

L'externalisation du traitement de l'impayé

369. Malgré l'initiative prise par le législateur Marocain pour promouvoir la cession des créances professionnelles à l'exemple de la cession des créances par bordereau Dailly en France, à travers le code de commerce⁵⁰¹, celle-ci reste peu utilisée étant considéré que le cessionnaire doit obligatoirement être un banquier. Cependant, si au Maroc la pratique de l'externalisation de l'impayé en général est encore peu répandue, en France, le législateur et les acteurs économiques étaient en quête d'un moyen de protection efficace contre la défaillance de paiement⁵⁰².

370. En effet, le développement des techniques d'externalisation du traitement de l'impayé a coïncidé avec la baisse du contentieux de l'impayé en France, qui n'était point le fruit du hasard. Bien au contraire, la défaillance des débiteurs en constante progression était un effet incitatif pour chercher un moyen de prévention permettant d'intervenir préalablement à cette défaillance. Les banques, confrontées à une explosion du contentieux de l'impayé, ont mis en place des stratégies tendant à limiter le recours à la justice étatique et aux mesures exécutoires pour le recouvrement de leurs impayés⁵⁰³. Ayant la certitude que la voie judiciaire ne protège pas assez leurs intérêts : inefficacité, favoritisme et décisions défavorables aux banques, mais aussi un temps judiciaire estimé long et qui se concilie très mal avec les nouvelles exigences comptables des banques en France⁵⁰⁴, ont suscité du point de vue des banques une diminution des chances de succès judiciaire, et par voie de conséquence, un sentiment de méfiance vis-à-vis de l'institution judiciaire⁵⁰⁵. Ce sentiment s'est aussi développé chez d'autres créanciers qui luttent en permanence contre le fléau de l'impayé, et qui n'ont tendance aujourd'hui à emprunter la voie judiciaire qu'en dernier recours.

En outre, l'intervention du législateur Français à l'avantage du débiteur, toujours en vue de réaliser une justice sociale avec sa nouvelle conception, a excité vraisemblablement à l'apparition et au développement des techniques d'externalisation de l'impayé, conduisant à un renversement de tendance vers une externalisation de l'impayé⁵⁰⁶.

⁵⁰¹-la cession de créances professionnelles est régie par les articles 529 à 536 du code de commerce.

⁵⁰²- A. CHATILLON, « La prévention de l'impayé », in *L'entreprise face à l'impayé*, Colloque de l'Université de Toulouse 1, éd. Montchrestien, 1994. p.9.

⁵⁰³- P.ANCEL, op. cit., p.91.

⁵⁰⁴- la comptabilité des banques Françaises (3 mois).

⁵⁰⁵- P.ANCEL, op.cit., p92.

⁵⁰⁶-A. DRIF « Recouvrement : l'externalisation complète gagne du terrain », Les Echos, n° 19909, 30 Avril 2007, p.29.

A cet égard, l'inspiration de la pratique anglo-saxonne en la matière s'est révélée être une démarche importante et fructueuse pour lutter contre l'impayé durant ces deux dernières décennies, puisque sa baisse a coïncidé avec le développement de l'externalisation en France, par ailleurs, on s'intéressera aux techniques qui ont à notre sens le plus contribué à la baisse du contentieux de l'impayé en France, à savoir l'affacturage (**section 1**) et l'assurance-crédit (**section2**).

Section 1 : Le recours à un affacturage structuré

371. Connu dans les pays anglo-saxons, l'apparition de l'affacturage en France est assez récente, car ce mécanisme a été méconnu jusqu'au début des années 60. S'en inspirer était une démarche constructive pour offrir aux entreprises Françaises un moyen efficace de se couvrir contre l'insolvabilité de leurs débiteurs. Etrangement, ce mécanisme n'est pas jusqu'à présent réglementé⁵⁰⁷. Affecté par la bancarisation du droit des obligations⁵⁰⁸, il obéit à l'autonomie de la volonté des contractants et aux principes généraux des obligations, mais l'absence d'une réglementation spécifique de ce procédé n'est pas allée à l'encontre du développement spectaculaire qu'a connu celui-ci, avec la constitution de sociétés importantes qui se sont spécialisées dans ce secteur d'activité⁵⁰⁹, et qui ont su mettre en place des mécanismes juridiques qui s'harmonisent avec l'aboutissement de cette technique. Une croissance qui traduit certes le besoin des entreprises en France de s'adapter aux impératifs d'un marché très concurrentiel et qui requiert une liquidité constante.

A cet égard, la banque de France dans une note d'information a défini l'affacturage comme « *l'opération qui consiste en un transfert de créances commerciales de leur titulaire 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. Le factor peut régler par anticipation tout ou une partie du montant des créances transférées* ».

⁵⁰⁷-hormis l'arrêté du 29 novembre 1973 (JO du 3 janvier 1974) relatif à la terminologie économique et financière qui a traduit en français le terme de factoring par affacturage, et l'article R313-16 du code monétaire et financier qui en fixe les mentions obligatoires devant figurer sur la facture envoyée par l'affactureur, aucun autre texte ou disposition ne régit la matière.

⁵⁰⁸-D. LEGAIS, « Cession de créances, subrogation : comment déjouer les pièges ? », in conférence, *Remboursement des créances : nouveaux enjeux et évolution des techniques bancaires*, 29 mars 1995, p.23.

⁵⁰⁹-les principales sociétés sont regroupées en France au sein de l'association Française des sociétés financières appelée ASF.

372. Au Maroc, ce type de contrat n'est plus innomé, après avoir pratiqué cette technique au seul plan international⁵¹⁰, le législateur a procédé à travers la loi n° 34-03 relative aux établissements de crédit et organismes assimilés à qualifier ce procédé comme étant une opération de crédit sans oublier de lui attribuer une définition : « *est la convention par laquelle un établissement de crédit s'engage à recouvrer et à mobiliser des créances commerciales, soit en acquérant lesdites créances, soit en se portant mandataire du créancier avec, dans ce dernier cas, une garantie de bonne fin* ».

En revanche, cette technique au Maroc demeure embryonnaire⁵¹¹, et n'a pas satisfait les attentes et perspectives du législateur ni tous les acteurs économiques qui pourraient y recourir. Car, la majorité des entreprises estime que ce service reste excessivement onéreux⁵¹² et impropre à la culture des entreprises marocaines.

En dépit de l'absence d'une réglementation propre à cette pratique en France, cette technique, grâce aux règles d'usage et à la jurisprudence, s'est constituée. Il s'agit d'un mécanisme qui adhère à un régime juridique propre et qui le caractérise (p.1), avec aussi l'incorporation d'autres mécanismes juridiques, et a servi vraisemblablement à influencer sur le contentieux de l'impayé en France.

Néanmoins, cette technique de mobilisation de créances se heurte à quelques difficultés juridiques quant à son exécution (p.2) tandis qu'au Maroc rien ne s'oppose à cette pratique sur laquelle la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée, ce qu'il convient d'explorer.

Paragraphe 1 : Le régime juridique de l'affacturage

373. Après que des supports juridiques comme la cession de créance, ou cession de créance par bordereau « Dailly », ou encore la délégation se sont avérés inefficaces et inappropriés à ce mécanisme, eu égard à la lourdeur du formalisme qui en découle, la technique de l'affacturage a emprunté en France ainsi qu'au Maroc la voie de la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris*, conformément aux articles 1250 et 212 du code civil et du dahir des obligations et contrats respectivement, et dont la validité de l'utilisation relative à ce support a été consolidée en France par la jurisprudence⁵¹³.

