

Remarques critiques sur la technique du factoring en droit algerien

*Par Rachid ZOUAÏMIA**

Introduction

Dès l'année 1988, les pouvoirs publics engagent une série de réformes qui s'inscrivent dans le sens d'une libéralisation de l'économie et ce, sous l'effet d'une crise plurielle qui, de latente, devient subitement patente à la suite d'une chute brutale des recettes en devises engrangées par les exportations d'hydrocarbures.

Les réformes économiques entreprises se traduisent par un vaste mouvement de déréglementation et de retrait de l'Etat de la sphère économique au profit du marché. Le législateur abandonne les catégories juridiques classiques auxquelles se substituent celles propres au droit libéral. C'est ainsi que naissent, parfois ex nihilo, de nouvelles catégories juridiques comme la bourse des valeurs mobilières, le principe de liberté du commerce et de l'industrie, celui de libre concurrence, la technique du leasing ou crédit-bail, enfin le factoring ou affacturage.

Née aux Etats-Unis, la technique du factoring s'est répandue à travers toute l'Europe avant de gagner une multitude de pays du tiers-monde et ce, sous l'effet de la mondialisation des échanges. Il s'agit d'un moyen de crédit à court terme permettant à un commerçant de disposer du montant d'une créance à terme sur un client que lui avance une société spécialisée, le factor, qui, en contrepartie du paiement, devient propriétaire de la créance et perçoit une rémunération qui représente la contrepartie des services rendus au client.

Une telle technique a été insérée dans le Code de commerce à la suite des amendements dont il a fait l'objet en 1993¹. Selon les dispositions de l'article 543 bis 14 du Code de commerce modifié, «le factoring est un acte aux termes duquel une société spécialisée, appelée factor, devient subrogée aux droits de son client,

*. Professeur Faculté de Droit Université Mouloud Mammeri – Tizi-Ouzou –

1. Décret législatif n° 93-08 du 25 avril 1993 modifiant et complétant l'ordonnance n° 75-59 du 26 septembre 1975 portant Code de commerce, JORA n° 27-04-1993 (rectificatif in JORA n° 43 du 29-06-1993).

appelé adhérent, en payant ferme à ce dernier le montant intégral d'une facture à échéance fixe résultant d'un contrat et en prenant à sa charge, moyennant rémunération, les risques de non remboursement»¹.

Toutefois, et au même titre que pour l'importation de la technologie industrielle au moyen de contrats clés en mains ou produits en mains qui a révélé ses tares et lacunes, on s'aperçoit aujourd'hui des méfaits des greffes juridiques partielles qui courent le risque d'un rejet dans la mesure où elles s'insèrent dans un corpus juridique inadéquat. Dans cette perspective, les nouvelles dispositions du Code de commerce ayant trait au factoring ne manquent pas de soulever une série de remarques qui sont autant de lacunes de nature à décourager tout investisseur dans ce domaine important qui est celui de l'intermédiation financière. L'examen du dispositif introduit dans l'ordonnancement juridique interne révèle en effet un ensemble d'incohérences (§ I) comme les textes d'application du Code font naître des doutes quant à leur légalité (§ II).

§ I. Les incohérences du dispositif législatif

A l'occasion de la refonte de la législation, nécessitée par les nouvelles orientations libérales des pouvoirs publics, on assiste à la réception de nouvelles techniques comme celles du leasing ou du factoring. Toutefois, si le législateur fait désormais siennes de telles catégories juridiques libérales, il reste que comme dans le cas de la technique du factoring, les règles tirées de l'ordre juridique libéral sont défigurées au point de perdre leur signification originelle et où il convient de s'interroger sur leur applicabilité. En qualifiant l'opération de factoring d'effet de commerce, le législateur opère une confusion qu'il est nécessaire de lever avant de se pencher sur les incertitudes qui entourent le fonctionnement du mécanisme.

A. Le factoring : un effet de commerce?

Les dispositions ayant trait au factoring ont été incorporées dans le livre IV du Code de commerce qui traite de la matière des effets de commerce. Le livre est subdivisé en quatre titres :

1. Sur la question, voir A. Zahi, «Décret législatif 93-08 du 25/04/1993 modifiant le Code de commerce», RASJEP, n° 1, 1995, p. 31 ; F. Sahri-Slaïmi, «le factoring : technique de recouvrement des créances d'après le décret législatif n° 93-08 du 25/04/1993», RASJEP, n° 2, 1995, p. 120 ; B. Mahmoudi, «Le fondement juridique du contrat de factoring», Etudes Juridiques (Dirassat Kanounia), n° 3, 2002, p. 33 (en arabe) ; du même auteur, Le contrat de factoring, ONTP, Alger, 2003 (en arabe) ; L. Madiou, Le régime applicable aux opérations de factoring Mémoire de Magister en Droit des Affaires, Université M. Mammeri, Tizi-Ouzou, 2003, p. 68 (en arabe).

Le titre I est consacré à la lettre de change (chapitre I) et au billet à ordre (chapitre II) ;

- Le titre II a pour objet le chèque ;

- Le titre III a trait au warrant (chapitre I), au titre de transport (chapitre II) et au factoring (chapitre III) ;

Enfin le titre IV traite de certains instruments et procédures de paiement (virement, prélèvement, cartes de paiement et de retrait)¹.

Il apparaît ainsi clairement que le législateur traite du factoring en tant qu'effet de commerce au même titre que le warrant, le titre de transport, la lettre de change, le billet à ordre ou le chèque.

Si l'on tente de revenir sur la notion d'effet de commerce, on constate que la doctrine s'accorde à en donner une définition largement partagée. L'effet de commerce est un titre de crédit à court terme négociable, donnant droit au paiement d'une somme d'argent à brève échéance, sous réserve d'ajouter que le chèque obéit au régime des effets de commerce mais n'est pas considéré comme un titre de crédit. L'incorporation par le commerçant de sa créance dans un titre lui permet de la mobiliser avant l'échéance du paiement. Il s'agit en somme de «tout titre couramment reçu en paiement dans les transactions commerciales aux lieu et place de la monnaie, sans en présenter pourtant les attributs»². Pour répondre à une telle qualification, le titre doit présenter deux caractères essentiels :

- il doit d'abord avoir un objet monétaire : «l'effet constate le droit à la remise d'une somme d'argent précise, d'un montant déterminé. Et la créance devra être à court terme»³ ;

- il doit ensuite remplir la condition de négociabilité : «l'effet doit, pour avoir une valeur monétaire, être négociable, c'est-à-dire cessible selon un procédé simplifié du droit commercial qui est ici l'endossement»⁴.

