

UNIDROIT 1984
Etude LVIII - Doc. 17
(Originaux: Allemand/
Anglais/Français)

U n i d r o i t

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE

OBSERVATIONS DES GOUVERNEMENTS SUR L'AVANT-PROJET DE REGLES
UNIFORMES SUR CERTAINS ASPECTS DU FACTORING INTERNATIONAL
TEL QU'IL A ETE ADOPTE PAR LE CONSEIL DE DIRECTION
D'UNIDROIT LE 5 MAI 1983 A SA 62^{ème} SESSION

Rome, avril 1984

1. Introduction

A sa 62^{ème} session, tenue en mai 1983, le Conseil de Direction d'Unidroit a adopté le texte de l'avant-projet de règles sur certains aspects du factoring international qui a été préparé par le Comité d'étude sur le contrat de factoring au cours de trois sessions.

Le texte de l'avant-projet de réglementation, accompagné d'un rapport explicatif préparé par le Secrétariat d'Unidroit a été adressé aux Gouvernements des Etats membres le 27 mai 1983 avec une demande d'observations qui permettraient au Conseil de Direction de décider s'il y a lieu de convoquer un Comité d'experts gouvernementaux chargé d'examiner le contenu des règles et la forme qu'elles devraient revêtir.

Les réponses reçues jusqu'à présent émanaient des Gouvernements de la France, de la Norvège, de la République fédérale d'Allemagne, de la Suède et de la Tchécoslovaquie, tandis que d'autres Gouvernements ont annoncé l'envoi d'observations. Le présent document reproduit les observations reçues jusqu'à maintenant.

2. Observations générales et préliminaires

FRANCE

La nouveauté du factoring rend sa description complexe et son appréhension ardue. Au carrefour d'institutions juridiques de droit commercial et financier, elles-mêmes multiformes, il ne peut franchir les frontières que si les règles qui le régissent sont suffisamment claires pour être interprétées de manière uniforme par la communauté internationale.

Cette ambition, nous semble-t-il, a été tenue.

Comme vous le savez, le factoring n'existe en France, à la différence des pays anglo-saxons, qu'à l'état embryonnaire. Il n'est connu que depuis une vingtaine d'années et ne bénéficie pas d'une réglementation juridique propre. Son mécanisme est mis en oeuvre grâce à des institutions mieux connues du droit civil ou du droit commercial telles que le mandat, la subrogation, l'escompte, l'assurance-crédit ou la cession de créances.

Pour cette raison, le Gouvernement français ne peut qu'accueillir favorablement l'initiative qu'Unidroit se propose d'entreprendre. Il serait même opportun de rechercher si les règles uniformes ne pourraient pas également concerner les opérations de factoring de pur droit interne.

En effet, il serait paradoxal pour un Etat dépourvu de toute réglementation de ce dernier type, d'adhérer à un système, nécessairement plus élaboré qui serait limité aux seules opérations internationales.

A ce stade tout à fait préliminaire des travaux, il ne nous est pas possible de nous prononcer de façon suffisamment délibérée sur la forme de l'instrument dans lequel les règles uniformes pourraient être incorporées. Toutefois, il semblerait que rien ne puisse faire obstacle à ce que les futures négociations aient en vue une Convention internationale portant loi uniforme comme cela est de tradition dans le cadre d'Unidroit.

REPUBLIQUE FEDERALE D'ALLEMAGNE

1. Remarques préliminaires

Le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne a soumis le projet pour commentaires aux organismes compétents du secteur du crédit ainsi qu'à quelques organisations importantes dans les secteurs de l'industrie et du commerce. Quant aux secteurs du crédit et du commerce, ils ont accueilli favorablement, en principe, la tentative d'unifier le droit régissant le transfert des créances de caractère international. Toutefois, les milieux du crédit dans leur majorité, préféreraient l'élaboration de règles uniformes concernant non seulement le factoring, mais de façon générale tous les cas de transfert de créances. Les milieux commerciaux, d'autre part, insistent sur le fait de ne traiter que du dénommé "vrai" ou "véritable" factoring, c'est-à-dire celui où le factor accepte le risque d'insolvabilité du client. Les milieux industriels au contraire, nient la nécessité de toutes règles quelles qu'elles soient, et en outre, sont opposés au projet actuel puisque, à leurs yeux, il privilégie indûment la situation du factor.