⁵¹⁰-c'est en vertu de la circulaire n°1613 que les exportateurs peuvent conclure des contrats avec des affactureurs.

⁵¹¹-en 2010, seulement deux sociétés au Maroc opéraient dans l'affacturage, avec des chiffres dérisoires réalisés tout au long de leur présence sur le marché. Voir dans ce sens, le rapport annuel de Bank almaghrib sur le contrôle, l'activité et les résultats des établissements de crédit, 2010, p36, 110, 114, et 117.

⁵¹² - M.MOUNADI, « Factoring: Le Maroc encore à la traîne », l'économiste, édition n° 3056 du 29 juin 2009.

⁵¹³-Cass.com., 21 novembre 1972, n° 71-13.170, Bull. des arrêts cour de cassation, chambre commerciale, n°296, p.277.

374. Quant à la nature juridique du contrat d'affacturage, outre son caractère innomé en France du fait qu'il n'existe aucune définition légale de ce procédé, ce contrat se conclut à titre onéreux. Il est synallagmatique étant donné qu'il crée des obligations réciproques à l'égard des parties. Il repose également sur l'intuitu personae, toutefois, les auteurs s'opposent quant à la qualification de ce contrat comme d'adhésion ou de gré à gré⁵¹⁴.

En effet, des auteurs⁵¹⁵ considèrent que ce contrat est d'adhésion dans la mesure où l'affactureur peut imposer à l'entreprise adhérente des clauses restrictives comme par exemple la clause d'exclusivité par laquelle l'affactureur contraint l'adhérent à lui transmettre l'ensemble de ses créances et à ne pas recourir à un autre affactureur. D'autres auteurs⁵¹⁶ considèrent que ce contrat peut être qualifié comme étant de gré à gré, du fait que les conditions générales du contrat d'affacturage diffèrent d'un affactureur à l'autre, et les parties peuvent négocier les différentes clauses du contrat.

Par ailleurs, l'usage courant de l'affacturage et quelques dispositions légales ont permis en France d'établir des conditions auxquelles il faut répondre pour que ce contrat soit valable, afin d'examiner ensuite les principales caractéristiques qui permettent de distinguer ce contrat (A). Il conviendrait alors de mettre l'accent sur les effets engendrés par le contrat de l'affacturage à l'égard de tous les protagonistes, son véritable impact sur le contentieux de l'impayé en France (B).

A- Les conditions et les caractéristiques du contrat d'affacturage

375. Outre les conditions prévues par l'article 1250 du code civil relatif à la subrogation conventionnelle, l'affactureur comme l'entreprise adhérente doit se conformer aux conditions légales et d'usage pour que l'opération soit qualifiée d'affacturage(1), cette qualification est déterminée par des caractéristiques assez particulières (2).

1- Les conditions de validité de l'affacturage

376. L'article 1250 du code civil stipule que la subrogation est conventionnelle : « *lorsque le créancier recevant son paiement d'une tierce personne la subroge dans ses droits, actions, privilèges ou hypothèques contre le débiteur : cette subrogation doit être expresse et faite au même temps que le paiement.* »

⁵¹⁵ - E.PERROU, *op.cit.*, p.387, note n° 37.

⁵¹⁶ -A.MUSSO., *Les difficultés d'exécution des mobilisations de créances*, thèse Nice, décembre 2000, p.10.

Subséquentement, pour que la subrogation soit valable et opposable aux tiers, il faut que celle-ci remplisse deux conditions, à savoir, présenter un caractère expresse, ainsi que devoir être effectuée au moment même du paiement.

Autrement dit, la « subrogation » doit être mentionnée formellement dans le contrat, avec une date certaine⁵¹⁷. C'est la volonté de la subrogation qui se traduit dans la quittance subrogative remise par l'adhérent (l'entreprise) à l'affactureur, mais cette condition ne fait pas obstacle vu que les contrats préparés par les sociétés d'affacturage mentionnent une promesse de subrogation.

377. En outre, la subrogation doit intervenir concomitamment au paiement, étant considéré que la quittance subrogative ne constate pas seulement le paiement, mais un véritable transfert de la créance.

Pour ce faire, les sociétés d'affacturage optent, généralement dans le cadre de la convention d'affacturage signée entre elles et l'entreprise adhérente, pour la réservation d'un compte courant destiné à toutes les opérations dans ce contexte, c'est-à-dire le paiement sur ce compte de l'ensemble de leurs créances réciproques résultant de la convention d'affacturage pour être conforme à cette condition exigée par le code civil. L'inscription sur ce compte courant vaut paiement⁵¹⁸, ce qui permet d'ailleurs aux affactureur de recourir à la contrepassation par le biais de ce compte courant⁵¹⁹. Conséquemment le caractère concomitant de la subrogation se manifeste à partir du moment où l'affactureur réalise une inscription sur le compte courant, postérieurement à la réception de la quittance subrogative.

Telles sont les conditions de l'affacturage qui s'incarnent dans le support de la subrogation conventionnelle. Une fois remplies ces conditions, ladite subrogation devient de plein droit opposable aux tiers, cependant, d'autres modalités pratiques et légales doivent être respectées préalablement à la réalisation de la subrogation.

378. En effet, l'affacturage est une opération de mobilisation de créance réservée uniquement aux créances commerciales à court terme⁵²⁰, corollairement, l'affactureur a

⁵¹⁷-la cour d'appel d'Aix-en-Provence avait rejeté une quittance subrogative qui ne portait aucune date, de même, la concomitance de la subrogation et du paiement n'était pas établie, CA Aix-en-Provence, 7 mai 2002, *DMF.*, 2002, p.830.

⁵¹⁸-Cass. Com., 20 janvier 1998, n°96-13.584.

⁵¹⁹-*supra* 36 et s.

⁵²⁰-en général la mobilisation de la créance est de 30 à 90 jours, cela peut aller jusqu'à 180 jours, V., S.STANKIEWICH, *La couverture du risque par les contrats d'assurance-crédit et d'affacturage*, mémoire, Université de droit et santé de Lille, p.17.

affaire à des entreprises de toute taille, ce qui exige de ce dernier une constante vigilance à l'égard de ces contractants relativement aux informations fournies par ceux-ci, pour lui permettre d'évaluer méticuleusement les risques de l'opération et les conséquences qui en découleront. De cette manière, le choix du partenaire par la société d'affacturage est une condition déterminante pour l'établissement de ce contrat, ce qui attribue à ce contrat le caractère d'*intuitu personae*.

A vrai dire, ces informations doivent porter essentiellement sur la forme juridique de l'entreprise, son secteur d'activité, son chiffre d'affaires, le type de facilités accordées à ses clients, les pertes résultant des défaillances de ses clients antérieurement, ainsi que des informations sur ses débiteurs. En revanche, une mauvaise appréciation du risque par l'affactureur ou la communication d'informations erronées par l'entreprise adhérente peuvent occasionner des difficultés considérables. L'affactureur devra alors faire face à des créances litigieuses ou fictives qu'il ne pourra pas recouvrer. Dans ce cas de figure, l'affactureur ne disposera que d'une action en répétition de l'indu contre l'entreprise adhérente pour la restitution des fonds avancés, et l'adhérent peut voir sa responsabilité pénale engagée pour manœuvres frauduleuses⁵²¹.