En d'autres termes, et comme l'écrivent des auteurs, «les effets de commerce sont des papiers servant de moyens d'engagement à court terme, de moyens de paiement à distance, de moyens de sûreté, établis de manière à circuler facilement, entre les gens en relations d'affaires, et qui transmettent, des uns aux autres, les

1. Le titre IV a été inséré dans le Code de commerce en vertu de la loi n° 05-02 du 6 février 2005 modifiant et complétant l'ordonnance n° 75-59 du 26 septembre 1975 portant Code de commerce, JORA n° 11 du 09 février 2005.

2. J. Mestre, *Droit commercial* (de A. Jauffret), 23^{ème} édition, LGDJ, Paris, 1997, p. 597.

3. Id.

4. Ibid.

droits réputés inclus dans ces papiers»¹. A cela on ajoute que l'effet de commerce est un titre «abstrait»². Le papier à lui seul représente des droits transmis au porteur du titre à qui on l'endosse.

Par ailleurs, les effets de commerce sont généralement «à ordre», ce qui signifie que le titre ne se transmet que par signature, parfois «au porteur», dans ce cas la transmission de l'effet s'opère par la simple possession du papier.

Lorsqu'on traite de la notion de factoring, on constate que ces quelques éléments caractéristiques essentiels des effets de commerce en général ne cadrent nullement avec la notion de factoring à laquelle ils demeurent étrangers. Le factoring n'est ni un titre, ni un papier, ni un moyen de paiement, ni un moyen de sûreté. Le factoring n'est ni à ordre, ni au porteur. Il s'agit d'un contrat, d'un «acte aux termes duquel une société spécialisée, appelée factor devient subrogée aux droits de son client, appelé adhérent, en payant ferme à ce dernier le montant intégral d'une facture à échéance fixe résultant d'un contrat et en, prenant à sa charge, moyennant rémunération, les risques de non remboursement». A ce titre, il s'agit d'un contrat cadre qui va servir à la mobilisation de créances commerciales.

L'intérêt accordé à la technique du factoring résulte des déficiences qu'enregistrent les techniques de mobilisation des créances commerciales par transfert isolé : ainsi la technique de l'escompte des effets de commerce a révélé ses insuffisances³ tandis que celle de la cession de créances a montré ses imperfections⁴. Dans la mesure où le transfert porte sur des créances individualisées, il s'ensuit nécessairement des lourdeurs comme des surcoûts qui grèvent l'opération en raison de la manipulation d'un grand nombre d'effets. C'est ainsi qu'a été ressentie la nécessité de recourir à de nouvelles techniques de mobilisation par la globalisation des transferts de créances commerciales : c'est l'objet, entre autres, de la technique

1. R. Savatier, J. Savatier, J. - M. Leloup, Droit des affaires, éditions Sirey, Paris, p. 343.

2. Ibid.

3. En matière de commerce international, les incertitudes entourant le procédé de l'escompte n'ont été levées ni par les Conventions de Genève du 7 Juin 1930, ni par la Convention du 9 décembre 1988 sur les effets de commerce internationaux. Sur la question, voir B. Coutenier, «Les techniques de mobilisation des créances internationales : aspects de droit international et de droit comparé», *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 3, 1999, p. 299.

4. Les obstacles que rencontre la cession de créances sont encore plus palpables dans le commerce international en raison de la diversité des règles et systèmes juridiques applicables à l'opération de mobilisation qui fait appel au mobilisateur, au créancier et au débiteur. Pour résoudre les problèmes de conflits de lois, la C.N.U.D.C.I. s'est attelée depuis 1993 à l'élaboration de règles uniformes en matière de cession de créances. Le projet a abouti à l'adoption de la Convention de New York du 12 décembre 2001 sur la cession de créances dans le commerce international (Texte disponible sur le site : www.uncitral.org/).

du factoring¹ qui permet le transfert d'un ensemble de créances en vertu d'une clause dite d'exclusivité ou de globalité.

Il s'agit ainsi d'une technique de mobilisation du prix de vente de marchandises. En d'autres termes, c'est un contrat par lequel le vendeur transfère à un établissement financier les créances qu'il détient sur ses clients débiteurs et que cet établissement, ou factor, lui paie en se faisant subroger dans les droits du vendeur, et se charge de recouvrer au moment de l'échéance du paiement.

A la lumière de ce qui précède, on s'aperçoit que le législateur entendait consacrer la facture comme effet de commerce et non le factoring qui est le contrat de base servant à transférer les factures du créancier au factor.

B. La facture protestable : un nouvel effet de commerce

Le législateur algérien se serait probablement inspiré de la technique de la facture protestable introduite dans le droit français en application d'une ordonnance de 1967² sans pour autant rencontrer l'adhésion des professionnels. Seule une telle hypothèse permet de comprendre l'incorporation de la technique du factoring dans des dispositions ayant trait aux effets de commerce.

Si l'on admet une telle hypothèse, la facture protestable serait considérée comme un effet de commerce. En paraphrasant la définition précédente et en l'appliquant à la facture protestable, on en conclut qu'il s'agit d'un papier servant de moyen d'engagement à court terme, de moyen de paiement à distance, de moyen de sûreté et qui transmet les droits réputés inclus dans ce papier. A elle seule, la facture représente des droits transmis au porteur du titre à qui on l'endosse et peut ainsi circuler en banque de la même manière qu'une lettre de change ou un billet à ordre. C'est d'ailleurs la solution adoptée par la législation belge relative à l'endossement des factures³.

En outre, c'est le mécanisme utilisé en matière de factoring en Belgique à l'effet de transférer les créances du créancier ou adhérent au factor⁴. Le droit belge se différencie autant du droit anglo-saxon qui utilise la technique de la cession de

1. B. Coutenier, «Les techniques de mobilisation des créances internationales : aspects de droit international et de droit comparé», op. cit. p. 311.

