



LPA JURI'SCOPE

Juin, 09, 2023

N° 19

LE RÉGIME JURIDIQUE DU
FACTORINGSérie 1: les conditions de l'exercice de
l'activitéSCIENCE SAVOIR
FAIRE
&
EXPERTISEL'ÉQUIPE DE RÉDACTIONADEL FENDRI YASMINE FKI
NESRINE HEDFI CYRINE MIGHRIWWW.LPA-LEGAL.COM.TN<https://www.linkedin.com/company/legal-partners-advisors/><https://www.facebook.com/profile.php?id=100089715340398>

LE RÉGIME JURIDIQUE DU FACTORING

Série 1: les conditions de l'exercice de l'activité



Toute entreprise, dès qu'elle ne réalise pas la totalité de son chiffre d'affaires¹ au comptant, est confrontée à un ensemble de contraintes liées à la gestion de son poste clients.

Ainsi, elle doit être suffisamment outillée pour prévoir et prémunir contre les risques de non-paiement de ses créances, pour gérer ses comptes clients et pour assurer le recouvrement et l'encaissement de ses créances ainsi que le financement du poste clients. De ce fait, une multitude de solutions s'offrent à l'entreprise pour répondre à ses besoins. Parmi lesquelles la technique la plus fréquente " le factoring " ou en langage plus francisé " l'affacturage " qui représente une réelle opportunité pour l'entreprise d'optimiser sa stratégie financière.

En France, la reconnaissance officielle de cette technique financière survient avec l'arrêté du 29 novembre 1973 (JO du 3 janvier 1974) relatif à la terminologie économique et financière qui traduit le terme factoring en français par **affacturage**²

D'après le dictionnaire Larousse qui reste la référence en France, la définition de l'affacturage est le "**Transfert de créances commerciales d'une entreprise à un organisme financier qui se charge, contre rémunération, de leur recouvrement en supportant les risques de non-paiement.**"

1. Mémoire, aspects juridiques et fiscaux du Factoring ,2003/2004

2. Altassura groupe , factoring ou affacturage, 2017



En effet, l'affacturage peut être défini comme étant une opération de crédit par laquelle un établissement de crédit, appelé factor ou « affacteur », règle, moyennant rémunération, les créances commerciales de l'un de ses adhérents.

Le factor en devient alors titulaire par subrogation, mais ne dispose d'aucun recours contre son adhérent en cas de défaillance du débiteur cédé.

Cependant, le terme "factoring" a trouvé son statut au cours du XVIIème siècle et XVIIIème siècle, lors de la colonisation européenne de l'Amérique.

Mais , il est important de signaler que le véritable essor du factoring en Europe a commencé dans les années quatre -vingt sous deux grandes formes :

le factoring interne qu'on appelle aussi le factoring domestique- c'est-à-dire celui qui a pour domaine le marché local et **le factoring international**, appelé factoring Export, ce dernier est défini comme étant une convention qui fait impliquer des parties de différentes nationalités, dont l'objectif primordial a été depuis toujours la promotion du commerce et spécialement du commerce international³

L'originalité du factoring provient essentiellement de la souplesse de l'opération qui lui permet de s'adapter aux besoins de l'opérateur économique selon ses moyens.

