

**LA REPUBLIQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET POPULAIRE
MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR ET DE LA RECHERCHE
SCIENTIFIQUE**

**UNIVERSITE D'ORAN – ES SENIA-
FACULTE DE DROIT**

**LA CONVENTION D'AFFACTURAGE
EN DROITS FRANÇAIS ET ALGERIEN**

**Mémoire pour l'obtention du diplôme de magister
en Droit Comparé des Affaires.**

Présentée et soutenu par :

M^{elle} Narimane.HENNI

Sous la direction du :

Pr Djilali TCHOUAR

Jury

Président

Rapporteur

Examineur

Examineur

Pr Djilali TCHOUAR

Université de Tlemcen.

**Année Universitaire
2008/2009**

REMERCIEMENTS

Je remercie Monsieur le **Professeur TCHOUAR** pour sa relecture de cette recherche et son commentaire des divers chapitres, figures et discussions. Ses observations et critères ont contribué à l'amélioration de cette recherche au cours de sa réalisation.

Je lui en suis redevable pour ses relations humaines et qualités scientifiques.

J'exprime aussi ma reconnaissance à Monsieur qui me fait l'honneur de présider le jury de ma thèse.

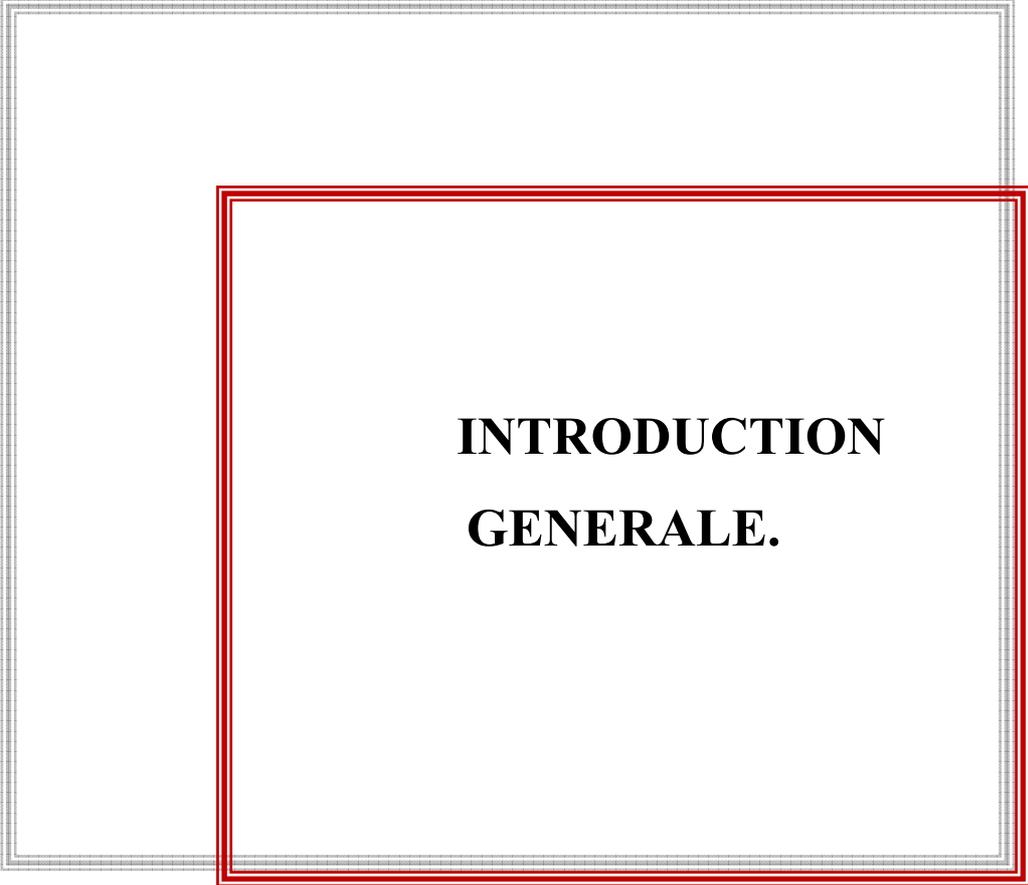
Je suis enfin redevable à Messieurs pour avoir bien voulu examiner ce modeste travail et faire partie du jury.

"vendez, nous ferons le reste"

L. SUSSFELD

LA LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

Art	Article
ASF	Association des sociétés d'affacturage.
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts de la cour de cassation, chambre civile.
B.R.D.A	Bulletin rapide de droit des affaires.
C.C.A	Code Civil Algérien.
C.C.F	Code Civil Français.
C.Com.A	Code de Commerce Algérien.
C.Com.F	Code Commercial Français.
C.Cons.F	Code de la Consommation Français.
C.Pro.C .A	Code de Procédure Civile Algérien
C.Proc.C.F	Code de Procédure Civile Français.
Cass.	Arrêt de la cour de cassation.
Cass. Civ.	Arrêt de la cour de cassation, chambre Civile.
Cass. Com.	Arrêt de la cour de cassation, chambre Commerciale.
D.	Recueil Dalloz.
F.C.I	Factor chaine international.
J.C.P	Juris-classeur périodique, la semaine juridique.
J.C.P éd.C.I	Juris-classeur périodique, édition commerce et industrie.
J.C.P éd.E	Juris-classeur périodique, édition Entreprise.
MAF	Modernisation des Activités Financières.
N	Numéro.
P	Page.
P.U.F	Presse universitaire française.
R.J.Com	Revue de jurisprudence commerciale.
R.J.D.A	Revue de jurisprudence de droit des affaires.
R.S.J.A	Revue des sciences juridiques et administratives.
R.T.D.Civ	Revue trimestrielle de droit civil.
R.T.D.Com	Revue trimestrielle de droit commercial et économique.
T.C	Tribunal de commerce.
T.G.I	Tribunal de grande instance.



**INTRODUCTION
GENERALE.**

L'octroi d'un crédit est la plupart du temps une condition sine qua non pour réaliser une vente. Il permet au vendeur de développer son chiffre d'affaires et de fidéliser sa clientèle. Quant à l'acheteur, obtenir un crédit lui permettra d'allouer ses fonds autrement et de développer son activité avec un investissement minimum.

Cependant, l'octroi d'un crédit expose également le vendeur au risque que son acheteur ne puisse le régler à l'échéance. Ce risque est fonction du montant du crédit accordé, du délai de paiement octroyé et du moyen de paiement choisi.

Au risque de défaillance du client s'ajoute un risque de retard dans le règlement pour cause de litige sur le produit ou de difficulté financière de l'acheteur. De plus, dans le cas de ventes à l'étranger surgit un risque politique, catastrophique ou de non-transfert lié au pays. C'est pourquoi l'outil apparent comme étant une solution fiable et rapide à mettre en œuvre pour optimiser ces risques tout en assurant le financement et considéré comme une démarche plébiscitée par de nombreuses entreprises c'est l'affacturage¹.

L'affacturage est un pur produit du pragmatisme commercial anglo-saxon, c'est un procédé commercial plus ou moins récent ; il s'est imposé par son utilité et sa modernité dans les opérations commerciales internationales². Le terme « affacturage » est dérivé du mot anglais « factoring », et celui qui effectue cette activité est désigné par les termes de « factor », « facteur » ou « affactureur ».

Ceci étant dit, le factoring est une technique financière originale qui connaît un grand développement aux Etats-Unis et que la plupart des pays européens ont adoptée, généralement à l'initiative de factors américains. Le factoring offre une possibilité de mobilisation de créances commerciales à court terme, c'est une technique qu'on peut la rapproché aux opérations de crédit de mobilisation comme l'escompte, C.M.C.C., forfaitage, assurance crédit et le mandat. Mais il a son utilité propre dans la mesure où il comporte d'autres prestations, financières et non financières, qui lui confèrent une physionomie originale³.

1- Cf. S. LE PROVOST et E. VIVIEN, Le transfert du risque client, DESS finance d'entreprise, Université de RENNES 1, 2001, pp.10 et 11.

2-Cf. R-A. BENA, L'affacturage, D.E.A. de Droit privé, université Robert Schuman-Strasbourg-, 2005, p.2.

3- Cf. C.GAVALDA et J. STOUFFLET, le droit bancaire, p.627.

Cette originalité se marque aussi par les procédés juridiques utilisés, très différents de ceux mis en œuvre dans les opérations de mobilisation de créance. Le factoring a reçu en France la dénomination officielle «d'affacturage » par l'arrêté ministériel du 29 novembre 1973 lequel a donné une définition plus détaillée quand à son fonctionnement : « L'affacturage est une opération de gestion financière par laquelle, dans le cadre d'une convention, un organisme spécialisé gère les comptes clients d'entreprise en acquérant leurs créances, en assurant le recouvrement pour son propre compte et en supportant les pertes éventuelles sur les débiteurs insolvables. Ce service est rémunéré par une commission»⁴.

La technique de l'affacturage repose ainsi donc sur la cession par un vendeur de ses créances nées des relations commerciales avec son acheteur. L'affacturage a longtemps souffert en France (jusque dans les années 1985/86) d'une mauvaise image dans le sens où les entreprises y recourant étaient en mauvaise santé financière. De plus, à l'exportation, l'absence d'abord, puis la méconnaissance du cadre réglementaire n'était peut être pas étranger à la faible utilisation de l'affacturage international. C'est dans ce contexte que l'on peut parler de rôle croissant de l'affacturage dans les relations commerciales modernes et démontrer pourquoi cette formule intéressante séduit bon nombre d'entreprises nationales et internationales. Cette technique de financement mérite toutefois d'être développée afin de déterminer sa nature complexe dans le domaine juridique comparé.

L'affacturage est l'une des rares techniques modernes de crédit interentreprise⁵ qui est née d'une évolution et d'une adaptation historique. Il n'est pas une création du monde financier moderne puisqu'il trouve ses origines dans l'Antiquité romaine dans le monde antique, des comptoirs commerciaux avaient été créés tout autour de la Méditerranée principalement par les Phéniciens⁶. Ces commerçants spécialisés étaient chargés de vendre pour compte de producteurs locaux, des marchandises que ces derniers leurs confiaient en les mandatant pour en percevoir le produit de la vente.

4- Cf. C.GAVALDA et J STOUFFLET, Le contrat dit de factoring, J.C.P., 1966.I.2044.

5- Cf. R. BONHOMME, Affacturage, Dalloz 2008, 2006, n°1.

6- Cf. R-A. BENA, op. cit. p.2.

Un peu plus tard, au Moyen Age, on trouve à nouveau trace de l'affacturage et de ceux que l'on appellera plus tard les factors vieux mot français « facteur ». C'était un commerçant itinérant à qui l'on confiait des marchandises en vue de leur vente. Au 19^e siècle, l'affacturage a connu un développement plus spécifiquement aux Etats Unis et au Royaume Uni, où naissent les premières sociétés de factoring dans le secteur du textile, leurs principales assises sont le développement des échanges avec le « nouveau monde » avec le développement des nouvelles colonies, les "factors" devinrent plus nombreux, en particulier en Grande-Bretagne où fut créé, à Londres, la maison des factors (House of factors). Elle a vu le jour en France, en 1964, avec la création de la première société spécialisée, la Société Française de Factoring (SFF) : Le groupe 'International Factors, constitué à l'initiative d'un important factor des États-Unis recherchait en France un partenaire susceptible d'offrir, à des fournisseurs étrangers, une garantie sur des importateurs français et capable de gérer et recouvrir les créances correspondantes. Cette intervention limitée aux opérations du commerce international s'est immédiatement étendue au domaine national et, aujourd'hui, cette technique qui avait été conçue pour faciliter les échanges internationaux, a pour champ d'application principal le marché domestique⁷.

Au début, les affactureurs acquièrent un statut de dépositaires et assumèrent, dès lors, les risques de non- paiement et financèrent par des prêts et des avances les marchandises de leurs commettants. Une véritable mutation s'est opérée au 20^e s dans la fonction du factor. On assiste à la confirmation du rôle de l'intermédiaire financier au détriment de son activité de dépositaire vendeur. L'affacturage moderne tel qu'il est pratiqué actuellement remonte aux années 1960. A cette époque, des sociétés d'affacturage nord-américaines, encouragées par le programme d'assurances à l'exportation mis en place par le gouvernement Kennedy, sont venues s'implanter en Europe et c'est à cette époque que l'on a pu assister aux prémices de l'affacturage moderne.

7- CF. P. MARAZZATO, L'affacturage international et la convention d'Ottawa, DESS «Banques & Finances», Université Rene Descartes -PARIS V-, 1998, p.5.

Dès lors que l'on effectue des opérations internationales, les délais de règlement sont plus importants. Il faut par conséquent tenter d'y remédier. Afin de moduler le déséquilibre financier né de ce décalage, soit on réduit le chiffre d'affaires, ou on allonge les délais de règlements fournisseurs soit l'on diminue les stocks, ou on raccourcit les délais d'encaissement de créances. Bien que naisse le financement des stocks par affacturage, les vocations initiales de cette technique sont la réduction des délais de règlement et la garantie des paiements, ainsi que certains autres services connexes⁸. C'est donc à la fois une technique de financement, de gestion, de recouvrement des créances et de garantie des paiements.

La France a autorisé l'approbation de la convention d'Ottawa par une loi du 10 juillet 1991 (publiée au J.O. le 12), et la convention est entrée en vigueur le 1^{er} mai 1995.

Quant au législateur algérien, celui-ci a adopté l'affacturage par le décret 93/08 et le conseil national de l'économie et social a fait référence à l'affacturage international en novembre 2000⁹. Bien que l'opération d'affacturage se soit répandue à travers les pays du tiers monde sous l'effet de la mondialisation des échanges¹⁰; cependant, elle est restée tout au long d'une décennie un instrument financier dont personne ne parle en Algérie, depuis son introduction par le code de commerce. La raison est sans doute celle de ne pas faire bonne impression chez les opérateurs économiques qui l'ont totalement rejetée pour son concept jugé incompatible avec les pratiques commerciales en Algérie¹¹. Ainsi donc, malgré que ce soit une opération connue dans tous les pays ayant opté pour l'économie de marché, aucune société de factoring n'a vu le jour en Algérie entre 1995 et 2005¹².

Le marché de l'affacturage en 1996 et en 1997 confirme un engouement croissant pour cette technique. Pourquoi refuser une « association » avec une société

8- Cf. Jean-Pierre LE GALL, « Le droit commercial », Mémento - éditeur Dalloz, 11 édition, 1997, p.139.

9- Cf. M BENHAMOUDA, Avantage de l'opération d'affacturage, R A S J E P, 2002, N° 07.

10- Cf. R ZOUAIMIA, Remarques critiques sur la technique du factoring en droit algérien, R A S J E P, 2007, n°1, p111.

11- Cf. M. TERFOUS, Le jour d'Algérie, le 17/11/2007.

12- Cf. A REZOUALI, Marché financier : une nouvelle société de leasing s'implante à Alger », El watan, lundi 16 janvier2006.

d'affacturage par l'intermédiaire de laquelle le poste Clients de l'entreprise sera plus liquide, qui garantira les créances, qui pourra même en assurer la gestion et le recouvrement. Somme toute, l'affacturage étant une opération assez complexe, est née de la pratique des cessions de créances entre les agents économiques et qu'elle se trouve confrontée à la pluralité des supports juridiques nationaux¹³.

Les praticiens du factoring, on imposait la recherche d'une technique juridique permettant le transfert au factor des créances de son adhérent. Mais pour répondre aux nécessités commerciales, ce transfert devait être simple et peu onéreux. En France, la cession des créances était inadaptée en raison des formalités exigées par l'article 1690 du C.C, à savoir la signification par acte extrajudiciaire dont le coût et la lenteur auraient privé l'opération de tout intérêt. Les juristes qui se sont penchés, à l'époque, sur le problème du factoring pour lui trouver un fondement juridique, l'ont élégamment résolu par l'adoption de la technique de la "subrogation conventionnelle". Une jurisprudence unanime a consacré la justesse de leur construction en raison de l'existence de l'escompte commercial qui jouait et joue toujours un rôle important en matière de financement des créances et aussi en raison du développement à partir de 1981, de la procédure de cession des créances dite "Loi Dailly" qui apportait une solution plus générale au problème du financement à court terme. Les factors en pratique n'ont pas recours à cette technique qui est cependant mieux reçu pour l'affacturage international¹⁴.

Pourquoi l'affacturage s'est-il imposé comme une technique utile et efficace dans les opérations commerciales et de financement ? Quel est son fonctionnement ? Quelle est le mécanisme utilisé pour le transfert des créances ? Quelles sont les obligations découlées de cette opération ? Quelles sont les modes d'extinction ainsi que leurs effets ? En partant de ces problématiques et aux données réglementaires et les études des différents auteurs, nous allons essayer de développer l'opération d'affacturage sous deux parties, tout en se basant essentiellement sur les droits algérien et français.

13-CF. P. MARAZZATO, op. cit, p6.

14- Cf. C.GAVALDA, Affacturage, Rep. Com. Dalloz, 1996, n°10.

Dans le cadre de notre propos, on se consacrera, dans la première partie, à une étude basée sur la notion de cette convention ainsi que sur sa formation.

La deuxième partie sera consacrée aux effets et à l'extinction de la convention d'affacturage.

TITRE 1^{ER}: NOTION ET FORMATION DE LA CONVENTION D'AFFACTURAGE.

TITRE 2^{EME}: EFFETS ET EXTINCTION DE LA CONVENTION D'AFFACTURAGE.

TITRE 1^{ER}:

NOTION ET FORMATION
DE LA CONVENTION
D’AFFACTURAGE.

TITRE 1^{ER}:

NOTION ET FORMATION DE LA CONVENTION D'AFFACTURAGE.

La Convention d'affacturage est une opération assez complexe, c'est une technique financière originale qui a connu et connaît un grand développement dans le monde entier. Le factoring offre une possibilité de mobilisation de créances commerciales à court terme et il est permis, pour cette raison, de le rapprocher des crédits de mobilisation, tels que l'escompte, le bordereau Dailly, etc..., mais il a ses propres caractéristiques et apporte d'autres prestations, financières et non financières, qu'elles le distinguent des autres opérations connexes.

Cette technique est née de la pratique des cessions de créances entre les agents économiques et qu'elle se trouve confrontée à la pluralité des supports juridiques nationaux.

Ainsi donc, nous consacrons le premier chapitre de cette partie à étudier le concept juridique de la convention d'affacturage, tout en apportant les définitions et faire ressortir ses caractéristiques ainsi que les distinctions avec les autres opérations connexes (chapitre1). Viennent ensuite les conditions et le fondement juridique de cette technique (chapitre2).

CHAPITRE 1 :

LE CONCEPT JURIDIQUE DE LA CONVENTION D'AFFACTURAGE

L'opération d'affacturage étant assez originale, par divers aspects qu'elle regroupe, notamment techniques financières et juridiques, s'apparente à certaines techniques traditionnelles, telles que l'escompte, la lettre de change non accepté, l'avance sur facture ou encore l'assurance crédit.

Elle est une combinaison de paiement anticipé par le factor des créances commerciales. Les praticiens qualifient souvent l'opération comme l'achat de créance. La formule n'est pas inexacte puisque le factor acquiert la créance, mais elle risque de donner de l'affacturage une définition inexacte.

Pour mieux comprendre le concept juridique de la convention d'affacturage et avoir une bonne vision de cette technique, nous allons tout d'abord déterminer les définitions rattachées à cette technique ainsi que ses caractéristiques (section 1^{ère}). Cette technique se voit concouru dans le marché économique à d'autres opérations similaires, portant sur la mobilisation des créances, ce qui nous conduira ensuite à faire une distinction entre l'opération d'affacturage avec les autres opérations connexes (section 2^{ème}).

SECTION 1^{er} :

DEFINITIONS ET CARACTERISTIQUES DE LA CONVENTION.

Depuis longtemps, l'opération d'affacturage a été le centre d'intérêt d'un nombre important de praticiens, mais seulement au cours de ces dernières années, elle a fait l'objet d'une définition légale.

Ceci étant, nous étudierons les différentes définitions données à cette convention (sous –section 1^{er}), puis ses propres caractéristiques (sous –section 2^{ème}).

SOUS-SECTION SECTION 1 :

DEFINITIONS DE LA CONVENTION D'AFFACTURAGE

C'est une opération de crédit d'un type nouveau, qui consiste : « en un transfert de créance commerciale de son titulaire à un factor qui se charge d'en opérer le recouvrement et qui en garantit la bon fin, même en cas de défaillance momentanée ou permanente du débiteur, moyennant la retenue de ses frais d'intervention ».

« Le factoring est une technique en vertu de la quelle une organisation spécialisée-le factor- s'engage par contrat à prendre en charge irrévocablement, dès leur naissance, tout ou une partie des créances commerciales d'un fournisseur de biens ou de services»¹.

C'est pratiquement l'achat ferme par une personne, appelée « factor », des créances d'une entreprise sur ses clients. Donc c'est une cession d'un droit personnel et non une cession d'un droit réel comme la cession d'un contrat.

L'opération d'affacturage est considérée comme une technique moderne de crédit à court terme², garantissant le règlement, permanent, éventuellement, la mobilisation des créances commerciales à court termes³.

1-Cf. P.JUDE, Technique et pratique du factoring, édition banque, 1984, p.10.

2- Cf. M.de JUGLART et B.IPPOLITE, Droit commercial, édition Montchrestien.,4V, 6éd, Montchrestien, p.229.

3- Cf. G.RIPERT et R.ROBLOT, Traité de droit commercial, 16 éd, 2000, n°2400.

L'affacturage est une technique financière et technique de gestion commerciale⁴ :

❖ Une technique financière : car l'affactureur est lié à son client « adhérent » ou « fournisseur » par une convention aux termes de laquelle le premier s'engage à régler au second certaines créances dites factures approuvées que celui-ci a sur ses acheteurs moyennant le transfert de ces créances et le versement de commissions.

❖ Une technique de gestion commerciale : l'originalité de l'affacturage se manifeste par la présence à côté de l'opération de crédit, d'autres services que l'établissement rend à ses adhérents : sélection des acheteurs, mise à la disposition des adhérents de méthodes modernes de gestion et de comptabilité, fourniture de renseignements commerciaux, services contentieux, etc....

Cet aspect de technique de gestion commerciale est important du point de vue économique, les services proposés par la convention d'affacturage permet aux chefs d'entreprise de se concentrer à leur rôle de direction. Au point de vue juridique, ces prestations sont effectuées par l'affactureur en exécution d'un contrat de fourniture de services soumis aux règles de droit commun.

L'affacturage ne fait l'objet en droit français d'aucune définition légale, bien que la loi du 2 janvier 1998 relative à la cession et au nantissement des créances professionnelles ait eu, entre autres objectifs, de servir de cadre légal à cette opération.

Les affactureurs français ne pouvaient employer le mécanisme de la cession de créances utilisés par les factors américains et anglais ; les formalités de l'article 1690 du C.C.F sont trop lourdes et inadéquates. Une adaptation juridique était nécessaire : elle a été faite et un auteur a pu parler de « maturité juridique » de l'affacturage⁵.

4- Cf. Louis EDMOND SUSFELD, *Le factoring*, P.U.F, 1968, p.1.

5- Cf. C.GAVALDA, « Le factoring est une formule très moderne de financement du type crédit-fournisseur, mais c'est aussi et (peut être) surtout une technique évoluée de gestion commercial » *RTD Com*, 1982, N6, p.33.

En France, les affactureurs dédaignant, on ne sait trop pourquoi, les ressources des factures protestables et transmissibles ou de la cession de créance, utilisent le mécanisme du paiement avec subrogation conventionnelle de l'art 1250-1 du code civil⁶.

L'affacturage est une convention par laquelle une entreprise industrielle ou commerciale (adhérent) transmet ses créances à un établissement spécialisé (l'affactureur) qui, moyennant commissions, lui en règle le montant par avance et se charge de leur recouvrement auprès du client de l'entreprise, tout en supportant les risques d'insolvabilité éventuelle sur les créances cédées.

L'adhérent s'engage à transférer au factor l'ensemble des créances, qui n'ont pas déjà été cédées. Ce transfert s'opère grâce à un bordereau qui récapitule une série de factures. Le factor est libre d'accepter ou de refuser les créances qui lui sont proposées. Une quittance subrogative correspondant au moment du règlement effectué par le factor pour les créances acceptées et délivrées et permet de déterminer la date de subrogation.

Par conséquent, l'affacturage, appelé aussi « factoring », est une méthode de financement qui permet à l'entreprise d'obtenir de la trésorerie immédiate après la facturation à ses clients en cédant ses créances commerciales. C'est une technique qui permet de se protéger contre les risques liés à son compte client, elle ne fait l'objet d'aucune définition légale même si le conseil d'Etat la définit comme « une technique de gestion financière par laquelle, dans le cadre d'une convention, un organisme spécialisé, le factor ou affactureur, gère les comptes clients d'entreprise, appelées adhérentes en assurant leurs créances et le recouvrement pour son propre compte, et en supportant les pertes éventuelles sur les débiteurs insolvables »⁷.

La définition de la Banque de France de 1973⁸ qui est le seul texte émanant d'une autorité légale, précise que: « L'opération d'affacturage consiste en un transfert de créances commerciales (dès leur naissance, domestiques ou export) de leur titulaire à un

6- Cf. L RIVES LANGE et M CONTANINE-RAYMAUD, Droit bancaire, Dalloz, 6ed, 1995, p.530.

7- Cf. AUSSAVY et BERTHELIER, « Manager ses clients avec l'affacturage, édition le Foucher, 1993, Cité par P. MARAZZATO, op. cit, p6.

8- Cf. Arrêt du 29/11/1973 relatif à la terminologie économique et financière et qui a traduit « factoring » par « affacturage ».

factor qui se charge d'en opérer le recouvrement et qui en garantit la bonne fin, même en cas de défaillance momentanée ou permanente du débiteur.

Le factor peut régler par anticipation tout ou partie du montant des créances transférées ».

Suivant cette définition, l'affacturage est donc à la fois un procédé de recouvrement, une technique de garantie des risques et - éventuellement - un moyen de financement des créances.

Cette technique constitue donc un achat de créances assorti d'un terme, avec paiement par anticipation. A ce titre, elle constitue une opération de crédit et répond à la définition de l'article 3 de la loi bancaire de 24 janvier 1984 au terme duquel « constitue une opération de crédit (...) tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ».

Par ailleurs, la convention d'OTTAWA⁹ regroupant cinquante Etats, parmi lesquels la France qui l'a approuvée par la loi du 10 juillet 1991¹⁰, et entrée en vigueur le 1^{er} mai 1995, par le décret 95-846 du juillet 1995 portant publication de la convention sur l'affacturage international.

Au sens de la présente convention, on entend par un contrat d'affacturage : un contrat conclu entre le fournisseur et une entreprise d'affacturage « dénommée le cessionnaire » en vertu duquel :

- ❖ le fournisseur peut ou doit céder au cessionnaire des créances nées de contrats de vente de marchandises conclus entre le fournisseur et ses clients (débiteurs), à l'exclusion de ceux qui portent sur des marchandises achetées à titre principal pour leur usage personnel, familial ou domestique;

- ❖ le cessionnaire doit prendre en charge au moins deux des fonctions suivantes:

9- La convention d'un droit sur l'affacturage international OTTAWA 28/05/1988.

10- Publiée au journal officiel le 12 juillet 1991.

- le financement du fournisseur, notamment le prêt ou le paiement anticipé;
- la tenue des comptes relatifs aux créances;
- l'encaissement de créances;
- la protection contre la défaillance des débiteurs;
- la cession des créances doit être notifiée aux débiteurs.

Ainsi donc, il s'agit là d'une démarche plébiscitée par de nombreuses entreprises car, face à des besoins en fonds de roulement importants, l'affacturage apparaît comme une solution fiable et rapide à mettre en œuvre pour optimiser le poste clients. Est un des outils intéressant de gérer le risque client.

L'opération d'affacturage est une technique utilisée par les entreprises en vue de mobiliser leur compte client. Elle consiste en un contrat qui lie la société d'affacturage, communément appelée « factor », à son client, dénommé « adhérent ». Cette opération a pour particularité d'impliquer une collaboration active entre le factor et l'adhérent, en particulier au niveau des échanges d'informations. Les factures porteront mention de la nécessité d'effectuer le paiement à la société d'affacturage, qui va gérer le compte client car la gestion de ses comptes va être gérée par le factor¹¹.

D'une façon générale, l'affacturage permet aux entreprises d'externaliser la gestion de leurs postes clients¹² et répond à trois besoins fondamentaux :

- ❖ Faire un bon chiffre d'affaires,
- ❖ être payé à une bonne date et disposer de liquidités à tout moment à compter de l'émission de la créance,
- ❖ et la gestion des créances clients, de suivi, de relance et de recouvrement.

L'affacturage est une technique de gestion de bas de bilan assortie de variantes de produits adjacents: "c'est un package modulable, qui répond aux besoins exprimés par les entreprises en fonction de leur demande"¹³.

11- Cf. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, Le droit bancaire, P.229.

12- Cf. R. LALLEMENT, Affacturage, J.C.com, (Banque et crédit) 1991 Fasc.580.

13- Cf. Ph. PENCRECH et A ALLOUCHE - Slifac (groupe Crédit Lyonnais).

Selon SUSFELD l'opération d'affacturage est définie comme telle : « L'opération qui consiste en un transfert de créance commerciale de son titulaire (le fournisseur) à un factor qui se charge d'en opérer le recouvrement et qui en garantit la bonne fin même en cas de défaillance momentanée ou permanente du débiteur (l'acheteur), moyennant la retenue de ses frais d'intervention. »¹⁴.

Alors l'affacturage est un contrat par lequel un établissement de crédit spécialisé, appelé « factor » ou « affactureur », achète les créances d'un fournisseur, appelé vendeur « adhérent », devient subrogée, sur ses clients appelés acheteurs moyennant rémunération. Il constitue une « opération de crédit ».

Quant au législateur algérien, il le définit comme tel : « le contrat d'affacturage ou factoring est un acte aux termes duquel une société spécialisée, appelée factor, devient subrogée aux droits de son client, appelé adhérent, en payant ferme à ce dernier le montant intégral d'une facture à échéance fixe résultant d'un contrat et en prenant à sa charge, moyennant rémunération, les risques de non – remboursement. »¹⁵. Mais Mahmoud Bachiri trouve cette définition insuffisante parce que l'opération d'affacturage est l'achat des créances commerciales et pas un transfert de factures. Alors selon cet auteur, l'affacturage est une technique qui permet au vendeur (marchandise ou prestation de service) de transmettre des créances commerciales qui a sur ces acheteurs « client » à un factor, dont il les prend en charge moyennant rémunération¹⁶.

Le législateur a traité l'affacturage en tant qu'effets de commerce, les effets de commerce sont des papiers servant de moyens d'engagement à court terme, de moyens de paiement à distance, de moyens de sûreté établis de manière à circuler facilement entre les gens en relations d'affaires et qui transmettent des uns aux autres, les droits réputés inclus dans ces papiers¹⁷. A cela, on ajoute que l'effet de commerce est un titre abstrait¹⁸.

14- Cf. L-E SUSSFELD, *Le factoring*, Paris, Presses universitaires de France, 1968, p. 132.

15- L'article 543 BIS 14 du code de commerce, décret législatif 93/08 du 215/04/1993.

16- Cf. M.BACHIRI, *La convention d'affacturage*, Mémoire de magister, Université de Ben Aknoun –Alger, 2001, p. 12.

17-Cf. R. SAVATIER et J. SAVATIER et J-M. LELOUP, *Droit des affaires*, éd Sirey, Paris, p. 343.

18- Cf. R. SAVATIER et J. SAVATIER et J-M. LELOUP, *op. cit.*, p. 343.

Le papier à lui seul représente des droits transmis au porteur du titre à qui on l'endosse. Par contre, lorsqu'on traite l'affacturage on constate que ces quelques éléments caractéristiques essentiels des effets de commerce en général ne cadrent nullement cette opération. Il s'agit d'un contrat cadre qui va servir à la mobilisation des créances commerciales. Le recours à l'affacturage, nouvelles techniques de mobilisation, permet de transférer un ensemble de créances commerciales.

D'après Rachid ZOUAIMIA¹⁹, on s'aperçoit que le législateur entendait consacrer la facture comme effet de commerce et non l'affacturage qui est le contrat servant à transférer les factures du créancier au factor et qu'il est probablement inspiré de la facture protestable introduite dans le droit français²⁰ et qu'il a intégré parmi les effets de commerce maladroitement.

Pour la doctrine bancaire et commerciale, l'affacturage est un moyen de financement de trésorerie et aussi une méthode de gestion²¹. Il est particulièrement approprié pour les petites et moyennes entreprises à forte croissance ou à activité saisonnière marquée.

La cour de cassation²² avait rejeté la décision de la cour d'appel qui avait retenu que le contrat d'affacturage n'est pas un contrat de prêt, les différents éléments de celui-ci constituent un ensemble indissociable sans que puisse en être isolée la faculté pour l'affacturé d'effectuer des prélèvements sur le disponible de son compte courant²³ par anticipation de l'échéance moyenne des règlements de ses acheteurs, moyennant la perception d'une commission de financement. En statuant ainsi, alors que l'exercice par l'affacturé de la faculté que lui ouvrait le contrat de prélever des sommes des règlements de ses acheteurs le faisait bénéficier d'avances ce qui nous conduit à l'application de l'article L313-2 du C. Cons. F et l'article 2 du décret n° 85-944²⁴.

19- Cf. R. ZOUAIMIA, op. cit, p.111.

20- Voir l'ordonnance du 28/09/21967 relative à la facture protestable.

21- Cf. F.DEKEUWER –DEFOSSEZ, droit bancaire, 2^eéd, Dalloz, 1987, Cité par P. MARAZZATO, op. cit, p.14.

22- Cf. La décision de la cour de cassation, 30 mai 2006 n03.17.646,juris data n2006-33700,jcpn26,28-06-2006 IV 2391.

23- l'article L. 313-2 du Code de la consommation de France et l'article 2 du décret du 4 septembre 1985.

24- Cf. J-I GUILLOT et S.FAYNER, La revue bancaire, février 2007, n°688.

Il est rappelé que l'article L.313-1 du code monétaire et financier donne la définition légale de l'opération de crédit : « constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou permet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie.

Sont assimilés à des opérations de crédit le crédit bail, et de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat ».

Avant cette définition, c'était la jurisprudence qui en avait construit une définition, au travers des litiges où de l'application des diverses dispositions relatives au crédit. Elle a considéré comme un crédit alors même qu'il réalise un transfert de créances en propriété au profit du banquier parce que l'opération a bien pour objet une avance de fonds. C'est ce critère de l'avance de fonds qui a été historiquement retenu par la jurisprudence et la doctrine. Le prêt, le découvert en compte, les pensions, la mobilisation de créance répondant à cette exigence²⁵.

La cour de cassation relève précisément que l'affacturé pouvait, aux termes de son contrat d'affacturage, bénéficier d'avances entrant dans le champ d'application de la loi du 28 décembre 1966 et le fait que le factor n'ait pas de recours contre l'affacturé à raison de la défaillance du débiteur de la créance n'apparaît pas exclusif de la notion de crédit. C'est l'anticipation qui permet à l'affacturé l'obtention immédiate de ce qu'il aurait dû recevoir à terme, qui caractérise le crédit²⁶.

La convention d'affacturage est donc une opération de crédit mais pas considérer comme un prêt, c'est une convention qui consiste à transférer des créances commerciales de l'adhérent qui a sur ces débiteurs au factor tout en bénéficiant d'un préfinancement, la gestion du poste client et la garantie du risque impayés. Et après avoir apporté une définition à la convention d'affacturage, nous étudierons les caractéristiques de la convention et ces particularités.

25- Cf. D. VALETTE, La nature complexe du contrat d'affacturage, Jurisclasseur banque et crédit, fasc500, n°79.

26- Cf. ANSALONI, Affacturage, J.C.P E30, 2006, n°2698.

SOUS-SECTION 2 :

LES CARACTERISTIQUES DE LA CONVENTION D'AFFACTURAGE.

L'absence de dispositions légales ou réglementaires spécifiques sanctionnant la mise en œuvre et les effets du contrat de l'affacturage ainsi que la rareté de la jurisprudence en la matière²⁷ rendent impérieuse la rédaction d'un contrat écrit définissant de manière précise les obligations, les droits et garanties du factor et de l'adhérent²⁸.

Si certaines clauses sont directement inspirées des techniques étrangères²⁹ sur la base desquelles les sociétés américaines de factoring ont forgé leur expérience, les conventions établies jusqu'à ce jour ont pour cadre de référence générale le droit commun civil et commercial.

Le factoring s'adressant à des commerçants, la forme du contrat, la capacité des parties et les règles de preuve sont régies par le droit commercial. Exception faite de la nature juridique profonde de l'engagement du factor, les obligations, droits et garanties réciproques des parties restent classiques³⁰.

Le contrat présente cependant la spécificité d'être un contrat cadre, figure juridique dont la théorie générale reste à faire. Le factoring est, en effet, un contrat dont l'exécution entraîne une série d'opérations juridiques distinctes. L'originalité du contrat est d'être une combinaison nouvelle d'opérations anciennes et bien connues telles la cession de créances, la subrogation, le prêt, le mandat et le compte courant.

Comme le soulignent Ch. Gavalda et J. Stoufflet, "le risque est grand de s'arrêter aux caractères externes de l'opération et de laisser échapper sa réalité profonde. Si l'on ne considère que l'aspect transmission des créances de l'adhérent au factor, on laisse dans l'ombre l'essentiel, à savoir l'engagement du factor qui confère au

27- Cf. R. LALLEMANT, Trib.Com de Pontoise, 20 juin 1967, J.C.P., 1968 II, 15610 cité par C. GAVALDA; Revue de jurisprudence Commercial 1968, p.88.

28-Cf. B.DHAEYER, le contrat de factoring, R.J.T, 11 1974, p.12.

29- Cf. B.DHAEYER, op. cit, p.13.

30- Cf. A. ZENNER, Le cadre juridique du factoring, Centre d'études bancaires et financières, mai 1972, p. 38.

« factoring » ou « l'affacturage » le caractère d'une opération de crédit. Le transfert de la créance n'est que le procédé de réalisation d'une convention de crédit antérieur et distincte³¹.

Il faut rappeler que le contrat d'affacturage est un contrat à contenu variable dans le sens où des aménagements sont toujours possibles en fonction des besoins du client, de l'évolution des solutions ou options proposées par le factor notamment en matière d'avances techniques. Il dirige les droits et obligations de chacune des parties et tente de leur apporter un haut niveau de sécurité.

Le législateur algérien a placé l'opération d'affacturage dans le code de commerce parmi les effets de commerce, d'après l'étendue traitée pour définir l'opération, elle est loin d'être considérée comme un effet de commerce parce qu'il est difficile pour la faire circuler et endossé comme les autres effets de commerces³², cependant, elle est considérée comme une opération bancaire et doit avoir un cadre juridique spécifié au contrat d'affacturage pareillement au crédit bail .

Ceci dit, tout contrat d'affacturage dispose des caractéristiques suivantes :

A. Contrat d'adhésion :

Le factoring est un contrat d'adhésion dont le contenu contractuel a été fixé totalement ou partiellement, de façon abstraite et générale, avant la période contractuelle³³. Autrement dit, il est dans une très large mesure un contrat d'adhésion car il renferme un ensemble de clauses imposées par le factor, que l'adhérent n'est pas à même de discuter. Toutes les sociétés de factoring possèdent leurs contrats-types et soumettent leurs adhérents à leurs conditions générales et particulières. Une très large uniformisation de leurs droits et obligations réciproques peut ainsi être réalisée en l'absence de réglementation légale appropriée.

31- Cf. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, Le contrat dit de factoring, J.C.P. 1.966, 2044 n° s 39 et 42.

32 - عمر زاهي، ادراج المرسوم التشريعي رقم 08/93 المتمم والمعدل للقانون التجاري مع الاقتصاد الحر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1995، العدد 1، ص 39.

33- Certains points particuliers sont imposés (montant de la commission, taux d'intérêt en cas de financement) sont cas d'espèce et partant, susceptibles d'aménagements contractuels.

Ainsi donc, il s'agit là d'un contrat d'adhésion que l'affactureur propose en bloc à son cocontractant, les clauses n'étant généralement pas négociables³⁴.

De même, le factoring est un contrat consensuel puisqu'il se forme par le seul consentement des parties, sans qu'aucune forme particulière ne soit imposée pour sa validité.

Par ailleurs, la globalité du transfert des créances est une caractéristique essentielle du contrat³⁵, tout comme l'alternance statistique des bons et des mauvais risques qui est à la base de toute convention d'assurance. L'alternance durable dans les remises de bonnes et de mauvaises créances est nécessaire pour que puisse jouer une compensation suffisante des risques financiers courus par le factor.

S'il appartient à l'adhérent de proposer à l'acceptation du factor l'ensemble de ses créances, le factor n'est pas tenu, quant à lui, de les accepter toutes. Le factor peut exercer sur le fonctionnement et la gestion de l'entreprise adhérente un droit de regard des plus étendus. Certaines sociétés d'affacturage estiment ne devoir accepter comme clients que des firmes ayant une facturation minimum de 10 à 20 millions par an. Ce critère ne tient peut être pas assez compte de la valeur des factures que représente ce chiffre d'affaires. La personne des adhérents, la liste des débiteurs et les factures transmises doivent faire l'objet d'une approbation par le factor. A défaut d'approbation individuelle, le contrat peut prévoir un plafond global maximum de créances reprises. L'adhérent qui dépasse cette ligne de crédit agit à ses risques et périls.

Les conditions générales de vente pratiquées par l'adhérent nécessitent également une approbation dans la mesure où elles déterminent la façon dont les défaillances des débiteurs seront contractuellement sanctionnées. Les clauses pénales retiendront notamment l'attention du factor. Ces clauses consistent en

34- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص26.

35- Cf. A. ZENNER, op, cit, p. 41, n° 141.

une évaluation forfaitaire par les parties de ce qui sera dû à titre de réparation du préjudice causé par une inexécution ou la mauvaise exécution du contrat.

A titre de cessionnaire ou de créancier conventionnellement subrogé, le factor bénéficie en effet de tous les droits, sûretés et accessoires attachés à la créance³⁶. Car la vente ou la cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque.

Les factors recommandent fortement à leurs adhérents, surtout en matière de commerce international, d'insérer dans leurs contrats des clauses de réserve de propriété³⁷. Clause par laquelle le vendeur se réserve contractuellement la propriété de la chose vendue jusqu'à son entier paiement par l'acquéreur. La clause étant licite, bien qu'elle soit, en droit français, inopérante en cas de faillite de l'acheteur, elle peut s'avérer utile dans les rapports commerciaux avec les pays qui en reconnaissent l'efficacité à des degrés divers³⁸.

L'exclusivité dans les remises est largement imposée dans les contrats d'affacturage. Globalité et exclusivité sont deux manifestations complémentaires du souci d'éviter la transformation du factor en assureur des seules créances douteuses.

B. Contrat à exécution successive :

Il est aussi un contrat à exécution successive. Le contrat d'affacturage trouve également la garantie de son bon fonctionnement dans sa durée³⁹, dans la continuité et le caractère répétitif des relations entre factor et adhérent. Un temps d'adaptation est nécessaire avant que se réalisent au sein de l'entreprise adhérente les effets bénéfiques escomptés. De la continuité de ses rapports d'affaires dépendra de même la stabilité du chiffre d'affaires du factor.

36- La subrogation est conventionnelle lorsque le créancier recevant son paiement d'une tierce personne le subroge dans ses droits, actions, privilèges ou hypothèques contre le débiteur...".

37- Cf. B.DHAEYER, op. cit, p14

38- Trib. Comm. Seine, 9 novembre 1964, Journal des Agrésés, janvier 1965, p. 15, cité par B. Cf. B.DHAEYER, op. cit, p.13.

39- Cf.Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, op. cit, n°19.Un crédit à court terme : "Le contrat de factoring ne saurait être un mode de financement isolé ou même une opération de crédit épisodique".

Le contrat d'affacturage peut être conclu à durée déterminée, auquel cas il sera généralement accompagné d'une clause de tacite reconduction, assortie d'un préavis relativement court destiné à mettre fin à la convention à l'issue de chacune des périodes. Le plus souvent cependant, le contrat est conclu à durée indéterminée, et ne peut être résilié que moyennant préavis. Ce préavis varie entre 1 et 6 mois selon les contrats. Il est toujours prévu qu'en cas de résiliation, les opérations en cours seront poursuivies jusqu'à leur entier aboutissement.

C. Contrat à titre onéreux :

Le règlement par le factor des factures cédées ne sera effectué que moyennant la retenue de certaines commissions et agios représentant respectivement le prix des services prestés et des risques encourus par le factor, et le montant des intérêts rémunérant le financement éventuel.

La commission de « factoring » ou « affacturage » varie d'espèce en espèce. Elle est fixée ad valorem sur le montant des créances cédées et oscille dans les pays européens entre 0,75 et 3% selon la qualité des adhérents et des acheteurs, le type et le nombre de factures présentées, les délais de paiement et la dispersion des débiteurs. Le factoring est mieux connu et plus utilisé en France que chez nous, et partant, les sociétés « de factoring » ou « affacturage » plus expérimentées et leurs réseaux de renseignements plus efficaces. Les taux moyens européens sont généralement plus élevés entre 0.25 et 1.75%. Le taux moyen de la commission est entre 1% et 2% en Algérie⁴⁰.

Les intérêts dus par l'adhérent prorata temporis sont, en cas de financement, fonction directe de l'éloignement de l'échéance moyenne des créances. En France, le calcul de ces intérêts se réfère aux taux fixés par la banque nationale pour les avances en compte courant, augmenté d'un ou de deux % l'an.

40- Cf. A. D. E. AOUEDE, *Avantage de l'affacturage*, R. A. S. J. E. P., 1978, n°1, 2002.

Considéré sous sa seule optique de moyen de financement à court terme, le factoring est coûteux, voire prohibitif, particulièrement pour les entreprises en perte de vitesse ou en panne de financement bancaire. Par contre, il correspond bien aux besoins des entreprises moyennes qui ont à faire face à un déséquilibre financier né d'une situation expansionniste trop rapide. Le recours à l'affacturage élimine largement, de surcroît les risques de gestion nés d'une sélection souvent trop hâtive des clients en période de croissance de vente⁴¹.

Pour juger de son coût, il faut en réalité, comme le souligne D. Pütz, examiner l'opération de l'affacturage non seulement sous l'angle du coût d'un de ses avantages, à savoir le financement, mais le considérer comme un service complet⁴², au coût duquel il conviendra de comparer le surcroît de dépenses administratives, comptables et contentieuses et le total des pertes sur créances auxquels l'entreprise adhérente serait exposée à défaut d'y recourir. Les avantages indirects, consécutifs à l'accroissement de trésorerie de l'entreprise factorée et à l'escompte qu'elle sera dès lors à même d'obtenir en payant comptant ses propres factures peuvent dans certains cas être appréciables. Les avantages commerciaux difficilement chiffrables découlant des services déjà mentionnés d'aide, d'information et de gestion commerciales diminuent, de surcroît d'autant le coût économique réel du recours au « factoring » ou « affacturage »⁴³.

D. Contrat synallagmatique :

Sans entrer dans le détail des clauses particulières à chaque contrat de factoring, il est possible de dégager les droits et obligations fondamentaux du factor et de l'adhérent.

- ❖ Le factor doit fournir à l'adhérent les multiples services contractuellement pris en charge. La responsabilité du factor résulte, quant à l'exécution de ces tâches, d'un contrat d'entreprise.

41-Cf. M. REVERS, Le factoring, une nouvelle méthode de crédit, 1969, pp. 68. 69.

42- Cf. C. GAVALDA, Le factoring, un instrument financier de mobilisation des créances à court terme et de gestion commerciale, Revue de la Banque, 1969, p. 503. L. SUSSFELD, Le factoring, 1968, pp. 70. 74.

43- Cf. J. MEUTERMANS, La pratique du factoring, Revue Banque, 1969, pp. 5374.

Les services de facturation, de comptabilité et de gestion des comptes clients ne constituant pas des actes juridiques, il nous paraît inexact d'apprécier, comme le font Gavalda et Stoufflet⁴⁴, la correction de ces prestations selon les règles applicables à un mandataire professionnel salarié.

- ❖ Le factor garantit la bonne fin des créances approuvées. Il renonce expressément à tout recours contre l'adhérent en cas d'insolvabilité ou de retard du débiteur.

Il n'appartient cependant pas au factor d'assumer les conséquences d'un refus de paiement justifié du débiteur. Ce dernier pourrait, en effet, opposer au non factor une exception dont il disposerait envers son créancier initial « exceptio non adimpleti contractus, compensation, saisie-arrêt »⁴⁵.

L'inexistence totale ou partielle de la créance réglée, la survenance d'une cause d'extinction, imputables à l'adhérent, permettront au factor d'agir contre l'adhérent en répétition de l'indu ou en résolution selon que le mécanisme utilisé pour le transfert des créances est celui de la subrogation conventionnelle ou de la cession de créances. Un recours est aussi ouvert contre l'adhérent lorsque le dol, la faute ou la négligence de ce dernier a compromis la récupération de la créance: non respect des réglementations de charge, manquement à l'obligation de notifier au débiteur le transfert de la créance au factor⁴⁶, facturation non conforme au modèle normalisé imposé par le législateur⁴⁷ ou contractuellement par le factor. Celui-ci peut être libéré de son obligation de paiement si la facture ne comporte pas les mentions requises ou si elle n'est pas accompagnée des documents justificatifs que le factor pourrait à tout moment exiger.

44- Cf.C. GAVALDA et J. STOUFFLET, op. Cit, n°52.

45- Les exceptions propres à la créance (vices cachés, non conformité des marchandises), sont opposables au factor sans restriction; les exceptions extérieures à la créance (compensation) lui sont opposables pour autant qu'elles soient nées avant le transfert de la créance.

46- Cf Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, op. cit, n°s 60 et 61 Infra, chapitre III. Le mécanisme de la résolution, utilisable pour le cas où le factoring est basé sur la cession de créances, contrat synallagmatique, ne convient plus au cas où le transfert de la créance factorée repose sur une subrogation conventionnelle. Le paiement de l'indu justifiera alors le principe du recours du factor.

47- L'article 3 du Décret exécutif n° 05-468 du 10 décembre 2005 fixant les conditions et les modalités d'établissement de la facture, du bon de transfert, du bon de livraison et de la facture récapitulative.

La garantie par l'adhérent de l'existence effective de la créance est calquée sur l'obligation mise à charge du créancier cédant ⁴⁸. Il faut entendre par là que les factures transmises doivent correspondre à des créances certaines, liquides et exigibles à l'échéance fixée. Il faut que la créance ait été engendrée par des ventes fermes et livraisons de bien ou par des prestations de services effectuées dans le cours régulier des affaires et qu'elle soit matérialisée par une facture.

Les ventes conventionnelles, les livraisons en dépôt ou en consignation, les facturations provisoires ainsi que les accomplies payables avant livraison ou prestations effectives, sont formellement exclus ⁴⁹.

Dans certains cas et moyennant une commission moindre, la société d'affacturage peut accepter, tout en refusant d'approuver certaines créances, d'en opérer la gestion et le recouvrement à titre de mandataire. Le factor, dans ce cas, n'en devient pas propriétaire et n'offre nullement sa garantie mais permet à l'adhérent de bénéficier de l'organisation de ses services d'encaissement et de récupération des créances. En cas d'insolvabilité du débiteur, le factor ne créditera l'adhérent que du montant des sommes effectivement perçues.

Il paraît difficile juridiquement d'analyser la récupération de créances non approuvées comme constituant d'affacturage au sens où nous l'avons explicité plus haut. De même l'affacturage dit avec recours et le non notification, affacturage, bien que se retrouvant fréquemment dans la pratique en raison de leur coût plus modeste, ne sont, à notre sens, que des dénaturations du contrat d'affacturage, rendues possibles par l'absence de réglementation juridique propre à le délimiter de façon suffisamment contraignante.

48- Voir chapitre les obligations de l'adhérent de deuxième titre.

49- Voyez l'article 12 des conditions générales de FactoFrance Heller S.A., reproduites in M. REVERS, op. cit, p. 108. Le factor se ménage contractuellement un droit à remboursement des sommes versées en cas, notamment, de modifications unilatérales des conditions générales de vente de l'adhérent, de son paiement par le débiteur pour faits de guerre, d'insurrection, de cataclysme, de moratoire légal, de fait du prince, etc...

Par convention de compte courant ⁵⁰, le factor et l'adhérent s'engagent à porter réciproquement en compte toutes les opérations qu'ils feront entre eux et qu'un compte unique fusionnera. Perdant leur individualité, les créances les créances réciproques remises en compte deviendront des articles de crédit et de débit desquels se dégagera un solde exigible à la clôture du compte.

La tenue du compte courant est confiée à la société « de factoring » ou d'affacturage ». Hebdomadairement ou mensuellement, l'adhérent envoie au factor les factures approuvées accompagnées d'un bordereau **ad hoc**⁵¹ signé par lui et divers documents justificatifs de la fourniture effective des marchandises ou des services. Lorsque la transmission des créances est réalisée par le mode juridique de la subrogation conventionnelle, une quittance subrogative accompagnera toute demande de règlement.

Le montant des créances transférées est remis en compte courant au crédit de l'adhérent ; la commission de factoring et les intérêts du financement consenti en cas de crédit cash « factoring » ou « affacturage » lui sont de la même manière débités. Le fonctionnement extrêmement souple de ce compte permet au factor d'exercer les recours qui s'ouvrent à son profit par simple inscription de remise en compte courant.

Une compensation globale des créances et dettes réciproques interviendra à la clôture du compte et la sécurité juridique qui s'y attache est sans comparaison avec celle d'une convention de compensation ordinaire⁵². Il est expressément convenu entre factor et adhérent que toutes leurs créances et dettes réciproques résultant de la convention sont connexes, indivisibles et se compensent entre elles.

Le recouvrement des créances auprès des débiteurs est une tâche laissée à la discrétion du factor. Devenu propriétaire des créances par le jeu de la cession de créance, de la subrogation ou de l'endossement de la facture⁵³, c'est au factor

50- Sur la nature du compte courant et ses effets indivisible et novatoire, voyez Dalloz, Droit commercial, v' compte courant, n° 13. 159.

51- Expression latine qualifiant un acte spécialement fait pour une formalité déterminée.

52- Particulièrement en cas de faillite de l'adhérent. La compensation découle de la connexité d'affaires unissant les articles du compte courant.