En l'occurrence, si le partenaire (l'entreprise adhérente) remplit les conditions requises en pratique par les sociétés d'affacturage, et si les conditions exigées par le code civil relatives à la subrogation conventionnelle sont respectées, l'affactureur est appelé à se conformer aux dispositions du code monétaire et financier pour que l'opération n'entraîne pas d'oppositions d'une partie ou d'une autre.

À ce titre, le code monétaire et financier cite explicitement l'affacturage dans l'article R 313-16, en vertu duquel il exige de la société d'affacturage – dans le cadre de la notification au débiteur cédé par la cession de créance – de faire apparaître certaines mentions obligatoires sur la facture afférente à la créance qui lui a été cédée⁵²².

Cependant, cet article ne sanctionne pas la transgression de cette disposition par la société d'affacturage qui ne procède pas à l'information du débiteur cédé par les moyens édictés par ledit article, ou par n'importe quel autre procédé. Nonobstant, le paiement du débiteur cédé demeure valable et libératoire tant que ce dernier n'en est pas informé par

⁵²¹-le responsable de cette appropriation frauduleuse peut être poursuivi pour faux et usage de faux, et escroquerie, mais la cour d'appel d'AIX-EN-PROVENCE n'a pas retenu la responsabilité d'une personne qui a produit de fausses factures à une société d'affacturage en vue de l'escroquer, et qui a invoqué en instance la faute de la société d'affacturage, qui avait eu une attitude négligente dans la vérification de l'authenticité des certificats et factures, C.A., Aix-En-Provence., 5^{ème} ch., 16 novembre 2005, jurisdata n°297-691.

⁵²²-la facture envoyée au débiteur cédé doit mentionner : 1- Le nom de la société d'affacturage, comme suit : La créance relative à la présente facture a été cédée à... dans le cadre des articles L. 313-23 à L. 313-35 du code monétaire et financier, 2- Le mode de règlement, comme suit : Le paiement doit être effectué par chèque, traite, billets, etc., établis à l'ordre de (nom de la société d'affacturage ou de son mandataire)... et adressés à... ou par virement au compte n° ... chez ...

l'affactureur⁵²³, s'il est informé à travers les mentions figurant sur les factures envoyées par l'affactureur, son paiement effectué entre les mains de son créancier initial n'est pas libératoire, et devra payer une seconde fois l'affactureur⁵²⁴.

2- Les caractéristiques du contrat d'affacturage

379. Certes, les usages et les coutumes de cette pratique en France ont servi à particulariser ce mécanisme, qui désormais dispose de caractéristiques qui lui sont propres⁵²⁵, développées à travers les conditions générales de l'affacturage et les contrats signés entre les parties. L'absence de l'une de ces caractéristiques essentielles peut donner au contrat d'affacturage une autre qualification.

Tout d'abord, le contrat d'affacturage doit porter sur la globalité, si l'une des missions principales de l'affactureur consiste à protéger l'adhérent contre l'insolvabilité des débiteurs⁵²⁶, le factor doit se procurer l'ensemble des créances de l'adhérent. Aussi, toutes ses créances doivent être considérées par le contrat d'affacturage, ou une catégorie prédéfinie de créances, en fonction de l'une des branches d'activité de l'adhérent par exemple, ou alors il peut s'agir de créances nées dans un rayon géographique déterminé, comme une ville ou une agglomération car la globalité demeure un élément déterminant pour tenir l'équilibre des opérations d'affacturage et afin que l'affactureur ne se risque pas uniquement dans les créances douteuses ou litigieuses, afin de pouvoir compenser les risques et fixer le taux de commission sur cette base. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les affactureurs insèrent généralement une clause d'exclusivité dans le contrat, soumettant l'adhérent à présenter l'ensemble des créances à un seul affactureur, le cas échéant, l'entreprise peut obtenir une autorisation du factor pour en négocier certaines avec une autre société d'affacturage.

En revanche, on peut affirmer qu'en l'absence d'une telle caractéristique dans le contrat d'affacturage, l'opération perdra sa qualification, et l'adhérent ne sera que face à un service ponctuel de recouvrement ou de crédit à court terme.

⁵²³-le débiteur peut s'appuyer sur la théorie de l'apparence qui prend son fondement de l'article 1240 du code civil.

⁵²⁴-Cass. Com., 14 mars 2006, n°04-17.594.

⁵²⁵- M. GREGOIRE, « L'affacturage », in *La prévention de la défaillance de paiement*, Actes du 2^{ème} congrès Sanguinetti 1998, J. Bastin (sous la direction) Larcier, Bruxelles, 2000, p.296.

⁵²⁶-article premier de la convention d'Unidroit sur l'affacturage international, 28 mai 1988, ratifiée en France le 23/09/1991.

380. Deuxièmement, ce contrat repose sur la sélectivité, un principe selon lequel l'affactureur est libre de choisir certaines créances, et d'en rejeter d'autres, c'est un pouvoir dont dispose le factor en vertu du contrat d'affacturation signé avec l'adhérent, et à travers lequel il peut sélectionner les créances qu'il estime être en adéquation avec sa prise de risque, et ce en fonction du degré d'incertitude de la créance⁵²⁷.

C'est ce pouvoir en question qui permet de distinguer le contrat d'affacturation d'autres contrats qui sont similaires ou ont des caractéristiques communes⁵²⁸. Cela permet également au factor de donner son approbation ou non pour payer les factures transmises par l'adhérent selon les modalités convenues avec lui, soit facture par facture, soit par client.

Pour ce faire, l'adhérent est obligé contractuellement de transmettre avec les factures toutes les pièces justificatives de nature administrative, comptable ou commerciale, d'une manière à lui permettre d'évaluer les risques et pouvoir approuver les factures qui lui correspondent et désapprouver les autres. Cependant, si le factor manifeste son approbation, il doit garantir la bonne fin de l'opération et ne pourra réclamer aucunement à l'adhérent le défaut de paiement du débiteur et assure alors seul le risque de défaillance de ce dernier.

381. Toutefois, le factor peut procéder à tout moment à la suppression de l'approbation sans que sa responsabilité soit engagée, ou que cela puisse causer un préjudice à son adhérent, même si le contrat d'affacturation est à durée indéterminée, il peut le résilier moyennant un préavis qui est généralement de 3 mois.

Il convient de souligner que ces caractéristiques relèvent des règles d'usage en matière d'affacturation, or la modification de ces caractéristiques en diminuant par exemple les pouvoirs de l'affactureur ou toute autre modification qui porte sur la substance de l'opération peut entraîner indubitablement une dénaturation du contrat d'affacturation.

Subséquentement, si la convention d'affacturation répond aux caractéristiques et aux conditions légales susmentionnées, elle produit des effets à l'égard des parties comme à l'égard des tiers.

⁵²⁷-en pratique, il existe quatre types de créances classées en fonction du degré d'incertitude lié à la créance cédée : les créances sûres, cédées entre 90 et 95% de leur valeur nominale, les créances dont le remboursement ne semble pas compromis, cédées entre 70 et 90% de leur valeur nominale, les créances dont les chances de remboursement sont atteintes, cédées entre 25 et 70% de leur valeur nominale, et enfin les créances envers des entités en difficultés, cédées inférieurement à 25%. Voir dans ce sens, « La prévention de la défaillance de paiement », Actes du 2^{ème} congrès SANGUINETTI 1998, sous la direction de J.Bastin, éd.Larcier,2000, p.299.