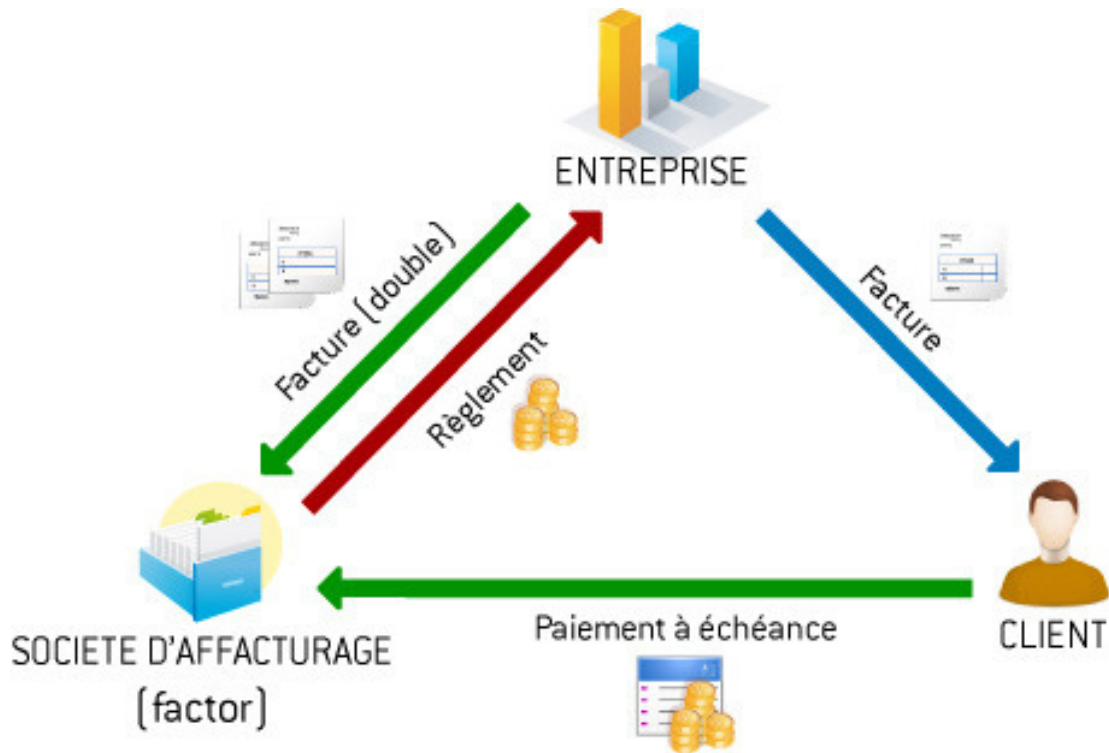
En outre, le caractère alternatif des prestations de services fournies par le factor sert à distinguer l'opération de factoring et lui confère son originalité par rapport à d'autres instruments de financement des entreprises.

Ce caractère alternatif se retrouve dans la Convention d'Ottawa du 28 mai 1988 sur l'affacturage international qui définit dans son article 1-2 le factoring comme "**un contrat conclu entre une partie (le fournisseur) et une autre partie (la société de factoring ou cessionnaire) en vertu duquel le cessionnaire doit prendre en charge au moins deux des fonctions suivantes le financement du fournisseur, notamment le prêt ou le paiement anticipé, la tenue de comptes relatifs aux créances, l'encaissement des créances et la protection contre la défaillance des débiteurs**".

De plus, l'affacturage apparaît dans **la loi PACTE du 22 mai 2019** sous sa forme inversée de reverse factoring, prévoit qu'un établissement financier : un établissement de crédit, une société de financement ou un fond d'investissements alternatifs (FIA), peut sur demande de l'administration publique, réaliser un financement de créance afin de payer par anticipation les créances fournisseurs de l'administration publique.

Elle précise aussi que cette cession de créance doit se faire avec l'accord du fournisseur.

3. Fatma bouraoui,le factoring ,2014



En pratique, les entreprises signent généralement avec les sociétés d'affacturage un contrat **global** et **exclusif**.

- **Le principe de globalité** signifie que l'adhérent s'engage à remettre au factor l'ensemble de ses créances sur ses clients pour que celui-ci les paye et soit subrogé.
- **La clause d'exclusivité** est une clause par laquelle le client s'engage à ne conclure aucun contrat d'affacturage avec un autre factor, sauf accord de ce dernier, ce qui peut être à l'origine de difficultés, notamment en cas de violation avec la complicité d'un tiers.⁴

En Tunisie, l'affacturage est assuré uniquement par deux établissements spécialisés, à savoir Unifactor et Tunisie Factoring.

Unifactor ou union de factoring est une société détenue exclusivement par des actionnaires tunisiens, des personnes physiques et des personnes morales (ATB, BNA, et Amen Bank, qui détient environ 60% du capital).⁵

Sur le plan juridique, il n'existe aucun texte législatif relatif au contrat du factoring. Dès lors, seule la pratique a permis de fixer un cadre à ce type de contrat et ce, au fur et à mesure des besoins du client.

De ce fait, il est évident de signaler que le contrat d'affacturage ou de factoring est de type commercial ; il met en présence deux parties qui s'engagent l'une envers l'autre, Il est donc un contrat synallagmatique. En plus, le contrat d'affacturage est généralement signé pour une durée indéterminée.

4. ASPECTS JURIDIQUES DE L'AFFACTURAGE,2010

5. Fatma bouraoui, le factoring ,2014, p4



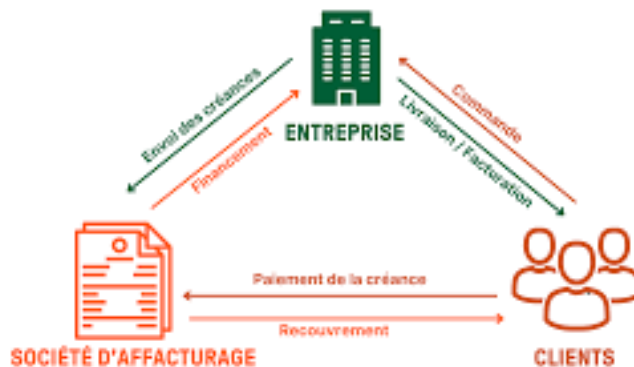
Il s'agit également d'un contrat évolutif, qui peut être modifié, voire annulé, en fonction des changements ou des évolutions de la situation des vendeurs. Le factoring s'adressant à des commerçants, d'où la forme du contrat, la capacité des parties et les règles de preuve sont régies par le droit commercial.

