

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

Faculté de Droit

Unité de Droit Economique

LE CONTRAT DE FACTORING

EN DROIT BELGE

par Bernard Dhaeyer
1^{er} Assistant à la Faculté de
Droit de l'Université
Catholique de Louvain

UNIVERSITE CATHOLIQUE
LOUVAIN - LA - NEUVE
FACULTE DE DROIT
BIBLIOTHEQUE

INTRODUCTION

Deux tendances apparemment contradictoires caractérisent l'évolution récente du phénomène contractuel. On assiste, d'une part, à un recul de l'autonomie de la volonté, dû aux interventions multiples des pouvoirs publics dans la vie économique. Songeons notamment à la loi du 1er juillet 1956 instaurant l'assurance R.C. automobile obligatoire, à la réglementation des pratiques du commerce par la loi du 14 juillet 1971, ou encore à la loi du 30 juillet 1971 et aux nombreux arrêtés royaux et ministériels qui modifièrent et complétèrent l'Arrêté-loi du 22 janvier 1945 en matière de réglementation des prix.

Et cependant, le phénomène contractuel a connu, ces dernières années, un essor nouveau (1) avec l'apparition dans notre droit de formules conventionnelles originales parmi lesquelles les contrats de leasing, de franchise et de factoring.

C'est à ce dernier contrat et aux modalités juridiques propres à réaliser la transmission des créances qui lui est inhérente, que nous consacrerons notre réflexion. Opération née de la pratique, le factoring est une manifestation de la spécialisation accrue du secteur tertiaire.

Une société spécialisée - le factor - va prendre en charge, contre rémunération, le paiement à l'échéance ou par anticipation, des créances transmises par ses adhérents et leur recouvrement auprès des débiteurs dont elle supporte inconditionnellement les risques de retard ou d'insolvabilité.

(1) Voyez notamment "Renaissance du phénomène contractuel", Commission Droit et Vie des Affaires, 1971; "Nouvelles techniques contractuelles", know-how, franchising, engineering, leasing, Travaux de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Montpellier, 1970.

Les avantages de la formule sont appréciables. Le factoring, tout d'abord simplifie considérablement les problèmes de gestion commerciale posés à l'adhérent. D'un point de vue comptable, un compte-courant unique factor-adhérent remplace avantageusement la gestion des nombreux comptes-clients de l'entreprise. En la débarrassant de ses soucis de facturation et de recouvrement de créances, le recours au factoring permet à l'entreprise adhérente de se consacrer pleinement à sa tâche première de production ou de distribution de biens ou de services. Corrélativement, le volume des affaires traitées, le nombre et la rapidité d'exécution des commandes acceptées et le chiffre d'affaires de l'entreprise s'en trouveront accrus.

Le factoring, en tant que moyen de financement (1), complète utilement les formes de crédit traditionnellement utilisées, à l'heure où ces dernières sont en quête de rajeunissement (2). L'intérêt financier de l'opération de factoring est double : d'un point de vue macro-économique, elle n'est pas inflationniste dans la mesure où elle ne fait que se juxtaposer fidèlement à des transactions commerciales effectives; d'un point de vue micro-économique, elle accroît la trésorerie de l'entreprise adhérente et laisse intactes ses possibilités alternatives de recours au crédit bancaire. S'inscrivant dans la gamme des crédits à court terme, le financement éventuel accompagnant le règlement des créances cédées se fonde plus sur la confiance en la solvabilité des clients que sur la personnalité commerciale du bénéficiaire lui-même (3).

(1) Infra, Chapitre I, Section I, § 3.

(2) Créée en France, le 28 mai 1966, la Commission Gilet dénonça l'alourdissement excessif des frais d'exploitation des banques et la confusion trop souvent opérée par celles-ci entre les opérations de crédit stricto sensu et les recouvrements de créances.

Voyez notamment G. MATHIEU, Le Monde, 29 octobre 1966, "La Commission Gilet va proposer des formules nouvelles de remplacement progressif de l'escompte".

Le rapport de la Commission Gilet a été publié en janvier 1967. Une synthèse en est faite par L. SUSSFELD, Le factoring, P.U.F., 1968, pp. 66 à 70.

(3) La responsabilité aquilienne du factor pourrait être engagée pour distribution abusive ou imprudente de crédit. J. STOUFFLET, L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers le tiers ?, J.C.P., 1965, I, 1882; R.O. DALCQ, Responsabilité civile, I, n° 765

Remarquable instrument promotionnel des ventes à l'exportation (1), le factoring international se révèle à la fois techniquement plus souple que le crédit documentaire, opération isolée, onéreuse et formaliste, et plus complet que l'assurance-crédit à l'exportation, dont l'intervention est subordonnée à la survenance d'un sinistre commercial ou financier. Les risques de change et les risques politiques peuvent en outre être pris contractuellement en charge par le factor (2). C'est d'ailleurs essentiellement par le canal et pour les besoins de son commerce extérieur que le factoring fut introduit en France (3).

Le contrat de factoring comporte, enfin, un filtrage sélectif des acheteurs. Les créances de l'adhérent et ses listes de clients sont préalablement approuvées par le factor. Les mauvais payeurs sont irrémédiablement répertoriés par les sociétés de factoring, dont les correspondants étrangers alimentent l'information. L'accès à ces renseignements est une des raisons du succès de plus en plus vif du factoring à l'exportation (4) où les risques de non-paiement sont accentués par la méconnaissance tant des débiteurs que des droits étrangers. Utilisées en collaboration avec les banques et les institutions spécialisées, la centralisation et la diffusion des renseignements commerciaux par les factors complètent adéquatement l'obligation légale qui est faite

(1) Voyez sur ce point :

Samuel PISAR, Aspects juridiques du factoring international, Revue Banque, 1970, pp. 252 et 253.

Brochure S.A. International Factors Belgium, Bruxelles, août 1968, p. 16.

F.A. COLE, Factoring and expanding trade, Revue de la Banque, 1969, pp. 481 à 484.

F. LISON, Factoring, Revue de la Banque, 1964, p. 156.

(2) Albert HENDRICKX, L'exportateur devant les changes flottants, le point de vue du factor, Revue de la Banque, 1974, pp. 129 à 131.

(3) Voyez Christian GAVALDA et Jean STOUFFLET, Le contrat dit de factoring, J.C.P., Semaine Juridique I, 1966, 2044 n° 6.

(4) Infra chapitre I, Section I in fine.

Dès contrats dits "interfactors" régissent les rapports des factors nationaux avec leurs confrères étrangers. Ces contrats interfactors sont, en droit international privé, soumis en principe à la loi d'autonomie. Concernant les problèmes de conflits de lois suscités par l'opération de factoring international, voyez CH. GAVALDA in Répertoire de Droit International, v° Factoring, Encyclopédie Dalloz II, 1969 pp. 1 à 3.

aux banques de communiquer à la Banque Nationale (centrale des risques du crédit) et à la Commission bancaire le montant des crédits et prêts de plus d'un million FB octroyés à leurs clients et des prélèvements effectués sur ces crédits (1). Les indications et recommandations du factor influenceront utilement l'élargissement du cercle de la clientèle de l'adhérent. "La vigilance du factor dans la surveillance de la surface financière des acheteurs sera d'autant plus grande qu'il supportera les pertes entraînées par les erreurs d'appréciation" (2).

CHAPITRE I. - APPROCHE ET DEFINITION DU FACTORING

Section 1. Evolution historique du factoring (3)

Réimporté récemment des Etats-Unis, le factoring n'est pas, comme sa terminologie pourrait le laisser croire, de pure inspiration anglo-saxonne. Le mot "factor" nous vient en réalité du latin "facere" (4). Le factor est étymologiquement celui qui agit pour compte d'autrui (5). La langue française en dérivait le mot "facteur" (6). Sans doute le vocable "factoring" a-t-il été préféré par nos milieux d'affaires à sa traduction française "factorage", en grande partie en raison de la présomption

-
- (1) Obligation instaurée par l'A.R. n° 43 du 9 octobre 1967 - article 2 qui complète l'article 12 de l'A.R. n° 185 du 9 juillet 1935 sur le contrôle des banques et le régime des émissions des titres et valeurs.
 - (2) Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, op. cit., n° 31.
 - (3) S. ROLIN, Le factoring, une prise en charge des créances, 1972, p. 7 ss.
M. REVERS, Le factoring, une nouvelle méthode de crédit ? 1969, p. 1 ss.
L. SUSSFELD, Le factoring, 1968, p. 9 ss.
 - (4) facere - faire, agir; factor- celui qui agit.
 - (5) Le mot latin désignant celui qui agit pour compte propre eut été "auctor".
 - (6) Dictionnaire "Le Petit Robert" : facteur(...) "celui qui fait le commerce pour compte d'un autre"; "agent, commis, intermédiaire"; "mandataire".

d'efficacité et de dynamisme commercial qui accompagne toute innovation technologique au manageriale à consonnance d'Outre-Atlantique.

L'idée de laisser à des spécialistes la gestion des créances commerciales n'est certes pas neuve. Il semble que les Phéniciens, réputés pour leur commerce maritime et leurs comptoirs d'exportations, aient déjà réalisé la commodité de confier à leurs agents locaux la responsabilité des opérations commerciales traitées dans leur secteur. Les factors réapparurent au Moyen-Age en tant que courtiers d'affaires itinérants, prospectant pour le compte d'un patron d'éventuelles sources de relations commerciales. Le mot factor fut également utilisé au XVème siècle comme synonyme de mandataire (1) ou de commissionnaire (2).

L'essor colonial français, espagnol et anglais, ainsi que les grandes découvertes du XVème siècle furent un jalon marquant de l'évolution du factoring. Les factors prirent progressivement en charge le risque des opérations conclues à leur intervention et la garantie de solvabilité des acheteurs qu'ils sélectionnaient. La multiplication des comptoirs commerciaux dans les pays fraîchement colonisés, l'extension consécutive du commerce d'exportation, l'éloignement des colonies et leur étendue, tous ces éléments contribuèrent à l'accroissement considérable du rôle des factors locaux. D'exécutants, ceux-ci devinrent progressivement les conseillers de leurs patrons et allèrent jusqu'à financer eux-mêmes les stocks de marchandises.

Simultanément revendeurs de marchandises, financiers et assureurs-crédit, les factors se révélèrent de première utilité jusqu'à la deuxième moitié du 19ème siècle. Tantôt ils achetaient comptant les marchandises dès leur livraison et les écoulaient à leur propre risque, tantôt ils se chargeaient de la vente et de la récupération des créances pour compte de leurs fournisseurs,

(1) Shakespeare, Cymbeline, Act I, scene 6 "some dozen Romans of us...."

(2) Les origines historiques du contrat de factoring et du contrat de commission sont étroitement mêlées.

tout en consentant à ces derniers des avances. En offrant la garantie de bonne fin des transactions auxquelles ils participaient et en assumant les risques de non recouvrement des créances, les factors ajoutèrent à leur commission de vente une commission de ducroire.

A la fin du XIXème siècle, le factoring commercial se vit grandement affecté par les Tariff'Acts américains de 1883 et 1890 taxant très lourdement les importations afin de favoriser la croissance de l'industrie nationale naissante. Suite à ces mesures protectionnistes, les importations aux U.S.A. de textiles et de tissus européens et anglais baissèrent fortement au détriment du factoring qui, à cette époque, était en majeure partie centré sur ces secteurs.

En quête de reconversion, les factors américains exploitèrent alors la quasi-inexistence de crédit aux U.S.A. (1) pour pallier la régression progressive de leur rôle commercial. Ils proposèrent aux industriels d'acheter ferme et sans recours les factures destinées à leur clientèle. Leur rôle financier allait désormais passer à l'avant-plan. Volant au secours des producteurs en panne de financement ou de trésorerie, les factors se présentèrent comme un substitut idéal à l'inadéquation des services bancaires paralysés par la crise des années 30 et les réglementations financières destinées à l'enrayer. Ces réglementations ne visaient que les seules banques, à l'exclusion des sociétés de factoring.

(1) L'escompte y était pratiquement inconnu, la lettre de change peu répandue et les réseaux de renseignements bancaires désorganisés. L'unique forme de financement connue était le crédit de caisse et le seul moyen scriptural de paiement utilisé était le chèque.