2. Observations générales

2.1 La forme définitive du projet doit être une Convention; comme règles de simple nature contractuelle, elles ne pourraient atteindre leur but d'unification puisque: (a) elles traitent non seulement du rapport entre le factor et le fournisseur mais aussi de la situation juridique dans laquelle les débiteurs seront placés à la suite du transfert de créances dans le contexte d'une opération de factoring; (b) au moins quelques dispositions du projet (les articles 4 et 6 par exemple) dérogent au droit allemand existant sur les transferts de créances.

2.2 L'entrée en vigueur de la Convention dans l'Etat dont le droit régit le contrat de factoring entre le factor et le fournisseur ne suffirait pas à supprimer les difficultés existantes provenant des différentes règles nationales sur la cession de créances, et de l'incertitude quant à la loi applicable. Selon les règles du droit international privé, c'est la loi applicable aux créances transférées qui régit les questions importantes de la cession de créances telles que leur transmissibilité, le rapport entre le cessionnaire et le débiteur, et le paiement effectif par le débiteur. Dans le cas du factoring, c'est la loi régissant les contrats de fourniture entre le fournisseur et ses clients/débiteurs. Puisque les parties sont libres de choisir elles-mêmes cette loi, ce pourrait être, en théorie, la loi de n'importe quel Etat dans le monde. Toutefois, en pratique on doit s'attendre au choix éventuel des lois des Etats dans lesquels les clients étrangers du fournisseur ont leur établissement. Par conséquent, une Convention comprenant les dispositions uniformes proposées, ne serait utile que si elle était adoptée par un grand nombre d'Etats. Si ce n'était le cas, les règles uniformes pourraient plutôt causer la confusion, car, en raison de la priorité donnée à la possibilité de choix par les parties de la loi d'un Etat non contractant, dans la pratique, très souvent, ces règles ne s'appliqueraient pas.

2.3 Le champ d'application des règles uniformes - la cession de créances dans le contexte d'un contrat de factoring de caractère international - paraît être trop restrictif. En effet, les difficultés qui naissent dans le cas d'une cession de créances de caractère international, et auxquelles il est fait référence dans le rapport explicatif, existent non seulement en matière de factoring, mais aussi en ce qui concerne d'autres genres d'opérations telles que le "forfeiting", l'escompte, etc... L'adoption de règles uniformes conduirait à traiter différemment les cessions de créances de caractère international selon qu'elles se placent dans le cadre d'un contrat de factoring ou dans celui de toute autre opération. De telles différences quant au régime juridique sont loin d'être souhaitables et font naître de sérieux doutes quant à l'utilité du projet à l'étude. De plus, pour la République fédérale d'Allemagne, il y aurait un régime juridique différent à l'intérieur du droit relatif au factoring lui-même, puisque les règles uniformes ne prétendent s'appliquer qu'aux cessions de créances ayant un caractère international, et en même temps, elles

dérogent en partie aux règles allemandes existantes sur la cession de créances. Il serait donc souhaitable d'élaborer des règles uniformes sur la cession de créances, qui puissent être appliquées à tous les cas de cession.

2.4 Le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne a des doutes sérieux quant à savoir si les bénéfices attendus pour le factoring international suffisent à justifier l'effort de préparation d'une Convention internationale. L'enquête parmi les milieux d'affaires a montré qu'en République fédérale d'Allemagne, le factoring international ne revêt pas une importance telle pour que des difficultés majeures soient apparues à son sujet, et qu'en conséquence il n'y a pas réellement besoin d'une Convention limitée au factoring international, et ceci en dehors des réserves mentionnées plus haut quant à la faisabilité de règles uniformes (confer supra 2.2), de même qu'en ce qui concerne les différences prévisibles dans le régime juridique (confer 2.3).