⁵²⁸ - à titre d'exemple l'assurance-crédit ou encore la cession de créances par bordereau Dailly

B- Les effets de l'affacturage et son impact sur le contentieux de l'impayé

382. Comme tous les contrats synallagmatiques, ce contrat produit des effets à l'égard des parties contractantes, mais aussi à l'égard du débiteur cédé et des tiers par l'effet de la subrogation conventionnelle(1).

Par ailleurs, l'incidence de ce mécanisme a été d'une importance capitale vis-à-vis du contentieux de l'impayé, qu'il conviendrait d'examiner(2).

1- Les effets de l'affacturage

383. La subrogation conventionnelle confère le droit à l'affactureur subrogé d'exercer tous les droits et actions dont l'adhérent bénéficiait⁵²⁹, à partir de la réception de la quittance subrogative et la réalisation de l'inscription sur le compte courant si c'est le mode de paiement convenu entre les parties. Dès lors la subrogation est opposable au débiteur cédé (a), pour qui, en cas de défaillance, le factor se substitue au créancier afin d'intenter une action en recouvrement à son encontre. Cette opposabilité joue également par rapport aux tiers(b), et sans qu'aucune formalité ne soit accomplie à leur égard.

a- Les effets de l'affacturage à l'égard du débiteur cédé

389. Le débiteur n'est pas partie au contrat d'affacturage, néanmoins ses obligations vis-à-vis du factor résultent de la subrogation, or on peut s'interroger pour se demander si le paiement opéré entre les mains de son créancier initial est libératoire.

En l'occurrence, on peut distinguer deux cas de figure selon lesquels le débiteur n'était par aucun moyen informé de la subrogation, et un deuxième cas de figure où le débiteur en a été informé.

-Le débiteur non informé de la subrogation

390. Le factor ayant négligé d'informer le débiteur cédé à travers les factures et conformément aux dispositions du code monétaire et financier, ou par tout autre moyen, – avant la mise en œuvre de cette disposition –pouvait apporter toutes preuves qu'il avait informé le débiteur cédé. En l'espèce le paiement du débiteur effectué entre les mains de son créancier initial est libératoire⁵³⁰. C'est sur le fondement de l'article 1240 du code civil

⁵²⁹ -H.GUYADER, « Le subrogé est seul titulaire du droit d'agir, le subrogeant en étant dépossédé », *RLDA*, mars 2010, p.21.

⁵³⁰ - en revanche la cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par une société d'affacturage, et a confirmé l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui a considéré qu'un paiement effectué par débiteur cédé entre les mains de son créancier d'origine a été libératoire même s'il en était informé, attendu que l'avis n'était pas apposé d'une

qui protège les débiteurs de bonne foi. Car le débiteur ne connaît qu'un seul créancier, et on ne peut pas lui reprocher de ne pas s'être acquitté auprès d'un nouveau créancier qu'il méconnaît, dans ce cas il appartient à l'adhérent de remettre au factor les sommes payées par le débiteur cédé.

-le débiteur informé de la subrogation

391. Si le factor se conforme aux dispositions du code monétaire et financier et en informe le débiteur cédé, le paiement ne peut être valable que s'il est opéré entre ses mains⁵³¹, et le débiteur cédé pourrait être contraint de payer une seconde fois, mais cette fois-ci entre les mains du factor, en application de la célèbre maxime : « qui paie mal, paie deux fois ». Néanmoins, le débiteur cédé pourrait recourir contre son créancier d'origine par une action en répétition de l'indu au sens de l'article 1377 du code civil Français.

Il convient de souligner que seul le factor subrogé pourra recourir en justice contre le débiteur cédé, en cas de sa défaillance, à moins qu'il se fasse assurer lui-même contre l'insolvabilité de ce dernier par le biais d'une assurance-crédit. En l'occurrence c'est l'assureur-crédit qui se substitue au factor dans ses droits et privilèges au moyen d'une subrogation légale.

b- Les effets de l'affacturage à l'égard des tiers

392. En principe, la subrogation conventionnelle une fois réalisée entre le factor subrogé et le créancier subrogeant devient opposable aux tiers, sans que l'une des parties soit obligée de procéder à une quelconque formalité préalable, néanmoins, l'affacturage peut poser en pratique des difficultés entre le factor, et d'autres personnes qui peuvent disposer elles-mêmes d'un droit sur la créance affacturée. L'ensemble des difficultés rencontrées n'est abordé par aucune réglementation ou texte, et seule la jurisprudence et la pratique ont pu y répondre⁵³².

2- L'impact de l'affacturage sur le contentieux de l'impayé

393. L'utilisation à bon escient et l'efficacité de ce procédé ont donné naissance en quelque sorte à une nouvelle approche du recouvrement consistant à se couvrir contre l'insolvabilité de son client et qui devient désormais une nécessité impérieuse dans un climat

façon suffisamment apparente dans les factures pour attirer l'attention du débiteur cédé., Cass. Com., 14 octobre 1975, n°74-13.938, Bulletin des arrêts Cour de Cassation, Chambre commerciale, n°232, p.190.

⁵³¹-CA Paris, 17 novembre 1995, D. 1996, jur., p.339, note Dagonne-Labbe, note in *La couverture du risque par les contrats d'assurance-crédit et d'affacturage*, op. cit., p.38. Note n°82.

⁵³²-*infra* 397 et s.

où règne la méfiance, compte tenu des circonstances économiques actuelles. À cet égard, plusieurs facteurs ont vraisemblablement contribué à l'expansion de cette pratique, car l'évolution était remarquablement concomitante de la baisse du contentieux de l'impayé en France.⁵³³

En effet, si cette technique est conçue uniquement pour les entreprises, le contentieux de l'impayé à caractère commercial représente un volume très élevé devant les juridictions commerciales en France, relativement à l'ensemble du contentieux de l'impayé sujet de cette recherche. Cependant, pour se prémunir contre le problème pratiquement insoluble de la défaillance et du recouvrement, dont une société n' est jamais à l'abri, les entreprises préfèrent externaliser leur traitement de l'impayé, toujours dans l'objectif de recouvrer le plus rapidement possible une créance, et sans avoir recours à la justice dans ce contexte, qui ne répond pas en termes de célérité aux intérêts commerciaux et économiques en jeu.

394. Par ailleurs, ces entreprises cherchent le plus souvent à céder leurs créances à des sociétés d'affacturage pour avoir une trésorerie en vue de faire face à leurs charges, moyennant une commission versée au factor. Cependant, celle-ci a considérablement diminué du fait de la concurrence entre les sociétés d'affacturage⁵³⁴ et la demande importante des entreprises qui veulent à travers cette opération se défaire du risque d'insolvabilité des clients et se décharger du recouvrement des créances qui restera une tâche laborieuse, requérant à la fois du temps et le déploiement d'efforts importants par l'entreprise créancière. Cette diminution des commissions d'affacturage⁵³⁵ a rendu cette opération de plus en plus accessible et a incité les entreprises à y recourir massivement⁵³⁶ en réalisant des chiffres en constante hausse ces deux dernières décennies, particulièrement ces trois dernières années⁵³⁷, contrairement au Maroc où cela demeure une prestation trop onéreuse, et qui ne s'adapte pas aux besoins et attentes des PME.

Dans le même ordre d'idées, les banques occupent une place centrale parmi les entités qui recourent fréquemment à ce procédé, ce qui peut s'expliquer par la politique des établissements bancaires consistant à anticiper le risque, et à recouvrer une créance sans

⁵³³-*supra* 189 et s., et 262 et s.

⁵³⁴- le marché Français de l'affacturage se situe au deuxième rang mondial, derrière le Royaume-Uni, avec 15% du marché européen, et 10% du marché mondial. Rapport ASF, 2010, p38.