53- Dalloz, Droit commercial, v' compte courant, n° 13 à 159 Selon des modalités différentes en fonction du procédé de transfert

qu'il appartiendra d'en opérer recouvrement en en respectant les échéances propres. L'adhérent est tenu d'avertir⁵⁴ sans équivoque ses débiteurs du transfert au factor de la créance et des accessoires qui y sont attachés, et de mentionner sur toutes ses factures que le paiement ne peut en être effectué qu'entre les mains du factor sous peine de n'être pas libératoire. Il s'engage à assister le factor lorsque des difficultés de recouvrement surgissent, ainsi qu'à lui fournir tous documents utiles et à lui signer-tous les pouvoirs afin de faciliter le recouvrement des factures. Il s'agit là d'une obligation de "faire pouvant donner lieu à une action **ad exhibendum**"⁵⁵.

Le factor possède le droit de tirer des traites sur les débiteurs pour le compte de l'adhérent⁵⁶. Il se ménage de cette façon la faculté de mobiliser à son tour la créance et la disposition en cas de non paiement d'un recours cambiaire contre les signataires des traites.

E. Intuitu personae :

Le caractère intuitu personae du contrat de l'affacturage et l'obligation générale de collaboration loyale entre contractants⁵⁷, imposent au factor de solliciter l'avis de son adhérent lorsque surgissent des difficultés de recouvrement⁵⁸. Il ne conviendrait pas, commercialement parlant, que l'intransigeance du factor heurte la susceptibilité d'un acheteur honnête et bien apprécié de l'adhérent et auquel ce dernier consentirait des délais de grâce plutôt que de le perdre.

La conservation et l'accroissement de la clientèle de l'adhérent en pâtiraient lourdement, ce qui est sans nul doute, incompatible avec l'esprit même du contrat d'affacturage.

54- voir article 543 bis15 du code de commerce.

55- **ACTIO AD EXHIBENDUM** « Action personnelle, sanctionnant l'obligation pour tout possesseur ou détenteur d'une chose mobilière de l'exhiber, de la présenter à celui qui se propose d'intenter à son sujet une autre action, telle que l'action en revendication ».

56- lettre de change et le billet à ordre.

57- C'est le principe de l'exécution de bonne foi des conventions

58- Cf. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, op. cit, n° 52 :« l'obligation pour le factor subrogé de recouvrer la créance avec correction et selon les usages commerciaux ».

Il est stipulé expressément dans la grande majorité des contrats que le factor s'engage à solliciter l'autorisation de l'adhérent avant l'intentement d'une action judiciaire contre un débiteur défaillant.

F. Un contrat global et un contrat exclusif :

C'est, en outre, un contrat global, il permet de mobiliser un ensemble de créances commerciales⁵⁹, c'est-à-dire avec une clause d'exclusivité, le vendeur s'engageant à offrir au factor la totalité des factures commerciales émises en représentation de ses ventes, encore que la clause de globalité subisse de sérieuses entorses notamment à l'international du fait que le factor puisse refuser des cessions de créances qui lui paraissent « douteuses ».

Et un contrat exclusif, l'adhérent ne devant avoir qu'un seul factor et ne plus transmettre à son banquier habituel les créances commerciales qu'il s'est engagé à céder à la société d'affacturage.

G. Contrat innomé, "sui generis" :

Le factoring puise sa force obligatoire dans la convention des parties⁶⁰. Les effets juridiques qui en découlent ne sauraient s'identifier malgré certaines analogies, avec les effets découlant d'autres techniques sans doute mieux connues, telles le mandat, l'assurance-crédit, l'escompte, l'avance sur bordereaux ou encore le crédit documentaire, auxquelles on a tenté d'assimiler le contrat de factoring.

Ça veut dire qu'il ya lieu de signaler qu'il n'existe aucun statut légal du contrat. Il est créé par la pratique, la convention fait donc la loi des parties et obéit aux règles classiques du droit commercial.

59- Cf. Rachid ZOUAIMIA, op. cit, p 114.

60- Voir l'article 106 C.C.A "Le contrat fait la loi des parties..... ».

H. Un contrat commercial :

Le contrat d'affacturage est un contrat commercial du fait qu'il est lié à des créances commerciales nées des relations entre des commerçants pour accomplir leur exigence commerciale.

Le factoring s'adressant à des commerçants, la forme du contrat, la capacité des parties et les règles de preuve sont régies par le droit commercial⁶¹.

I. Un contrat d'assurance :

Le factor exige à l'adhérent de lui verser une commission comme gage pour couvrir le risque d'impossibilité de remboursement du montant total ou partiel des créances ou des factures par le client⁶², en contre partie, il lui garantit le recouvrement des créances transmises par l'adhérent et la bonne fin même en cas de défaillance du débiteur.

Nous allons maintenant essayer de faire ressortir les points communs et différents entre la convention d'affacturage et les opérations connexes.

SECTION 2 :

LA DISTINCTION DE L'OPERATION D'AFFACTURAGE AVEC LES AUTRES OPERATIONS CONNEXES.

Le factoring est un contrat par lequel, le factor s'engage à régler à son client, la créance correspondant à des factures que celui-ci a sur ses acheteurs malgré leur défaillance éventuelle et ce moyennant le transfert de ses créances et le versement de commissions⁶³.

En effet la technique d'affacturage qui est assez originale, par divers aspects qu'elle regroupe, notamment les techniques financières et juridiques, s'apparente à certaines techniques traditionnelles, telles que l'assurance crédit, l'escompte, le forfaiting, le bordereau dailly, ou encore le mandat.

61- Cf. Ch. GAVALDA, Factoring, RTD.Com, 1973, n°16.

62- علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المصرفية و ضماناتها، دار النهضة العربية، 1994، ص.35.

63- Cf. M. BENHAMOUDA, Avantage de l'opération d'affacturage·R. A.S.J. E.P, n° 07, 2002, Faculté des sciences économie – Université d'Alger.

SOUS-SECTION 1 :

ASSURANCE CREDIT ET L'AFFACTURAGE.

L'assurance crédit est définie comme une « opération par laquelle une partie, l'assuré, se fait promettre, moyennant une rémunération, la prime, en cas de réalisation d'un risque, une prestation par une autre partie, l'assureur qui prenant en charge un ensemble de risques, les compense conformément aux lois de la statistique »⁶⁴. Ainsi, l'assurance-crédit permet de parer à ce risque, elle permet à l'entreprise de se prémunir, moyennant le versement d'une prime, contre la défaillance de ses clients. Autrement dit, l'assurance-crédit fournit à l'assuré une garantie de paiement dans l'hypothèse de la réalisation du risque d'insolvabilité.

64- Cf. S. LE PROVOST et E VIVIEN, Le transfert du risque client, DESS finance d'entreprise, Université de RENNES 1, Année 2001, p 71.

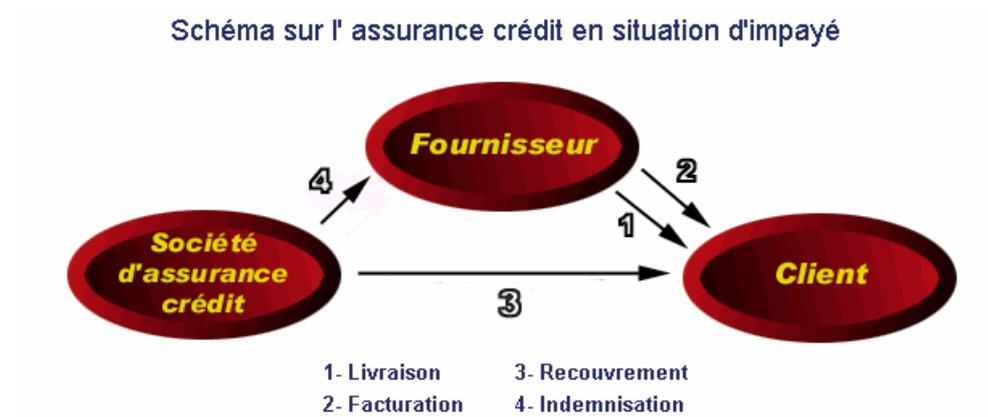
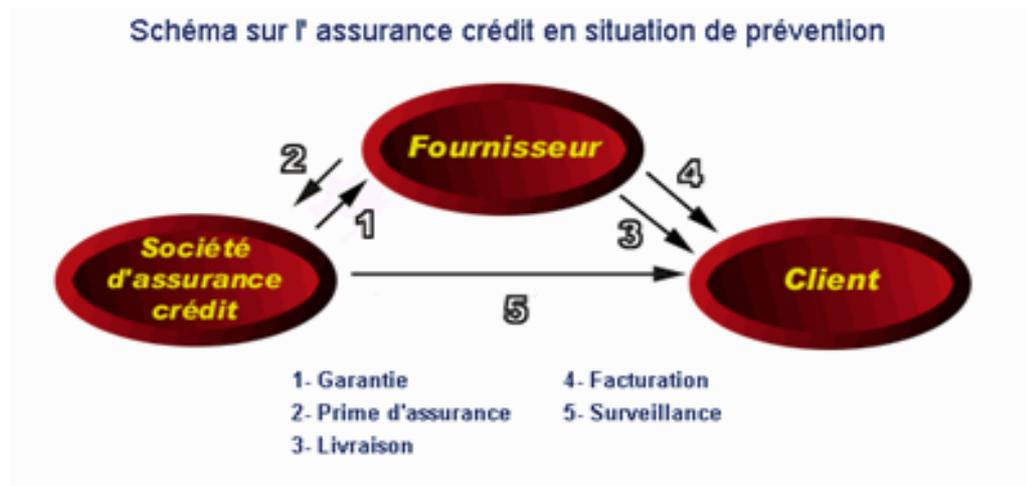


Figure 1: deux schémas montrant les différentes étapes de l'opération d'assurance-crédit.

A. Les points communs entre l'affacturage et l'assurance-crédit :

- ❖ L'assureur permet à des créanciers, moyennant le paiement d'une prime, de se couvrir sur le non-paiement des créances dues par des personnes préalablement identifiées et en état de défaillance de paiement⁶⁵. Le " factor " contracte un engagement ferme de payer la créance et en supportant le non paiement. On est conduit à un rapprochement entre l'affacturage et l'assurance-crédit.
- ❖ Les avantages, que procure à l'adhérent, l'opération d'affacturage, et ceux, dont bénéficie le souscripteur d'une " police d'assurance-crédit ". Dans les deux cas, le risque de non recouvrement est couvert.
- ❖ En outre, certains impératifs liés à la technique de l'assurance se retrouvent dans le "l'affacturage", spécialement, la " promesse d'exclusivité " qui permet la " compensation " des risques.
- ❖ L'assurance-crédit procure pour son assuré la prévention, l'assureur-crédit lui donne les moyens de mieux connaître la situation économique et financière de ses clients, de les sélectionner, lui évitant ainsi de "piloter à vue" ses relations commerciales, ce qui génère souvent de trop nombreux incidents⁶⁶.
- ❖ L'affacturage permet à son adhérent la gestion de son poste client et lui donne aussi un état sur leur situation financière mais l'affactureur ne finance pas les créances des clients qui sont en mauvaise situation puisque pour accepter de se contracter il doit tout d'abord approuver les créances.
- ❖ L'assureur-crédit se charge aussi du recouvrement lorsque les créances commerciales demeurent impayées mais sans que le débiteur soit en situation caractérisée de cessation de paiements (redressement judiciaire ou liquidation). L'affactureur se charge aussi du recouvrement des créances commerciales.

65- Cf. J.BASTIN, La défaillance de paiement et sa protection, l'assurance-crédit, 2 éd, L.G.D.J, 1993, p.68.

66- Cf. S. LE PROVOST et E VIVIEN, op. cit, p.73.

- ❖ L'indemnisation de la compagnie d'assurance-crédit garantit à l'assuré, sous certaines conditions et avec un certain plafond, le remboursement des pertes subies en raison de l'insolvabilité d'un client⁶⁷.
- ❖ L'adhérent en contre partie des services procurés par l'affactureur lui doit de verser une commission d'affacturage et aussi une commission de financement⁶⁸.
- ❖ Seul le risque commercial est assurable, c'est-à-dire celui qui résulte d'opérations traitées entre commerçants ou industriels.
- ❖ L'assurance crédit est un contrat synallagmatique à titre onéreux puisque le souscripteur s'engage à déclarer ses ventes et à payer une prime à l'assureur, en échange de quoi ce dernier étudie et qualifie le risque client par ses agréments, à gérer et à indemniser ces risques⁶⁹.
- ❖ Il s'agit aussi d'un contrat conclu intuitu personae, c'est à dire qu'il dépend de la personnalité du contractant. En effet, la couverture, la prime...sont autant d'éléments non fixés et qui vont être déterminés après une étude personnalisée du risque (clientèle, historique de l'entreprise concernant les problèmes de paiement, les impayés...).
- ❖ La convention d'affacturage est aussi un contrat conclu intuitu personae, st un contrat synallagmatique à titre onéreux⁷⁰.
- ❖ L'assureur dans chaque contrat prévoit une limite au-dessus de laquelle l'assuré doit demander un agrément à la compagnie pour la qualification des clients.
- ❖ Dans le contrat, l'affactureur fixe un taux de limite de recouvrement des créances. Il choisi et approuve les créances qui va les garantir autant qu'affactureur et pour les autres créances il jouera le rôle du mandataire et non d'un affactureur⁷¹.

67- Cf. S. LE PROVOST et E. VIVIEN, op. cit, p.75.

68- Cf. F. TALEB, Des techniques para bancaires : l'affacturage et le leasing, 1997, p.40.

69- Cf. J.BASTIN, op. cit, p.68.

70- voir sous section 2 du premier chapitre.

71- Cf. F. TALEB, op. cit, 1997, p.45.

- ❖ L'assureur garantit à 100 % les factures HT dans la limite de solvabilité indiquée. Or l'affactureur garantit les créances transmises à 100% sans même attendre l'échéance⁷².
- ❖ En outre, tout nouveau crédit doit être consenti par l'assureur, faisant l'objet d'un agrément. l'adhérent doit présenter les nouvelles créances à l'affactureur pour les approuvées pour un nouveau contrat d'affacturage.
- ❖ L'assurance-crédit permet aux exportateurs de couvrir les risques propres à l'exportation (risques commerciaux et politiques) et d'assurer la bonne fin d'une vente ou d'une prestation de service en garantissant son paiement.
- ❖ L'assurance-crédit permet aux exportateurs de couvrir les risques propres à l'exportation (risques commerciaux et politiques) et d'assurer la bonne fin d'une vente ou d'une prestation de service en garantissant son paiement.
- ❖ Tant sur le plan national qu'au niveau transfrontalier un système de chaînes et réseaux internationaux est installé effectuent des opérations d'affacturage internationale⁷³.
- ❖ Lorsqu'il y a demande de règlement amiable, l'assuré peut demander à la compagnie son accord sur les échéances proposées avec maintien de la couverture⁷⁴.

B. Les différences entre l'affacturage et l'assurance-crédit :

- ❖ Le contrat d'assurance crédit se porte sur les crédits à court terme⁷⁵, alors que l'affacturage porte sur des créances commerciales.
- ❖ L'assurance crédit est un système d'assurance, par contre l'affacturage est une technique de financement.
- ❖ L'assuré peut demander à tout moment des augmentations de couverture en fonction du développement du chiffre d'affaires avec ce client, de même qu'il

72- Cf. Ch. GAVALDA, Factoring, RTD.Com, 1973, n°16.

73- Cf. P. MARAZZATO, L'affacturage international et la convention d'Ottawa, 1998, p.10.

74- Cf. S. LE PROVOST et E VIVIEN, op. cit, p.78.

75- Cf. J.P DESCHANEL et L.LEMOIN, L'affacturage, PUF 2éd, Que sais-je ?, 1997, p.61.

lui appartient de faire cesser la surveillance de la compagnie dès qu'il n'est plus en rapport avec ce même client.

- ❖ Le risque de trésorerie, n'est pas garanti par l'assurance. L'affactureur, au contraire, paie, dans tous les cas, et, au plus tard, à l'échéance de la dette. Il est un débiteur principal, et, non, un simple garant qui n'intervient, qu'en cas de défaillance, dûment, constatée, du débiteur principal. L'assureur-crédit se montre plus exigeant que le factor pour indemniser le client. L'insolvabilité du client doit être juridiquement démontrée.
- ❖ Cette différence fondamentale, entre les deux mécanismes, s'ajoutent des différences moins importantes sur le plan théorique, mais, capitales, en pratique. Tandis que l'assureur ne couvre qu'une partie de la créance, laissant à la charge de l'assuré (qui demeure, ainsi, partiellement, son propre assureur), une franchise importante : (15 %), pour le risque commercial, (10 %) pour le risque politique; le "factor " en acquitte la totalité. Pour cela la commission dans le contrat d'assurance crédit est moins importante que dans l'affacturage⁷⁶.
- ❖ Par ailleurs, du fait de la position, qu'il occupe, au regard des opérations commerciales, le " factor "ou "l'affactureur " rend à l'adhérent, des services, que ne saurait, lui procurer l'assureur: tenue de la comptabilité, enseignements, sur ses partenaires commerciaux⁷⁷.
- ❖ Le contrat s'assurance crédit concerne un objet définie par contre l'affacturage peut toucher plusieurs créances de différents clients.
- ❖ Le factor assure la garantie des créances approuvées en totalité. L'assureur-crédit indemnise son client à concurrence d'un pourcentage donné.
- ❖ Le factor dans le contrat d'affacturage assure à l'adhérent une garantie totale et rapide ca veut dire qu'il lui paye la totalité des factures sans attendre l'apparition du risque d'impayé et il est rapide parce que le paiement est effectué dans les 24h depuis son subrogation⁷⁸.

76- Cf. S. LE PROVOST et E VIVIEN, op. cit, p.80.

77- Cf. F TALEB, op. cit, p.47.

78- Cf. M.BACHIRI, op. cit, p.23.

- ❖ L'assurance-crédit, le recours à des sociétés de renseignements de notoriété, de cabinets de recouvrement peuvent apporter, individuellement, des solutions efficaces, mais fragmentaires à l'entreprise pour la gestion de leur risque-client, tandis que le affacturage s'impose comme une technique de gestion de bas de bilan, qui apporte des solutions globales à l'entreprise et un instrument global de crédit management⁷⁹. Elle revient à transformer un poste clients en disponibilités et, ce faisant, permet à une entreprise de se libérer de ses tâches comptables et administratives pour se concentrer sur son métier de base, tout en obtenant de son factor une amélioration de la rotation de son poste clients et le financement de ses créances nées; elle dégage ainsi immédiatement de la trésorerie, ce qui est appréciable dans le contexte actuel alors que nous connaissons en France des délais de paiement parmi les plus longs de toute l'Europe.
- ❖ L'assureur-crédit **mutualise les risques**, tant au niveau du nombre d'assurés qu'au niveau du chiffre d'affaires assuré. En effet, les contrats prévoient une déclaration globale du chiffre d'affaires, la prime étant calculée en pourcentage du chiffre d'affaires assuré⁸⁰. Cela permet d'éviter toute anti-sélection des risques par les créanciers eux-mêmes et profiter ainsi complètement de l'application de la loi des grands nombres. Le calcul des probabilités, qui constitue la base de l'assurance est dans ce cas, corrigé par les enquêtes réalisées sur les débiteurs, source du risque. la totalité du chiffre d'affaires est couverte (c'est là la principale différence avec d'autres types d'assurances qui permettent d'assurer uniquement un secteur de la clientèle). L'assuré peut néanmoins exclure une certaine catégorie de la clientèle, par exemple, les filiales ou sociétés appartenant à un même groupe. Les administrations, solvables par définition, et les particuliers sont exclus de l'assurance.
- ❖ l'affacturage est notifié au débiteur, contrairement à l'assurance-crédit, peut rester confidentiel à l'égard des tiers.

79- Cf. J.P. DESCHANDEL, Délais de paiement : crédit interentreprises relais par les établissements de crédits : de l'escompte à l'affacturage. P. A Juillet 1996, n°88, pp3et s.

80- Cf. S. LE PROVOST et E. VIVIEN, op. cit, p.71.

- ❖ L'indemnisation n'a lieu que lorsque le débiteur se trouve en état d'insolvabilité, caractérisé par une incapacité de payer juridiquement constatée, ou par une carence de paiement à l'issue d'un certain délai (insolvabilité "présumée").
- ❖ L'assurance crédit est un contrat de durée longue, La pratique offre des contrats de trois ans, renouvelables ensuite annuellement⁸¹.
- ❖ L'indemnisation a lieu sous déduction d'un ticket modérateur: l'assuré doit toujours conserver une partie du risque à sa charge.
- ❖ Le champ d'application d'un contrat d'assurance crédit est fortement restreint. Il couvre les risques commerciaux et portes sur l'intégralité du chiffre d'affaires et l'indemnisation n'est promise qu'à l'expiration d'un délai de carence. On exclut donc de cette définition les acheteurs publics qui ne peuvent être reconnus insolubles et les risques catastrophiques qui échappent aux techniques statistiques de l'assurance et relèvent donc de l'intervention de l'Etat ou d'assurances spécifiques⁸².
- ❖ L'assuré est tenu de déclarer mensuellement à la compagnie le montant du chiffre d'affaires réalisé au titre des opérations entrant dans le champ d'application du contrat. Cette déclaration sert de base au calcul de la prime.

Enfin, selon les secteurs d'activité, la part moyenne du poste clients représente de 30 à 35 % du bilan et parfois constitue le principal actif d'une entreprise. Si les entreprises assurent systématiquement leurs actifs physiques (immobilisations, stocks...), il n'en va pas de même de leurs créances. Les entreprises en tendances à chercher les moyens de paiement qui leur assurent le financement, la gestion du poste client et surtout la garantie du risque d'impayé, l'affacturage c'est la technique la plus utilisée parce qu'elle assure le risque de non payé et prévis l'affactureur d'une action contre l'adhérent dans l'hypothèse de la réalisation du risque d'insolvabilité.

81- Cf. J.P DESCHANEL, op. cit, pp3et s.

82- Cf. S. LE PROVOST et E VIVIEN, op. cit, p.82.

Donc, l'assurance-crédit et l'affacturage sont complémentaires. L'assureur-crédit remplit une fonction préventive en aidant une entreprise à entrer en relation avec un client qui sera jaugé. Il minimise le risque de l'impayé. Comme il peut être délégué au factor. Aujourd'hui, beaucoup d'entre eux proposent leurs services en comprenant l'assurance-crédit.

SOUS-SECTION 2 :

LE FORFAITING ET L'AFFACTURAGE

Le forfaitage consiste en l'achat d'une dette commerciale ou d'une créance, à escompte, sans recours envers l'exportateur ou le précédent détenteur si l'instrument négociable représentant la dette n'est pas payé à l'échéance par l'emprunteur ou le garant⁸³.

Le terme « forfaitage » vient du mot français « forfait » qui signifie « renoncer ». En l'espèce, cela signifie renoncer à ses droits de recevoir le paiement dû au titre de la transaction concernée. En d'autres termes, le vendeur renonce à ses droits au paiement ultérieur au profit du forfaiteur en échange d'une valeur escomptée reçue immédiatement⁸⁴.

A. Les différentes étapes du forfaitage :

Depuis peu le forfaitage est utilisé pour financer des contrats de produits de base à court terme. C'est le caractère souple du forfaitage qui en a fait un mécanisme de plus en plus utilisé par les marchés⁸⁵, qui continuent de l'adapter et l'adopter en fonction de l'évolution des exigences des clients. Les points suivants décrivent les différentes étapes du financement par forfaitage :

83- Cf. Louis VERGEAT, « Le forfaitage », guide officiel des PME, 1997, n° 28.

84 - Cf. P. MARAZZATO, op. cit, p.11.

85- Cf. EDWIN MASIMBA MOYO, Séminaire sur la Diversification et le Développement du Secteur Horticole en Afrique, CNUCED-GENEVE-, Février 2001, p. 6.

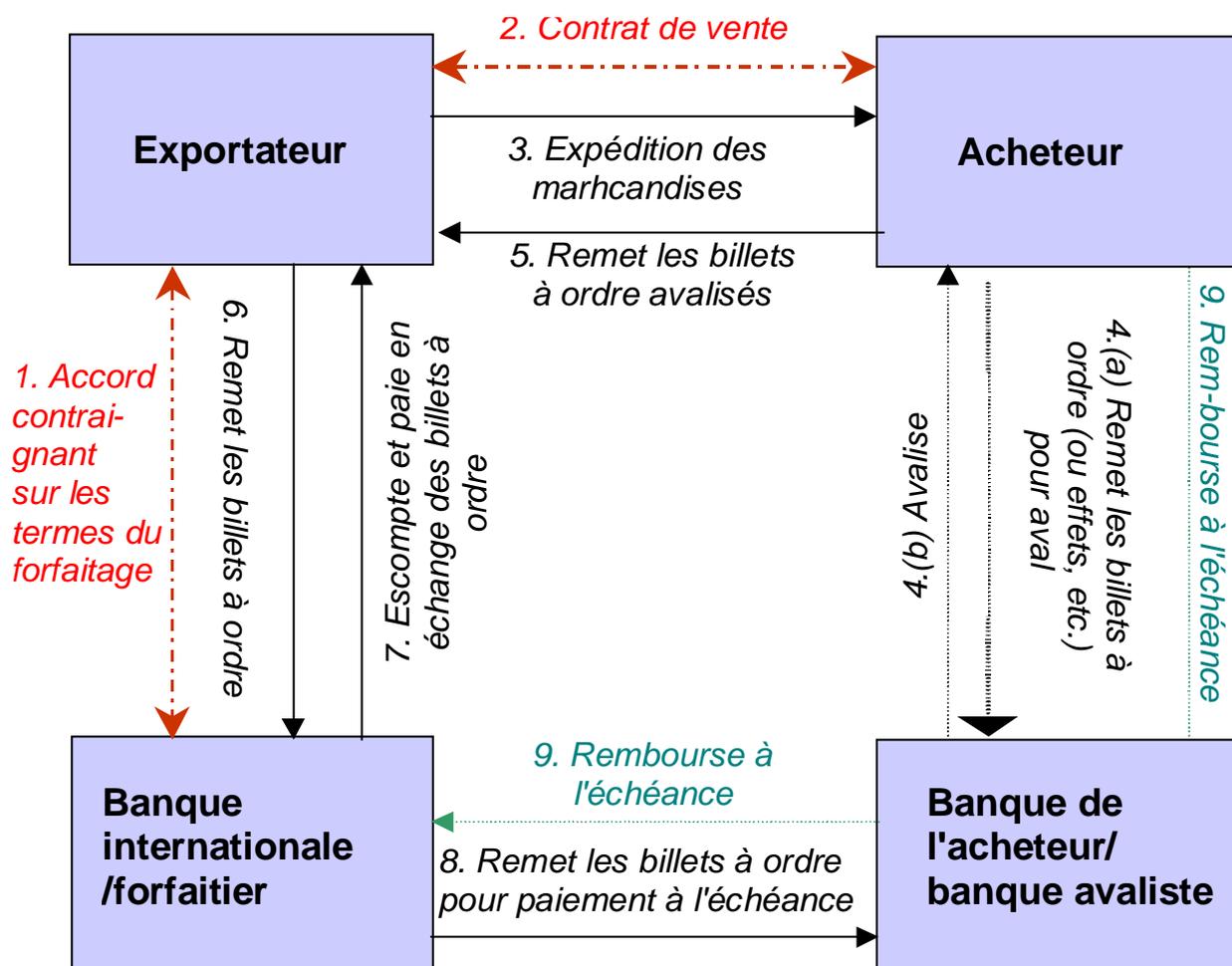


Figure 2 : Schéma définit l'opération du forfaitage⁸⁶

86- les étapes d'accomplissements de l'opération de forfaitage :

1. Le forfaitier s'engage à acheter la production horticole à l'exportation.
2. L'exportateur et l'acheteur de la production horticole signent un contrat commercial.
3. La marchandise est livrée.
4. La banque accorde une garantie à l'acheteur/importateur.
5. L'acheteur remet les billets à ordre à l'exportateur.
6. L'exportateur remet les billets à ordre (ou effets, etc.) au forfaitier.
7. Le forfaitier escompte les billets à ordre et paie l'exportateur.
8. Le forfaitier remet les billets à ordre à la banque de l'acheteur pour paiement à l'échéance.
9. L'importateur/acheteur rembourse la banque à l'échéance.

Utilisé de manière traditionnelle, l'effet à forfait est un moyen d'investissement sûr étant donné que deux noms (celui de l'acheteur et celui de sa banque) y sont effectivement apposés, alors que sur d'autres instruments ne figure qu'un seul nom, celui de l'acheteur⁸⁷.

Autrement dit, l'effet à forfait est émis par une entreprise importatrice, en l'occurrence l'acheteur, et garanti par une banque de premier plan dans le pays concerné (en l'occurrence, le pays de l'acheteur européen). Pour que la créance soit "improductive", il faudrait que l'importateur mais aussi la banque avaliste soient défaillants. Cela signifie que le risque de crédit est en général plus faible que pour, par exemple, les garanties offertes par une entreprise ou une banque⁸⁸.

B. La comparaison entre forfaitage et affacturage :

Tant le forfaitage que l'affacturage portent sur l'achat de créances. Ils visent tous deux à créer une source de financement en achetant d'un vendeur/exportateur des créances qui lui sont dues par un acheteur à échéance.

I. Les points communs entre le factoring et le forfaiting:

Du point de vue du vendeur, l'affacturage et le forfaitage accroissent le fonds de roulement, réduisent les risques liés aux transactions et peuvent améliorer la compétitivité en offrant à l'acheteur des conditions de paiement souples.

Dans les deux cas, les risques liés à la délivrance de marchandises ou de services satisfaisants et l'exécution du contrat dont ils font l'objet reviennent de la responsabilité du vendeur, alors que l'acheteur de créances (qu'il soit un forfaitier ou un cessionnaire) assume les risques commerciaux, politiques et économiques du pays de l'acheteur.

87- Cf. W. PISSOORT, *Initiation au droit commercial international* ? Decker, 2004, p.229.

88- Cf. Louis VERGEAT, *op. cit.*, n° 28.

II. Les points différents entre l'affacturage et le forfaiting :

La différence entre ces deux mécanismes tient au fait que l'affacturage concerne principalement des instruments non négociables tels que des créances comptables, alors que le forfaiting concerne principalement des instruments négociables, tels que lettres de change, billets à ordre et crédit documentaire.

Le forfaiting porte sur une seule et unique transaction actuelle, alors que l'affacturage porte sur un ensemble de créances présentes et futures inscrites dans la comptabilité du vendeur. Dans l'affacturage, le vendeur cède toutes ou une partie des créances au cessionnaire, y compris les créances futures⁸⁹.

La prestation de collection des créances est toujours prévue par le contrat d'affacturage, alors que dans le forfaiting, cette prestation est offerte indirectement pour chaque transaction faisant l'objet d'un contrat. Dans l'affacturage, il est courant de ne pas financer 100 % de la valeur des créances et de déduire un certain montant. Dans le forfaiting, le paiement porte sur la totalité de la valeur courante (la valeur à échéance moins le taux d'escompte)⁹⁰.

L'affacturage concerne des transactions au plan national à court et à moyen terme, tandis que le forfaiting est utilisé essentiellement pour des transactions transnationales à moyen et à long terme. Cependant, à l'heure actuelle, les forfaitiers achètent à escompte dans des transactions à court terme qui portent principalement sur des produits de base. Le forfaiting est une autre technique de financement et de couverture des risques à l'exportation⁹¹.

En règle générale, le forfaiting utilise principalement un document appelé le billet à ordre qui a les caractéristiques suivantes:

- Une promesse par écrit inconditionnelle (irrévocable),
- émise par une personne envers une autre,

89- Cf. P. MARAZZATO, op. cit, p.11.

90- Cf. EDWIN MASIMBA MOYO, op. cit, p.7.

91-Cf. R. BONHOMME, Affacturage, Dalloz 2008,2006, n°21.

- s'engageant à payer:
 - ❖ à une échéance fixe.
 - ❖ une certaine somme d'argent.
 - ❖ à une personne désignée ou à son ordre, ou au porteur ou à son ordre.

De même, l'affacturage fonctionne généralement sur la base de contrats ou de relations contractuelles existantes par contre le forfaitage est souvent négocié sur la base d'engagements antérieurs souscrits par une entreprise de forfaitage. En outre, contrairement à ce dernier contrat, le transfert de créance ne repose pas sur la subrogation⁹².

Les cessionnaires cherchent en général à acquérir un pourcentage élevé des créances d'un vendeur et que la plupart des opérations est représentée par des factures dans le contrat d'affacturage mais la plupart des transactions du forfaitage porte sur un seul contrat et que les créances sont normalement avalisées et négociables⁹³.

SOUS-SECTION 3 :

L'ESCOMPTE ET L'AFFACTURAGE

L'escompte⁹⁴ est une opération qui consiste pour une banque à racheter à une entreprise les effets de commerce⁹⁵ (billets à ordre et traites) dont elle est porteuse (bénéficiaire final) avant l'échéance et ce moyennant le paiement d'agios, le cédant (le bénéficiaire du crédit) restant garant du paiement⁹⁶.

92-Cf. R. BONHOMME, op. cit, n°21.

93- Cf. EDWIN MASIMBA MOYO, op. cit, p.7.

94-c'est un effet de commerce constate l'engagement pris par un débiteur de payer à son créancier à une date déterminée une somme d'argent, montant de la dette qu'il a contractée.

Si le créancier a besoin de cet argent avant l'échéance stipulée, il cédera l'effet de commerce, avec tous les droits qui s'y attachent, à une banque, suivant la technique de l'escompte : le banquier escompteur achète l'effet et se substitue au créancier ; le débiteur paiera au banquier le montant de sa dette à l'échéance fixée. Le banquier verse par avance au créancier la somme qui lui est due, mais avec des intérêts pour prix du service rendu.

95- Un effet de commerce est un titre négociable représentant une créance à court terme et relevant d'un ordre juridique original, le droit cambiaire, favorable au créancier.

96- Cf. M.BACHIRI, La convention d'affacturage, Mémoire de magister, Université de Ben Aknoun –Alger, 2001, p. 25.

L'opération d'affacturage a toujours été confondue par l'escompte, la plupart la considèrent comme étant une opération d'escompte. Nous allons évacuer les ressemblances et les différences. L'escompte est un engagement sérieux qui nécessite de la part de la banque de respecter une méthodologie précise⁹⁷ pour son achèvement⁹⁸.

I. Les points communs entre l'affacturage et l'escompte :

- ❖ L'escompteur, comme le " factor ", (ou " affacteur "), s'acquiert la pleine propriété de la créance.
- ❖ Le transfert de créance est, dans le "factoring" (ou "affacturage international"), comme, dans l'escompte, un élément nécessaire, et caractéristique de l'opération.
- ❖ L'escompte et l'affacturage sont des opérations de crédit, se réalisant, à l'aide d'un mécanisme de transfert de créance. Seulement, le crédit est de nature différente.
- ❖ L'escompte et l'affacturage appartiennent à la famille des " crédits ». L'escompte c'est « le crédit par avance de fonds » et l'affacturage qui s'apparente aux "crédits par signature".

97- les étapes de l'opération d'escompte :

1^{ère} étape: Etude de la solvabilité de son client et de sa clientèle.

2^{ème} étape: Fixation d'un montant global autorisé pour l'escompte.

3^{ème} étape: Sélection des effets remis par le cédant.

4^{ème} étape: Demande de garanties.

5^{ème} étape: Le calcul du Coût de l'escompte. Ces commissions sont soumises à la TVA. et elles doivent attendre la date d'effet pour couvrir son argent.

98- Ce moyen de financement qui permet aux entreprises de disposer du montant de leurs créances avant leur échéance constitue une « mobilisation de créances ».

L'escompte produit les effets de l'endossement translatif et sont la propriété de la provision ; bénéficie de la garantie solidaire de tous les signataires ; bénéficie de la règle de l'inopposabilité d'exception et bénéficie des accessoires éventuels (sûretés...).

A l'échéance, l'effet escompté est normalement payé par le tiré. En cas de non paiement, la banque dispose de deux recours:

❖ Le recours de droit commun : la convention d'escompte prévoyant que l'opération se réalise « sous réserve d'encaissement », la banque se fera rembourser par son client en contrepassant l'écriture sur son compte courant, et restituera l'effet à son client qui exercera les recours cambiaires.

❖ Le recours cambiaire : la banque peut exercer elle-même les recours cambiaires contre ceux qui ont signé l'effet lorsque le solde débiteur de son client est élevé et que le tiré ou l'avaliste semble solvable. Dans ce cas, il n'y a pas de contrepassation.

- ❖ L'escompteur avance le montant de la créance, sous déduction des intérêts, et commissions. Il devient propriétaire de cette créance, et, à l'échéance, le paiement fait par le débiteur, assure le remboursement du crédit. En cas de non paiement, une "action récursoire " contre le remettant, lui est ouverte⁹⁹.
- ❖ Le crédit' inclus dans l'affacturage est, plus, subtil. L'affacturage peut, aussi, comporter une avance, et, en fait, il est fréquent, que l'adhérent prélève, avant l'échéance, tout, ou partie, du montant de la facture.
- ❖ L'escompte concerne tout les instruments de paiement et qui sont payable à terme (30, 60 ou 90 jours)¹⁰⁰.
 - ❖ Le tireur demande au tiré qui accepte par sa signature de donner ordre à sa banque de payer à un bénéficiaire telle somme à telle date ou le souscripteur s'engage à payer en émettant un billet remis au bénéficiaire pour qu'il le présente à l'échéance, en général à sa banque¹⁰¹.
- ❖ L'escompte permet au banquier de devenir le créancier cambiaire¹⁰² et devient bénéficiaire de la créance précisée dans l'effet de commerce; comme le cas de l'opération d'affacturage devient le bénéficiaire des créances par la subrogation conventionnelle.

II. Les points différents entre l'affacturage et l'escompte :

- ❖ L'escompte suppose que la créance est représentée par un titre négociable, (lettre de change, billet à ordre), ce qui n'est pas, nécessairement, le cas, dans le " factoring "ou "affacturage", lequel s'applique à un ensemble de créances.
- ❖ le factor assume le risque tenant à l'insolvabilité du débiteur pour les créances approuvées. Le financement de l'affacturage est un financement objectif.
- ❖ fondé sur la qualité des créances acquises et non sur les capacités de remboursement du client¹⁰³.

99- Cf. F. TALEB, op.cit, p.48.

100- Cf. N. DADI ADOUN, Technique de contrôle de gestion, Dar El Mohamadia El Ama, Algérie, 1997, p.25.

101- Cf. P.JUDE, Op, cit, p.154.

102- bénéficiaire de l'engagement pris sur l'effet.

103- Cf. D LEGEAIS, Affacturage, JurisClasseur Com, Fasc361, 2006, p. 4.

- ❖ L'escompte d'une créance, non incluse, dans un effet négociable, n'est, nullement, impossible ¹⁰⁴. L'escompte est une opération isolée, même, si une convention générale d'escompte, a été conclue, c'est-à-dire, si un crédit d'escompte a été accordé, par l'escompteur, à son client. Le client est, toujours, libre, de présenter, ou, non, un effet, à l'escompte, et la " banque ", ou " l'établissement financier ", a la faculté de rejeter les effets qui lui sont offerts. Or, il en est, autrement, dans l'affacturage, Le factor s'obligeant à prendre, pendant un certain temps, et, jusqu'à concurrence d'un montant donné, les créances de l'adhérent, sur les acheteurs qui ont été agréés par lui. Une autre différence doit être relevée, dans le mécanisme des opérations.
- ❖ L'escompteur dispose, en cas de non paiement, d'un " recours cambiaire ", et d'un recours extra-cambiaire par contre l'impossibilité d'encaisser le montant, de la créance, n'autorise pas " le factor ", à se retourner, contre l'adhérent, son client.
- ❖ Le factor, en cas de non paiement, peut retourner contre le client pour le recouvrement de la créance mais cette situation est exceptionnelle parce que le factor est sensé avoir toute les informations concernant la situation financière de l'adhérent et son client ¹⁰⁵.
- ❖ L'affacturage comporte un « risque acheteur » alors que l'escompte comporte un «risque vendeur »¹⁰⁶.
- ❖ Selon les articles 394/2 du C.Com.A et 115/2 du C.Com.F notifiant que le tireur est garant de l'acceptation et du paiement et il peut s'exonérer de la garantie de l'acceptation mais on aucun cas de la garantie du paiement et toute clause l'exonère de cette garantie est réputée non écrite. car c'est d'ordre public.
- ❖ La solidarité des signatures fait que le porteur d'un effet peut réclamer le paiement de l'effet à tous ceux qui y ont apposé leur signature ; l'affactureur bénéficie de toutes les sûretés réelles et personnelles en même temps que les créances.

104- Cf. M.BACHIRI, op. cit, p.25.

105- Cf. Ch. GAVALDA, op. cit, JCP, 1966, n°43.

106- Cf. R BONHOMME, op. cit, n°20.

- ❖ L'inopposabilité des exceptions dans l'escompte fait que le débiteur de l'effet ne peut opposer au porteur les litiges éventuels qu'il a avec le créancier pour ne pas payer. Par contre le débiteur peut opposer toutes les exceptions à l'affactureur qu'il avait envers l'adhérent.

L'affacturage est ainsi proche d'opérations d'escompte et la cession de créances dailly dont il permet de mobiliser des créances commerciales.

SOUS-SECTION 4 :

LA CESSION DAILLY ET L'AFFACTURAGE

La cession par bordereaux des créances professionnelles, dite loi dailly, est le support législatif du mode de transfert des créances recommandé pour le factoring mais les praticiens en continuent d'utiliser la subrogation conventionnelle. Mais le transfert par le bordereau dailly et plutôt recommandé pour l'affacturage international, où le procédé de la subrogation peut être moins convaincant pour les factors étrangers¹⁰⁷.

A. Définition :

La cession de créances professionnelles (créances sur les particuliers exclues) dans le cadre de la loi Dailly¹⁰⁸ est un mode de financement qui consiste à transférer la propriété d'une partie du poste "clients" de l'entreprise à son banquier en échange d'une ligne de crédit à court terme rémunérée.

C'est une formule adaptée aux entreprises qui ne peuvent pas tirer de traites sur leurs clients. Au départ, l'entreprise et la banque signent, une fois pour toutes, une convention définissant les modalités de la procédure : quel type de créances ? Sur quel pourcentage de créances se fera l'avance financière ? etc...

107- La convention d'un droit sur l'affacturage international OTTAWA 28/05/1988 art 1.

108- Bordereau institué par la loi du 2 janvier 1981, dite loi Dailly (Code monétaire et financier, article L. 313-23 et s.) modifié par la loi bancaire du 24 janvier 1984.

Ensuite, au coup par coup, l'entreprise remet à la banque un "bordereau de cession" dûment rempli « reprenant une ou plusieurs créances professionnelles », accompagné d'un double des factures en question. Après vérification et sélection, la banque crédite immédiatement le compte de l'entreprise de la totalité de la remise ou d'un certain pourcentage et prélève ses agios tout de suite ou en fin de trimestre.

Propriétaire des créances ainsi cédées, le banquier exige souvent mais pas toujours, cela dépend de la négociation de pouvoir notifier la cession des créances aux débiteurs afin de vérifier l'existence de celles-ci et d'être sûr que le règlement lui sera bien adressé. La banque se réserve le droit de débiter son client du montant des créances qui ne sont pas rentrées à l'échéance comme prévu¹⁰⁹.

B. La comparaison entre l'affacturage et la cession Dailly :

La cession Dailly dont le fonctionnement ressemble beaucoup à l'opération d'affacturage, mais il diffère de cette dernière sur plusieurs points¹¹⁰.

109- Cette forme de crédit peut se substituer à l'escompte en offrant les avantages d'une plus grande rapidité d'exécution et d'une plus grande souplesse on n'a pas besoin d'attendre le retour des effets envoyés à l'acceptation chez les tirés, débiteurs finaux, pour pouvoir les mobiliser.

Toutefois, les banques restent actuellement assez réticentes à accorder ce genre de crédit, surtout sans notification aux débiteurs. Le bordereau Dailly permet d'obtenir un crédit auprès d'une banque contre transfert de la propriété de créances « bordereau de cession de créances professionnel » ou contre nantissement de créances « bordereau de nantissement de créances professionnel ».

Champ d'application :

Les personnes concernées par le bordereau dailly sont :

❖ **Le cédant** peut-être une personne morale de droit public ou de droit privé ; une personne physique à condition que les créances cédées résultent de son activité professionnelle.

❖ **Le cessionnaire** est obligatoirement un établissement de crédit.

❖ **Le cédé** peut-être une personne morale de droit public ou de droit privé ; une personne physique à condition que sa dette résulte de son activité professionnelle. Les créances cessibles sont toutes créances sur une personne morale de droit public ou privé, toutes créances professionnelles sur une personne physique.

Cette convention signée entre l'entreprise et la banque prévoit la nature et la périodicité des transmissions, les conditions exigées des créances cédées, les modalités de recouvrement.

La convention précise également dans quel cadre se fera la cession Dailly soit en « Cession-escompte » soit en « Cession à titre de garantie ». Dans les deux cas, la remise du bordereau de cession n'implique pas la remise matérielle des titres de créances et les créances sont cédées avec leurs accessoires.

110- Le bordereau de cession est utilisé comme technique de mobilisation de créances. Le cédant reçoit dans ce cas le montant des créances cédées moins la rémunération de la banque. Le bordereau de cession est utilisé comme technique de garantie d'un crédit consenti à l'entreprise. Le cédant ne reçoit dans ce cas aucune somme car la cession sert seulement à garantir une opération de crédit.

I. Les points communs entre l'affacturage et la cession Dailly :

- ❖ L'affacturage et le bordereau Dailly sont des techniques de financements et des opérations de crédit à court terme.
- ❖ Les deux opérations concernent la mobilisation des créances.
- ❖ Les deux opérations reposent sur le transfert de propriété des créances et repose sur l'acceptation du factor dans le cadre de l'affacturage, pour prendre en charge cette créance et pour le bordereau Dailly il faut l'accord de la banque pour lui accordé un crédit¹¹¹.
- ❖ Le bordereau de cession doit comporter les mentions exigés et cités par la loi du 02/01/1988¹¹². Egalement pour l'affacturage l'adhérent doit mentionner dans les factures qui ont été transmises de façon lisible et claire que la société d'affacturage a été subrogée pour le recouvrement de cette créance¹¹³.
- ❖ Le cessionnaire étant propriétaire des créances, bénéficie des accessoires éventuels liés et de la garantie solidaire du cédant. Il est lié par la clause d'arbitrage insérée dans le contrat d'origine. Pareille pour l'affacturage, car l'affactureur bénéficie de tous les droits et sûreté accessoires à la créance.
- ❖ Pour le cédant, les créances ne font plus partie de son patrimoine et il ne peut donc ni les céder une 2nde fois, ni modifier les obligations des débiteurs cédés. Il est garant solidaire du paiement des créances cédées.
- ❖ La cession devient opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau et même en période suspecte, la cession ne peut être nulle.
- ❖ Au même titre que le "Dailly", l'affacturage peut être une technique permettant de lutter contre le crédit interentreprises¹¹⁴.

111- Cf. P. MARAZZATO, op. cit, p.28.

112-la dénomination « acte de cession de créances professionnelles »; la mention que l'acte est soumis aux dispositions de la loi du 02/01/81; le nom ou dénomination sociale de l'établissement de crédit bénéficiaire de la cession ; la désignation ou individualisation des créances cédées (nom du débiteur, lieu de paiement, montant, échéance...); la signature manuscrite du cédant ainsi que la mention « c'est à compter de cette date que la cession est opposable aux tiers » par la banque cessionnaire après élimination des créances non conformes aux stipulations de la convention-cadre.

113- la convention Ottawa 1988 art 8.

114- Cf. J.-P. DESCHANEL, Délais de paiement, crédit inter-entreprises et relais par les établissements de crédit : de l'escompte à l'affacturage : LPA 22 juill. 1996, p. 3.

II. Les points différents entre l'affacturage et la cession Dailly :

- ❖ Le " factor " n'acquiert pas un simple gage, sur les créances, que lui remet l'adhérent, il en devient propriétaire. Le bon fonctionnement du mécanisme exige, d'ailleurs, qu'il puisse céder lui-même la créance à un autre factor. En outre, le " factoring "ou " affacturage ", ne saurait s'analyser en un prêt comportant, pour le crédité, obligation, même éventuelle, de rembourser la somme avancée, puisque le " factor " s'interdit, en principe, tout recours, contre l'adhérent, en cas de défaillance de l'acheteur.
- ❖ La loi Dailly, c'est la cession de créances professionnelles¹¹⁵. Or, l'affacturage consiste en un transfert de créance commerciale.
- ❖ Le bordereau constitue le support matériel et juridique de la cession de créances¹¹⁶.
- ❖ Le cédé effect variant selon qu'on a affaire à un bordereau simple¹¹⁷, un bordereau avec notification¹¹⁸ ou un bordereau avec acceptation¹¹⁹. Seulement pour l'affacturage le débiteur doit être notifié.
- ❖ Dans l'opération dailly, le crédit est accordé sur la base de la situation du cédant; par contre le factor prend en considération la situation financière de l'acheteur.
- ❖ L'affacturage repose sur le financement du poste client et des créances existantes.
- ❖ Le bordereau peut transférer des créances existantes ou pas encore et des créances probables ou futures.
- ❖ Le "Dailly" est un mécanisme plus souple que l'affacturage car le financement n'est pas nécessairement égal au montant des créances transmises.

115- Cf. G ROUYER ET A.CHOINEL, La banque et l'entreprise, Revue banque éditeur, Paris, 1998, p.58.

116- Cf. G ROUYER ET A.CHOINEL, op. cit, p.59.

117- C'est la forme la plus pratiquée et la moins coûteuse, le débiteur n'est théoriquement pas informé de la cession. La banque ne se charge pas en propre du recouvrement des créances et chaque débiteur se libère en payant le cédant, c'est à dire le créancier originaire.

Si la banque se charge du recouvrement, le débiteur peut lui opposer toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant (livre non conforme, extinction de la créance par compensation...).

118-La banque cessionnaire peut informer le débiteur cédé et lui interdire de payer le cédant. Le débiteur se libère en payant la banque. Le débiteur peut opposer toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant. Afin d'être de très bon amis

119- Il apporte une garantie supplémentaire à la banque puisque le débiteur s'engage directement envers la banque cessionnaire en signant un acte séparé d'acceptation de la cession. Le débiteur ne peut plus opposer les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant.

- ❖ Le domaine du "Dailly" est plus large puisqu'il peut concerner des créances en germe, mais l'affacturage concerne des créances réelles existantes.
- ❖ Contrairement à l'affacturage, le bordereau Dailly est transmissible à un autre établissement de crédit pour le refinancement.

SOUS-SECTION 5 :

LE MANDAT ET L'AFFACTURAGE

L'article 1984 C.C.F le définit comme : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne « le mandant » donne à une autre personne « le mandataire » le pouvoir de faire un ou des actes juridiques en son nom.

Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire.»¹²⁰.

Ainsi donc, le mandat est un acte par lequel une personne, le mandant, donne à une autre personne, le mandataire, le pouvoir de faire un ou des actes juridiques en son nom. Le contrat ne peut être valable qu'après l'accord préliminaire du mandataire.

La principale caractéristique du contrat de mandat est que le mandataire doit exercer sa mission en toute indépendance. Du fait de ce contrat, le mandant et le mandataire ont un certain nombre d'obligations à remplir. Le mandant a l'obligation de respecter les termes du contrat si une rémunération a été prévue, il doit également rembourser les frais avancés et indemniser les pertes. Le mandataire pour sa part doit respecter la mission qui lui a été confiée et rendre des comptes au mandant.

La responsabilité du mandataire peut être engagée en raison de ses fautes mais il faut distinguer selon que sa mission est constitutive d'une obligation de moyens ou une obligation de résultat. Souvent le mandat confié est un mandat spécial, ce qui signifie qu'il est confié pour une mission déterminée. Il arrive à l'inverse que le mandat confié au mandataire soit un mandat général, ce qui signifie qu'il est habilité sous certaines réserves à faire un grand nombre d'actes juridiques.

120- Voir art 571 du C.C.A.

Ceux qui sont amenés à traiter avec un mandataire doivent vérifier si le mandataire a agi conformément aux pouvoirs qui lui ont été donnés. Le mandant n'est pas en principe tenu des actes qui ne rentrent pas dans la mission qu'il a confiée. Dans une telle hypothèse, à défaut de ratification par le mandant, c'est à dire de son acceptation de ce que le mandataire a fait pour son compte, la seule façon de lui imposer l'acte du mandataire est d'invoquer la théorie de l'apparence¹²¹.

Enfin il faut noter qu'en principe, la seule volonté du mandant permet de révoquer le contrat¹²². Le mandat peut être donné par acte authentique ou par acte sous seing privé, même par lettre. Il peut aussi être donné verbalement, mais la preuve testimoniale n'en est reçue que conformément au titre: L'acceptation du mandat peut n'être que tacite, et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire¹²³.

Le mandant donne au mandataire un acte juridique, il y'a 2 mandats :

- ❖ **Le mandat général** : qui signifie qu'il est confié pour une mission déterminée.
- ❖ **Le mandat spécial** qui signifie qu'il est habilité sous certaines réserves à faire un grand nombre d'actes juridiques.

Le mandat doit être donné dans la forme requise pour l'acte juridique qui en est l'objet¹²⁴.

121- Il découle du contrat de mandat les effets suivants :

Le mandataire est obligé d'exécuter ses prestations (prestations juridiques) et la jurisprudence a insisté sur la loyauté que devait apporter le mandataire dans l'exécution de cette mission. La loi a rajouté certaines interdictions à des mandataires de devenir partie (contractant) aux actes conclus au nom et pour le compte du mandant. Elle ne confère au mandataire que le pouvoir d'accomplir des actes d'administration. Par contre si le mandat est rémunéré, le mandant doit le régler. Si le mandat est gratuit, le mandant sera quand même tenu de rembourser les frais occasionnés par l'exécution du mandat.

122- Loi n° 80-585 du 12 juillet 1980 Journal Officiel du 13 juillet 1980, Article 1985 du C.C.F.

123- Voir art 571/02 du C.C.A. / Art 1989 /2 du C.C.F.

124- Voir l'article 572 du C.C.A.