Les grandes banques américaines se rendirent compte assez tôt de l'avenir réservé au factoring et de l'intérêt qu'il représentait pour elles (1). Plutôt que d'y voir une activité concurrente, les banques en firent un complément de leurs propres services. Dès 1947, la Trust Company of Georgia et la First National City Bank de Boston possédèrent leur département de factoring, suivies en 1960 par la First National City Bank de New-York. La pénétration du marché européen ne devait pas tarder : la First National Bank de Boston créait en 1960 sa holding suisse International Factors, avec pour mission l'implantation de filiales dans les divers pays européens.

Attirées par les avantages de cette nouvelle formule de financement, des sociétés de factoring se créèrent en Europe parallèlement aux filiales des factors américains. La Grande-Bretagne se montra toute disposée à "accueillir l'enfant prodigue qui lui revenait après cinq siècles modifié et transformé" (2). International Factors créait à Londres, en 1962, sa première filiale européenne. La France, plus en raison des impératifs de son commerce extérieur que pour combler les lacunes de son système de financement (3) l'adopta quelques années plus tard.

(1) Sur l'attitude plus réservée du banquier français, voy. L. SUSSFELD, op. cit., pp 70 à 74.

(2) Serge ROLIN, Le factoring, une prise en charge des créances, Marabout Service, Economie moderne, 1972, p. 20.

(3) A l'encontre des U.S.A., le crédit d'escompte y était bien développé.

Soucieuses d'aggrandir leur rayon d'action, les sociétés américaines de factoring mirent sur pied des chaînes internationales réunissant des factors implantés dans différents pays, qui se confient réciproquement, avec ou sans exclusivité (1), la récupération des créances détenues sur les débiteurs de leurs pays respectifs. Nous connaissons à l'heure actuelle trois grandes chaînes de factoring : International Factors, Walter E. Heller Factoring et Factors Chain International (2). International Factors s'est implantée en Belgique en 1966, suivie, en 1969, par W.E. Heller et Factors Chain International qui intégra dans son réseau la société belge Eurofactor S.A., dépendante du groupe de la Société Générale. On peut également relever dans notre pays la Kempische Factoring Maatschappij (KEFAM) établie à Turnhout. Ces sociétés jouissent en Belgique du statut d'établissements de crédit agréés (3).

De l'industrie textile où il s'était traditionnellement développé, le factoring s'est étendu à l'industrie des métaux, des combustibles, de l'horlogerie, des matières plastiques, des jouets et articles de mode sans que cette énumération soit exhaustive.

(1) Avec exclusivité - Heller Factoring et International Factors
 Sans exclusivité - Factors Chain International.
 Voyez Paul VERGOTE, Le factoring international, Revue de la Banque, 1969, p. 522.

(2) Voyez sur la composition de ces chaînes de factoring, Paul VERGOTE, op. cit., p. 515 à 522.

(3) Leur agréation est nécessitée par l'article 15 de la loi du 31 mars 1958 relative à l'endossement de la facture - infra Chapitre III, Section 2. Sur les modalités et conditions de l'agréation, voyez l'A.R. du 12 février 1936 modifié par l'A.R. du 29 avril 1937 relatif à "l'agréation d'établissements de crédit professionnel en faveur de la petite bourgeoisie commerciale et industrielle".

Section 2. Définitions du factoring.

L'"Encyclopedia Britanica" définit le factoring comme étant "a business organization rendering specialized financial, credit, collection and bookkeeping services to manufacturers and distributors". Cette définition ne révèle cependant rien de la nature juridique du contrat de factoring, ni du procédé original de transfert de créances qui en est l'essence même.

Pour Annie-Claire Furno, il s'agit d'une "convention à effets permanents passée entre le factor et l'adhérent, selon laquelle l'adhérent s'engage à transférer au factor tout ou partie des créances qu'il possède sur des tiers débiteurs et à leur notifier cette transmission; le factor se charge en contrepartie d'opérer le recouvrement des créances, d'en garantir la bonne fin même en cas de défaillance du débiteur et d'en régler le montant à une date d'échéance déterminée, ou par anticipation, déduction faite de ses frais d'intervention" (1).

La Chambre nationale française des conseillers financiers (CNCF) a, quant à elle, analysé le factoring comme "un transfert de créance commerciale de son 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, moyennant la retenue de ses frais d'intervention" (2). Cette définition a l'inconvénient de présenter le factoring comme une opération isolée. Elle passe, de surcroît sous silence la vocation du factoring en tant que technique nouvelle de financement (3).

(1) A.C. FURNO, Le factoring, Hommes et Techniques, mars 1969.

(2) CNCF, Le factoring, Paris, Société d'éditions économiques et financières, octobre 1966.

(3) Ch. GAVALDA, Le factoring, un instrument financier de mobilisation des créances à court terme et de gestion commerciale, Revue de la Banque, 1969, p. 503.

- Brochure International Factors Belgium, Bruxelles, août 1968, p. 10.

- Ch. GAVALDA et Jean STOUFFLET, Le contrat dit de factoring, J.C.P., 1966, I, 2044, n°s 15 à 28.

Mettant à l'avant-plan tantôt les effets économiques, tantôt les composantes juridiques, tantôt les modalités d'exécution du contrat, aucune de ces définitions ne cerne l'ensemble des réalités économiques et juridiques fort diversifiées qu'il recouvre. Nous pensons avec Louis Sussfeld que le factoring est une "opération complexe et multiforme qu'il est bien difficile de résumer en une courte phrase"(1). Il nous paraît en effet opportun de distinguer les opérations de factoring selon le type de services rendus, selon leurs modalités d'exécution et selon l'étendue du financement consenti par le factor.

§ 1° selon le type de services rendus

Le factoring actuellement pratiqué en Europe (old line factoring) se limite aux services traditionnels d'information et de gestion commerciales (2), au rachat inconditionnel par le factor des créances des adhérents sur leurs acheteurs et à leur financement éventuel. Il ne comporte pas, comme les contrats de factoring mis au point par certaines sociétés américaines de factoring (New Style Factoring), de prise en charge par le factor de la gamme complète des services financiers annexes qui entraînent l'assimilation pure et simple du rôle du factor à celui du banquier (3).

(1) op. cit. p. 1.

(2) rédaction et recouvrement de factures, renseignements statistiques, études de marché, conseils de production, de vente, d'investissements et d'administration.

(3) financement de comptes clients, crédits garantis à long terme pour le renouvellement ou l'extension de l'appareil de production, crédits assurés par des stocks existants ou des marchandises en cours de fabrication, crédits contre acceptations souscrites par des acheteurs notoirement solvables, "drop shipment factoring" ou financement d'innovations avec garantie de paiement des marchandises livrées pour autant que la commande ait été approuvée par le factor.

§ 2° selon leurs modalités d'exécution

Le plus souvent, le transfert des créances au factor est notifié par l'adhérent à son débiteur (notification factoring). Parfois, cependant, l'adhérent fait parvenir au factor le double des factures, mais procède lui-même au recouvrement de celles-ci, se contentant de rétrocéder au factor le montant des seules factures acquittées (non notification factoring). Les avantages essentiels du factoring sont maintenus, à savoir la couverture des risques d'insolvabilité et les possibilités de financement éventuels, mais les acheteurs sont laissés volontairement dans l'ignorance des rapports contractuels liant leur créancier à un factor.

3° selon l'étendue du financement consenti

Selon une première formule (maturity factoring ou factoring à l'échéance), le paiement par le factor des créances cédées par ses adhérents ne sera effectué que ~~dans un délai d'un à trois mois postérieur~~ à l'échéance normale des factures. L'adhérent se contente donc, moyennant commission, des services de recouvrement ainsi que de gestion commerciale et comptable, sans demander au factor un quelconque financement. Si les services prestés sont fondamentaux, le financement est en effet facultatif.

Souvent cependant (credit-cash factoring ou factoring avec financement), l'adhérent demandera au factor le règlement immédiat des factures transmises, quelle qu'en soit l'échéance. Dans ce cas, à la commission de factoring s'ajouteront les intérêts compensant la mobilisation immédiate des créances. Les fonds sont avancés au moment même de la livraison de marchandises ou de la prestation de services, contrairement au "maturity factoring" dans le cadre duquel le

paiement intervient non à la naissance de la créance, mais à la date de son échéance. Il est toujours loisible à l'adhérent de ne pas utiliser le crédit porté à son compte. Il peut préférer attendre l'échéance, auquel cas, il ne sera redevable que d'une commission de factoring sans intérêts s'y ajoutant. Si le crédit est immédiatement prélevé par l'adhérent, une date d'échéance moyenne des créances sera déterminée pour le calcul des intérêts dus. Ceux-ci peuvent être calculés soit en fonction de la "maturity date" des créances, c'est-à-dire du moment où l'adhérent est raisonnablement en droit d'en espérer le règlement, soit sur base du délai moyen de leur encaissement effectif. Cette date, qui peut être sensiblement différente de la date d'échéance mentionnée sur la facture, est évaluée, préalablement à l'établissement du contrat, de commun accord entre le factor et l'adhérent, sur base des documents comptables attestant le degré de ponctualité de paiement de la clientèle de ce dernier. L'échéance moyenne est révisée périodiquement en fonction des écarts constatés, cette révision influençant avec effet rétroactif le calcul des intérêts au bénéfice de l'une ou l'autre des parties (1).

(1) J. GERBIER, Le factoring, Dunod, 1970, p. 83.

CHAPITRE II. - ANALYSE JURIDIQUE DU CONTRAT

L'absence de dispositions légales ou réglementaires spécifiques sanctionnant la mise en oeuvre et les effets du contrat de factoring ainsi que la rareté de la jurisprudence en la matière (1) rendent impérieuse la rédaction d'un contrat écrit définissant de manière précise les obligations, droits et garanties du factor et de l'adhérent (2).

Si certaines clauses sont directement inspirées des techniques étrangères (3) sur 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 classiques (4). Le contrat présente cependant la spécificité d'être un contrat cadre, figure juridique dont la théorie générale

(1) Trib. Com. de Pontoise, 20 juin 1967, J.C.P., 1968 II, 15610 note GAVALDA

Revue de Jurisprudence
Commerciale 1968, p. 38 note LALLEMANT

Trib. Comm. de la Seine, 11 janvier et 27 juin 1968, J.C.P. 1968, II, 15610 note GAVALDA

Cour de Paris, 25 juin 1968, J.C.P., 1968, II, 15637 note GAVALDA

Cour de Paris, 21 et 23 janvier 1970, J.C.P. 1971 II 16837 note GAVALDA

Cass. Fr. 21 novembre 1972, J.T., 30 mars 1974, p. 227 note Alain ZENNER

- (2) Les contrats-types des plus importantes sociétés de factoring opérant en Belgique et en France sont respectivement reproduits en annexe des ouvrages cités de S. ROLIN et J. GERBIER.
- (3) particulièrement en ce qui concerne les modalités de financement - cf. la notion de maturity date
- (4) Alain ZENNER, Le cadre juridique du factoring, Centre d'études bancaires et financières, mai 1972, p. 38.

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 factoring le caractère d'une opération de crédit. Le transfert de la créance n'est que le procédé de réalisation d'une convention de crédit antérieure et distincte (1)".

Section 1. Contrat d'adhésion (2).

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. Il est aussi dans une très large mesure (3) un contrat d'adhésion à 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.

(1) Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, Le contrat dit de factoring, J.C.P. 1966, 2044 n°s 39 et 42.

Nous préférons détacher la transmission des créances de la nature juridique du contrat et en faire un chapitre distinct (infra chapitre III).

(2) "Un contrat d'adhésion est un contrat dont le contenu contractuel a été fixé totalement ou partiellement, de façon abstraite et générale, avant la période contractuelle", Georges BERLIOZ, Le contrat d'adhésion, Paris, 1973.

Voyez Ch. del MARMOL, Clauses contractuelles type, Liber Amicorum Baron Fredericq, Gand, 1966, 307; H. DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil belge, Tome II, 1964, n° 550.

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

La globalité du transfert des créances est une caractéristique essentielle du contrat (1). Tout comme l'alternance statistique des bons et des mauvais risques 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.