Le contrat présente cependant la spécificité d'être un contrat cadre, c'est ainsi que 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 telle la cession de créances, la subrogation, le prêt, le mandat et le compte courant.

Ceci dit, tout contrat d'affacturage dispose des spécificités suivantes ; Il s'agit d'un contrat d'adhésion que le factor propose en bloc à son cocontractant, les clauses n'étant généralement pas négociables .

Il s'agit d'un contrat marqué par le principe d'intuitu personae d'une part et par le principe de consensualisme d'autre part puisqu'il se forme par le seul consentement des parties sans qu'aucune forme particulière ne soit imposée pour sa validité.



Ainsi et pour savoir si une technique translatrice de créance est adéquate à la qualification juridique du factoring, il faut s'interroger sur son régime juridique.

C'est ainsi que la problématique suivante s'impose : quel est le régime juridique du factoring ?

La réponse à cette problématique nécessite qu'on envisage dans une première partie les conditions relatives au contrat de factoring (**Série I**) pour s'intéresser par la suite à analyser ses effets (**Série II**).



Les conditions relatives au contrat de factoring

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.

C'est pour cette raison qu'on va aborder dans un premier paragraphe les conditions liées aux parties dans le contrat de factoring **(1)** et dans un deuxième paragraphe les conditions liées à la créance **(2)**.

1- les conditions liées aux parties

En ce qui concerne les conditions liées à **l'adhérent** (le fournisseur), il faut préciser tout d'abord que le terme « Adhérent » a été retenu par la banque de France pour désigner les entreprises qui souscrivent d'affacturage. L'adhérent peut être une personne physique ou morale.

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'affacturage avec un Factor, et qui sont liées à son activité commerciale.⁶

Mais 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.

Concernant les caractéristiques, la recherche établie par les spécialistes 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.⁷

A priori, sont exclues aussi bien les entreprises trop petites que les entreprises gigantesques, encore que la tendance actuelle montre que de très grosses sociétés ont recours au factoring.

De plus, la clientèle de l'entreprise, de préférence qu'elle soit de nature commerciale ou publique d'une part et qu'elle soit diversifiée et fidèle d'autre part ; c'est pourquoi 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".

Pour les factors, le montant des factures est un critère de choix important mais aussi celui de la taille⁸.

En réalité, le profil de l'adhérent idéal n'a jamais été rencontré et pour un factor chaque affaire est un cas particulier.

Pour les critères de motivations, on peut citer comme premier critère le fait de conclure un contrat d'affacturage avec: Premièrement, des entreprises intervenant dans des activités saisonnières.

6. Cf. S.MANZANERA, L'affacturage, Rev.Banque., n°594, 1998, p 89.

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

8. 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 Établissements de Crédit s'appelle désormais CECEI Comité des Établissements de Crédit et des Entreprises d'Investissements. Il donne, entre autres, les agréments aux établissements de crédit (comme auparavant), mais également aux entreprises d'investissement.



Ces dernières se prêtent parfaitement à l'affacturage, lequel peut leur assurer une trésorerie en rapport avec leur niveau d'activité.

Deuxièmement , des entreprises dont la création est récente car 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.

Et troisièmement, avec les entreprises qui travaillent pour des administrations et des collectivités locales ainsi que celles qui ont les grandes surfaces comme clients puisque le risque d'impayé est faible .Mais ,il faut préciser à cet égard que le fournisseur a souvent des difficultés pour obtenir un titre de paiement susceptible d'être négocié auprès du banquier.

Aussi, les entreprises de prestations de services présentent un critère déterminant de motivation puisque 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.

Pour ce qui est des conditions liées au factor "cessionnaire", il faut tout d'abord préciser que le factor est une société spécialisée pratiquant le factoring, cette dernière va apporter un certain nombre de prestations en contrepartie d'une rémunération.

Il est important de signaler qu'il est interdit au factor d'exercer d'autres activités, à l'exception de celles connexes à son activité principale, telle l'ingénierie financière

La plupart des banques détiennent une structure spécialisée dans l'affacturage .