Les observations concernant les articles pris séparément n'affectent pas les réserves d'ordre général déjà exprimées.

NORVEGE

Le Ministère de la Justice norvégien rend hommage à l'initiative qui a été prise de présenter des règles uniformes sur certains aspects du factoring international.

L'avant-projet de règles uniformes approuvé par le Comité d'étude d'Unidroit semble constituer une base convenable pour les futurs travaux sur ce sujet.

En ce qui concerne la forme que devraient avoir les futures règles uniformes, il semble qu'il serait particulièrement approprié de choisir la forme d'une Convention - le cas échéant - combinée avec les dispositions prises par chaque pays pour incorporer les règles dans leur droit interne. Cependant, cette question de la forme devra être examinée de façon approfondie à un stade ultérieur des travaux.

Nous saisissons aussi cette occasion pour dire qu'il nous semble souhaitable que les futurs travaux concernant les règles uniformes sur le factoring international soient coordonnés avec le projet d'Unidroit sur le leasing international, de façon à ce que ces projets puissent être examinés ensemble. Le contrat de factoring et le contrat de leasing, dans une certaine mesure, ont des fonctions comparables, soulèvent des problèmes juridiques voisins ou impliquent les mêmes parties contractantes et milieux intéressés.

En ce qui concerne le texte actuel sur le factoring international, les principes que le Comité d'étude a approuvés semblent, par beaucoup de côtés fondés sur des règles juridiques qui sont acceptées à l'heure actuelle dans le droit international norvégien.

SUEDE

1. Le Ministère de la Justice a invité les autorités et les organisations intéressées à faire part de leurs opinions préliminaires sur le projet. Les réponses indiquent un intérêt évident au projet, à condition que celui-ci soit approuvé par un nombre suffisamment grand d'Etats. Si c'était le cas, l'Institut devrait poursuivre ses efforts dans ce domaine.
2. Dans l'optique suédoise, l'avant-projet offre un fondement positif pour les travaux à venir. Il semble qu'une Convention serait l'instrument le plus approprié en ce qui concerne la forme à donner aux règles uniformes sur le factoring international.
3. Il n'est pas encore temps d'exprimer une opinion plus précise sur les contenus des règles uniformes proposées et sur la rédaction de chacune des dispositions. Toutefois, nous souhaiterions au stade présent, proposer pour examen supplémentaire les points énumérés ci-dessous:
 - a) La nécessité et la possibilité d'insérer, dans un instrument futur, une gamme d'opérations de "bulk factoring" plus importante, devraient faire l'objet d'une étude plus approfondie (cf. paragraphe 22 du rapport explicatif). Il a été indiqué que les opérations de "bulk factoring" en vertu desquelles le factor fournit un seul des services cités au paragraphe 1 de l'Article 2, à savoir le financement, sont également au niveau international, de plus en plus importantes.
 - b) Des organisations suédoises dans le domaine du financement, ont souligné l'importance d'une coordination satisfaisante, quant au contenu et à la rédaction, entre les futures règles uniformes sur le factoring international et l'Uniform Commercial Code des Etats-Unis d'Amérique, et ont émis quelque doute sur l'existence d'une telle coordination en ce qui concerne l'avant-projet. Cette question pourrait être sans doute traitée dans un document préparatoire par le Secrétariat d'Unidroit.

3. Commentaires article par article de l'avant projet de réglementation

Article 1

FRANCE

La définition que l'article 1er donne du factoring paraît dans certains cas trop large. Peut-on affirmer qu'il y a vraiment factoring si les deux services fournis sont le financement et l'encaissement des créances? Dans ce cas, on se trouverait plutôt en face d'une subrogation conventionnelle de la part du créancier dans ce qu'elle a de plus classique.

REPUBLIQUE FEDERALE D'ALLEMAGNE

Selon les organisations consultées, l'expression "de façon continue" du paragraphe 1 ne suffit pas à différencier le factoring d'autres opérations similaires, comme le "forfeiting". Cependant, au lieu d'essayer de différencier davantage, il semble préférable de supprimer entièrement l'expression, de façon à rendre les règles applicables également à l'acquisition de créances individuelles.

