulier que la future réglementation

- a) puisse être limitée aux seuls rapports entre le factor, le fournisseur et l'acheteur ou
- b) doive également traiter des rapports entre le factor, le fournisseur et les tiers autres que l'acheteur ?

Tandis qu'une majorité de réponses a été favorable à l'application de la future réglementation non seulement aux rapports entre le factor, le fournisseur et les autres tiers (2), des arguments ont été avancés en faveur

- (1) Une réponse tout en exprimant une préférence pour une loi uniforme sur le factoring a attiré l'attention sur le fait que beaucoup de questions concernant les droits des tiers touchent aux principes généraux de droit privé et qu'il serait nécessaire de voir jusqu'à quel point les États seraient prêts à déroger à ces principes dans l'intérêt d'une opération financière utile, mais secondaire.
- (2) Une réponse a reconnu l'importance des cinq rapports suivants pour une opération de factoring international, à savoir:
 - (i) entre l'exportateur et le débiteur - gouvernés par la loi habituellement énoncée dans le contrat comme étant celle du pays de l'exportateur;
 - (ii) entre l'exportateur et le factor à l'exportation - gouvernés entre ces parties par la loi de la cession, qui dans les rapports entre ces deux parties sera invariablement celle du pays de l'exportation quoique en relation avec le débiteur il s'agisse habituellement de la loi de la créance (la même, en pratique);
 - (iii) entre le factor à l'exportation et le factor à l'importation - gouvernés entre ces parties par la loi de leur cession, habituellement la loi du pays du factor à l'importation (voir le "Master Agreement" de la FCI, clause 21) mais avec l'effet en ce qui concerne le débiteur gouverné par la loi de la créance;

d'un champ d'application plus restreint. Ainsi une réponse a souligné que les problèmes quant à la priorité font partie du domaine plus large des sûretés ("security") sur les biens meubles qui a besoin de faire l'objet d'une convention séparée ou d'une loi modèle séparée, tandis qu'une autre a suggéré que des tentatives pour s'attaquer aux rapports autres que ceux entre le factor, le fournisseur et l'acheteur, ne feraient que compliquer l'affaire. En outre, une autre réponse rappelant l'expérience pratique de son auteur en matière de factoring avant 1968, a indiqué que ce dernier n'avait vu de problèmes se poser que dans les rapports entre le factor, le fournisseur et l'acheteur.

D'un autre côté une autre réponse a indiqué que dans la pratique française les principaux points étaient les obligations réciproques du factor et du fournisseur, le recours contre le fournisseur en cas de non paiement par l'acheteur, l'opposabilité des droits transmis au factor (y compris l'opposabilité des exceptions) et la possibilité pour le factor d'opposer son droit aux tiers et aux créanciers en cas de faillite. L'auteur a insisté sur le fait que toute tentative d'unification n'aurait de sens que si elle portait sur l'ensemble de ces points. Tout en admettant que les questions traitées sous le point (a) pourraient être assez aisément traitées, peut-être même sans recourir à un instrument international, il a souligné que d'autres points concernant des matières comme la cession de créance, la compensation et la faillite ne pourraient pas être affectés par la convention privée entre le factor et le fournisseur.

Une réponse des Etats-Unis d'Amérique a insisté pour que l'on traite les rapports mentionnés sous la question 4 (b) tout comme sous 4 (a). Pour ce qui est de cette dernière et en faisant référence à la position aux Etats-Unis, l'auteur a exprimé l'espoir que la règle qu'un facteur n'est pas responsable des actions ou inactions des fournisseurs serait incluse dans le futur instrument qui devrait aussi traiter des obligations des acheteurs qui ont reçu notification du transfert de la créance de payer le factor.

(suite de la note (2) à la page précédente)

(iv) entre le factor à l'importation et le débiteur - gouvernés par la même loi que celle qui régit les rapports entre le factor à l'exportation et le débiteur;

(v) entre le factor à l'importation et un demandeur rival du pays de l'exportateur - par exemple une banque à laquelle le débiteur a donné un "mortgage" ou un "charge" sur des créances ("receivables") - gouvernés par la loi de la créance.