⁵³⁵- P.ANCEL, op. cit., p.217.

⁵³⁶-en 2008, les clients des sociétés adhérentes à l'ASF est d'environ 30.000 entreprises, soit environ 10% des entreprises Françaises, voir, « La prise en charge de l'impayé contractuel en matière civile et commerciale », CEDCACE et CRIJE, janvier 2010, sous la direction de B.THULIER, L.SINOPOLI et F.LEPLAT, p.129.

⁵³⁷-avec un nombre de clients qui s'élève à 35200 entreprises qui y ont eu recours, avec une hausse de 9,6% sur l'année précédente, 2010 a été l'année la plus importante en termes de chiffre, avec près de 32.900.000 créances prises en charge avec un chiffre de 153,3 milliards d'euros, soit une hausse de 19,4% sur l'année 2009, voir dans ce sens le rapport de l'ASF 2010, p 27 et 28.

faire appel à la justice étatique, eu égard aux exigences comptables qu'elles sont tenues de respecter. En outre, les établissements bancaires préfèrent externaliser le traitement de leur impayé, en cédant leurs créances ou en ayant recours à d'autres techniques similaires plutôt que d'engager des actions en justice pour le recouvrement, particulièrement en ce qui concerne les créances difficiles, ou celles dont le recouvrement est compromis. En effet, recourir systématiquement à des décisions de justice pourrait avoir des répercussions négatives sur l'image et la réputation d'une banque. Car, dans un marché bancaire très concurrentiel, les banques veillent à leur image auprès de la clientèle, afin de préserver leur part de marché, et pour ne pas avoir la réputation d'une banque qui a vision contentieuse du recouvrement, en privilégiant la voie judiciaire et en recourant systématiquement aux tribunaux.

Cette approche s'applique également aux négociations et aux procédures amiables de recouvrement au sein des banques⁵³⁸.

395. Outre ces éléments de nature technique et matérielle, qui ont servi au succès colossal de cette technique, le législateur Français de son côté a incité le recours aux techniques de transmission de créances, en mettant en place une disposition dans le code de commerce qui proscrit à tout professionnel d'interdire au contractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui⁵³⁹. En ce qui concerne une éventuelle interdiction par un contrat ou une clause contractuelle visant à interdire à un contractant de céder une quelconque créance qu'il détient sur lui, le législateur estime que ces clauses et contrats de nature restrictive seront frappés de la nullité. Sans aucun doute, la protection législative de ce procédé a concouru à son expansion, encourageant² les entreprises à y recourir davantage

A fortiori, cette relation de cause à effet entre l'essor de ce mécanisme et la baisse du contentieux de l'impayé en France est très plausible, compte tenu des facteurs qui ont servi à son développement et la concordance chronologique entre les deux phénomènes. On peut néanmoins s'interroger sur la portée globale de cette technique qui consiste en un changement pur et simple de créancier. Comment celle-ci a-t-elle pu diminuer le contentieux de l'impayé devant les juridictions commerciales ?

396. Il faut considérer que ces entités sont dotées d'outils développés pour recouvrer la créance sans avoir besoin de recourir à la justice, qui demeure une dernière alternative, quoique toujours envisageable, car, elles privilégient la voie amiable et les relances systématisées de leurs débiteurs. D'ailleurs ces sociétés se sont spécialisées également dans le recouvrement amiable, et proposent un autre contrat à leurs adhérents, par lequel le factor s'engage à assurer le recouvrement de la créance, en l'occurrence sa commission dépend du résultat obtenu.

⁵³⁸ - P.ANCEL, op. cit., p.213.

⁵³⁹ -c'est l'article 442-6-2-c modifié par la LME et qui stipule : « -Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité : D'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui.

En revanche, l'absence de législation spécifique applicable en matière d'affacturage a laissé apparaître des situations de fait auxquelles le droit n'apporte pas de réponse, telles des difficultés juridiques d'exécution qui peuvent s'opposer à un affactureur et restreindre d'une manière ou d'une autre son droit sur la créance cédée.

Paragraphe 2 : les difficultés juridiques d'exécution de l'affacturage

397. Des difficultés d'ordre juridique peuvent naître à l'issue d'un contrat d'affacturage, l'affactureur qui acquiert la créance d'un créancier subrogeant fait valoir son droit pour se procurer le paiement de la créance auprès du débiteur cédé. Créance née au terme d'un contrat ou d'une obligation quelconque entre le créancier subrogeant et le débiteur cédé. Néanmoins l'affactureur peut être confronté à une insolvabilité du débiteur qui peut se traduire en une procédure collective de celui-ci, en l'occurrence, l'affactureur ne pourra que voir si sa créance est assortie ou non d'une sûreté pour déterminer son rang. Il se contentera de déclarer sa créance au passif et il subira en l'espèce la concurrence d'autres créanciers, et ne pourra pas dans cette situation ouvrir de recours contre son client étant donné que ce dernier garantit la bonne fin de l'opération et l'insolvabilité du débiteur. C'est une situation assez fréquente qui trouve réponse dans le droit des procédures collectives tant en France qu'au Maroc.

En revanche, il existe des cas de figure auxquels un affactureur pourrait être confronté qui résultent essentiellement du dénouement du contrat d'affacturage, et que seule la jurisprudence Française a pu trancher, eu égard au vide juridique qui demeure en la matière. Toutefois, et compte tenu de la récence de l'affacturage au Maroc⁵⁴⁰, ces situations ne se sont pas encore opposées, tout au moins, la jurisprudence n'a pas émis des décisions constantes et abondantes permettant de s'y référer.

En effet, l'affactureur peut se retrouver devant une opposabilité du débiteur cédé (A) qui invoque lui-même des situations de fait ou de droit qui peuvent jouer en sa faveur, et lui permettre de sursoir au paiement de ce qui est dû au créancier, ou encore se libérer totalement.

Au demeurant, l'affactureur peut voir son paiement compromis s'il se trouve face à des tiers ayant eux-mêmes un droit sur la créance affacturée(B). Le législateur Français n'a pas déterminé de primauté entre l'affactureur et les tiers qui disposent d'un droit sur la créance, toutefois des règles jurisprudentielles et de droit commun s'appliquent pour départager ces types de conflits.

⁵⁴⁰ -l'affacturage est apparu au Maroc bien après son apparition en France, la première société d'affacturage a été créée en 1988.

A- L'opposabilité des exceptions par le débiteur cédé

398. L'affactureur peut subir les effets de toutes les oppositions qu'un débiteur aurait pu formuler contre son créancier initial, de cette manière le débiteur cédé peut s'abstenir de régler entre les mains du factor au motif d'un défaut ou d'une mauvaise exécution du contrat à l'origine de la créance (1). Par ailleurs, ce dernier peut invoquer une compensation, si celle-ci remplit les conditions requises(2), en l'occurrence c'est la jurisprudence qui a dit son dernier mot.

1- Les exceptions relatives à la mauvaise exécution du contrat à l'origine de la créance

399. L'affacturage quant à lui se distingue d'autres modes de mobilisation de créances. Ses caractéristiques diffèrent d'autres types de mobilisation de créance, à l'exemple de la cession de créance par bordereau Dailly ou toute autre mobilisation qui requiert l'acceptation du débiteur cédé, le banquier mobilisateur peut se prévaloir du principe de l'inopposabilité des exceptions qui un principe fondamental en matière de cession de créance avec bordereau Dailly, et notamment en matière cambiaire, plus particulièrement par rapport à la lettre de change⁵⁴¹.