A. La comparaison entre l'affacturage et le mandat :

- ❖ Le factor souscrit un engagement ferme vers le fournisseur. Il est, donc, exclu de qualifier de « mandat » qui est considéré comme une procuration
- ❖ Le " contrat d'affacturage " Certes, les sociétés d'affacturage, qui ont la forme juridique de " sociétés financières ", se chargent du recouvrement de certaines créances de leurs clients, en qualité de mandataires; Mais, ce n'est là, qu'une prestation accessoire, portant sur des créances qui n'ont pas été agréées, soit parce que le débiteur est jugé, insuffisamment, sûr, soit parce que l'encours est atteint.
- ❖ L'affacturage véritable " n'est pas une application du " mandat ". Le " factor est obligé à payer le montant des créances de l'adhérent, sur ses clients, alors que le "mandataire" est, seulement, tenu, de verser les sommes, qu'il a, effectivement, encaissées.
- ❖ Le contrat de mandat ne garantit pas le paiement urgent des créances et aussi n'assure pas le vendeur contre le non – paiement du débiteur.
- ❖ Le contrat d'affacturage assure le financement du vendeur, le protège du risque de défaillance de son client et lui garantit le recouvrement de la créance dans les plus bref délais.
- ❖ La principale caractéristique du contrat de mandat est que le mandataire exerce sa mission à la place du mandant sans qu'il devienne le propriétaire de ces droits, et si on applique cette définition au contrat d'affacturage le factor ne sera que mandataire et non propriétaire des créances ¹²⁵.
- ❖ Dans ce cas là, il sera obligé d'accepter des créances sans son avis préalable sur la situation financière du débiteur et la nature des créances.
- ❖ Le factor paie le montant des créances à l'adhérent par contre le mandataire recouvre des créances qui les a reçus par le mandant sans lui payer le prix¹²⁶.

Nous allons analyser dans le chapitre suivant les conditions et le fondement du mécanisme du contrat d'affacturage.

125- Cf. L.DECOURAD – L.VILLENEUVE et N. ROUX. Le choix du support juridique, P.A juillet 1996, n°88, p.18.

126- Cf. C.GAVALDA, Le contrat dit de factoring, J.C.P 1966, Fasc 2044, n°40.

CHAPITRE 2 :

CONDITIONS ET FONDEMENT JURIDIQUE DU CONTRAT

L'affacturage, comme on la dit, peut se présenter tout à la fois comme un outil de financement, de recouvrement et d'assurance¹²⁷. Mais la question qui se pose est de se demander quelle est le cadre juridique de cette opération, sachant qu'elle se spécifie par son caractère tripartite qui demande l'implication de trois participants « la société d'affacturage », « l'adhérent » et « le débiteur ».

Pour répondre à cette question, nous étudierons les conditions spécifiques à l'accomplissement de la convention d'affacturage (Section 1^{er}), puis le fondement juridique du transfert des créances. (Section 2)

SECTION 1 :

LES CONDITIONS DE LA CONVENTION D'AFFACTURAGE

L'affacturage est une technique de gestion financière par laquelle, dans le cadre d'un contrat, une société d'affacturage gère les comptes clients d'entreprises en acquérant leurs créances, en en assurant le recouvrement pour son propre compte et en supportant les pertes éventuelles sur des débiteurs insolubles.

Le factoring comporte une société spécialisée assume la responsabilité de l'administration et de la collection du compte à recevoir par ses clients une commission. Ainsi donc, il est considéré comme une forme de financement commercial à court terme basé sur la vente du crédit commercial à un escompte, ou pour des honoraires prescrits plus l'intérêt¹²⁸.

Comme tout contrat la convention d'affacturage obéit aux conditions générales du contrat du droit commun ; mais elle renferme d'autres conditions qui lui sont spécifiques.

127- Voir La lettre de L'ASF N°106 - MARS / AVRIL 2004, p. 12.

128- C.f. K. SOUTAFFI, The role of factoring in financing UK SMEs, 2000, p.1.

SOUS SECTION1 :

LES PARTICIPANTS A LA CONVENTION D’AFFACTURAGE.

Un contrat d’affacturage suppose une relation triangulaire. Il établit une relation économique triangulaire¹²⁹ entre les trois parties suivantes :

- A.**Le vendeur, ou le client, ou l’entreprise qui est en position de créancier et qui est l’acheteur de la garantie, c’est l’adhérent,
- B.**La société d’affacturage (ou factor), qui acquiert du vendeur la créance que celui-ci a sur l’acheteur.
- C.**L’acheteur qui est en position de débiteur vis-à-vis du vendeur,

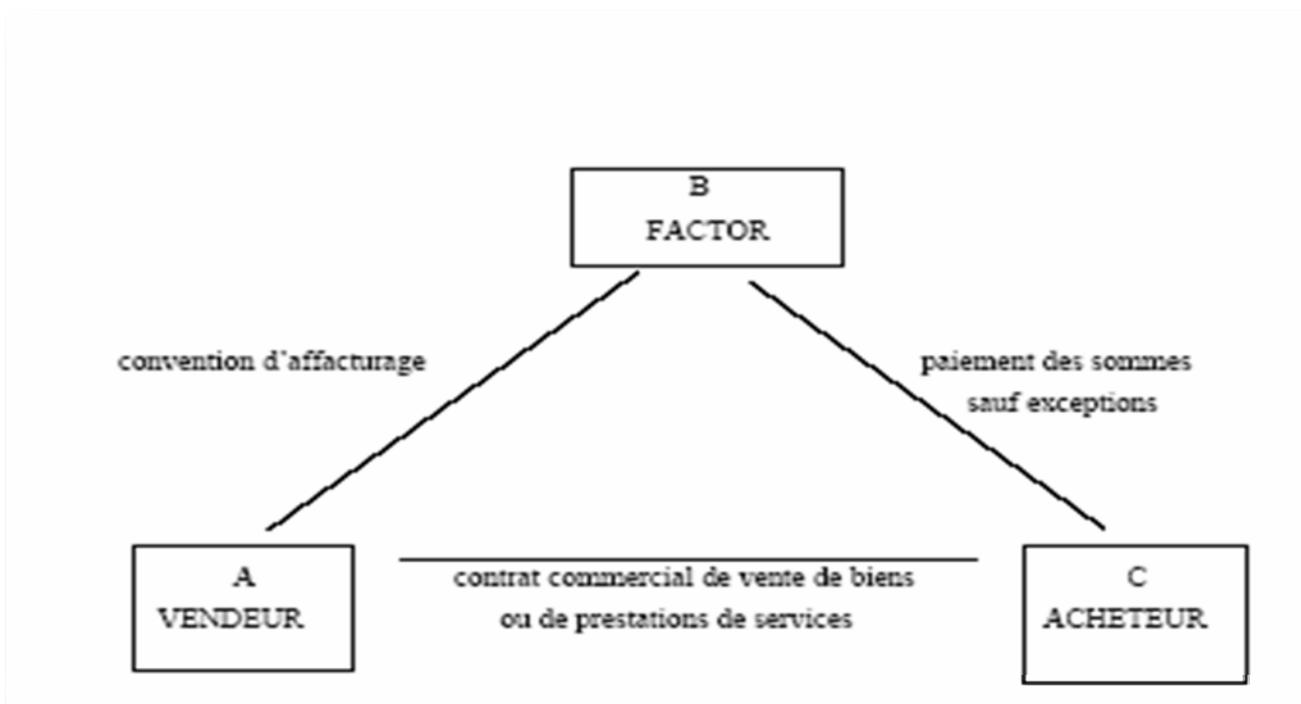


Figure 3 : Ce schéma explique les relations entre les différentes parties.

A : est le fournisseur (pour son client), le vendeur (dans la relation achat/vente), l'adhérent (pour le factor), vend ses marchandises à « C », qui lui a préalablement passé commandes;

B : est le factor qui sera bénéficiaire, s'il agréé les factures de « A » (étude et acceptation), de la subrogation conventionnelle et notifie à l'acheteur;

C : est l'acheteur (relation achat/vente), client (dans sa relation avec « A » son fournisseur), le débiteur-cédé (dans sa relation avec le factor, il est débiteur de l'adhérent et cédé en vertu du contrat de factoring entre « A » et « B » par lequel « A » transfère la propriété de ses créances sur « C » au factor « B »).

Alors « B » recevra la facture que « A » a adressée à « C » et paiera « A » contre subrogation par « A » dans ses droits envers « C » au profit de « B ». Toutefois, les relations ne sont pas des relations contractuelles tripartites. Les relations contractuelles sont bilatérales : le contrat principal appelé contrat de base entre le vendeur et l'acheteur d'une part et le contrat de factoring d'autre part, qui vient ensuite de superposer entre le factor et son adhérent.

A. Les conditions lié à l'adhérent : « le fournisseur ».

Le terme « Adhérent » a été retenu par la banque de France pour désigner les entreprises qui souscrivent d'affacturation. Certains factors appellent leurs adhérents des vendeurs. Nous avons deux types de personne :

- ❖ L'adhérent personne morale.
- ❖ L'adhérent personne physique

L'entreprise, prestataire de biens et de services, va se voir remettre de la part de l'acheteur une créance représentative de la vente effectuée. Le factor ne s'adresse qu'à des entreprises commerciales ou industrielles. Traditionnellement, l'opération d'affacturation est réservée aux PMI-PME et non pour les grandes sociétés¹³⁰.

On peut distinguer un certain nombre de caractéristiques générales qui précisent en quelque sorte le portrait robot de l'adhérent et des motivations particulières qui peuvent l'amener à conclure un contrat d'affacturation avec un Factor, elles sont liées à son activité commerciale¹³¹. C'est le factor qui prend le soin de les étudier avec précision, car c'est sur la base de ces résultats qu'il va choisir son client « adhérent », comme il peut fixer un plafond de crédit pour les nouveaux clients.

Ceci nous conduit à présenter une analyse descriptive de la base de client, puis à préciser les critères employés par les sociétés d'affacturation pour choisir leurs clients.

I. Les caractéristiques générales :

La recherche établi par Khaled SOUTAFFI a démontré les caractéristiques déterminantes de l'adhérent, telles que la taille de la société en termes de nombre d'employés et de chiffre d'affaires, de secteur ou d'industrie, d'âge et de type de structure de propriété comme les composants de base du profil de la base de client. Inclure ces paramètres dans le questionnaire peut favoriser à établir un profil plus précis¹³².

130- Cf. Ch. GAVALDA, Affacturation, Rep. Internat. Dalloz, n°8.

131- Cf. S.MANZANERA, L'affacturation, Rev.Banque,, n°594, 1998,p 89.

132- Cf. K Soutaffi, op. cit, p.6.

a) importance du chiffre d'affaires :

Traditionnellement, l'entreprise affacturée est une entreprise de taille moyenne dont le chiffre d'affaires se situe entre 2 et 15 millions d'euros par an. En France en-dessous du seuil de 1.5 million d'euros une intervention du factor ne se justifie pas, sauf en cas de perspectives prometteuses de développement¹³³. La plupart des adhérents en France ont un chiffre d'affaires compris entre 2 et 5 millions d'euros.

Sont donc a priori exclues aussi bien les entreprises trop petites que celles qui sont trop grandes, encore que la tendance actuelle montre que de très grosses sociétés ont recours au factoring¹³⁴.

b) clientèle de l'entreprise :

Elle peut être de nature commerciale ou publique, seuls les particuliers sont exclus. L'opération d'affacturage concerne des créances commerciales qui résultent de leur activité commerciale¹³⁵.

De préférence, la clientèle doit être diversifiée ; c'est sur elle que le factor prend des risques mesurés. Il est souhaitable qu'elle soit fidèle, c'est-à-dire qu'elle soit répétitive.

Les factors mettent en place une trop forte sélectivité, « ils éliminent dès le départ les mauvais clients et résilient le contrat avec ceux qui le deviennent en cours de route »¹³⁶.

c) facturation :

Un trop grand nombre de factures augmente les charges de gestion et il est souhaitable que le montant de la facture moyenne soit d'au moins 1000 euros et dont le règlement est effectué dans un délai de 90 jours à 120 jours, ou, exceptionnellement, 180 jours¹³⁷.

133- Voir le site www.olegturceac.com : « la réduction du risque-client par recours a des partenaires externes », p.326.

134- Voir le site www.olegturceac.com : « la réduction du risque-client par recours a des partenaires externes », p.327.

135- Cf. L-E. SUSSFELD, Le factoring, Paris, Presses universitaires de France, 1968, p.1.

136- Cf. K SOUTAFFI, op. cit, p.6.

137- Cf. J. BRANGER, Les techniques bancaires, P.U.F, que sais-je, 3 éd, 1982, pp.99 et s.

Selon Jean Capet, directeur adjoint du Factor Sofirec, « Gérer 10 millions de francs de chiffre d'affaires annuel avec seulement cinquante clients sur lesquelles je peux me renseigner, ce n'est pas un obstacle. 10 millions de francs avec mille clients sur lesquels je n'aie aucune visibilité, je ne prends pas. ».

Pour les factors, le montant des factures est un critère de choix important, mais aussi celui de la taille, mais « Séverine LE PROVOST » suggère qu'au lieu de les sélectionner par la taille ou le montant des factures, ne serait-il pas plus intéressant d'augmenter la prime en fonction du risque afin de permettre à la plupart des entreprises d'adhérer à ce service ?¹³⁸.

d) Situation financière :

Les risques encourus par le banquier et par le factor sont différents pour juger de la situation financière de l'entreprise. En effet, le banquier prend un risque sur le bénéficiaire du crédit, l'adhérent, tandis que le factor prend un risque sur la capacité des acheteurs à régler en temps voulu les factures dont ils sont redevables. De ce fait, le factor peut intervenir dans des situations où le banquier serait plus réservé, notamment, si l'endettement peut paraître excessif.

Une société disposant de peu de fonds propres peut tirer parti de l'affacturage sous réserve que son exploitation soit bénéficiaire et que son marché soit porteur.

e) Type d'entreprise :

L'affacturage s'adapte tout particulièrement à des sociétés fabriquant ou commercialisant des biens de consommation courante plutôt que des biens d'équipement lourd. Ce sont généralement des entreprises en forte expansion qui souhaitent consacrer l'essentiel de leurs ressources à leur développement en sous-traitant les besoins consécutifs à l'augmentation du poste client.

La description des caractéristiques générales de l'entreprise affacturée ne doit pas laisser penser que tous ces critères s'imposent sans nuance. En réalité, le profil de l'adhérent idéal n'a jamais été rencontré et pour un factor chaque affaire est un cas

138- Cf. LE PROVOST et E VIVIEN, DESS finance d'entreprise ; Université de RENNES 1, 2001, p.95.

particulier. Il n'en demeure pas moins que le type de clientèle du factor se trouve plutôt dans les services, chez les sous- traitants, chez les importateurs et grossistes, chez les fabricants de biens de consommation courante ou de petits équipements¹³⁹.

S'agissant des très petites entreprises, celles-ci ont été jusqu'à présent exclues de l'affacturage. Néanmoins, la mise en place d'une garantie Sofaris depuis mai 1996, garantissant les factors lors d'un affacturage avec les petites entreprises en création, doit supprimer cette exclusion¹⁴⁰.

II. Motivations particulières :

a) Les entreprises intervenant dans des activités saisonnières

Elles se prêtent parfaitement à l'affacturage, lequel peut leur assurer une trésorerie en rapport avec leur niveau d'activité. De plus, le factor absorbe le surcroît d'écritures comptables liées aux ventes. L'entretien d'un service de gestion des comptes clients est particulièrement lourd pour ces entreprises¹⁴¹.

b) Les entreprises dont la création est récente

Elles ont besoin de mobiliser très rapidement les fonds nécessaires à leur expansion. Elles ne sont pas suffisamment solides sur le plan financier pour se permettre de financer un poste client important. De plus, il est crucial pour ce type d'entreprise de se protéger contre les risques d'impayés de la part de leur clientèle.

c) Les entreprises qui travaillent pour des administrations et des collectivités locales

Nul n'ignore les problèmes posés à certaines entreprises par les délais de paiements souvent plus longs pour cette catégorie de clientèle¹⁴².

139- Cf. B MAHMOUDI, l'affacturage, 2001, p.57.

140- Cf. LE PROVOST et E VIVIEN, op. cit, p.66.

141- Voir le site www.olegturceac.com : « la réduction du risque-client par recours a des partenaires externes », p.329.

142- Cf. N HENNI, Audit sur l'exécution de la dépense, p.66.

d) Les entreprises qui ont les grandes surfaces comme clients

Le risque d'impayé est faible mais le fournisseur a souvent des difficultés pour obtenir un titre de paiement susceptible d'être négocié auprès du banquier. La facilité d'escompte est inutile et le découvert cher et limité.

e) Les entreprises de prestations de services

La nature de leur activité ne nécessite pas des capitaux importants, leur structure financière est souvent faible et les banquiers ne trouvent pas chez elles les garanties auxquelles ils sont habitués.

f) Les entreprises qui attaquent de nouvelles marches dont la clientèle ne leur est pas familière

Elles peuvent apprécier le service de renseignements que leur apportent le factor et la garantie du paiement qu'il leur assure. Cela est particulièrement le cas pour les entreprises qui exportent.

Une récente enquête Louis Harris nous fournit une liste des avantages de l'affacturage que reconnaissent les responsables d'entreprises ¹⁴³:

- ❖ Il gère le compte client,
- ❖ Il garantit à 100% l'entreprise contre les impayés et enfin
- ❖ Il assure le financement.

Enfin, L'activité de la société se situera dans la vente de services, de bien de consommation ou de petit équipement : « électronique, textile, mobilier, jouet, petite mécanique, etc.... » ; Il s'agit surtout des sociétés en voie de développement dont les structures ne sont pas suffisantes comptes-clients, ce que peut faire à sa place la société d'affacturage.

143- Voir le site www.olegturceac.com, op. cit, p.329.

B. Les conditions lié au factor : « le cessionnaire »

Afin de formaliser leur relation, les deux parties, le factor et son client, signent un contrat de factoring. Ce contrat d'affacturage vient alors se superposer au contrat originel appelé contrat de base régissant les rapports (relations commerciales) entre le vendeur et l'acheteur de marchandises et servant de support à leurs relations contractuelles, d'où la notion développée ci-après de rapports triangulaires

I. Le statut de la société factor :

Le factor est une société spécialisée pratiquant le factoring, selon les auteurs, les termes de facteur ou d'affactureur peuvent être rencontrés.

Les entreprises pratiquant le factoring en France étaient peu nombreuses, elles se sont implantées depuis 1964 et peuvent se constituer sous forme de société. Il leur est pratiquement imposé d'adopter le statut de banque ou d'établissement financier¹⁴⁴, et ce dernier à été remplacé par la loi n 84-46 du 24 janvier 1984 contenant la loi bancaire. Or, en Algérie, il a été organisé par le décret exécutif n 95-331.

En fait, toutes les sociétés de factoring sont des établissements de crédit dans la mesure où elles sont assimilées à des opérations de banque¹⁴⁵, souvent se sont des filiales de grandes banques¹⁴⁶, ou liées parfois à des sociétés de factoring étrangères. La plus importante est la SFF International Factors France, filiale d'un holding européen et de groupes bancaires français, Facto France Heller, créé en 1966 et qui résultait de l'association de Walter Heller de Chicago et de la French American Banking Corporation (1967) et FINIMPEX. On signalera aussi la Centrale du prêt-à-porter. En 1986, on comptait 14 sociétés d'affacturage adhérentes à l'ASF avec le statut de sociétés financières.

La pratique de ces opérations sans inscription sur la liste officielle des banques ou enregistrement comme sociétés financières constituerait un délit prévu aujourd'hui par la

144- Voir la loi du 13 juin 1941.

145- Ce sont des avances de fonds au sens de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier.

146- Cf. G. DE SUSANNE, Affacturage : les contraintes induites par les différentes réglementations des pays européens, Banque, 2001, p. 74.

loi n° 84-46 du 24 janvier 1984¹⁴⁷. Le factor doit faire, en effet, diverses opérations, qui relèvent selon cette loi du monopole des établissements de crédit (ouverture de compte courant, avances ...). La personne morale qui s'y livrerait sans être « banquier » ou « société financière » agréée serait poursuivie¹⁴⁸.

Par ailleurs, le législateur algérien quant à lui, à imposé aux sociétés effectuant à titre professionnel des opérations d'affacturage un statut de société par action « S.P.A » ou une société à responsabilité limitée « S.A.R.L »¹⁴⁹. A ce titre, sont exclues de la profession les personnes physiques.

Le législateur a exempté la S.N.C, la S.C.S et S.C.A. Mais pourquoi cette distinction, pourquoi a-t-il autorisé uniquement à ces deux types de société d'effectuer des opérations d'affacturage, or, même si nous les considérons des sociétés de capitaux, la S.C.A on est une.

Si l'E.U.R.L est une modalité de la société à responsabilité limitée, peut on dire qu'elle a le droit d'effectuer des opérations d'affacturage ? Le factor doit revêt deux genres de forme : une S.P.A, quelle que soit son mode de constitution et une S.A.R.L.

II. Habilitation d'exercer :

Comme toute société de crédit, le factor doit avoir obtenu l'habilitation d'exercer des opérations d'affacturage et la remise de cette habilitation relève des compétences du ministre chargé des finances¹⁵⁰. Cet agrément est spécifique et interdit au factor d'exercer d'autres activités, à l'exception de celles connexes à son activité principale, telle l'ingénierie financière¹⁵¹.

147- loi préc, art. 10 et 75.

148- Cf. B MAHMOUDI, op. cit, p.51.

149- décret exécutif n 95-331 du 25 octobre 1995.relative aux conditions d'habilitations des sociétés pratiquant le factoring.

150- voir l'article 3 du même décret 95-331 la remise de l'habilitation des compétences du ministère des finances.

151- Cf. D LEGEAIS, Affacturage, Jurisclasseur Com, Fasc361, 2007, p.3.

En France, cette société financière a le statut d'établissement de crédit et sera donc soumise aux normes édictées par les autorités de tutelle ¹⁵² (la Commission Bancaire étant toujours compétente pour les contrôles et pour les sanctions disciplinaires). L'opération de factoring est une opération de crédit au sens de la loi bancaire et déclarée comme telle à la Centrale des Risques de la Banque de France¹⁵³.

L'A.S.F. Association des Sociétés Financières regroupant, comme son nom l'indique les sociétés financières parmi lesquelles sont comprises les sociétés d'affacturage et c'est elle qui délivre ces habilitations aux autres sociétés et la gère ¹⁵⁴.

La société doit faire la demande d'habilitation auprès du ministre chargé des finances accompagnée :

- ❖ Du statut de la société afin d'avoir des informations sur son patrimoine, chiffre d'affaire et les noms des associés.
- ❖ Le bilan d'ouverture dégagant un actif net effectif disponible ou réalisable, réservé aux opérations de factoring.
- ❖ Le récépissé d'inscription au registre de commerce.

Le Conseil d'État considère que les opérations d'affacturage sont exonérées de TVA, mais peuvent être imposables selon l'art. 260 B du CGI¹⁵⁵.

III. Le contrôle :

La société d'affacturage est soumise au contrôle du ministre chargé des finances après la remise de l'habilitation. Cependant, lorsqu'une société ne remplit plus les conditions fixées pour l'obtention de l'habilitation, il y aura lieu de retrait partiel ou total. Le refus est toujours motivé¹⁵⁶.

152- Cf. loi N° 96/597 du 2 juillet 1996 appelée loi MAF sur la Modernisation des Activités Financières comportant notamment une importante réforme des autorités de tutelle et une modification de leur nom. Le CRBF Comité de Réglementation Bancaire Français édicte des règlements applicables aux établissements de crédit. L'ancien CEC Comité des Etablissements de Crédit s'appelle désormais CECEI Comité des Etablissements de Crédit et des Entreprises d'Investissements. Il donne, entre autre, les agréments aux établissements de crédit (comme auparavant), mais également aux entreprises d'investissement.

153- Aux termes de loi bancaire française N° 84/46 du 24 janvier 1984 l'article 3« Constitue une opération de crédit pour l'application de la présente loi tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie. Sont assimilés à des opérations de crédit le crédit-bail, et de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat »

154- Loi bancaire française N° 84/46 du 24 janvier 1984 art 15.

155- Cf. R. BONHOMME, Affacturage, mai 2006 Dalloz 2008, n°7.

156- voir l'article 8 et art9 ale 1 du même décret.

Un règlement en date du 21 décembre 1993 prévoit qu'à compter du 1^{er} janvier 1999, le rapport maximum entre l'ensemble des risques encourus sur un même bénéficiaire et le montant des fonds propres de l'établissement de crédit est de 25 %.

L'obtention de l'habilitation impose au factor de ¹⁵⁷:

- ❖ Maintenir d'une manière permanente le minimum d'actif net effectif visé, sauf que ce dernier doit être fixé par arrêté ministériel mais jusqu'ici rien n'a été fait ;

- ❖ Transmettre au ministère chargé des finances le bilan de clôture accompagné des renseignements détaillés sur la situation financière, permettant de constater qu'elle possède le minimum d'actif net effectif et cela à chaque fin d'année ;

- ❖ Permettre aux agents désignés par le ministre chargé des finances de prendre connaissance des contrats d'affacturage ainsi que tous les documents en rapport avec ce contrat.

Enfin, l'exercice illégal de l'affacturage résulte la nullité des conventions passées¹⁵⁸. Cependant aujourd'hui l'atteinte au monopole bancaire n'est plus sanctionnée par la nullité de la convention de crédit¹⁵⁹.

C. Les conditions lié au débiteur cédé « acheteur »

Acheteur terme employé par certains factors pour désigner les clients de l'adhérent, c'est-à-dire les destinataires des factures qu'ils ont achetées Le débiteur de la créance transférée au factor se voit notifier le devoir de régler le montant de la transaction au factor.

157- voir l'article 6 décrets exécutifs n 95-331 du 25/10/1995 relatif aux conditions d'habilitation des sociétés pratiquant l'affacturage.

158- voir l'article 9 du même décret.

159- Cf. D LEGEAIS, op. cit, p.3.

D. Les conditions liées à la créance:

Comme nous l'avons déjà vu¹⁶⁰, l'opération d'affacturage est un transfert de créances commerciales à un factor qui se charge d'en opérer le recouvrement et en garantit la bonne fin même en cas de défaillance momentanée ou permanente du débiteur. Il peut régler par anticipation tout ou partie des créances transférées.

D'après les définitions données à cette opération, il est indispensable pour que cette opération soit réglementaire que la créance soit née des relations commerciales et pas des relations purement personnelles car le législateur a indiqué dans l'article 543bis¹⁶¹ que l'opération est une créance commerciale, alors que parmi les conditions indispensables pour effectuer un contrat d'affacturage, il faut qu'elle soit une créance commerciale.

L'affacturage est en train de devenir un outil à part entière de sécurisation de financement autant pour le commerce international que pour le domestique, les grandes sociétés européennes d'affacturage en sont persuadées. L'affacturage international, progresse régulièrement dans le monde, et particulièrement en Europe.

Or, en ce qui concerne l'affacturage international, est une convention qui fait impliquer des parties de différentes nationalités, qu'elles obéissent à de différentes réglementations et politiques. Pour cela nous étudierons l'opération d'affacturage dans le cadre international.

160- Voir la sous section 1 du premier chapitre de la première partie.

161- le décret exécutif 93-08 du 25/04/1993.

SOUS SECTION 2 :

L'AFFACTURAGE DANS LE CADRE INTERNATIONAL

L'opération d'affacturage s'applique aussi bien aux opérations du commerce interne, qu'à celles du commerce international, dès lors que l'acheteur et le vendeur se trouvent dans deux pays différents. Cette nouvelle technique favorise l'exportation et permet aux entreprises PMI et PME d'accéder aux marchés internationaux.

Selon factor chain international FCI¹⁶², les services d'affacturage internationaux – import et export- progressent deux fois plus que l'affacturage domestique « Sur le marché national, l'affacturage sera qualifié de domestique ». Elles représentent près de 46% des volumes affacturés dans le monde et près de 64% pour international¹⁶³.

D'après les statistiques publiées par FCI, les importateurs dans le monde souhaitent de plus en plus ne plus traiter leurs transactions que par l'affacturage international¹⁶⁴. Ils demandent des conditions de paiement plus favorables et l'affacturage permet de leur accorder des délais de paiement sans crainte de rencontrer des problèmes de mauvaises créances et de recouvrement.

L'affacturage international c'est lorsqu'un fournisseur exportateur facture son client étranger importateur. Dans ce cas, les délais de règlement sont généralement plus longs et le besoin de liquider le poste Clients de l'entreprise est d'autant plus fort. Elle aura donc recours à l'affacturage international. Il faut préciser que le rôle du factor n'est pas de prospector des clients étrangers, mais d'accompagner l'activité internationale de leurs clients domestiques¹⁶⁵.

L'ouverture des frontières du commerce international implique deux genres d'opérations :

❖ « opération triangulaire » on a le factor l'adhérent et le débiteur¹⁶⁶.

162- c'est la première chaine de société d'affacturage mondiale, dont le siège est à Amsterdam, compte 180 société d'affacturage membres dans une soixantaine de pays.

163- le MOCI, Finance et Assurance, N1649, du 6 Mai 2004, p.76.

164- le MOCI, op.cit, p.76.

165- Cf. P. MARAZZATO, DESS l'affacturage international et la convention Ottawa, 1998, p.10.

166-Voir la sous section 1 de chapitre 2 de la première partie.

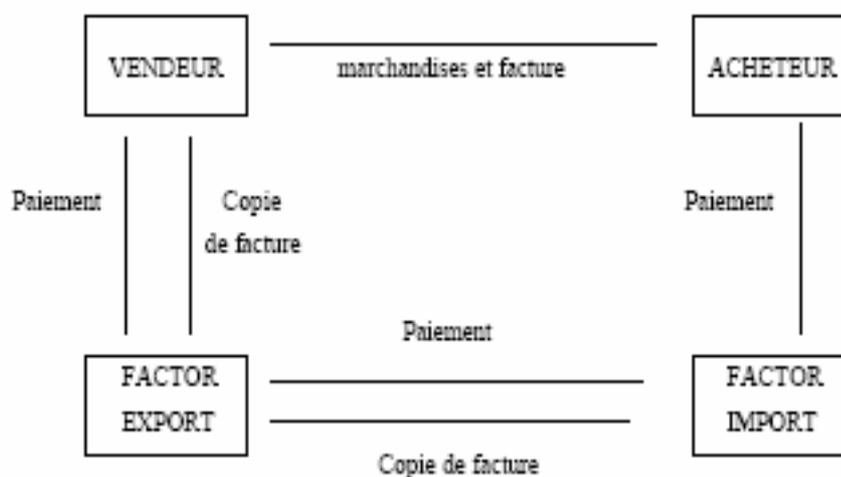


Figure 4 : L'opération d'affacturage international.

Ce schéma explique l'opération quadrangulaire: nous avons ici deux factors, un factor export et un factor import, l'adhérent et le débiteur : Il vient s'ajouter un quatrième intervenant qui est un factor « factor import », mandaté par le « factor export » pour procéder au recouvrement de sa créance auprès de l'acheteur et dans laquelle il a été subrogé par le vendeur. Alors il vient de s'ajouter une autre relation « le contrat inter-factors » entre le factor export et le factor import à côté du « contrat qui lie le vendeur et l'acheteur », « le contrat d'affacturage » domestique entre le vendeur et le factor export.

Cette technique est plus coûteuse pour l'adhérent par rapport à la première. Mais, elle permet une meilleure appréciation des risques puisque elle est confiée à un factor local (un factor import) choisi par le factor lui-même. Ce représentant se chargera du recouvrement des factures auprès de l'importateur et ne règle le factor export qu'au moment de leur paiement par le débiteur. Entre les deux factors, il y aura soit un mandat de recouvrement donc pas de transfert de propriété de la créance, soit cession de créances avec transfert de propriété, si le factor import accepte de garantir ladite créance¹⁶⁷.

167- Cf. P. MARAZZATO, op. cit, p.21.

En outre, le factor export peut rencontrer un obstacle linguistique. Le factor import, représentant local du factor export aura, pour sa part, plus facilement accès aux informations tant économiques que financières et son approche de part la connaissance des usages et coutumes locales, il prendra, pour sa part, un risque politique et monétaire. Mais comme cela a été indiqué ci-avant, le factor reste libre de ne pas prendre en charge toutes les créances notamment celles qu'il considère comme douteuses ou difficiles à recouvrer à présent un risque politique ou monétaire.

Les sociétés d'affacturages ont cherché à créer des structures de collaboration pouvant faciliter les échanges interfacteurs dans le but d'améliorer le mouvement d'affaires, ils ont créées les chaînes interfacteurs regroupent maximum de pays. Le principal objectif de ces chaînes de factors a été de réguler les relations entre les différentes compagnies d'affacturage, en essayant de s'assurer que le business du factoring se déroulait normalement »¹⁶⁸. Il fallait également satisfaire de plus en plus de clients utilisateurs de l'affacturage. Mais dès lors que les dites structures communes à plusieurs affactureurs étaient créées, encore fallait-il instaurer des règles de fonctionnement et leur donner un langage commun.

Il fallait favoriser le développement des échanges commerciaux et pouvoir satisfaire les demandes des adhérents en ayant des contacts locaux suffisamment efficaces pour représenter le factor export. Il convient de bien préciser que la vocation des chaînes est devenue universelle depuis la fin des années 1960, contrairement aux réseaux internationaux dont le concept est plus récent et dont la vocation originelle est plus une volonté de densifier les liens entre les partenaires desdits réseaux qu'une recherche d'élargissement transfrontalier de leur activité.

168- Cf. F.G. SOLE, The principal aspects of cross-border factoring, Intervention aux 4èmes journées européennes de la Banque à Chambéry les 30 et 31 mai 1996.

Il est nécessaire de noter que les sociétés françaises ayant le plus recours à l'affacturage international connaissent des taux de croissance étonnants de leur volume d'activité ce qui s'explique par le fait qu'elles disposent d'informations sur les éventuels acheteurs étrangers et qu'en cas d'impayés, elles sont couvertes à 100% sans risque résiduel à leur charge. De plus, en matière de recouvrement, l'infrastructure internationale permet à l'exportateur de bénéficier d'un factor local installé sur place qui connaît mieux qu'une société parisienne les usages et les réactions à avoir pour être payé le plus rapidement. Ainsi, l'affacturage à l'export permet d'être couvert contre le risque d'impayé dans presque tous les pays, de se couvrir contre le risque de change et de couvrir l'intégralité du chiffre d'affaires à l'export. L'affacturage à l'export permet donc de résoudre de réels problèmes jugés parfois insurmontables par certaines entreprises¹⁶⁹.

De l'étranger, le rapatriement des fonds est très rapide. En fait, le factor apparaît comme le partenaire idéal sans lequel certaines PME-PMI n'oseraient pas s'aventurer sur les marchés extérieurs. Avec l'appui d'un factor international une entreprise peut envisager de développer ses ventes avec des pays dans lesquels elle n'osait pas intervenir auparavant.

Ainsi, une société qui décide d'avoir recours à l'affacturage international améliore sa trésorerie par un recouvrement rapide, diminue ses coûts administratifs et évite la gestion comptable des devises étrangères.

Cependant, l'aide d'un factor à l'export ne présente un intérêt que si les conditions suivantes sont réunies :

- ❖ Une santé financière satisfaisante,
- ❖ CA à l'exportation supérieur à 2 millions par an,
- ❖ Prise en compte du risque pays et donc des « limites géographiques : comme les risque monétaire, politique et douanières»,
- ❖ Existence d'un triple besoin (garantie, financement et gestion).

169- Cf. LE PROVOST et E VIVIEN, op. cit, p.69.

De plus, il est nécessaire de signaler que l'affacturage international se heurte à certaines limites car seuls les exportateurs de biens de consommation sont susceptibles de bénéficier d'un affacturage à l'export. Les vendeurs de biens d'équipement devront donc se tourner vers des solutions plus classiques, adaptées à des contrats et aussi des crédits parfois plus longs.

Pour conclure, cette technique ne produit pleinement ses effets que si l'organisation interne de l'entreprise y est adaptée. En effet, cet outil suppose une totale réorganisation des travaux administratifs afin d'éviter tout travail en répétition, le factor doit être en liaison directe avec le service commercial, de nouvelles tâches viennent se substituer aux anciennes activités du service comptable (remise régulière des factures et avoirs, demandes d'agrément pour les nouveaux clients ou augmentation des plafonds pour les clients agréés...). Surtout, l'affacturage doit permettre de passer du traitement quantitatif au traitement qualitatif de la gestion commerciale. Or sans cette nouvelle organisation, il n'est pas possible de profiter de toutes les opportunités que représente un tel outil. Il s'agit d'une technique qui allie financement, protection et gestion des comptes clients¹⁷⁰.

SECTION 2 :

LE FONDEMENT JURIDIQUE DU TRANSFERT DES CREANCES

Dans le silence du législateur, les praticiens français ont élaboré des modèles différents de transfert de créances à ce contrat financier¹⁷¹; la recherche d'un procédé de transfert qui répond à la fois aux exigences juridiques applicables au moyen de transfert de créances régit par le code civil et aux exigences commerciales, afin de rendre la transmission simple, sûre, rapide et opposable aux tiers, notamment à la masse en cas de liquidation des biens ou de règlement judiciaire du fournisseur.

Le mécanisme de transfert des créances de l'adhérent à l'affactureur est une pièce essentielle de l'opération. La difficulté majeure est, à cet égard, de prendre conscience qu'il existe divers costumes juridiques susceptibles d'habiller cette opération¹⁷².

170- Cf. LE PROVOST et E VIVIEN, op. cit, p. 70.

171- Cf. C. GAVALDA, Factoring, RTD.Com, n°33.

172- Cf. M. KAISSI, Droit des affaires « Business Law », librairie juridique Al halabi, 3 ed, 2001, p. 73.

Ainsi d'aucuns ont imaginé l'application de plusieurs mécanismes pour expliquer le fondement de ce transfert. Tout d'abord, Ils ont fait références aux opérations de novations et délégation, en se basant sur le fondement de changement de l'une des parties, mais elles ne répondaient nullement aux exigences de l'opération du factoring¹⁷³.

Ensuite, ils ont eu recours à la notion de cession de créance qui, aux termes de l'article 1690 du Code Civil ne suppose pas l'accord du débiteur. Dans ce cas, l'industriel sera le cédant, l'affactureur le cessionnaire et le client le cédé.

D'autres en fait références à l'endossement de la facture, laquelle est définie comme un instrument de paiement.

En face de ces différents opérations et mécanismes, les praticiens ont opté pour la subrogation conventionnelle, l'affactureur étant subrogé dans les droits de l'adhérent (subrogeant), le débiteur étant le cédé¹⁷⁴.

SOUS-SECTION 1:

LA NOVATION ET LA DELEGATION.

Pour certains auteurs, il s'agissait à cet égard d'une opération de novation sur la base du changement de créancier; le débiteur restant le même, le créancier change. Par contre la novation résulte par le changement de débiteur.

Or, pour la doctrine dominante, il s'agit là d'une explication boiteuse, car la novation entraîne la naissance d'une créance nouvelle et exige l'accord du débiteur. Ce qui n'est nullement le cas dans du mécanisme du fondement de la convention d'affacturage¹⁷⁵.

Par ailleurs, pour d'autres, ils ont imaginé pour ce qui est de la délégation, « le factor » ou « la société d'affacturage » jouant le rôle de délégataire, « le débiteur » de

173- Cf. M. KAISSI, op. cit, p.74.

174- Cf. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, Le contrat dit de factoring, J.C.P. 1.966, 2044 n°49.

175- Cf. A. JACQUEMIN, Le droit économique, serviteur de l'économie, Doc. CRIDE, 1971, pp. 15, 16.

délégué et le vendeur ou « l'adhérent » de délégant. Cette explication a été rejetée aussi, du fait que la délégation suppose l'accord du débiteur.

La novation et la délégation ne sont pas des modes de libération gratuits. Elles éteignent l'obligation du débiteur primitif dès leur formation. La délégation éteint l'obligation du délégant à l'égard du délégataire lorsque le délégué exécute son obligation.

L'extinction de l'obligation du délégant envers le délégataire est parfois improprement qualifiée de remise de dette. Ici aussi, la prétendue " inopposabilité des exceptions " a masqué la nature de l'institution. Le délégué s'engage à payer pour autrui. Par l'exécution de son obligation, il s'acquitte de la dette du délégant envers le délégataire¹⁷⁶.

La novation connaît un certain succès parce qu'il s'agit d'une succession de rapports contractuels et le transfert des risques ici, est nul. En fait, la novation se traduit par l'opération par laquelle « un nouveau contrat prend place entre la première banque et la nouvelle, celle-ci remplaçant la première banque dans tous ses droits et obligations selon les termes et conditions de la convention de crédit »¹⁷⁷.

Cette technique va préserver la nouvelle banque de tout risque d'insolvabilité de la banque cédante, et contre l'exercice par l'emprunteur de son droit de compensation au regard du premier lien juridique. De plus, elle va lui permettre de ne pas comptabiliser cette créance dans son ratio de division des risques et de ne pas la faire figurer dans son bilan¹⁷⁸.

Cette opération a beaucoup d'avantage mais son inconvénient réside dans le fait de l'extinction des sûretés, attachées à la créance née du premier contrat, et ce, que la novation soit ou non réalisée par un certificat de transfert. Cela semble tout à fait logique puisque la sûreté est l'accessoire de la créance. La créance primitive étant éteinte par la création d'un nouveau rapport juridique, il ne pourrait y avoir aucune

176- Cf. M.BACHIRI, La convention d'affacturage, Mémoire de magister, Université de Ben Aknoun –Alger, 2001, p 15.

177- voir l'article 287 du C.C.A.

178- Cf. F. LEPLAT, La transmission conventionnelle des créances, thèse pour le doctorat, 2000, p. 29.

survie par exemple d'une hypothèque. Il faut donc s'assurer que la nouvelle banque puisse bénéficier d'une même garantie. Le contrat d'affacturage lui procure cette garantie, assurance et prévention¹⁷⁹.

La novation et la délégation procurent une satisfaction différée au créancier et retardent l'appauvrissement du tiers solvens. En effet, le créancier doit attendre l'exécution de la nouvelle obligation issue de la novation ou de la délégation pour obtenir la satisfaction escomptée. Réciproquement, le tiers solvens ne s'appauvrit qu'au moment de l'exécution de la nouvelle obligation mise à sa charge par la novation ou par la délégation.

SOUS-SECTION 2:

LA CESSION DE CREANCE

Sur le plan de la stricte technique juridique, le procédé traditionnel de la cession de créance peut paraître constituer l'instrument le plus adéquat de transport au factor des créances détenues par ses adhérents sans l'accord du débiteur.

Dans ce cas, l'adhérent sera le cédant, « le factor » ou « la société d'affacturage » le cessionnaire, le débiteur le cédé. Toutefois, cette pratique avait le défaut d'exiger la signification de la cession au client débiteur, soit par notification par huissier soit par un acte authentique dressé par les soins du créancier. Ces mécanismes engendraient des frais excessifs que le caractère commercial de l'opération de factoring ne pouvait tolérer.

Le mécanisme de la cession de créance¹⁸⁰ est considéré comme une vente¹⁸¹ dont elle ne forme dans le Code civil qu'une variété particulière, nommée par le transport des créances. Notre législateur l'a introduite parmi les obligations et moyens de transmission des obligations¹⁸². La cession de créances aboutit précisément aux effets juridiques recherchés dans le cadre du contrat de factoring.

179- Cf. F. LEPLAT, op. cit, p.29.

180- Chapitre VIII Du transport des créances et autres droits incorporels de C.C.F et du 239 à 250 Titre IV de la transmission de l'obligation du C.C.A.

181- Titre VI De la vente du C.C.F.

182- livre II des obligations et des contrats du C.C.A.

Un Contrat consensuel, la cession de créance est parfaite par le seul consentement des parties sans qu'aucune forme légale ne soit exigée pour sa validité. Ce seul consentement opère transfert au concessionnaire de la propriété des créances avec tous les accessoires, avantages et inconvénients qui s'y attachent¹⁸³.

Deux phénomènes distincts caractérisent l'institution : une convention, d'une part, intervenant entre cédant et cessionnaire et une transmission d'obligation, d'autre part, résultant de la convention originaire¹⁸⁴. Laissant subsister l'obligation primitive intégralement, la cession de créance se réalise sans le concours du débiteur.

La signification de la cession ou son acceptation par le débiteur n'a pas d'effet novatoire. En conséquence et par application de l'adage « **Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet** »¹⁸⁵, le débiteur n'est tenu envers le cessionnaire que dans la mesure où il l'était envers le cédant et peut lui opposer les mêmes exceptions.

Le cédant n'est tenu que de l'obligation de garantir l'existence juridique de la créance au moment du transfert et par là la possibilité pour le cessionnaire d'en obtenir paiement à l'échéance. Le cessionnaire dispose d'un recours contre le cédant dans les cas où la créance se verrait atteinte d'une cause d'extinction, frappée d'une déchéance ou sujette à un moyen quelconque d'inefficacité. Le cédant, sauf clause expresse d'extension de garantie, ne répond pas de la solvabilité du débiteur cédé. Si même, contractuellement, le cédant s'engage à en répondre, cette garantie ne s'étend pas à sa solvabilité future si le cédant ne l'a pas expressément stipulé¹⁸⁶ et si la cession a été faite à un titre gratuit, le cédant ne garantit même pas l'existence de la cession¹⁸⁷. Lorsqu'il y a recours en garantie contre le cédant, celui-ci ne peut être tenu que de ce qu'il a reçu, ainsi que des frais et il ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé¹⁸⁸.

183- Art 1692 code civil français, art 243 du C.C.A.

184- résultant de la transaction entre acheteur et vendeur.

185- Personne ne peut transférer à un autre plus de droit qu'il n'en a lui-même.

186- Art 1695 CC.F et art 245 du CC.A.

187- Art 244 du CC.A.

188- Art 246 CC.A et art 1694 du CC.F.

Le contrat de factoring engendre également le transfert au factor de la propriété de la créance avec tous ses accessoires, la garantie par l'adhérent de l'existence de la créance et l'absence de recours contre ce dernier en cas de retard ou d'insolvabilité au débiteur. Les effets juridiques recherchés dans le cadre du factoring pouvaient donc s'inspirer adéquatement de ce mécanisme traditionnel du droit civil que constitue la cession de créances.

Les formalités imposées par la cession de créances¹⁸⁹ pour l'opposabilité de la cession aux tiers sont cependant un argument décisif de rejet de ce mécanisme comme procédé habituel de transfert des créances pour la convention d'affacturage. Le débiteur cédé doit être informé, notifié par actes extrajudiciaires ou l'acceptation du même débiteur dans un acte authentique, ne fût ce que pour pouvoir se conformer à la volonté des contractants¹⁹⁰.

La Cour de Cassation française a, dans un arrêt, assoupli considérablement le caractère obligatoire des formalités de l'article 1960 du Code civil en disposant que « si la signification de la cession de créance ou l'acceptation authentique de la cession par le débiteur cédé est en principe- nécessaire pour que le cessionnaire puisse opposer aux tiers le droit acquis par lui, le défaut d'accomplissement de ces formalités ne rend pas le cessionnaire irrecevable à réclamer au débiteur cédé l'exécution de son obligation, quand cette exécution n'est susceptible de faire grief à aucun droit advenu depuis la naissance de la créance, soit audit débiteur cédé, soit à une autre personne étrangère à la cession »¹⁹¹.

La cession de créance telle qu'elle est règlementée en droits français et algérien, en raison de la lenteur, du coût et de la lourdeur des formalités d'opposabilités aux tiers « **erga omnes** »¹⁹² ne peut être retenue par nos sociétés de factoring comme constituant une technique de transfert.

189- Authentification de l'acte de la cession de créance.

190- Art 241 CC.A 1690 CC.F.

191- Cass. civ. 1, 18 mars 1969, Bull. civ 1, n°116, p. 91.

192- à l'égard de tous.

SOUS-SECTION 3:

L'ENDOSSEMENT DE LA FACTURE

Le procédé de l'endossement de facture concerne toute créance née d'activités professionnelles commerciales ou civiles et qu'il est d'usage de constater par une facture peut être cédée ou donnée en gage par endossement de cette facture ou d'une copie certifiée conforme de celle-ci¹⁹³. La facture doit être datée et mentionner l'identité du créancier et du débiteur, le prix unitaire de chaque fourniture ou prestation dont résulte la créance et le montant total de celle-ci¹⁹⁴. L'endossement, pour être valable, doit mentionner le nom de l'endossataire, lequel ne peut être qu'une banque ou un établissement de crédit agréé et être daté et signé par l'endosseur¹⁹⁵.

L'intérêt de ce moyen et la raison de la préférence que lui donnèrent les facteurs belges sans que le transfert de la créance soit opposable aux tiers par le seul fait de l'endossement de la facture¹⁹⁶ Il s'agit là d'une amélioration incontestable du régime civiliste de la cession de créance, encore. La mention, opposable aux tiers, de la date de l'endossement peut être utile notamment en cas de saisie-arrêt de la part d'un tiers créancier, dont la signification coïnciderait de peu avec l'endossement de la facture afin de savoir laquelle des deux opérations, le transport ou la saisie-arrêt est antérieure à l'autre et l'emportera¹⁹⁷.

L'opposabilité de la cession est liée à l'accomplissement des formalités de signification ou d'acceptations authentiques, par contre l'endossement est parfait et opposable « **ergs omnes** » du seul fait de sa réalisation.

Les factures endossées un instrument de circulation comme le sont les effets de commerce mais la loi interdit les endossements successifs. Par contre, les endossements partiels simultanés, faits à la même date et dans le corps du même

193- Ordonnance du 28 septembre 1967 qui crée la facture et le bordereau protestables et transmissibles.

194- Décret exécutif n 05-468 du 10 décembre 2005 fixant les conditions et les modalités d'établissement de la facture, du bon de livraison et de la facture récapitulative. JORADP n 80 du 11 décembre 2005.

195- loi sur l'endossement de la facture du 25 octobre 1919, modifié par la loi du 6 juillet 1994.

196- Cf. B. DHAEYER, le contrat de factoring en droit belge, Heinoline, 1974, p. 38.

197- Cf. B. DHAEYER, op. cit, p.39.

endossement, au profit de plusieurs endossataires agréés sont parfaitement licites et l'obligation d'informer le débiteur par un avis envoyé par lettre recommandée à la poste avec accusé de réception¹⁹⁸.

A la date de l'endossement, l'endossataire acquiert la pleine propriété de la créance transportée. C'est à cette date que devront exister les exceptions personnelles que posséderait le débiteur à l'égard de l'endosseur et qu'il entendrait opposer à l'endossataire. Le débiteur de la facture ne pourra faire valoir les exceptions qui lui sont nées à l'égard de l'endosseur après la date de l'endossement¹⁹⁹.

Si le procédé de la facture protestable est visiblement une amélioration et un abaissement des formalités du régime de la cession de créance, mais la facture protestable n'a pas reçu des sociétés d'affacturages françaises l'accueil attendu et elles se sont basées sur la subrogation conventionnelle comme moyen de transfert des créances et d'opposabilités.

SOUS-SECTION 4:

LA SUBROGATION CONVENTIONNELLE

La subrogation conventionnelle²⁰⁰ est régie par les articles 1249 et 1250, du code civil français et par l'article 262 du code civil algérien. Les articles n'exigent aucune forme spéciale pour la subrogation²⁰¹.

La subrogation²⁰² étant une opération, se déduit de l'affirmation selon laquelle le paiement est une condition de validité de la convention entre le subrogeant et le subrogé, autrement dit que la subrogation est un contrat réel²⁰³. Et le terme de promesse de subrogation utilisé pour désigner l'accord entre le subrogeant et le subrogé préalablement au paiement implique que la subrogation soit un contrat réel.

198- loi du 31 mars 1958 du droit belge, art 16.

199- loi du 31 mars 1958 du droit belge, art 16 alinéa 3.

200- CA Paris, 14 janv. 1971 ; 21 et 23 janv. 1970, JCP 1971. IL 16837, note Ch. GAVALDA.

201- les subrogations différées sont interdites pourraient au surplus dissimuler plusieurs combinaisons. (Cass. com. 14 déc. 1965, Gaz. Pal. 1966. 1. 278).

202- Le terme subrogation n'existe pas en droit romain ; il remonte à l'époque des bénéfices du droit canonique et désigne la succession d'une personne aux droits d'une autre. Néanmoins, la subrogation naît de la fusion de deux institutions du droit romain, la cession d'actions et la successio in locum, qui rassemblent la plupart des hypothèses de subrogation légale actuellement admises. Il n'existe pas en droit romain une subrogation consentie par le créancier. Seule la procuratio in rem suam se rapproche de la transmission conventionnelle des créances. Ni la cession d'action, ni la successio in locum creditoris ne sont à l'origine de la subrogation consentie par le créancier.

203- G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, op. cit., n° 421. Cité par F. LEPLAT, p. 323.

En effet, le consentement à une promesse synallagmatique vaut consentement au contrat définitif, sauf lorsque des conditions extérieures au consentement sont exigées. Le contrat appartient alors à la catégorie des contrats réels ou au moins solennels. La jurisprudence et la doctrine française emploient le terme promesse de subrogation pour désigner l'échange des consentements entre le subrogeant et le subrogé précédant le paiement subrogatoire. Ainsi, la remise de la chose, formant l'objet du paiement, constituerait une condition de validité de la subrogation. Cette condition de simultanéité entre la subrogation et le paiement se justifie parfaitement. "S'il n'y a que paiement, la dette est éteinte et rien ne pourrait la faire revivre. La cession de créance postérieure serait sans objet"²⁰⁴.

La preuve de la réalisation de ces deux conditions n'est pas difficile à établir dans la pratique. Une quittance sera rédigée et fera preuve à la fois du fait du paiement, du caractère exprès de la subrogation et de sa simultanéité avec le paiement. Concrètement, il suffira, pour en revenir au contrat de factoring, que le factor ait soin de n'effectuer aucun paiement sans recevoir quittance subrogative. Le bordereau récapitulatif que lui adresse périodiquement l'adhérent comprendra outre les factures et pièces justificatives, une demande de règlement et une mention expresse selon laquelle ladite demande vaudra, dès le règlement des factures, bonne et valable quittance subrogative²⁰⁵.

La subrogation fut un service d'ami « voir subrogation et cession », la convention entre le subrogeant et le subrogé ne se manifestait qu'au moment du paiement subrogatoire. La concomitance entre le paiement et la transmission éteignait en même temps qu'elle révélait l'existence des obligations issues de la convention subrogatoire. Le créancier subrogeant satisfait par le paiement avait peu de raisons d'invoquer l'absence de cause de son engagement pour annuler la convention.

204- Une promesse anticipée de subrogation est régulière. Le débiteur fut libéré en raison de ce que la mention apposée sur la créance facturée était ambiguë. Cf. Les deux arrêts de Paris, 21 et 23 janvier 1970, J.C.P. 1971, II, 16837 note Ch. GAVALDA, Factoring, RTD.Com, 1973, n°42.

205- Cf. F. LEPLAT, op. cit, p.321.