2. Ordonnance du 28 septembre 1967 qui crée la facture et le bordereau protestables et transmissibles. Sur la question, voir : Becque, Cabrillac et Rives-Lange, J.C.P. 1968. I. 2131.

3. Loi sur l'endossement des factures du 25 octobre 1919, modifiée par la loi du 6 juillet 1994.

4. Laloi du 31 mars 1958. Voir J.-Ch. Papeians de Morchoven, «La Convention d'Unidroit sur le Factoring et sa mise en œuvre en droit français et en droit belge», Revue de Droit des Affaires internationales, n° 7, 1996, p. 835.

créance (Etats-Unis, Grande Bretagne) que du droit français où c'est le mécanisme de la subrogation conventionnelle qui a été choisi par les professionnels¹. On relève ainsi le recours à une solution originale en droit belge en ce qu'il retient le mécanisme de l'endossement des factures. «Toute créance née d'activités professionnelles, commerciales ou civiles, et qu'il est d'usage de constater par une facture, peut être cédée par endossement de cette facture»². Une telle technique semble emporter l'adhésion des professionnels en ce qu'elle permet de s'assurer l'opposabilité du transfert des créances du fait que «celle-ci découle du seul endossement de la facture»³.

Compte tenu de ce qui précède, on peut envisager des modifications qui affecteraient le livre IV du Code de commerce relatif aux effets de commerce et dont le titre III porterait sur le warrant (chapitre I), le titre de transport (chapitre II), ce à quoi il convient d'ajouter la facture protestable (chapitre III) qui serait un effet de commerce à part entière. Quant aux dispositions légales relatives au contrat de factoring, elles peuvent faire l'objet soit d'une section de ce dernier chapitre, soit d'une loi spécifique comme dans le cas du crédit-bail ou leasing⁴. Dans le premier cas, les dispositions ayant trait au factoring seraient regroupées dans une section intitulée : «de la transmission de la facture protestable» où seraient passées en revue les règles ayant trait aux rapports juridiques entre les titulaires de créances commerciales et les bénéficiaires de la cession desdites créances commerciales au moyen de factures protestables.

C. Les incertitudes ayant trait au mécanisme de transfert des créances : le modus operandi

Dans la mesure où le législateur a intégré, maladroitement, la technique du factoring dans un titre relatif aux effets de commerce et qu'on admet ainsi qu'il entendait consacrer la notion de facture protestable, force est de constater une certaine confusion dans le dispositif juridique intégré dans le Code de commerce en vertu du décret législatif précité de 1993.

En effet, d'une part les nouvelles dispositions incorporées dans le Code de commerce ont été intégrées dans le livre IV qui traite des effets de commerce et, à

1. V. Ch. Gavalda, Encyclopédie Dalloz, Répertoire de Droit Commercial, V° Affacturage.

2. B. Coutenier, «Les techniques de mobilisation des créances internationales : aspects de droit international et de droit comparé», op. cit. p. 314.

3. Ibid.

4. Voir ordonnance n° 96-09 du 10 janvier 1996 relative au crédit-bail, JORA n° 03 du 14/10/1996 et Règlement n° 96-06 du 3 juillet 1996 fixant les modalités de constitution des sociétés de crédit-bail et les conditions de leur agrément, JORA n° 66 du 03/11/1996.

ce titre, la facture se suffit à elle-même pour opérer le transfert des créances commerciales du créancier ou adhérent au profit de la société de factoring. Dans la mesure où il s'agit d'un effet de commerce, point n'est besoin pour l'adhérent d'accompagner la facture de traites tirées ou de quittances subrogatives comme c'est le cas dans la pratique française de l'affacturage.

D'autre part, le texte modifiant le Code de commerce précise qu'en payant ferme à l'adhérent le montant intégral d'une facture à échéance fixe résultant d'un contrat, le factor devient subrogé aux droits de son client. On en conclut que le législateur a opté pour la subrogation comme procédé de transfert des créances de l'adhérent au factor. Dans cette hypothèse, ce sont les règles du Code civil relatives à la subrogation qui sont applicables. On peut citer à ce titre les dispositions de l'article 261 qui prévoient que «lorsque le paiement est fait par un tiers, celui-ci est subrogé au créancier désintéressé dans les cas suivants :

- (...);

quand une disposition spéciale de la loi lui accorde le bénéfice de la subrogation».

On peut ainsi retenir que dans la mesure où le Code de commerce prévoit le mécanisme de la subrogation, les dispositions l'article 261 du Code civil trouvent pleinement leur application en matière de factoring.

Il est possible également de se référer aux dispositions de l'article 262 du Code civil qui prévoient que «le créancier qui reçoit le paiement de la part d'un tiers, peut, par une convention entre lui et ce dernier, le subroger dans ses droits, même sans le consentement du débiteur. Cette convention ne doit pas être conclue postérieurement au paiement». On passe ainsi de la subrogation légale à la subrogation conventionnelle comme *modus operandi* de transmission des créances. Le contrat de factoring est nécessairement conclu antérieurement au paiement, le factor représente le créancier subrogé, l'adhérent le créancier subrogeant et le client de ce dernier le débiteur cédé.

Par ailleurs, l'article 543 bis 17 du Code de commerce dispose que «le factor et l'adhérent organisent librement, par voie conventionnelle, les modalités pratiques des transferts de paiements correspondant aux produits des cessions». Ils auraient ainsi le choix entre diverses formules pour opérer le transfert des créances commerciales. C'est la convention entre les parties qui doit déterminer le mécanisme juridique de transfert sur lequel s'entendent les parties au contrat de factoring.

En définitive, on se retrouve dans une situation où les multiples techniques de mobilisation des créances commerciales utilisées dans le droit comparé peuvent se côtoyer en Algérie :

La technique de l'endossement des factures telle que pratiquée en droit belge ;

Le procédé de la subrogation conventionnelle que l'on retrouve en droit français ;

- La technique de la cession de créance à laquelle peuvent librement recourir les parties au contrat et pratiquée en Grande Bretagne et aux U.S.A.