Contrat à exécution successive, le factoring trouve la garantie de son bon fonctionnement dans sa durée (2), 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. Le contrat de factoring 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.

(1) A tout le moins par catégorie de créances ou par secteur d'activité. Le contrat peut exclure expressément certaines créances ou limiter son objet, par exemple, aux seules créances à l'exportation. Voyez Alain ZENNER, op. cit., p. 41 note 141.

(2) généralement une année au minimum.
 "Le contrat de factoring ne saurait être un mode de financement isolé ou même une opération de crédit épisodique",
 Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, op. cit., n° 19.

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. La personne des adhérents (1), la liste des débiteurs et les factures transmises doivent faire l'objet d'une approbation par le factor (2). 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

(1) "Certaines sociétés de factoring 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", Le factoring, une nouvelle découverte vieille de 250 ans, Bulletin Economique de la Société Générale de Banque, juillet 1970, p. 4.

(2) La validité de la clause d'approbation a été contestée, à tort nous semble-t-il, comme subordonnant l'engagement du factor à une condition purement protestative nulle aux termes de l'article 1174 du Code civil. Le droit d'agrément, tant en matière d'assurance crédit qu'en matière de factoring ne constitue pas une condition purement protestative:

J. VAN RIJN et J. HEENEN, Tome IV, n° 2522.

M. FONTAINE, Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit, 1966, p. 13.

Liège, 31 janvier 1934, Rev. Gén. Ass. Resp., 1934 n° 1491.

Un refus systématique et non justifié d'approbation de factures pourrait devenir constitutif d'un abus de droit. Il s'agit là d'une hypothèse d'école, difficilement concevable en pratique.

seront contractuellement sanctionnés (1). Les clauses pénales retiendront notamment l'attention du factor (2). A titre de cessionnaire ou de créancier conventionnellement subrogé, le factor bénéficie en effet de tous les droits, sûretés et accessoires attachés à la créance (3).

-
- (1) Les factures portent de plus en plus fréquemment des clauses imprimées : délai de protestation, compétences rationae loci de telle juridiction, dégagement de responsabilité, clauses pénales. La portée et la mesure de l'opposabilité des conditions générales ont été étudiées dans un rapport d'Irma MOREAU-MARGREVE, Les conditions générales de vente, Renaissance du phénomène contractuel, 1971, pp. 259 à 323. Voyez également A. CLOQUET, La facture, 1959 pp. 194 à 224 et du même auteur, La valeur des mentions imprimées des factures, J.T., 1957, p. 253.
- (2) Les clauses pénales sont régies par les articles 1152 et 1226 à 1233 du Code civil. Elles consistent en 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. Voy. Cass. 17 avril 1970, Revue Critique de Jurisprudence Belge, 1972, p. 454, note Irma MOREAU-MARGREVE, "Une institution en crise, la clause pénale". La validité des clauses disposant que le non paiement de la facture à son échéance entraînera de plein droit majoration de X % du montant impayé est justifiée par la nécessité légitime de lutter contre le fléau grandissant des mauvais payeurs (Comm. Liège, 19 octobre 1968, Pas. 1969 III, p. 58). Par contre est illicite la clause de majoration de facture en cas de recouvrement judiciaire. Cette seconde formule a été considérée comme portant atteinte au droit naturel de se défendre en justice (Code judiciaire, article 1023, Cass. 29 septembre 1967, Pas. 1968, p. 132). La jurisprudence considère que les clauses pénales ne peuvent jamais aboutir en cas d'inexécution du contrat à procurer au créancier un bénéfice plus important que son exécution (Appel Bruxelles, 1er février 1971, Pas. 1971, II, p. 147; Cass. 24 novembre 1972, Revue Critique de Jurisprudence Belge, 1973, p. 302, note Irma MOREAU-MARGREVE).
- (3) article 1692 du Code civil : "La vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque".
- article 1250 al. 1 du code civil : "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...".

Les factors recommandent fortement à leurs adhérents, surtout en matière de commerce international, d'insérer dans leurs contrats des clauses de réserve de propriété (1). Bien que cette clause soit, en droit belge et 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 divers (2).

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

Section 2. 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

(1) Clause par laquelle le vendeur se réserve contractuellement la propriété de la chose vendue jusqu'à son entier paiement par l'acquéreur. La clause est licite, la règle du transfert de propriété solo consensu (articles 1138 et 1583 du Code civil) étant supplétive.

(2) Voyez concernant la loi applicable en droit international privé pour apprécier la validité d'une clause de réserve de propriété insérée dans un contrat international, Trib. Comm. Seine, 9 novembre 1964, Journal des Agréés, janvier 1965, p. 15.

Voyez dans "Idées nouvelles dans le droit de la faillite", 1969, 4ème partie, les rapports de :

Pierre COPPENS, Les problèmes de clauses de réserve de propriété dans l'avant-projet de la convention européenne sur la faillite, pp. 235 à 269.

Giuseppe FERRI, L'opposabilité de la réserve de propriété en droit italien des faillites, pp. 273 à 275.

A. BLOM, La position du droit néerlandais en matière de clause de réserve de propriété en cas de faillite de l'acheteur, pp. 277 à 285.

Herbert STUMPF, L'expérience allemande de la réserve de propriété, pp. 288 à 303.

intérêts rémunérant le financement éventuel. La Commission de factoring 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 aux U.S.A. que chez nous, et partant, les sociétés de factoring plus expérimentées et leurs réseaux de renseignements plus efficaces. C'est sans doute la raison pour laquelle les taux moyens européens sont généralement plus élevés que les taux moyens américains (entre 0,25 et 1,75 %).

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 Belgique, le calcul de ces intérêts se réfère au taux fixé par la Banque Nationale pour les avances en compte courant, augmenté d'un ou de deux % l'an. Les taux d'intérêt pratiqués aux U.S.A. sont ceux du "Prime Rate" moyen augmenté de 2 %.

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 au factoring élimine largement, de surcroît les risques de gestion nés d'une sélection souvent trop hâtive des clients en période de croissance de vente (1).

Pour juger de son coût, il faut en réalité, comme le souligne D. Pütz, examiner le factoring non seulement sous l'angle du coût d'un de ses avantages, à savoir le financement,

(1) M. REVERS, Le factoring, une nouvelle méthode de crédit ? 1969, pp. 68 à 69.

mais le considérer comme un service complet (1), 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 financiers 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 (2).

Section 3. 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.

§ 1° 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. 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 Stoufflet (3), la correction de ces prestations selon les règles applicables à un mandataire professionnel salarié.

-
- (1) D. PUTZ, Le factoring, service complet ou partiel, Annales des Sciences Economiques Appliquées, U.C.L., juin 1971, p. 174, Ch. 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. SUSSELD, Le factoring, 1968, pp. 70 à 74.
- (2) J. MEUTERMANS, La pratique du factoring, Revue de la Banque, 1969, pp. 5374.
- (3) Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, op. cit., n° 52 in fine.
J. GERBIER, op. cit. p. 83.

§ 2° 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 factor une exception dont il disposerait envers son créancier initial (exceptio non adimpliti contractus, compensation, saisie-arrêt) (1).

L'inexistence totale ou partielle de la créance réglée, la survenance d'une cause d'extinction, d'une déchéance ou d'un moyen quelconque d'inefficacité, 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 (2). Un recours est aussi ouvert contre l'adhérent lorsque le dol, la faute ou la négligence de ce

(1) 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.

(2) 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. Voyez Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, op. cit., n°s 60 et 61. L'anéantissement d'une opération n'infère pas pour autant la résiliation de la convention de factoring elle-même.

dernier a compromis les chances de récupération de la créance : non respect des réglementations de change, manquement à l'obligation de notifier au débiteur le transfert de la créance au factor (1), facturation non conforme au modèle normalisé imposé par le législateur (2) 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 (3).

La garantie par l'adhérent de l'existence effective de la créance est calquée sur l'obligation mise à charge du créancier cédant par l'article 1693 du Code civil (4). 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 biens ou par des prestations de services

-
- (1) Les stipulations du contrat lui en font un devoir juridique exprès.
 - (2) L'article 2 de l'A.R. n° 1 du 23 juillet 1969 relatif aux mesures tendant à assurer le paiement de la taxe sur la valeur ajoutée (T.V.A.) énumère les mentions que doivent porter les factures obligatoirement délivrées par un assujetti à son cocontractant : date de délivrance de la facture, nom et adresse de l'assujetti et de son cocontractant, date de la livraison du bien ou de l'achèvement du service, dénomination usuelle et quantités des biens livrés ou nature du service, indication du prix et autres éléments de la base d'imposition, indication des taux et du montant de la taxe due ou de la cause d'exemption.
 - (3) Alain ZENNER, op. cit., p. 41 et aussi sa note n° 140.
 - (4) L'article 1693 dispose que "celui qui vend une créance ou autre droit incorporel doit en garantir l'existence au temps du transfert quoi qu'il soit fait sans garantie". Les contrats-type des sociétés de factoring étendent cette obligation de garantie au-delà de la stricte notion d'inexistence. 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 non paiement par le débiteur pour faits de guerre, d'insurrection, de cataclysmes, de moratoire légal, de fait du prince etc... (Voy. aussi infra chapitre III, section 3, § 2°).

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 acomptes payables avant livraison ou prestations effectives, sont formellement exclus (1)".

Dans certains cas et moyennant une commission moindre, la société de factoring 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 (2). 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 du factoring au sens où nous l'avons explicité plus haut. De même le factoring dit "avec recours" et le "non notification" factoring, 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 de factoring, rendues possibles par l'absence de réglementation juridique propre à ¹délimiter de façon suffisamment contraignante.

§ 3° Par convention de compte courant (3), 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. Pendant leur individualité, 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.

(1) Alain ZENNER, op. cit., p. 41.

(2) Les frais de recouvrement sont, par application du mandat, à charge de l'adhérent (article 1999 du Code civil).

(3) Sur la nature du compte courant et ses effets indivisible et novatoire, voyez Dalloz, Droit commercial, v° compte courant, n°s 13 à 159.

La tenue du compte courant est confiée à la société de factoring. Hebdomadairement ou mensuellement, l'adhérent envoie au factor les factures approuvées accompagnées d'un bordereau ad hoc signé par lui et des 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 "credit cash factoring" 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 ordinaire (1). 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.

§ 4° 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 facture (2), c'est au factor qu'il appartiendra d'en opérer recouvrement en respectant les échéances propres. L'adhérent est tenu d'avertir (3) sans

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

(2) Infra, Chapitre III.

(3) Selon des modalités différentes en fonction du procédé de transfert convenu. Infra chapitre III.

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 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".

Le factor possède le droit de tirer des traites sur les débiteurs pour le compte de l'adhérent (1). 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 de la traite.

Le caractère intuitu personae du contrat de factoring et l'obligation générale de collaboration loyale entre contractants (2), imposent au factor de solliciter l'avis de son adhérent lorsque surgissent des difficultés de recouvrement (3). 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

(1) En vertu de l'article 3, alinéa 3 de la loi du 31 décembre 1955 sur la lettre de change et le billet à ordre.

(2) C'est le principe de l'exécution de bonne foi des conventions qu'énoncent l'alinéa 3 de l'article 1134 et l'article 1135 du Code civil, qui dispose que "Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature".

(3) Voy. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, op. cit., : l'obligation pour le factor subrogé de recouvrer la créance avec correction et selon les usages commerciaux est analysée dans leur n° 52.

avec l'esprit même du contrat de factoring. 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.

§ 5° Les droits et obligations secondaires peuvent se regrouper dans cette obligation générale de collaboration étroite entre contractants que viennent encore concrétiser les obligations de fidélité, de globalité et d'exclusivité dans les remises, la soumission loyale de l'adhérent aux modalités de sélection préalable (1) et d'approbation des factures (2) stipulées par le factor et le devoir corrélatif de discrétion qui incombe à ce dernier comme à tout professionnel mis au courant des secrets d'affaires de ses clients.