Les obligations mentionnées au paragraphe 2 ont également besoin d'être définies d'une manière plus claire. La simple "tenue des comptes" en elle-même n'implique pas nécessairement une cession de créances et, par conséquent, est insuffisante.

Article 2

FRANCE

Le domaine de la Convention devrait être limité aux seules ventes qui revêtent dans les rapports entre le fournisseur et le débiteur, un caractère professionnel.

REPUBLIQUE FEDERALE D'ALLEMAGNE

Le paragraphe 1 semble suggérer que pour l'application des règles uniformes, il suffirait qu'il y ait eu, dans le contexte d'une opération de factoring, une cession de créances de caractère international. Comme on l'a déjà dit, il faut en plus, selon les règles de droit international privé, que le contrat de factoring, tout comme la créance isolée qui a été cédée soient soumis à une loi interne qui a adopté les règles uniformes.

Dans le paragraphe 2, alinéa (a) le concept portant l'option "clients commerciaux ou professionnels" est ambigu.

NORVEGE

Selon la législation norvégienne, seules des entreprises commerciales ou de professionnels peuvent conclure, en tant que "client" du factor, des contrats de factoring à caractère continu. En tout état de cause, ce sera la seule situation praticable. Néanmoins, on pourrait envisager qu'une disposition expresse de l'article 2, par. 2, alinéa (a) exclue aussi les ventes passées par des non commerçants ou professionnels de l'application des règles.

SUEDE

Conformément aux dispositions de l'Article 2 de l'avant-projet, il n'est pas requis que les parties à un contrat de vente de base (le fournisseur et le débiteur) aient leurs établissements dans des Etats contractants. Il résulterait ainsi que le fournisseur et le factor peuvent unilatéralement faire entrer en jeu les règles uniformes vis-à-vis du débiteur, simplement en lui donnant la notification conformément aux dispositions de l'Article 6, et ceci même si les établissements du fournisseur et du factor sont situés dans un Etat qui a jugé les règles uniformes inacceptables. La disposition de l'Article 4 en vertu de laquelle la cession d'une créance par le fournisseur au factor est effective nonobstant toute convention entre le fournisseur et le débiteur prohibant une telle cession, est de première importance dans le présent contexte. On peut se demander s'il convient d'aller aussi loin en portant atteinte à l'exercice de l'autonomie de la volonté des parties au contrat de vente de base dans le but d'encourager les opérations de factoring international.

Il paraît résulter du libellé actuel du paragraphe 1 de l'Article 2 que les règles uniformes s'appliqueront également aux contrats de vente nationaux au cas où les créances nées d'un tel contrat sont cédées en vertu d'un contrat de factoring dont une partie est liée aux créances nées d'un contrat de vente international. Ceci apparaît en contradiction avec le point de vue avancé au paragraphe 14 du rapport explicatif. Toute ambiguïté à cet égard devrait être écartée.

Article 3

FRANCE

L'article 3 semble comporter une lacune quant au caractère global de la cession de créances par le fournisseur au factor.

Article 4

TCHÉCOSLOVAQUIE

Dans le cas où une convention entre le fournisseur et le débiteur prohibe la cession de créance, l'avant-projet de règles devrait contenir une disposition qui énonce le contraire de ce qui est prévu par l'article 4 du texte.

FRANCE

L'organisation des rapports juridiques envers le débiteur paraît établir une faveur trop marquée pour le factoring: d'une part le client ne devrait pas s'être opposé à l'entrée dans le mécanisme, contrairement à ce que prévoit l'article 4.

D'autre part, il ne devrait pas être possible de déroger aux règles de droit commun relatives à la validité du paiement (pour autant que l'article 7 ait voulu exprimer une règle contraire).