Enfin, l'article 543 bis 18 du Code de commerce dispose que «le contenu et les conditions d'émission des factures à échéance fixe ainsi que les conditions d'habilitation des sociétés pratiquant le factoring seront fixées par voie réglementaire». En application de telles dispositions, le gouvernement a édicté en 1995 un décret exécutif ayant trait aux conditions d'habilitation des sociétés pratiquant le factoring¹. Quant aux conditions d'émission des factures à échéance fixe, elles n'ont fait l'objet d'aucune réglementation à ce jour comme le prévoient les dispositions précitées du Code de commerce.

Certes, le gouvernement a édicté un décret exécutif relatif à la facture commerciale en général², abrogé et remplacé par un second texte ayant trait à la même matière³. Il s'agit toutefois de textes d'application des dispositions de l'ordonnance de 1995 relative à la concurrence dont l'article 57 précise que «la facture doit être établie selon les modalités fixées par voie réglementaire et être présentée à toute réquisition des agents chargés des enquêtes économiques⁴» ; des dispositions de la loi fixant les règles applicables aux pratiques commerciales dont l'article 12 dispose que «la facture, le bon de livraison et la facture récapitulative ainsi que le bon de transfert doivent être établis conformément aux conditions et modalités fixées par voie réglementaire⁵». A titre d'exemple, l'article 1er du décret précité de 2005 dispose : «En application des dispositions de l'article 12 de la loi

1. Décret exécutif n° 95-331 du 25 octobre 1995 relatif aux conditions d'habilitation des sociétés pratiquant le factoring, JORA n° 64 du 29/10/1995.

2. Décret exécutifs n° 95-305 du 7 octobre 1995 fixant les modalités d'établissements de la facture., JORA n° 58 du 08/10/1995.

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

4. Ordonnance n° 95-06 du 25 janvier 1995 relative à la concurrence, JORA n° 09 du 22/02/1995. A signaler que cette ordonnance a été abrogée et remplacée par les deux textes suivants : Ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, JORA n° 43 du 20 juillet 2003, approuvée par loi n° 03-12 du 25 octobre 2003 portant approbation de l'ordonnance n° 03-03 du 19 juillet 2003 relative à la concurrence, JORA n° 64 du 26 octobre 2003 ; Loi n° 04-02 du 23 juin 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales, JORA, n° 41 du 27 juin 2004.

5. Loi n° 04-02 du 23 juin 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales, JORA, n° 41 du 27 juin 2004.

n° 04-02 du 23 juin 2004, susvisée, le présent décret a pour objet de fixer les conditions et les modalités d'établissement de la facture, du bon de transfert, du bon de livraison et de la facture récapitulative».

Ainsi, les conditions spécifiques d'émission des factures à échéance fixe telles que prévues par la législation relative au factoring n'ont toujours pas fait l'objet de dispositions spécifiques d'application. D'où le vide juridique qui s'ensuit en la matière et qui n'est pas sans soulever la question de l'ineffectivité de la loi¹, ineffectivité de nature à décourager tout investisseur dans cette importante activité d'intermédiation financière.

§ II. Questions sur la légalité du dispositif réglementaire

L'article 543 bis 18 du Code de commerce prévoit que «Le contenu et les conditions d'émission des factures à échéance fixe ainsi que les conditions d'habilitation des sociétés pratiquant le factoring seront fixées par voie réglementaire».

En application de ces dispositions, le gouvernement a édicté un décret exécutif fixant les règles d'habilitation et de contrôle des sociétés pratiquant le factoring². Le texte en question mérite que l'on s'y attarde dans la mesure où il suscite de multiples critiques qui touchent notamment à la légalité de ses dispositions.

A. Le contenu du dispositif réglementaire

Le décret exécutif précité fixe les conditions que doivent remplir les sociétés exerçant la profession de «factor», la procédure d'habilitation ainsi que les mécanismes de contrôle auxquels elles sont soumises.

1. Le moule juridique de la société

L'article 2 du décret exécutif précité prévoit que «Le factor effectuant à titre de profession habituelle des opérations d'affacturage ou factoring au sens de l'article 543 bis 14 du code de commerce est une société commerciale constituée sous forme de société par actions (SPA) ou de société à responsabilité limitée (SARL) régie par la législation et la réglementation applicables aux sociétés commerciales». A ce titre, sont exclues de la profession les personnes physiques. Une telle exclusion n'est

1. Sur la question, voir R. Zouaïmia, «Déréglementation et ineffectivité des normes en droit économique algérien», Revue Idara, n° 1, 2001, p. 125.

2. Décret exécutif n° 95-331 du 25 octobre 1995 relatif aux conditions d'habilitation des sociétés pratiquant le factoring, op. cit.

d'ailleurs prescrite qu'en application des termes du Code de commerce qui réservent ce type d'activité aux sociétés commerciales. En effet, l'article 543 bis 14 du Code précise que «Le factoring est un acte aux termes duquel une société spécialisée, appelée factor devient subrogée aux droits de son client...»¹.

2. L'habilitation

En application de l'article 543 bis 18 du Code de commerce, le décret exécutif n° 95-331 du 25 octobre 1995 fixe les conditions d'habilitation auxquelles est soumise toute société pratiquant le factoring. Celle-ci doit :

- Introduire une demande d'habilitation, par écrit, auprès du ministre chargé des finances ;

Présenter les statuts de la société ;

Justifier d'un bilan d'ouverture dégageant un actif net effectif disponible ou réalisable, réservé aux opérations de factoring² ;

- Justifier de l'inscription au registre de commerce.

L'habilitation est délivrée par le ministre chargé des finances et fait l'objet d'une publication au Journal Officiel. En cas de refus de l'habilitation, la décision du ministre doit être motivée. La société concernée peut alors tenter un recours devant le juge de l'excès de pouvoir conformément aux règles en usage dans la procédure contentieuse administrative. Il reste toutefois que le juge de l'excès de pouvoir limite généralement son contrôle à la légalité des actes administratifs et répugne à en apprécier l'opportunité. Ce n'est qu'en cas d'erreur manifeste d'appréciation qu'il serait amené à annuler la décision de refus de l'habilitation.