Section 4. Contrat innomé, sui generis

Inconnu du législateur, le factoring puise sa force obligatoire dans la convention des parties (3). 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'assu-

-
- (1) Précisions diverses sur l'activité commerciale de la société factorée, sur sa surface financière, sur les conditions de crédit et de paiement habituellement consenties, sur le montant total de créances irrécupérables ou litigieuses etc...
 - (2) Questionnaires divers, examens de bilan, expertises comptables, demandes de renseignements. Il n'est pas rare cependant que les adhérents qui en raison de leurs rapports réguliers avec le factor réussissent à gagner la confiance de ce dernier parviennent à réduire ces modalités d'approbation à une simple conversation téléphonique.
 - (3) Article 1134 cc "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites".

rance-crédit, l'escompte, l'avance sur bordereaux ou encore le crédit documentaire, auxquelles on a tenté d'assimiler le contrat de factoring.

§ 1°. Le contrat de factoring ne peut être considéré comme une application du mandat. Le mandataire n'est en effet tenu que du versement des sommes qu'il a effectivement encaissées. Le factor contracte par contre un engagement ferme de remboursement des créances transmises ~~nonobstant~~ leur recouvrement effectif. Certaines sociétés se sont spécialisées dans le recouvrement pour compte d'un fournisseur des créances, le plus souvent pré-contentieuses, que ce dernier lui confie de sa propre initiative. Outre qu'elles ne possèdent pas comme les sociétés de factoring, le statut d'établissement financier agréé, ces sociétés de recouvrement ne font que récupérer pour compte de leur mandant et sans en garantir la bonne fin, des créances isolées qu'en aucun cas elles n'acceptent de financer (1). Même si dans le mandat dit du croire, le mandataire se porte garant de la solvabilité d'un tiers débiteur, la prise en charge du risque d'insolvabilité ne s'accompagne pas du transfert de propriété de la créance.

Une analogie avec le mandat se conçoit sur le plan du recouvrement par le factor des créances non approuvées (2). Hormis ce cas, le factor, devenu propriétaire des créances, agit en nom et pour compte propre et non pas, comme le ferait un mandataire au nom et pour compte d'un quelconque donneur d'ordre.

(1) J. GERBIER, op. cit., p. 50.

(2) *Supra*, section 3 § 2 in fine.

§ 2. Le contrat de factoring s'apparente par certains aspects à l'assurance-crédit. La couverture des risques de non-paiement est commune aux deux institutions. Il n'est pas contestable que le factor remplit, à cet égard, les fonctions d'assureur-crédit. Tous deux alimentent une documentation précise concernant la solvabilité des acheteurs-débiteurs et contribuent par là même à guider le commerçant (adhérent-assuré) dans ses relations d'affaires. Certains impératifs en sont communs, notamment la nécessité d'une compensation des risques du factor et de l'assureur, réalisée par les exigences de continuité de globalité et d'exclusivité dans les remises, ainsi qu'en matière d'assurance-crédit par les enseignements apportés au calcul des primes par l'étude statistique des chances de réalisation du risque couvert. Le factor comme l'assureur-crédit peuvent accepter dans certains cas, moyennant stipulation expresse du contrat, d'étendre la couverture aux risques politiques et de change. Le factoring à l'exportation et l'assurance-crédit à l'exportation se rejoignent sur ce point.

Le contrat de factoring ne saurait cependant être davantage confondu avec le contrat d'assurance-crédit. La police classique d'assurance-crédit couvre le risque d'insolvabilité réelle ou présumée⁽¹⁾ de l'acheteur bénéficiant d'un terme pour le paiement du prix et garantit ainsi la bonne fin des créances à court terme relatives à des livraisons de marchandises.

Si les avantages découlant de l'assurance-crédit sont également propres au factoring, l'inverse n'est pas vrai. Outre qu'il ignore totalement l'ensemble des services administratifs et financiers annexes fournis par le factor et que son droit de regard dans les affaires de l'assuré n'est certes pas aussi étendu que celui du factor dans celles de l'adhérent, l'assureur-

(1) Présumée par l'expiration d'un délai de carence.

crédit ne couvre jamais les créances que partiellement (1). L'assureur ne se doit d'indemniser le créancier assuré que dans les limites convenues et seulement en cas de réalisation dûment constatée du risque d'insolvabilité couvert. Tout financement de la créance est contrairement au factoring, exclu par nature du domaine de l'assurance-crédit. Seule la défaillance caractérisée du débiteur principal, nécessairement postérieure à l'échéance de la créance, amènera l'assureur-crédit à indemniser le créancier. Le risque de trésorerie inhérent aux retards dans les paiements n'est pas couvert par l'assurance-crédit.

Le paiement par le factor des factures approuvées ne saurait en aucun cas être assimilé à une indemnité d'assurance. Acheteur des créances de son adhérent, le factor en règle le prix (2). Le factor est par conséquent bien plus qu'un garant (3), il est personnellement débiteur principal du montant intégral des factures approuvées qui lui ont été transmises et qu'il réglera au plus tard quelques jours après leur échéance quand il n'accepte de les financer.

§ 3. Le factoring et l'escompte ont en commun d'être des instruments privilégiés de mobilisation de créances commerciales. Les intérêts compensant la mobilisation des créances sont déduits par le banquier

(1) Marcel FONTAINE, Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit, 1966, p. 10. L'assureur-crédit n'offre pas au créancier une garantie totale contre la perte de sa créance. Trois facteurs interviennent pour limiter la prestation de l'assureur : la franchise, le maximum de crédit et le découvert obligatoire.

(2) En ce sens l'article 1689 et suivantes du Code civil traitent du transfert des créances comme d'une simple variété de la vente.

(3) Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, op. cit., n° 41.

escompteur tout comme par le factor agissant dans le cadre d'un contrat de factoring avec financement. Les établissements d'escompte et les sociétés de factoring sont des établissements de crédit agréés.

De nombreuses divergences cependant les séparent.

L'escompte suppose une matérialisation de la créance dans un effet de commerce négociable (1); cette exigence est étrangère au factoring.

Si l'escompteur et le factor acquièrent l'un et l'autre la propriété et les droits attachés à la créance, le premier dispose en cas de non paiement d'un recours cambiaire contre les signataires de l'effet. "La différence existant entre le factoring et l'escompte en ce qui concerne le recours s'explique aisément. Dans un crédit par avance comme l'escompte, il est naturel que le crédit demeure garant de la bonne fin de l'opération, c'est-à-dire qu'il soit tenu de rembourser le créancier si pour une raison ou une autre elle ne se dénoue pas normalement. "Au contraire, il est de la nature d'un crédit tel que le factoring, qui s'apparente aux crédits par signature et peut être rapproché de l'aval ou du crédit documentaire, de ne pas comporter de recours contre le bénéficiaire, ou du moins de recours intégral (2). Sinon, la garantie à quoi se ramène ce type de crédit serait dépourvue de toute consistance (3)".

(1) Quoique la mobilisation de créances non représentées par un titre négociable ne soit pas juridiquement impossible, elle est peu pratiquée. RIVES-LANGE, Les problèmes juridiques posés par l'opération d'escompte, n° 116.

(2) Supra, p. 18 à 21.

(3) Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, op. cit., n° 44 bis.

S'il est vrai qu'une variété d'escompte, l'escompte à forfait ou en ducroire, emporte renonciation expresse à tout recours contre le remettant et par là se rapproche davantage de l'opération de factoring, d'autres différences avec ce dernier contrat n'en subsistent pas moins.

Opération isolée, l'escompte ne comporte pas les obligations d'exclusivité et de globalité que le contrat de factoring met à charge de l'adhérent.

Légalement réglementée et complétée par une jurisprudence abondante, la technique de l'escompte se passe aisément d'écrit. Nous avons souligné au contraire la primordiale nécessité de la rédaction d'un contrat de factoring.

"Dans le factoring, les avances consenties sur les créances ne connaissent pas les limites liées à la solvabilité des débiteurs du vendeur (1)".

L'escompteur, de surcroît, ignore les services administratifs et commerciaux dont la prise en charge par le factor a contribué à faire du factoring une formule de financement à la fois plus souple et plus complète que l'escompte.

(1) J. GERBIER, op. cit., p. 86.

Section 5. Causes de résiliation du contrat (1)

Conformément au droit commun, le contrat de factoring prend fin par la commune volonté des parties ou, sauf tacite reconduction, par l'expiration du terme fixé. Lorsque le contrat est conclu à durée indéterminée, une résiliation unilatérale, moyennant préavis, est ouverte aux parties (2).

Le caractère intuitu personae des rapports entre le factor et l'adhérent justifie la résiliation du contrat en cas de changement d'état de l'une des parties : décès de l'adhérent, faillite, concordat du factor ou de l'adhérent.

Les conditions générales du contrat prévoient la faculté de résiliation par lettre recommandée, sans préavis ni mise en demeure en cas de manquement par les parties à l'une quelconque de leurs obligations (3).

(1) La résiliation de la convention générale de factoring est indépendante de l'anéantissement éventuel de certaines opérations isolées qui la concrétisent.

(2) Supra, Chapitre II, section 1.

(3) Voyez par exemple, Les conditions générales d'Heller Factoring S.A. réservant au factor le droit de suspendre ou de résilier le contrat, à tout moment, sans préavis ni mise en demeure préalable, sans devoir justifier sa décision et sans indemnité, dans les cas suivants :

- a) décès, incapacité, faillite, concordat, protêt, interdiction de commercer de l'adhérent
- b) violation par l'adhérent de ses obligations contractuelles
- c) encaissement par l'adhérent, en tout ou en partie, d'une ou de plusieurs factures endossées au factor, sans restitution immédiats des fonds perçus.
- d) contestations sérieuses des factures par les acheteurs, si l'adhérent ne donne pas sans délai au factor des explications satisfaisantes à ce sujet
- e) non remboursement, dans les 24 heures de la demande formulée par le factor d'une facture non avalisée dont le montant est mis à la disposition de l'adhérent, si cette facture est impayée ou contestée par l'acheteur
- f) tirage par l'adhérent d'une ou de plusieurs lettres de change sur un acheteur sauf si elles sont tirées avec l'accord écrit du factor ou si elles sont tracées à son profit ou à son ordre.
- g) modification par l'adhérent de ses conditions générales de fournitures, sans le consentement du factor.

CHAPITRE III. - LE FONDEMENT JURIDIQUE DU TRANSFERT DES CREANCES

Un délicat problème se pose de la recherche d'un procédé de transfert ^{ap/c} à réaliser à la fois les exigences juridiques qui sont propres aux différents moyens de transfert des créances et les impératifs commerciaux qui président dans une large mesure au choix à opérer entre les diverses techniques utilisables.

Il s'agit là d'une illustration caractéristique de la démarche propre au droit économique qui consiste à voir dans le droit moins un paramètre qu'une variable et à prendre conscience qu'il existe le plus souvent divers costumes juridiques susceptibles d'habiller une même situation (1).

Section 1. La cession de créance

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.

§ 1° Droit Belge

Le mécanisme de la cession de créance est régi par les articles 1689 à 1701 de notre Code civil. Considérée comme une vente (2) dont elle ne forme dans le Code civil qu'une variété particulière, la cession de créance aboutit précisément aux effets juridiques recherchés dans le cadre du contrat de factoring.

(1) Cf. Alex JACQUEMIN, Le droit économique, serviteur de l'économie ?, doc. CRIDE, 1971, pp. 15 et 16.

(2) Les articles 1689 et suivants forment le Chapitre VIII du titre VI du Code civil intitulé "De la vente". La cession de créance pourrait en réalité constituer tout aussi bien une donation ou encore une dation en paiement lorsqu'elle n'est pas faite moyennant un prix, élément essentiel à la vente.

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 attachent (1).

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 originale (2). 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'ont pas d'effet novatoire. En conséquence et par application de l'adage "nemo plus juris ad alium transfere potest quamipsehabet", 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 (3).

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 (4)

(1) article 1692 CC; Cass. 13 septembre 1973, J.T., 1973, p. 634.

(2) DE PAGE, Tome IV, édition 1973, p. 379 n° 373.

(3) En ce qui concerne l'exception de compensation, l'article 1295 du Code civil dispose que le débiteur cédé qui a accepté purement et simplement la cession (acceptation authentique prévue par l'article 1690) ne peut plus opposer au cessionnaire la compensation qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant. A l'égard de la cession qui n'a point été acceptée par le débiteur mais qui a été signifiée, seule est paralysée la compensation des créances postérieures à cette notification.