Il a aussi estimé qu'il devrait couvrir le droit de l'acheteur à compensation. En ce qui concerne les sujets dont il est question sous 4 (b), il a pensé qu'il devrait traiter le sujet des paiements à des cessionnaires successifs d'une créance et celui des droits des factors vis-à-vis des créanciers généraux du fournisseur. Il a fait observer qu'il serait encore plus important qu'un tel instrument prévoit l'établissement dans chaque pays d'une facilité officielle où l'enregistrement des privilèges ("liens") du factor ou, comme on les appelle dans le Code de Commerce Uniforme des "security interests" pourrait être effectué comme avis à tous les créanciers du client et aux cessionnaires ultérieurs possibles. Ceci ferait disparaître beaucoup des problèmes se posant en cas de faillite ou à propos de créanciers munis d'un titre exécutoire.

Une autre réponse, soulignant l'importance des rapports avec les tiers autres que l'acheteur, a estimé que la plupart des problèmes se posent dans le contexte de l'insolvabilité du fournisseur. On a ajouté que selon la fréquence de cet événement les questions de la force du droit du factor aux créances factorées ("factored receivables"), de la priorité du factor vis-à-vis des créanciers ayant des sûretés ("secured creditors") et du traitement des avoirs détenus par le factor se poseront probablement. En conséquence une réglementation uniforme ne devrait pas être restreinte aux rapports entre les contractants, mais devrait aussi embrasser les droits des tiers. Quelques domaines où des problèmes pourraient se poser sont: les notes de crédit, les avoirs, les "contras", les compensations, les droits des mandataires, la saisie des créances et les autres réclamations des créanciers concernant une créance.

Une autre réponse a tenu à dire en outre que tandis qu'idéalement toute future réglementation devrait clairement définir la position des parties directement concernées, c.-à-d. le factor, le fournisseur et l'acheteur, elle devrait aussi cependant couvrir la situation en droit et pratique de tout tiers de temps en temps concerné d'une manière quelconque par les opérations de factoring, qui pourrait inclure par exemple les fournisseurs originaux/syndics suite à leur nomination auprès de toute partie concernée, les liquidateurs avec ou sans pouvoir d'exercer le privilège du Gouvernement sur les créances en raison du caractère supra-national de la réglementation à formuler.

Enfin, en plus de ses observations sur le problème spécifique que soulève la question 4 quant à la couverture dans tout éventuel instrument des rapports avec les tiers autres que l'acheteur, l'auteur de l'une des réponses a commenté en détail la question générale des étapes de l'opération de factoring qui posent le plus de problèmes dans la pratique. Ces remarques présentent un intérêt spécial et sont reproduites ci-après en entier:

(a) Créances litigieuses

Le débiteur soutient très souvent que les marchandises n'ont pas été délivrées du tout, soit (dans la plupart des cas) qu'elles sont défectueuses ou d'une autre manière non conformes au contrat de fourniture. Le débiteur prétend donc avoir une exception, totale ou partielle, à la réclamation du prix.

(b) Compensation

Le débiteur prétend qu'en raison de quelque obligation dont le fournisseur lui est redevable dans une autre opération, il a une réclamation qu'il peut opposer à la réclamation du factor. Typiquement cela se passe dans une situation où il y a des relations d'affaires régulières entre le fournisseur et le client et le dernier cherche à opposer au prix payable aux termes d'un contrat transféré au factor une réclamation pour marchandises défectueuses fournies aux termes d'un contrat antérieur.

(c) Conflits de priorité

Ils peuvent prendre diverses formes en Angleterre. Un fournisseur frauduleux peut avoir escompté ses effets à plus d'un factor. Ce n'est pas un problème très commun et on le résoudrait en déterminant qui a été le premier à notifier la cession au débiteur. Un litige plus commun quant à la priorité se produit sans fraude délibérée de la part du fournisseur, dans une situation où il omet d'informer le factor qu'une hypothèque au maximum ("floating charge") a été consentie à une banque couvrant tous les biens du fournisseur, y compris bien sûr ses effets. En pratique les factors évitent la difficulté que pourrait créer une hypothèque au maximum antérieure en obtenant une renonciation de la banque détenant l'hypothèque. Un type plus récent de problème de priorité, qui ne peut pas être résolu par la solution pratique mentionnée ci-dessus, découle de l'accroissement de l'utilisation des clauses Romalpa. Un fournisseur étranger vend des marchandises sous réserve de propriété à un importateur anglais qui les revend, factorant les créances ("receivables") en résultant à un factor du Royaume-Uni. L'importateur est mis en liquidation et une contestation se produit entre le fournisseur étranger qui réclame les créances ("receivables") en tant que montants à transférer d'après le contrat et le factor qui réclame les mêmes créances ("receivables") en tant qu'acquéreur aux termes de la convention de factoring.