En tout état de cause, les opérations de factoring relèvent ainsi de la catégorie des activités réglementées dont l'exercice est soumis à l'obtention d'un agrément préalable de l'autorité administrative³ qui dispose d'un large pouvoir d'appréciation en matière de délivrance de l'habilitation.

1. Souligné par nous.

2. En vertu des dispositions de l'article 7 du décret exécutif n° 95-331 du 25 octobre 1995 relatif aux conditions d'habilitation des sociétés pratiquant le factoring, le montant de l'actif net en question est fixé par arrêté du ministre chargé des finances.

3. Sur la question des activités réglementaires, voir Ch. Bennadji, «La notion d'activités réglementées», Revue Idara, n° 2, 2000, p. 25.

3. Le contrôle

L'activité de factoring étant une activité réglementée, les sociétés concernées sont soumises à des obligations spécifiques :

- Elles sont d'abord tenues de maintenir le minimum d'actif net effectif fixé par arrêté du ministre chargé des finances et ce, de manière permanente ;

Elles sont tenues par ailleurs de transmettre au ministère chargé des finances, chaque année, le bilan de clôture accompagné des renseignements détaillés sur la situation financière, permettant de constater qu'elles justifient du minimum d'actif net effectif requis ;

Enfin, elles sont soumises à l'obligation de permettre aux agents désignés par le ministre chargé des finances de prendre connaissance des contrats conclus avec les adhérents et de tous documents en rapport avec ces contrats et dont la communication serait de nature à leur faciliter l'exercice de leur mission de contrôle¹.

Lorsque le contrôle d'une société de factoring révèle que les conditions posées à son habilitation ne sont plus remplies, elle s'expose à des mesures administratives de retrait de l'agrément qui sont prononcées par le ministre chargé des finances et ce, en dehors de toute intervention du juge. Il s'agit du retrait partiel de l'habilitation ou de son retrait total².

Ici, il y a lieu de noter qu'il ne s'agit pas de véritables sanctions administratives mais de mesures de police. Ces mesures de police ne doivent pas être confondues avec des sanctions administratives. Elles diffèrent des sanctions administratives stricto sensu d'un point de vue finaliste. Leur mise en œuvre obéit à une logique préventive et, à ce titre, elles ne poursuivent pas la finalité répressive de la sanction administrative. En d'autres termes, «la sanction administrative se caractérise par sa finalité répressive : elle punit un manquement à une obligation»³, tandis que les mesures administratives en cause sont d'ordre préventif : elles ne visent pas à réprimer un manquement à une obligation, «mais à prévenir une situation irréversible»⁴. Dès lors que la société en cause ne remplit plus les conditions

1. Article 6 du décret exécutif n° 95-331 du 25 octobre 1995 relatif aux conditions d'habilitation des sociétés pratiquant le factoring, op. cit.

2. Article 9 du décret exécutif n° 95-331 du 25 octobre 1995 relatif aux conditions d'habilitation des sociétés pratiquant le factoring, op. cit. Le même article ajoute en son alinéa 2 que «les modalités d'application du présent article sont précisées, en tant que de besoin, par arrêté du ministre chargé des finances».

3. M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, Punir sans juger ? De la répression administrative au droit pénal administratif, Economica, Paris, 1992, p. 44.

4. Ibid.

auxquelles l'habilitation est subordonnée, la poursuite de son activité est de nature à porter atteinte aux intérêts de ses adhérents, ce qui justifie la mesure de retrait de l'agrément et ce, sans qu'il soit nécessaire de lui imputer des manquements fautifs¹.

Enfin, et au même titre que l'habilitation, la décision de retrait fait l'objet d'une publication au Journal Officiel.

B. Eléments critiques

A la lecture du dispositif réglementaire, on ne manque pas d'être saisi par le manque de rigueur des rédacteurs du texte. En effet, l'article 1er du décret exécutif dispose qu'il « a pour objet de fixer les conditions à remplir par la société spécialisée dans les opérations de factoring, appelée factor, pour obtenir l'habilitation permettant l'exercice de cette activité » et ce, « en application des dispositions de l'article 543 bis 18 du décret législatif n° 93-08 du 25 avril 1993, modifiant et complétant l'ordonnance n° 75-59 du 26 septembre 1975 portant code de commerce ». Or il se trouve que le décret législatif en question ne comporte que quinze articles. Il s'agit en fait des dispositions de l'article 543 bis 18 de l'ordonnance n° 75-59 du 26 septembre 1975 portant Code de commerce telles qu'insérées par le décret législatif de 1993.

Par ailleurs, outre ce manque de rigueur et au fond, le texte en cause pose une série d'interrogations qui tournent autour de la légalité comme de l'opportunité des dispositions qu'il prescrit.

Si l'on admet en effet que l'opération de factoring se résume en une opération de crédit à laquelle se greffent des services annexes² et, qu'à ce titre, il s'agit essentiellement d'une technique de financement de type crédit-fournisseur, force est de constater que le dispositif réglementaire pose des problèmes de légalité inextricables.

1. Sur la distinction entre mesure de police et sanction administrative, voir M. Guyomar et P. Collin, « Autorités administratives indépendantes ». Chronique générale de jurisprudence administratives, A.J.D.A. 2001, pp. 634-638 et C.E.22 juin 2001, Société Athis, A.J.D.A. 2001, pp. 638-639 ; également J. Pralus-Dupuy, « Réflexions sur le pouvoir de sanction disciplinaire reconnu à certaines autorités administratives indépendantes », RFDA, 2003, pp. 554-567.

2. La technique est considérée en effet comme la combinaison d'une prestation de services, la gestion du recouvrement des créances, d'une opération analogue à l'assurance, la garantie de crédit des débiteurs et d'une opération de crédit. S'agissant de la prestation de services, il s'agit d'une formule de gestion commerciale dans la mesure où le factor assure, en sus du paiement du montant des factures avant échéances, la gestion de la comptabilité-clients, la sélection des acheteurs, la fourniture de renseignements à caractère commercial sur les clients de l'adhérent, un service contentieux, ...

1. Le factoring : une technique financière ou une opération de crédit

L'opération de factoring est une opération complexe en ce qu'elle réunit dans le même contrat un ensemble de catégories juridiques diverses telles l'escompte, le mandat, l'assurance-crédit. Toutefois, l'analyse juridique permet de différencier le contrat de factoring de ces différentes techniques, ce qui en fait un contrat innomé¹.