(4) L'action en résolution, propre aux contrats synallagmatiques, sanctionne l'inexécution des engagements des parties. La plupart des contrats de factoring prévoient la résolution en termes généraux par une stipulation expresse de la convention dispensant les parties d'un recours préalable aux tribunaux.

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'entend que de la solvabilité actuelle du débiteur et ne s'étend pas à sa solvabilité future si le cédant ne l'a expressément stipulé (1). En toute hypothèse, un bénéfice de discussion est ouvert au cédant dont la garantie ne sera, au surplus, jamais invoquée au-delà du prix qu'il a obtenu de la cession (2).

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 du 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 l'article 1690 du Code civil 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 factoriées.

L'article 1690 (3) constitue une dérogation importante au principe suivant lequel les effets externes des conventions sont opposables aux tiers sans aucune formalité. Sans doute le

(1) article 1695 cc.

(2) article 1694 cc. Ce principe ne vaut cependant pas si le cédant s'est porté caution solidaire.

(3) article 1690 cc. "Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique".

débiteur cédé ne doit-il pas intervenir à l'opération de cession en raison de ce que sa situation personnelle y demeure inchangée(1). Forcé de subir la cession, il doit cependant en être informé, ne fût-ce que pour pouvoir se conformer à la volonté de ses auteurs. Le paiement que, dans l'ignorance de la cession, le débiteur aurait effectué entre les mains du cédant serait, à défaut, libératoire au titre de sa bonne foi par application de l'article 1240 du Code civil (2).

Le mode d'information est soustrait par l'article 1690 à la liberté des parties : à s'en tenir à la rigueur des termes du dit article, l'opposabilité de la cession aux tiers, dont en premier lieu le débiteur cédé resté étranger à la convention liant le cédant et le cessionnaire, dépend de l'observation rigoureuse de formalités légales limitativement énoncées.

Tout en produisant ses pleins effets entre parties, la convention ne sera opposable à l'égard des tiers (3) qu'après sa signification au débiteur cédé par exploit d'huissier ou l'acceptation du même débiteur dans un acte authentique.

Encore faut-il s'entendre sur la portée exacte de l'article 1690.

-
- (1) juridiquement tout au moins. Le débiteur aura, peut-être, à regretter en fait la substitution à un créancier compréhensif d'un créancier plus intransigeant.
- (2) Les conditions générales du contrat de factoring 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 mandat (article 1993 du code civil) il incombera à l'adhérent de faire parvenir les sommes ainsi reçues à la société de factoring (voyez l'article 6 du contrat-type Factofrance Heller, reproduit in M. REVERS, op. cit., p. 103.
- (3) "Ont la qualité de tiers, tous ceux qui, étant d'ailleurs demeurés étrangers à la cession, prétendent avoir à l'égard de la créance cédée, des droits que la cession tend à anéantir ou à restreindre" P.C., Tome X, n° 215.

Les tiers jouissent en l'occurrence d'une protection renforcée par rapport au droit commun puisque tout tiers intéressé (second cessionnaire, créancier du cédant, curateur de faillite du cédé) peut se prévaloir du défaut de signification ou d'acceptation pour écarter l'acte de cession même s'il a date certaine.

S'agissait-il d'instaurer un système de publicité techniquement comparable à celui postérieurement mis en place par la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 en matière de transfert de droits réels (1) ? Cette "publicité" s'avère, comme le remarque De page, bien imparfaite, en premier lieu parce que la signification n'étant pas un acte public, il faut s'adresser au débiteur pour la connaître; en second lieu parce que la signification peut être remplacée par un acte alternatif, l'acceptation du débiteur dans un acte authentique qui ne concerne que lui seul (2). L'article 1328 du Code civil suffit, de plus, à protéger les droits des tiers autres que le débiteur.

Selon H. De Page, il apparaît légitime, les règles de fond en étant les mêmes, de puiser dans la loi du 16 décembre 1851 un principe d'interprétation des formalités de l'article 1690. L'article 1, alinéa 1 de la loi hypothécaire pose le principe que seuls les tiers qui ont contracté de bonne foi, c'est-à-dire qui ne connaissent pas l'acte qu'on veut leur opposer, sont protégés par la formalité de la transcription hypothécaire. Par analogie, soutient H. De Page, on peut déduire de l'article 1690 que les tiers que la loi protège sont les tiers de bonne foi

(1) Loi hypothécaire, article 1er modifié par la loi du 8 juillet 1924.

"Tous actes entre vifs à titre gratuit ou onéreux, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers (...) seront transcrits en entier sur un registre à ce destiné au bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. Jusque là, ils ne pourront être opposés aux tiers qui auraient contracté sans fraude".

(2) DE PAGE, Traité, T. IV, p. 410.

"et non ceux qui se prévalent d'une disposition qui n'a aucun intérêt pour eux puisqu'ils connaissent la véritable situation et qui agissent donc par fraude (1)".

Ceux qui connaissent la cession ne peuvent, par application de ce principe, se prévaloir de l'inobservation des dites formalités. La cession leur est opposable indépendamment de toute signification par huissier ou d'acceptation par acte authentique (2). Il n'en reste pas moins que tout en étant "opposable au tiers de mauvaise foi parce que, nonobstant l'inobservation de l'article 1690, il a connaissance de la cession, l'acte demeurera inopposable aux autres tiers de bonne foi, parce que ceux-ci restent protégés par l'article 1690 qui n'a pas été observé (3)".

Encore faut-il que la connaissance que le débiteur ou les tiers ont de la cession soit établie d'une manière certaine et non équivoque. Peut-on considérer qu'il existe des "actes équipollents" aux formalités de l'article 1690 en ce qu'ils établissent de manière non équivoque la connaissance de la cession ? Les cas les plus fréquents sont la notification au débiteur par lettre missive ou recommandée ou encore son acceptation sous seingprivé. Nous croyons avec Laurent (4) que la seule connaissance d'un acte non rendu public est sans équipollence possible avec une publicité légale. Mais ces substituts imparfaits que sont les "actes équipollents" ont pour effet de constituer de mauvaise foi

(1) DE PAGE, Traité IV p. 142 n° 400 E et la jurisprudence citée à l'appui de sa thèse.

(2) Ibid., n° 411
LAURENT, Tome 24 n°s 488 à 491. Comp. PLINIOLE et RIPERT, Tome VII n° 1122 et la jurisprudence citée.

(3) DE PAGE, op. cit., n° 400 E et Cass. 27 novembre 1961, Pas. 1962, I, p. 389. "... si le cessionnaire se borne à donner au débiteur cédé une connaissance spéciale et personnelle de la cession par simple lettre missive, cette notification n'a que des effets limités".

(4) LAURENT, Tome 24, n° 488.

et de rendre coupables de fraude (1) ceux à qui ils sont destinés, c'est-à-dire en définitive de leur rendre opposable un acte qu'ils sont intéressés à connaître. Toutefois, tandis que les modes prévus par l'article 1690 saisissent le cessionnaire à l'égard de tous tiers quelconques, la connaissance ou la reconnaissance tacite^{ou} expresse de l'existence de la cession n'ont pour effet de saisir le cessionnaire qu'à l'égard du tiers qui a tacitement accepté ou reconnu la cession (2). L'effet des actes équipollents est par conséquent essentiellement relatif et limité à leurs auteurs. Les autres tiers pourront toujours se prévaloir de l'omission des formalités prévues par l'article 1690 (3).

La jurisprudence de la Cour de cassation a suscité certaines équivoques. Dans ses arrêts du 22 février 1952 (Pas. 1952 I, 367) et 3 septembre 1959 (Pas. 1960 I, 1) elle sembla mettre en application les enseignements de De Page en utilisant cependant une terminologie différente, substituant au verbe "connaître" le verbe "reconnaître" (4). Il était permis à la lecture de ces deux arrêts, de considérer les deux termes comme devant être interprétés dans le même sens. Un arrêt plus récent du 29 mars 1962 (Pas. 1962 I, 837) entendit rompre cette confusion en disposant que "la simple connaissance par le débiteur du transport d'une créance ne suffit pas pour lui rendre la cession opposable et pour lui permettre de refuser le paiement de sa dette au créancier envers

(1) PLANIOL et RIPERT, Tome VII, n° 1122.

"A vrai dire ce n'est pas la connaissance de fait par elle-même mais la faute qu'elle a permise, qui aboutit à faire considérer comme opposable au tiers une cession qui n'a pas donné lieu aux formalités de 1690 (...) sans qu'il importerait peu qu'elle lui soit opposable ou non".

Dans le même sens Cass. Belge 10 juin 1909, Pas. p. 306 citée infra p. 36.

(2) Cass. 22 février 1952, Pas. 1952, I, p. 367 note 3
Cass. 27 novembre 1961, Pas. 1962, I, p. 389.

(3) DE PAGE, op. cit., n° 412 suite. "En cas de concours d'une des formalités prévues par l'article 1690 et d'un acte équipollent, c'est la signification qui prime. Ainsi si un débiteur a accepté une cession à l'égard d'un cessionnaire dans un acte sous seing-privé et si un second cessionnaire se présente, qui a fait signifier la cession, c'est à ce dernier que le débiteur sera tenu de payer".

(4) "Le défaut d'accomplissement des formalités prévues par l'article 1690cc ne peut plus être opposé par le débiteur ou par tout autre tiers qui a, même de manière tacite mais certaine, RECONNU l'existence de la cession de créance".

qui il l'a contractée (1), alors que le moyen n'invoque pas que le demandeur avait reconnu ou accepté la dite cession". Cet arrêt créait une ambiguïté supplémentaire en amenant les juges du fond à la nécessité d'une difficile distinction entre "connaissance", "reconnaissance" et "acceptation" (1).

"Par après, un jugement du tribunal civil de Bruxelles du 14 octobre 1963 (3) disposa que le cédé ou tout autre tiers ne peut opposer l'inaccomplissement des formalités de l'article 1690 s'il est établi qu'il a reconnu l'existence de la créance, même de manière tacite ou implicite mais certaine. Deux arrêts de la cour de cassation du 12 octobre 1967 (Pas. 1969, I, 204) et 18 janvier 1968 (Pas. 1968 I, 634) confirmèrent le principe mais réintroduisirent les termes de "connaissance" certaine et non équivoque".

"Il est peut-être regrettable, comme le remarquent à juste titre M. Gevers et J. De Gavre que dans une matière qui donne lieu à tant de difficultés d'application, la clarté que H. De Page avait réussi à y mettre soit à nouveau obscurcie (...) (4).

Il semble qu'en définitive, si la Cour de cassation se refuse toujours (5) à considérer la simple connaissance de la cession par le tiers comme apte à la lui rendre opposable, doivent être admises comme formalités équivalentes du point de vue de leurs

(1) Voyez dans le même sens Cass 7 septembre 1973, I, p. 22.

(2) Voyez. M. GEVERS et J. DE GAVRE, Les contrats spéciaux, examen de jurisprudence 1960-1961, Revue Critique de Jurisprudence Belge, 1965, p. 185.

(3) Journal Des Tribunaux, 1964, p. 151 et note 1 et 2;

(4) M. GEVERS et J. DE GAVRE, op. cit., p. 185.

(5) Voyez Cass. 7 septembre 1972, Pas. 1973, I, p. 22.

effets à celles de l'article 1690, tantôt d'"acceptation" ou la "reconnaissance" (1) de la cession par le tiers, tantôt la "connaissance que ce dernier en a eue pour autant que cette connaissance soit circonstanciée (2) par l'usage que le tiers en a fait en fraude des droits du cessionnaire (3).

De la même manière, la doctrine et la jurisprudence françaises se sont efforcées d'atténuer le principe jugé trop absolu de l'article 1690. Certaines dérogations furent admises. Le débiteur cédé est lié envers le cessionnaire par l'engagement personnel résultant de toute acceptation, même tacite de sa part (4). L'acceptation de la cession par le débiteur résulte de tout fait impliquant nécessairement de sa part la reconnaissance de l'existence du transport (5).