Mais depuis que les professionnels du crédit recourent à la subrogation, la convention entre le subrogeant et le subrogé se manifeste désormais avant le paiement, par une promesse²⁰⁶.

Le subrogeant promet au subrogé de lui transmettre la créance au moment et à hauteur du paiement²⁰⁷. Ce regain d'intérêt pour la cause de la subrogation révèle ses traits communs avec les autres modes de transmission.

La cause de la subrogation serait alors la remise de la chose formant l'objet du paiement. Le subrogeant transmet sa créance au subrogé et ce dernier lorsque il reçoit cette créance il lui doit son paiement. Cependant, le récent développement de la subrogation conventionnelle, auxiliaire privilégié du crédit²⁰⁸.

Dans le contrat de la subrogation le subrogé acquiert une créance d'un montant égal au paiement effectué, à la différence du donateur qui se dépouille de son droit sans contrepartie. Il n'est donc pas nécessaire comme pour la donation²⁰⁹ d'attirer l'attention du subrogeant sur l'importance de son acte. La subrogation est un service rendu par un professionnel du crédit, elle ne se rapproche pas suffisamment du prêt de consommation dont le caractère est reconnu, afin de protéger le prêteur²¹⁰. Ainsi, l'emprunteur s'oblige à restituer la chose prêtée parce que cette chose lui a été remise par le prêteur. Mais, en matière de subrogation, la remise d'une somme d'argent par le subrogé à titre de paiement, ne présente pas un tel lien avec l'obligation du subrogeant de transmettre sa créance qu'il faille attirer l'attention des contractants sur cet élément matériel²¹¹. Plusieurs arguments utilisés au XIXe siècle pour établir que la subrogation s'analyse comme une fiction dérogeant à l'effet extinctif du paiement se rencontrent déjà dans l'ancien droit. La ressemblance n'est qu'apparente.

206- Cf. l'arrêt de Paris, 21 janvier 1970, JCP 1971. II.16837, note Ch. GAVALDA (La société Vallin, cliente de la société d'affacturage envoie à cet établissement les factures sur ses clients accompagnées d'un bordereau récapitulatif. La société d'affacturage lui renvoie le bordereau sur lequel elle mentionne celles qui sont approuvées. La société d'affacturage s'engage à régler le montant des factures approuvées. La société Vallin promet de subroger la société d'affacturage dès qu'elle aura procédé au paiement).

207- Cf. A. SERIAUX, Droit des obligations, 2e éd., PUF, Droit fondamental, 1998, p 624. « La promesse de subrogation est un engagement de subroger lors du paiement, engagement qui, bien entendu, doit être exécuté par le créancier promettant si le paiement par le tiers bénéficiaire de la promesse a effectivement lieu ».

208- Cf. J. MESTRE, La subrogation personnelle, thèse, LGDJ, 1979, n° 202.

209- Cf. J. GHESTIN, Traité de droit civil, La formation du contrat, LGDJ, 3 éd., 1993, n° 452.

210- Cf. M.-N JOBARD-BACHELLIER, Existe-t-il encore des contrats réels, R.T.D.Civ, 1985, n° 36.

211- Cf. Y. CHAPUT note sous Dijon, 12 mars 1987, JCP 1987, II, 14948, cité par Ch. GAVALDA, n° 12. « Seule la transmission de la créance est subordonnée au paiement ».

La subrogation s'analyse comme une cession forcée de créances²¹², et non comme une exception à l'effet extinctif du paiement. Certes, le paiement éteint la créance, mais la subrogation contourne cet obstacle puisque le subrogé s'acquitte du prix d'une créance qui lui est transmise.

Selon la doctrine, la subrogation sert à indemniser le tiers solvens qui s'acquitte de la dette d'autrui, en le plaçant dans la même situation que le créancier. Le subrogé bénéficie des mêmes garanties que le subrogeant lorsqu'il exerce son action récursoire. Libérer le débiteur sans trop s'exposer à perdre, venir à son secours, mais en prenant ses mesures pour que le bon office qu'il consent à rendre ne tourne pas à son préjudice, tel est le but que se propose celui qui, en payant la dette d'autrui, stipule ou reçoit

Le bénéfice de la subrogation²¹³. La subrogation se présente ainsi comme un service d'ami dans les rapports entre le subrogeant et le subrogé, mais également dans les rapports entre le subrogé et le débiteur.

La subrogation profite incontestablement au subrogé qui peut obtenir le remboursement de la somme versée au subrogeant. Elle profite également au créancier qui obtient le paiement de la dette sans avoir à se préoccuper de la solvabilité du débiteur. La subrogation ne nuit pas aux tiers puisque le subrogé se trouve exactement dans la même situation que le subrogeant. La subrogation ne nuit pas non plus au débiteur puisque le subrogé est censé agir dans son intérêt.

Le domaine et le régime de la subrogation se déduisent de cette bienveillance à son égard. La subrogation étant censée profiter au subrogeant, la créance de celui-ci n'est transférée que dans la limite du paiement effectué par le subrogé. Surtout, cette subrogation ne peut pas nuire au subrogeant²¹⁴. De même, la subrogation est censée ne pas présenter les mêmes risques de fraude aux droits des tiers que la cession de créance.

212- Cf. R. BEAUREGARD, Les origines de la subrogation, thèse, Paris, 1876, p 151 ; J. BRISSAUD, Cours d'histoire générale du droit français public et privé, rééd. par Brissaud de l'ouvr. de 1898-190, p 487, note 3.cité par F. LEPLAT, p.47.

213- Cf. F. MOURLON, Traité théorique et pratique des subrogations personnelles, Paris, 1848, p 27. Libérer le débiteur sans trop s'exposer à perdre, venir à son secours, mais en prenant ses mesures pour que le bon office qu'il consent à rendre ne tourne pas à son préjudice, tel est le but que se propose celui qui, en payant la dette d'autrui, stipule ou reçoit le bénéfice de la subrogation. Cité par F. LEPLAT, p.47.

214- Article 1252 CC.F.

Cette dernière risque de soustraire un élément à l'actif du patrimoine du cédant aux prérogatives de ses créanciers. En revanche, la subrogation ne peut s'opérer qu'en contrepartie du paiement d'une somme d'argent équivalente au montant de la créance transmise. Cette somme doit en outre être versée en même temps que la transmission de la créance.

Cette pratique a l'avantage de dispenser les parties des formalités de notification et de l'acte authentique. Toutefois, elle présente l'inconvénient majeur de laisser le débiteur dans l'ignorance du fait que l'opération a été effectuée en faveur du factor, et par suite de régler la facture directement à l'industriel.

Le simple avis envoyé par la Banque-factor au client débiteur, l'informant de cette opération, peut ne pas paraître une formalité suffisante en égard aux circonstances de certains cas.

Ainsi la Cour de Paris, dans une décision du 23/1 /1970, a jugé qu'un petit commerçant, habitué à régler ses factures à son fournisseur avait, à raison, continué à régler ses factures au fournisseur directement, malgré l'avis qu'il a reçu de la Banque. La Cour a jugé que, en égard aux circonstances, le client avait raison de le faire²¹⁵.

Deux jours plus tôt (c.à.d. le 21/1/1970) la même cour de Paris avait décidé qu'un commerçant qui, malgré l'avis de la Banque, avait réglé directement la facture à son fournisseur, l'avait fait à tort. Mr. Rodiere²¹⁶ estime que la position de la Cour de Paris n'est nullement contradictoire. Ces décisions étaient motivées par des circonstances de fait différentes. Il en déduit qu'une règle stricte ne peut être énoncée à cet égard, Ce caractère de la subrogation (service d'amis) ouvre la porte à un point d'interrogation, auquel nous ne répondrons pas: « Si la subrogation est un service d'amis, on se demande quelle serait la légitimité de la commission perçue par le factor ».

Enfin, Ce mécanisme s'est imposé dans la pratique pour sa souplesse, alors même qu'un courant de la doctrine le contestait. Malgré l'introduction de la cession Dailly, la pratique de la subrogation n'a pas été modifiée²¹⁷.

215- Cf. Ch. GAVALDA, op.cit, n°43.

216- Cf. M KAÏSSI, Droit des affaires « business law », librairie juridique al halabi, 2002, p.75.

217- Cf. Ch. GAVALDA, Affacturation, Rep.Com.Dalloz, 1996, n°10.

SOUS-SECTION 5 :

LA CESSION ET LA SUBROGATION :

La cession de créance et la subrogation appartiennent à une même catégorie juridique de transmission des créances. La cession de créance désigne la convention par laquelle un créancier (le cédant) transmet à son contractant (le cessionnaire), la créance sur le débiteur (le cédé) art 1690 du C.C.F et art 239 C.C.A, et la subrogation consentie par le créancier (le subrogeant) qui transmet la créance au contractant (le subrogé) sur le fondement d'un paiement. L'art 262 du C.C.A et art 1249 du C.C.F.

Un esprit différent animerait chacun de ces modes de transmission. Selon la doctrine, la cession, consentie en contrepartie d'un prix, poursuit une finalité spéculative alors que la subrogation, consentie en contrepartie du paiement de la dette d'autrui serait un service d'ami²¹⁸. Le but principal de la subrogation est la libération du débiteur envers le créancier originaire. Alors que celui de la cession serait la vente et l'acquisition de la créance.

Si le paiement est fait par un tiers dans son intérêt particulier et avec subrogation aux droits du créancier : l'opération n'est plus un paiement ; ce n'est même pas un paiement avec subrogation ; c'est une cession déguisée sous l'apparence trompeuse d'un paiement subrogatoire²¹⁹.

La cession se caractérise par l'opposabilité des exceptions ; le cédé peut opposer au cessionnaire les mêmes exceptions qu'au cédant. L'opposabilité des exceptions rapproche la subrogation de la cession, mais la subrogation se caractérise par l'exigence d'un paiement qui détermine notamment le montant et l'ampleur de la transmission.

En pratique, le rapprochement entre la cession et la subrogation se constate également le choix du mode de transmission qui dépend moins de sa nature où de ses effets caractéristiques que d'un bilan coût avantage²²⁰. L'affacturage offre un exemple où la subrogation se substitue à une cession.

218- Cf. C. AUBRY et C. BAU, Cours de droit civil français, Cité par F. LEPLAT, p.6.

219- Cf. M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français, p. 655. Cité par F. LEPLAT, p.6.

220- Cf. E. PUTMAN, Droit des affaires, Moyens de paiement et de crédit, PUE, 1995, n° 4.

L'affacturage réalise une opération de crédit lorsqu'un client transmet ses créances à terme à son affactureur, en contrepartie d'un paiement immédiat. A cette fin, l'affactureur utilise la subrogation, alors que cette transmission d'une créance en contrepartie de l'obligation d'en payer le prix caractérise normalement la cession de créance. La subrogation s'avère cependant plus avantageuse. L'opposabilité de la transmission aux tiers ne requiert pas l'accomplissement des formalités onéreuses de la cession de créance régie par le Code civil.

Cependant, la subrogation présente l'inconvénient de limiter l'ampleur de la transmission au montant du paiement effectué par le subrogé. L'affactureur ne pourrait pas se rémunérer du crédit consenti à son client en lui versant une somme inférieure à la valeur nominale de la créance transmise. La pratique a néanmoins remédié à cet inconvénient. L'affactureur s'acquitte du montant total de la créance mais impute immédiatement une commission²²¹. Ainsi, il est subrogé dans la totalité de la créance en ne décaissant qu'une partie de son montant.

La nature juridique des modes de transmission contraste avec les différences fermement établies entre leurs régimes. La cession se caractérise par l'opposabilité des exceptions ; le cédé peut opposer au cessionnaire les mêmes exceptions qu'au cédant. Le régime de la subrogation se caractérise par l'exigence d'un paiement qui détermine notamment le moment et l'ampleur de la transmission.

Ainsi, la cession et la subrogation présentent les caractéristiques essentielles de la transmission conventionnelle des créances en dérogeant à la relativité du lien d'obligation afin d'opérer un changement de créancier sans augmenter l'engagement du débiteur.

221- Cf. J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit Bancaire* Dalloz, 6 éd., 1995, n° 585.

La cession et la subrogation ont pour seul objectif d'assurer la transmission conventionnelle des créances. Le système juridique s'est adapté à l'entrave générée par les formalités du droit commun de la cession de créance grâce à des techniques de substitution. Le seul objectif de la distinction entre la cession et la subrogation est de soustraire la transmission conventionnelle des créances aux formalités de l'article 1690 du C.C.F.

Il n'y a pas de différence entre la cession et la subrogation consentie par le créancier ; ou si l'on en veut trouver une, il faut dire qu'il existe entre elles la même différence qu'entre la cause et l'effet, la cession est la cause, la subrogation l'effet. Le tiers qui paie n'est subrogé, ou mis dans la place du créancier, que par la cession des droits de ce dernier. C'est par elle que le subrogé lui succède et représente sa personne.

Le Code français parle de la subrogation au chapitre du Payement, tandis qu'il traite de la véritable cession au titre de la vente. Cela suffit pour établir une distinction fondamentale entre la subrogation et le transport de la créance. Dans la subrogation, la cession des actions des créanciers n'est jamais que l'accessoire et la conséquence du paiement qui lui est fait par le tiers subrogé, que son but et son effet principal, c'est la libération du débiteur envers l'ancien créancier²²².

Enfin l'opération d'affacturage est une opération qui nécessite l'intervention de l'adhérent qui vend des marchandises ou une prestation de service pour l'acheteur qui est le débiteur et enfin la société d'affacturage qui subroge l'adhérent dans ses créances qui a envers le débiteur. Comme chaque contrat la convention d'affacturage produit des effets pour chacune de ses parties.

222- Cf. GAUTHIER, Traité de la subrogation de personnes, 1853, n° 53. Cité par F. LEPLAT, p.12.

TITRE 2^{eme}:

EFFETS ET EXTINCTION
DE LA CONVENTION
D’AFFACTURAGE.

TITRE 2^{ème}:

EFFETS ET EXTINCTION DE LA CONVENTION D'AFFACTURAGE.

La société d'affacturage prend la place de l'adhérent par le mécanisme de la subrogation conventionnelle, l'affactureur bénéficie de tous les droits du subrogeant « l'adhérent ». Par contre, il peut se voir opposer toutes les exceptions qui peuvent être invoquées contre le subrogeant par le subrogataire « débiteur ». Ainsi, la facture peut être contestée au factor, si la livraison n'a pas eu lieu, ou si la marchandise est viciée ou non conforme à la commande c'est pour ça avant de conclure le contrat le factor doit s'assurer de l'existence de toutes les garanties et assurance liées au contrat contre tout risque d'impayé et celles liées à la créance. La subrogation s'opère au moment du paiement qui peut intervenir à l'échéance ou avant l'échéance. C'est dans ce dernier cas que l'affacturage peut véritablement s'analyser en une opération de crédit.

Dans la convention d'affacturage, comme dans tout contrat, chaque partie a des obligations à rendre pour l'autre et ces obligations sont le but, le motif de chaque partie, voire c'est la cause du contrat. L'adhérent a besoin d'un financement immédiat avec une garantie contre le risque impayé, l'affactureur finance la société adhérente en contre partie d'une commission.

Dans cette deuxième partie on étudiera tout d'abord les rapports et les obligations de chaque partie (Chapitre 1^{er}), ensuite, les différentes formes d'extinction du contrat d'affacturage. (Chapitre 2).

CHAPITRE1 :

LES EFFETS DE LA CONVENTION D’AFFACTURAGE

Ce sont alors les effets classiques de la subrogation qui se produisent, ce sont les obligations, ce sont des effets qui suivent la conclusion du contrat, pour cela, nous allons étudier les relations ou les rapports entre la société d’affactureur et l’adhérent pour la conclusion du contrat et aussi les rapports entre la société d’affactureur et le débiteur

Avant de conclure le contrat, les deux parties vont se mettre d’accords sur le choix du type de contrat d’affacturation compte tenu de leur nécessité. Ce contrat précise les droits et obligations des parties. Il mentionne les différents services rendus par le factor et leur mode de rémunération. L’affactureur s’assure de l’existence des garanties qui lui assurent le recouvrement de la créance et de tout autre assurance et surtout veille sur l’application du principe d’exclusivité et de globalité ; surtout que le subrogé « l’affactureur » perd ses recours contre « l’adhérent » subrogeant si le débiteur ne paie pas la facture, mais il les conserve au cas d’inexistence ou de nullité de la créance.

Toute fois, la subrogation ne constitue pas en droits civils français et algérien un mode de transport des obligations, mais seulement un moyen de protéger le tiers qui a payé au lieu et place du débiteur.

SECTION 1 :

LES RAPPORTS ENTRE LES PARTIES

L’affacturation établit une relation économique triangulaire entre vendeur « adhérent », acheteur «débiteur » et la société d’affacturation. l’adhérent « vendeur » et le débiteur « acheteur » leur lie un contrat de vente soit pour vendre une marchandise ou une prestation de service et fait naître une créances commerciales ;la société d’affacturation et l’adhérent concluent un contrat d’affacturation qui est un contrat commerciale afin de procurer un financement contre le transfert de ces créances à l’échéance.

SOUS-SECTION 1 :

LES RAPPORTS ENTRE FACTOR ET L'ADHERENT.

Dans cette partie, nous allons envisager les relations respectives entre les deux parties. Il faut d'abord préciser que les opérations entre affactureur et adhérent se font dans le cadre d'une convention ou d'un contrat d'affacturation ; c'est un contrat qui repose sur le mécanisme de la subrogation conventionnelle. L'affactureur et son adhérent se mettent d'accords sur le type de contrat d'affacturation selon leur besoin, tout en s'assurant de l'existence de toutes les garanties et sûretés du contrat qui lie l'adhérent et son client et celles qui sont liées a contrat d'affacturation comme le principe de globalité et d'exclusivité.

A. Les différents types du contrat d'affacturation :

L'affacturation est une opération à contenu variable dépendant des conventions conclues entre la société d'affacturation et l'adhérent. Ainsi peut-on classer les opérations d'affacturation en fonction des services rendus aux adhérents. Les diverses possibilités offertes par les sociétés d'affacturation ne sont pas obligatoirement cumulées, mais peuvent être regroupées selon des formules appropriées proposées par les sociétés d'affacturation, qui tentent progressivement de proposer des formules adaptées à leur clientèle afin de séduire un éventail d'entreprise de plus en plus large, on fera la mention de la terminologie anglaise pour chaque type de contrat ; sur le plan du commerce international, dès lors que l'acheteur et le vendeur se trouvent dans deux pays différents ; alors ici nous nous trouvons devant un contrat d'affacturation interne ou domestique et un contrat international et dans ce même secteur il existe deux contrats : un contrat d'affacturation à l'exportation et un contrat d'affacturation à l'importation.

I. Les types de contrat selon la fonction :

L'affacturage ou factoring désigne une opération aux facettes multiples¹, il offre aujourd'hui, une souplesse d'utilisation à l'entreprise où celle-ci choisit la combinaison des services adaptés à ses besoins. En outre, la connaissance par la société d'affacturage des secteurs d'activité lui permet de proposer des contrats "sur mesure" répondant aux contraintes des différents métiers.

a. Le contrat d'affacturage classique « full factoring » :

L'affacturage traditionnel ou classique, est un transfert de créances commerciales de leur titulaire à un factor « la société d'affacturage » qui se charge d'en opérer le recouvrement et qui en garantit la bonne fin, même en cas de défaillance momentanée ou permanente du débiteur. L'affactureur peut régler par anticipation tout ou partie du montant des créances transférées.

Les services proposés dans ce genre de contrat sont les suivant :

- ❖ la gestion des comptes clients,
- ❖ le financement et les services de caisse,
- ❖ la garantie des créances et la bonne fin, supporte le risque de non-paiement
- ❖ cession sans recours au factor.

L'affacturage tel que nous venons de le décrire est le « full factoring » pratiqué par les sociétés françaises comprenant obligatoirement les trois aspects : garantie, gestion et financement.

1-Cf. CH. GAVALDA et J. STOUFFLET, Le contrat dit de factoring : JCP G 1966, 1, 2044. - J.-P. DESCHANEL, L'affacturage : PUF coll. Que sais-je, n° 2747. - T. BONNEAU : Droit bancaire : Montchrestien coll. Précis Domat, 2005, n° 571.

b. Le contrat d'affacturage sans assurance-crédit ou sans garantie

"with recourse" :

Sous cette forme, seuls les aspects gestion et financement sont conservés. La garantie des créances n'est pas assurée par la société d'affacturage qui se réserve la possibilité d'exercer son recours vis-à-vis de son adhérent en cas d'impayé des débiteurs. Cependant, garantir le risque d'impayé n'est pas une règle obligatoire².

Cela implique, en général, que la sélection de la clientèle disparaît et, avec elle, la nécessité pour l'adhérent de transmettre une demande d'approbation pour chaque client devant être factoré. L'adhérent, en revanche, transmet ses factures régulièrement au factor qui les gère et les finance aux conditions convenues, comme pour le contrat d'affacturage traditionnel³.

Le « *factoring with recourse* » exclut la garantie, car l'affactureur conserve un recours contre son adhérent devant un débiteur cédé non solvable.

c. Le contrat d'affacturage sans gestion ou notifie mais non gere

"agency factoring" :

Sous cette appellation, seuls les aspects garantis et financement sont proposés. La gestion des créances et la tenue des comptes clients sont laissées à l'adhérent. Cela suppose que celui-ci soit déjà bien équipé sur ce plan et qu'il puisse fournir au factor régulièrement l'état des règlements enregistrés. Le factor finance les factures dès leur émission et garantit le paiement en cas d'insolvabilité du débiteur. Cela implique une grande confiance dans l'adhérent.

Enfin l'agency factoring exclut la gestion, c'est l'adhérent qui gère ses créances et ses comptes clients, l'affactureur ne fait que payer par anticipation et garantit la bonne fin des créances⁴.

2-Cf. J. BEGUIN et M. MENJUCQ, droit du commerce international, Litec, 2005, p.623.

3-Cf. R-A. BENA, l'affacturage, D.E.A. de Droit privé, 2005, p.4.

4- Cf. R-A. BENA, op. cit, p.4.

d. Le contrat d'affacturage sans financement

"pay as paid" :

Ce contrat prévoit gestion et garantie mais aucun financement. La créance, achetée dès sa naissance à l'adhérent, ne lui est payée qu'après paiement par le débiteur (à moins qu'il ne soit insolvable)⁵. Dans ce cas, le factor paie en lieu et place du débiteur (après un certain délai de carence). Ce type de contrat est souvent retenu par des sociétés étrangères qui se chargent de leur financement, mais qui confient à un factor français la gestion, le recouvrement et le suivi du risque client.

e. Le contrat d'affacturage a maturité ou sans préfinancement

"maturity factoring" :

Dans cette formule, le factor gère les comptes clients tout en assurant le risque d'insolvabilité des débiteurs. Cependant, la créance, achetée dès sa naissance à l'adhérent, ne lui est payée qu'à l'échéance prévue. Il n'existe donc pas de préfinancement, mais éventuellement un financement entre la date d'échéance et la date réelle de paiement si cette dernière diffère⁶.

Ce type de contrat est souvent retenu par les sociétés qui souhaitent connaître très précisément les flux monétaires pour leur gestion de trésorerie.

Enfin le maturity factoring exclut le financement : l'affactureur gère et garantit les créances, mais ne les paye que quand elles sont venues à maturité, ça veut dire à l'échéance.

f. Le contrat d'affacturage partiel :

Contrairement au contrat d'affacturage classique dans lequel le factor prend en charge l'intégralité du poste client affacturation global, cette formule permet de ne gérer qu'une partie du chiffre d'affaires; dans le cas d'adhérents de taille importante, on peut envisager de ne facturer qu'une division⁷.

5- Cf. Cf. P. MARAZZATO, DESS l'affacturage international et la convention Ottawa, 1998, p.23.

6-Cf. J BEGUIN et MENJUCQ, op. cit, p.624.

7- Voir le site www.olegturceac.com : « la réduction du risque-client par recours a des partenaires externes », p.318.

La société d'affacturage se porte garante, supporte le risque de non paiement et le recouvrement qu'une partie des créances commerciales proposée par l'adhérent. La convention d'affacturage est considérée comme étant une cession de créance, en cas de paiement partiel de la facture par l'affactureur à l'adhérent, le cessionnaire « affactureur » prime le cédant « l'adhérent ».

Enfin, en cas de factures non-acceptées par le factor « non-approuvées » ni garanties par le factor qui se charge simplement de les présenter et les recouvrir, le contrat d'affacturage devient un contrat de mandat. Dans ce cas, l'affactureur agirait en justice et qualité, et bénéficierait des dispositions de contrat de mandat.

**g. Le contrat d'affacturage confidentiel undisclosed factoring ou
« l'invoice » discounting:**

Une technique qui s'est largement développée au Royaume Uni et qui commence à se développer en France. Ce service n'est en fait qu'un service de financement qui fait abstraction des relations entre le factor et le débiteur. L'adhérent procédera directement au recouvrement des sommes qui lui sont dues par son propre débiteur, lequel paiera directement l'adhérent avec l'accord préalable du factor.

Le fait pour un fournisseur d'indiquer sur sa facture à son client que ce dernier devra à l'échéance adresser son paiement au factor et non directement au fournisseur peut laisser craindre à ce dernier un certain relâchement des liens commerciaux avec ses clients .A cette préoccupation, des fournisseurs ont répondu « l'affacturage confidentiel » proposé par les sociétés d'affacturage à certains de leurs gros clients : le factor continue à garantir les créances de l'entreprise, et à en assurer le préfinancement, mais la gestion de son poste clients et les relations avec la clientèle y compris au stade du paiement de celle-ci est conservée par le fournisseur. Il appartient alors au fournisseur de restituer au factor les sommes de ses créances⁸.

8- Voir le site www.olegturceac.com op. cit, p. 316.

Les praticiens français, de longue date, reprochent en effet de mettre à rude épreuve la relation de confiance traditionnelle et de partenariat entre le factor et son client-adhérent. En effet, au détriment de la qualité du papier, certains affactureur plus attirés par un « gros chiffre » que par un « bon chiffre » n'hésitent pas à accepter du papier de plus en plus risqué afin de réaliser rapidement des marges confortables. Leur « métier » se limite dès lors uniquement au service de caisse, donc à l'avance de fonds, comme indiqué précédemment, par escompte chez le banquier habituel, d'un billet de factor⁹.

Ceci explique donc qu'un certain nombre de banquiers voyant leur chiffre d'affaires auprès des entreprises diminuer, ont créé des filiales spécialisées dans l'affacturage, afin que le mouvement total reste dans leur groupe et évitent ainsi une fuite de flux rémunérateurs au profit des seuls factors.

Cela a permis de capter plus de mouvement par la signature d'un contrat avec sa filiale spécialisée en affacturage avec l'achat d'une grande partie ou de la totalité des créances et l'escompte du papier commercial émis par sa filiale.

II. Les types de contrat selon le secteur d'activité :

L'affacturage commence à se développer de passer du domaine domestique vers la conquête du monde international on s'appuie sur les chaînes interfacteurs internationales qui contribuent à l'essor de cette technique de financement.

a. L'affacturage domestique :

C'est un contrat qui est conclu entre des parties résident dans le même pays, relation triangulaire : la société d'affacturage, l'adhérent et le client Ce type de contrat ne pose pas de problème concernant le mécanisme de transfert des créances, ni les problèmes de monnaie, ni de change. Même en cas de litige ou de résiliation du contrat les textes sont définis en ce qui concerne la loi applicable.

9- Cf. Cf. P. MARAZZATO, op. cit, p.25.

b. L'affacturage international :

Nous serons devant un contrat d'affacturage international lorsque l'acheteur et le vendeur se trouvent dans deux pays différents, par rapport, à la relation précédente, vient s'ajouter un quatrième intervenant, qui est un affactureur import, mandaté par l'affactureur export pour procéder au recouvrement de sa créance auprès du débiteur qui se trouve dans un pays autre que celui de l'adhérent et dans laquelle il a été subrogé par l'affactureur export.

Il y aura quatre parties en présence, l'adhérent, l'affactureur export, l'affactureur import « correspondant » du factor export et le débiteur « Acheteur ». Vient s'ajouter une autre relation contractuelle bilatérale, le contrat inter-factors ¹⁰.

10- Voir la sous section 2 de la section 1 du chapitre 2 de la première partie.

Dans ce type de contrat, le factor export va rencontrer un obstacle linguistique. Le factor import, représentant local du factor export aura, pour sa part, plus facilement accès aux informations tant économiques que financières et son approche de part la connaissance des usages et coutumes locales, en fera un interlocuteur de première catégorie pour le facteur export. En devenant propriétaire des créances, il prendra, pour sa part, un risque politique et monétaire. Ces relations inter-factors au travers des chaînes et réseaux internationaux, les opérations et les transactions dans le cadre d'un contrat d'affacturage international, les difficultés rencontrées sont régies, par le régime juridique de « la convention d'Ottawa ».

1. L'affacturage à l'importation :

L'importation est l'action de vendre sur le marché intérieur une partie de la production de biens ou de services d'un ensemble économique étranger à l'Algérie. Pour mieux importer du point de vue finances et assurances, il faut encourager dans chaque pays la création et le développement des procédures de garantie contre les risques pris à l'importation. Avec la globalisation croissante des économies, les possibilités commerciales des entreprises se multiplient à l'étranger, ces entreprises sont de plus en plus nombreuses à vouloir disposer d'outils performants et adaptés à leurs besoins pour gérer, en temps réel, en toute sécurité et à moindre coût, les relations qu'elles développent avec leurs clients et fournisseurs. Ces sécurisations ne peuvent être procurées que par la convention d'affacturage.

L'importateur doit avoir une commande ferme du client final. Les achats peuvent être effectués auprès de fournisseurs partout dans le monde. Les clients doivent se trouver dans un pays de l'OCDE et de l'Union Européenne. Les produits achetés¹¹ doivent être des produits finis qui ne demandent pas de transformation « de type biens d'équipement ». Les produits périssables (par exemple fruits et légumes) ne sont pas éligibles à « l'**affacturage import** » ainsi que les matières premières.

11- Voir le site www.olegturceac.com op. cit, p.352.

Les produits personnalisés (avec le nom d'une marque dessus) ne sont également pas éligibles car ils ne peuvent pas être revendus à un autre client en cas d'annulation de commande. Les produits éligibles à l'affacturage import sont multiples : scooters, motos, vélos, quads, chariots élévateurs, lampes, mobilier d'intérieur et d'extérieur, stylos, matériels de construction, climatiseurs, jouets, électroménagers, outils, bureautique, équipements électroniques et informatiques, fournitures industrielles, etc.

L'affacturage à l'importation permet :

- ❖ de financer les opérations d'achat et d'importation sans utiliser de concours bancaires et sans mobilisation des lignes de financement bancaires habituelles,
- ❖ de payer les fournisseurs sans attendre l'échéance de la lettre de crédit,
- ❖ de regrouper sur un seul prestataire les opérations de financement, de logistique et de distribution de marchandises,
- ❖ de contrôler les approvisionnements, budgétiser le coût d'achats à l'importation ;
- ❖ de sous-traiter entièrement ou partiellement l'opération d'importation
- ❖ de favoriser le développement du commerce extérieur.

Pour l'affacturage à l'importation le problème se pose pour la gestion de créances qui est considéré un élément important dans le financement d'importation, elle est liée à l'assurance-crédit et à l'information commerciale car la gestion des créances n'est efficace que si elle est couplée avec une information de qualité. Ce qui diminue les impayés et les retards de paiements. Pour développer les financements importation, il faudrait autoriser la garantie de change à des monnaies non éligibles et cela dès le stade de l'offre. Il faudrait aussi assouplir les garanties aux crédits financiers et les limitations concernant la part étrangère et les commissions. Les taux des financements en devises devraient être alignés sur les taux pratiqués par le pays de la devise. En sus, les protocoles gouvernementaux à financements privilégiés pour les pays en voie de

développement devraient être fortement encouragés. Sans les marchés à terme et les marchés d'options toutefois, ces mesures d'incitation à l'importation seront incomplètes.

Enfin l'affactureur importateur peut jouer double rôle :

- ❖ D'une part, il est en mesure d'apprécier la solvabilité du débiteur et peut en conséquence, renseigner l'établissement d'affacturage export et garantir le paiement par le débiteur étranger.

- ❖ D'autre part, le correspondant intervient en tant que mandataire pour procéder à l'encaissement et au recouvrement des créances à l'étranger pour le compte du factor-export ou « affactureur exportateur ».

2. L'affacturage a l'exportation :

L'affacturage à l'exportation permet à l'adhérent de bénéficier de l'opération d'affacturage pour des créances sur l'étranger. Cette technique peut être très utile en matière du commerce international dans la mesure où les risques commerciaux sur les débiteurs sont accrus par rapport aux ventes internes. Les exportateurs ont, en effet, moins de connaissances de la solvabilité de leurs contractants étrangers compte tenu de l'extranéité de ces derniers.

C'est pourquoi dans le cadre de l'affacturage à l'importation, le factor exige la plupart du temps une garantie à l'égard des clients étrangers : il demande à l'exportateur de se couvrir contre les risques politiques et commerciaux en prenant une assurance crédit.

L'affacturage à l'exportation est utilisé par les entreprises dans une double optique :

- ❖ Limiter les risques de défaillance des clients,
- ❖ Améliorer la trésorerie.

L'opération va se porter sur des créances nées d'un contrat commerciale entre un vendeur « exportateur » résident en Algérie et l'acheteur « importateur » étranger résident en France .L'affactureur exportateur va financer, garantir et supporter le risque

d'impayé, par exemple, du débiteur qui est étranger. Comme nous l'avons vu auparavant, l'approbation de l'affactureur est faite sur la base des informations collectées sur le débiteur « les clients de l'adhérent ».

Les exportateurs étant confrontés à un système de droit, à une langue et à des usages différents auront du mal à recouvrer seuls leurs créances sur l'étranger. En outre, au risque commercial s'ajoute un risque politique et de non transfert, notamment celui de l'adoption par les autorités du pays des débiteurs de mesures faisant obstacle au paiement, que l'affactureur traditionnel permet de neutraliser.

Enfin dès lors que l'affacturage comprend un service d'avances sur les créances, l'exportateur voit se réduire le risque de change qui apparaît lorsque la monnaie de compte des opérations commerciales est une devise étrangère.

B. Les garanties de recouvrement :

Pour limiter le risque qui s'attache à l'opération d'affacturage, l'affactureur exige souvent de son client « l'adhérent » des garanties. Celles-ci sont aussi de nature à faciliter le refinancement du crédit dans la mesure où elles sont transmissibles à l'organisme mobilisateur de la créance¹². Les sociétés d'affacturage font appel à toutes les techniques de garantie consacrées par notre droit où que la liberté contractuelle permet d'élaborer, malgré que l'affactureur n'est d'accord de conclure le contrat d'affacturage qu'après une analyse détaillée sur la situation financière du client, la nature de la créance et ces acheteurs. Leur intérêt n'est pas seul en cause. Du degré d'efficacité des garanties dépend directement le coût du crédit.

L'affactureur pour accorder son accord il doit tout d'abord demander à l'adhérent de lui apporter des garanties pour assurer son crédit, la bonne fin. Ces garanties sont des sûretés, sont des sûretés réelles ou personnelles.

12-Cf. H. CABRILLAC, Des garanties et sûretés en matière d'opérations de crédit, Juris classeur. Banque et Bourse, fasc. 36.

I. Les sûretés réelles :

Lorsque l'adhérent se présente auprès de la société d'affacturage pour obtenir un crédit, elle lui demande de fournir une ou des garanties destinées à assurer que le crédit sera bien remboursé. Cette garantie peut prendre diverses formes comme : la constitution d'une hypothèque ou d'un nantissement.

a. L'hypothèque :

L' "hypothèque est une sûreté constituée sur un bien immeuble qui est affectée au paiement d'une dette. Elle confère au créancier un droit de préférence et un droit de suite lui permettant d'en poursuivre la vente en quelque main que le bien se trouve. Les droits qu'elle confère sur un immeuble sont applicables aux tiers dès sa publication à la Conservation des hypothèques¹³. Cette garantie lui procure les droits de préférence et son titulaire peut procéder à une nouvelle inscription, et ce, sans l'intervention ou l'accord du débiteur¹⁴. On n'envisagera ici que l'hypothèque immobilière. L'hypothèque mobilière est également une garantie dont profitent les banques dans les cas exceptionnels où la loi en permet la constitution. On sait qu'elle peut porter sur les navires, bateaux et aéronefs¹⁵.

L'hypothèque sert à garantir le paiement d'une dette contractée sur des biens immobiliers neufs ou anciens. En cas de défaillance de l'emprunteur, ces garanties permettent à la société d'affacturage de faire saisir l'immeuble afin qu'il soit vendu en justice. Notre législateur a défini l'hypothèque comme étant « le contrat par lequel le créancier acquiert sur un immeuble affecté au paiement de sa créance, un droit réel qui lui permet de se faire rembourser par préférence aux créanciers inférieurs en rang, sur le prix de cet immeuble en quelque main qu'il passe »¹⁶. Quant au législateur français, il proclame que « L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. Elle est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier

13- Voir les articles 28, 30 et 37 du décret français du 4 janvier 1955 et articles 882 et suite du C.C.A.

14- Voir l'Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés en France.

15- Voir la loi n°67-5 du 3 janvier 1967 et le décret n°67-967 du 27 octobre 1967 sur le statut des navires réglemente le régime des hypothèques maritimes et celui de la saisie des navires en France.

16- Voir l'article 882 du C.C.A.

sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles. Elle les suit dans quelques mains qu'ils passent »¹⁷.

On constate que le législateur français a considéré, à l'instar de notre législateur que l'hypothèque est « un droit réel » consacré pour le créancier afin d'assurer son droit au remboursement. Il lui a institué le droit de préférence qui lui permet d'être payé en priorité sur le prix de la vente d'immeuble, c'est-à-dire avant les créanciers ordinaires qui ne disposent d'aucun privilège et avant ceux dont le privilège est d'un rang postérieur au sien ; un droit de suite qui l'autorise à faire saisir l'immeuble même lorsqu'il a été revendu à un tiers.

L'hypothèque doit faire l'objet d'un acte notarié¹⁸. L'inscription est effectuée au Bureau des hypothèques du lieu où se trouve le bien. L'affactureur a le droit en cas de non recouvrement de la créance de faire vendre les biens du débiteur aux enchères. Le prix de la vente sert à rembourser la somme empruntée à l'adhérent. L'affactureur a le privilège sur le prix de cette vente devant les autres créanciers ordinaires.

Ce droit attesté pour la société d'affacturage résulte de la cession de créance effectuée avec l'adhérent par le contrat d'affacturage, il est indivisible subsiste en entier sur tous les immeubles appartenant au débiteur¹⁹.

Si l'hypothèque peut être constituée pour garantir un crédit ouvert ou l'ouverture d'un compte courant²⁰, c'est pourquoi, la société d'affacturage en contre partie de son financement pour l'adhérent, a le droit de demander d'hypothéquer son compte courant qui a été rallongé par l'affactureur pour en constituer une garantie contre le risque d'impayé dans le cadre d'un contrat d'affacturage.

Il faut ajouter que les créanciers hypothécaires recouvrent leurs créances soit sur le prix d'immeuble, ou sur la créance qui s'y est substituée. Cela veut dire qu'en cas de défaillance de l'immeuble, l'affactureur peut restituer son prix par l'assurance d'immeuble contre les risques de défaillance.

17- Voir l'article 2114 du C.C.F.

18- Voir l'article 883 du C.C.A et 2116 du C.C. F.

19- Voir l'article 892 C.C.A et art 2114 du C.C. F.

20- Voir l'art 891 du C.C.A.

L'hypothèque peut être utilisée de deux manières pour la garantie d'un crédit: sous forme de constitution immédiate ou sous forme de promesse d'hypothèque.

Une promesse d'hypothèque est un contrat synallagmatique il peut être établi sous seing privé, à la différence de l'affectation hypothécaire qui doit être consentie²¹ par acte authentique. La promesse d'hypothèque est une création de la pratique. La promesse d'hypothèque confère au créancier un droit personnel contre le débiteur, sous forme d'obligation de ne pas faire (ne pas consentir une hypothèque en rang utile à un tiers) et d'obligation de faire (procéder aux formalités requises pour la validité de l'hypothèque), mais elle ne procure au bénéficiaire aucun droit réel sur le bien immobilier, qui soit opposable aux tiers.

La promesse constitue une sûreté provisoire, dans l'attente de l'établissement de l'acte notarié, mais le créancier peut aussi se contenter de cette seule "garantie". La promesse souscrite donne naissance à une obligation de faire à la charge du constituant, et ne grève pas l'immeuble ; à la limite, elle peut être consentie alors même que le promettant n'est pas encore propriétaire de l'immeuble.

Toutefois, la jurisprudence Française a admis quasiment de requalifier en acte constitutif d'hypothèque une promesse d'hypothèque créateur d'une simple obligation de faire et normalement frappée d'irrégularité formelle²². Le recours à la promesse d'hypothèque peut cependant présenter un danger. La jurisprudence considère, en effet, que pour l'application des inopposabilités de la période suspecte, il faut prendre en considération la date de constitution de la sûreté²³ et non la date de la promesse.

21- Cf. VANDEPUTTE, L'octroi des sûretés sur les actifs fixes des entreprises, Rev de la Banque, 1966, pp. 203,209.

22- Cour de cassation, 3^{ème} chambre civ, 7 janvier 1987, n° pourvoi : 85- 10608.

23- Cf. Cour de Poitiers, 2 nov.1965, R.T.D.C., 1966.128, obs. Houin ; Comm., 28 novembre 1973, D., 1973. J.273, note Ch. GAVALDA.

b. Le nantissement :

Le nantissement est un contrat par lequel une personne s'oblige, pour la garantie de sa dette ou de celle d'un tiers, à remettre au créancier, ou à une tierce personne choisie par les parties, un objet sur lequel elle constitue au profit du créancier, un droit réel en vertu duquel celui-ci peut retenir l'objet jusqu'au paiement de sa créance et peut se faire payer sur le prix de cet objet, en quelque main qui passe par préférence aux créanciers chirographaires et aux créanciers inférieurs en rang²⁴. Et le législateur français la définit comme étant un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette²⁵.

Le nantissement est une sûreté conventionnelle comme l'hypothèque parce qu'ils sont achevés dans le cadre d'un contrat mais la différence entre eux et que pour l'hypothèque la loi exige qu'il soit authentique, alors que pour le nantissement la loi n'exige pas qu'il soit authentique étant considéré comme un contrat consensuel.

Le nantissement est un droit réel, accessoire et indivisible sauf que le législateur exige la transmission de l'objet au créancier ou au tiers choisi par les parties²⁶. Il porte sur les biens meubles ou immeubles susceptibles d'être vendus séparément²⁷. Le nantissement d'une chose mobilière s'appelle un "gage" : c'est ainsi que s'exprime l'article 2072 du Code civil français et celui d'une chose immobilière s'appelle antichrèse. Il s'agit d'un contrat unilatéral qui ne fait naître d'obligation qu'à l'égard de celui qui remet la chose.

La société d'affacturage eu recourt au nantissement pour garantir ses droits en cas de non recouvrement de la créance par le débiteur, ce qui lui donne le droit de préférence, de poursuite et de saisie soit sur la chose déterminée et sur son prix²⁸. Seulement ces sûretés réelles, malgré leur assurance apportée pour les créanciers sauf qu'elles exigent des procédures qui demandent beaucoup de temps et de frais pour

24- Voir l'article 948 du C.C.A.

25- voir l'article 2071 du C.C.F.

26- Voir l'article 951/1 du C.C.A.

27- voir l'article 949 du C.C.A.

28- Voir les articles 900 et 899 du C.C.A.

leur accomplissement, aussi leur inscription et la publicité qui demande beaucoup de temps, ce qui les rend délaissé par les commerçants parce que le commerce exige la rapidité et en même temps l'assurance²⁹.

II. Les sûretés personnelles :

Les praticiens pour garantir leurs créances préfèrent se référer à la sûreté personnelle, telle que le cautionnement et l'aval.

a. Le cautionnement :

La société d'affacturage pour accorder un financement en contre partie d'une créance, elle exige souvent des garanties ; la plus courante est le cautionnement. Ce dernier est l'engagement pris par un tiers, appelé caution, de s'exécuter en cas de défaillance du débiteur.

Ainsi donc, le cautionnement est un contrat par lequel une personne garantit l'exécution d'une obligation, en s'engageant, envers le créancier, à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y pas lui même³⁰. Autrement dit, il est une sûreté personnelle par laquelle une personne nommée "la caution" s'engage à l'égard d'une troisième dite "le bénéficiaire du cautionnement" à payer la dette du débiteur principal dite "la personne cautionnée", pour le cas où cette dernière faillirait à ses engagements³¹

Ceci dit, la caution est un contrat unilatéral et consensuel, par lequel la caution s'engage envers un créancier à exécuter l'obligation au cas où le débiteur ne le ferait pas. La caution représente ici une banque pour le créancier. L'affactureur fait appel aux sûretés, il se tourne vers une tierce personne appelée caution pour assurer la garantie de son paiement. La caution doit présenter des garanties de solvabilité en tenant compte de tous les éléments de son patrimoine. Le cautionnement est aussi la sûreté de ceux qui n'ont rien et ne peuvent offrir une sûreté réelle. L'adhérent qui a recours au cautionnement pour optimiser sa garantie, veillé à insérer dans le contrat une clause

29- Cf. M. BACHIR, L'affacturage, mémoire de magister, 2001, p.87.

30- Voir l'article 644 du C.C.A.

31- Voir l'article 2011 du C.C.F.

par laquelle la caution s'engage solidairement et renonce au « bénéfice de discussion » lequel suspend l'action du fournisseur à l'égard de la caution, en l'obligeant de saisir auparavant le patrimoine du débiteur³².

Lorsqu'une personne physique se porte caution par acte sous seing privé, une mention manuscrite spécifique doit figurer dans l'acte de cautionnement, de façon à faire prendre conscience à la caution de l'étendue de son engagement. Cette mention doit être écrite des deux cautionnaire. Si la caution n'a pas été entièrement rédigée alors l'engagement est nul et la société d'affacturage ne peut en bénéficier.

La caution s'engage à payer la dette du débiteur principal. Le créancier acquiert contre elle un droit de poursuite. L'objet de la caution consiste à payer la dette d'un autre. L'obligation de la caution est accessoire parce qu'elle dépend de celle du débiteur qui est l'obligation principale. De même l'engagement de la caution ne peut être supérieur à la dette telle qu'elle est exprimée dans le cautionnement³³. Mais la caution ne peut s'engager au delà de la somme due par le débiteur. L'article 2013 du C.C.F dispose que le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses».

Elle peut s'engager pour une partie seulement de la dette. Elle est tenue de l'obligation principale, aux accessoires de la dette et aux frais de recouvrement de la créance³⁴. Lorsque la caution s'oblige à garantir une dette, le montant de cette principale doit être chiffré dans le contrat de cautionnement signé de la main de la caution. Elle doit aussi mentionner dans le contrat si elle s'engage à payer les intérêts (frais, commissions...) et les accessoires de la dette.

Le cautionnement est généralement considéré comme un acte civil. Il devient toutefois commercial si l'obligation garantie a cette nature et si la caution a un intérêt personnel dans l'affaire à l'occasion de laquelle elle est intervenue. Cet intérêt personnel ne résulte pas, en principe, de la seule qualité de la caution (qualité

32- Voir l'article 2021 C.C.F et l'article 660 C.C.A.

33- Voir l'article 652 C.C.A.

34- Voir l'article 653 C.C.A.

d'associé ou de dirigeant de la société cautionnée par exemple). La Cour de cassation française a exigé dans la plupart de ses arrêts que les juges du fond en constatent spécialement l'existence³⁷. Le législateur algérien dans l'article 651 du code civil considère le cautionnement d'une dette commerciale comme un acte civil même si la caution est un commerçant, mais il est considéré comme acte commercial dans le cas où elle résulte d'un aval ou de l'endossement des effets de commerces.

Par ailleurs, le cautionnement peut garantir des obligations nouvelles ou des dettes déjà contractées. Bien que la caution intervienne normalement pour permettre au client de la banque d'obtenir des concours financiers nouveaux, il peut cependant résulter de l'acte ou des circonstances qu'elle a entendu garantir des dettes antérieures pour aider le débiteur garanti à redresser une situation financière difficile³⁸. Rien ne s'oppose à la garantie de dettes futures, mais pour qu'elles soient comprises dans le cautionnement, il faut ou bien qu'elles soient précisément désignées, ou bien que l'acte comprenne une clause de portée générale prévoyant que la caution garantira toutes les obligations qui pourront naître à la charge du client envers la banque³⁹.

Le cautionnement est, selon le cas, consenti pour une durée déterminée, fixée en fonction de la durée du crédit ouvert par la banque, ou accordé sans limitation de temps. La caution peut dans la seconde hypothèse dénoncer à tout moment son engagement. Elle reste tenue en principe des dettes ayant pris naissance antérieurement avant l'expiration de la garantie ou la notification au créancier de la dénonciation⁴⁰.

Il est admis que la caution peut s'engager sans limitation de montant dès lors que les obligations garanties sont déterminables avec une certitude suffisante. Souvent, cependant, un plafond est fixé qui ne saurait être en aucun cas dépassé. Le code de la consommation français contient un article L. 341-1, aux termes duquel

37- Cf. C.GAVALDA et J. STOUFFLET, *Le droit bancaire*, p.760.

38- Cour de cassa com., 26 avr. 1967, Bull. civ, 1967.111, p. 165 ; 4 juill. 1967, Bull. civ, 1968.111, p. 247.

39- Voir l'article 650 du C.C.A.

40- Cf. C.GAVALDA et J. STOUFFLET, *op. cit.*, p.767.

« toute personne physique qui s'est portée caution est informée par le créancier professionnel de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement. Et que si le créancier ne se conforme pas à cette obligation, la caution ne saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retards échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle en a été informée »⁴¹. L'établissement d'affacturage doit dorénavant informer la caution de la défaillance de l'adhérent principal dès le premier incident susceptible d'être inscrit au fichier de ces incidents. Il faut ajouter aussi qu'il doit l'informer d'abord de toutes les défaillances du débiteur principal « adhérent » même si la caution et l'adhérent travaillent dans le même établissement, dans le cas contraire l'affactureur perdrait son droit d'acquisition sur les intérêts résultant du montant de la dette⁴².

Compte tenu de ce qu'une personne qui s'est portée caution engage la totalité de ses biens et que si la personne ou l'entreprise pour la quelle elle s'est engagée n'exécute pas ses obligations elle pouvait jusque là perdre la totalité de ses biens et donc, se trouver en situation de surendettement et même en situation d'exclusion⁴³.

Pour la validité du cautionnement, le législateur français dispose dans l'art 48 de la loi 84/484 du 1 mars 1984⁴⁴ que les établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale, sont tenus au plus tard avant le 31 mars de chaque année de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts,

41- Un arrêt du 17 novembre 2006 rendu par la Chambre Mixte de la Cour de cassation (BICC n°654 du 1er février 2007 Rapport de Mme Aldigé Conseiller rapporteur, Avis de M. Jobard Avocat général) a jugé que viole ce texte la cour d'appel qui, pour rejeter la demande de la caution, retient que si l'obligation d'information doit être respectée, même après l'assignation de la caution en paiement, il en va différemment une fois que le jugement condamnant celle-ci au paiement du principal et des intérêts a acquis force de chose jugée et que la caution ne peut, par conséquent, se prévaloir d'un défaut d'information postérieur à la date à laquelle le jugement la condamnant au paiement du principal et des intérêts postérieurs au taux conventionnel a acquis force de chose jugée.

42- Cf.R. LALEMENT, op.cit, n°76.

43- La loi n°98-657 du 29 juillet 1998 dite loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions a temporisé les effets des engagements pris par la caution.

44- Cette loi a été modifiée par Loi n°99-532 du 25 juin 1999 - art. 114 JORF 29 juin 1999, Abrogé par Ordonnance 2000-1223 du 14/12/2000 art. 4 74° JORF 16 décembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2001, Et qui à été Modifié par l'Ordonnance n°2005-429 du 6 mai 2005 - art. 46 JORF 7 mai 2005 article L313-22 du code monétaire et financier.

commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution, ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, ils rappellent la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée.

Le défaut d'accomplissement de la formalité prévue à l'alinéa précédent emporte, dans les rapports entre la caution et l'établissement tenu à cette formalité, déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information. Les paiements effectués par le débiteur principal sont réputés, dans les rapports entre la caution et l'établissement, affectés prioritairement au règlement du principal de la dette⁴⁵.

Dans la pratique, on fait une distinction entre le cautionnement solidaire et le cautionnement mutuel:

1. Le cautionnement solidaire :

La personne qui se porte caution est appelée à payer à la place de l'emprunteur dès que ce dernier est défaillant. De plus, lorsque plusieurs personnes sont cautions solidaires, elles garantissent ensemble le créancier et chacune d'entre elles est engagée pour le tout. Pour qu'elle soit contrainte au paiement des intérêts, l'acte doit y faire référence et indiquer le taux de ces intérêts. Par son paiement, la caution est automatiquement subrogée dans les droits, actions et privilèges du créancier, c'est-à-dire qu'elle bénéficie des droits dont bénéficiait le prêteur à l'égard de l'emprunteur.

Lorsque plusieurs cautions s'engagent pour une même dette et un même débiteur, on dit que chacune d'elles a le bénéfice de division. Chacune est en principe tenue à la totalité de la dette⁴⁶. Ce bénéfice permet à la caution d'obliger le créancier à ne la poursuivre que pour sa part dans la dette. La division n'a lieu qu'entre cautions solvables au moment des poursuites. Le risque d'insolvabilité est supporté par les cautions jusqu'aux poursuites. Néanmoins, le bénéfice de division existe rarement en pratique. Le créancier exige, en général, un cautionnement solidaire.

45- Cf. M. BACHIR, op. cit, p.83.

46- Voir l'article 2025 du C.C.F et l'article 644 du C.C.A.

De même, lorsque plusieurs personnes se sont portées cautions solidaires du même débiteur pour la même dette, le paiement effectué par l'une d'elles pour solde de tout compte en vertu d'une transaction conclue avec le créancier influe nécessairement sur la situation des autres cautions qui n'étaient pas parties à cet accord, en ce qu'il a pour effet d'éteindre leur dette et de permettre en conséquence à la caution qui a payé d'exercer à leur encontre le recours prévu par l'article 2033 du C.C.F⁴⁷ et l'article 668 du C.C.A.

Le principe d'indivisibilité du compte courant n'exclut pas la limitation de la garantie du débit d'un compte de ce type. Si plusieurs cautions garantissent une même dette à concurrence d'un plafond fixé pour chacune d'elles, le paiement effectué par une caution pour la somme qu'elle garantit ne libère pas les autres obligés pour cette somme. Quand une obligation n'est garantie que partiellement, les acomptes versés par le débiteur principal s'imputent d'abord sur la partie non garantie de la dette⁴⁸.