Il reste que l'élément déterminant dans l'opération réside dans le caractère de technique financière attaché au factoring. En effet, le factor est lié à l'adhérent par un contrat dont les stipulations prévoient que le premier «s'engage à régler au second certaines créances (dites factures approuvées) que celui-ci a sur ses acheteurs, moyennant le transfert de ces créances et le versement de commissions»². Selon une autre formulation, c'est une technique de mobilisation de créances commerciales, soit «l'opération préparant la circulation d'une créance à terme par sa représentation dans un effet de commerce (lettre de change, facture protestable...) qui permet au créancier de se procurer auprès d'un tiers des moyens de paiement immédiatement disponibles, en échange de sa créance à terme»³.

Dans le cas du droit algérien, les factures sont réglées par le factor avant leur échéance. Ainsi, un tel type d'affacturage s'apparente à une opération de crédit à court terme assez proche de l'opération d'escompte. Dans la pratique, la gestion, la garantie et le recouvrement génèrent une commission d'affacturage tandis que la mise à disposition des fonds génère une commission de financement⁴. C'est pourquoi les ouvrages de droit bancaire en traitent parmi les opérations de crédit à court terme.

Qualifiée d'opération de crédit, l'activité d'affacturage est réservée, dans le droit comparé, aux établissements de crédit. En droit français, «la pratique de ces opérations sans inscription sur la liste officielle des banques ou enregistrement comme sociétés financières constituerait un délit...Le factor doit faire, en effet, diverses opérations qui relèvent ... du monopole des établissements de crédit»⁵. La jurisprudence est d'ailleurs bien établie en la matière⁶.

1. Voir Ch. Gavalda et J. Stoufflet, «Le contrat dit de factoring», J.C.P., 1966.I.2044, n° 39-44.

2. J. L.Rives-Langue et M. Contamine-Raynaud, Droit bancaire, Dalloz, 6^{ème} édition, Paris, 1995, p. 527.

3. B. Coutenier, «Les techniques de mobilisation des créances internationales : aspects de droit international et de droit comparé», op. cit. p. 296.

4. Voir, par exemple, www.affacturage.com/

5. Ch. Gavalda, Encyclopédie Dalloz, Répertoire de Droit Commercial, V° Affacturage.

6. P. Estoup, «Des opérations d'affacturage constituent des opérations de crédit», Note sous Versailles, 24 novembre 1989. J.C.P. 1990.II.21498.

Au Maroc, la loi bancaire 6 juillet 1993 relative à l'exercice de l'activité des établissements de crédit et de leur contrôle dispose en son article 3 que «sont assimilées à des opérations de crédit :

les opérations de location assortie d'une option d'achat, notamment le crédit-bail, qu'il soit mobilier ou immobilier ;

les opérations de vente avec faculté de rachat, ou vente à réméré, d'effets et de valeurs mobilières ;

les opérations d'affacturage»¹.

A cet effet, de telles opérations relèvent du monopole des établissements de crédit et ne peuvent ainsi être initiées que par les banques et les sociétés de financement².

En Tunisie, l'article 4 de la loi bancaire dispose en son alinéa 2 : «sont réputées des opérations de crédit, les opérations de leasing et d'affacturage» tandis que l'article 54 considère comme établissement financier, tout établissement agréé «en qualité de banque d'affaires ou d'établissement financier de leasing ou d'établissement financier de factoring»³.

Quant au pouvoir exécutif algérien, il adopte une position différente qui soulève une question de légalité du décret exécutif précité et ce, à un double point de vue :

Le gouvernement a excédé ses compétences pour réglementer une activité financière dont la fixation des règles relève de la compétence du Conseil de la monnaie et du crédit ;

- On est en droit de douter de la légalité du dispositif du décret précité en ce qu'il attribue au ministre chargé des finances la compétence pour délivrer l'habilitation aux sociétés de factoring. La même remarque vaut pour le contrôle d'un tel type de sociétés que le décret en cause attribue au ministre chargé des finances.

1. Dahir portant loi n° 1-93-147 du 06/07/93 relatif à l'exercice de l'activité des établissements de crédit et de leur contrôle, www.bkam.ma/

2. Les sociétés de financement sont des établissements qui effectuent les opérations de banque à l'exception de fonds du public. Elles représentent l'équivalent des établissements financiers en droit algérien.

3. Loi n° 2001-65 du 10 juillet 2001, relative aux établissements de crédit, www.jurisitetunisie.com/

2. L'excès de pouvoir de l'exécutif

Dans un document de synthèse ayant trait aux amendements du Code de commerce et à l'initiation d'avant-projets de textes juridiques relatifs à la bourse des valeurs mobilières et à l'arbitrage commercial international, un groupe de travail piloté par le ministère de la justice conclut la présentation de la technique du factoring en ces termes :

«L'affacturage est une opération de crédit qui consiste dans le transfert de créance commerciale de son titulaire à un factor qui se charge, moyennant une certaine rémunération, d'en opérer le recouvrement et qui en garantit la bonne fin même en cas de défaillance momentanée ou permanente du débiteur. Cette technique très souple permet de faciliter la circulation du crédit avec toute la célérité nécessitée par l'activité commerciale»¹.

Pour reprendre les termes usités dans le document, c'est une opération de crédit, une technique permettant de faciliter la circulation du crédit. A ce titre, de telles opérations ne peuvent être réalisées que par les banques et établissements financiers et ce, en vertu des dispositions de la loi de 1990² relative à la monnaie et au crédit, abrogée et remplacée par une ordonnance édictée en 2003³. En vertu des dispositions des deux textes, il est interdit à toute personne morale ou physique, autre qu'une banque ou un établissement financier, d'effectuer les opérations que ceux-ci exercent d'une manière habituelle, soit les opérations de banque qui comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit ainsi que la mise à disposition de la clientèle des moyens de paiement et la gestion de ces derniers⁴.

Quant à l'opération de crédit, elle est définie comme «tout acte à titre onéreux par lequel une personne met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'aval, cautionnement ou garantie»⁵.