La connaissance de fait du débiteur n'est en général pas suffisante pour le lier. La position classique de la doctrine et de la jurisprudence est, en droit français, de partir de l'idée de fraude (6) comme étant seule susceptible de rendre la cession opposable aux tiers alors que la simple connaissance

(1) Ces deux expressions étant employées indifféremment par nos cours et tribunaux.

(2) "connaissance spéciale et personnelle", stipule l'arrêt de Cass. du 27 novembre 1961, Pas. 1962 I, 389.

"connaissance certaine et non équivoque" stipulent les arrêts du 12 octobre 1967 et 18 janv. 1968 précités.

"connaissance circonstanciée" écrivent L. SIMONT et J. DE GAVRE. Une large marge d'interprétation est ainsi laissée à nos juges du fond.

"Encore serait-il souhaitable que la Cour de cassation exprimât le principe permettant de déterminer quelles sont les circonstances qui, ajoutées à la connaissance que le tiers a de la cession, la lui rendent opposable" L. SIMONT et J. DE GAVRE, Les contrats spéciaux, Revue Critique de Jurisprudence Belge, 1969, p. 573.

(3) Voy. notamment Cass. 10 juin 1909, Pas. 1909, p. 306. Si en principe le débiteur d'une créance cédée peut, bien qu'il connaisse la cession, repousser la demande en paiement du cessionnaire par le motif que la cession ne lui a pas été signifiée, il en est autrement lorsque les circonstances établissent que le débiteur n'oppose cette exception qu'en fraude des droits du cessionnaire.

Dans le même sens, LAURENT, Tome 24, n° 488 "La fraude ne fait-elle pas exception à toute règle ? Quand la loi organise un système de publicité dans l'intérêt des tiers est-ce dans

-
- (3) suite
l'intérêt des tiers qui veulent tromper, ou est-ce dans
l'intérêt des tiers qui risquent d'être trompés, par la
clandestinité des actes qu'ils sont intéressés à connaître ?
Le législateur protège la bonne foi, il n'entend certes pas
donner des armes à la mauvaise foi"; PLANIOL et RIPERT,
Tome VII, n° 1122.
- (4) Cass. req. 22 décembre 1937 : Gaz. Pal. 1938, I, 248.
- (5) Cass. Soc. 20 mars 1953 : Bull. civ. III n° 237, p. 177
- (6) PLANIOL et RIPERT, Tome VII n° 1122 et la jurisprudence citée.
MAZEAUD, Tome II, n° 1262 in fine

passive qu'ils en auraient acquise en dehors des modes spécifiques de la signification ou de l'acceptation authentique reste inefficace au regard de la loi. Une tendance s'est dessinée de rechercher a priori la fraude dans la connaissance de fait de la cession pourvu que cette connaissance soit caractérisée (1).

Les autres tiers, et plus spécialement un second cessionnaire ou un créancier saisissant, ayant eu connaissance certaine et personnelle du transport, ne sont pas fondées à invoquer le défaut de signification ou d'acceptation lorsqu'en dépit de cette connaissance, ils ont agi au préjudice des droits du cessionnaire par imprudence, faute grave ou concert frauduleux(2).

La Cour de Cassation française a, dans un arrêt récent, assoupli considérablement le caractère obligatoire des formalités de l'article 1690 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 (3)".

(1) Cass. Civ. 10 janvier 1905 : S. 1905, I, 328.

Rouen, 29 octobre 1955 : J. Not. 1956, 44980 note GOUY

(2) Cass. Com. 18 décembre 1951 : Bull. civ. II n° 403 p. 295.

(3) Cass. civ. I, 18 mars 1969 : Bull. civ. I, n° 116, p. 91.

§ 2. Droit comparé

Si l'on s'inspire du droit comparé, on est frappé par le peu de formalisme dont s'accompagne la cession de créance dans des droits qui nous sont proches et qui admettent les effets de la cession à l'égard des tiers par le seul fait de la convention.

Ainsi l'article 668 du Code civil hollandais (B.W.) actuellement en vigueur considère la cession de créance comme un contrat consensuel opposable erga omnes. S'il prévoit une notification de la cession au débiteur, c'est dans l'unique but de le constituer de mauvaise foi s'il venait à payer sa dette au cédant et de le priver du recours à l'article 1422, lequel en droit hollandais est l'équivalent de l'article 1240 de notre Code civil (1). Ainsi, un paiement fait de bonne foi au créancier primitif est valable et libératoire en raison de la méconnaissance de la cession par le débiteur mais, a contrario, la connaissance effective du transfert, nonobstant sa signification, suffit à rendre le débiteur de mauvaise foi et à faire obstacle au caractère libératoire de son paiement au cédant. La signification est en droit hollandais de forme tout à fait libre : lettre recommandée, lettre ordinaire, communication verbale (2).

S'écartant considérablement de l'article 668 B.W., le projet N.B.W. (3) fait de la notification au débiteur une condition essentielle de validité de la cession. Le principe fait l'objet

(1) A. ZENNER, op. cit., p. 15, n° 12

(2) La cession de créance en droit néerlandais a été traitée par I. VAN CREVELD, Cessie van Schuldvorderingen, Haarlem 1936.

(3) Nieuw Burgerlijk Wetboek

de l'article 3,4,2,7 du projet (1). Comme c'était déjà le cas sous le régime antérieur, la convention entre cédant et cessionnaire doit intervenir par acte authentique ou sous seing-privé sans cependant que la communication qui en est obligatoirement faite au débiteur ne doive revêtir de forme particulière. Il faudra être attentif aux conséquences du défaut de preuve à l'égard du débiteur de mauvaise foi. Si le cessionnaire (ou le cédant) néglige de signifier la cession au débiteur, il ne pourra invoquer la circonstance que ce dernier en aurait eu connaissance autrement : la cession ne lui est pas simplement inopposable, elle n'est pas encore pleinement réalisée. Les effets de la cession sont réglementés au livre VI du N.B.W.. En ce qui concerne les exceptions, en vertu de l'alinéa 1er de l'article 6.2.4 "la cession ne préjudicie pas au moyen de défense du débiteur cédé". L'exposé des motifs cite notamment l'exceptio non adimpleti contractus, et l'extinction de la dette par compensation (2).

Le projet actuellement soumis à la Commission Benelux pour l'étude de l'unification du droit s'inspire directement de ces dispositions. En particulier, l'article 2 du projet Benelux pose les mêmes exigences : la cession se réalise à l'égard de tous par un écrit suivi d'une communication (dont la forme est libre : article 4). En vertu de l'article 5, le débiteur peut opposer au cessionnaire l'extinction de la créance, antérieure à la communication de la cession, ainsi que toutes exceptions tirées du même rapport juridique entre cédé et cédant, dont résulte la créance cédée. L'art. 6 enfin reprend presque textuellement l'article 6.1.10.7 al. 1er du projet Meijers, relatif aux conditions dans lesquelles peut jouer la compensation.

(1) article 3.4.2.7. alinéa 1 : "en dehors des cas réglés par l'article précédent (billet à ordre et au porteur), les droits pouvant être exercés contre une ou plusieurs personnes déterminées sont cédés par un acte exprès, suivi d'une communication de cet acte à ces personnes, par le cédant ou le cessionnaire".

(2) Toelichting, p. 607.

De même en droit allemand, l'"Abtretung" (1) du B.G.B. ne requiert aucune mesure particulière pour qu'elle soit opposable tant au débiteur cédé qu'à tous les autres tiers. La protection du débiteur qui, dans l'ignorance de la cession, exécuterait encore de bonne foi sa prestation entre les mains du créancier primitif est assurée par les paragraphes 407 et 408 du B.G.B. Son paiement est libératoire à l'égard du cessionnaire pour autant qu'au moment de sa prestation il n'ait pas été au courant de la cession (§407). Comme en droit belge, la créance est transmise avec les sûretés, accessoires et exceptions qui s'y attachent (§ 401). Une particularité du droit allemand est de connaître la cession fiduciaire (Fiduziarische Zession, Treuhandgläubigerschaft) où le transfert se fait en pleine propriété à charge pour le cessionnaire de rétrocéder le produit de l'encaissement au cédant ayant exécuté les obligations auxquelles la créance servait de garantie. Un autre type de cession fiduciaire est l'"Inkassoession" où le transfert est destiné à faciliter au cessionnaire mis en pleine possession des droits attachés à la créance, le recouvrement de cette créance pour le compte du cédant (2). Un risque de conflit entre le factor et les fournisseurs de l'adhérent intervient en droit allemand du fait du jeu des clauses de réserve de propriété prolongée (verlängerter Eigentumsvorbehalt), emportant au profit du fournisseur cession anticipée de la créance du prix dû à l'adhérent en cas de vente de marchandises non encore payées (3).

(1) Les termes "Abtretung", "Forderungsübertragung", ou encore "Zession" sont les traductions allemandes de "cession de créance". La cession de créance forme la section IV, § 398 à 413, du Livre II de la partie générale du B.G.B.

(2) Sur la cession fiduciaire, voyez W. FIKENTSCHER, Schuldrecht, pp. 318-320.

(3) Voyez H. STUMPF, L'expérience allemande de la réserve de propriété, Idées nouvelles dans le droit de la faillite, 1969, pp. 291-292.

Le Code suisse des obligations traite de la cession de créance en ses articles 164 à 183 (1). Les principes qui le régissent sont comparables aux nôtres en ce qui concerne le contenu de la cession (art. 170) et la garantie mise à charge du cédant (articles 171 et 173). Le créancier peut céder son droit à un tiers sans le consentement du débiteur (article 164); le débiteur peut opposer au cessionnaire, comme il aurait pu les opposer au cédant, les exceptions qui lui appartenaient au moment où il a eu connaissance de la cession (article 169); la cession comprend les droits de préférence et autres droits accessoires, sauf ^{ceux} qui sont inséparables de la personne du cédant (article 170); si la cession a lieu à titre onéreux, le cédant est garant de l'existence de la créance au moment du transfert, mais ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé (article 171). et seulement à concurrence de la somme payée par le cessionnaire (article 173).

Tout comme le droit hollandais et le droit allemand, le droit suisse des obligations ne prévoit aucune formalité du type de celles de l'article 1690 de notre Code civil. Si dans ces droits, aucune forme spéciale n'est requise pour rendre la cession de créance opposable au débiteur, l'information de ce dernier par le cédant ou le cessionnaire s'avère néanmoins incontestablement utile, ne fut-ce que pour faciliter la preuve de la mauvaise foi du cédé s'il venait à payer ultérieurement sa dette au cédant(2).

(1) Titre V du Code suisse des obligations.

(2) Voyez par exemple le § 409 du B.G.B. Cet article prévoit deux modes d'informations : l'avis donné par le cédant ou la production par le cessionnaire d'un titre relatif à la cession délivré par le cédant.

§ 3. Appréciation

La cession de créance non formaliste adoptée par les législations allemandes, suisse et hollandaise (1) est mieux adaptée que la nôtre aux exigences d'efficacité tant juridique qu'économique recherchée dans le cadre du factoring et de la vie financière en général et constitue dans ces pays, un instrument privilégié de transfert des factures aux sociétés de factoring (2).

Conçue en perspective d'opérations de cessions épisodiques et isolées, la cession de créance telle qu'elle est réglementée en droit belge et français, n'a pu, en raison de la lenteur, du coût et de la lourdeur des formes qu'elle nécessite pour son opposabilité erga omnes et de l'incertitude de la jurisprudence en ce qui concerne l'efficacité des actes équipollents, être retenue par nos sociétés de factoring comme constituant une technique de transfert satisfaisant aux exigences de globalité et de continuité inhérentes au contrat de factoring.

(1) Voyez en ce qui concerne le droit américain de la cession de créance, qu'il serait trop long d'analyser dans le cadre de cette étude, Heindrick BÜELER, La cession de créances comme instrument de crédit dans le droit des Etats-Unis, Revue de la Banque, 1964, pp. 566 à 579.

(2) L. SUSSFELD, op. cit., p. 60
S. PISAR, op. cit., pp. 254 à 257.

Section 2. L'endossement de la facture

Les sociétés de factoring exploitèrent dès lors pour leurs opérations en Belgique la possibilité nouvelle que leur offrait la loi du 31 mars 1958 (Moniteur Belge du 27 avril) relative à l'endossement de la facture (1).