2. Le cautionnement mutuel :

Le cautionnement peut aussi être assuré par une société de cautionnement mutuel qui prendra à sa charge les remboursements en cas de défaillance de l'emprunteur. Dans le cas où sa garantie est mise en jeu, la société de cautionnement mutuel est subrogée dans les droits du prêteur, c'est-à-dire qu'elle peut se retourner contre l'emprunteur défaillant pour tenter de récupérer les sommes qu'elle a décaissé à sa place. L'intervention d'une société de cautionnement mutuel dispense l'emprunteur de fournir une garantie réelle (hypothèque, privilège du prêteur de deniers ou nantissement).

Ceci dit, cette société procure aux créanciers une sécurité à peu près totale, grâce au fonds de garantie qu'il constitue, et il permet à des personnes ou entreprises qui ne sont pas à même d'offrir des sûretés réelles et n'ont qu'une faible surface financière de recourir au crédit. Ce n'est là qu'une application particulière du cautionnement.

47-rapporté dans l'article 2310 du même code. Cham. Civ. - 12 juillet 2007, BICC n°671 du 15 novembre 2007.

48- Cf. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, op. cit, p.765.

Un autre cas d'utilisation du cautionnement dans le domaine des crédits bancaires est la garantie par les dirigeants ou certains associés des obligations contractées par une société. On peut citer également l'intervention des sociétés mères en faveur de filiales dont la « dignité de crédit » est parfois limitée.

Le cautionnement en faveur des banques pas plus que le cautionnement que les banques souscrivent en faveur de leurs clients n'échappe pas aux règles générales du Code civil.

Enfin, l'obligation de la caution étant accessoire, elle s'éteint de plein droit avec l'extinction de l'obligation principale. La caution prend fin entre autres par le paiement de la dette principale, la remise de dette, la compensation et la résiliation. L'intérêt essentiel du cautionnement est la simplicité de sa constitution qui se limite à la signature d'un acte, ordinairement sous seing privé. Aucune publicité n'est imposée. Il est vrai qu'en contrepartie le bénéficiaire du cautionnement devient seulement créancier chirographaire⁴⁹ de la caution et que sa sécurité dépend de la solvabilité de cette caution au jour de l'exigibilité de la dette garantie. Le cautionnement d'une dette d'origine illicite est valable et il ne peut être opposé à une société d'affacturage la non garantie des créances fictives et illégales qui sont été transmises par l'adhérent car chaque jour elle est amenée à traiter plusieurs et centaines d'opérations et elle ne peut vérifier la réalité des fournitures correspondantes facture par facture⁵⁰. La société d'affacturage est un établissement de crédit, elle est tenu de l'obligation d'information des cautions et cela en application de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier⁵¹.

49- c'est à dire n'est pas enregistrées devant un notaire.

50- décision de la cour commerciale du 17 décembre 1984.Bull.Civ N 330.

51-L. n°84-148, 1er mars /984, art. 48. - Cass. corn., 26 mai 1999: Juris-Data n° 1999-002362.

b. L'aval :

L'aval étant une garantie de paiement, elle est formulée par un tiers sauf le tiré, ou même par un signataire du chèque⁵². Par contre le législateur français a autorisé la formulation de cette garantie par un signataire de la lettre⁵³.

L'aval est un engagement personnel donné par un tiers au profit d'un des signataires d'un effet de commerce ou d'un chèque, à concurrence d'un montant qui est habituellement de la totalité de la somme due. Il est très généralement donné sur l'effet de commerce sous la forme d'une mention "bon pour aval" et il est suivi de la signature de celui qui s'engage, mais il peut résulter aussi d'un acte séparé⁵⁴. Une simple signature suffit à constituer l'engagement à titre de caution solidaire. Celui qui s'engage ainsi se dénomme "le donneur d'aval", l'avaliste" ou encore l'avaliseur". A défaut d'une autre indication l'aval est donné pour le compte du tireur d'une lettre de change, pour le souscripteur d'un billet à ordre ou pour le tireur du chèque, dit aussi "l'avalisé".

L'aval est une garantie que le débiteur peut offrir à son créancier. Elle a pour caractéristique d'être une caution solidaire, mais aussi une caution cambiaire. La supériorité de l'aval sur la caution est, outre la simplicité de constitution, de produire des effets plus radicaux. L'aval doit indiquer pour le compte de qui il est donné. A défaut de cette indication, il est réputé donné pour le tireur⁵⁵. Le donneur d'aval est tenu de la même manière que celui dont il s'est porté garant⁵⁶. Le donneur d'aval ne peut opposer au porteur de l'effet ni les exceptions dont serait titulaire le débiteur avalisé, ni celles dont il disposerait personnellement envers ce dernier. Le coût de l'opération est à la charge du débiteur⁵⁷.

L'aval par acte séparé, assez répandu et moins connu, a un aval apparent et apposé sur le titre cambiaire, un débiteur peut préférer fournir une garantie plus discrète, l'aval par acte séparé. On parvient ainsi sans sacrifier la sécurité du créancier

52- Voir l'article 497 du C.Com.A.

53- Voir l'article L511-21 al 2 C.Com.F.

54- Voir l'article 498 C.COM.A et art L511-21 al 2 C.Com.F.

55- Voir l'article 498 al 4 du C.Com.A et art L511-21 al7 C.Com.F.

56- Voir l'article 499al 1 C.Com.A.

57- Cf. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, op. cit, p.770.

ménager le crédit d'une signature⁵⁸. L'aval est discret. Seul est mis au courant celui auquel (l'établissement financier, escompteur ou fournisseur) on remet l'acte séparé d'aval.

La loi qui admet ce type de garantie n'en règle pas les formes. Le Code de Commerce⁵⁹ exige seulement que l'on indique le lieu où il est intervenu. L'indication du lieu du cautionnement est indispensable même si la traite a un caractère purement Interne⁶⁰. La pratique de l'aval par acte séparé existait avant et elle reste assez répandue dans la pratique. L'aval par acte séparé permet, outre le secret, de réaliser certaines opérations financières intéressantes. Un avaliste peut notamment garantir de la sorte en l'avance des traites non encore remises au bénéficiaire ou même non encore créées pourvu qu'elles soient identifiables. La technique de l'aval par acte séparé est donc un mode très souple de garantie d'une créance de crédit. Cette sorte d'aval est fournie à un créancier par le débiteur, qui l'obtient d'un tiers quelconque (parent, ami, société mère ou filiale) comme cautionnement. Bien entendu les banques fournissent des avals de ce type et surtout exigent pour l'ouverture de certains crédits d'escompte une telle garantie.

L'aval ainsi donné garantit toutes les traites qui pourraient être présentées et reçues pendant la durée de la convention. Durant une longue période, l'aval général était en France validé et admis avec une large portée. Il suffisait que les sommes garanties soient clairement établies.

Il y a lieu de noter que l'engagement du donneur d'aval est valable, même s'il a été nul pour toute cause autre qu'un vice de forme. Un engagement unilatéral d'un avaliste qui renonce à soulever toute exception et s'oblige à régler le bénéficiaire dudit aval dès le protêt ou même en cas d'insolvabilité du tiré survenue et établie avant l'échéance. Le bénéficiaire peut souhaiter transmettre la garantie au banquier, escompteur en compte courant qui veut se refinancer. L'avaliste doit s'engager à faire profiter de la garantie le nouveau porteur⁶¹.

58- Voir l'article 498/03 C Com A.

59- Voir L'article 130, alinéa 3 C Com F et art 498/01 C Com A.

60- Cour Cass. Comm., 11 janv. 1972, Bull. ci v., IV, n° 16; R.T.D.C., 1972.662.

61 - Voir l'article 499 al 1 C Com A.

C. Le principe de globalité et d'exclusivité :

La clause de globalité n'a pas pour contrepartie l'obligation du factor de régler toutes les créances que lui propose l'adhérent. Il a la possibilité d'opérer un tri pour écarter celles qui ne lui paraissent pas offrir des garanties suffisante. Il est cependant compréhensible que les adhérents aspirent à plus de sécurité, faute de quoi l'affacturage perdrait pour eux une large part de son attrait. C'est à cette préoccupation que répond l'agrément des débiteurs, encore appelée approbation préalable des factures. L'affactureur agrée les clients de l'adhérent pour une somme donnée. Tant que l'encours des factures sur un client n'atteint pas le plafond, le factor ne peut refuser de nouvelles créances. L'agrément fait donc naître une obligation stricte à la charge du factor. Aussi bien n'est-il accordé qu'après une étude précise du risque. Les créances sur des débiteurs non agréés ou hors plafond ne sont pas systématiquement écartées, mais l'affacturage est alors pratiqué avec recours contre l'adhérent en cas de non-paiement. L'agrément est toujours révocable, mais la révocation n'a d'effet que pour les créances nées après sa notification à l'adhérent⁶².

Les rapports entre l'affactureur et l'adhérent sont réglés par la convention d'affacturage, qui est conclue lors de l'entrée en relation. La convention détermine la procédure du règlement, le taux des agios et commissions, la durée, les causes de résiliation. La clause la plus caractéristique est sans doute celle qui accorde l'exclusivité au factor' L'adhérent est tenu de proposer au factor toutes ses créances commerciales. Cette exigence, qui est sans équivalent dans les autres crédits de mobilisation, s'explique par l'absence de recours de la société d'affacturage. Il faut éviter que l'adhérent ne remette que le mauvais risque au factor et recouvre directement, en faisant l'économie de la commission de factoring, les bonnes créances⁶³. Certains types de crédits proches de l'affacturage ne comportent pas de clause d'exclusivité parce qu'ils s'appliquent à des créances sur des collectivités publiques

62- 2-Cf. R-A. BENA, l'affacturage, D.E.A. de Droit privé, 2005, pp. 5, 6.

63- Voir le chapitre sous section 1 « les obligations de l'adhérent » de la deuxième section.

ou des organismes dont la solvabilité est certaine. Dans l'affacturage, il est permis aux parties d'écartier du champ de la convention certaines catégories de créances.

Par contre, si l'opération d'affacturage est considérée comme étant une cession de créance, en cas de paiement partiel de la facture par l'affactureur à l'adhérent, le cessionnaire « affactureur » prime le cédant « l'adhérent ». Enfin qu'en cas de factures non-acceptées par l'affactureur, elles sont ni escomptées ni garanties par la société d'affacturage qui se charge simplement de les présenter et les recouvrer. Le contrat d'affacturage devient un contrat de mandat⁶⁴. Dans ce cas l'affactureur agirait en justice et qualité, et bénéficierait des dispositions du code civil.

Le principe d'exclusivité se définit à ce que l'adhérent ne doit pas conclure avec plusieurs sociétés d'affacturage, lorsqu'il aura consenti avec une société, elle lui exige l'exclusivité. Son recours vers d'autres sociétés d'affacturage doit être pour un secteur d'activité et géographique outre que celui de la première. Une seule règle est fondamentale, c'est la règle de l'unicité « toutes les créances d'un même débiteur doivent être remises au factor »⁶⁵.

L'intérêt, résultant de ces deux principes, donne à l'affactureur une possibilité large pour contrôler toutes les opérations qu'effectue l'adhérent et avec qui et comme ça il aura une très grande vision sur leur relation future. Pour que l'adhérent n'ait recours que pour financer des créances à risque important d'impayées.

64- Cf. D LEGEAIS, op.cit, n°30.

65- هشام فضيل، عقد شراء الحقوق التجارية، دار النهضة العربية القاهرة، 1997، ص227.

SOUS-SECTION 2 :

LES RAPPORTS ENTRE FACTOR ET DEBITEUR.

Une fois la subrogation intervenue, le débiteur cédé est tenu à titre principal à l'égard de l'affactureur. La subrogation transfère à l'affactureur la créance avec tous les droits, actions et privilèges qui y sont attachés. Ce transfert a fait naître une relation entre l'affactureur et le débiteur et ce dernier doit être informé de cette opération pour éviter le double paiement.

A. La notification du débiteur :

La "notification" est la formalité par laquelle on tient officiellement une personne, informée du contenu d'un acte à laquelle elle n'a pas pris partie. la notification peut prendre plusieurs formes : un acte extrajudiciaire fait par un huissier de justice, un acte authentique ou simplement par lettre recommandée⁶⁶. La notification du débiteur peut être faite par tout moyen⁶⁷ afin de lui porter à sa connaissance le transfert de la créance à l'affactureur et que le paiement doit se faire pour ce dernier. Il est indispensable d'informer le débiteur de la convention de subrogation précisément du contrat d'affacturation et lui communiquer toute les créances ou factures dont il doit opérer le règlement à la société d'affacturation.

Cette notification n'est pas obligatoire pour rendre la subrogation opposable aux tiers⁶⁸. Cette formalité n'est pas l'équivalent des formalités de l'article 1690 du C.C.F et ne constitue pas une forme de publicité⁶⁹. Elle vise à interdire au débiteur de payer un autre que le factor à peine d'être de mauvaise foi. Cette notification, il convient de le préciser, n'est pas une condition d'opposabilité. A la différence de la cession de créance, le transfert est opposable aux tiers du seul fait que la subrogation a existé. Elle n'est cependant pas inutile : elle permet d'éviter que le débiteur paye de bonne foi à une personne autre que l'affactureur. En l'absence de notification, le débiteur serait en effet en droit d'opposer au créancier subrogé un paiement fait entre les mains du créancier

66 - Voir l'article 543 bis15 C.C.A.

67- Code monétaire et financier dernière modification : - 1 mai 2008) L. 313-23 à L. 313-35.

68- Lamy financement, Fascicule Affacturation n°2882.

69- Voir l'article 241 du C.C.A.

originaires. Il est d'autre part constant que le transfert des créances cédées au bénéfice du factor est opposable au débiteur à la date du paiement subrogatoire et non à celle où il a été informé de l'existence de la subrogation⁷⁰.

La cession de créance aux termes de l'article 241 du C.C.A « n'est opposable au débiteur ou au tiers que si elle est acceptée par le débiteur ou si elle lui est notifiée par acte extrajudiciaire.

Toutefois, l'acceptation du débiteur ne rend la cession opposable au tiers que si elle a date certaine ».

En déduit que la notification est obligatoire, elle doit être par un acte extrajudiciaire et cette cession n'est pas opposable envers le débiteur sauf si elle a été acceptée par lui. Par contre, elle est opposable aux tiers lors de son acceptation par écrit avec une date certaine⁷¹.

La notification de la subrogation au débiteur n'est soumise à aucune forme particulière. Généralement une mention est imprimée ou apposée à l'aide d'un cachet sur la facture adressée au débiteur ; il suffit, mais il faut que la mention soit apposée de façon apparente⁷². Pour qu'il n'y ait aucune équivoque, il est conseillé aux praticiens de faire figurer le mot « subrogation » dans la formule apposée sur les factures envoyées au débiteur. La cour de Paris⁷³ a jugé qu'un petit commerçant, habitué à régler ses factures à son fournisseur et qui avait continué à le lui régler, malgré sa notification et égard aux circonstances, le client avait raison de le faire parce que la mention de subrogation doit être apparente et claire dans les factures transmises. Dans une autre décision du 21/1/1970⁷⁴. La même cour de Paris avait décidé qu'un commerçant qui, malgré l'avis de notification, avait réglé directement la facture à son fournisseur, l'avait fait à tort parce que la mention de subrogation était clairvoyante. La position de la cour de Paris n'est nullement contradictoire. Ces décisions étaient motivées par des circonstances de fait différentes.

70- Cour cass Com. 3 avril 1990. n°89-10.255, RTD Com 1990, p.444, obs. CABRILLAC et TEYSSIE.

71- هشام فضيل، عقد شراء الحقوق التجارية، دار النهضة العربية القاهرة، 1997، ص227.

72- Cass. Com. 14 oct.1975, JCP G 1976, II, 18279, note Ch. GAVALDA, RTD com, 1976, p.175, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE.

73- Voir la décision du 23/1/1970 note Ch. GAVALDA ; R.T.D. Com., 1971, p. 1055.

74- Un arrêt CA de Paris la 5^{ème} chambre, 21 janv. 1970, JCP1971. II. 16837.

La cour d'appel a éclaircie que l'apparence du cachet et la signature de l'adhérent sur la mention de subrogation sur les factures ne sont pas exigées pour qu'elles soient opposables au débiteur et qu'il n'est pas obligatoire en plus de transmission des factures avec mention de subrogation, il y est notification envoyé par l'adhérent séparément.

Lorsque la créance est cédée en vertu d'un contrat d'affacturage, la société d'affacturage doit, dans le cadre de la notification au débiteur cédé de cette cession de créance, en application des articles L. 313-23 à L. 313-35 du code monétaire et financier français, faire figurer sur la facture afférente à la créance qui lui a été cédée, les mentions obligatoires suivantes⁷⁵:

- ❖ Le nom de la société d'affacturage: "La créance relative à la présente facture a été cédée à la société d'affacturage »;
- ❖ La désignation de la (ou les) créance(s) cédée(s)⁷⁶: « nous vous demandons de cesser, à compter de la présente notification, tout paiement au titre de cette/ces créance(s) à la société d'affacturage »;
- ❖ Le mode de règlement: "Le paiement doit être effectué par chèque, traite, billets, etc., établi à l'ordre de la société d'affacturage et adressé à ou par virement au compte n° ... chez ».

Le législateur français n'a pas exigé une forme spécifique à la notification, elle peut être faite par tout moyen d'information: téléphone, télex, fax, internet etc. Mais il exige que le débiteur soit informé du transfert de créances effectuées à titre de subrogation conventionnelle et dans le cadre d'un contrat type « le contrat d'affacturage ». En pratique, il a été jugé que l'apposition sur les factures d'un tampon ne comportant pas le mot « subrogation » était un texte ambigu, et que la preuve n'était pas apportée que la subrogation d'un créancier aux droits d'un autre ait été portée à la connaissance du débiteur⁷⁷.

75-Mentions à inclure dans la notification au débiteur d'une créance cédée ou nantie en application de la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981- Article R313-16 Modifié par Décret n°2006-1115 du 5 septembre 2006 - art. 3 JORF 7 septembre 2006.

76-Voir l'article l'article L. 313-28 du décret n°2006-1115 du 5 septembre 2006

77- L'arrêt de CA Paris, 14 oct. 1975, JCP 1976.

Lorsque les débiteurs sont des personnes publiques, la mention apposée doit être conforme à celle prévue par une instruction du ministère de l'économie et des finances en date du 4 septembre 1970.

En déduit que la notification du débiteur doit se faire par la société d'affacturage et porter toutes les mentions obligatoires cités ci-dessus pour prévenir ses droits de recouvrement par le débiteur. Par contre le législateur algérien⁷⁸ a exigé que la forme de la notification doit être par lettre recommandée avec accusé de réception, il n'a pas exigé à cet égard l'acte authentique tout simplement pour éviter les longues procédures ralentissant les activités commerciales. Cette notification doit être immédiate juste après le transfert des créances, pour éviter à ce que le débiteur de bonne foi continue à payer son fournisseur « adhérent » créancier initial et dans ce cas la société d'affacturage ne peut le poursuivre de ces droits, celle qui n'a pas été informée⁷⁹. Le législateur algérien n'a pas précisé par qui doit être faite cette notification, il a laissé le choix au contractant, mais la seule bénéficiaire de l'application de cette formalité dans les délais et dans de bonnes conditions c'est la société d'affacturage. Pour cela, c'est à cette société de prévenir ses droits de recouvrement et s'engage à notifier le débiteur.

Tant que le transfert de la créance par son fournisseur à un affactureur ne lui est pas notifié, le débiteur de bonne foi peut continuer à payer son fournisseur créancier initial. Mais dans le cas où le débiteur a été informé par le transfert de créances avant échéance, alors ici il devra payer une deuxième fois et il ne peut pas dire qu'il a déjà payé l'adhérent : « Qui paie mal, paie deux fois »⁸⁰ et la société d'affacturage a le droit de le poursuivre en justice en cas de refus. Les conditions générales du contrat d'affacturage prévoient qu'en cas de règlement de certaines créances transférées entre les mains de l'adhérent, ce dernier serait considéré comme ayant reçu le paiement pour compte du factor, en qualité de mandataire. Par application du mandat⁸¹, il incombera à l'adhérent de faire parvenir les sommes ainsi reçues à la société d'affacturage.

78- Voir l'article 543 bis15 C.COM.A.

79- CA Paris, 5 mars 1993, D. 1993, IR 141.

80- Cf. P.JUDE, op.cit, p. 2.

81- Voir l'article 1993 du C.C.F.

Enfin, par un arrêt en date du 14 mars 2006⁸², la Chambre commerciale de la cour de cassation française a confirmé sa jurisprudence sur l'opposabilité de la subrogation conventionnelle au débiteur cédé, dès lors que ce dernier a été informé de l'existence de la convention d'affacturage. Dans la mesure où elle n'avait pas été informée antérieurement de la subrogation la société d'affacturage ne peut le poursuivre pour sa bonne foi. Cette notification du contrat doit être inscrite et mentionnée dans le corps des factures transférées. La mention doit préciser que seul un paiement effectué entre les mains du factor sera libératoire et emportera extinction de la dette. Quelles sont les obligations de l'affactureur, l'adhérent et le débiteur ?

SECTION 2 :

LES OBLIGATIONS

La convention d'affacturage est un contrat et comme tout contrat il dégage des obligations. La société d'affacturage est tenue envers l'adhérent de lui rembourser le montant de la créance immédiatement, la gestion du poste client et garantir le risque de non remboursement. L'adhérent est obligé de transmettre toutes les créances et toutes les accessoires liées aux créances ; il doit aussi respecter les procédures du règlement, le taux des agios et commissions, la durée, les causes de résiliation déterminer dans le contrat. Même le débiteur est obligé envers la société d'affacturage de procéder au recouvrement après sa notification de ce transfert de créances par la mention de subrogation dans les factures.

La principale obligation de l'affactureur consiste dans la mise à disposition des fonds auprès de l'adhérent « le client » et aussi à supporter le risque de non recouvrement. Il est logique que la société d'affacturage s'entoure d'un certain nombre de garanties de paiement avant d'accepter les créances transmises, car elle souscrit elle-même un contrat d'assurance-crédit, la société exige l'engagement de caution des dirigeants de la société adhérente⁸³ et s'assure de la constitution de sûretés réelles et personnelles.

82-pourvoi n°04-17.594.

83- bien qu'en pratique cette procédure est rare car elle est trop coûteuse.

Mais, dans ce contexte, la question qui mérite d'être soulevée est la suivante : quelles sont les obligations de chacun envers l'autre ?

SOUS-SECTION 1 :

LES OBLIGATIONS DE L'ADHERENT

La société d'affacturage s'engage à garantir le risque d'insolvabilité de la créance et ce, grâce au mécanisme de la subrogation qui la rend alors propriétaire des droits, actions de l'adhérent tout en bénéficiant aussi des sûretés.

La procédure d'affacturage consiste à ce que dans chaque opération commerciale réalisée, l'adhérent doit spécifier sur la facture que le règlement doit être fait à l'échéance au profit de la société d'affacturage en précisant le mode de règlement utilisé. Il doit lui remettre les factures selon les délais et conditions du contrat avec une quittance remplie par l'adhérent. L'affactureur inscrit les créances au crédit du compte courant de l'adhérent qui peut librement en disposer par demande à l'affactureur dans les 48 heures maximum qui suivent la remise des créances. La créance est précédemment débitée des commissions et intérêts dus par l'adhérent. L'affactureur bloque une partie des sommes pour constituer un fonds de garantie de 10% environ de l'encours demandé. Enfin, quand l'adhérent a un nouveau client « débiteur », il doit soumettre cette créance à l'approbation préalable de l'affactureur.

A. Le transfert des créances :

Le mécanisme de transfert des créances de l'adhérent à la société d'affacturage est une pièce fondamentale de l'opération d'affacturage. Pour rendre la transmission simple, sûre, rapide et opposable aux tiers, en cas de liquidation ou de règlement judiciaire, pour répondre à ces exigences un autre *modus operandi* a donc dû être trouvé. Les praticiens affactureur français ont eu recours au mécanisme de la subrogation conventionnelle dite *ex parte creditoris*⁸⁴. La Cour d'appel de Paris⁸⁵ a considéré que serait fautif un adhérent qui accorderait un moratoire à son client sans en informer la société d'affacturage.

84- Cf. Ch. GAVALDA, *Factoring*, RTD. Com, 1973, n°36.

85- CA Paris, 1 juill. 1999 : *Juris-Data* n° 1999-023701.

La société d'affacturage subrogée paie le subrogeant l'adhérent qui lui transmet en pleine propriété les créances sur son débiteur cédé⁸⁶.

I. INFORMATION CONCERNANT LA CREANCE :

Le terme de subrogation doit figurer sur les quittances remises à l'affacturer. Ce dernier ne crédite son client qu'au vu de ces documents. Afin de ne laisser aucun doute sur la volonté de subroger⁸⁷. Cette transmission vaut seulement promesse de subrogation⁸⁸ et rien ne s'oppose à une subrogation stipulée pour le paiement par l'affactureur de créances à terme. Il règle à l'adhérent sans attendre l'échéance, car généralement le règlement se fait toujours dans les opérations d'affacturage par anticipation⁸⁹. L'exigence à cette particularité, c'est que la créance soit née au moment du paiement et de la subrogation⁹⁰. Seules les créances effectives et non artificielles peuvent donner lieu à la subrogation, qui ne saurait porter sur ces créances inexistantes, lointaines ou éventuelles⁹¹. L'article 543 bis¹⁴ du C.Com.A a insisté à ce que les créances résultent d'un contrat⁹², mais dans le cas contraire l'affactureur perdra son recours contre le débiteur si la créance transmise est fictive, il peut seulement entamer l'action en répétition de l'indu contre l'adhérent⁹³ et pourra le poursuivre d'escroquerie⁹⁴ et d'abus de confiance.

Le transfert des créances doit se faire par une quittance subrogative, il n'est pas nécessaire que la mention soit signée par la subrogeant. Cet acte est opposable au débiteur⁹⁵.

86- CA Paris, 3 mai 1985, D. 1986, IR 318 ; J. L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, op. cit. N° 485.

87- Cf. J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, op. cit., n° 585.

88- Cf. C.GAVALDA, Factoring, RTD.Com, 1973, n°38.

89- Cf. PIANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français, 2° éd., t. 7, Obligations, par P. ESMEIN, n°1221.

90- Cour de cass. com. 21 nov. 1972, D. 1973, IR 3, Bull. civ. IV, n° 296.

91- Cour de cass. com. 21 nov. 1972, D. 1974. 213, note R. Rodière ; adde : CA Paris, 8 juill. 1972, inédit, cité par gavalda

92- «...le montant intégral d'une facture à échéance fixe résultant d'un contrat... ».

93- L'affactureur perd tout recours contre l'adhérent sauf son action en répétition de l'indu en cas d'inexistence totale ou partielle de la ou des créances transférées et il exerce son action en répétition de l'indu par la voie d'une inscription au débit du compte courant qui l'unit à l'adhérent. « une action en restitution »

94- Cass. crim., 3 juin 1985: RTD com. 1986, p. 134, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE.

95- Cour de Cass. civ, 8 août 1977, S. 78. 1. 120 ; CA Paris, 14 avr. 1975, RTD com. 1975. 342, obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE.

Pour être conforme à l'article 1250 du C.C.F, le transfert doit être fait en même temps que le paiement. De même, notre législateur a veillé à ce que le transfert des créances soit poursuivi d'un paiement immédiat⁹⁶. L'affactureur acquerra la propriété des créances transférées avec tous les droits et sûretés qui y sont attachés tels qu'ils se trouvent dans le patrimoine de l'adhérent, avec tous les vices qui l'affectent⁹⁷. La société d'affacturage peut être subrogée dans une créance incertaine car les créances ne prennent pas naissance par l'exécution des commandes mais par la conclusion du contrat. Un arrêt de la cour de cassation française considère que la créance cédée à un factor, dans le cadre d'un contrat d'affacturage, ne pure qu'à l'exécution de la commande qui lui sert de cause », l'exécution de la commande confirme l'exigibilité de la créance, cette exigibilité est une modalité d'obligation et non une condition de transfert⁹⁸. Dans le cas où l'affactureur a payé des créances correspondant un contrat de vente de marchandises commandées non livrées et il y a eu redressement judiciaire et que le responsable du règlement judiciaire de l'adhérent exécute la livraison, la créance du prix appartient à la masse et non à l'affactureur parce qu'elle concerne une créance incertaine⁹⁹.

De même, la société d'affacturage est obligée de garantir à l'adhérent la bonne fin, garantir le risque d'impayé, et en contre partie l'adhérent doit aussi se porter garant envers l'affactureur à assurer l'existence des créances transmises, « **nemo dat quod non habet** »¹⁰⁰ et de leur acquisition, c'est-à-dire il en est propriétaire légal, il doit lui porter une garantie contre toutes contestations concernant ces créances transmises et relevant des relations professionnelles ou techniques de l'adhérent¹⁰¹.

Par ailleurs, l'entreprise adhérente doit informer la société d'affacturage de la situation juridique de la créance et de son cadre juridique, le contrat résultant de cette créance. Par exemple dans un contrat de la sous-traitance, lequel est effectué entre un entrepreneur et un sous-traitant pour accomplir un travail et l'entrepreneur demeurera

96- Voir l'article 543 bis14 C.C.A

97- Cf. M. Bachir, op. cit, p.152.

98- Cour de cass com., 21 nov. 1972, obs. Cabrillac et Rives-Lange, p. 883.

99-Cf. A. DEUKEUWER, les mobilisations de créances fictives à l'épreuve des qualifications, JCP, Ed, E1995, Fasc 451, p. 149.

100- Personne ne peut donner ce qu'il n'a pas.

101- Cf. D. LEGEAIS, op. cit, n°10.

responsable du fait de la sous-traitance envers le maître de l'ouvrage¹⁰². Il doit informer l'affactureur de la nature du contrat et des effets que produisent sur le principe de privilège en cas de défaillance du débiteur et de la propriété de cette créance et qu'elle ne fait pas objet d'une procédure de saisie. Le *factor* est autorisé à contrepasser le montant de la créance à défaut de règlement du litige dans un délai raisonnable (généralement 30 jours)¹⁰³.

En pratique, la 5^{ème} Chambre des appels correctionnels d'AIX-EN-PROVENCE, a souligné dans un arrêt en date du 16 novembre 2005¹⁰⁴ qu'« Aucune faute ne peut être reprochée à un factor ayant concouru à son propre préjudice dans le fait de n'avoir pas suffisamment vérifié l'authenticité de documents qui, revêtus de tous les signes habituels de leur authenticité, avaient l'apparence de vrais certificats de paiement ».

Cette juridiction répressive avait à se prononcer sur l'appel interjeté par une personne prévenue d'avoir établi, en sa qualité d'ingénieur en chef d'une grande ville du sud de la France, de faux certificats pour paiement de prestations ne correspondant pas à des travaux réellement effectués par une société dont le gérant était devenu un ami personnel, en apposant des timbres humides de la ville et sa signature, faux certificats destinés à être produits par cette société auprès d'une société d'affacturation.

Le fait de remettre à une société d'affacturation des factures non causées, avec de faux documents tendant à créer l'apparence de prestations réellement effectuées, est susceptible en effet d'être poursuivi sous la qualification de faux et usage de faux, et d'escroquerie¹⁰⁵.

Pour s'exonérer partiellement de sa responsabilité, le prévenu avait invoqué la propre faute de la société d'affacturation, qui se serait montrée négligente dans la vérification de l'authenticité des certificats pour paiement remis par son adhérent. La cour d'appel n'a pas retenu cette responsabilité, et sa décision doit être approuvée. En effet, les juges avaient jugé que la plus grande partie des factures remises à l'affactureur

102-Voir l'article 564 du C.C.A.

103- CA Lyon, 3e ch. civ, 30 mars 2006, Juris-Data n° 2006-306025.

104- Voir jurisdata n°297-691.

105- Cass crim. 4déc. 1996, n° 96-80, 736, Bull. crim. n° 447.

correspondaient à des travaux effectivement réalisés, et que les faux certificats présentaient tous les signes habituels de leur authenticité. La cour n'a pas retenu la responsabilité de la société d'affacturage parce qu'elle est soumise à un grand nombre de factures qui ne peuvent être gérées toutes dans un milieu qui demande la sûreté et la rapidité.

II. Les droits et sûretés attachées à la créance :

La loi oblige l'adhérent à transmettre au profit de l'affactureur des créances commerciales avec toutes les sûretés qui garantissaient l'exécution des obligations du débiteur, celles du recouvrement à l'égard de la société d'affacturage¹⁰⁶.

L'adhérent se voit dans l'obligation de transmettre à l'affactureur toutes les sûretés qui garantissent son droit envers le débiteur pour lui permettre de se faire rembourser par le débiteur. L'affactureur bénéficie des sûretés réelles : « l'hypothèque, le nantissement », des sûretés personnelles : « le cautionnement, l'aval » et aussi d'une assurance crédit.

Ces garanties permettent à l'affactureur d'acquérir le droit d'opposabilité envers le débiteur pour le recouvrement de ses créances qu'ils avaient envers l'adhérent. Elles lui accordent également le privilège du droit de préférence devant les autres débiteurs du client de l'adhérent.

Le contrat fait la loi des parties, il ne peut être révoqué, ni modifié que par leur consentement mutuel ou pour les causes prévues par la loi¹⁰⁷. Les parties doivent exécuter le contenu du contrat de bonne foi et elles y sont obligées de son application. La loi permet à l'un des contractants de céder ses droits, mais dans un cadre juridique. L'adhérent lorsqu'il cède ses créances à la société d'affacturage doit lui en assurer la conformité du contrat, l'existence de la créance et sa naissance¹⁰⁸, il ne se contente pas

106- Voir l'article 543 bis16 du C.Com.A.

107- Voir l'article art 106 du C.C.A.

108- Voir les informations concernant la créance.

seulement de la prise de la commande mais de l'exécution de la commande. Avant la transmission de la créance, il faut que l'adhérent ait accompli ses engagements envers le débiteur soit par la livraison de la marchandise soit par le fait de la prestation de services, afin de permettre à l'affactureur de recouvrer sa créance facilement. Car, si l'adhérent n'a pas rempli ses engagements, le débiteur va s'opposer à la société d'affacturation et refuser de payer ce qui a de droit.

En somme, l'affactureur l'adhérent doit garantir à l'affactureur l'existence de la créance, l'accomplissement de ses engagements et lui garantir le transfert des garanties attachées à la créance.

B. PAIEMENT DES COMMISSIONS

Lorsqu'une entreprise décide de mettre en place une opération d'affacturation, elle s'engage à supporter un coût facturé par l'affactureur en contre partie des services rendus par la société d'affacturation¹⁰⁹ « le financement, la garantie du risque de non paiement et la bonne fin ». Et d'autres la considèrent comme une condition de s'immixtion au contrat d'affacturation¹¹⁰ ; la société d'affacturation avant la transmission des factures elle demande à l'entreprise adhérente de lui verser le montant de la commission. Parfois le montant demandé est supérieur à la capacité financière de l'entreprise adhérente et elle se trouvera dans une situation de refuser le contrat¹¹¹.

La commission dissolue par un contrat d'affacturation peut être séparée en deux parties et est proportionnelle au volume d'affaires traité et doivent être mentionnées dans le contrat :

- ❖ La commission d'affacturation qui rémunère la gestion et le contrôle des comptes, c'est la commission de service,
- ❖ la commission de financement calculée comme des intérêts légaux¹¹².

109- Voir l'article 543 bis du C.Com.A.

110- Cf. M. BACHIR, op. cit, p. 111.

111- Cf. P. JUDGE, op. cit, p. 64.

112- CA Paris, 15e ch. C, 1 er juin 2006: Juris-Data n° 2006-306055.

I. La commission d'affacturage ou de service :

Elle représente le coût afférant à la gestion et au contrôle des comptes. Son taux dépend de l'assuré et est donc spécifique à chaque entreprise. La commission rémunère la sélection de la clientèle, la garantie, la gestion et le contrôle des créances, elle varie en fonction :

- ❖ du chiffre d'affaires que l'entreprise confie à la société d'affacturage,
- ❖ du secteur d'activité et la qualité de l'adhérent,
- ❖ la nature et l'importance du risque pris sur la clientèle,
- ❖ le nombre de clients par an, de la taille moyenne des factures et de leur valeur moyenne, travail administratif de gestion,
- ❖ du nombre de débiteurs et des délais moyens de paiement du débiteur.

Elle peut être révisée en fonction de l'évolution de ces différents paramètres selon les modalités prévues au contrat. En France, comme on l'a déjà souligné, ce taux se situe entre **0.5%** et **2.0%**, plus généralement entre **1%** et **1.2%** du chiffre d'affaires et il est naturellement plus élevé, en Algérie, il varie entre 1 et 2%¹¹³. L'un des éléments majeurs dont il faut tenir compte avant de signer tout contrat d'affacturage, c'est la commission. En effet, la profession affiche des taux de commission selon le volume d'encours vendu par l'adhérent à l'affactureur¹¹⁴.

En d'autres termes, la commission d'affacturage varie selon le nombre de factures confiées et la qualité des débiteurs. Ainsi, mieux vaut avoir pour débiteurs quinze solides donneurs d'ordre que des milliers de détaillants fragiles. Elle prend aussi en considération les frais annexes correspondent aux frais d'enquête, de constitution de dossiers contentieux, l'affactureur peut également facturer certains coûts pour dissuader l'assuré d'agir de telle ou telle façon. Ainsi, pour éviter un amoncellement de « petites » factures, l'affactureur pourra ainsi décider d'un montant minimum de commission

113- Cf. A D.E AOUEDE, Avantage de l'affacturage, R A S J E P, 1978, n°1, 2002.

114- Cf. S. LE PROVOST et E VIVIEN, Le transfert du risque client, DESS finance d'entreprise, Université de RENNES 1, Année 2001, p. 69.

par facture. Ce montant est difficilement déterminable du fait de la grande hétérogénéité des frais décrits.

Fiscalement, l'inscription au compte de l'adhérent n'est pas considérée comme encaissement de factures au regard de la TVA, car cette dernière n'est exigible que lorsque l'affactureur se fait rembourser les factures par le débiteur et les commissions prélevées par la société d'affacturage ne sont pas soumises à une imposition¹¹⁵.

II. La commission de financement :

Elle n'est prélevée que si l'entreprise désire un paiement anticipé de ses créances. C'est-à-dire, si l'entreprise adhérente veut retirer le montant de remboursement des créances avant échéance, alors elle doit payer la commission et les intérêts, c'est pourquoi elle est nommée « la commission d'anticipation », laquelle n'est prélevée que s'il y a lieu d'anticipation. Le taux d'intérêt est calculé sur le compte par les sociétés d'affacturage et est d'un niveau comparable à celui pratiqué par les banques pour des sociétés qui souhaitent obtenir un crédit « le taux moyen du marché monétaire »¹¹⁶. La commission de financement rémunère la marge financière entre le financement immédiat de la facture et son délai de règlement réel¹¹⁷.

La somme totale financée est calculée sur la base de toutes les factures pour lesquelles la société d'affacturage a fait une avance. Le taux d'intérêt est variable, plus il y a de factures, plus le chiffre d'affaires est grand et plus l'avance est importante, plus il y a d'intérêts à payer.

En ce qui concerne la commission de financement, la société d'affacturage propose pour l'entreprise adhérente deux solutions¹¹⁸:

- ❖ Soit la commission spéciale où la société d'affacturage assure le préfinancement des créances qu'elle achète. Elle déduira alors une commission dite spéciale, calculée prorata temporis sur la période d'anticipation, sur le

115- CE 27 juill. 1984, JCP, éd. E, 1984.1. 13939 ; D. 1985. 204, note C. GAVALDA, Banque 1985. P. 91.

116- conformément aux conditions générales du marché monétaire.

117- Cf. P.JUDGE, op. cit, p.66.

118- Cf. S. LE PROVOST et E VIVIEN, op. cit, p. 67.

montant des avances consenties à un taux proche de ceux pratiqués par les banques pour les avances à court terme. Cette commission est basée sur le TMM¹¹⁹ ou l'Euribor¹²⁰ et est augmentée de quelques points, selon l'entreprise.

- ❖ Soit d'opter pour la commission d'intervention par laquelle l'entreprise adhérente conservera ces relations privilégiées avec ses banques habituelles à qui elle demandera d'assurer le financement effectif. Dans ce cas, le factor émet un billet à ordre et il ne prélèvera qu'une commission d'intervention dont le taux se situe autour de 1% l'an prorata temporis. L'entreprise adhérente escompte ce billet auprès de sa banque aux conditions usuelles, mais bénéficie généralement de conditions préférentielles, le banquier ayant en ses mains un billet tiré sur un débiteur de tout premier ordre, l'affacteur. En effet, le fait que l'entreprise soit liée à un affacteur va représenter un gage de sécurité pour la banque.

C. Le dépôt de garantie :

Enfin, l'assuré se voit prélever un dépôt de garantie par l'affacteur. Lors des premières ventes, il bloque une partie des sommes pour constituer un fonds de garantie de 10% environ de l'encours demandé¹²¹. Il se ménage ainsi une sécurité¹²² et limite la portée de son financement. Le dépôt de garantie s'apparente, pour l'assuré, à de l'argent immobilisé sans génération d'intérêts. Il s'agit donc d'un coût d'opportunité. Le recours de l'affacteur contre son adhérent de fait par contre-passation en compte courant en cas où le risque impayé s'est réalisé¹²³.

Le calcul de ce coût dépend de la situation financière de l'entreprise adhérente. Si elle est emprunteuse, cet argent aurait pu diminuer son découvert. On utilisera alors le taux de découvert appliqué par la banque pour l'évaluer. Si elle est structurellement placeuse, cet argent aurait pu lui rapporter des intérêts à un taux de placement déterminé.

119-TMM : Taux mensuel moyen du marché monétaire
Moyenne mensuelle des taux appliqués à des prêts accordés pour une journée.

120- **l'EURIBOR** est une moyenne des taux offerts par les banques pour une période à venir C'est un taux préfixé, Moyenne des taux d'échange interbancaire sur la place européenne des capitaux sur 1, 3, 6, ou 12 mois.

121- Cf.C. CAVALDA, op. cit, n°58.

122- Cf. D. LEGAIS, Affacturage, n°41.

123- Cf. Régine BONHOMME, Affacturage, mai 2006, Dalloz2008, n°79.

Ce dépôt de garantie appartient à l'adhérent et il peut l'utiliser après l'accomplissement du contrat d'affacturage¹²⁴, ce qui a été retenu par la cour de cassation de Paris dans sa décision prise le 18 mars 1992¹²⁵.

SOUS-SECTION 2 :

LES OBLIGATIONS DU FACTOR

La société d'affacturage doit procéder au recouvrement des créances qui lui en ont été transmises grâce à la subrogation. L'efficacité de la subrogation est toutefois liée à l'existence de la créance de l'adhérent sur son client. L'affactureur ne recueille que les droits du subrogeant et le débiteur peut lui opposer toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au subrogeant. L'adhérent s'engage à transférer au factor les créances qu'il détient sur ses clients tandis que l'affactureur s'engage à opérer au recouvrement de toutes ses créances et à régler au vendeur le montant des créances garanties.

En contrepartie des services rendus, la société d'affacturage perçoit une rémunération proportionnelle au volume des opérations faites et de la mise à disposition des paiements effectués¹²⁶. L'affactureur n'a aucun droit de retourner contre l'adhérent lorsque les factures qui lui ont été remises sont fictives, car la société d'affacturage avant de rembourser les factures a procédé à l'approbation des créances après une étude détaillée sur la nature, l'existence de ces créances et la situation financière du débiteur « le client de l'adhérent ». Celui-ci est tenu de payer à son adhérent le montant des factures que ce dernier lui a remises au plus tard à l'échéance¹²⁷.

124- Cf. D. LEGEAIS, op. cit, n 42.

125- Cass. com., 12 nov. 1992: RJDA 2/1993, n° 147. - CA Paris, 5e ch. A, 18 mars 1992: Juris-Data n° 1992-021384.

126-Cf. J.-P. DESCHANEL et L.LEMOINE, Juris-classeur banque et crédit, fasc 580.

127- Cf. MICHEL de JUGLART et BENJAMIN IPPOLITE, Droit commercial, éd Montchrestien, p.231.

Le contrat d'affacturage diffère des techniques de mobilisation dans la mesure où il s'accompagne de l'exclusivité et nécessite une autorisation préalable de l'affactureur. L'adhérent transmet à la société d'affacturage une liste de créances et ces accessoires. L'affactureur se réserve la faculté d'approuver les créances figurant sur la liste et il procède à vérifier la solvabilité du débiteur. Après cette analyse détaillée, l'affactureur soit il refuse ces créances, soit il accepte quelques une, soit il les accepte toutes. Il prépare une liste de créances approuvées et cette approbation est le plus souvent donnée pour une durée indéterminée¹²⁸. Elle est donc révocable à tout moment et pour les autres créances leur recouvrement sera comme étant un simple mandataire et non affactureur¹²⁹.

L'obligation de l'affactureur est levée lorsqu'il y a lieu d'approbation. Cette étape est très importante dans le contrat d'affacturage, car le refus de l'affactureur entraîne la non conclusion du contrat d'affacturage. Ainsi donc, l'approbation est un élément essentiel pour le contrat, c'est par son approbation que la société sera tenu envers l'adhérent du remboursement des factures et en garantir la bonne fin en cas de défaillance du débiteur. La société d'affacturage est libre d'accepter ou de refuser l'approbation des créances¹³⁰. L'affactureur peut en premier temps accepter des créances et en assurer le recouvrement, mais il peut aussi à tout moment changer son avis et en refusé le recouvrement de ces créances lorsqu'elles s'avérées douteuses, sans l'accord de l'adhérent, précisément lorsque les risques courus sont devenus excessifs. Toutefois il ne peut pas augmenter la commission sans l'accord de l'adhérent.

Moyen de réduction des risques financiers, la société d'affacturage se met d'accord avec ses adhérents de lui remettre périodiquement ses factures, soit de le lui transmettre au fur et à mesure, soit chaque fin de semaine ou par mois. Mais, en pratique, la méthode la plus utilisée et favorisant, c'est de se référer à l'encours hebdomadaire ou

128- Cf. D LEGEAIS, Affacturage, JurisClasseur Com, Fasc361, 2006, p. 6.

129- Cf. Ch. GVALDA, Affacturage, Rep. Com. Dalloz, n°49.

130- Cf. Ch. GAVALDA et J.STOUFFLET, chronique de droit bancaire.JCP.1983, n° 14001.

mensuel¹³¹ et cela pour permettre à la société d'affacturage d'être au courant et à jour sur les activités commerciales et la gestion administrative de l'adhérent.

Mais, à cet égard, se pose la question de savoir si une fois l'approbation donnée par la société d'affacturage entraîne- elle automatiquement le transfert de propriété des créances commerciales? Pour répondre à cette question, la cour d'arbitrage de la chambre du commerce internationale a souligné dans sa décision du 09 novembre 1978 dans l'affaire entre « Factor Gesellschef » et « Soge Factoring C.Finanz » que : « l'approbation ne saurait pas plus dans l'affacturage interne que dans l'affacturage international, suffire à entraîner obligatoirement et automatiquement un transfert de propriété au factor donnant l'approbation. »¹³². Le transfert de propriété ne se fait pas par la simple approbation de l'affactureur mais par la subrogation conventionnelle, les législateurs algérien¹³³ et français¹³⁴ vont également dans ce sens.

Enfin, la société d'affacturage n'est engagée à l'égard de l'adhérent à régler que les factures que celui-ci lui transmet avec subrogation¹³⁵, et qu'à condition qu'elles soient déjà approuvées par elle. Cette approbation peut être donnée facture par facture ou à concurrence d'un en-cours hebdomadaire ou mensuel de facturation. L'approbation prive l'affactureur de tout recours contre son adhérent, par conséquent il assumera le risque de non-paiement à l'échéance de la créance par le débiteur. L'affactureur peut refuser d'approuver certaines créances, soit parce que le débiteur est jugé insuffisamment sûr, soit parce que l'en-cours fixé est atteint.

Par contre, la société d'affacturage après son approbation et l'acceptation des créances transmises, elle est tenue envers l'adhérent aussi bien du remboursement des factures (**A**); du risque de non recouvrement (**B**) et du non retour contre l'adhérent(**c**). Aujourd'hui, l'affacturage est devenu un outil qui donne à l'entreprise la possibilité de financer de manière régulière leur activité¹³⁶.

131- Cf. Ch. GAVALDA, Factoring, RTD.Com,n°32.

132- Cf. M. BACHIR, op. cit, p. 126.

133- Voir l'article 543 bis 14 du C.Com.A.

134- Cf. R. LALLEMENT, Affacturage, JC com, 1984, op. cit, n°16.

135- Cass. com., 30 mars 1999 : Juris-Data n° 1999-001494.

136- Cf. P QUIRY et Y LA FUR, l'affacturage est- il sorti du guetto, lettre vernimmen, mai 2005, n°38.

A. Remboursement des factures¹³⁷:

L'opération d'affacturage ne se définit pas seulement par un simple déplacement du risque mais elle procure un financement immédiat pour l'adhérent, une trésorerie pour faire marcher ses affaires et elle lui garantit la bonne fin. Elle est toute entière fondée sur le mécanisme juridique de la subrogation conventionnelle pour opérer au transfert de la créance à la société d'affacturage. Le seul procédé utilisable, lors de l'institution en France, a été la subrogation conventionnelle dont on a démontré le mécanisme. Elle est un mode de transmission de créance réalisé sur la base d'un paiement¹³⁸. L'acquisition de factures transférées par voie de subrogation conventionnelle n'implique nullement un financement corrélatif car la société d'affacturage peut acquérir des factures sans procéder à leur financement. Dès lors, un adhérent ne saurait affirmer, comme on peut l'entendre dans certains litiges, qu'il ne peut y avoir de paiement de factures, sans financement correspondant.

Le financement est une opération juridique d'une toute autre nature, il consiste dans le montant alloué pour l'adhérent sur le solde disponible, résultant du montant total des créances transférées, diminué de la retenue de garantie, des commissions et de ce qui contractuellement a été défini comme étant non finançable, en général ce qui ne rentre pas dans les limites des approbations. Comme le rappelle la doctrine en parfaite conformité avec la pratique quotidienne de l'affacturage après réception des factures, l'affactureur s'engage à mettre à disposition de l'adhérent tout ou partie des créances, et ce, en anticipation sur le règlement à provenir des débiteurs. Ce financement anticipé des créances n'est jamais imposé à l'adhérent, c'est une faculté qui lui est offerte et dont il peut user à tout moment dans les limites contractuelles¹³⁹.

Le règlement des créances soumises au contrat d'affacturage se fait lorsque le paiement fait par l'affactureur résulte de l'inscription au crédit du compte courant de

137- Voir l'article 543 bis 14 du C.Com.A.

138- Lamy Droit du Financement, 2003, Article Affacturage, n°3015.

139- Cf. Cf. J.-P. DESCHANEL et L.LEMOINE, op. cit, n°22.

l'adhérent du montant de la créance, il faut procéder à l'ouverture d'un compte courant et à la fixation d'un encours de crédit. La société d'affacturage, qui a payé, est subrogée dans les droits de l'adhérent, mais seulement pour les créances nées au moment de la subrogation. Elle peut révoquer son paiement si celui-ci porte sur une créance qui n'était pas visée au contrat d'affacturage qui ne s'était pas approuvée: (créance inexistante ou délit d'escroquerie).

La validité de la subrogation consentie avant le paiement ressort également des arrêts de la cour de cassation française¹⁴⁰, elle admette que les fonds destinés au paiement subrogatoire peuvent être remis au subrogeant avant qu'il n'accepte la subrogation¹⁴¹. Elle estime que le versement des fonds avant la date de la subrogation, est effectué, soit à titre de provision d'un paiement conditionnel, soit à titre de dépôt. Le créancier recevant ces sommes conserve la liberté de consentir à la subrogation.

Mais un arrêt de la Chambre des requêtes en date du 25 juillet 1865¹⁴² admet que l'accipiens s'oblige dès le versement des sommes à subroger le solvens à une date ultérieure. En l'espèce, le 2 août 1862, date du versement des fonds, le transport dès lors convenu et même exécuté, devait être réalisé au plus tard devant notaire. Finalement, la jurisprudence a admet que la convention subrogatoire est valablement conclue avant le paiement. D'ailleurs, la subrogation est régie par la loi applicable le jour de la convention et non le jour du paiement¹⁴³. Seul l'effet translatif de la subrogation est subordonné au paiement.

140- Com., 29 janvier 1991, Bull. civ. n° 48 ; Rev. trim. dr. civ. 1991, obs. J. MESTRE (La condition de concomitance de la subrogation au paiement. peut-être remplie lorsque le subrogeant a manifesté expressément, fût-ce dans un document antérieur, sa volonté de subroger son cocontractant dans ses créances à l'instant même du paiement.)

141- la cour de paris, 21 janvier 1970, note C. GAVALDA : « Si le versement des espèces avait été opéré avant l'acte subrogatoire, ce versement n'éteignait pas la dette et ne constituait pas le paiement, lequel n'eut lieu qu'au moment de l'acte même contenant la subrogation qui en était la conséquence et la condition ».

142- Cf. F. LEPLAT, La transmission conventionnelle des créances, thèse pour le doctorat, septembre 200, p. 326.

143- Req., 6 mars 1939, Gaz. Pal. 1939. Juris- classeur. n°803 « Un suisse cause un dommage à un français. L'assureur anglais indemnise la victime, et agit contre le responsable devant les tribunaux français. La Cour d'appel déclare les tribunaux français incompétents pour statuer sur l'action de l'assureur au vu de la convention franco suisse. Le pourvoi formé par l'assureur soutient que le fait d'agir en vertu d'une subrogation ne la soumet pas aux règles de compétences applicables aux seuls nationaux français. La Cour de cassation rejette le pourvoi. La police d'assurance et le fait dommageable étant antérieurs à la loi du 13 juillet 1930, la subrogation légale visée par l'article 36 de la loi ne s'applique pas. La compagnie d'assurance agit sur le fondement d'une cession de créance et non d'une subrogation. La Cour d'appel en déduit à bon droit que la compagnie d'assurance ne peut faire valoir ses droits que de la manière imposée à son assuré. Cependant, cet arrêt ne peut être admis qu'avec des réserves quant à la distinction implicite entre le régime de la cession et de la subrogation).