(d) Impact de l'insolvabilité

Des questions peuvent se poser quant à l'opposabilité d'une cession incomplète en cas d'insolvabilité. Le droit anglais considère une cession "équitable" au factor comme liant le liquidateur et les créanciers même si communication n'a pas été donnée au débiteur au moment de la liquidation, mais des questions peuvent de temps en temps se poser avec les liquidateurs quant à savoir à quel point les pouvoirs du factor aux termes de la convention de factoring continuent à pouvoir être exercés après le commencement de la liquidation. Par exemple le factor peut-il continuer à utiliser la procuration donnée pour exécuter une cession formelle des créances au nom de la société débitrice? Le factor conserve-t-il le pouvoir que lui confère habituellement la convention de factoring de transiger sur les différends avec les débiteurs, conservant à l'esprit que tandis que le factor est titulaire de la créance et est donc en principe capable de traiter la créance comme cela lui plaît, l'abandon d'une réclamation à l'encontre d'un débiteur, en totalité ou en partie, a pour effet d'accroître le solde débiteur ou de réduire le solde créditeur sur le compte du fournisseur avec le factor et ceci au contraire affecte la position de la masse des créanciers.

(e) Opérations inter-groupe

Un factor ne factorera pas, sauf dans des cas exceptionnels, une dette inter-société, par exemple entre un fournisseur et sa maison mère parce qu'il souhaite manifestement limiter ses opérations de factoring à l'achat de créances nées d'opérations entre des personnes se trouvant à distance. Des difficultés peuvent cependant quelquefois se produire parce qu'une société qui était initialement un client indépendant du fournisseur devient une société affiliée; et on connaît aussi des réarrangements se produisant à l'intérieur d'un groupe de sociétés par lesquels une société qui avait auparavant vendu des marchandises pour son compte cesse d'agir de cette manière mais devient un agent de vente du groupe. Cela peut poser des problèmes pour le factor si la question se pose de savoir qui est le vrai fournisseur aux termes de l'opération et quant aux droits sur les marchandises.

(f) Avoirs

Il n'est pas rare que les factors laissent au fournisseur la liberté d'émettre un avoir parce qu'il y aura manifestement des cas où les marchandises fournies sont défectueuses et ni le factor ni le fournisseur ne souhaitent troubler les bonnes relations commerciales. Néanmoins l'émission d'avoirs non notifiés au factor peut créer des problèmes parce que l'effet d'une telle émission est de réduire la valeur des créances que le factor a achetées. En outre, des problèmes se posent si la société fournisseur est mise en liquidation sans qu'elle ait fourni des marchandises en remplacement. Le factor peut souhaiter honorer l'avoir en donnant au client un remboursement en espèces mais le liquidateur de la société fournisseur peut s'y opposer."

Question n° 5 - En ce qui concerne plus particulièrement l'opération de factoring international, estimez-vous que les problèmes qu'elle pose sont bien ceux mentionnés dans le Rapport, à savoir:

- a) celui de l'opposabilité du double transfert de créance: du fournisseur au factor à l'exportation et de ce dernier au factor à l'importation;
- b) celui de l'opposabilité d'une éventuelle clause de réserve de propriété - insérée dans le contrat de factoring initial - aux créanciers de l'acheteur importateur ?

Comment ces problèmes sont-ils résolus dans votre pays ?