§ 1. Conditions de validité et effets de l'endossement

Aux termes de cette loi, 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-ci (2). 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-ci (3). 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'endosseur (4).

L'intérêt de cette loi et la raison de la préférence que lui donnèrent les facteurs belges sont que le transfert de la créance est opposable aux tiers par le seul fait de l'endossement

(1) La loi du 31 mars 1958 complète la loi du 25 octobre 1919 "sur la mise en gage du fonds de commerce, l'escompte et le gage de la facture".

(2) article 13, alinéa 1 de la loi. Toute facture, même provenant de particuliers non commerçants, peut par conséquent être cédée par endossement dans les conditions de la loi de 1958.

(3) article 13, alinéa 2.

(4) article 14 et 15, alinéa 1. La loi du 31 mars 1958 est destinée également à la mise en gage de créances par endossement des factures. Dans ce cas, l'endossement doit de surcroît indiquer qu'il constitue un nantissement.

de la facture (5). Il s'agit là d'une amélioration incontestable du régime civiliste de la cession de créance, encore accentuée par le fait qu'en dérogation à l'article 1328 du Code civil, la date propre de l'endossement aura vis-à-vis des tiers date certaine (2). 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'emportera (3).

Le législateur n'a pas entendu faire des factures endossées un instrument de circulation comme le sont les effets de commerce. C'est la raison pour laquelle l'article 15 alinéa 2 de la loi interdit les endossements successifs (4). Par contre les endossements partiels simultanés, faits à la même date et dans le corps du même endossement, au profit de plusieurs endossataires agréés sont parfaitement licites (5).

(1) article 16, alinéa 3.

(2) On aboutit là à un renversement du fardeau de la preuve puisque c'est au tiers qu'il appartiendra de prouver une éventuelle antidate, passible de poursuites pénales du chef de faux. Cette fraude nécessitant la complicité de l'endossataire, banque ou établissement de crédit agréé, est difficilement concevable en pratique.

(3) Voyez le rapport de la Commission de la Justice du Sénat, Doc. 149 du 12 février 1958, p. 6 n° 5.

(4) "En reprenant le projet d'autoriser les endossements successifs, le Sénat a agi sagement : c'eût été entrer dans une voie bien compliquée d'échéances, recours, notifications, etc... qui, sans utilité pratique, eussent considérablement alourdi le système de l'endossement des factures". L. LEGER, L'endossement de la facture, La Revue de la Banque, 1953, p. 275.

(5) Ibid., p. 277.

Une difficulté d'interprétation de la loi du 31 mars 1958 surgit de l'apparente contradiction interne de son article 16. L'article 16, alinéa 1 prévoit en effet la signification obligatoire de l'endossement au débiteur par un avis envoyé par lettre recommandée à la poste avec accusé de réception et reproduisant expressément l'alinéa 2 dudit article, aux termes duquel le débiteur qui reçoit un avis d'endossement ne peut plus se libérer valablement qu'entre les mains de l'endossataire.

Or, il n'est pas contestable que l'endossement, peu importe qu'il soit notifié ou non, produit ses pleins effets "per se". L'alinéa 3 de l'article 16 est explicite : la cession est opposable aux tiers par le seul fait de l'endossement. Le débiteur est, sans nul doute intégré aux tiers visés par la disposition, les tiers à une convention étant tous ceux qui n'y sont pas parties. Comme dans le cadre de la cession de créance le débiteur reste, en effet, étranger à la cession.

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'endossement.

Dès l'endossement le débiteur est, dans la logique de l'alinéa 3, obligé envers l'endossataire et habilité à opérer paiement entre ses mains selon les conditions de la facture.

Il est par conséquent dangereux d'assimiler, comme le fait A. Cloquet, les effets de la notification par lettre recommandée avec accusé de réception à ceux de la signification par exploit d'huissier de l'article 1690 du Code civil (1), si l'on se place sur le terrain de l'opposabilité de l'endossement aux tiers.

(1) A. CLOQUET, La facture, 1959, p. 272 n° 820.

Si l'article 1690 subordonne l'opposabilité de la cession à l'accomplissement des formalités de signification ou d'acceptation authentiques, l'alinéa 1 de l'article 16 ne joue à notre avis, qu'un rôle extrêmement limité à l'égard du débiteur et absolument nul à l'égard des tiers autres que le débiteur. L'avis, peu importe qu'il soit recommandé ou non, n'a d'autre effet que de porter à la connaissance du débiteur qu'il ne peut payer sa dette qu'à l'endossataire (1). L'avis ne concerne en rien les tiers autres que le débiteur puisque l'endossement est parfait et opposable erga omnes du seul fait de sa réalisation (2).

Faut-il même distinguer, comme le font Van Rijn et Heenen l'opposabilité au débiteur de l'opposabilité aux tiers (3) ? Puisqu'on ne peut en déduire ni une nullité de l'endossement ni une nullité de l'avis ni un quelconque obstacle à l'opposabilité de la cession, l'absence de recommandé avec accusé de réception est dépourvue de toute inférence pratique en matière d'opposabilité. L'article 16 alinéa 1 concerne en réalité un problème distinct, celui de la validité du paiement opéré par le débiteur entre les mains d'un créancier autre que l'endossataire. Le seul effet de l'avis recommandé avec accusé de réception est de constituer, dès sa réception, le débiteur en état de mauvaise foi et de le rendre coupable de fraude s'il venait à payer ultérieurement sa dette

(1) L'alinéa 2 de l'article 16 le prévoit expressément. Nul n'étant censé ignorer la loi, cette énonciation sur le pli recommandé fait double emploi. Cette mention n'étant pas prescrite sous peine de nullité, son absence ne peut être invoquée par le débiteur ayant eu connaissance de l'endossement pour justifier d'un refus de paiement. Voyez L. LEGER, op. cit., p. 281.

(2) Dans le même sens, L. LEGER, op. cit., p. 281.
A. ZENNER, op. cit., p. 27.

(3) VAN RIJN et J. HEENEN, Principes de droit commercial, Tome IV n° 2571. "La cession et la mise en gage de la créance sont opposables aux tiers par le seul fait de l'endossement de la facture ou d'une copie certifiée conforme. L'opposabilité au débiteur exige une formalité supplémentaire : l'envoi au débiteur d'un avis par lettre recommandée avec accusé de réception (...)"

à son créancier primitif. La formalité instaurée vise à faciliter la preuve de la mauvaise foi du débiteur. Mais une notification par lettre missive remplit juridiquement le même rôle sous réserve de ce que la preuve peut en être plus ardue (1). [Si l'on se place, cette fois sur le terrain de la validité du paiement fait par le débiteur, les formalités de l'article 1690 du Code civil et celle de l'article 16 alinéa 1 peuvent être interprétées dans le même sens et considérées comme ayant la même portée] si l'on se souvient "que les seuls tiers protégés par l'article 1690 sont les tiers qui ont contracté sans fraude, c'est-à-dire qui ignorent la cession" (2). En conséquence, le débiteur qui connaîtrait la cession ne pourra invoquer l'absence d'avis recommandé pour justifier un quelconque refus de paiement à l'endossataire. Comme le fait remarquer Alain Zenner, si l'article 16 alinéa 2 stipule que le débiteur qui reçoit un avis d'endossement ne peut se libérer valablement qu'entre les mains de l'endossataire, aucune disposition de la loi de 1958 ne règle la validité du paiement qu'il aurait effectué avant la réception de l'avis recommandé ou à défaut d'avoir reçu un tel avis. Le droit commun suffit à résoudre la question : le débiteur de bonne foi sera libéré par application de l'article 1240 (3).

§ 2. Appréciation

Si la loi du 31 mars 1958 est incontestablement une amélioration du régime de la cession de créance le respect systématique de la formalité imposée par son article 16 alinéa 1

(1) A. CLOQUET, op. cit., n° 794
L. LEGER, op. cit., pp. 281 et 283.

(2) DE PAGE, Tome IV, n° 411, p. 417.

(3) A. ZENNER, op. cit., p. 26 n° 30.

n'en demeure pas moins difficilement conciliable avec la pratique du factoring. Les sociétés belges de factoring ont estimé la notification automatique de l'endossement par lettre recommandée avec accusé de réception trop onéreuse compte tenu du volume des opérations journalièrement traitées. Ils se contentent le plus souvent du procédé, en pratique tout aussi satisfaisant, de l'acheminement des factures par courrier ordinaire (1). La notification au débiteur est réalisée par l'apposition à même la facture d'une mention, datée et signée par le factor, stipulant que ladite facture a été endossée en vertu de la loi du 31 mars 1958 à telle société de factoring et que seul sera libératoire et vaudra valable quittance le paiement effectué au compte n° (...) du factor.

Compte tenu des considérations qui précèdent, on peut estimer que ce procédé suffit à rendre le transfert opposable au débiteur.

Section 3. La subrogation conventionnelle

Le droit français ne connaît pas d'équivalent à notre loi belge du 31 mars 1958 (2). Les sociétés françaises de factoring ont réagi à l'inadéquation des articles 1689 et ss. du Code civil en matière de factoring en basant l'opposabilité

-
- (1) Aucun délai n'étant imposé pour l'envoi de l'avis recommandé, le factor ne recourra à cette formalité qu'au moment où l'honnêteté ou la solvabilité du débiteur lui paraîtront entamées. Lorsque des rapports d'affaires suivis unissent l'adhérent à ses clients, le premier endossement est notifié à ces derniers par lettre recommandée avec accusé de réception. L'accord du débiteur est alors sollicité pour permettre au factor de justifier l'envoi ultérieur des factures endossées par courrier ordinaire.
- (2) L'ordonnance française n° 67.838 du 28 septembre 1967 "portant réforme de crédit aux entreprises" est d'un esprit différent. La facture elle-même a été dotée des attributs de la traite (sanction du protêt, transmissibilité, purge des exceptions). La facture protestable n'a pas reçu du factor français l'accueil attendu. Voyez A. ZENNER, *op. cit.*, n°s 36 à 48. J. BECQUE, M. CABRILLAC et J.L. RIVES-LANGE, Les factures et les bordereaux protestables, J.C.P., 1968 I 2131.

du transfert des créances factorées sur le principe de la subrogation conventionnelle (1).

La subrogation conventionnelle est régie par l'article 1250 alinéa 1 du Code civil (2).

§ 1. Nature et conditions du paiement avec subrogation

Le paiement avec subrogation n'est qu'une des applications multiples de la théorie générale de la subrogation personnelle. Il y a paiement avec subrogation lorsqu'une personne autre que le débiteur de l'obligation paie le créancier et en vertu de l'autorisation de celui-ci ou de la loi se substitue au créancier primitif désormais désintéressé, dans ses droits et actions vis-à-vis du débiteur (3).

Le paiement avec subrogation, sauf dans les cas où la loi l'impose au créancier (4) suppose une convention entre

-
- (1) Certains contrats réservent au factor la faculté d'imposer à l'adhérent l'accomplissement des formalités de l'article 1690 du Code civil. Voyez en ce qui concerne le transfert de créances non approuvées, l'article 11 du contrat-type de Factofrance Heller, in M. REVERS, op. cit., p. 107.
 - (2) Cette 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; cette subrogation doit être expresse et faite en même temps que le paiement, art. 1250, 1.
 - (3) DE PAGE, Tome III, n° 514.
 - (4) Article 1250, al. 2 et 1251 du Code civil.

subrogeant et subrogé et un échange de consentements concernant tant le paiement que la subrogation.

Une juxtaposition de deux éléments caractérise l'institution : un paiement d'une part, un transfert de créance de l'autre. Un paiement véritable désintéresse le créancier primitif (1) qui pour cette raison accepte de se laisser subroger le tiers payeur (2). Si, de par sa nature, le paiement a pour effet d'éteindre un lien obligationnel, il n'a en l'espèce, pas d'effet extinctif vis-à-vis du débiteur en raison de la cession de créance qui l'accompagne (3). A son tour la "cession de créance" se voit influencée par l'aspect "paiement" et est détachée, en tous cas partiellement des règles de droit commun qui la régissent. Ainsi les formalités de l'article 1690 sont inapplicables au paiement avec subrogation. C'est là, plus particulièrement dans l'application qui peut en être faite au contrat de factoring, que réside l'avantage du recours des factors à la subrogation plutôt qu'à la cession de créance traditionnelle. La subrogation est en effet opposable erga omnes du seul fait de sa réalisation.