Le financement est la principale originalité du contrat d'affacturage, l'affactureur peut, au gré des demandes de l'entreprise adhérente et pour le montant qu'elle désire, assurer dans les plus brefs délais le préfinancement des créances. Ce financement a pour caractéristique de ne dépendre que du montant des factures émises et en aucun cas de la situation de l'entreprise au regard du bilan. Cette obligation est particulièrement appréciée dans la mesure où elle contribue souvent à pallier l'insuffisance de fonds propres¹⁴⁴.

Ainsi, l'une des raisons pour laquelle les adhérents font appel à une société d'affacturage est l'obtention d'un financement en cédant leurs créances en garantie. Plus le délai de paiement est long plus cette option de financement sera intéressante. En effet, si une somme d'argent importante est bloquée par les débiteurs, une somme également importante peut être disponible, si l'affactureur accorde une avance de cette somme, sur la base des encours acheteurs. Cependant, la société d'affacturage est en contact avec les débiteurs et peut par conséquent déceler très tôt les potentialités du débiteur mais aussi tout changement dans son comportement de paiement. Ce savoir-faire permet à l'affactureur de fixer les limites de financement pour chaque débiteur : ces limites sont les montants maximums que l'affactureur accepte d'avancer à ses adhérents¹⁴⁵.

La société d'affacturage et son adhérent se mettent d'accord sur « la fixation d'un encours de crédit » et les modes de paiements des créances transmises et approuvées, alors comment se fait la fixation de l'encours de crédit ? Et quels sont les modes de paiement ?

I. La fixation d'un encours de crédit :

La société d'affacturage, avant l'approbation des créances transmises, fait une recherche sur la situation financière de l'adhérent, elle enquête aussi sur la nature et l'existence de ces créances, sans oublier le débiteur.

144- Cf. S. LE PROVOST et E VIVIEN, Le transfert du risque client, DESS finance d'entreprise, Université de RENNES 1, Année 2001, p. 62.

145- Cf. S. LE PROVOST et E VIVIEN, op. cit, p.63.

Le contrat d'affacturage repose sur le caractère de l'intuitu persona. L'affactureur fait une étude spécifique et détaillée sur l'état financière de chaque client « débiteur » que l'adhérent détient sur eux des créances et sur la base de cette analyse qu'il fixera l'encours de crédit en concurrence du risque supporté par apport à chaque débiteur. Le montant d'encours de crédit varie selon la situation financière de chaque débiteur.

Sur le plan juridique, le législateur algérien est passé par ce qui est des modalités fixant les procédures de fixation de l'encours de crédit, le contenu et les conditions d'émission des factures à échéance, il s'est contenté de proclamer que les conditions d'habilitation des sociétés pratiquant le factoring seront fixées par voie réglementaire¹⁴⁶. Mais jusqu'à présent rien n'a encore été publié.

La fixation de l'encours de crédit se fait généralement et selon des contrats type pour une durée de six mois, et pendant cette période l'affactureur détermine le montant de crédit alloué pour l'adhérent pour une durée indéterminée. Si le montant des créances approuvées dépassent le montant du crédit, l'affactureur ne finance et ne garantit qu'approximativement les créances égales au montant du crédit même si elles étaient déjà approuvées par l'affactureur, parce que la société n'est tenue de financer que les créances ayant un montant égal au montant de l'encours de crédit fixé avec le consentement des deux contractants. Dans ce cas, l'adhérent a deux propositions pour la société d'affacturage, soit lui demander d'augmenter le montant d'encours de crédit afin qu'il englobe toutes les créances, soit lui demander seulement le financement et il se réserve la possibilité d'exercer son recours vis-à-vis de son adhérent en cas d'impayé des débiteurs et si la société d'affacturage refuse les deux propositions, elle peut procéder à leur recouvrement comme étant un mandataire et là nous serons devant le contrat de mandat.

146- Voir l'article 543 bis18du C.Com.A.

La société d'affacturage au droit de modifier le montant de l'encours de crédit soit de l'augmenter ou le diminuer et elle peut aussi l'annuler selon l'état financier du débiteur¹⁴⁷ parce que l'affactureur met ces informations à jour des situations financières des débiteurs. La décision de modification ou d'annulation pour ce qui est opposable envers l'adhérent que depuis la date de réception de l'avis de modification. Cela veut dire que cette modification ne concerne que les créances délivrées après la date de réception de l'avis, mais les créances délivrées entre la période de la prise de décision de modification et la réception de l'avis ne sont pas concernées par ce changement. Ainsi donc, l'importance se porte sur la date de réception de l'avis et non sur la date de prise de décision ou de son envoi.

II. Les modalités de paiement des créances :

L'adhérent s'encharge de transférer les créances approuvées par l'affactureur tout en respectant les procédures de transmission déterminées par le mécanisme de la subrogation conventionnelle. Les factures transférées doit contenir les mentions nécessaires désignant avec clarté le transfert des créances ainsi que tout les garanties et accessoires à la société d'affacturage qui va subrogée l'adhérent dans ces droits envers le débiteur. L'adhérent doit signaler le mode de paiement de ces créances; de même, ils peuvent se mettre d'accords sur l'ouverture d'un compte courant au niveau de la société d'affacturage, et il doit aussi lui envoyer tous les documents concernant ces créances et leurs origines « une prestation de service ou vente de marchandise ».

La société d'affacturage procède au paiement de ces créances comptant ou les transcrire dans un compte courant au nom de l'adhérent ouvert en collaboration avec la société d'affacturage, cette transcription repose sur la totalité du montant de crédit, ainsi que les commissions et les frais sont enregistré au nom du débiteur.

147-Cf. R.LALLEMENT, affacturage, J.Com, 1991, n°25.

Ainsi donc, si l'adhérent venait à utiliser sa part du montant transcrit dans le compte courant ; le montant retiré ne doit pas dépasser le montant des créances cédées ; avant que la société d'affacturage n'est recouvrée le montant des factures, dans ce cas il sera obligé d'en payer des intérêts en plus de la commission. Mais, s'il ne l'utilise pas, il remboursera seulement la commission. Dans le cas où toutes ces factures défèrent dans la date d'échéance, la société d'affacturage peut fixer une date d'échéance; c'est-à-dire une durée moyenne, exemple : la date d'échéance de la facture¹ est dans 70 jours, la deuxième 90 jours la durée moyenne est de 80 jours. Le paiement par subrogation peut intervenir alors même que le subrogeant a souscrit des billets à ordre pour garantir le subrogé contre les risques d'une telle opération¹⁴⁸.

En France, ce financement se réalise soit par¹⁴⁹:

- ❖ la remise d'un chèque à l'adhérent par l'affactureur où effectue un virement sur son compte un financement direct, à charge pour l'entreprise de rémunérer le service de financement immédiat selon les conditions financières prévues au contrat.

- ❖ par le billet à ordre émis par la société d'affacturage à l'échéance moyenne des créances du débiteur. Cette formule permet à l'adhérent de préserver ses relations avec son affactureur qui conserve la trésorerie de l'opération. En effet, la société d'affacturage en escomptant le billet à ordre qui porte la signature d'un établissement financier, peut ainsi augmenter le volume de ses encours, tout en diminuant son risque de non recouvrement¹⁵⁰. Si le tirage de l'effet est intervenu avant la subrogation, le factor est considéré comme un tiers porteur de bonne foi¹⁵¹.

148- Cass. com., 9 nov. 1990, RTD civ. 1990, p. 661.

149- Voir le site www.olegturceac.com : « la réduction du risque-client par recours à des partenaires externes », p. 314.

150- Cf. D LEGEAIS, Affacturage, Jurisclasseur Com, Fasc361, p.6.

151- Cass com., 6/04/1993 JCP E 1993, IV, p. 563. - CA Paris, 2 mars 1982: D. 1982, inf. rap. p. 407, obs. M. Vasseur.

L'affactureur recourt aussi à la constitution d'un fonds de garantie, alimenté par un pourcentage des remises de factures, sommes bloquées demeurant la propriété de l'adhérent et utilisées seulement en cas de débit de son compte courant et le remboursement doit se faire immédiatement¹⁵².

B. Le risque de non paiement :

A cet égard, la principale question qui se pose est de savoir pourquoi faut-il choisir l'opération d'affacturation plutôt qu'une autre opération de crédit ? L'intérêt repose sur les trois services que propose ce produit.

En effet, la société d'affacturation fournit à son adhérent trois services, qui sera tenu de les accomplir : le remboursement des créances, l'assurance du risque de non paiement en garantissant la bonne fin et enfin la société n'a pas le droit de retourner contre l'adhérent en cas de non recouvrement.

L'affactureur pour maîtriser le risque de non paiement, il est contraint de gérer les créances c'est-à-dire « le poste client ». Ainsi donc, le compte apparent dans le bilan de l'adhérent comporte les créances qui les détiennent sur ses clients et ce compte est nommé le poste client, c'est à dire le risque assumé et en relation avec ce poste client¹⁵³.

I. La gestion du poste client :

Tout d'abord, l'affactureur veille à la place de l'adhérent, mais sous son contrôle, à la gestion du compte clients, c'est à dire qu'il effectue les relances avant le terme du paiement. L'adhérent n'a plus qu'un seul compte, celui de l'affactureur car c'est lui qui va prendre en charge le recouvrement des créances¹⁵⁴. La gestion du poste client par l'affactureur se traduit par la diminution de l'échéance moyenne de règlement qui accélère la rotation du poste client et engendre ainsi des économies de frais financiers.

Par ailleurs, la société d'affacturation se renseigne sur la solvabilité des clients de l'adhérent, ce qui lui permet d'accorder des facilités à certains, pas uniquement financières mais en termes de délais de livraison¹⁵⁵.

152- Voir l'article 543 bis 14 du C.Com.A.

153- Cf. H.DORBES, Comment maîtriser le risque client ?, Gestion d'entreprise, décembre 2004, p. 1.

154- Cf. D DARNE, Affacturation, vers une offre sur mesure et transfrontière, Banque magazine, févr. 2001, p. 40.

155- Cf. S. LE PROVOST et E VIVIEN, op. cit, p. 60.

De plus, elle libère l'adhérent de toutes les tâches administratives puisque c'est lui qui a en charge le service commercial, le service comptable dans la mesure où il assure la comptabilisation des factures, voir la facturation elle-même, et des encaissements ainsi que la remise en banque des règlements reçus des débiteurs. Dans un même ordre d'idées, c'est le factor qui assure le recouvrement, en effectuant les relances qui peuvent être suspendues à la demande de l'adhérent et enfin il a en charge tout le service de contentieux¹⁵⁶.

Cependant, la gestion et le contrôle des comptes restent le pivot central de tous les services d'affacturage. C'est la raison pour laquelle elle est stipulée d'une manière ou d'une autre dans tous les contrats d'affacturage. L'objectif et la mission d'affactureur est de mettre en place un système de relance adéquat à chaque débiteur, c'est à dire que la société d'affacturage se doit de l'informer en cas de non-paiement et assurer ainsi un véritable métier de prestataire de services afin de permettre aux entreprises de disposer d'une gestion du poste clients appropriée à leurs besoins de financement¹⁵⁷.

Les adhérents facturent leurs clients et en adressent un double au factor. L'adhérent, en confiant à un factor la gestion de ses comptes clients, garde cependant la maîtrise de ses relations commerciales et reste en contact avec sa clientèle. Ce dernier prend alors en charge l'ensemble des opérations consécutives à la facturation :

- ❖ l'enregistrement des factures;
- ❖ la surveillance des encaissements et leur comptabilisation;
- ❖ la détection et l'origine des litiges commerciaux par la relance personnalisée et systématique des débiteurs en cas de retard de paiement ou de non retour des traites à l'acceptation;
- ❖ la remise en banque des chèques et des traites au jour le jour permettant une amélioration de la rotation du poste clients par une réduction des délais d'encaissement;

156- Cf. S. LE PROVOST et E VIVIEN, op. cit, p. 61.

157- Cf. A. DEL POZO, La gestion du poste client, Dossier spécial conseil et audit, 2007, p. 1.

- ❖ si nécessaire, les démarches précontentieuses puis contentieuses de recouvrement des créances assurées par le factor, offrant une logistique et une force de persuasion sans commune mesure avec celle des entreprises.

L'affactureur procède aux enquêtes indispensables sur la moralité et la surface financière, de solvabilité, de tout nouveau client et permet ainsi la sélection rapide de la clientèle. Il est alors possible pour l'affactureur de donner son approbation en fixant l'encours de crédit qu'il garantit pour chacun des clients, la gestion portant sur la totalité des créances. L'adhérent peut alors en toute sécurité engager sa négociation commerciale avec son client. Il est donc déchargé de tout le service de recouvrement, ce qui est appréciable pour une entreprise qui a un grand nombre de clients.

C'est la solution la plus rationnelle et la plus économique, car les sociétés d'affacturage disposent d'un équipement informatique qui leur permet d'effectuer ces opérations dans les meilleures conditions. Le factoring entraîne donc une réduction des frais de gestion qui doit être mise en balance avec la commission prélevée par le factor¹⁵⁸.

II. La garantie contre le risque d'impayés :

L'opération d'affacturage est une prestation globale, alternative au financement bancaire, qui englobe à la fois l'assurance contre le risque de non paiement mais aussi une avance financière du montant des créances. C'est une offre de plus en plus accessible qui permet de financer son besoin de fond de roulement et son développement.

a. Les risques s'accroissent de l'affacturage :

Le factor s'engage au remboursement de l'adhérent sur les seules qualités des créances qui a sur les débiteurs « ces clients », et non sur la seule fiabilité de l'adhérent de l'affactureur. L'évolution du marché dépendra de plusieurs facteurs clés dont notamment, la croissance continue de marché à un niveau de rentabilité acceptable, la maîtrise des risques et le rôle du reverse affacturage dans le marché¹⁵⁹.

158- Cf. C. GAVALDA et STOUFFIET, op. cit, n°28 ss.

159- Cf. P HENRI SCACCHI et S GRUBER, Les risques s'accroissent de l'affacturage, revue banque, février 2002, n°633, p. 50.

L'opération d'affacturage a connu une croissance constante de nos jours dans le mode entier même dans les pays arabes, tels le Maroc et la Tunisie, en raison de la souplesse de financement qu'il représente et des possibilités de gestion et d'assurance qui y sont liées. L'affactureur peut agir sur l'adhérent et le débiteur. Il dispose donc d'un double niveau de sécurité. Par rapport à l'escompte, l'affactureur a des garanties supérieures du fait de ses procédures internes. Ainsi, l'affactureur procède par sondage, il prend en compte la qualité de l'organisation de l'adhérent, la réalité des prestations des créances et la situation financière des débiteurs avant d'accepter un contrat. Mais quelles sont les causes d'augmentation des risques ? Il existe plusieurs facteurs, qui sont les suivants :

1. La guerre des prix et les conséquences sur les risques :

Au plan économique, au cours de ces dix dernières années, l'opération d'affacturage a connu un large public des établissements financier et aussi bancaire voulant adopter cette technique qui apporte un très grand intérêt économique et financière que se soit pour la société d'affacturage ou les entreprises adhérentes. Il ya lieu des fusions ou des cessions, ont accru leurs parts de marché à raison de la concurrence et la lutte des uns, pour acquérir de nouveaux clients, et des autres pour les conserver, ce qui a engendré comme effet une forte baisse des marges.

Ainsi, la commission de financement et celle de gestion se sont fortement contractées, les services proposés diminuant de façon parallèle. Comme les rentabilités clients n'ont pas été suffisamment développées, certains dossiers sont acceptés à perte lorsque le volume à traiter entraîne un coût par opération trop élevé. La guerre des prix a eu pour autre résultat la tentation pour certains affactureurs de diminuer ce qui faisait leur force : la capacité à détecter les risques de fraudes potentielles. De ce fait, les diligences avant l'acceptation de nouveaux dossiers ont eu tendance à baisser, entraînant un risque financier réel pour certains affactureurs¹⁶⁰.

160- Cf. P HENRI SCACCHI et S GRUBERop.cit, n°633, p. 50.

2. De nouveaux produits à risque :

De nouveaux produits ont ainsi vu leur apparition : les contrats non gérés sont le contrat bulk¹⁶¹ où la gestion des créances est laissée aux adhérents. Ces nouveaux contrats augmentent de façon très sensible les risques des affactureurs qui portent, si des contrôles stricts ne sont pas diligentés, non plus sur les débiteurs mais sur les adhérents. Par ailleurs, ces risques sont de nature multiples¹⁶²:

- ❖ la mauvaise gestion des créances « laissée aux adhérents »,
- ❖ la transmission des créances sous forme de balance rendant opaque la réalité des factures,
- ❖ le compte clients étant alimenté soit de fausses factures soit de factures anticipées ;
- ❖ un risque de cavalerie est également propre à ce type de contrat : l'adhérent peut être tenté d'imputer des règlements fictifs sur les comptes clients pour recréer de nouveaux financements.

Les affactureurs qui développent ce type de contrat sont donc tenus de réaliser de nouveaux contrôles chez leurs adhérents : le système comptable et le système d'information de l'adhérent doivent être analysés obligatoirement dans un audit préalable, en supplément des points d'audit classique. Des audits ponctuels doivent être régulièrement menés chez l'adhérent. Toutefois ces dispositifs ne peuvent que diminuer ces nouveaux risques mais pas les supprimer (**voir schéma1**) l'absence de telles diligences implique de ne plus considérer la position du client en risque adhérent.

161- c'est un contrat qui cible l'adhérent ayant de nombreuses factures, dont le traitement dans le cadre d'une opération classique entraînerait un coût très important. Dans ce cas, ne seront enregistrés que les montants globaux (au lieu de facture par facture), mais avec un plafonnement de la facturation. Les factures non couvertes au delà d'un certain délai après leur échéance seront transmises au factor pour recouvrement y compris par voie judiciaire.

Les contrats Bulk augmentent de façon très sensible les risques des factors.

162- Cf. P HENRI SCACCHI et S GRUBERop.cit, n°633, p. 50.

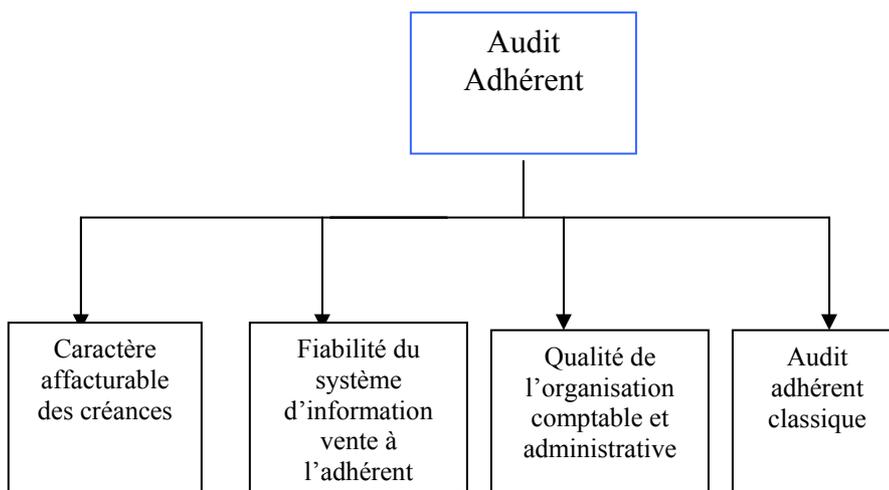


Figure 5 : L'audit préalable des clients dans les contrats

3. Les systèmes d'information :

Une des grandes problématiques pour la maîtrise du risque est d'adopter des systèmes d'information performants par rapport aux règles du marché qui évoluent en permanence. Le système d'information présent (Voir le schéma 2) l'axe central du développement. Dans ce cas, la société d'affacturation se trouve face à deux situations¹⁶³:

- ❖ Ceux ayant développé leur système d'information interne.
- ❖ ceux ayant décidé de progicialiser leur outil informatique.

La problématique du système d'informatique est fondamentale. Elle doit permettre au société d'affacturation de disposer d'outils permettant de gérer des bases de données réelles, d'éviter les problèmes de concordances entre la production et la comptabilité, d'augmenter de façon significative la productivité par opération et par opérateur et enfin de s'adapter aux nouveaux marchés. L'évolution des systèmes d'information et leur maîtrise est donc un des enjeux majeurs pour avoir une bonne maitrise de gestion des comptes client et les risques d'impayés¹⁶⁴.

163- Cf. P HENRI SCACCHI et S GRUBERop.cit, n° 633, p. 51.

164- Cf. S. LE PROVOST et E VIVIEN, op. cit, p.45.

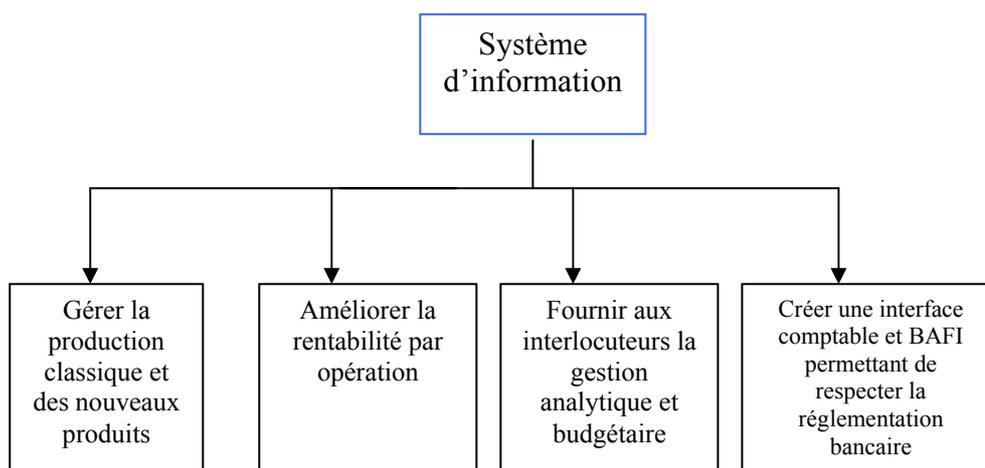


Figure 6: Des systèmes d'information adaptés à l'affacturage.

4. L'évolution des intervenants :

Ainsi, depuis quelques années, des structures dédiées au financement des créances de leurs fournisseurs sur eux-mêmes ont été créées par des grands groupes. Ce mode d'affacturage, baptisé reverse factoring, à très faible risque puisque l'affactureur accepte les factures approuvées sur le groupe par ses propres services, risque de modifier considérablement les volumes du marché et les parts respectives des différents affactureurs. Pour cela, il suffit d'imaginer que simplement 20% des comptes fournisseurs des plus grands groupes de distribution français passent par ce système pour que la hiérarchie de l'affacturage en France soit entièrement modifiée. Pour les grands groupes de distribution ou de l'industrie, le reverse factoring permet d'optimiser leurs marges financières par rapport à l'escompte et leur bilan en diminuant leurs dettes. Il y a donc une probabilité certaine pour que les intervenants seuls ou alliés avec des établissements financiers, occupent une place de plus en plus forte¹⁶⁵.

165- Cf. P HENRI SCACCHI et S GRUBERop.cit, n°633, p. 51.

b. Maîtriser les risques de l'affacturage :

Les sociétés d'affacturage pour gérer les risques inhérents à leur métier, ils disposent des moyens spécifiques. La gestion d'un contrat d'affacturage expose l'affactureur à un risque « adhérent » d'une part, à un risque « débiteur » de l'autre. Pour que l'affactureur gère ces deux types de risques doit en premier évaluer la capacité financière de l'adhérent à honorer ses engagements et la gestion de ce risque est soumise à deux exigences : la rapidité de l'affactureur à déterminer le plafond, détermine le succès de la relation commerciale « adhérent – débiteur » ou « vendeur – acheteur » ; et prendre en compte la fiabilité du processus permettant à l'affactureur de traiter chaque jour un nombre important de décisions conditionne son exposition au risque.

Contrôler l'exigibilité des factures financées en comprenons l'activité de l'adhérent s'informer sur la réputation de l'équipe dirigeante et sa capacité à assurer une prestation de qualité à émettre des factures exigibles et identifier les concentrations de risques par exemple l'entreprise adhérente ayant un client unique ou un seul fournisseur; déterminer les caractéristiques des commandes des acheteurs : le risque est accru si les livraisons ne correspondent pas à des commandes fermes, mais à des ventes conditionnelles (dépôt-vente)¹⁶⁶.

De même, une saisonnalité des ventes est aussi un facteur de risque ; déterminer les caractéristiques de la facturation, l'affactureur accepte et approuve que des factures fermes et définitives et écartent les situations intermédiaires de travaux. La détection des factures anticipées sous la pression d'échéances difficiles, un vendeur peut être tenté d'anticiper l'émission de ses factures. La détection d'une telle situation dépend de l'expérience des équipes de gestion et de relance de l'affactureur ; gérer le traitement des ventes à l'exportation avec une prudence accrue; évaluer l'outil de travail, l'expérience et l'ancienneté du vendeur. Ainsi, l'analyse du volume des avoirs permet de porter un jugement sur la qualité de la prestation technique et, de ce fait, sur l'exigibilité de la facturation.

166- Cf. G DE SUSANNE, Maîtriser les risques de l'affacturage, Revue banque, 1993, n°539.

Pour l'analyse des risques du côté du débiteur, ces impératifs pour l'affactureur de s'assurer de fiabilité des sources de renseignements, doivent être sûres et crédibles qui permettent d'avoir des informations authentiques sur la situation financière et régularité des paiements chez le débiteur. L'information sur la situation financière provient essentiellement de leur état financier de fin d'année. Or, ces données ne correspondent pas à la situation présente de débiteur ; la banque de France avec la cotation et la centralisation mensuelle des risques en assure la mise à jour des informations en développant leur système d'information et de circulation des documents. Ces informations sont complétées, de manière ponctuelle, par une visite chez le débiteur ou par un contact téléphonique¹⁶⁷.

La société pour maîtriser le risque doit procéder à l'étude des moyens suivants:

1. L'analyse financière :

Selon les moyens et les ressources mis à la disposition de la société d'affacturage par l'adhérent, l'affactureur peut réaliser des enquêtes plus ou moins poussées sur le dernier. Il s'agit dès lors d'effectuer une analyse financière avec lesquelles il va ou est susceptible de travailler.

L'analyse financière consiste en la « décortication » des documents comptables et annexes. Il faut savoir lire et décrypter un bilan, un compte de résultat. En effet, de simples chiffres, s'ils sont analysés correctement, peuvent permettre de déceler de précieux indices sur la situation financière d'une entreprise, sa stratégie, ses habitudes de paiement¹⁶⁸. L'affactureur va tenter d'étudier la solvabilité de ses adhérents selon :

- ❖ le secteur d'activité,
- ❖ l'historique,
- ❖ le poids des postes du bilan,
- ❖ la capacité de réaction des dirigeants (adaptation des charges en cas de baisse d'activité...),

167- Cf. G DE SUSANNE, op. cit, n°539.

168- Cf. S. LE PROVOST et E VIVIEN, op. cit, p.50.

❖ les principaux ratios (capacité d'endettement, délai de paiement, rotation des stocks...).

Une telle analyse permet d'appréhender les points forts et les points faibles d'une entreprise. Elle permet de se faire une idée du niveau de risque représenté par un adhérent et débiteur. En outre, l'analyse financière présente un coût important puisqu'elle n'est fiable que si l'on possède une information complète, fictive et précise.

2. Le crédit scoring:

Le scoring est une méthode statistique discriminatoire permettant de classer les entreprises selon différents critères et de les classer ensuite dans des groupes de risques. Ce type d'étude répond à une des préoccupations majeures des sociétés d'affacturages, la détection précoce des défaillances.

Différents ratios sont pris en compte de façon à analyser au mieux une entreprise. Ces éléments significatifs font l'objet d'une note et l'ensemble de ces notes fait ensuite l'objet d'une pondération, les poids étant déterminés selon l'importance du critère¹⁶⁹. Connaître une telle information constitue une véritable aide à la décision en matière de limite de crédit et représente un complément intéressant à l'analyse financière. L'affactureur se décidera alors du montant maximum de l'encours de crédit.

L'information obtenue par la société d'affacturation est traitée de façon différente suivant le niveau de risques, le secteur d'activité et la taille de l'entreprise adhérente sont pris en compte. L'analyse de l'affactureur est plus approfondie « notons que l'appartenance à un groupe de bonne notoriété et la consolidation dans ses comptes conduit le plus souvent à accorder un plafond largement supérieur à celui qui au vu des seules caractéristiques de l'acheteur. »¹⁷⁰

Le second critère de décision concerne la régularité des paiements. Tout au long de sa relation avec un acheteur, le factor conserve l'historique des règlements, incidents, retards, litige, permettant une analyse dynamique de la gestion de ses paiements. Cette expérience est primordiale pour la détermination du plafond qui lui est attribué.

169- exemple, l'historique de règlement a un poids beaucoup plus fort que l'activité de l'entreprise.

170- Cf. G DE SUSANNE, op. cit, n°539.

C. La garantie de l'irrévocabilité de l'affactureur contre l'adhérent :

La société d'affacturage en tant qu'apporteur d'argent frais à son adhérent, elle souhaite diminuer au maximum le risque de non-paiement, grâce à l'opération d'affacturage, elle réduit considérablement ce risque de non-paiement. L'entreprise adhérente demande à la société d'affacturage un règlement immédiat en assurant en même temps la bonne fin, c'est-à-dire en cas de non paiement à cause d'une défaillance « la faillite ou redressement du débiteur » l'affactureur n'a pas le droit de retourner contre l'entreprise adhérente¹⁷¹ pour recouvrer son argent. L'entreprise adhérente en contre partie de cette garantie elle verse une commission fixée par la société d'affacturage¹⁷².

Cette obligation est principalement la base du contrat d'affacturage; quelques un la considèrent comme l'élément essentiel pour le contrat et que sans cette obligation le contrat d'affacturage perdra son fondement juridique. La particularité du contrat c'est garantir la bonne fin et le risque impayé qui représente actuellement en France la principale cause des défaillances d'entreprises. Le paiement de l'affactureur est irrévocable, les sommes versées étant la contrepartie d'une vente pure et simple de créances commerciales¹⁷³.

Les législateurs algérien et français n'ont pas donné une définition du concept de la garantie de l'irrévocabilité de l'affactureur contre son adhérent. Il a été cité que la société d'affacturage garantie le risque de non paiement en contre partie d'une commission¹⁷⁴. C'est-à-dire que la société d'affacturage n'a pas le droit d'entamer une action de révocation contre son adhérent en cas de défaillance du débiteur. Plusieurs auteurs ont tenté de donner une définition pour cette garantie. Le juriste VIVIANT Michel a essayé de la définir comme

171- Cette règle n'interdit pas au factor de disposer d'un recours en cas d'inexistence des créances.

172-Cf. M.BACHIR, l'affacturage, mémoire de magister, 2001, p. 131.

173- Voir l'article 543 bis14 du C.Com.A.

174- Cf. M. BACHIR, op. cit, p. 130.

étant une convention par laquelle une personne appelée ducroire se pose garant vis-à-vis de son contractant de la bonne fin d'une opération¹⁷⁵. Selon cette définition, « une convention par laquelle.. » veut parler de la convention d'affacturage et le ducroire¹⁷⁶ c'est l'affactureur qui se porte garant du risque non paiement et son contractant c'est son adhérent. On peut dire qu'ici l'auteur a défini cette garantie en se reposant sur la définition de la convention d'affacturage. D'autres soulignent que c'est une convention par laquelle le créancier acquiert un intérêt contre partie d'enrichissement des autres¹⁷⁷.

L'obligation de l'affactureur se détermine dont la garantie du montant des créances approuvées qui ont été facturées à l'affactureur et non celles qui n'ont pas été approuvées, à cet égard comme nous l'avons vu, la société d'affacturage joue le rôle du mandataire et non d'affactureur. Ce qui caractérise cette garantie est qu'elle est un engagement unilatéral, c'est l'affactureur qui l'a en charge, une obligation découlant d'une convention¹⁷⁸, c'est-à-dire les deux parties, peuvent écarter cette garantie, voire les types de contrat d'affacturage. Les parties doivent la mentionner dans le contrat d'affacture pour désigner le type de contrat d'affacturage choisi. Il faut aussi préciser que cette garantie est plausible, l'affactureur ne supportera le risque de non paiement qu'en cas de défaillance du débiteur mais pas dans tous les cas. Autrement dit, ce risque peut se réaliser comme il peut ne pas se réaliser, mais l'adhérent dans les deux cas doit verser à la société d'affacturage une commission contre cette couverture qui est probable.

Cette garantie apporte des intérêts pour chacun des contractants, alors il en résulte deux types d'intérêt:

- ❖ Pour l'adhérent : cette obligation permet à l'adhérent d'apercevoir le montant des créances facturées et approuvées avant leur échéance, il

175- Cf. M VIVIANI, convention ducroire, juriscasseur contrat distribution 1998, fasc 955, n°06.

176- En latin c'est « del credere ».

177- Cf. M. BACHIR, op. cit, p. 133.

178- Cf. VIVIANI Michel, op.cit, n°23.

bénéficie de l'assurance de la bonne fin du contrat et l'irrévocabilité de l'affactureur¹⁷⁹.

- ❖ Pour la société d'affacturage : l'affactureur se charge du remboursement de l'adhérent et garantit la bonne fin, mais en contre partie d'une commission fixée selon les risques courus pour recouvrer ces créances, l'affactureur avant d'accepter cette convention, il fait des recherches sur la situation financière de l'adhérent et aussi une étude très détaillée sur le débiteur. C'est-à-dire l'affactureur avant d'accepter d'encourir le risque il le mesure et selon cet état il fixe sa commission¹⁸⁰.

Il est aisé de mettre en évidence les avantages économiques de la convention d'affacturage. L'affactureur assume intégralement les risques de non-paiement par le débiteur. L'adhérent en est déchargé, quelle que soit la cause du non-paiement: insolvabilité de l'acheteur ou obstacle tenant par exemple à une réglementation financière. Cette prise en charge des risques par l'affactureur est particulièrement précieuse pour les petites et moyennes entreprises pour recouvrer leurs créances, et financièrement plus vulnérables.

Enfin après que la société d'affacturage a accompli ces obligations, il lui reste de recouvrer ses créances auprès du débiteur.

179- Voir les obligations de l'adhérent.

180- Voir les obligations de l'affactureur.

SOUS-SECTION 3 :

LES OBLIGATIONS DU DEBITEUR

Lorsqu'un vendeur « adhérent » accorde à son client « débiteur » un délai pour payer sa facture, rien ne lui garantit qu'il paiera à l'échéance convenue, ou qu'à cette date il sera encore solvable. A ce titre, il va se protéger contre ces intervenants de garantie et de sûreté, c'est-à-dire un droit de saisir les biens de son client défaillant, mais parfois ces sûretés procurent une sécurité limitée et ne permettent d'établir ni un rang de préférence de paiement lorsqu'il ya présence de plusieurs créiteurs différents, ni d'empêcher ce dernier de céder certains biens afin d'organiser progressivement son insolvabilité.

Pour cela, l'adhérent pour garantir la bonne fin de paiement, il exige à son client «débiteur » de constituer une sûreté permettant de créer à son profit, un droit (réel ou personnel) qui renforce sa créance en garantissant son paiement lorsque s'ouvre à l'encontre du débiteur une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. Et parfois l'adhérent se voit dans l'importance d'établir une assurance crédit pour lui faciliter le recouvrement de la créance. Ces sûretés sont classées en fonction de leur nature et de leur objet. Il existe les sûretés personnelles l'hypothèque et le nantissement et aussi les sûretés réelles nous avons le cautionnement et l'aval¹⁸¹.

Ces deux mécanismes ont un atout commun dans la mesure où ils mettent l'adhérent dans une position excluant n'importe quel autre créiteur ne vienne lui faire concurrence. Il peut aussi utiliser le droit de rétention, n'est pas juridiquement une « sûreté », il s'agit plutôt d'un moyen de pression sur le débiteur qui ne pourra récupérer son bien que lorsqu'il aura payé sa dette et ce même en cas de procédure collective. Le droit de rétention est un droit transmis à l'affactureur par la subrogation car c'est un droit accessoire à la créance¹⁸².

Le mécanisme de la subrogation permet de transmettre toutes les créances à la société d'affacturage avec tous ses accessoires et sûretés. L'affactureur avant d'accepter

181- Revoir les rapports entre l'affactureur et l'adhérent

182-Cf. A-R ELSANHOURI, Le code civil, 3eme partie, V394, p. 690.

les créances, il fait une étude sur l'état financière de l'adhérent et du débiteur et il insiste sur la transmission de toute garantie qui lui permet d'acquérir son droit de recouvrement en cas de défaillance du débiteur¹⁸³. Pour pouvoir procéder au recouvrement des créances, il est nécessaire à la société d'affacturage ou à l'adhérent de procéder à la notification du débiteur de la subrogation du facteur dans tous les droits qui a l'adhérent au débiteur et cela en le mentionnant dans les factures et doit être lisible et claire¹⁸⁴.

Une fois la subrogation intervenue, le débiteur cédé est tenu à titre principal à l'égard de l'affactureur. La subrogation lui est opposable sans d'autres formalités, et après qu'il en a été informé, il ne peut plus se libérer de bonne foi « celui qui paie mal paie deux fois » du débiteur. Il ne peut pas se prévaloir d'un éventuel recours dont dispose l'affactureur contre son adhérent, car ce recours est « une obligation subsidiaire de garantie et ne peut avoir pour effet d'éteindre l'obligation principale dont il est l'accessoire »¹⁸⁵.

La subrogation transfère à l'affactureur la créance avec tous les droits, actions et privilèges qui y sont attachés et en tant que nouveau titulaire de la créance, l'affactureur a le droit d'accorder des remises et des délais au débiteur. Le recouvrement peut être facilité si l'affactureur bénéficie des garanties du droit cambiaire, si le débiteur cédé est mis en redressement judiciaire, l'affactureur doit déclarer sa créance. La société d'affacturage doit remettre au débiteur une quittance pour tout paiement effectué. Elle doit informer l'adhérent du paiement, même partiel, de la part du débiteur.

Comme on l'a vu, l'affactureur est libre de refuser son approbation pour certaines créances. C'est un pouvoir discrétionnaire mais dont les affactureurs usent rarement. L'affactureur ne peut retirer son approbation après le paiement effectué par l'adhérent, ce serait « éteindre rétroactivement son engagement »¹⁸⁶. Il ne règle pas le montant de
Comment faire face aux impayés ? Le recouvrement des créances présente un

183- voir les rapports entre l'affactureur et l'adhérent.

184- Voir la notification du débiteur.

185- cour de cass.Com. 10 oct 2000, JCP E 2001, I, 1044.

186- CA Paris, 20 févr. 1996: D.1996, jurisprudence. p.505, note DAGORNE-LABBE.

intérêt crucial tant pour la société d'affacturage que pour l'adhérent. L'affactureur a à sa disposition les procédures du droit commun, mais également des procédures d'urgence pour obliger leur débiteur ou la caution de payer s'il y a un garant caution. Il existe des modes de recouvrement des créances qui peuvent s'avérer extrêmement utiles, lorsque la dette devient exigible.

A. Les différentes mesures de recouvrement :

Les impayés constituent l'une des principales causes de défaillance des entreprises. L'impayé n'est pas pour autant une fatalité. En effet, de nombreux moyens existent pour obtenir le paiement de créances. Les démarches et voies d'actions choisies doivent correspondre à la spécificité de chaque situation. Les critères à prendre en compte pour choisir une démarche de recouvrement concernent tout à la fois le statut du débiteur, son patrimoine et le montant de la créance. La finalité de l'action en recouvrement est d'aboutir dans l'idéal à un paiement dans les meilleurs délais, au moindre coût¹⁸⁷.

La société d'affacturage a deux possibilités de recouvrement : le recouvrement à l'amiable et le recouvrement judiciaire.

I. Le recouvrement amiable :

C'est un paiement volontaire du débiteur par la voie de la négociation et de la conviction. Il s'agit donc de rappeler au débiteur ses obligations et d'obtenir de lui qu'il rembourse sa dette de son plein gré. La société d'affacturage envoie une lettre de rappel de paiement ou passe des coups de téléphone. Le recouvrement amiable n'est pas une voie d'action contentieuse mais correspond bien davantage à une phase de règlement précontentieux d'un litige portant sur une somme d'argent. Si les tentatives sont vaines et le débiteur refuse de payer, il faut envisager d'autres voies de recouvrement, l'action en justice et le recouvrement forcé. Et si le débiteur n'a pas il lui délivre une mise en

187- Cf. Murielle CAHEN, Thème Commercial & Sociétés 16 juin 2003.

demeure car certains droits ne sont acquis au créancier qu'à compter de la mise en demeure qui n'est de toute façon pas exclusive de la négociation.

II. Le recouvrement judiciaire :

Dans l'hypothèse où les tentatives de recouvrement amiable se sont révélées infructueuses, ou en cas de mise en œuvre d'une mesure conservatoire, le créancier devra porter le litige devant le Tribunal compétent.

a. La mesure conservatoire :

Si le créancier pense que le recouvrement de sa créance, dont il ne peut obtenir le recouvrement forcé, est menacé, il peut demander en justice l'autorisation de prendre à titre conservatoire, une sûreté mobilière ou immobilière ou de procéder à une saisie conservatoire¹⁸⁸ sur un bien appartenant au débiteur. Cette mesure conservatoire fera de lui un créancier privilégié¹⁸⁹ et il pourra ensuite être payé en priorité si une décision de justice lui est favorable. Elle empêche en outre que le débiteur organise son insolvabilité. La demande en validité de saisie doit être introduite par le créancier, dans le délai de quinze jours au plus tard, à dater du prononcé de l'ordonnance, et ce, à peine de nullité¹⁹⁰.

b. L'action en justice :

Une fois que toutes les mesures de recouvrement à l'amiable sont achevées, la société d'affacturage peut saisir le tribunal de commerce¹⁹¹, puisqu'il s'agit d'une créance commerciale, pour faire constater sa créance et obtenir la condamnation du débiteur à lui régler la somme due.

L'objectif d'une action en justice peut être double. Il peut d'abord constituer un moyen de pression supplémentaire à l'égard du débiteur de nature à l'inciter à payer sa dette. Ensuite, si tel n'est pas le cas, et si la décision de justice est favorable à l'affactureur, elle lui confère un titre exécutoire qui lui permettra de saisir un bien de

188- Voir l'article 327 du C.Proc.C.A: « il n'est procédé à saisie mobilière ou immobilière qu'en vertu d'un titre exécutoire et pour des choses liquides et certaines;... »

189-Voir l'article 247 du C.Com A.

190- Voir l'article 350 du C.Proc.C.A.

191- En France et en Algérie.

son débiteur pour se payer ou transformer une mesure conservatoire en mesure définitive afin d'obtenir le règlement de sa créance par l'attribution des sommes saisies ou par la vente des biens saisis. La procédure du recouvrement forcé peut être engagée sans action en justice préalable, si le créancier détient par exemple un certificat de non-paiement de chèque ou un acte notarié qui est lui aussi revêtu de la forme exécutoire. La saisie peut être faite soit par :

- ❖ La saisie-attribution¹⁹² C'est une saisie de créances de sommes que détient un tiers pour le compte du débiteur, y compris les banques. Elle s'effectue par acte d'huissier adressé par le saisissant au tiers saisi et lui interdit de disposer des sommes réclamées dans la limite de ce que doit le débiteur¹⁹³.
- ❖ La saisie de vente¹⁹⁴ : Elle permet au créancier de saisir les meubles du débiteur, de les faire vendre et de se payer sur le prix¹⁹⁵.
- ❖ La saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières¹⁹⁶ sont également saisissables les titres, parts sociales, droits d'associés ou valeurs mobilières. Cette somme est spécialement affectée au profit du créancier saisissant.

Soulignons toutefois que le débiteur a toujours la possibilité de payer au cours de la procédure de saisie, s'il ne veut pas être contraint d'assister à la vente de ses biens. Les principales actions en justice ouvertes au créancier sont les suivantes :

1. L'injonction de payer :

La procédure d'injonction de payer est une procédure qui est utilisée lorsque le débiteur ne risque pas de contester la créance. Cette procédure peu formaliste permet d'obtenir une décision judiciaire¹⁹⁷ sans avoir dû préalablement appeler le débiteur et sans qu'aucune des parties, créancier ou débiteur, aient eu à comparaître. Elle peut être utilisée en matière civile ou commerciale¹⁹⁸.

192- Voir les articles 42 à 47 de la loi du 9 juillet 1991 et décret français 55 à 79 décret du 31 juillet 1992.

193- Voir l'article 355 du C.Procc.A

194- Voir les articles 50 à 55 loi du 9 juillet 1991 et décret français 31 juillet 1992 articles 81 à 138.

195- Voir l'article 371 du C.Proc.C.A.

196- Voir les articles 178 à 193 du décret français de 1992.

197- Voir l'article 174 du C.Proc.C.A.

198-Voir l'article 1405 du Nouveau C.Proc C.F.

La procédure d'injonction de payer devient contradictoire en cas d'opposition du débiteur à l'ordonnance d'injonction de payer qui doit lui être notifiée par voie d'huissier au plus tard dans les six mois de son prononcé à peine de caducité¹⁹⁹. Mais le C.Proc.C.A, proclame que l'avis d'injonction de payer doit être notifié au débiteur par lettre recommandée du greffier avec demande d'avis de réception dans les quinze jours²⁰⁰, ainsi que toute ordonnance contenant injonction de payer non frappée de contredit et non visée pour exécutoire, dans les six mois de sa date, sera périmée et ne produira aucun effet²⁰¹.

2. L'assignation en paiement :

L'assignation en paiement est un acte délivré par voie d'huissier permettant au demandeur de citer son adversaire à comparaître devant le juge. La procédure est ici contradictoire, moins rapide que l'injonction de payer et doit être utilisée par les créanciers lorsque leurs créances sont susceptibles d'être contestées par le débiteur.

3. L'action en réfère :

Est une procédure simple et rapide qui permet de s'assurer du recouvrement de la créance, lorsque celle-ci n'est pas sérieusement contestable.

Dès lors que l'obligation contractuelle qui lui est soumise apparaît comme ambiguë, incomplète ou susceptible d'interprétation, elle devient contestable et le juge des référés devient incompétent²⁰².

Enfin, l'affactureur assure le risque de non paiement du débiteur, il n'a pas le droit de retourner contre l'adhérent puisque ce dernier lui a payé une commission en contre partie de cette assurance. La société d'affacturage garantit la bonne fin que dans le cas de défaillance et la faillite du débiteur ou le cas de force majeure²⁰³, lorsque le débiteur ne paie pas ce qu'il doit à l'échéance, au moment de sa cessation de

199- Voir l'article 1411 du N.C.Proc.C.F.

200- Voir l'article 178/2 du C.Proc.C.A.

201- Voir l'article 182 du C.Proc.C.A.

202-Voir l'article 186 du C.Proc.C.A.

203- Voir l'article art 178 du C.C.A.

paiement²⁰⁴. Cette obligation de garantie s'éteint lorsque l'objet a péri suite d'une cause imputable au débiteur ou à l'adhérent.

B. CONCOURS DE L'AFFACTUREUR AVEC D'AUTRES CREANCIERS DE L'ADHERENT :

Il y a deux situations où la société d'affacturage se trouvera en difficulté de recouvrer ses créances : le contrat de sous-traitance et un autre affactureur. Pour régler ces conflits, il faut tenir compte de la date d'opposabilité de la subrogation et de la nature des droits en concours²⁰⁵.

I. Le concours de l'affactureur avec un créancier sous-traitant :

La sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage²⁰⁶. (shéma3)

Il résulte de cette définition du contrat de sous-traitance, qu'un maître de l'ouvrage se met d'accord avec un entrepreneur pour l'exécution d'un travail dans un contrat d'entreprise et ce dernier confie l'exécution de tout le travail ou partiellement à un sous traitant. Sauf l'existence d'une clause d'interdiction de recourir à ce type de contrat ou la nature ne suppose faire appel à lui, mais devant le maître de l'ouvrage l'entrepreneur est responsable du fait du sous traitant²⁰⁷.

204- Voir la sous section2 du chapitre2 « la défaillance du débiteur ».

205- Cf. E.-M. BEY, Les tiers dans la complexion de l'affacturage : RJDA 3/1994, p. 207.

206- Voir l'article 1 Loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance A.

207- Voir l'article 564 du C.C.A.

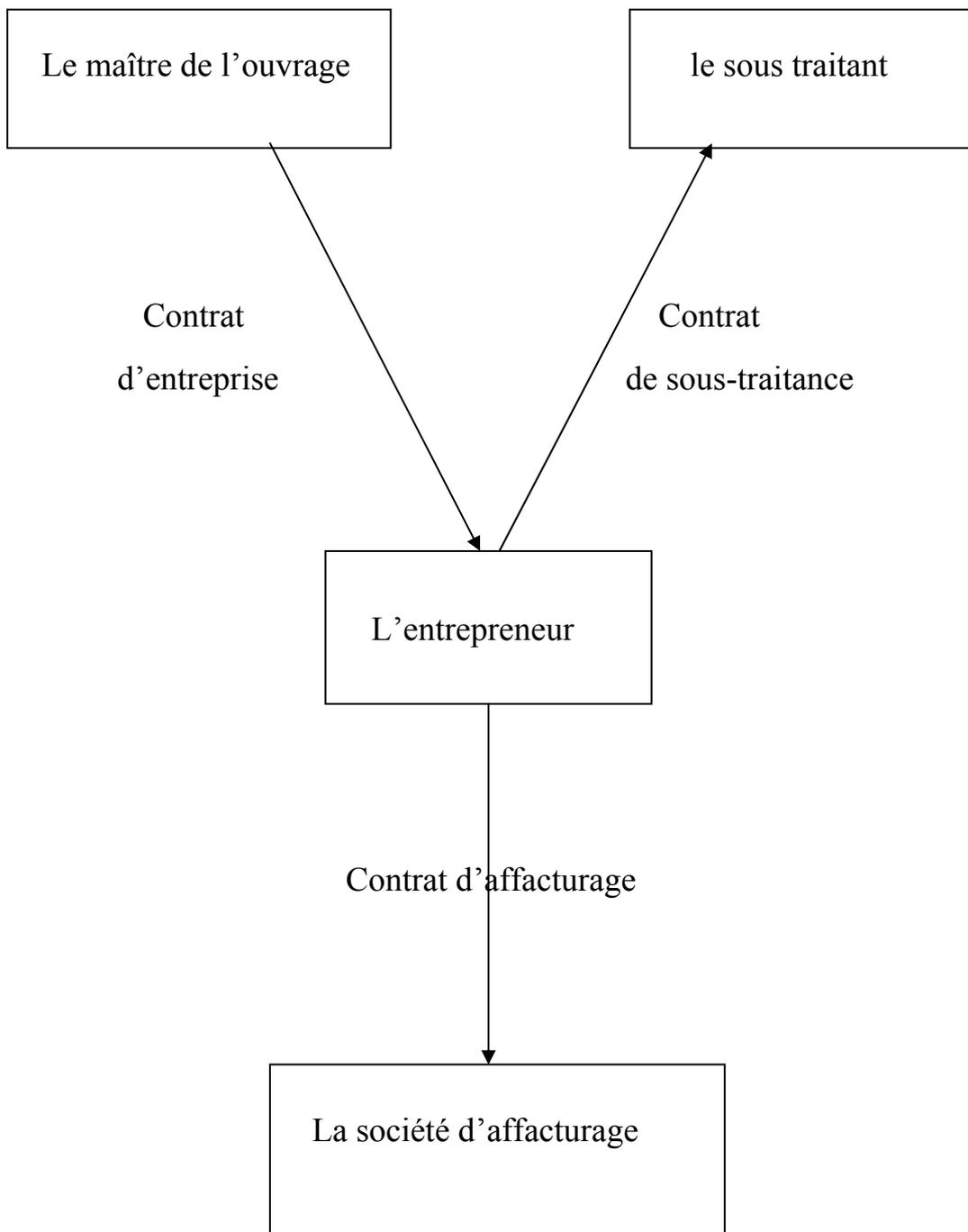


Figure 7 : Le contrat d'affacturage avec un contrat de sous-traitance

Entre temps l'entrepreneur réalise un contrat d'affacturage, en lui transmettant des factures sur ses créances qui les détiennent sur le maître de l'ouvrage. C'est là que l'affactureur va rencontrer un problème pour le recouvrement de ses créances.

Le maître de l'ouvrage s'est trouvé face à deux créanciers pour le remboursement des factures, d'un côté il y a l'affactureur et de l'autre le sous-traitant qui n'a pas été remboursé par l'entrepreneur pour son exécution du travail. Le législateur français dispose dans l'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975 que : « L'entrepreneur principal ne peut céder ou nantir les créances résultant du marché ou du contrat passé avec le maître de l'ouvrage qu'à concurrence des sommes qui lui sont dues au titre des travaux qu'il effectue personnellement.

Il peut, toutefois, céder ou nantir l'intégralité de ces créances sous réserve d'obtenir, préalablement et par écrit, le cautionnement personnel et solidaire visé à l'article 14 de la présente loi, vis-à-vis des sous-traitants. »

Ce même article a été introduit dans la loi Dailly n 81/01 du 02 janvier 1981 relative à la mobilisation des créances professionnelles et la cession par bordereau Dailly. Alors les affactureurs ont essayé d'interpréter que le législateur faisait référence à la cession et non la subrogation, puisqu'il l'a introduit dans la loi Dailly. Mais la cour de cassation a rejeté cette interprétation et sont considérés nulles toutes les cessions soit faites par une cession de créance ou par subrogation²⁰⁸.

Et sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions de la présente loi²⁰⁹.

Pour que l'action directe du sous-traitant soit opposable au maître de l'ouvrage, il faut qu'il n'y ait pas de clause dans le contrat entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage lui interdisant le recours à un sous-traitant et que l'entrepreneur principal ne la pas payé, un mois après en avoir été mis en demeure, et toute renonciation à l'action directe du sous-traitant est réputée non écrite²¹⁰.

208- Cf. R. LALLEMENT, L'affacturage, jcp, banq et créd, 1991, fasc580, n° 98.

209-Voir l'article 15 de la loi algérienne du 31 décembre 1975.

210- Voir l'article 12 de la loi algérienne du 31 décembre 1975.

Quant au législateur algérien, il a régi le contrat de sous-traitance dans les articles 564 et 565 de code civil. L'article 565 mentionne que les sous-traitants et les ouvriers qui travaillent pour le compte de l'entrepreneur à l'exécution de l'ouvrage, ont une action directe contre le maître de l'ouvrage jusqu'à concurrence des sommes dont il est débiteur envers l'entrepreneur principal au moment où l'action est intentée.