Un certain nombre de réponses ont indiqué qu'il s'agissait là des deux problèmes les plus pressants que pose le factoring international encore qu'il apparaisse que les difficultés causées par les doubles transferts sont plus aiguës. Une réponse a noté que, en théorie, le double transfert de la créance de l'exportateur au factor à l'exportation et du factor à l'exportation au factor à l'importation devrait poser des problèmes en raison des frais et de l'inconvénient d'avoir à prouver le contenu d'une loi étrangère dans une action intentée par le factor à l'importation à l'encontre du débiteur, mais que, en pratique, il est étonnamment rare que ces difficultés se produisent. Manifestement l'harmonisation des lois internes relatives au factoring ferait beaucoup pour éviter le problème, en particulier si elle était associée à une présomption légale que la loi applicable dans le pays du factor à l'importation est la même que celle du pays du factor à l'exportation.

Une autre réponse a suggéré que l'opposabilité du double transfert de la créance est liée au mode de transfert, mode que la loi devrait déterminer. L'auteur de ces remarques a aussi donné des arguments en faveur d'un mode unique de transfert de type facture protestable. D'un autre côté, une autre réponse a indiqué que l'expérience de la Factors Chain International montre que l'opposabilité du double transfert de créance ne semble pas constituer un gros problème à l'heure actuelle, bien qu'en cas de double transfert il puisse y avoir des difficultés concernant l'opposabilité du transfert si ceux-ci concernent les affaires tant internes qu'internationales. Quelques réponses ont nié le fait que les doubles transferts de créances posent des problèmes.

De grandes différences d'opinions ont été exprimées en ce qui concerne l'importance des clauses de réserve de propriété. Ainsi une réponse du Royaume-Uni a indiqué qu'il serait extrêmement inhabituel pour un factor britannique d'insérer dans le contrat de factoring une clause de réserve de propriété. On a fait valoir que les factors ne veulent pas être propriétaires

de la marchandise si ce n'est au cas où le débiteur la retourne ou au cas où le fournisseur la reprend au débiteur. Bien sûr si le fournisseur lui-même devait utiliser la réserve de propriété, le factor souhaiterait bénéficier de cette clause, mais cela ne créerait pas de problème pour le factor. Le problème de la réserve de propriété se poserait dans la situation inverse décrite précédemment quand un factor est confronté à une réclamation portant sur la même créance en tant que prix des marchandises vendues sous réserve de propriété. L'opinion a été exprimée dans une autre réponse que la réserve de propriété ne cause pas de problème en factoring international puisque les pays qui ne connaissent pas l'institution la déclare nulle et non avenue. La validation serait donc limitée aux pays qui emploient les clauses de réserve de propriété où, on l'a suggéré, aucun problème ne se poserait.

En revanche, une réponse provenant du Royaume-Uni a déclaré que la clause de réserve de propriété pourrait s'avérer constituer un obstacle à tous les aspects du financement. Puisque, en cas d'insolvabilité, toute sûreté ("security") est menacée, on a estimé que l'on devrait prévoir l'enregistrement de la réserve de propriété par l'acheteur et que quand il s'agit d'une opération à caractère international, en plus de l'enregistrement dans le pays de l'exportateur, l'enregistrement devrait être exigé dans le pays de l'importateur. Quant à la situation existante, cette même réponse a déclaré que la réserve de propriété n'a pas encore été couverte dans les conventions de factoring actuelles puisque traditionnellement les factors ont limité leurs activités à la vente de créances aux termes d'opérations dans lesquelles la propriété passe immédiatement à l'acheteur. Des questions pourraient, cependant, se poser quant à l'opportunité que les factors prennent les droits de subrogation à la réserve de propriété prise par les fournisseurs. Dans ce contexte une autre réponse d'un professionnel a indiqué que les factors ne souhaiteraient pas voir augmenter l'utilisation des clauses de réserve de propriété dans les contrats.