1. Ministère de commerce, Document de synthèse relatif aux avant-projets de lois modifiant le Code de commerce, relative à la bourse des valeurs mobilières et relative à l'arbitrage commercial international, Alger, 1992.

2. Loi n° 90-10 du 14 avril 1990 modifiée et complétée relative à la monnaie et au crédit, JORA n° 16 du 18-04-1990.

3. Ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit, JORA n° 52 du 27 août 2003.

4. Art. 120 de la loi n° 90-10 du 14 avril 1990 modifiée et complétée relative à la monnaie et au crédit dont les dispositions ont été reprises par l'art. 76 de l'ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie..., op. cit.

5. Art. 112 de la loi n° 90-10 du 14 avril 1990 modifiée et complétée relative à la monnaie et au crédit et 68 de l'ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit, op. cit.

Ainsi, les dispositions du décret exécutif précité heurtent de front celles de la loi de 1990 comme celles de l'ordonnance de 2003 relative à la monnaie et au crédit qui réservent le domaine du crédit aux banques et établissements financiers. En outre, si les banques et établissements financiers peuvent être habilités à exercer des activités de factoring selon les termes du décret exécutif précité, des sociétés commerciales ayant la forme de sociétés à responsabilité limitée peuvent également initier de telles activités, ce qui contredit les termes des deux textes relatifs à la monnaie et au crédit qui excluent un tel type de sociétés du domaine des opérations de crédit¹.

Il y a lieu de souligner également que le gouvernement semble avoir excédé ses attributions pour s'ingérer dans un domaine réservé au Conseil de la monnaie et du crédit. Ce dernier est en effet habilité à exercer le pouvoir réglementaire dans le domaine du crédit. En application des termes de l'article 62 de l'ordonnance relative à la monnaie et au crédit² «le Conseil est investi des pouvoirs en tant qu'autorité monétaire, dans les domaines concernant :

c) la définition, la conduite, le suivi et l'évaluation de la politique monétaire ; dans ce but le Conseil fixe les objectifs monétaires, notamment en matière d'évolution des agrégats monétaires et de crédit et arrête l'instrumentation monétaire ainsi que l'établissement des règles de prudence sur le marché monétaire et s'assure de la diffusion d'une information sur la place visant à éviter les risques de défaillance».

En conséquence, le pouvoir exécutif a été dépossédé par la loi de telles compétences. A titre d'exemple, c'est ledit Conseil qui est intervenu pour édicter un règlement d'application de l'ordonnance ayant trait au crédit-bail³. C'est le même Conseil de la monnaie et du crédit auquel revenait le pouvoir de déterminer les conditions à remplir par les sociétés spécialisées dans les opérations de factoring.

Certes, le texte de l'article 543 bis 18 du Code de commerce dispose que «les conditions d'habilitation des sociétés pratiquant le factoring seront fixées par voie réglementaire». Il reste toutefois qu'avec l'institution des autorités administratives indépendantes dans le domaine économique et financier, on assiste à un éclatement du pouvoir réglementaire qui n'est plus du seul ressort du pouvoir exécutif⁴. Certaines

1. Art. 112 de la loi n° 90-10 du 14 avril 1990 modifiée et complétée relative à la monnaie et au crédit et 83 de l'ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit, op. cit.

2. L'article en question reproduit les dispositions de l'article 44 de la loi n° 90-10 précitée.

3. Règlement n° 96-06 du 3 juillet 1996 fixant les modalités de constitution des sociétés de crédit-bail et les conditions de leur agrément, op. cit.

4. V. R. Zouaïmia, Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique en Algérie, Editions Houma, Alger, 2005.

autorités en héritent à l'image du Conseil de la monnaie et du crédit ou de la Commission d'organisation et de surveillance des opérations de bourse. Ainsi, le Code de commerce n'a pas expressément réservé au gouvernement la compétence pour édicter les règles fixant les conditions d'habilitation des sociétés de factoring. On peut tout à fait suggérer que le législateur entendait réserver de telles attributions à l'autorité exerçant le pouvoir réglementaire dans le domaine, c'est-à-dire celui du crédit : il s'agit du Conseil de la monnaie et du crédit et non du gouvernement.

3. La légalité de l'habilitation et du contrôle ministériels

Les dispositions du décret précité heurtent de front celles de la loi et de l'ordonnance relatives à la monnaie et au crédit et ce, à deux niveaux.

a - L'habilitation ministérielle

En application des dispositions de la loi n° 90-10 relative à la monnaie et au crédit, et sous l'empire de laquelle a été édicté le décret exécutif n° 95-331 du 25 octobre 1995 relatif aux conditions d'habilitation des sociétés pratiquant le factoring, les établissements financiers sont soumis à une double procédure d'autorisation et d'agrément.

La constitution de l'établissement financier de droit algérien doit être autorisée par le Conseil de la monnaie et du crédit. Une fois obtenue l'autorisation, la société de droit algérien peut être constituée et requérir son agrément comme établissement financier. En outre, l'agrément n'est accordé à la société que si elle a rempli toutes les conditions fixées par la législation et la réglementation prise par le Conseil de la monnaie et du crédit ainsi que, éventuellement, les conditions spéciales dont l'autorisation est assortie. Enfin, l'agrément est accordé par décision du Gouverneur et fait l'objet d'une publication au Journal officiel.

On le voit, en attribuant au ministre chargé des finances la compétence en matière d'agrément ou d'habilitation des sociétés de factoring, le décret exécutif précité viole manifestement les dispositions de la loi relative à la monnaie et au crédit, lesquelles ont été purement et simplement reprises par l'ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003.

Si l'on tente un exercice comparatif avec les solutions retenues dans d'autres pays, force est de constater que les sociétés de factoring sont généralement soumises aux procédures d'agrément applicables aux banques et établissements financiers.