Cette action appartient également aux ouvriers des sous-traitants à l'égard tant de l'entrepreneur principal que du maître de l'ouvrage. Ils ont, en cas de saisie-arrêt pratiquée par l'un d'eux entre les mains du maître de l'ouvrage ou de l'entrepreneur principal, un privilège, au prorata de leurs droits respectifs, sur les sommes dues à l'entrepreneur principal ou au sous-traitant au moment de la saisie-arrêt. Ces sommes peuvent payées directement. Les droits des sous-traitants et ouvriers prévus par cet article, priment ceux de la personne à laquelle l'entrepreneur a cédé sa créance envers le maître de l'ouvrage.

Il en découle que le législateur algérien n'a pas imposé au sous-traitant la mise en demeure de l'entrepreneur avant de dresser une action directe contre le maître de l'ouvrage et n'exige pas pour recourir à ce contrat la permission du maître de l'ouvrage et il a octroyé au sous-traitant un privilège sur les autres créanciers de maître de l'ouvrage. Sauf que la jurisprudence a retenu quelques cas où l'affactureur en a bénéficié du privilège de priorité sur le sous-traitant et ce, lorsque la date du contrat d'affacturation est antérieure au contrat de sous-traitant. Ici on n'applique pas l'article 13/1²¹¹ puisqu'il n'a pas d'effet rétroactif car la cession est effectuée avant que l'entrepreneur eut recourir au sous-traitant²¹². Il faut que l'affactureur prouve que ce contrat n'est pas un contrat de sous-traitance, tel que par exemple ce dernier n'avait pas d'agrément lors du contrat²¹³.

Le cas d'escompte d'un effet de commerce, la cour de cassation française dans un arrêt commercial daté du 18 février 1986²¹⁴ que l'action directe du sous-traitant ne

211- De la loi française 75-1334 du 31 décembre 1975.

212- Cf. J-P DESCHANEL-L.LELMOINE, op. cit, n°77.

213- cour de cassa.com arrêt du 10 mai 2006 (pourvoi n°04-15.546).

214- Cour de cass. Com1 8/02/1986, JCP1987, éd G.II, 20730, Note H.SYNVET.

produit pas d'effet contre la banque, elle est postérieure à l'opération d'escompte d'un effet de commerce. Cette banque peut être une société d'affacturage.

II. Le concours de l'affactureur avec un autre affactureur ou une banque:

La société d'affacturage avant d'accepter de conclure un contrat d'affacturage impose à son adhérent de respecter le principe d'exclusivité. L'adhérent ne doit pas faire appel à plus d'un affactureur afin de lui faciliter le recouvrement des créances transmises, comme il ne doit réaliser n'importe quel mode de cession pour les mêmes créances. C'est ce qui a été proclamé par l'article 268 du C.C.A: « le paiement fait à une personne autre que le créancier ou son représentant ne libère pas le débiteur, à moins qu'il ne soit ratifié par le créancier, qu'il n'ait tourné au profit de ce dernier et jusqu'à concurrence de ce profit, ou qu'il n'ait été effectué de bonne foi à celui qui était en possession de la créance »²¹⁵.

Si le débiteur a payé de bonne foi à l'un de ce qui a droit, n'est pas responsable et l'adhérent est poursuivi d'escroquerie et abus de confiance. Comment faire face au concours des affactureurs pour les mêmes créances alors qu'à cet égard on applique le principe de la priorité de l'antériorité donné au premier bénéficiaire. En réalité on prend en compte dans ce contexte la date de la cession pour les cessions qui n'exigent pas l'approbation du débiteur et de la date d'approbation pour la deuxième²¹⁶. En plus de ce principe il faut que la deuxième cession n'ait pas été faite de mauvaise foi afin d'apporter un préjudice à l'autre.

215- Voir l'article 1240 C.C.F.

216- Cf. J-P DESCHANEL-L.LELMOINE, op. cit, n° 71.

C.LES OPPOSITIONS DU DEBITEUR :

Par les effets de la subrogation, la société d'affacturage va subroger l'adhérent dans tous les droits qui a sur le débiteur, alors il aura envers le débiteur cédé les mêmes droits qu'avait l'adhérent. Le débiteur cédé ne pourra lui opposer que les exceptions qu'il aurait pu opposer au créancier initial « l'adhérent ». Il peut opposer à l'affactureur « les exceptions inhérentes à la dette ». Cela concerne la nullité ou la résolution du contrat entre l'adhérent et le débiteur, l'inexécution ou l'exécution défectueuse du contrat par l'adhérent. Un factor ne peut avoir d'autres droits que ceux qui lui viennent de la créance transmise par son adhérent ; et si celle-ci se trouve affectée d'un terme, d'une condition, de quelque vice que ce soit, c'est en cet état qu'elle passe au subrogé²¹⁷; c'est le principe « Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet »²¹⁸.

Pour ce qui est des exceptions extérieures à la dette, une distinction se fait selon qu'elles sont nées avant ou après la subrogation²¹⁹. Le principe général c'est que le créancier subrogé ne peut se voir opposer des exceptions nées postérieurement à la subrogation intervenue²²⁰. Ces exceptions sont celles qui tiennent à la libération du débiteur de son obligation de paiement mais une fois la subrogation intervenue, ce n'est plus que le nouveau créancier, l'affactureur, qui peut libérer le débiteur cédé. « A dater de la subrogation, le paiement comme les autres causes d'extinction de l'obligation ne sont efficaces que s'ils interviennent entre le débiteur et le subrogé »²²¹ Le débiteur cédé ne peut pas invoquer la compensation dès qu'elle intervient après la subrogation même si c'est avant qu'il n'en soit informé²²² à moins qu'il ne s'agisse de créances connexes. Parce qu'en principe la compensation légale ne peut être opposable que si elle a été née avant la subrogation et non postérieurement sauf dans le cas où il s'agit d'une créance liée à celle que l'adhérent avait contre lui²²³.

217- Cass.com. 9 mai 1777, JCP 1977.II.18744 note A STOULLIG.

218- « nul ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a ».

219- Cass.com. 29 mai 1979. D. IR.209 Vasseur ;

220- D.LEGAIS, op. cit., n°23

221- Cass.com. 22 oct. 1991, D.1982, som.408, note L AYNÈS.

222- Cass.com. 3 avril 1990, D 1991.180 DAGORNE-LABBE « la bonne foi est inopérante en matière de compensation, alors qu'elle l'est en matière de paiement critiquable ».

223- Cass.soc. 7 mai 1987, Banque 1988,820, obs. RIVES-LANGE.

Hormis le respect du principe général de loyauté, le débiteur n'a pas d'obligation d'information envers l'affactureur. Il n'a pas à l'informer qu'il a déjà effectué le paiement au créancier subrogeant, avant d'avoir connaissance de la subrogation²²⁴ et il n'a pas à l'avertir de sa mise en redressement judiciaire²²⁵.

Les exceptions que le débiteur peut opposer à l'affactureur découlant de ses rapports avec l'adhérent, telles que :

- ❖ Celles résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat (absence de livraison...);
- ❖ Celles résultant de la prescription de l'action en recouvrement ;
- ❖ Celles tirées de la compensation.

I. L'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat :

Un seul principe est visé par le code civil algérien et français²²⁶ disposant que les "contrats doivent être exécutés de bonne foi", et l'article 107/2 du C.C.A²²⁷ du code indique que "les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites de l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature". Il y a un grand principe d'exécution des conventions, mais il y a également des principes d'exécution.

Ces obligations se définissent par la loyauté et la transparence qui se complètent par la collaboration de chacune des parties à faciliter l'exécution du contrat. L'adhérent pour se faire payer par le débiteur, il doit accomplir ses obligations envers lui soit de lui délivrer la marchandise si l'on est devant un contrat de vente et doit être vide de tout vices cachés, ou d'achever le service fait si on se trouve devant une prestation de service. Le débiteur a le droit en cas d'inexécution des obligations par l'adhérent

224- Cass.com. 18 mars 1997, RTD Com. 1997.492 Cabrillac.

225- Cass.com. 20 janv. 1998 : JCP E p.1360, Dagorne-Labbé.

226- Voir l'article 107/1 du C.C.A et l'art1134 / 3 du C.C.F.

227- l'article 1135 C.C.F.

s'opposé au paiement même au subrogé « affactureur » puisqu'il a accepté et approuvé ces dernières. La créance est transmise à l'affactureur avec tous les attributs, accessoires, garanties et exceptions attachés à cette créance²²⁸.

Il faut au débiteur de prouver l'existence, l'inexécution ou la mauvaise exécution. Pour cela, on se réfère à ce que stipule le contrat même ou alors au Code civil, sinon à la jurisprudence. Il faut prouver que cette inexécution ou mauvaise exécution est fautive et génère de la responsabilité de l'adhérent, il devra donc prouver que l'inexécution n'est pas due à un cas de force majeure ou à une cause étrangère pour s'exonérer de sa responsabilité.

Ces oppositions sont liées à la créance elle-même et dans ce cas là n'en prend pas en considération le temps de son apparition si c'était avant ou après la subrogation puisque la créance est transmise avec tous ses vices et garanties à l'affactureur, et se sont des exceptions liées à la créance qu'on peut les diviser²²⁹.

Lorsqu'une des parties au contrat viole une ou plusieurs de ses obligations et ne s'exécute pas comme prévu, l'autre partie peut demander la résolution du contrat²³⁰ primaire, comme il peut l'opposer à l'encontre de l'affactureur. Le contrat ne peut être résolu, résilié, modifié ou révoqué que pour les causes reconnues par la loi ou de l'accord des parties²³¹. La résolution entraîne l'anéantissement rétroactif du contrat, c'est-à-dire que le contrat est censé n'avoir jamais existé²³².

Le débiteur peut également opposer à l'affactureur les exceptions découlant du contrat de subrogation²³³ le débiteur peut s'opposer de l'inexistence du contrat préliminaire, c'est-à-dire l'inexistence de la créance « une créance fictive ». L'affactureur poursuit pénalement l'adhérent pour motif de faux et d'escroquerie et le débiteur est aussi responsable s'il est apparu qu'il était complice ou il a su

228- Voir l'article 264 du C.C.A.

229- Cf. M. BACHIR, op. cit, p. 151.

230- la résolution : Anéantissement rétroactif du contrat, comme s'il n'avait jamais existé. par contre la résiliation : Anéantissement non-rétroactif du contrat, pour l'avenir seulement.

231- Voir l'article 106 du C.C.A.

232-Voir l'article 122 du C.C.A

233- Voir l'article 248 du C.C.A.

l'escroquerie et ne l'a pas dit à l'affactureur lors de la notification de la subrogation effectuée entre eux concernant ces créances²³⁴.

La convention d'Ottawa dans son article 9 confirme le droit du débiteur d'opposition envers l'affactureur comme si c'était l'adhérent. Si dans le contrat préliminaire, le débiteur introduit une condition interdisant à son adhérent le recours à l'affacturage²³⁵, la question qui se pose, en présence du principe suivant auquel le contrat fait le libre partie, est-ce que le débiteur peut s'opposer au paiement à l'affactureur car l'adhérent n'a pas respecter la condition d'interdiction ?

L'introduction de cette interdiction n'est pas favorable pour les petites et moyennes entreprises, pour cela la convention Ottawa a déterminé dans son article 6 que la cession de la créance par le fournisseur au cessionnaire peut être réalisée nonobstant toute Convention entre le fournisseur et le débiteur prohibant une telle cession. Ces dispositions ne portent pas atteinte à toute obligation de bonne foi qui incombe au fournisseur envers le débiteur ou à toute responsabilité du fournisseur à l'égard du débiteur du chef d'une cession réalisée en contravention des termes du contrat de vente de marchandises.

II. La prescription :

Le droit limite la durée des obligations afin de protéger la liberté individuelle. Le mode normal d'extinction de l'obligation consiste en un paiement de l'obligation. Le Code civil décrit d'autres modes d'extinction qui sont la novation, la compensation, la remise de dette, la confusion, la perte de la chose et la prescription extinctive.

En matière civile, la "prescription" est une présomption dont l'effet est tantôt créatif, tantôt extinctif d'un droit. Ses effets se produisent à l'échéance d'un délai fixé par la loi. Elle détermine les circonstances dans lesquelles le délai pour prescrire se trouve suspendu ou interrompu.

234- Cf. M. BACHIR, op. cit, p. 152.

235- Voir l'article 106 du C.C.A.

Envisagée comme mode extinctif d'une obligation, la prescription fait présumer de la libération du débiteur, ce qui se produit en particulier, lorsque ce dernier n'est plus en mesure d'établir la preuve de son paiement. En revanche, s'agissant seulement d'une présomption simple, c'est à dire, contre laquelle il est admis de faire la preuve contraire, la prescription n'a pas d'effet si le débiteur reconnaît n'avoir pas exécuté son obligation. Selon un arrêt de la deuxième chambre civile de la cour de cassation française²³⁶, il résulte des dispositions de l'article 2248 du code civil que la prescription est interrompue par la reconnaissance que le débiteur fait du droit de celui contre lequel il prescrivait. Ainsi, la lettre aux termes de laquelle un débiteur sollicite la remise de sa dette vaut reconnaissance de celle-ci et interrompt la prescription.

Dans le but d'éviter le maintien de situations juridiques incertaines et les procès qu'elles peuvent générer, la loi a fixé un grand nombre de délais de prescription de courte, moyenne et longue durée. Les créances s'éteignent si elles ne sont pas utilisées pendant un certain délai. Si l'affactureur n'agit pas pendant ce délai et reste inactif, il ne pourra plus obtenir l'exécution forcée de sa créance. La prescription n'éteint pas la dette, elle supprime le droit du créancier d'agir en justice afin d'obtenir l'exécution. Le débiteur distrait, qui exécute après le délai de prescription, ne pourra pas obtenir la restitution pour paiement de l'indu. Son paiement est parfaitement valable et justifié.

Normalement le contrat ou la décision de justice suffit à faire exécuter l'obligation. Le débiteur est engagé et doit exécuter son obligation envers l'affactureur. A défaut d'exécution, l'affactureur dispose de moyens de pression contre le débiteur. En principe, toute demande d'exécution forcée se fait par équivalent. L'affactureur obtient des dommages et intérêts qui compensent la perte subie en raison de l'inexécution.

La prescription est rarement réclamer puisque la société d'affacturage avant d'accepter la subrogation de l'adhérent, elle fait une recherche détaillée sur l'adhérent et le débiteur, et elle observe le contrat conclu entre eux. C'est pour cela que la prescription est rarement évoquée à l'encontre de l'affactureur, mais c'est la compensation qui pose le plus souvent problème.

III. Le principe de compensation :

Il est généralement admis, dans la doctrine et la jurisprudence publiée, que la compensation légale n'est possible que si elle est autorisée par la loi de chacune des créances en présence. Conformément à la loi, la compensation est un mode d'extinction des obligations²³⁷. La compensation est un mécanisme de droit des obligations qui entraîne l'extinction des dettes et créances existant réciproquement entre deux personnes jusqu'à concurrence de la dette la moins élevée. Elle est donc un paiement mais, si elle est imposée à l'autre partie, elle est également une voie d'exécution et, si cette autre partie présente une solvabilité douteuse, une sûreté²³⁸. La compensation est, dans tous les cas, une facilité pour chacune des parties qui évite d'effectuer des paiements par décaissement. Il y a trois types de compensation : une compensation légale « résultant de la loi », lorsqu'elle résulte d'un accord de volontés entre les parties, c'est une compensation conventionnelle. Lorsqu'elle est prononcée par un juge, c'est une compensation judiciaire.

a. La compensation légale :

En droit algérien qui a été inspiré du droit français²³⁹, la compensation légale est automatique pour autant que certaines conditions soient réunies:

- ❖ Il faut qu'il y ait deux dettes réciproques : créancier et débiteur en même temps, chacun d'eux doit quelque chose à l'autre.
- ❖ Il faut que l'objet des deux dettes soit une somme d'argent ou fongibles de même espèces et de même qualité même si elles avaient de différentes causes.
- ❖ Il faut qu'elles soient certaines, liquides, exigibles et pouvant faire l'objet d'une action en justice.
- ❖ Il faut qu'elles soient à échéance.

237- RDC-TBH-2006_9. Tuesday, november 7, 2006, p. 934.

238- RDC-TBH-2006_9, op. cit, p. 934.

239-voir l'article 1289C.C.F et l'article 297 du C.C.A.

Les conditions tiennent à la liquidité des créances réciproques, leur exigibilité et leur certitude. Elle n'a lieu que si elle est opposée par la partie intéressée. On ne peut y renoncer d'avance²⁴⁰.

La remise de dette consiste en une faveur du créancier à l'égard du débiteur. La remise de dette n'est pas une simple abstention du créancier, elle doit résulter d'un accord entre les parties. Le Code civil prévoit aussi des présomptions d'exécution, et donc d'extinction, en cas de remise de l'acte qui constate la dette²⁴¹.

La confusion est une situation particulière qui rend la même personne à la fois créancière et débitrice de la même obligation. La simultanéité des deux qualités éteint la dette. Il serait en effet ridicule et même impossible qu'une personne exécute envers elle-même. Cette situation se rencontre notamment lorsqu'un des cocontractants hérite de l'autre.

L'opposition de la compensation est valable envers la société d'affacturage, si elle complète les conditions précédentes et il faut aussi qu'elle ait existé avant la subrogation²⁴². La condition d'antériorité de la compensation est fondamentale pour qu'elle soit opposable envers l'affactureur car il est subrogé dans tous les droits qui en ont été à l'adhérent. Puisque ce droit n'ayant pas existé avant la subrogation, il ne peut être alors opposable au subrogé parce qu'au moment de la naissance de la compensation, le créancier a été changé, car ce n'est plus l'adhérent mais c'est l'affactureur, ce qui exclut la première condition de validité de la compensation suivant laquelle il faut que les dettes soient réciproques et qu'ils soient « créancier et débiteur » en même temps²⁴³.

Les effets de la subrogation ont toujours été clairement définis en ce qui concerne le créancier subrogé, mais où se trouve le débiteur et qu'elle est sa situation en présence d'une telle subrogation ?

240- Voir l'article 300/1 du C.C.A.

241- Voir l'article 337/1 du C.C.A.

242- Cf. D.LEGEAIS, op. cit, n°26.

243- Voir l'article 297 du C.C.A

Dans un arrêt rendu par la cour de cassation Commerciale en date du 3 avril 1990 concernant une affaire où une société (X) avait procédé, en exécution d'un contrat d'affacturage au règlement de factures à la société (Y) au titre d'une créance que cette dernière détenait sur la société (Z). Comme il en est d'usage et même de principe en matière d'affacturage, la société (X), s'est donc trouvée par conséquence subrogée dans les droits du créancier originaire la société (Y) quant à sa créance envers ladite société (Z). Une telle subrogation constitue en ceci le fondement de l'affacturage que l'affactureur assume ainsi le risque de solvabilité du client certes, mais pas celui de non-paiement. La société (X), désireuse de voir sa créance acquittée, en a donc réclamé le paiement à la société (Z), mais se vit cependant opposer par cette dernière la compensation de ladite créance avec une créance qu'elle détenait elle-même sur la société (Y), ce pourquoi la société (X) a intenté une action en justice. La décision de la cour s'est rangée aux côtés de la société (Z), estimant que si la compensation devait se produire antérieurement à la compensation pour être opposable, cette limite n'était effective « qu'autant que le débiteur ait été régulièrement informé du transfert de la propriété des créances au facteur »²⁴⁴.

La question à laquelle il lui convenait de répondre dans cette affaire était donc celle de savoir dans quelle mesure un débiteur est-il en droit d'opposer une exception de compensation au créancier subrogé? Le conflit qui s'est posé pour la compensation légale concernant la date de naissance pour qu'elle soit opposable envers la société d'affacturage, c'est-à-dire est ce qu'il faut prendre en considération la date de la subrogation ou de la notification ?

Pour la cession de créance, la compensation est valable en raison de la date de subrogation et non de notification. Pour la cession Dailly, malgré sa ressemblance avec la subrogation conventionnelle, le débiteur peut opposer la compensation envers l'affactureur si elle est née avant la notification. La date prise en considération est la date de notification et non celle de la facture²⁴⁵.

244- La Cour d'Appel de Grenoble, dans un arrêt rendu le 9 novembre 1988.

245- Cf. R LANGE et J LOUIS, Banque, fév 1987, n° 469.

L'auteur J.P Deschanel a reconnu que la date pris en compte pour la validité de la compensation en subrogation conventionnelle, c'est celle de la subrogation, la date d'ouverture du compte courant pour l'adhérent et non la date de notification du débiteur.

Cette décision a été approuvée par la convention Ottawa dans l'article 9 alinéa2 : « Le débiteur peut aussi exercer contre le cessionnaire tout droit à compensation relatif à des droits ou actions existants contre le fournisseur en faveur duquel la créance est née, et qu'il peut invoquer à l'époque où la notification par écrit de la cession ... ».

L'opposabilité du débiteur au paiement à l'affactureur ne veut pas dire qu'il est insolvable ou défaillant mais seulement il a droit envers le créancier qui l'acquittera de sa dette soit par la compensation ou la prescription ou il y a lieu d'inexécution, de mauvaise exécution du contrat. Alors le paiement se réalise aussi par la compensation lorsque les contractants sont, à la fois, créancier et débiteur l'un de l'autre, il est préférable d'éviter tout paiement en considérant que les deux obligations sont exécutées si elles ont la même valeur ou de permettre à celui dont la dette est la plus importante de ne payer que le reliquat.

b. La compensation conventionnelle :

Cette convention est conclue entre deux ou plusieurs parties « convention de netting »²⁴⁶ en vue d'éteindre tout ou partie de leurs créances réciproques au-delà des conditions de la compensation légale. C'est naturellement la loi choisie par les parties qui s'applique. Compte tenu de l'objet d'une telle convention, qui est précisément d'éteindre des créances réciproques, il est vraisemblable que ces conventions ne posent pas de difficultés en pratique. Qu'en est-il toutefois si les parties n'ont pas choisi la loi applicable à une telle convention? Si les deux créances sont soumises à la même loi, c'est cette loi qui s'applique également à la convention de compensation compte tenu de son lien avec les créances compensées.

246- Les conventions de netting sont des "conventions de novation ou de compensation bilatérales ou multilatérales" (art. 3, 4° et 4 § 2 de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières, *M.B.* 14 février 2005, 2ème éd., p. 2961).

c. La compensation judiciaire :

Il s'agit de la compensation prononcée par un juge lorsque les conditions de fond pour la compensation ne sont pas réunies pour la compensation légale.

Enfin, la compensation est, dans tous les cas, une facilité pour chacune des parties qui évite d'effectuer des paiements par décaissement. Lorsque il y a un lien fort entre les droits « deux dettes » il y a lieu de compensation et ça s'appelle « la compensation pour connexité ». Il faut signaler que le débiteur peut s'opposer au recouvrement de la créance même si elle était postérieure à la subrogation dans le cas où il détenait une dette envers ce même affactureur²⁴⁷ et concerne une autre dette et même dans le cas où il y a lieu de mauvaise exécution²⁴⁸ et aussi lieu des dommages et intérêt pour inexécution du contrat. La société d'affacturage retourne contre l'adhérent par « *condicto indebiti* » puisque son droit envers le débiteur a été éteint à cause de la compensation, mauvaise exécution ou inexécution de ses obligations, l'affactureur assure le risque de non paiement en cas de défaillance du débiteur mais pas celle qui résulte des actes de l'adhérent. Pour pouvoir invoquer une compensation pour créances connexes, le débiteur cédé doit avoir déclaré sa créance dans la procédure collective ouverte au nom de l'adhérent²⁴⁹.

247- Cour de cass paris, 25 juin 1968, JCP, 1968, ed, G,II,fasc, 15637, note GAVALDA.

248- Cf. Ch. GAVALDA, Factoring, n° 51.

249- Cass. corn, 10 ocl. 2000: D. affaires 2001, p. 2734, note D. AMMAR.

CHAPITRE 2:

L'EXTINCTION DE LA CONVENTION D'AFFACTURAGE

L'affacturage est un contrat qui dans son mécanisme lie trois différentes parties « l'affactureur », « l'adhérent » et « le débiteur », lesquelles sont tenues de respecter les obligations découlant de ce contrat, et à défaut de lesquelles, celui-ci peut être résilié et les discrédités entraîneraient l'extinction du contrat.

SECTION 1 :

LA RESILIATION

La résiliation de contrat désigne la fin prématurée d'un contrat à exécution successive ou dont l'exécution se déroule dans le temps. Cette modalité de fin du contrat peut intervenir dans diverses circonstances.

La résiliation se fait par la déclaration unilatérale de volonté d'une partie. Cette fin du contrat est fondée soit sur l'inexécution contractuelle de l'autre partie soit simplement sur la volonté de l'auteur de la résiliation de ne pas poursuivre la relation contractuelle avec ce dernier. C'est le fait où une des parties ne respecte pas ou respecte mal ses obligations contractuelles ou lorsque le comportement de l'adhérent porte gravement atteinte aux intérêts de la société d'affacturage.

Le contrat d'affacturage est un contrat cadre car il instaure un rapport juridique entre les parties et régit le contenu des contrats à venir. C'est un contrat synallagmatique et lorsqu'une des parties n'exécute pas son obligation, l'autre partie peut en demander la résiliation. Cette demande d'annulation est faite par la volonté de l'un des parties du contrat. Il est un contrat comme un autre, et comme tout contrat il ne peut être résilié que suivant certaines conditions, la première condition est le respect des délais de préavis et la seconde condition est une demande de résiliation par lettre recommandée avec Accusé de Réception. La société d'affacturage lors de l'élaboration du contrat prévoit toutes les obligations essentielles dont le non respect pourrait justifier la résiliation ainsi que la clause résolutoire circonstanciée, celle qui met fin au contrat.

Le contrat d'affacturage peut être résilié à tout moment à condition de respecter le préavis de trois mois²⁵⁰ avant l'échéance et d'envoyer à la société d'affacturage une lettre de résiliation en recommandé avec accusé de réception. Certains affactureurs fixent l'échéance du contrat d'affacturage sur l'année civile, dans ce cas la résiliation se fait trois mois avant le 31 décembre. Il faut bien surveiller la date anniversaire du contrat.

Le contrat d'affacturage est un contrat de durée indéterminée et parfois il peut être déterminée, mais généralement la durée est fixée pour un an, elle peut être cependant reconduite de façon tacite sauf s'il a été décidé dans le contrat que la reconduction se fait un mois avant la fin du contrat, il prend effet à la date précisée aux conditions particulières. Cette date d'effet peut être différente de la date de révision des clauses contractuelles, telles que le prix. Tous les contrats d'affacturage prévoient aux conditions particulières un minimum annuel de commission d'affacturage qui sera dû en cas de résiliation. Ce minimum est « calé » sur l'année civile ou sur la date anniversaire du contrat selon les affactureurs. Certains affactureurs peuvent prévoir d'autres modifications pendant la période du préavis, telles que l'augmentation du pourcentage de fonds de garantie²⁵¹.

L'affactureur avant de résilier le contrat avec son adhérent, il vérifie le montant de commission d'affacturage si elle est réellement payée et le compare avec le minimum annuel en faisant attention à la date de prise en compte de ce minimum soit à partir du 1er janvier pour l'année civile soit à la date anniversaire du contrat, et aussi il vérifie les différentes modifications éventuelles pendant la période du préavis. Pendant cette période de préavis, la société d'affacturage et l'adhérent continuent d'exercer leurs obligations jusqu'à la fin du préavis parce que le contrat d'affacturage repose sur « la création du compte courant » et on ne peut procéder à la liquidation des opérations courantes de cette manière. Ensuite, il peut envoyer son courrier de résiliation par lettre recommandée avec accusé de réception²⁵².

250- Cf. J.P.DESCHANEL- L.LEMOINE, op. cit, n° 44.

251- Cf. Ch. GAVALDA, Affacturage, Rep.Com.Dalloz, 1996, n°66.

252- Cf. CH. GAVALDA et J. STOUFFLET, Instruments de paiement et de crédit, Litec 2006, n° 31-1.

La résiliation du contrat est possible à tout moment par chacune des parties moyennant un préavis de trois mois. Le préavis est rarement respecté car le contrat d'affacturage repose sur l'intuitus personae²⁵³ et souvent les sociétés d'affacturages arrêtent de confier leur chiffre d'affaires pendant cette période. Cette résiliation peut résulter de la décision de l'une ou de l'autre des parties, à tout moment, lorsque le contrat est à durée indéterminée, mais cette résiliation ne doit être faite par un préavis afin de ne pas engager sa responsabilité pour abus de droit. Il faut préciser que l'affactureur ne doit annoncer publiquement la décision de résiliation pour ne pas porter atteinte à la réputation de l'adhérent²⁵⁴.

S'il est survenu dans le contrat une condition résolutoire mis par l'un des contractants alors le contrat est de plein droit résolu, c'est-à-dire effacé comme s'il n'avait jamais existé, lorsque s'accomplit la condition dont la survenance doit entraîner sa disparition²⁵⁵. Le contrat sous condition résolutoire est définitivement conclu tant que la condition n'est pas réalisée. Après réalisation de la condition, le contrat est résolu, les choses sont remises au même état que si le contrat n'existait plus. Lorsque les parties se fixent un objectif, une fois atteint, le contrat disparaîtra²⁵⁶.

La société d'affacturage peut en demander la résiliation par exemple si l'entreprise adhérente a établi, en sa qualité de subrogeant, transmis de faux certificats pour paiement de prestations ne correspondant pas à des créances réellement effective destinés à être produits par cette société auprès d'une société d'affacturage. Le fait de lui remettre des factures non causées, avec de faux documents tendant à créer l'apparence de prestations réellement effectuées, est susceptible en effet d'être poursuivi sous la qualification de faux et usage de faux, et d'escroquerie²⁵⁷. Ce cas peut être une incitation à demander la résiliation du contrat d'affacturage avec préjudice. Le présent contrat est à durée indéterminée.

253- Voir les caractéristiques du contrat d'affacturage.

254- Cf. D. LEGEAIS, op. cit, p. 7.

255- Voir l'article 1183 du C.C.F et art 122 C.C.A.

256- Par Yves LE MESTRIC, mercredi 25 octobre 2006 à 13:24.

257- La 5ème Chambre des appels correctionnels d'AIX-EN-PROVENCE, dans un arrêt en date du 16 novembre 2005 (jurisdata n°297-691).

Les parties ont la faculté de le résilier, en le communiquant à l'autre partie par lettre recommandée avec accusé de réception sans obligation de motivation et de préavis.

Le contrat d'affacturation est un contrat d'adhésion parfois il peut renfermer des conditions abusives à l'encontre de l'adhérent, ce qui explique les cas où l'affactureur ne respecte pas les conditions de préavis pour cela le législateur français²⁵⁸ a affirmé qu'en cas de redressement judiciaire le syndic du règlement judiciaire et de la faillite peut exiger la continuation des contrats en cours, qu'ils aient ou non été conclus *intuitu personae*, c'est-à-dire que la société d'affacturation n'a pas le droit d'en demander la résiliation du contrat d'affacturation. C'est le cas qui met fin à son droit²⁵⁹.

La société d'affacturation peut en demander la résolution du contrat primaire si le débiteur n'exécute pas ses obligations qu'il a envers l'affactureur puisqu'il a été subrogé dans tous les droits qu'avait l'adhérent sur le débiteur. Le débiteur cédé ne peut se prévaloir de la résolution amiable consentie par le créancier initial. Il n'est pas toujours facile de la distinguer de l'exception inhérente à la dette, toujours opposable. Dans ces circonstances, la jurisprudence tente de déceler les fausses exceptions inhérentes à la dette invoquées par les parties. Le cas le plus fréquent est celui des résolutions amiables consenties postérieurement à la subrogation. Le créancier antérieur consent alors à un abandon de créance postérieurement à la subrogation pour justifier une telle résolution. La qualification d'exception inhérente à la dette est alors refusée²⁶⁰.

258- art37 de la loi 25 janv1985 relative a la faillite et redressement judiciaire.

259- Cf. R.LALLEMNET, JCP1994, n°114.

260- Cass. corn., 18 avr. 2000: Defrénois 2000, p. 1384, obs. Ph. DELEBECQUE.

SOUS-SECTION1 :

L'ACTION DE RESOLUTION CONTRE LE DEBITEUR :

La différence entre la "résolution" et la "résiliation", tient à leurs effets respectifs. Quand le juge prononce la "résolution" d'un contrat, les effets du jugement rétroagissent à la date du contrat et les parties doivent se restituer les prestations qu'elles se sont faites en exécution de la convention depuis la signature du contrat. En revanche, la "résiliation" porte essentiellement sur des contrats à exécution successive. À moins qu'elle n'intervienne avant tout commencement d'exécution, les effets de la mise à néant des obligations déjà exécutées ne peuvent remonter rétroactivement, à la date à laquelle les parties ont échangé leurs consentements. La résolution a un effet rétroactif²⁶¹.

La convention d'affacturage est un contrat cadre repose sur le mécanisme de la subrogation conventionnelle, facilite la transmission des créances à l'affactureur avec tous ses sûreté et accessoires²⁶². Parmi les droits liés à la créance, figure le droit de résolution du contrat, qui est destiné à l'une des parties lorsque l'autre ne remplit pas ses obligations. Lorsque le contrat est résolu les parties sont restituées dans l'état ou elles se trouvaient auparavant. Si cette restitution est impossible, le tribunal peut allouer une réparation²⁶³.

L'effet direct de la résolution est la restitution de l'objet du contrat par exemple si c'était un contrat de vente, alors ici le prix de l'objet restitué va changer. Quelques auteurs ont désapprouvé la transmission du droit de résolution à l'affactureur parce que si le prix de l'objet restitué augmente alors l'affactureur va s'enrichir puisqu'il va percevoir plus qu'il a donné. Il faut préciser que l'intérêt de la résolution est de permettre à l'affactureur de se faire rembourser ce qu'il a donné à l'adhérent à la place du débiteur ni plus ni moins²⁶⁴.

La société d'affacturage peut recourir à la résolution du contrat mais à condition que l'adhérent ait accompli toutes ses obligations envers le débiteur et il faut qu'il prouve inexécution du débiteur de ses engagements.

261- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 108.

262- l'article 264 du C.C.A.

263- Voir les articles 119 et 122 du C.C.A.

264- Cf. M BACHIR, op. cit, p. 105.

Mais, quelle est la place du contrat d'affacturage ou précisément la société d'affacturage devant l'obstacle de faillite et de redressement ?

SECTION 2 :

LA FAILLITE LE REDRESSEMENT DE L'ENTREPRISE

La société d'affacturage se contracte avec l'adhérent pour acquérir son argent du débiteur mais parfois elle se trouve contraignante de faire face à d'autres créanciers qui la concurrencent dans le droit qu'elle a soit envers l'adhérent ou le débiteur. Où se situe cette société devant la faillite de l'adhérent et aussi celle du débiteur ?

SOUS-SECTION1 :

LA DEFAILLANCE DE L'ADHERENT

L'affactureur subroge l'adhérent dans tous les droits qu'il a envers le débiteur et c'est après l'exécution de ces obligations qu'il acquerra ses droits. L'affactureur avant d'accepter la subrogation, il s'assure de l'existence de ces créances. La jurisprudence française a retenu dans l'un de ses arrêts qu'en cas de faillite de l'adhérent, la société d'affacturage n'est subrogée que dans ce que le dernier avait envers le débiteur. Dans cette affaire, une banque avait payé à son adhérent des factures, en jouant le rôle d'un affactureur, sans que ce dernier ait livré la marchandise à l'acheteur ensuite que l'adhérent ait déclaré faillite que la marchandise a été livrée alors la banque a demandé de restituer ce qu'elle a donné à l'adhérent avant sa défaillance pour éviter la distribution par contribution et la participation des autres créanciers. Cette demande a été refusée puisqu'elle a subrogé l'adhérent au moment où il n'avait pas de droit envers l'acheteur, il n'avait pas exécuté ses obligations. Mais la banque a répondu qu'au moment de la subrogation ce droit existait. Mais comme nous l'avons vu la créance doit être effective et que le droit naît non par une simple commande mais par l'exécution de la livraison²⁶⁵.

265- Voir les rapports entre l'affactureur et l'adhérent.

La cour de cassation a jugé que la société d'affacturage qui a avancé à son client, avant qu'il ne soit déclaré en état de règlement judiciaire, le montant de factures correspondant à des commandes passées par des tiers et non encore exécutées par lui, ne saurait se prévaloir de la subrogation convenue pour prétendre appréhender le montant des créances nées au profit de la masse²⁶⁶. L'affactureur est obligé de déclarer les créances qu'il détient contre l'adhérent au même titre que les autres créanciers, dans le délai de deux mois à partir de la publication du jugement au BODACC²⁶⁷.

La société d'affacturage peut se trouver en concurrence avec un autre créancier bénéficiant de la clause de réserve de propriété possesseur du prix des marchandises. Mais, lequel des deux est privilégié en cas de faillite de l'adhérent?

Le législateur algérien a fait référence à la clause de réserve de propriété dans l'article 363/1 du code civil : « dans la vente à crédit, le vendeur peut stipuler que le transfert de la propriété à l'acheteur est soumis à la condition suspensive du paiement intégrale du prix, même si l'objet vendu a été délivré. »²⁶⁸ Cette clause de réserve de propriété peut être émise par le vendeur surtout dans le contrat de vente à crédit comme une assurance jusqu'à ce que l'acheteur paye tout ce qu'il doit au vendeur. Pour définir la nature de cette clause, certains auteurs ont considéré comme une condition résolutoire mais, la plupart la considère comme une condition suspensive et notre législateur la déterminé dans l'article 363/3 que lorsque l'acheteur a acquitté tous les versements, il est réputé avoir acquis la propriété de l'objet vendu rétroactivement depuis le jour de la vente. Il en résulte que notre législateur, à l'instar du législateur français, l'a interprété comme une condition suspensive²⁶⁹.

Cependant, en cas de redressement judiciaire de l'adhérent, qui a le privilège sur l'autre ? L'article 122 de la loi française du 25 janvier 1985²⁷⁰ dispose que peut être revendiqué le prix ou la partie du prix des biens visés à l'article L. 621-122 qui n'a été ni

266- cour de cass com. 21 nov. 1972, D. 1974. 213, note R. RODIERE.

267- conformément aux articles L. 622-24 et suivants du code de commerce.

268- Voir article 121 de la loi du 25 janvier 1985 français.

269- Voir article 121 de la loi française du 25 janvier 1985.

270- Transféré par Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 - art. 1 (V) JORF 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006 sous réserve art. 190.

payé, ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant entre le débiteur et l'acheteur à la date du jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire.

L'adhérent n'est tenu d'informer l'affactureur de cette clause et il n'est pas considéré comme étant un acte illégal²⁷¹.

Suivant cet article, le législateur français essaye de protéger le vendeur qui se réserve la clause de propriété. La subrogation investit le subrogé de la créance primitive avec tous ses avantages et accessoires, le subrogé n'a pas plus de droits que son subrogeant au lieu et place duquel il agit, que lorsque le client d'une société d'affacturage a acquis une marchandise grevée d'une clause de réserve de propriété et qu'il l'a revendue avant d'avoir réglé lui-même son vendeur. La société d'affacturage ne peut se prévaloir de la subrogation dans les droits de cet acquéreur, qui est son adhérent, pour faire échec de la réserve de propriété invoquée par le vendeur, que celui-ci est fondé à agir contre la société d'affacturage en paiement des sommes que celle-ci a reçu des sous-acquéreurs, en règlement de créances dont elle n'avait pas la propriété, et dont le vendeur était resté propriétaire²⁷².

Lorsque le client d'une société d'affacturage a acquis une marchandise grevée d'une clause de réserve de propriété et qu'il l'a revendue avant d'avoir réglé lui-même son vendeur, le droit de propriété de ce dernier se reporte sur la créance du prix de revente ; 'que le paiement fait de mauvaise foi par le factor à son client ne peut emporter subrogation lorsque le factor, qui a connaissance de la clause de réserve de propriété, sait ainsi que le prix de revente n'appartient pas à son client mais au vendeur qui est ainsi seul titulaire de la créance contre les sous-acquéreurs. La déclaration de sa créance par le vendeur ne constitue pas une condition de l'exercice par ce dernier du droit de revendiquer les biens vendus sous réserve de propriété ou le prix de revente de ces biens²⁷³.

271- Cf. M BACHIR, op. cit, p. 167.

272- Voir l'article 122 de la loi française du 25 janvier 1985, modifié par l'article 6 de la loi du 10 juin 1994.

273- Cf. R. LALLEMENT, Affacturage, J.C com, 1991, Fasc580, n°91.

Le propriétaire est titulaire d'une action unique en revendication, qui porte sur le bien ou sur la créance subrogée à celui-ci ; qu'à supposer que le vendeur bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété ne puisse se prévaloir à l'égard de la société d'affacturage subrogée dans les droits de l'acquéreur, dès lors que le prix de revente des marchandises a été payé par le sous-acquéreur entre les mains de ce tiers subrogé, c'est à la condition que ce paiement ait été effectué avant l'action en revendication des marchandises exercée dans les délais et formes prescrits²⁷⁴.

Mais si le vendeur qui a réservé son droit de propriété ne peut bénéficier des dispositions de l'article 122 de la loi du 25 janvier 1985, dans sa rédaction antérieure à la loi du 10 juin 1994 applicable en la cause, dès lors qu'au jour de l'exercice de la revendication, le prix de revente des marchandises a été payé par le sous-acquéreur entre les mains du tiers subrogé dans les droits de l'acheteur initial²⁷⁵.

Le législateur a attesté cette protection pour le vendeur qui se réserve le droit de propriété afin d'établir un équilibre entre les intérêts de l'affactureur et le vendeur qui se réserve le droit de propriété puisqu'il a préservé au premier le droit de garder l'objet de la vente et au deuxième le droit de retrait le reste du prix. La cour de cassation a adopté le principe de subrogation réelle²⁷⁶ pour donner une solution au contentieux découlant de l'intervention des deux parties dans une même affaire en se basant sur le principe de priorité, cette subrogation réelle n'a pas d'effet que depuis la publication de la faillite de l'adhérent. Rives –lange additionne à cette condition deux autres, il faut qu'il exerce une action de retrait du prix et qui n'a été ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant entre le débiteur et l'adhérent.

Enfin la clause de réserve de propriété est une garantie qui prive l'affactureur de bonne foi de recouvrer ses créances pour cela il faut qu'il effectue une recherche sur l'adhérent et le débiteur²⁷⁷ pour éviter de tomber sur ce problème qui s'est répondu dans le domaine des affaires en France.

274- la loi du 25 janvier 1985 et 85-1 du décret du 27 décembre 1985.

275- Cour de cass. com, 10 juillet 2001, Bull n° 134, N° 98-19-331.

276-Cf. R. LALLEMENT, op. cit, n° 92.

277- Cf. J-P DESCHANEL –LALLEMENT, op. cit, n° 74, 75.

Lorsque l'adhérent conclut un contrat d'affacturage, ce contrat est effectué après la date de cessation de paiement de l'adhérent avec la connaissance de l'affactureur de la situation déficitaire de l'adhérent alors cet acte est annulé aux termes de l'article L632-108/1 du code de commerce français²⁷⁸.

Tout avis à tiers détenteur, toute saisie attribution ou toute opposition, peut également être annulé lorsqu'il a été délivré ou pratiqué par un créancier après la date de cessation des paiements et en connaissance de celle-ci²⁷⁹. Par contre le législateur algérien a considéré ces actes comme étant inopposables envers la masse des créanciers et ces actes restent corrects²⁸⁰. Le factor non informé par l'existence d'une réserve de propriété, peut faire échec à la règle réserve de propriété, de déterminer que les factures ayant fait l'objet d'un contrat d'affacturage ainsi que les sommes perçues par le factor correspondent au prix de revente des marchandises litigieuses²⁸¹. Le factor est enfin préféré au vendeur avec réserve de propriété lorsque le sous-acquéreur a réglé le prix de revente des marchandises entre ses mains avant l'exercice de l'action en revendication par le vendeur²⁸².

La société d'affacturage peut éviter la concurrence avec le syndic de redressement ou de la faillite dans trois cas :

- ❖ Lorsque la société d'affacturage a financé des créances approuvées avant que l'adhérent ait subi un redressement ou faillite. Elle peut retourner contre le débiteur sans l'intervention du syndic de redressement ou de la faillite.
- ❖ Lorsque l'affactureur intervient commettant un mandataire et non affactureur pour les créances non approuvées. Il agit alors en qualité de simple mandataire, il crédite le client lors du recouvrement effectif, ou lui

278- Créé par Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 - art. 95 () JORF 27 juillet 2005 en vigueur le 1er janvier 2006 sous réserve art. 190.

279- Voir l'article L632-108/2 du code de commerce français.

280- Voir l'article 249 du C.Com.A.

281- CA Paris, 28 mai 1999, *Juris-Data n° 1999-101869*.

282- Voir l'article L. 621-124 du Code de commerce et CA Paris, 3e ch. A, 8 nov. 2005 : *Juris-Data n° 2005-291596*.

fait des avances sur son mandat. Ce mandat d'intérêt commun survit, à un redressement judiciaire. Il ne sera pas considéré comme un simple créancier²⁸³.

- ❖ Lorsque l'affactureur a approuvé les créances et ouvert le compte courant entre lui et l'adhérent mais il ne les a pas encore financiers alors le syndic du règlement judiciaire et de la faillite peut demander la continuation du contrat d'affacturage²⁸⁴.

SOUS-SECTION 2 :

LA DEFAILLANCE DU DEBITEUR

Si l'un des débiteurs est en cessation de paiement, on peut l'assigner en redressement judiciaire auprès du tribunal de commerce. Fréquemment, l'entreprise débitrice règle sa dette avant l'ouverture de la procédure afin d'échapper au redressement ou à la liquidation. Par ailleurs, si une procédure de redressement ou de liquidation a été ouverte à l'encontre d'une entreprise qui doit de l'argent, on doit déclarer la créance au représentant des créanciers désigné par le tribunal de commerce, dans les deux mois de la publication du jugement d'ouverture. A défaut, l'impayé sera perdu. Mais dans la mesure où une entreprise n'est pas un créancier privilégié, les chances de récupérer cet impayé sont dans ce cas très faibles.

La société d'affacturage doit toujours s'informer sur la situation financière du débiteur parce que si le débiteur subit un redressement judiciaire ou une faillite, il n'est pas obligé d'informer l'affactureur de sa situation et comme ça l'affactureur peut perdre son droit au recouvrement de la créance après les délais suivant la décision de faillite. Avant l'affaire factorfrance heller, la jurisprudence obligeait le débiteur d'informer l'affactureur de sa défaillance afin de lui permettre de prononcer de ces créances, ce qui a été retenu par la cour d'appel le 27 octobre 1995 dans l'affaire factofrance heller contre julien électricité et qui a déclaré que l'entreprise « julien électricité »

283- Cf. C GAVALDA, op. cit, n° 49.

284-Voir l'article 37/5 de la loi 25 janv1985 relative à la faillite et redressement judiciaire.

responsable du retard de déclaration de la société d'affacturage et doit la dédommager car elle devait l'informer de sa défaillance, mais cette dernière a répondu que c'est à la société d'affacturage de veiller à la mise à jour de ses informations comme tout créancier et que ce n'est pas au débiteur de les informer et que la cour d'appel a violé la loi en prenant cette décision. La cour de cassation a annulé cette décision et le débiteur n'est pas tenu d'informer l'affactureur de sa situation financière²⁸⁵, puisqu'il ne fait pas partie du contrat d'affacturage et que chaque créancier doit veiller à la procuration des informations concernant la situation financière du débiteur.

Par une décision remise par la cour d'appel de Bordeaux le 28 mai 1980 que toutes les sûretés acquises par l'affactureur qui n'ont pas été publiées ne sont pas opposables aux tiers surtout si le débiteur est de bonne foi²⁸⁶. Pour cela, les affactureurs ont eu recours plus souvent au cautionnement pour garantir le recouvrement de ces créances puisque cette garantie ne demande ni beaucoup de frais ni de longue procédure.

La remise d'un tel bordereau au factor l'investit sans autre formalité de toutes les créances visées dans ce titre, avec les sûretés et accessoires correspondants, sans stipulation particulière en ce sens. Ce transfert est valable entre le factor et l'adhérent et opposable aux tiers, notamment en cas de jugement de redressement judiciaire, si bien entendu la remise de bordereau est antérieure au jugement. Et si les transferts et les suivies de règlements sont faites en période suspecte ne seront pas annulables de plein droit²⁸⁷ car ce sont des paiements reçus par le client et non faits par lui²⁸⁸.

Si l'affactureur joue le rôle d'un mandataire, tel le recouvrement d'une lettre de change et l'adhérent est en faillite et l'affactureur ou plutôt le mandataire²⁸⁹ détient toujours ces factures et ne les a pas recouvrées alors ici ce contrat n'est pas affecté par la faillite car le contrat de mandat résulte pour chaque partie un intérêt.

285- Cf. C.GAVALDA, op. cit, n°69 et cour de cass 20 janv 1998, JCP, ed G II, 1998 Fsc 10121, 1333 note Y-DAGORNE-LABBE.

286- Cf. R.LALLEMENT, op, cit, n°65.

287- C. com., art. L. 632-1 de Loi 1985, art. 107, 4.

288- Cass. com. 17 juin 1980, n° 79-10.538, Bull. civ. IV, n° 259, JCP 1981. I. 3048, n° 97, D. 1981, IR 193, RTD com. 1981. 125, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange).

289- CA Paris, 7 avr. 2006 : Juris-Data n° 2006-305368.

Mais si c'était le cas d'un contrat d'affacturage et l'affactureur n'a pas encore acquis et demande le recouvrement des factures alors ici l'affactureur sera considéré comme étant un créancier et recouvrira sa créance après la déclaration de faillite de l'adhérent²⁹⁰.

En principe, le débiteur cédé n'a donc pas à informer le factor des motifs de non-paiement de la créance dès qu'il est lui-même averti de la subrogation. Il n'a pas, par exemple, à informer le créancier subrogé, du paiement qu'il a effectué au profit du créancier subrogeant, avant d'avoir eu connaissance de la subrogation²⁹¹. Il n'a pas plus à informer le factor de sa mise en redressement judiciaire²⁹².

SOUS-SECTION 3 :

LE CONCOURS DE L'AFFACTUREUR AVEC LE CREANCIER SAISSANT :

Tout créancier peut, en vertu d'un titre authentique ou privé, saisir arrêter entre les mains d'un tiers les sommes dues et les effets appartenant à son débiteur, à l'exception des immeubles²⁹³. Tout créancier du débiteur pour garantir ces droits il procède à une saisie ce qui a de droit entre les mains du tiers alors nous serons devant un créancier saisissant et un créancier affactureur. Mais, dans le cas de faillite du débiteur qui en a la priorité sur l'autre ?

La solution proposée pour mettre un terme à la concurrence entre ces deux créanciers c'est le principe d'antériorité qui jouera un rôle important dans le classement des créanciers. Ce principe nous fixe qui a bénéficié le premier de ce droit. Est-ce la subrogation ou la saisie ? Si la date de subrogation est antérieure à la saisie alors l'affactureur bénéficie selon le principe d'antériorité de priorité et de privilège sur le créancier saisissant, mais si la date de la saisie est antérieure alors ici

290- Cf. M.BACHIR, op.cit, p. 74.

291- Cass. com., 18 mars 1997: Bull. civ. 1997, IV, n° 77 ; RTD civ. 1997, p. 938, obs. J. Mestre ; RTD com. 1997, p. 492, obs. M. Cabrillac.

292- Cass. corn., 20 janv. 1998: JCP G 1998, II, 10121, note Y. Dagherne-Labbée.

293- Voir l'article 354 C.Pro.C.A.

le créancier saisissant est prioritaire car l'affactureur ne peut avoir droit sur quelque chose qu'il n'a pas sur son débiteur²⁹⁴. Et lorsqu'une saisie-arrêt est pratiquée entre les mains du débiteur cédé avant que la cession ne soit devenue opposable aux tiers, la cession vaut saisie à l'égard du saisissant.

Dans ce cas, si une autre saisie est pratiquée après que la cession fut devenue opposable au tiers, la créance est répartie par contribution entre le premier saisissant, le cessionnaire et le saisissant postérieur ; et il est prélevé sur la part de ce dernier, la somme nécessaire pour compléter au profit du cessionnaire, le montant de la somme cédée. Il découle de l'article 250 du C.C.A que le législateur a soumis la répartition entre les créanciers saisissants à la répartition par contribution et à considérer la cession venant après la saisie une autre saisie.

SOUS-SECTION 4 :

LE CONCOURS DE L'AFFACTUREUR AVEC LE SYNDIC DE REDRESSEMENT JUDICIAIRE ET DE LA FAILLITE

Toute personne physique ou morale qui est en cessation de paiement peut en faire la déclaration d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de faillite²⁹⁵. Et le jugement qui prononce le redressement judiciaire ou de faillite désigne un syndic parmi les greffiers du tribunal²⁹⁶. La société d'affacturage va faire face à une masse de créanciers pour le recouvrement de sa créance, ce qui va la porter au syndic de redressement judiciaire ou de faillite spécialement si l'acte a été émis après la cessation de paiement.

Cette problématique a été prévue par le législateur Français en introduisant l'article L632-107 du code de commerce²⁹⁷ «Sont nuls, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis la date de cessation des paiements, les actes suivants :

294- J-P.DESCHANEL-L.LEMOINE, op. cit, n° 70.

295- Voir l'article 215 du C.Com.A.

296- Voir l'article 238 du C.Com.A.

297- Modifié par Loi n°91-650 du 9 juillet 1991 - art. 93 () JORF 14 juillet 1991 en vigueur le 1er août 1992 Abrogé par Ordonnance 2000-912 2000-09-18 art. 4 JORF 21 septembre 2000 Modifié par Loi 2007-211 2007-02-19 arts. 18 2° JORF 21 février 2007.

- ❖ Tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière ;
- ❖ Tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie ;
- ❖ Tout paiement, quel qu'en ait été le mode, pour dettes non échues au jour du paiement ;
- ❖ Tout paiement pour dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effets de commerce, virements, bordereaux de cession visés par la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises ou tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires ;
- ❖ Tout dépôt et toute consignation de sommes effectués en application de l'article 2075-1 du code civil, à défaut d'une décision de justice ayant acquis force de chose jugée ;
- ❖ Toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissements constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées ;
- ❖ Toute mesure conservatoire, à moins que l'inscription ou l'acte de saisie ne soit antérieur à la date de cessation de paiement.

Le tribunal peut, en outre, annuler les actes à titre gratuit visés au 1° du présent article faits dans les six mois précédant la date de cessation des paiements ».

En outre, si le débiteur a versé, à tort, au liquidateur de l'adhérent les sommes dues à l'affactureur subrogé, ce dernier ne peut pas les revendiquer car il s'agit d'une action en paiement soumise à la suspension des poursuites et à l'obligation de déclarer²⁹⁸.