Une réponse a indiqué que la question de l'opposabilité des clauses de réserve de propriété n'est pas particulière au factoring et qu'elle n'a, en effet, qu'une importance marginale en relation avec ce contrat bien que la clause fournisse au factor une importante garantie dans les pays où elle est reconnue. Il faudrait aussi faire référence à une réponse qui a déclaré que jusqu'à ce jour les auteurs n'avaient été confrontés à aucun des deux problèmes spécifiques mentionnés dans la question 5 et qu'il était probable que dans tout Etat des Etats-Unis la loi de l'Etat de la résidence du débiteur (acheteur) s'appliquerait. Ils ont estimé que les plus grands problèmes existant internationalement et spécialement entre les membres de la Factors Chain International sont:

(a) la nature de la prétention du factor à l'importation au risque de crédit en cas de différend ou de réclamation de l'acheteur et

(b) le droit du factor à l'importation d'annuler l'approbation du crédit avant l'expédition des marchandises par le fournisseur, client du factor à l'exportation.

On a en outre fait observer que ces deux questions ne sont à l'heure actuelle que maigrement traitées dans le "Master Agreement" de la F.C.I. et qu'elles ne le sont pas en conformité avec la pratique et les usages qui se sont développés aux Etats-Unis entre le factor et son client ou tels qu'ils sont établis dans la plupart des conventions de factoring aux Etats-Unis. En règle générale, aux Etats-Unis (1) le factor n'est responsable que de la capacité financière du débiteur (acheteur) d'une créance qui est approuvée par le factor, approbation qui a été communiquée au client et subsiste au moment de la livraison des marchandises ou services à l'acheteur; (2) si un différend ou une réclamation (valable ou non) de l'acheteur retarde le paiement de l'acheteur la responsabilité du factor prend fin et ne sera pas de nouveau rétablie. On a ajouté que ces principes ne sont pas complètement reconnus dans le "Master Agreement" de la F.C.I. et l'excuse est que la distance et la nature tripartite de l'arrangement rendent la pratique des Etats-Unis impraticable. On pourrait aisément soutenir le contraire et la clef de la résolution de ce point, a-t-on suggéré, est que la méthode et le moment effectif de la communication soient uniformément acceptés et établis.

Enfin en relation avec le factoring spécifiquement international, une réponse a indiqué que pour la plupart des fins la loi applicable est probablement celle de l'exportateur/factor à l'exportation. Si cette loi devait être indulgente envers le factoring, comme c'est le cas au Royaume-Uni, aucun gros problème ne devrait se poser. Si elle devait lui être hostile, comme c'est le cas en France, il y aurait des difficultés potentielles. Les rapports entre le factor à l'exportation et le factor à l'importation pourraient facilement être réglés par les termes du contrat qui les lie. En conséquence, ce n'est pas ce contrat qui crée des difficultés bien que l'importateur puisse avoir à prouver la cession accordée conformément à la loi de la cession.

D'où il s'ensuit, selon l'auteur, qu'en règle générale, ce qui est nécessaire ce n'est pas tant la réglementation de l'opération à caractère international en tant que telle, mais celle de l'impact des droits nationaux concernant le factoring, y compris par exemple les règles sur la compensation par le débiteur à l'encontre d'un cessionnaire de la créance.

Il a suggéré qu'il y a, cependant, deux aspects du factoring international qui méritent d'être pris en considération, à savoir:

(i) la nécessité pour le factor à l'importation de payer le factor à l'exportation et à cette fin de garantir l'autorisation du contrôle des changes de son pays; et

(ii) le consentement des tribunaux du pays du débiteur à reconnaître l'applicabilité de la loi du pays de l'exportateur et à lui donner effet.

En ce qui concerne la première question, il ne devrait pas logiquement être plus difficile pour le factor à l'importation d'obtenir l'autorisation de payer le factor à l'exportation que cela ne l'est pour l'importateur lui-même d'obtenir la permission de payer l'exportateur; mais l'auteur a compris que dans certains pays, comme la France, on rencontre des difficultés pour obtenir l'autorisation et cela pourrait empêcher le factoring international. Il a donc estimé opportun d'harmoniser ces aspects du contrôle des changes qui se rapportent au factoring international. Sur le second point, la reconnaissance de l'applicabilité de la loi du pays de l'exportateur pourrait ne pas être toujours aussi facile que cela ne le devrait, en particulier dans les pays qui exigent beaucoup de formalités pour la cession de créance et qui pourraient ne pas être particulièrement heureux de reconnaître des cessions étrangères ne comportant pas de telles formalités.