REPUBLIQUE FEDERALE D'ALLEMAGNE

La règle selon laquelle toute convention prohibant la cession de créances est sans effet, est contraire à la loi allemande. D'ailleurs, il peut y avoir des cas où il y a un intérêt légitime à éviter des changements répétés dans la personne du créancier, ou à faire dépendre la cession du consentement préalable du débiteur. On devrait au moins limiter le champ d'application de l'article 4 afin de permettre que les intérêts légitimes du créancier et du débiteur puissent être protégés. Une organisation commerciale a proposé que seules les conventions prohibant la cession contenues dans les conditions générales soient considérées sans effet.

NORVEGE

L'article 4, qui dispose que la cession d'une créance par le fournisseur au factor peut être réalisée nonobstant toute convention entre le fournisseur et le débiteur prohibant une telle cession, soulève les questions fondamentales d'autonomie de la volonté des parties au contrat de vente de base, et il conviendrait de réfléchir encore à ces questions.

Article 5

REPUBLIQUE FEDERALE D'ALLEMAGNE

L'utilité de cette disposition est contestable. Le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne présume

que selon l'article 5, non seulement la demande en paiement du prix mais aussi les droits du fournisseur destinés à garantir le paiement effectif sont transférés au factor. Le fait que ces droits soient ou non de nature accessoire et puissent être transférés au cessionnaire de la créance en garantie peut, selon les règles de droit international privé, très bien dépendre d'une loi différente de celle régissant la garantie de paiement ou le factoring. Il s'en suit que le résultat recherché par cette disposition bien souvent ne sera pas atteint, du moins par le jeu de cette seule disposition.

Article 6

REPUBLIQUE FEDERALE D'ALLEMAGNE

Le libellé que l'on trouve au paragraphe 1, "La cession opposable au débiteur", semble être peu clair d'un point de vue dogmatique. Il devrait être reformulé, dans le sens indiqué par le rapport explicatif (paragraphe 37), afin qu'il soit clair que c'est désormais au factor et non plus au fournisseur que le débiteur doit faire le paiement.

Le paragraphe 1, alinéa (a) devrait indiquer plus clairement qui doit donner la notification. Ce devrait être le fournisseur et on devrait lui demander de le faire par écrit.

Article 7

TCHECOSLOVAQUIE

Des incertitudes résultent des dispositions régissant des questions, qui ne peuvent être convenues en fait dans les relations entre le fournisseur et le factor (articles 7 et 9).

REPUBLIQUE FEDERALE D'ALLEMAGNE

La protection que l'alinéa (a) de l'article 7 accorde au débiteur est plus faible que la protection qui lui est accordée en vertu du droit allemand existant, puisque en plus de la notification, la "bonne foi" du débiteur est également requise. Selon le droit allemand, il suffit que notification ait été donnée. Nous croyons que, au moins, seule la connaissance réelle de l'invalidité de la créance par le débiteur devrait écarter la protection.

NORVEGE

Dans l'article 7, alinéa (a), l'on peut considérer que l'on écarte une exception expresse pour les moyens de défense graves tels que falsifications, défaut d'habilitation, incapacité légale etc.

Articles 8 et 9

TCHECOSLOVAQUIE

(Confer le commentaire de l'article 7).

NORVEGE

Nous souhaitons appeler l'attention sur l'article 9 qui, dans une certaine mesure semble limiter les droits du débiteur accordés à l'article 8. D'un point de vue juridique, il n'est pas évident que les droits du débiteur contre le factor doivent dépendre du fait qu'il ait réglé les créances. Un tel paiement sera le résultat d'une erreur de la part du débiteur qui ignorait l'inexécution, l'exécution défectueuse ou tardive du contrat de vente. Si l'on considère que, selon l'article 8, le débiteur peut invoquer contre le factor tous les moyens de défense que le débiteur aurait pu faire valoir lui-même en vertu du contrat si la demande avait été faite par le fournisseur, il semble quelque peu illogique de refuser ce droit dans la situation où le débiteur paye avant d'avoir reçu les marchandises ou avant de les avoir examinées.

Articles supplémentaires proposés

TCHECOSLOVAQUIE

L'avant-projet de règles uniformes devrait également contenir des dispositions finales, à savoir des dispositions sur la loi applicable et sur l'arbitrage.