Ce changement est apporté par la loi française afin de favoriser les sociétés²⁹⁹. Par contre le législateur algérien n'a pas pris la même initiative que son confrère français, car il n'a pas déclaré nuls les actes qui viennent dans la période après la cessation de

298- Cass. com. 10 mai 2000, n° 97-16.726 , Bull. civ. n° 98 ;: Cass. com.18 févr. 2003, n° 00-13.340.

299- Cf. C.GAVALDA, Perspectives et réalités juridiques de la convention dite d'affacturage, JCP, 1989 ed, fasc, 18879, n° 34.

paiement, ces actes restent corrects mais ils ne sont pas opposables envers la masse des créanciers du débiteur. Leur obligation ne peut être exécutée qu'après la clôture du redressement ou la faillite³⁰⁰.

SECTION 3 :

EFFETS ENGENDRES PAR LA RESILIATION

L'affactureur, titulaire de la créance, est subrogé dans les droits de l'adhérent, a seul qualité pour agir en paiement contre le débiteur de la créance transmise : il reçoit la créance avec ses accessoires mais aussi ses vices. Le débiteur peut donc lui opposer les exceptions inhérentes à la dette, les exceptions liées au paiement comme la compensation ou à la prestation fournie la non-exécution de l'obligation de délivrance ou non-conformité des marchandises livrées. La société d'affacturage, on accepte le financement de ces créances et le risque de non paiement du débiteur elle perd tout recours contre l'adhérent sauf son action en répétition de l'indu en cas d'inexistence totale ou partielle de la ou des créances transférées³⁰¹.

Chaque fois que la preuve est faite que la créance réglée par l'affactureur est totalement ou partiellement inexistante, soit parce qu'elle n'a jamais pris naissance, ou parce qu'elle est éteinte par paiement ou compensation, soit encore parce que le contrat auquel elle se rattache n'a pas été exécuté ou ne l'a été qu'imparfaitement, une action en restitution est ouverte à l'affactureur contre l'adhérent. Cette action ne peut lui être refusée car, s'il garantit la bonne fin de l'opération et prend en charge le risque d'insolvabilité et de non-paiement à l'échéance, il ne peut à l'évidence assumer celui d'inexécution ou d'inexistence de la créance qui est le fait personnel de l'adhérent. Il est d'ailleurs conforme aux principes de la subrogation conventionnelle qu'une action en répétition de l'indu soit accordée au subrogé contre le subrogeant quand la créance payée n'existe pas ou n'atteint pas le montant indiqué.

300- Voir les articles 247 et 249 du C.Com.A.

301- Cour de cass paris, 12 sept. 1989, D. 1989, IR 249, RTDcom.1990. 239, obs. M CABRILLAC et B. TEYSSIE.

La convergence est remarquable entre le droit de la subrogation et les nécessités pratiques qui se manifestent dans le contrat d'affacturage³⁰².

La résiliation du contrat ne portera pas préjudice à la validité et à l'efficacité de la subrogation de Créance. En cas de résiliation du contrat d'affacturage et sauf accord différent, les parties procéderont à la liquidation du compte courant dans un délai fixé dans le contrat par les contractants et cela du moment où l'autre partie recevra la déclaration de résiliation ou de l'entrée en vigueur de l'effet de la résiliation. Dans le même délai, l'adhérent continuera à exécuté ses obligations, mais avant l'affactureur est obligé de lui envoyer un préavis avec accusé de réception³⁰³.

Il est fréquent de voir insérer dans un contrat d'affacturage une clause aux termes de laquelle l'affactureur peut résilier le contrat, il peut mentionner une clause qu'en cas de résiliation l'adhérent doit restituer à l'affactureur toutes sommes éventuellement perçues à titre d'avance sur des Créances non encore encaissées, outre les frais et les intérêts conventionnels échus jusqu'à la date de restitution. En cas de retard dans l'exécution de l'obligation de restitution, un intérêt de retard, une pénalité³⁰⁴ et l'adhérent serait contraint de récupérer la gestion du recouvrement de ses créances.

Toutefois l'affactureur étant avant tout un établissement de crédit, il est soumis aux dispositions de la loi bancaire du 24/01/1984 donc il peut mettre fin unilatéralement au contrat en cas de comportement gravement répréhensible de son adhérent³⁰⁵.

Certains se prononcent³⁰⁶ pour le caractère rétroactif de la résiliation du contrat d'affacturage car c'est un contrat cadre répond à un équilibre global qui tient compte de sa durée. Il semble pourtant difficile de remettre en cause l'ensemble du contrat et, par conséquent, les contrats d'application déjà conclus et exécutés. Ainsi, il nous semble plus opportun de ne donner à l'anéantissement du contrat cadre qu'un effet pour l'avenir.

302- Voir le recouvrement de la créance.

303- Voir la résiliation du contrat d'affacturage.

304- L'art. 3 de la Directive n° 2000/35/CE pour le retard dans l'exécution des obligations de paiement de Créances commerciales.

305- Voir l'article 60 lois bancaire 24/01/1984.

306- J. GHESTIN, in Mélanges Raynaud, 1985. Cité par Med LAMHAMEDI CHERRADI, Le contrat cadre en droit international, Master Recherche Droit des marchés, des affaires et de l'économie, Université de Bourgogne.

Dans tous les cas, la jurisprudence apprécie rigoureusement les motifs de la rupture, elle estime notamment qu'il doit y avoir une violation grave et répétée des clauses essentielles du contrat. Lorsque la résolution judiciaire du contrat est demandée par l'une des parties pour inexécution, par l'autre de ses obligations, la jurisprudence estime que la victime de l'inexécution doit au préalable, avoir mis son cocontractant en demeure de s'exécuter³⁰⁷.

Lorsque vous résiliez un contrat, vous y mettez fin. Le contrat cesse de déployer des effets et libère les parties de leur lien juridique, ainsi que de leurs obligations. Il n'y a aucune restitution de prestations à moins que celles-ci aient été versées par erreur et sans cause³⁰⁸. La résiliation porte essentiellement sur des contrats à exécution successive. À moins qu'elle n'intervienne avant tout commencement d'exécution, les effets de la mise à néant des obligations engendrées par la convention résiliée ne peuvent remonter à la date à laquelle les parties ont échangé leurs consentements.

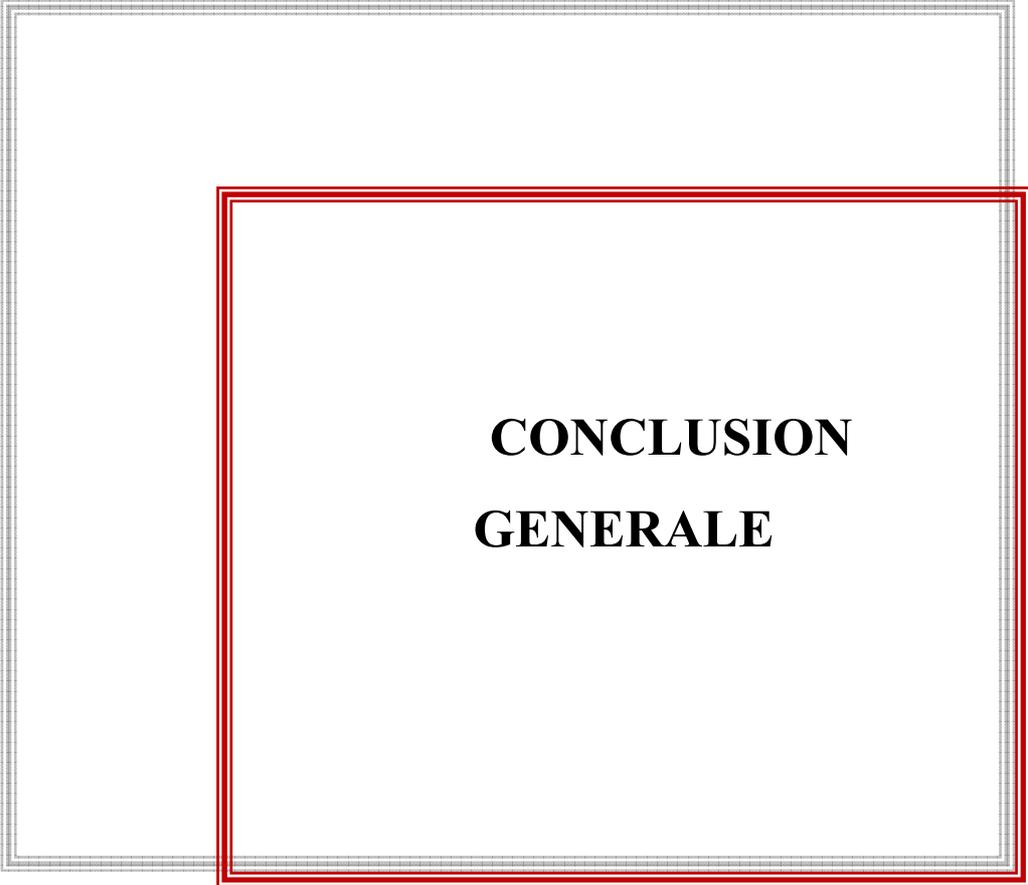
Ainsi, le débiteur n'est pas en mesure restituer à l'affactureur l'avantage qu'il a tiré du contrat d'affacturation avant la résiliation, contrairement à la résolution, n'a donc pas d'effet rétroactif. Ses effets remontent, selon les cas, à la date à laquelle les parties ont décidé de faire cesser leurs relations contractuelles, ou à celle à laquelle l'un des contractants a été déchu par la convention, à la date des effets du préavis, à la date du jugement et quelque fois même, à la date à laquelle le juge statue. C'est ce dernier, qui compte tenu des faits de la cause, va, selon le cas, constater ou fixer la date de la résiliation. Comme tous les contrats de crédit, la convention d'affacturation ne peut être rompue du seul fait de l'ouverture d'une procédure collective³⁰⁹.

Enfin dans un contrat synallagmatique à exécution successive, la résiliation judiciaire n'opère pas pour le temps où le contrat a été régulièrement exécuté, suppression pour l'avenir d'un contrat successif.

307-Cass. Civ., 22 mars 1979, *Bull. civ.* IV, n° 75- 14.793, p. 78.

308- Cass. civ. 2, 2 mars 1938, DP 1938, 1, 89 notes A. BESSON.

309- Cf. K. Kharoubi, Le contrat d'affacturation et le droit des procédures collectives : LPA 6 févr. 1985, p. 11.



**CONCLUSION
GENERALE**

Aux termes de cette étude, on constate que L'affacturage est un contrat cadre car il instaure un rapport juridique à long terme entre les parties et régit le contenu des contrats à venir. C'est une opération qui est assez originale, par divers caractéristiques qu'elle regroupe, elle s'apparente à certaines techniques traditionnelles, telles que l'escompte, le forfaitage, le bordereau Dailly ou encore l'assurance crédit et le mandat. Mais ces techniques ne renferment qu'un aspect de l'opération d'affacturage. Or l'affactureur en tant que technique de recouvrement des créances, cumule à elle seul, toutes les fonctions des techniques précédentes de mobilisation des créances.

Comme tout contrat, le contrat d'affacturage, afin de formaliser les relations entre les parties « l'affactureur et l'adhérent », exige des conditions pour son accomplissement. Il faut signaler que ce contrat servant de support à leurs relations contractuelles et qu'il vient se superposer au contrat originel appelé contrat de base régissant les rapports « relations commerciales » entre le vendeur « l'adhérent et l'acheteur « le débiteur ». Il précise les droits et obligations des parties, les services qui seront rendus par l'affactureur et leur rémunération.

C'est ainsi que l'intervention de la société d'affacturage se réalise à trois niveaux : le financement, car l'affactureur paie comptant à l'entreprise l'ensemble de ses factures ; une assurance totale du risque acheteur, puisque le paiement est irrévocable même en cas d'insolvabilité de l'acheteur et enfin, il s'occupe de la gestion des comptes clients, il se charge de la gestion des comptes clients dont il acquiert la propriété. Il faut rappeler que le contrat de factoring est un contrat à contenu variable dans le sens où des aménagements sont toujours possibles en fonction des besoins du client, nous avons le « *maturity factoring* » exclut le financement, l'affactureur gère et garantit les créances, mais ne les paye que quand elles sont « venues à maturité », c.à.d. à l'échéance ; l'« *agency factoring* » exclut la gestion, c'est l'adhérent qui gère ses créances et ses comptes clients, l'affactureur ne fait que payer par anticipation et garantit la bonne fin des créances, le « *factoring with recourse* » exclut la garantie, car l'affactureur conserve un recours contre son adhérent devant un débiteur cédé non solvable ; l'affacturage sans financement "pay as paid", ce contrat prévoit gestion et

garantie mais aucun financement ; il ya aussi « l'affacturage partiel », cette formule permet de ne gérer qu'une partie du chiffre d'affaires; dans le cas d'adhérents de taille importante ; comme il peut être confidentiel.

L'affacturage est une opération de crédit qui repose sur la transmission des créances commerciales de l'adhérent vers l'affactureur et le fondement juridique de cette opération est la subrogation conventionnelle prévue par le code civil. Ce mécanisme a été choisi pour fluidité et son adaptation avec les opérations commerciales qui exigent sûreté, rapidité et la liberté d'agir. Avant les praticiens de l'opération d'affacturage ont essayé d'utiliser d'autres modes de transmission comme la novation, la délégation ; l'endossement de la facture et enfin la cession de créance qui exigent beaucoup de formalités.

Il en découle de ce contrat des obligations pour chaque partie, l'affactureur met à la disposition de l'adhérent, ses techniques, ses sources d'information. Grâce à l'affacturage, il permet à l'adhérent de diversifier ses sources de financement tout en conservant de bonnes relations avec sa banque. Outre son rôle de financement, il s'occupe de la gestion du poste client de son adhérent en lui fournissant les renseignements sur ses correspondants actuels et futurs. En incitant à sélectionner la clientèle et en réduisant les retards de paiements, l'affactureur réduit les risques clients par une meilleure gestion des comptes tout en garantissant la bonne fin.

En revanche l'adhérent est obligé lui aussi de préserver le principe d'exclusivité et de globalité envers l'affactureur, de lui transmettre des créances réelles et légales avec tout ses accessoires et suretés et aussi, il est tenu de lui verser une rémunération qui est la commission d'affacturage et la commission de financement.

L'affactureur pour recouvrir ce qu'il a de droit, doit notifier le débiteur de cette subrogation, cette notification doit se faire par lettre recommandée avec accusé de réception. Comme ça l'affactureur va être subrogé dans tous les droits et suretés qu'avait l'adhérent envers le

débiteur, d'où les suretés réelles et personnelles. Cependant, l'affactureur a le droit de recouvrer ces créances soit par la voie amiable ou judiciaire et le débiteur peut lui opposer toutes les oppositions qu'il avait envers l'adhérent, telles la compensation mais simplement lorsqu'elle accomplisse toutes les conditions exigées. Sauf que l'affactureur peut se retourner contre l'adhérent pour le recouvrement parce qu'il assure le risque de non paiement en cas de défaillance du débiteur mais pas celle qui résulte de ses actes.

Enfin, l'affactureur peut en demander la résiliation du contrat dans le cas où il y a lieu d'inexécution ou mauvaise exécution contractuelles. Parfois il se retrouve dans des situations difficiles, car pour recouvrer ses créances, il se trouve confronter à d'autres concurrents pour les mêmes droits « le concours avec le sous traitant, le créancier saisissant, le vendeur bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété et le syndic de redressement judiciaire et de la faillite.

L'opération d'affacturage est maintenant reconnue par tous les agents économiques, les avantages retirés de ce contrat sont multiples. Cette technique est idéale pour les petites et moyennes entreprises qui ont besoin d'un accompagnement à l'exportation, surtout celles qui sont au début de leur activité. Notamment en France, d'après le succès connu par cette opération et son développement dans le secteur des affaires, les banquiers se mettent à la création des filiales spécialisées dans l'affacturage, afin de conserver les mouvements d'affaires dans leur groupe. Cette technique appelée à un avenir prometteur et donc il faut encourager les promoteurs de ce produit afin d'éviter qu'il ne soit assimilé à un crédit bancaire classique trop onéreux.

Le législateur algérien a insérée le contrat d'affacturage dans le code de commerce 1993, a été incorporées dans le livres IV qui traite la matière des effets de commerce. Il apparait ainsi qu'il le traite en tant qu'un effet de commerce et si l'on tente de revenir sur la notion « effet de commerce », on constate qu'il est un titre de crédit à court terme négociable et doit être transmissible par la voie d'endossement.

Dans la perspective de l'insertion de l'Algérie dans une économie de plus en plus mondialisée, il devient ainsi urgent de clarifier les dispositions du code de commerce de sorte que l'affacturage soit dans une loi propre à lui, tel le crédit bail et de procéder à la ratification de la convention Ottawa relative à l'affacturage puisque elle constitue une pièce maîtresse dans le mouvement d'harmonisation des règles de droit international privé applicables au commerce international et attiré les investisseurs étrangers.

Cependant, ce qui rend l'affacturage inaccessible à la demande des opérateurs économiques algériens, c'est son aspect de contrainte qui consiste à faire appel à un «factor», ayant pour rôle de superviser la comptabilité et les activités de son client, ce qui consiste à se porter garant pour le compte de son client, auprès des banques ou des correspondants à l'étranger. Ce qui ne saurait être pour des opérateurs algériens qui doivent divulguer leur procéder de travail dans le commerce, où il est question de pratiques bien rodées pour ne pas tout déclarer au fisc ou pour des ventes, fréquemment sans factures. Presque tous les commerçants seulement 30% de leur bénéfice sont déclarés.

Pour cela, il est évident que l'affacturage n'aurait aucune chance d'être adopté en Algérie. Malgré qu'il y ait eu adoption de cet instrument financier par nos voisins depuis plus d'une décennie et que les Marocains ont tenté déjà de créer des filiales en Algérie, sans pouvoir y arriver. L'utilisation de l'affacturage garantit la bonne marche des affaires où tout est déclaré dans la transparence par l'intermédiaire du factor qui est autorisé par le ministère des Finances, comme étant un expert assermenté en gestion commerciale ou financière. De ce fait, la mise en place de cet instrument serait d'un atout majeur mettant un terme au désordre et aux fraudes commerciales, par manque d'espace juridique, de transparence et de contrôle. Il faut aussi inciter les banques et les établissements à favoriser l'utilisation de cette technique, puisque l'acteur principal qui fait que cette opération soit méconnue c'est à cause des banque et des établissements financiers qui ne jouent pas leur rôle essentiel celui d'investissement et de financement.

الملخص

بعد الدراسة التحليلية لعقد تحويل الفاتورة، والذي يجد مصدره في النظام الأنجلوسكسونية، نستنتج بأنه لقيام هذا العقد يجب توافر بعض الشروط في كل أطرافه و انه كغيره من العقود يرتب التزامات و واجبات اتجاه كل من : المنتمي والوسيط والمدين، و من أهمها التزام المنتمي بتحويل جميع الفواتير أو الحقوق و توابعها التي تتمثل في التأمينات العينية و الشخصية و التأمين الائتمان و كذلك الحساب الجاري و مال الضمان دون استثناء للوسيط وكذلك دفع العمولة. و يلتزم الوسيط بدفع قيمة الفواتير، و ضمان عدم الرجوع على المنتمي أي خطر عدم التسديد كأصل عام غيرا أنه يمكنه الرجوع عليه إذا تسبب في ذلك؛ و الرجوع على المدين لتحصيل الديون، استثناءا يمكنه الرجوع على الغير الذي أوفى له المدين جهلا أو يجد نفسه في وضعية تزام مع غيره على الحقوق المحالة له.

فهو يعتبر عملية تمويل و ائتمان جديدة و تقنية متطورة للتسيير التجاري والدور المميز الذي يلعبه يتجلى في تقديم جملة من الفوائد و الخدمات تتمثل في التمويل والتسيير، و ضمان النهائية. إن عقد تحويل فاتورة عرف تطورا كبيرا بحيث تم استعماله على المستوى العالمي بين دول مختلفة الجنسية والقوانين ولذلك تم تنظيمه في الاتفاقية أوتاوا المؤرخ في 1988/05/28 المتعلقة بتوحيد قواعد عقد تحويل فاتورة الدولي.

و تستدعي حادثة هذه التقنية القيام بمقارنتها مع غيرها من العقود المشابهة لها، فهي تتميز ببعض الخصائص تجعلها تتمتع بذاتية خاصة عن العمليات المجاورة لها مثل: تأمين الائتمان، الخصم، حوالة دايبلي، الوكالة إلى غير ذلك. فهو عقد يقوم بمقتضاه " الوسيط " بدفع للمنتمي قيمة الفاتورة التي تمثل حقه لدى المشتري ويحل محله في هذا الحق. وإذا لم يدفع المشتري للوسيط قيمة هذه الفواتير، فليس له الحق الرجوع على المنتمي لأنه بمقتضى هذا العقد فالوسيط يتحمل خطر عدم الوفاء. وهذا ما آلت إليه المفاهيم المعطاة من طرف الفقهاء ورجال القانون من حيث المضمون؛ ومنه فإنه يسمح لبائع البضاعة أو مقدم الخدمات أي المنتمي بنقل حقوقه التجارية على مشتريه لعضو متخصص وهو الوسيط في حقوقه المتولدة عن علاقته الأساسية الموجودة من قبل " عقد بيع أو تقديم خدمات" مع المدين. إن الوسيط قبل الموافقة على الحلول يحدد الشروط الواجب توافرها في المنتمي والحقوق موضوع الحلول وكذلك معرفة جميع المعلومات التي تتعلق بالوضعية المالية للمنتمي والمدين و ذلك حتى يكون على علم بجميع المخاطر لذلك لم تتلقا هذه التقنية في الجزائر إقبال كبير وذلك لتخوف التجار من إفشاء أسرارهم المهنية للوسيط والذي يتطلب التعاون في تقديم المعلومات والوثائق و الحسابات المتعلقة بالوضعية المالية للمنتمي وزبائنه.

لقد عرف البنك الفرنسي عام 1973 عقد تحويل الفاتورة على انه عملية تحويل حقوق تجارية من صاحبها إلى الوسيط الذي يتكفل بتحصيلها و ضمان النهائية الحسنة، حتى ولو في حالة إفلاس المدين سواء كانت المؤقتة أو المستمرة، مقابل خصم لمصاريف العملية. وقد عرفه المشرع الجزائري بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 08./93 الصادر في 25

أفريل 1993 ضمن المادة 543 مكرر 14 على أنه عقد تحل بمقتضاه شركة متخصصة، تسمى "الوسيط" محل زبونها المسمى "المنتمي"، عندما تسدد فوراً لهذا الأخير المبلغ التام لفاتورة لأجل محدد ناتج عن عقد، وتتكفل بتبعية عدم التسديد، وذلك مقابل أجر.

إن لهذا العقد عدة أنواع تختلف على حسب الوظيفة والمجال، فلدينا عقد تحويل فاتورة كلاسيكي الذي يتحقق في إطار داخلي أي أطراف موجودة في نفس البلد وهناك عقد تحويل فاتورة خارجي " للتصدير والاستيراد"، إنه عقد يتميز ببعض الخصائص التي تميزه عن غيره من العمليات المجاورة له، عقد غير مسمى لأنه وليد الممارسات التجارية وهو عقد زمني يربط المتعاقدين لمدة غير محدودة و خاصة فهو يقوم على الاعتبار الشخصي و هو عقد ائتماني.

إن عقد تحويل الفاتورة له ذاتية تخصصه عن الوكالة، لان الوسيط في عقد تحويل الفاتورة يكون مالك للحقوق التجارية بينما في الوكالة فهو يلعب دور الوكيل وهو لا يضمن التعجيل بقيمة الحقوق ولا يضمن النهاية الحسنة. ويختلف عن عقد تامين الائتمان وذلك إن الوسيط يقوم بوظائف تكمل عمل شركة التامين من جانب التسيير والتمويل إلا أن الوسيط في عقد تحويل الفاتورة يدفع قيمة الفواتير كاملة 100% دون انتظار أجل الدفع. أما مع الخصم فالاختلاف يظهر أن الخصم يشمل ورقة تجارية وهو شرط لا يطلب في عقد تحويل فاتورة و انه عملية مستقلة بحيث يمكن للبنك في عملية الخصم الرجوع على الزبون او المظهرين للورقة التجارية على خلاف الوسيط الذي لا يمكنه الرجوع علي المنتمي في حالة إفلاس المدين.و غيرهم من العمليات المجاورة له.

أما بالنسبة للوسيلة القانونية التي تم اختيارها لنقل الحقوق التجارية فهي الحلول الإتفاقي و هذا ما آله إليه المادة 543 مكرر 14 القانون التجاري وذلك لما لها من مرونة وبساطة، هي الأداة الكلاسيكية المنصوص عليها في القانون المدني، إلا أنه يجب أن يكون الحلول الإتفاقي متزامنا مع الوفاء بالدين من الغير، ألا أن القضاء الفرنسي يقبل بالحلول السابق على الوفاء وهو ما يسمى بالوعد بالحلول. فقد تم اختيار هذه الوسيلة من طرف رجال الأعمال عن غيرها من أدوات التحويل القانونية التي تشبهها في تأدية الوظيفة مثل حوالة الحق، والإنابة والتجديد إلى غير ذلك التي تعيق حرية التعاقد على خلاف الحلول الإتفاقي الذي يتماشى مع المعاملات التجارية التي تعتمد على السرعة والائتمان و حرية المبادرة، وتسمح للمدين التمسك بكل الدفع التي كان له أن يتمسك بها اتجاه المنتمي الناتجة عن العقد الأصلي سواء تعلق الأمر بالعيوب الخفية، المقاصة أو سوء أو عدم تنفيذ العقد.

تم استبعاد حوالة الحق لان لنهاذا في حق المدين والغير لا يكون إلا برضا المدين أو بإعلانها، إما الوفاء فهو نافذ في حق المدين والغير دون أي إجراء، فحوالة الحق لا تستجيب لضروريات التي يتطلبها مجال الأعمال من سرعة الإجراءات نظرا لتكرار العمليات و في نفس الوقت توفير الائتمان ولهذا السبب نجد الرجال الأعمال الفرنسيين اختاروا الحلول الإتفاقي بالغم من أن المشرع الفرنسي نص على قانون دايمي في القانون البنكي المؤرخ في 24 جانفي 1984 من اجل تسهيل عملية الائتمان إلا انه لم يتم استعماله.

إن لقيام عقد تحويل الفاتورة يجب توافر بعض الشروط في أطراف العقد "المنتمي و الوسيط" وحتى الحقوق المنقولة إلى جانب الشروط الموضوعية العامة وهي الرضا، المحل و السبب. فالشروط التي تتعلق بالمنتمي أن يكون له

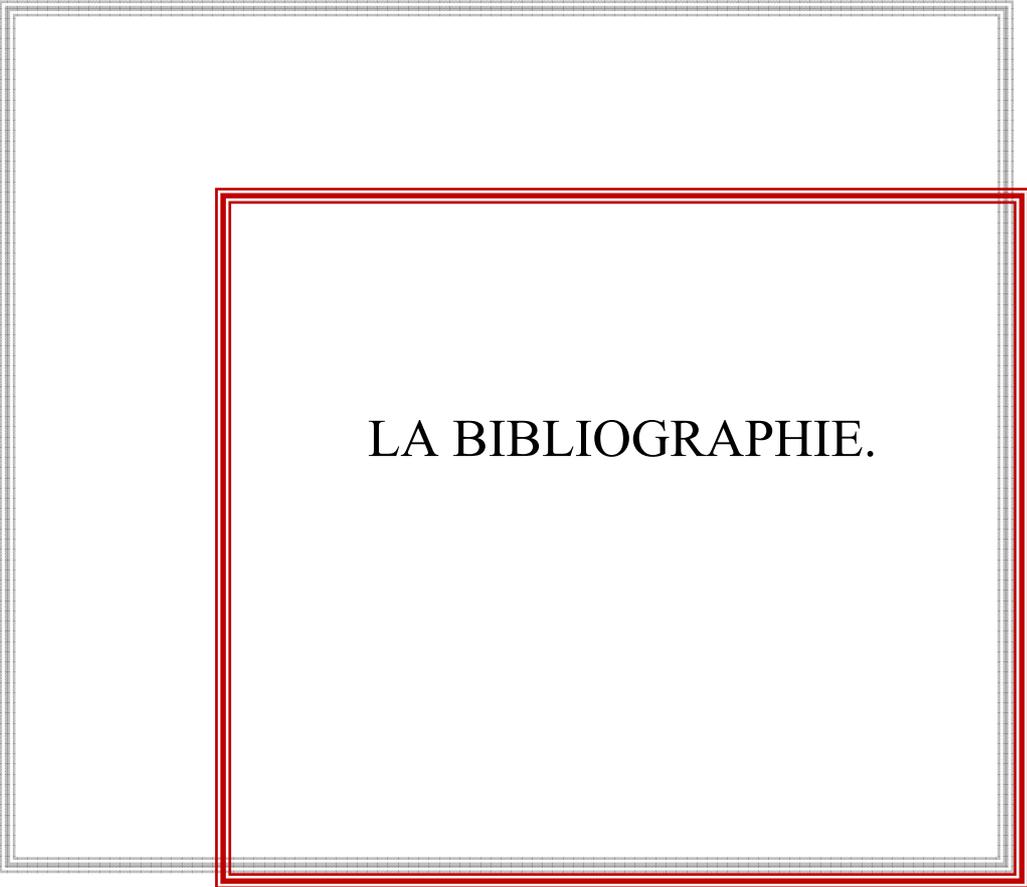
وضعية مالية جيدة لأنه كما رأينا فعقد تحويل الفاتورة يقوم على الاعتبار الشخصي، فالوسيط يختار زبائنه "المنتمي" بدقة وبعد تحريات واسعة عن وضعيته المالية وسمعته التجارية وكذلك الاستعلام حول نسبة الأرباح المحققة من طرف المنتمي، و يجب أن تكون مؤسسة صغيرة أو متوسطة. أما فيما يتعلق بالحقوق المنقولة، فالمشرع الجزائري، على غرار المشرع الفرنسي، اشترط أن تكون حقوق تجارية أي ناتجة عن تعاملات تجارية.

وأخيرا فيما يخص الوسيط، فالمرسوم التنفيذي رقم 331/95 الصادر في 25 أكتوبر 1995 الذي يتعلق بشروط تأهيل الشركات التي تمارس تحويل الفواتير وكذلك القانون البنكي الفرنسي المؤرخ في 24 جانفي 1984 اشترط أن تكون شركات تجارية و مالية. مع هذه التفرقة إن المشرع الجزائري قد اشترط أن يكون لها شكل شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة. وأن الوسيط لا يمارس نشاطه إلا بعد حصوله على اعتماد من الهيئة المختصة، فيما يخص الجزائر هو الوزير المكلف بالمالية بينما في فرنسا فهي لجنة مؤسسات الائتمان.

يعتمد الوسيط أثناء تقديم خدماته من التزامه بالتعجيل بدفع قيمة الحقوق و ضمان النهاية الحسنة بعدم الرجوع على ضمانات منها التأمينات العينية و الشخصية و تأمين الائتمان و الحساب الجاري و إمكانيته في الاقتطاع من مال الضمان. فهذه الضمانات تقع على عاتق المنتمي بحيث يلتزم بتوفيرها إلى جانب التزامه بمبدأ الجماعية و القصر؛ و يلتزم كذلك بوجود الحق و دفع عمولة للوسيط. و بالنسبة للمدين يلتزم بالوفاء للوسيط وذلك بعد إخطاره فورا بالحلول بواسطة رسالة موصى عليها مع وصل الاستلام وذلك من طرف الوسيط و أن تكون عبارة الحل على الفاتورة واضحة غير غامضة و مقروءة.

و من جانب آخر، فأسباب انقضاء عقد تحويل الفاتورة تتمثل في الوفاء أو الفسخ في حالة سوء أو عدم تنفيذ العقد، إلا انه في بعض الحالات يجد نفسه متزامم مع غيره قد يطلبون بأفضليتهم في تحصيل الحقوق المنقولة للمدين ، كالمقاول الفرعي و البائع تحت شرط الاحتفاظ بالملكية و وكيل التفليسة والدائنون المحتجزون، كلهم يزاحمون الوسيط على نفس الحقوق المحالة في يد المدين. وطبقا لقواعد عقد تحويل الفاتورة لا يحق للوسيط الرجوع على المنتمي لأنه يضمن عدم الرجوع لكن استثناءا قد يرجع عليه إذا تسبب في ذلك مثل نقله حقوق وهمية غير موجودة أو حقوق لا يملكها مثلا في حالة انه لم يقم بتنفيذ ما عليه من التزامات اتجاه المدين.

و ما ينبغي الإشارة إليه هو أن المشرع الجزائري قد أدرج عملية عقد تحويل الفاتورة ضمن الأوراق التجارية وذلك بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 08/93 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل للقانون التجاري و اقتصر في تنظيمه لهذه العملية بذكر خمس مواد وهي لا تكفي لتغطية كل جوانب العقد، ولذلك فمن الأنسب أن يخصص له نظاما خاصا به مثل عقد الاعتماد الايجاري، نظرا لتزايد أهمية هذه التقنية في الوقت الحاضر ويرجع ذلك إلى الفوائد الاقتصادية و الائتمانية التي يحققها وهذا جعلها تتطور في المحال التجاري الداخلي و العالمي ونظرا كذلك للانفتاح لحرية المنافسة و العولمة فعلى الجزائر القيام بالتحفيز على ضرورة التعاون في إطار الشراكة مع الشركات الأجنبية متخصصة و الانضمام إلى اتفاقية أوتاوا.



LA BIBLIOGRAPHIE.

I. Textes de Lois :

A. Les codes :

1. Code Civil Algérien.
2. Code Civil Français.
3. Code Commerce Algérien.
4. Code Commerce Français.
5. Code Consommation Français.
6. Code Proc civil. Algérien.
7. Code Monétaire et Financier français.

B. Les ordonnances et décrets :

1. La loi du 13 juin 1941 relatives à la réglementation et à l'organisation des banques et les établissements financiers.
2. Décret français du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière.
3. La loi du 31 mars 1958, art 16 du droit belge.
4. la loi n°67-5 du 3 janvier 1967 et le décret n°67-967 du 27 octobre 1967 sur le statut des navires réglemente le régime des hypothèques maritimes et celui de la saisie des navires en France.
5. L'ordonnance du 28 septembre 1967 relative à la facture protestable.
6. La loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.
7. La loi n° 80-585 du 12 juillet 1980 Journal Officiel du 13 juillet 1980 portant sur le mandat.
8. La loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises.
9. La loi Dailly introduite par la loi bancaire 84/46 du 24 janvier 1984.
10. La loi 25 janv 1985 relative a la faillite et redressement judiciaire.
11. La Convention d'Unidroit sur l'affacturage international OTTAWA 28/05/1988 entré en vigueur le 1^{er} mai 1995, par le décret 95-846 du juillet 1995.
12. La loi n°90/10 du 25 avril 1990 du code monétaire et crédit.
13. Loi n°91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.
14. la loi du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises.
15. Décret exécutif n 95-331 du 25 octobre 1995.relative aux conditions d'habilitations des sociétés pratiquant le factoring.

16. La loi n°98-657 du 29 juillet 1998 dite loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions a temporisé les effets des engagements pris par la caution.
17. La loi N° 96/597 du 2 juillet 1996 appelée loi MAF sur la Modernisation des Activités Financières.
18. Directive française n° 2000/35/CE pour le retard dans l'exécution des obligations de paiement de Créances commerciales.
19. la loi française du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières.
20. L'Ordonnance n°2005-429 du 6 mai 2005 JORF 7 mai 2005 du code monétaire et financier.
21. Décret exécutif n 05-468 du 10 décembre 2005 fixant les conditions et les modalités d'établissement de la facture, du bon de livraison et de la facture récapitulative. JORADP n 80 du 11 décembre 2005.
22. L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés en France.

II. Ouvrages Généraux:

A. En langue française:

1. A. JACQUEMIN, Le droit économique, serviteur de l'économie, CRIDE, 1971.
2. A. SERIAUX, Droit des obligations, 2éd, PUF, Droit fondamental, 1998.
3. J. GHESTIN, Traité de droit civil, La formation du contrat, LGDJ, 3 éd., 1993.
4. L.DECOURAD – L VILLENEUVE et N. ROUX, Le choix du support juridique, P.A juillet 1996.
5. L. VERGEAT, « Le forfaitage », guide officiel des PME, 1997.
6. M JUGLART et B IPPOLITE, Le droit commercial, 4volume, 6 èd, Montchrestien, 1967.

B. En langue arabe:

1. عبد الرزاق السنهوري ، " نظرية الالتزام " بوجه عام- الجزء الثالث دار التراث العربي، بيروت، 1957.
2. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
3. ناصر دادي عدون، تقنيات مراقبة التسيير، دار المحمدية، 1997.

III. Ouvrages Spéciaux:

A. En langue française:

1. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, Droit bancaire, Litec 5ème, 1976.
2. E. PUTMAN, Droit des affaires, Moyens de paiement et de crédit, PUE, 1995.
3. F. TALEB, L'affacturage et le leasing, OPU, 1997.
4. G. RIPERT et R.ROBLOT, Traité de droit commercial, T2, LGDJ, 16éd, 2000, par P.DELEBECQUE et M. GERMAIN.
5. J BEGUIN et MENJUCQ, Droit du commerce international, Litec, 2005.
6. J. BRANGER, Les techniques bancaires, P.U.F, que sais-je, 3éd, 1982
7. J.BASTIN, La défaillance de paiement et sa protection, l'assurance-crédit. L.G.D.J, 2éd. 1993.
8. J.P DESCHANEL et L.LEMOIN. L'affacturage. Que sais-je ? PUF, 2éd, 1997.
9. J.P DESCHANEL, Délais de paiement : crédit interentreprises relais par les établissements de crédits: de l'escompte à l'affacturage. P. A Juillet 1996.
10. J-P LE GALL, Le droit commercial, Dalloz ,11éd,1997.
11. K. KHAROUBI, Le contrat d'affacturage et le droit des procédures collectives, LPA 6 févr. 1985.
12. Lamy Droit du Financement, Article Affacturage, 3015,2003.
13. M. KAISSI, Droit des affaires « Business Law », librairie juridique Al halabi, 3 ed, 2001.
14. M. REVERS-CADORET, Le factoring, une nouvelle méthode de crédit, DUNOD, 1969.
15. P.JUDE, Technique et pratique du factoring, édition banque, 1984.
16. R. SAVATIER et J. SAVATIER et J-M. LELOUP, Droit des affaires, éd Sirey, Paris.
17. RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, Le droit bancaire, Dalloz, 6éd, 1995.
18. W. PISSOORT, Initiation au droit commercial international, Decker, 2004.

B. En langue arabe:

1. علي جمال الدين عوض، الاعتمادات المصرفية وضماناتها، دار النهضة العربية القاهرة، 1994.
2. هشام فضيل، عقد شراء الحقوق التجارية، دار النهضة العربية القاهرة، 1997.

IV. THESES ET MEMOIRES:

A. En langue française:

1. F. LEPLAT, La transmission conventionnelle des créances, thèse de doctorat, Université Paris X Nanterre, 2000.
2. J. MESTRE, La subrogation personnelle, thèse, LGDJ, 1979.
3. N HENNI, Audit sur l'exécution de la dépense, diplôme de poste graduation spécialisé, Université d'Oran, 2008.
4. P. MARAZZATO, L'affacturage international et la convention d'Ottawa, Université René Descartes Paris v, 1998.
5. R-A. BENA, l'affacturage, D.E.A. de Droit privé, université Robert Schuman-Strasbourg-, 2005.
6. S. LE PROVOST et E VIVIEN, Le transfert du risque client, DESS finance d'entreprise, Université de RENNES 1, 2001.

B. En langue arabe:

1. محمودي بشير، دراسة القانونية لعقد تحويل فاتورة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2001.

V. Article, chronique et observations:

A. En langue française:

1. A. DEL POZO, La gestion du poste client, Dossier spécial conseil et audit, 2007.
2. A. DEUKEUWER, les mobilisations de créances fictives à l'épreuve des qualifications, JCP, Ed, E1995, Fasc 451.
3. A. D AOUED, Avantage de l'affacturage, RASJEP, N°1, 2002.
4. ANSALONI, Affacturage, JCP E30, 2006, n°2698.
5. A. REZOUALI, Marché financier: une nouvelle société de leasing s'implante à Alger », El watan, lundi 16 janvier 2006.
6. A. ZENNER, Le cadre juridique du factoring, Centre d'études bancaires et financières, mai 1972.

7. B.DHAEYER, le contrat de factoring, R.J.T, 1974.
8. Ch. GAVALDA, Factoring, RTD Com, 1973.
9. Ch. GAVALDA, Le factoring est une formule très moderne de financement du type crédit-fournisseur, mais c'est aussi et (peut être) surtout une technique évoluée de gestion commerciale, RTD Com, 1982.
10. Ch. GAVALDA, Perspectives et réalités juridiques de la convention dite d'affacturage, JCP, 1989, fasc. 15579.
11. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, La loi bancaire du 24 janvier 1984, J.C.P 1984, Fasc 14379. intérêt
12. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, Le contrat dit de factoring, JCP 1966, n°2044.
13. Ch. GAVALDA; Revue de jurisprudence Commercial 1968.
14. Chronique du droit bancaire, J.C.P 1983, ed.CI, II14001.
15. Ch.GAVALDA et J.STOUFFLET, chronique de droit bancaire.JCP.1983. 14001 la décision du 23/1/1970 note Ch. GAVALDA ; R.T.D. Com., 1971.
16. Ch. GAVALDA, affacturage, Banque 1985.
17. Ch. GVALDA, Affacturage, Dalloz, Droit commercial, 1996.
18. Ch. GVALDA, Affacturage, Dalloz, Droit commercial, 1998.
19. D. DARNE, Affacturage, vers une offre sur mesure et transfrontière, Banque magazine, févr. 2001.
20. D. LEGEAIS, Affacturage, JurisClasseur Com, Fasc361, 2006.
21. D. LEGEAIS, Affacturage, Jurisclasseur Com, Fasc361, 2007.
22. Dalloz, Droit commercial, v' compte courant, n°13 à 159.
23. D .VALETTE, La nature complexe du contrat d'affacturage, Juris classeur banque et crédit, fasc500, n°79.
24. EDWIN MASIMBA MOYO, Séminaire sur la Diversification et le Développement du Secteur Horticole en Afrique, CNUCED-GENEVE-, Février 2001.
25. E.-M. Bey, Les tiers dans la complexion de l'affacturage : RJDA 3/1994.
26. F.G. SOLE, The principal aspects of cross-border factoring, Intervention aux 4èmes journées européennes de la Banque à Chambéry les 30 et 31 mai 1996.
27. G. ROUYER ET A.CHOINEL, la banque et l'entreprise, la revue banque éditeur, Paris, 1998.
28. G. DE SUSANNE, Maîtriser les risques de l'affacturage, revue banque, du juillet 1993.
29. G. DE SUSANNE, Affacturage : les contraintes induites par les différentes réglementations des pays européens, Banque, nov. 2001.
30. H. CABRILLAC, Des garanties et sûretés en matière d'opérations de crédit, J.-Cl. Banque et Bourse, fasc. 36.

31. H.DORBES, Comment maîtriser le risque client ?, Gestion d'entreprise, décembre2004.
32. J-I GUILLOT et S.FAYNER, La revue bancaire, février 2007, n°688.
33. J. MEUTERMANS, La pratique du factoring, Revue de la Banque, 1969.
34. K. SOUTAFFI, The role of factoring in financing UK SMEs, 28th July, 2000.
35. Lamy financement, Fascicule Affacturage n°2882.
36. LA LETTRE DE L'ASF N°106 - MARS / AVRIL 2004.
37. le MOCI, Finance et Assurance, N1649, du 6 Mai 2004.
38. L-E SUSSFELD, Le factoring, Paris, Presses universitaires de France, 1968.
39. M. BENHAMOUDA, Avantage de l'opération d'affacturage, R A S J E P, 2002, n° 07.
40. M. VIVIAN, convention du croire, Jurisclasseur « contrat distribution », 1988, fasc 955.
41. M. BENHAMOUDA, Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, numéro 07, année2002, faculté des sciences économie – université d'Alger.
42. M.-N JOBARD-BACHELLIER, Existe-t-il encore des contrats réels, R.T.D.C, 1985.
43. Med TERFOUS, Le jour d'Algérie, le 17/11/2007.
44. P. HENRI SCACCHI et S GRUBER, Les risques s'accroissent de l'affacturage, revue banque, février 2002.
45. Ph. PENCRECH et A ALLOUCHE - Slifac (groupe Crédit Lyonnais).
46. P. et Y LA FUR, l'affacturage est- il sorti du guetto, lettre vernimmen, mai 2005.
47. R. ZOUAIMIA, Remarque critiques sur la technique du factoring en droit algérien, R A S J E P, n°01, du 01/2007.
48. R. LALLEMENT, Affacturage, J.C.com, (Banque et crédit) 1991 Fasc.580.
49. R. BONHOMME, Affacturage, mai 2006 Dalloz 2008.
50. S. MANZANERA. L'affacturage. Rev.Banque, N594, juillet 1998.
51. Req., 6 mars 1939, Gaz. Pal. 1939. Juris.803.
52. VANDEPUTTE, L'octroi des sûretés sur les actifs fixes des entreprises, Rev de la Banque, 1966.

B. En arabe :

1. عمر زاهي، إدراج المرسوم التشريعي رقم 08/93 المتمم والمعدل للقانون التجاري مع الاقتصاد الحر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية رقم 1 سنة 1995

VI. Articles pris par les sites internet :

- a. www.affectassur.com.
- b. [THIBERGE](#) dans management le 25 juillet 2007. Voir le site www.cultureco.com .
- c. www.dictionnaire-juridique.com
- d. M. EKELMANS, RDC-TBH-2006_9, 2006. Voir le site www.dipulb.be .
- e. www.google.fr
- f. www.joradp.dz
- g. www.journa-officiel.gouv.fr
- h. www.jurisprudentes.org.
- i. www.legalis.net
- j. www.legifrance.gouv.fr
- k. www.lextenso.fr
- l. www.lextinter.fr.
- m. www.mapiaule.com
- n. Murielle CAHEN, Le recouvrement des créances: modes et procédures, Thème Commercial & Sociétés 16 juin 2003. Voir le site www.net-iris.fr .
- o. La réduction du risque-client par recours a des partenaires externes. Voir le site www.olegturceac.com .
- p. Yves LE MESTRIC, L'affacturage, mercredi 25 octobre 2006 à 13:24. Voir le site www.proinfoservice.com .
- q. www.winképidia.fr.

LA LISTE DES FIGURES

Figure 1 : deux schémas montrant les différentes étapes de l'opération d'assurance-crédit.

Figure 2: Un schéma définit l'opération du forfaitage.

Figure 3 : Ce schéma explique les relations entre les différentes parties.

Figure 4: L'opération d'affacturage international.

Figure 5 : L'audit préalable des clients dans les contrats

Figure 6: Des systèmes d'information adaptés à l'affacturage.

Figure 7 : Schéma expliquant le contrat d'affacturage avec un contrat de sous-traitance

Table des matières

INTRODUCTION GENERALE	1
TITRE 1 : NOTION ET FORMATION DE LA CONVENTION D’AFFACTURAGE	7
Chapitre 1 : le concept juridique de la convention	8
Section 1 : définition et caractéristiques de la convention	9
S/section 1 : définition	9
S/section 2 : les caractéristiques de la convention d’affacturage	17
A. Contrat d'adhésion	18
B. Contrat a exécution successive	20
C. Contrat à titre onéreux	21
D. Contrat synallagmatique	22
E. Intuitu personae	26
F. Un contrat global et un contrat exclusif	27
G. Contrat innomé, "sui generis"	27
H. Un contrat commercial	28
I. Un contrat d’assurance	28
Section 2 : la distinction de l’opération d’affacturage avec les autres opérations connexes	28
S/section 1 : Assurance crédit et l’affacturage	29
A. Les points communs entre l’affacturage et l’assurance-crédit	31
B. Les différences entre l’affacturage et l’assurance-crédit	33
S/section 2 : Le forfaiting et l’affacturage	37
A. Les différentes étapes du forfaiting	37
B. La comparaison entre affacturage et le forfaiting	39
I. Les points communs entre l’affacturage et le forfaiting	39

II. Les différences entre l'affacturage et le forfaiting.....	40
S/section 3 : l'escompte.....	41
A. Les points communs entre l'affacturage et l'escompte.....	42
B. Les points communs entre l'affacturage et l'escompte.....	43
S/section 4 : la cession dailly et l'affacturage.....	45
A. Définition.....	45
B. La comparaison entre affacturage et La cession Dailly.....	46
I. Les points communs entre l'affacturage et la cession dailly	47
II. Les points communs entre l'affacturage et la cession dailly	48
S/section 5 : le mandat et l'affacturage.....	49
A. La comparaison entre affacturage et le mandat.....	51
Chapitre 2 : conditions et fondement juridique du contrat.....	52
Section 1 : les conditions de la convention d'affacturage.....	52
S/section1 : les participants au contrat d'affacturage. Ou le caractère tripartite de l'opération.....	53
A. Les conditions lié à l'adhérent	55
I. Les caractéristiques générales	55
II. Motivations particulières.....	59
B. Les conditions lié à l'affactureur	60
C. Les conditions lié au débiteur.....	63
D. Les conditions lié à la créance.....	64
S/section 2 : l'affacturage dans le cadre international	65
Section 2 : le fondement juridique du transfert des créances	69
S/Section 1 : La novation et la délégation.....	70
S/Section 2 : La cession de créance.....	72
S/Section 3 : L'endossement de la facture.....	75

S/Section 4: La subrogation conventionnelle.....	76
S/Section 5 : la cession et la subrogation.....	81
TITRE 2: EFFETS ET EXTINCTION DE LA CONVENTION D’AFFACTURAGE.....	84
Chapitre1: Les effets de la convention d’affacturage.....	85
Section 1 : Les rapports entre les parties.....	85
S/Section 1 : Les rapports entre factor et l’adhérent.....	86
A. Les différents types du contrat d’affacturage	86
I. Les types de contrat selon la fonction	87
II. Les types de contrat selon le secteur d’activité	91
B. Les garanties du recouvrement.....	96
I. Les sûretés réelles	97
II. Les sûretés personnelles	101
C. Le principe de globalité et d’exclusivité	109
S/Section 2 : Les rapports entre factor et débiteur.....	112
A. La notification du débiteur	112
Section 2: les obligations.....	116
S/Section 1 : Les Obligations de l’adhérent	117
A. Transfert des créances	117
B. Paiement des commissions.....	122
C. Le dépôt de garantie.....	125
S/Section 2 : les obligations du factor	126
A. Remboursement des factures.....	129
B. Le risque de non paiement.....	135
I. La gestion du poste client	135
II. La garantie contre le risque d’impayés	137
C. Irrévocabilité de l’affactureur contre l’adhérent.....	145

S/section 3 : Obligations du débiteur	148
A. Les différentes mesures de recouvrement	150
I. Le recouvrement amiable	150
II. Le recouvrement judiciaire.....	151
B. Concours de l'affacteur avec d'autres créanciers de l'adhérent.....	154
I. le Concours de l'affacteur avec le sous traitant.....	154
II. le Concours de l'affacteur avec un autre affacteur ou banque.....	158
C. Les oppositions du débiteur	159
I. L'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat de vente.....	160
II. La prescription.....	162
III. La compensation.....	164
Chapitre 2 : L'extinction de la convention d'affacturage.....	169
Section 1 : La résiliation du contrat d'affacturage.....	169
S/ section 1 l'action de résolution contre le débiteur.....	173
Section 2 : La faillite et le redressement.....	174
S/Section 1 : La défaillance de l'adhérent.....	174
S/Section 2 : La faillite du débiteur.....	179
S/Section 3 : Le concours de l'affacteur avec le créancier saisissant.....	181
S/Section4 : Le concours de l'affacteur avec le syndic de redressement judiciaire et de la faillit.....	182
Section 3 : Effets engendrés par la résiliation.....	184
CONCLUSION GENERALE.....	187
BIBLIOGRAPHIE.	
LA LISTE DES FIGURES.	
TABLE DE MATIERES.	

Résumé

L'Affacturage est une opération de gestion financière par laquelle, dans le cadre d'une convention, un organisme spécialisé gère les comptes clients d'entreprise en acquérant leurs créances, en assurant le recouvrement pour son propre compte et en supportant les pertes éventuelles sur les débiteurs insolvables. Ce service est rémunéré par une commission. La technique de l'affacturage repose ainsi sur la cession par un vendeur de ses créances nées des relations commerciales avec son acheteur. L'affacturage a longtemps souffert en France (jusqu'à la fin des années 1985/86) d'une mauvaise image dans le sens où les entreprises y recourant étaient en mauvaise santé financière. De plus, à l'exportation, l'absence d'abord, puis la méconnaissance du cadre réglementaire n'était peut-être pas étrangère à la faible utilisation de l'affacturage international. C'est dans ce contexte que l'on peut parler de rôle croissant de l'affacturage dans les relations commerciales modernes et démontrer pourquoi cette formule intéressante séduit bon nombre d'entreprises nationales et internationales. Cette technique de financement mérite toutefois d'être développée afin de déterminer sa nature complexe dans le domaine juridique comparé. La France a autorisé l'approbation de la convention d'Ottawa par une loi du 10 juillet 1991 (publiée au JO le 12), et la convention est entrée en vigueur le 1^{er} mai 1995. Quant au législateur algérien, celui-ci a adopté l'affacturage par le décret 93/08 et le conseil national de l'économie et social a fait référence à l'affacturage international en novembre 2000. Pourquoi l'affacturage s'est-il imposé comme une technique utile et efficace dans les opérations commerciales et de financement ? Quel est son fonctionnement ? Quel est le mécanisme utilisé pour le transfert des créances ? Quelles sont les obligations découlées de cette opération ? Quelles sont les modalités d'extinction ainsi que leurs effets ? En partant de ces problématiques et aux données réglementaires et les études des différents auteurs, nous allons essayer de développer l'opération d'affacturage sous deux parties, tout en se basant essentiellement sur les droits algérien et français. Dans le cadre de notre propos, on se consacrera, dans la première partie, une étude basée sur la notion de cette convention ainsi que sur sa formation. La deuxième partie sera consacrée aux effets et l'extinction de la convention d'affacturage.

Mots Clés :

L'Affacturage; Convention de l'affacturage; Gestion financière; Assurance-crédit; Forfaiting; Escompte; Cession Dailly; Recouvrement; Débiteur; Créanciers.