Quant à la solution de l'habilitation du ministre chargé des finances, elle semble avoir été puisée dans les droits marocain et tunisien qui chargent le ministre des

finances de délivrer les agréments aux sociétés de factoring. Toutefois, une telle solution ne peut être séparée de son contexte. En effet, le ministre des finances représente, aussi bien au Maroc¹ qu'en Tunisie², l'autorité chargée de délivrer l'agrément aux banques et établissements financiers après avis de la Banque centrale ou d'un organe consultatif qui lui est rattaché. L'habilitation des sociétés de factoring par le même ministre entre ainsi logiquement dans les compétences qui lui sont reconnues par la loi bancaire. Or en Algérie, c'est un autre organe, le Conseil de la monnaie et du crédit, qui jouit d'une telle compétence, ce qui ne manque pas de susciter des interrogations autour de l'attribution d'une telle compétence au ministre chargé des finances.

b - Le contrôle ministériel

Les établissements financiers sont soumis au contrôle de la Commission bancaire en vertu des dispositions de l'ordonnance relative à la monnaie et au crédit. Qualifiée d'autorité administrative indépendante, tant par la jurisprudence du Conseil d'Etat³ que par une partie de la doctrine qui la range dans cette catégorie nouvelle en droit algérien⁴, celle-ci est chargée de contrôler le respect par les banques et les établissements financiers des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables et de sanctionner les manquements constatés.

En effet, elle examine leurs conditions d'exploitation et veille à la qualité de leur situation financière ainsi qu'au respect des règles de bonne conduite de la profession. Lorsqu'elle constate les infractions commises par des banques ou

1. Dahir portant n° 1-93-147 du 06/07/93 relatif à l'exercice de l'activité des établissements de crédit et de leur contrôle, www.bkam.ma/

2. Loi n° 98-4 du 2 février 1998 relative aux Sociétés de Recouvrement des Créances, www.jurisitetunisie.com/ ; loi n° 2001-65 du 06 juillet 2001 relative aux établissements de crédit, www.jurisitetunisie.com/

3. C.E. 8 mai 2000, Union Bank c/Gouverneur de la Banque d'Algérie, www.conseil-etat-dz.org/

4. V. R. Zouaïmia, «Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique», *Revue Idara*, n° 2, 2003, pp. 5-50 ; Les autorités de régulation dans le secteur financier..., op. cit. ; «Le statut juridique de la Commission bancaire en droit algérien», janvier 2005, à paraître in *Revue du Conseil d'Etat* ; M. Benlatrache, «Les autorités administratives indépendantes dans le système bancaire : nouvelle approche du rôle de l'Etat», *Revue Idara*, n° 2, 2002, p. 57 (en arabe). Sur la qualification de la commission bancaire de juridiction, voir S. Dib, «La nature du contrôle juridictionnel des actes de la Commission bancaire en Algérie», *Revue du Conseil d'Etat*, n° 3, 2003, p. 123 ; également B. Machou, «Présentation succincte de la Commission bancaire dans sa dimension institutionnelle et quelques aspects de ses procédures», *Revue du Conseil d'Etat*, n° 6, 2005, p. 13.

établissements financiers, elle leur adresse des mises en garde, des injonctions et dispose du pouvoir quasi-juridictionnel de leur infliger des sanctions disciplinaires.

De la même manière que pour l'habilitation, on constate que le décret exécutif en cause attribue le pouvoir de contrôle des sociétés de factoring au ministre chargé des finances et ce, au mépris des termes de la loi de 1990 dont les dispositions ont été reprises par l'ordonnance de 2003 relative à la monnaie et au crédit et qui attribue de telles compétences à la Commission bancaire.

Une telle solution est d'ailleurs susceptible de créer un véritable imbroglio. On peut imaginer en effet une société habilitée par le ministre des finances à exercer des activités de factoring. La Commission bancaire ouvre une enquête et découvre que l'intéressée ne dispose pas d'agrément en tant qu'établissement financier. A ce titre, elle est en mesure de lui appliquer les dispositions de l'article 105 alinéa 4 de l'ordonnance relative à la monnaie et au crédit qui prévoient que la Commission «constate, le cas échéant, les infractions commises par des personnes qui, sans être agréées, exercent les activités de banque ou d'établissement financier et leur applique les sanctions disciplinaires prévues par la présente ordonnance, sans préjudice d'autres poursuites pénales et civiles».

Conclusion

L'exemple de la technique du factoring montre que le législateur algérien ne semble pas se préoccuper outre mesure de l'applicabilité des règles juridiques qu'il édicte. Il se contente en effet d'adopter des textes – pour ne pas dire légiférer – de sorte que les institutions internationales ainsi que les investisseurs étrangers soient convaincus que l'Algérie est engagée dans un processus de réformes économiques et financières qui l'engagent sans conteste sur la voie de la libéralisation. Or les résultats attestent que ni la confusion, ni le vide juridique, ni le discours ne sont en mesure de se substituer à un corpus juridique marqué du sceau de la clarté et susceptible de jouer le rôle de pôle d'attraction en direction des investissements étrangers dans le secteur de la finance. Ce n'est pas un hasard en effet si aucune société de factoring n'a vu le jour entre 1995 et 2005, soit durant une période de 10 ans¹.

Dans la perspective de l'insertion de l'Algérie dans une économie de plus en plus mondialisée, il devient ainsi urgent de clarifier les dispositions du Code de commerce ayant trait au factoring de sorte que la facture soit comprise comme un

1. A signaler qu'un établissement financier agréé en tant que société de leasing (Maghreb Leasing Algérie) envisage d'étendre son activité aux opérations de factoring dans une phrase ultérieure. V. A. Rezouali, «Marché financier : une nouvelle société de leasing s'implante à Alger», El Watan, lundi 16 janvier 2006.

effet de commerce¹, d'édicter les textes d'application de la loi comme il importe de ratifier la Convention d'Ottawa relative au factoring² qui constitue une pièce maîtresse dans le mouvement d'harmonisation des règles de droit international privé applicables au commerce international³.

1. Les derniers amendements du Code commerce n'ont pas concerné le chapitre relatif au factoring. V. Loi n° 05-02 du 6 février 2005 modifiant et complétant l'ordonnance n° 75-59 du 26 septembre 1975 portant Code de commerce, op. cit.

2. Convention d'Unidroit sur l'affacturage international, Ottawa, 28 mai 1988, Journal du Droit international, 1995, p. 1057.

3. Voir F. Ferrari, «La sphère internationale d'application de la Convention d'Ottawa de 1988 sur l'affacturage international», RDAI, n° 8, 1999, p. 895.