En France par exemple, les entreprises pratiquant le factoring étaient peu nombreuses, elles se sont implantées depuis 1964 et peuvent se constituer sous forme de société.

C'est ainsi que cette société financière a le statut d'établissement de crédit et elle est donc soumise aux normes édictées par les autorités de tutelle. (la Commission Bancaire étant toujours compétente pour les contrôles et pour les sanctions disciplinaires).

De plus ,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 France⁹

Arrivant maintenant aux conditions liées **au débiteur cédé** ou " l'acheteur" . En effet, Acheteur est un 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.

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



2- LES CONDITIONS LIÉES À LA CRÉANCE :

Comme nous l'avons déjà vu, la finalité du contrat reste le transfert des créances du vendeur ou l'adhérent au factor ; ce dernier se charge de leurs gestions, garanties et financements, il peut régler par anticipation tout ou partie des créances transférées.

En outre, 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.

De plus, le transfert de créance doit également respecter l'indépendance de la négociation commerciale entre adhérent et débiteur et offrir la souplesse requise pour gérer un nombre important de factures par le factor.



Dans ce cadre, on peut évoquer l'exemple topique de l'application de la convention d'Ottawa donné par la jurisprudence tunisienne dans l'arrêt du 8 juillet 2010.

Ladite convention qui n'est ni signée ni ratifiée par la Tunisie, a été néanmoins appliquée par les juges tunisiens de manière spontanée et naturelle. Elle a ainsi permis de donner à l'opération de factoring ses titres de noblesses en droit tunisien.

Sans le support d'une loi spéciale encadrant l'institution, le juge tunisien a trouvé dans les articles de la convention d'Ottawa les solutions et les cadres du factoring.

Opération financière par essence ainsi que l'a qualifié le juge tunisien, la société de factoring offre en outre, contrairement aux autres institutions financières, bancaires et d'assurance, différentes prestations de services non financiers, comme la gestion et le recouvrement des créances et des prestations de services financiers, comme la mobilisation des créances et leur garantie.

10

Les juges ont aussi opté, semble-t-il définitivement, pour la cession de créance en tant que fondement juridique du factoring.

D'autre part, le principe de globalité commande à l'adhérent de transférer au factor toutes les créances qu'il détient contre ses clients.

Toutefois, le factor peut refuser de se voir transmettre certaines créances, s'il juge qu'elles sont trop douteuses. Son pouvoir de sélection est discrétionnaire. Ainsi, le factor dispose de deux options : Soit il approuve les créances qui lui sont présentées, Soit il n'approuve pas les créances qui lui sont présentées.

10. L'exemple topique de l'application jurisprudentielle d'une Convention de droit uniforme non ratifiée par un État, Note sous l'arrêt de la Cour de cassation tunisienne n° 49986 du 8 Juillet 2010 sur le factoring, 2010, Uniform Law Review, Volume 19, Issue 3, August 2014, Pages 365-389



Dans le cas où les créances étaient approuvées par le factor, ce dernier est libre de choisir parmi les créances qui lui sont proposées, celles qu'il approuve.



En contrepartie, il assume le risque de non recouvrement pour les créances qu'il approuve. Sinon, si les créances n'étaient pas approuvées par le factor, ce dernier est libre de refuser certaines créances proposées par l'adhérent.

Dans ce cas, il n'en avance pas le montant et il n'assume pas le risque de l'impayé. Il peut, cependant, se charger de leur recouvrement.

L'opération d'affacturage repose sur le mécanisme de la subrogation personnelle

Classiquement, la subrogation personnelle¹¹ se définit comme étant la « *substitution d'une personne à une autre dans un rapport de droit en vue de permettre à la première d'exercer tout ou partie des droits qui appartiennent à la seconde* » (G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 2005).

Ainsi, l'opération d'affacturage se déroule de la manière suivante : Le factor (**créancier subrogé**) paie l'adhérent (**créancier subrogeant**) qui, en contrepartie, lui transmet la titularité de la créance qu'il détient contre son client (débiteur subrogataire).



À cet égard, on peut évoquer les conditions de validité de la subrogation, cette dernière doit être dans un premier lieu expresse et immédiate ;

Dans un deuxième lieu, les créances doivent être transmissibles c'est-à-dire des créances exigibles, à terme, certaines ou conditionnelles.

De plus, l'existence d'un paiement est une condition capitale. La subrogation ne saurait être consentie antérieurement ou postérieurement au paiement.

Troisièmement, bien que la subrogation soit opposable aux tiers à compter de la date du paiement subrogatoire, une notification de l'opération est nécessaire en matière d'affacturage.



11. G. Cornu, Vocabulaire juridique, PUF, 2005, bibliothèque