En effet le débiteur cédé doit régler à l'affactureur une créance qui était née d'un contrat au terme duquel les parties s'engagent dans un cadre professionnel ou mixte, étant précisé que l'une des parties de ce lien contractuel doit être un professionnel pour que le contrat d'affacturage soit conforme aux conditions de fond. Dans le contexte de la réciprocité contractuelle, l'une des parties doit payer le prix d'un bien vendu ou d'une prestation fournie. Toutefois, ce bien fourni par le créancier peut présenter des vices de nature à altérer l'usage du bien ou de la marchandise, ou d'en déprécier la valeur, ou encore d'autres hypothèses comme la non-conformité de la marchandise ou sa non-livraison. Il peut encore s'agir d'une prestation de service qui n'a pas été exécutée par le créancier initial ou n'ayant que partiellement été exécutée. Dès lors, le débiteur cédé pourrait opposer l'exception de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat à l'origine de la créance. En l'espèce, le débiteur cédé ne peut que partiellement s'acquitter entre les mains du factor si le contrat n'a été exécuté que partiellement, il peut aussi ne pas régler si le contrat n'a pas été exécuté par le créancier d'origine... Il faut par ailleurs que, même si l'exception est apparue postérieurement à la réception de la quittance subrogative par le factor et à la réalisation de l'inscription sur le compte courant, celle-ci puisse être soulevée par le débiteur cédé.

⁵⁴¹-l'article L511-12 du code de commerce français et l'article 171 du code de commerce marocain stipulent : « Les personnes actionnées en vertu de la lettre de change ne peuvent pas opposer au porteur les exceptions fondées sur leurs rapports personnels avec le tireur ou avec les porteurs antérieurs, à moins que le porteur, en acquérant la lettre, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur ».

400. Cette situation peut donc entraîner de sérieuses difficultés au factor, et constitue un véritable inconvénient de ce mode de mobilisation de créances, qui en pratique incite son client à exécuter le contrat à l'origine de la créance, pour pouvoir être payé de son débiteur, le cas échéant, le factor peut engager une action en responsabilité contractuelle contre son adhérent pour une mauvaise exécution du contrat, ou encore se prévaloir des dispositions du code pénal si son client a agi sciemment à son détriment.

Dans le même ordre d'idée, on peut en déduire que le factor est inefficacement protégé, vis-à-vis d'une mauvaise exécution de son client à l'égard du débiteur, inversement au banquier mobilisateur de lettres de change qui peut toujours se prévaloir du principe de l'inopposabilité des exceptions, selon lequel le tiré est interdit d'opposer au porteur les exceptions soulevées d'une mauvaise exécution de l'obligation initiale, même si ce contrat avait déjà pris fin.

Au demeurant, le factor peut être confronté à un autre type d'exception invoqué par le débiteur cédé et qui peut compromettre sérieusement son droit sur la créance acquise.

2- Les exceptions relatives à la compensation

401. Dans une relation d'affaires, le débiteur peut lui-même détenir une créance sur son propre créancier, ce qui lui permet de se libérer auprès de lui par le biais de la compensation si celle-ci remplit les conditions requises par la loi⁵⁴². Reste à savoir si le débiteur cédé dans le cadre d'une convention d'affacturage pourrait se prévaloir de la compensation et refuser de se libérer entre les mains du factor...

En effet, à la différence de la cession de créance par bordereau Dailly pour lequel la loi interdit explicitement au débiteur qui a accepté la cession de créance faite par son créancier à un tiers d'opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant (son créancier)⁵⁴³, cette exception a été conditionnellement retenue par la jurisprudence Française, qui exige la réunion des conditions de la compensation avant la date de la subrogation⁵⁴⁴. Ce fameux arrêt avait confirmé ce principe qui a été posé précédemment par les juridictions de fond, selon lequel le débiteur ne pouvait se prévaloir de la compensation légale à l'égard d'une société d'affacturage en exécution d'un contrat d'affacturage que si la compensation s'est produite antérieurement à la subrogation. Par conséquent, cette exception peut être invoquée par le débiteur cédé du moment que les

⁵⁴²-le code civil Français et le dahir des obligations et contrats édictent la réunion des mêmes conditions pour la compensation, à savoir : la réciprocité des créances, leur caractère fongible, certain, liquide, et exigible.

⁵⁴³ - Entendu au sens de l'article 1295 du code civil Français, ces dispositions ont été appuyées par l'article L 313-29 du code monétaire et financier sont les mêmes dispositions sont prévues par l'article 359 du DOC.

⁵⁴⁴-cass. Com, 29 mai 1979, n° 77-15.740.

conditions sont remplies, et que celles-ci interviennent avant la date de la quittance subrogative.

402. Cependant, une jurisprudence constante avait admis l'exception de la compensation qui se produit postérieurement à la subrogation⁵⁴⁵ à condition que les créances à compenser soient revêtues d'un caractère de connexité et que la preuve du caractère connexe des créances soit apportée⁵⁴⁶. On doit comprendre que ce lien de connexité doit seulement exister entre les créances résultant d'une relation d'affaires en exécution d'un contrat ou convention ayant défini préalablement le cadre du développement desdites relations. Dans la circonstance, le débiteur pourrait se prévaloir de la compensation, même postérieurement à la date de la quittance subrogative.

Il convient de signaler toutefois qu'en cas de conflit, cette exception doit être invoquée expressément par le débiteur pour qu'elle soit prise en compte, à moins que le débiteur renonce à s'en prévaloir.

Outre ces oppositions pouvant être invoquées par le débiteur cédé, le factor peut faire face à d'autres oppositions formées par tiers qui peuvent avoir un droit sur la créance affacturée.

B- L'opposabilité de la transmission de la créance par les tiers

403. La notion des tiers en matière de cession de créances dont l'affacturage retrouve la source n'était pas clarifiée⁵⁴⁷ et ne faisait pas objet d'unanimité. Une des définitions qui a pu clarifier cette notion est celle qui définit les tiers comme étant : « ceux qui auraient intérêt à écarter la cession pour faire maintenir des droits et avantages acquis depuis sa passation⁵⁴⁸ », si la subrogation conventionnelle en matière d'affacturage est opposable aux tiers sans aucune formalité préalable ou postérieure à la formation du contrat, cette définition sous-entend que des personnes qui ne font pas partie de cette convention disposent également d'un droit sur la créance cédée et peuvent opposer leurs droits à l'affactureur. Car la loi prévoit les modalités de l'exercice de ces droits, sans pour autant en prévoir leur concurrence avec un affactureur, autrement dit, le droit Français n'a pas consacré de suprématie en matière de mobilisation de créances dont l'affacturage fait partie.

⁵⁴⁵-Cass.com, 10 octobre 2000, n°96-22.412, Bull. 2000, IV, n°153, p.138 ; Cass.com, 23 janvier 2001, n°98-14.421.

⁵⁴⁶-J. MESTRE et B. FAGES, « Des conditions de la subrogation personnelle et de l'éventuelle influence des relations entre subrogeant et subrogé sur le sort du débiteur », *RTD. CIV.*, septembre 2001, p. 592.

⁵⁴⁷-la notion des tiers se limitait parfois à toute personne qui a acquis des droits sur la créance cédée, donc celle qui revendique la créance en l'occurrence. V., F.J Credot et Y. Gerard, *RD banc.*, 1993, n°427.