Si l'article 1250 alinéa 1 stipule que la subrogation doit être expresse, c'est dans le seul but d'éviter des contestations entre parties quant à la nature de l'opération. Aucune forme spéciale de volonté expresse n'est cependant exigée : il est nécessaire mais il suffit que la volonté d'opérer subrogation soit manifestée de manière directe, positive et non équivoque, quel que soit pour le surplus son mode d'expression (4).

(1) Le subrogeant. Il s'agira, en matière de factoring, de l'adhérent

(2) Le subrogé. Il s'agira, en matière de factoring, du factor.

(3) Les deux éléments sont inséparables : Cass. 2 décembre 1949, Pas. 1950 I, 204. "Il ne peut y avoir paiement avec subrogation lorsque le créancier primitif conserve ses droits entiers contre le débiteur".

(4) DE PAGE, Tome III n° 523 suite.

"Une volonté qui se manifeste directement, quoique verbalement, est une volonté expresse. Il n'est pas nécessaire, pour revêtir ce caractère, qu'elle se manifeste par écrit, ou sous forme solennelle".

Une seconde condition de la subrogation est qu'elle "doit être faite en même temps que le paiement". 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 (1)". La jurisprudence traite cette condition avec une grande rigueur (2).

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 en 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 subrogative (3).

(1) DE PAGE, Tome III, n° 524 suite

Une promesse anticipée de subrogation est régulière : Appel Paris, 21 janvier 1970 (2ème espèce), J.C.P. 1971, II, 16837 note GAVALDA; dans la 1ère espèce (23 janvier 1970) le débiteur fut libéré en raison de ce que la mention apposée sur la créance factorée était ambiguë.

(2) Cass. 17 mars 1952, Pas. 1952 I, p. 448.

Cass. 6 octobre 1952, Pas. 1953 I, p. 29.

Appel Bruxelles 25 janvier 1963, Pas. 1964, II, p. 227.

La validité de l'inscription au crédit d'un compte courant en tant que moyen de paiement a été reconnue par la Cour d'appel de Paris, 21 janvier 1970, J.C.P., 1971, 16837.

(3) Alain ZENNER, op. cit., p. 18.

§ 2. Effets du paiement avec subrogation

Le dualisme, déjà souligné, du paiement avec subrogation influence largement ses effets. La combinaison du paiement et de la cession de créance qui le caractérise détache ces deux institutions d'une partie des règles de droit commun qui leur seraient applicables, envisagées isolément.

Le subrogé est substitué au créancier primitif (subrogeant) dans ses droits, actions, privilèges et hypothèques. Il reprend tous les avantages de la créance primitive (caution, recours en justice) mais en subit également les inconvénients (exceptions, prescription) (1).

La subrogation n'existe cependant que dans la stricte mesure du paiement effectué par le subrogé. Dans la cession de créance de droit commun, le cessionnaire réclame le montant nominal de la créance peu importe ^{le prix} auquel il l'a acquise. La cession de créance est une vente dans laquelle le prix est librement fixé par les parties. L'idée de spéculation peut y être largement présente. Le paiement avec subrogation est un transfert de créance qui prend sa source non dans un contrat de vente mais dans un paiement. Le solvens ne peut être subrogé au-delà de ce qu'il a effectivement payé. Le subrogé ne retire donc aucun bénéfice de l'opération. Bien plus, en cas de paiement partiel, si l'insolvabilité du débiteur vient à compromettre la récupération de la créance, le créancier primitif prime le subrogé (2) quant à leur recours sur le montant recouvrable.

(1) Supra les effets de la cession de créance chapitre III, section 1. Les exceptions de compensation, aux conditions de l'article 1291 du Code civil ne sont opposables au factor subrogé que si les créances du débiteur cédé sont antérieures à la notification du transfert de la créance factorée. Voy. Trib. Com. Pontoise, 20 juin 1967, J.C.P. 1968 II, 15610; Cour de Paris 25 juin 1968, J.C.P. 1968 II 15637, rejetant l'appel formé contre le jugement du tribunal de Pontoise; notes Ch. GAVALDA.

(2) Article 1252 du code civil. Cédant et cessionnaire viendraient, au contraire, en cas de cession partielle de créance, en concours sur la somme recouvrable et se la répartiraient au marc le franc.

Si la spéculation est exclue dans la subrogation, la gratuité n'en est pas pour autant un corrolaire. Ainsi, rien n'interdit la rémunération des services que le factor subrogé rend à son adhérent. "Au demeurant dans le factoring, la rémunération se rattache plus à la convention de crédit qu'à la subrogation elle-même(1)".

Une différence déjà signalée (2) entre le paiement avec subrogation et la cession de créance traditionnelle est que cette dernière donne lieu à résolution de la cession en cas d'invalidité de la créance (3). La subrogation consentie par le créancier n'étant pas une vente mais la conséquence d'un paiement (4), l'inexistence totale ou partielle de la créance donnera lieu à répétition de l'indu pour paiement sans cause. Les stipulations conventionnelles du contrat de factoring étendent les hypothèses de recours en répétition du factor au-delà de la stricte "inexistence" de la créance (5).

(1) Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, op. cit., n° 47.

(2) Supra, chapitre II, section 3, § 2.

(3) Conséquence de l'obligation de garantie mise à charge du cédant par l'article 1693 du Code civil.

(4) DE PAGE, Tome III, n° 552.

(5) Supra, chapitre II, section 3.

Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, op. cit., n° 60 in fine. "Il est en effet stipulé que les créances subrogées sont certaines et exigibles soit à vue, soit au terme indiqué et qu'aucun acompte à valoir n'a déjà été versé au fournisseur avant le factoring. En outre, la créance subrogée doit correspondre à un marché commercial régulier".

§ 3. Appréciation

Si aucune des hypothèses traditionnelles de subrogation (1) ne vise spécifiquement le contrat de factoring, il n'en reste pas moins que le payement avec subrogation réalise adéquatement tant au fond que dans ses formes les exigences propres au factoring (2). La subrogation n'est qu'un effet d'une convention originaire à laquelle l'article 1250 alinéa 1 reste indifférent (3).

La subrogation investit par elle-même le factor de tous les droits attachés à la créance. C'est en ses seules mains que le débiteur pourra désormais se libérer. La mention, expresse mais de forme libre, qui en sera faite sur la facture tiendra lieu de notification au débiteur et l'empêchera de se libérer entre d'autres mains que celles du factor. Cette notification simplifiée ne concerne ici encore, nullement l'opposabilité de la subrogation. Elle sert à renseigner le débiteur sur le nouveau titulaire de la créance et prémunit le factor contre l'ignorance éventuelle du débiteur susceptible de le libérer au titre de sa bonne foi (4).

La technique de la subrogation conventionnelle, pour laquelle les sociétés françaises de factoring ont marqué leur préférence, pallie largement les inconvénients dus aux exigences de notification par trop formalistes de l'article 1690 du Code civil.

-
- (1) articles 1250 et 1251 du Code civil; article 22 de la loi du 11 juin 1874 sur les assurances; etc...
- (2) La régularité du recours à la subrogation conventionnelle comme support juridique de transfert des créances de l'adhérent au factor a été confirmée par la jurisprudence française déjà citée in limine chapitre II, note 1.
- (3) "Cette convention est extérieure à son mécanisme qui n'a aucune finalité économique déterminée" Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, op cit., n° 47.
- (4) Alain ZENNER, op. cit. n° 21.
Si cette notification n'est pas légalement imposée en cas de recours à la subrogation conventionnelle (Cass. Com. 13 juillet 1954, D 1954, J. 681), les stipulations du contrat de factoring en feront à l'adhérent un devoir juridique exprès. Cf. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, op. cit., n° 66.
La Cour d'appel de Paris, 23 janvier 1970, J.C.P. 1971, II, 16837 a considéré "qu'il apparaît normal que des commerçants sérieux aient la prudence de notifier à leurs débiteurs une subrogation lorsque celle-ci existe". Dans le même sens, Encycl. Dalloz Répertoire Droit civil v° subrogation n° 205.

CONCLUSION

Le factoring est une illustration de choix de l'interdépendance de plus en plus marquée entre le droit et l'économie.

Les impératifs qui ont présidé à sa renaissance sous une forme mieux adaptée aux exigences de la vie actuelle des affaires et les raisons de son succès sont d'ordre économique.

Le factoring décharge l'entreprise adhérente de ses soucis de facturation et de comptabilité. Il est un instrument de mobilisation des créances à court terme complétant adéquatement les moyens traditionnels de financement si décriés de nos jours. Il est aussi une formule nouvelle de promotion des ventes à l'exportation, plus complète que l'assurance-crédit à l'exportation ou le crédit documentaire. Il est enfin et surtout une prise en charge globale et définitive des risques de solvabilité et de trésorerie de l'adhérent.

Il incombe au juriste de rechercher la formule contractuelle qui optimisera ces objectifs économiques. Le contrat de factoring se fonde sur les principes généraux du droit des obligations et de la liberté contractuelle. Sans doute sa reconnaissance par intervention législative servirait-elle utilement le besoin de sécurité inhérent à la vie des affaires. Faute de ce cadre légal préétabli, la force obligatoire de la convention de factoring découle de l'accord des parties et par là, dépend dans une large mesure du soin apporté à la rédaction du contrat.

Le fondement juridique du transfert au factor des créances détenues par ses adhérents a particulièrement retenu notre attention. Si, théoriquement, la cession de créance traditionnelle constitue le mode de transfert le plus sûr, elle doit être d'emblée écartée en notre matière, en raison du formalisme et du coût excessifs qu'elle implique pour son opposabilité aux tiers. Faute de connaître une procédure de cession de créance simplifiée, comparable à notre droit belge du 31 mars 1958, les sociétés de factoring françaises ont fait appel à l'institution fort ancienne du paiement avec subrogation. La subrogation conventionnelle, bien que n'étant pas à proprement parler une technique de transfert des créances, s'est vue ainsi conférer un champ d'application nouveau que la jurisprudence française semble, jusqu'à présent consacrer.

Malgré la regrettable ambiguïté de son article 16, la loi belge du 31 mars 1958 sur l'endossement de la facture, telle qu'elle est interprétée par la doctrine, fournit une base juridique satisfaisante au développement du factoring en Belgique. Il appartiendra à la jurisprudence d'en fortifier la solidité en confirmant la pratique, fort répandue en matière de factoring de la notification par lettre ordinaire des factures endossées comme suffisamment apte à rendre le transfert opposable au débiteur.

Bernard Dhaeyer

TABLE DES MATIERES

- Introduction.....p.	1
- Chapitre I. - Approche et définition du factoring.....p.	4
Section 1. - Evolution historique du factoring.....p.	4
Section 2. - Définitions du factoring.....p.	9
§ 1° : Selon le type de services rendus.....p.	10
§ 2° : Selon leurs modalités d'exécution.....p.	11
§ 3° : Selon l'étendue du financement consenti.....p.	11
- Chapitre II. - Analyse juridique du contrat.....p.	13
Section 1. - Contrat d'adhésion.....p.	14
Section 2. - Contrat à titre onéreux.....p.	18
Section 3. - Contrat synallagmatique.....p.	20
Section 4. - Contrat innomé, sui generis.....p.	26
Section 5. - Causes de résiliation du contrat.....p.	32
- Chapitre III. - Le fondement juridique du transfert des créances.....p.	33
Section 1.-La cession de créance.....p.	33
§ 1° : Droit belge.....p.	33
§ 2° : Droit comparé.....p.	43
§ 3° : Appréciation.....p.	47
Section 2. - L'endossement de la facture.....p.	48
§ 1° : Conditions de validité et effets de l'endossement.....p.	48
§ 2° : Appréciation.....p.	52
Section 3. - La subrogation conventionnelle.....p.	53
§ 1° : Nature et conditions du paiement avec subrogation.....p.	54
§ 2° : Effets du paiement avec subrogation.....p.	57
§ 3° : Appréciation.....p.	59
- Conclusion.....p.	60