⁵⁴⁸-C.AUBRY ET C.RAU, *Droit civil Français*, Tome 5, 6^{ème} éd. P.Esmein, Lib.tech. 1961, p.144.

En l'espèce, ces conflits en matière d'affacturage⁵⁴⁹ peuvent résulter essentiellement d'une double mobilisation de créance(1), comme ils peuvent résulter d'un créancier de l'adhérent qui revendique lui-même son droit sur la créance cédée(2).

1- Les confits résultants d'une double mobilisation de créance

404. Aujourd'hui, le factor, dans le cadre d'une convention d'affacturage qui l'unit avec un adhérent, peut par ignorance mobiliser une créance qui a été mobilisée auparavant par l'adhérent lui-même, qui par déloyauté ou mauvaise foi pourrait chercher parfois à alimenter sa trésorerie qui peut traverser des périodes difficiles, en optant pour la mobilisation double d'une créance, en méconnaissant les conséquences juridiques et judiciaires qui en découleront. Abstraction faite de la qualification juridique de cet acte, l'affactureur peut se retrouver face à un cessionnaire de créance par bordereau Dailly (a), et peut aussi faire face à un porteur d'une lettre de change (b). Le factor pourrait également être confronté à un autre factor (c).

a- Le factor face à un cessionnaire Dailly

405. Faute d'une intervention du législateur pour trancher ce genre de litige, la jurisprudence Française a dû s'investir davantage en la matière et prendre des décisions abondantes et constantes pour pouvoir constituer une règle d'usage à laquelle on puisse se référer.

En effet, ce type de conflit est assez récurrent en matière de mobilisation de créance : chaque mobilisateur de créance présume que son rang prime sur l'autre, et que c'est lui qui doit prioritairement être payé par le débiteur cédé. En fait, ce sont deux opérations de mobilisation de créances qui se ressemblent, ayant la même étendue et finalité, à la seule différence seulement des modalités qui sont propres à chacun de ces modes, et au fait que la cession de créance par bordereau Dailly a déjà fait l'objet d'une réglementation⁵⁵⁰.

A cet égard, la jurisprudence a eu recours à l'application du principe « *Prior tempore, potior jure* », cela consiste à comparer les dates respectives de l'affacturage et de la cession de créances par bordereau Dailly pour pouvoir en relever l'antériorité, néanmoins la difficulté était rencontrée en termes de dates à prendre en considération, à savoir celle de la notification de la cession au débiteur, ou celle qui figure sur le bordereau en matière de cession de créances par bordereau Dailly, ou encore la date portée sur la quittance subrogative ou celle de l'inscription au compte courant par rapport à l'affacturage.

⁵⁴⁹-B. EL MOKHTAR, « Les tiers dans la complexion de l'affacturage », *RJDA.*, n°3, 1994, p.207.

⁵⁵⁰-la cession de créances professionnelle est réglementée par la loi du 2 janvier 1981 dite loi Dailly, modifiée en 1984, elle est régie par le code monétaire et financier.

Il n'y a pas longtemps, la chambre commerciale de la cour de cassation a tranché en faveur du cessionnaire Dailly dont la date portée sur le bordereau était antérieure à celle qui figurait sur la quittance subrogative⁵⁵¹, principe selon lequel elle admet que la cession qui opère le transfert au cessionnaire Dailly la propriété de la créance cédée commence à prendre effet et se rend opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau, et ce même si le cessionnaire Dailly était tenu informé de l'existence d'une convention d'affacturage qui comporte une clause d'exclusivité unissant son client avec une société d'affacturage⁵⁵², à moins qu'il n'y ait eu fraude⁵⁵³.

406. Cependant, l'affactureur prime dans cette course de vitesse pour le paiement si la date figurant sur la quittance subrogative devance celle portée sur le bordereau de cession Dailly⁵⁵⁴. Le débiteur qui a été notifié par le cessionnaire Dailly et qui a payé entre ses mains, doit alors payer une seconde fois entre les mains du factor, étant donné que son paiement n'est pas libératoire et sachant qu'il a été précédemment tenu informé de la subrogation par le factor conformément aux dispositions en vigueur. Il convient de signaler en outre que le cessionnaire Dailly peut être dépourvu de son droit de paiement dans l'hypothèse où le factor agit en tant que mandataire de son client pour lui recouvrer sa créance, même si la date qui figure sur le bordereau précède son mandat de recouvrement, en l'occurrence, il ne doit pas lui restituer les fonds recouverts.

b- Le factor face à un porteur de lettre de change

407. La créance peut se trouver transmise tant dans le cadre de l'affacturage que par le biais du tirage d'une lettre de change au profit d'un porteur ; il s'agit en général du banquier mobilisateur. La distinction entre ces deux cas de figure est un problème assez courant en la matière et qui repose sur le fait que la lettre de change a été acceptée ou non :

- Dans le cas où la lettre de change n'a pas été acceptée, le banquier mobilisateur n'acquiert son droit en principe sur la lettre de change qu'à l'échéance de celle-ci, en l'occurrence, on recourt au principe de l'antériorité pour voir si la date figurant sur la quittance subrogative est bien antérieure à l'échéance de la lettre de change, si c'est le cas, c'est le factor qui prime. Par ailleurs, l'échéance de la lettre de change peut être antérieure à la date portée sur la quittance subrogative, c'est alors le porteur de la lettre de change qui s'impose.

⁵⁵¹- Cass. Com., 19 mai 1992, n° 90-15.342, Bulletin 1992 IV N° 190, p.133.

⁵⁵²-B. TEYSSIE et M. CABRILLAC, « Banque, affacturage, cession de créances professionnelles », *RTD. Com.*, septembre 1992, p.655.

⁵⁵³- Cass.com., 3 janvier 1996, n° 93-21.675 94-10.513, Bulletin 1996 IV N° 2 p.1 ; J. MESTRE, « Cession de créances et responsabilité civile », *RTD. CIV.*, mars 1997, p.130.

⁵⁵⁴-Cass. Com., 3 juin 1998, V., S.Stankiewich, *La couverture du risque par les contrats d'assurance-crédit et d'affacturage*, mémoire, Université de droit et santé de Lille, 2003-2004, note n°108, p.43.

- Dans le cas où la lettre de change a été acceptée, le banquier mobilisateur acquiert en pratique son droit sur la lettre à compter de la date d'acceptation et non pas à compter de son échéance. En l'occurrence, si la manifestation de l'acceptation intervient antérieurement à la subrogation, c'est le porteur de la lettre de change qui prime. Cependant, si cette acceptation intervient postérieurement à la subrogation, il faut distinguer les hypothèses selon lesquelles le débiteur est au courant de la subrogation ou non. Dans le premier cas, s'il n'est pas avisé de la subrogation, c'est le porteur de la lettre de change qui l'emportera à condition qu'il soit de bonne foi⁵⁵⁵. Par la suite, s'il accepte la lettre de change en ayant connaissance de la subrogation, il ne pourra en l'espèce opposer aucune exception au porteur de la lettre de change, et son paiement auprès de celui-ci ne sera pas libératoire, il sera ipso facto tenu de s'acquitter de la créance entre les mains du factor.

-

b- Le factor face à un autre factor

408. C'est une situation moins fréquente que les précédentes : au moment où l'adhérent, en raison d'un quelconque différend avec son affactureur recourt à un deuxième factor sans résilier son contrat avec le premier, et transmet au nouveau factor une créance qui a été déjà transmise à l'ancien factor. Dans ce cas, le paiement effectué par le débiteur cédé est libératoire et opposable au deuxième factor⁵⁵⁶.

2- Les conflits résultant des créanciers de l'adhérent

409. Outre les créanciers de l'adhérent qui disposent d'une quelconque sûreté ou privilège, et qui peuvent procéder à une saisie-attribution du compte courant affecté aux opérations d'affacturage entre le factor et l'adhérent sur la créance, le factor peut être confronté à d'autres créanciers de son adhérent ou à des tiers qui disposent d'un droit sur la créance affacturée, il s'agit du rétenteur(a) et du vendeur avec clause de réserve de propriété(b).

⁵⁵⁵-Cass.com., 19 décembre 2000, n°97-15011, Bull. 2000, IV, n°200, p.175, il faut toutefois noter que c'est un arrêt qui oppose le porteur de la lettre de change à un cessionnaire Dailly, mais les solutions dégagées en matière de cession Dailly sont aussi applicables en matière d'affacturage. M. CABRILLAC, « Effet de commerce. Cession de créances professionnelles », *RTD. Com.*, septembre 2001, p.737 ; P. CROCQ, « conflit entre le porteur de lettre de change acceptée et le bénéficiaire d'une cession Dailly », *RTD. Civ.*, juin 2001, p.393.

⁵⁵⁶-Cass.com., 17 juillet 2001, n°98-17.633.

a- Le factor face à un rétenteur

410. C'est un cas de figure très fréquent, lorsqu'on est devant une procédure collective, dès lors qu'une procédure collective à l'encontre de l'adhérent est ouverte, la chose vendue par celui-ci peut se trouver entre les mains d'un tiers, qui revendiquera inéluctablement son droit de rétention.

En effet, le droit de rétention est opposable à tous, y compris au factor ou même à ceux qui ne sont pas débiteurs de la créance, et le factor peut voir sa situation se compliquer et il ne pourra aucunement contester le droit de rétention exercé par un transporteur par exemple et lui imposer de livrer l'acheteur (c'est le débiteur en l'occurrence) pour que ce dernier puisse régler entre ses mains. Dans la circonstance, la loi confère au créancier détenteur le droit de garder la chose-objet jusqu'à paiement intégral de celle-ci, or la créance du factor ne naît qu'à la livraison du bien à l'acheteur, conséquemment, le factor se trouvera dépourvu de son droit d'être payé par le débiteur cédé, et ne pourra faire autrement que payer le coût du transport ou la créance restant à la charge de l'adhérent si celui-ci est en procédure collective en vue d'être payé par le débiteur cédé.

b- Le factor face à un vendeur sous réserve de propriété

411. Une autre situation complexe qui peut entraver les droits du factor sur la créance transmise, et à propos de laquelle il doit être extrêmement prudent, est celle qui l'oppose à un vendeur sous réserve de propriété dans l'hypothèse d'une vente opérée entre un vendeur initial et un adhérent si celui-ci revend le bien dont la propriété est encore réservée avant même de régler intégralement le prix de vente à un sous-acquéreur et qui transmet parallèlement la créance à un factor. Dans le cas présent, le factor et le vendeur initial, sous réserve de propriété, se trouveront en concurrence sur les sommes restant dues par le sous-acquéreur, et ce en cas de déclenchement ou non d'une procédure collective de l'adhérent.

412. D'un point de vue juridique, la clause de réserve de propriété est opposable au créancier, et par voie de conséquence au subrogé qui acquiert la créance avec ses avantages et périls, par ailleurs, dans le cadre d'une procédure collective, le vendeur initial a le droit de revendiquer le prix du bien ou une partie du prix sur le fondement de l'article 624-18 du code de commerce⁵⁵⁷. Autrement dit, il existe en l'espèce une subrogation réelle étant donné que le droit portant sur le bien est reporté sur le prix de revente du bien, et le vendeur continuera à revendiquer sa créance résultant du prix de revente du moment que celle-ci n'a pas été payée. Cette solution a été d'ailleurs dégagée par le législateur Français à travers l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, qui au terme des dispositions de

⁵⁵⁷-article modifié par l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 qui stipule : « Peut être revendiqué le prix ou la partie du prix des biens visés à l'article L. 624-16 qui n'a été ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé entre le débiteur et l'acheteur à la date du jugement ouvrant la procédure.

l'article 2372 précise que le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien.

A ce titre, la chambre commerciale de la cour de cassation⁵⁵⁸ a considéré que le factor n'a pas plus de droits que son subrogeant (adhérent) au lieu et place duquel il agit. La cour avait décidé ainsi que la créance invoquée par le factor subrogé dans les droits de l'acquéreur ne pouvait faire échec à la revendication du vendeur initial, sous réserve de propriété, corollairement, le factor sera primé par le vendeur initial dans sa course au paiement tant que le sous-acquéreur, débiteur cédé en l'occurrence, ne s'est pas acquitté entre les mains de l'affactureur⁵⁵⁹.

Mais, quid du sous-acquéreur qui s'est libéré de la créance entre les mains du factor ? Devra-t-il s'acquitter une seconde fois auprès du vendeur initial ? Ou bien est-ce ce dernier qui doit réclamer au factor les montants perçus du sous-acquéreur ? En effet, l'article précité du code de commerce n'autorise au vendeur sous réserve de propriété de revendiquer au sous-acquéreur le prix ou la partie du prix que s'il n'est pas payé, ni réglé en valeur, ni compensé entre le débiteur et l'acheteur à la date du jugement ouvrant la procédure. Nonobstant, le vendeur initial peut revendiquer la créance au factor tout en respectant les modalités procédurales de la revendication et prouver que le prix a été payé par le sous-acquéreur postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective.

413. En somme, en dépit de quelques difficultés d'exécution en matière d'affacturage, ce mécanisme est plus que jamais devenu un mode de mobilisation de créance efficace, grâce à la jurisprudence qui a pu y remédier et constituer un ensemble de décisions qui servent de base, formant la pierre angulaire de la matière compte tenu de son défaut de réglementation, et permettant ainsi au factor de s'y référer chaque fois que le besoin s'impose. Concernant son impact sur le contentieux de l'impayé, ce procédé a concouru vraisemblablement à le faire diminuer devant les juridictions commerciales. A l'évidence, la baisse du contentieux de l'impayé a été concomitante avec l'accroissement constant de cette pratique, mais il faut aborder les chiffres avec prudence, car cela reste en matière juridique et judiciaire un postulat difficilement démontrable, et on ne peut point tirer de conclusions en droit ni mesurer juridiquement l'étendue de ces chiffres pour dresser un tel constat. Nonobstant, les différentes raisons qu'on a pu invoquer et examiner dans notre développement nous mènent à penser que ce procédé est une voie privilégiée dans le monde des affaires ainsi que pour toute personne qui désire se prémunir contre l'insolvabilité de son débiteur et éviter la voie judiciaire pour le recouvrement de créance.

Au demeurant, il convient de rajouter que le factor peut recourir au service d'un assureur-crédit pour assurer ses créances acquises et se couvrir contre l'insolvabilité des débiteurs cédés, un mécanisme en plein essor qui mérite d'être exploré.

⁵⁵⁸ - Cass.com., 26 avril 2000, n°97-21.486, Bull. 2000, IV, n°89, p.78.

⁵⁵⁹ - P. PISONI, « Conflit entre le vendeur de biens sous réserve de propriété et le factor de l'acquéreur-vendeur en redressement judiciaire », *D.*, juin 2000, p.278.