

CHAPITRE 1 - OUVERTURE DE CREDIT

L'ouverture de crédit passe par la conclusion préalable d'une convention d'ouverture de crédit (Section 1) que nous évoquerons avant d'aborder les questions de son exécution (Section 2) et de sa fin (Section 3).

SECTION 1 - CONVENTION D'OUVERTURE DE CRÉDIT

Nous examinerons, tour à tour, la notion (Sous-section 1) et la nature (Sous-section 2) de cette convention.

SOUS-SECTION 1 - NOTION

- 424 Définition.** Aux termes de l'article 310 alinéa 1 c. com. lib.: « *Par le contrat d'ouverture de crédit, le créancier s'engage à tenir à la disposition du débiteur certaines sommes, que celui-ci pourra utiliser en tout ou par fractions successives, suivant ses besoins, pendant un délai déterminé* ». Ainsi, l'ouverture de crédit est la convention par laquelle un banquier s'engage à l'égard de son client de mettre à sa disposition un crédit déterminé ⁽¹⁾. Le crédit n'est pas encore accordé mais il le sera si le client le demande ⁽²⁾. Le client reste libre d'utiliser ou non la somme mise à sa disposition. Seul l'emploi des sommes mises à la disposition du client réalise le crédit (art. 310 c. com. lib.). Mais le banquier, lui, est obligé d'accorder le crédit. Le client n'aura aucune obligation, ni d'utiliser le crédit promis ni bien entendu de payer les intérêts stipulés. A noter, toutefois, qu'il contracte ordinairement l'obligation de verser une rémunération en contrepartie de l'engagement ferme pris par celui-ci: on parle alors de « commission d'engagement » d'un taux évidemment beaucoup plus faible qu'un taux d'intérêt. Le crédit peut être mis à la disposition du client pour une opération déterminée.
- 425 Crédit en faveur de tiers.** L'article 313 c.com.lib. consacre expressément la possibilité de consentir une ouverture de crédit à un tiers bénéficiaire, avec stipulation de paiement à faire ou d'engagement à prendre par le banquier donneur de crédit, au profit d'une personne autre que son client, par exemple, sous forme d'accréditif, lettre de crédit ou d'ouverture de crédit documentaire ⁽³⁾. Cependant, le code de commerce ne contient pas une réglementation complète du crédit ouvert en faveur des tiers. Cette réglementation est à chercher dans la convention des parties - qui peut comporter diverses modalités - et dans les usages.
- 426 Ouverture de crédit et compte courant.** Ordinairement, l'ouverture de crédit est convenue en compte courant, le banquier s'oblige à laisser son client disposer de son compte courant dans les limites d'une position débitrice définie dans la convention. Cette modalité est si fréquente que son adoption est présumée par l'article 310 alinéa 2 c. com. ⁽⁴⁾ consacrant le crédit « revolving » sauf convention contraire. ⁽⁵⁾ Dans cette hypothèse, la jurisprudence considère qu'il existe deux conventions liées entre elles: la convention de compte courant et celle d'ouverture de crédit ⁽⁶⁾. L'ouverture de crédit en compte courant avantage tant le client que la banque. D'une part, le client qui use du crédit et fait ensuite des remises rembourse des avances; ce remboursement va lui permettre de bénéficier d'un nouveau découvert égal aux sommes remises et ce, jusqu'à concurrence du montant du crédit accordé par la banque; cela résulte du principe de l'indivisibilité qui régit le compte courant tant qu'il fonctionne. D'autre part, les remises du client garantissent la créance de la banque dans la mesure où elles se compensent continuellement dans le compte avec les autres articles du compte.
- 427 Ouverture de crédit et convention de compte.** L'existence d'un crédit n'implique pas par elle-même celle d'un compte ⁽⁷⁾. L'acte constatant la réalisation d'une ouverture de crédit n'est pas un compte entre les parties pouvant impliquer renonciation à se prévaloir de la nullité des prélèvements opérés sans cause par le jeu de l'exception de compte arrêté (art. 1269 c. proc. civ. fr. et art. 305-3 c. com. lib.). Aussi, un découvert

¹ VALETTE, Conventions de crédit, règles communes, JCl Banque – Crédit- Bourse, vol. 2 fasc. 500 n° 8s.

² RIVES-LANGE et CONTAMINE – RAYNAUD, 445 n° 460.

³ Article 313 c. com. lib.: « *Quand un crédit bancaire a été affecté à des paiements en faveur d'un tiers et que ce crédit a été confirmé par la banque au bénéficiaire, il ne peut plus être révoqué ni modifié sans son consentement. La banque est directement et définitivement engagée envers lui pour les acceptations d'effets et les paiements en cause...* ».

⁴ Trib. 1^{re} inst., 1^{re} ch., Beyrouth, 7 mars 2011, Al Adl 2011/4, 1816.

⁵ L'article 310 dispose que: « *Sauf convention contraire, les remboursements ou remises faites par le débiteur pendant la durée du contrat augmentent d'autant le disponible à son profit* ».

⁶ Cass. com. 25 févr. 1992, RTDcom. 1992, 841 obs. CABRILLAC et TEYSSIE ; GRUA, n° 63, n° 328.

⁷ Cass. civ. 30 mars 1943, D. 1944, 13 note L P.

en compte peut exister sans ouverture de crédit ⁽⁸⁾. Il suffit d'imaginer que le client décide unilatéralement de rendre son compte débiteur. Les deux conventions n'ont pas toujours exactement les mêmes parties: ainsi, lorsqu'un compte a été ouvert à un époux et qu'un contrat de crédit a été signé par les deux époux, l'époux signataire du seul contrat de crédit n'est pas tenu au paiement du solde débiteur du compte ⁽⁹⁾.

- 428 Titre exécutoire.** Aux termes de l'article premier de la loi du 4 mai 1968 relative à l'exécution des contrats et engagements écrits et de l'article 849 nouv. c. proc. civ. lib.: « *Chaque créancier d'un droit personnel ou réel né d'un contrat ou d'un engagement prouvé en vertu d'un titre peut demander l'exécution de ce titre à l'encontre de son débiteur directement par devant le bureau exécutif compétent* ». Ainsi, le titre n'est susceptible d'exécution directe que si le débiteur s'est engagé en vertu du contrat ou de son engagement unilatéral à payer une somme exigible et déterminée dans son montant. Or, le contrat d'ouverture de crédit bien que signé par le débiteur ne porte pas sur une somme d'argent déjà exigible et déterminée; il vise à réglementer les conditions de concours financiers futurs, éventuels, c'est-à-dire qui ne sont pas encore déterminées au moment de sa conclusion. Par conséquent, le contrat d'ouverture de crédit n'est pas susceptible d'exécution directe ⁽¹⁰⁾. Il convient d'ajouter que l'appréciation du caractère exécutoire ou non du contrat d'ouverture de crédit est une question de fond qui, à ce titre, ne relève pas de la compétence du chef du bureau exécutif mais de la juridiction du fond ⁽¹¹⁾.

SOUS-SECTION 2 - NATURE DE LA CONVENTION

- 429 Promesse et tolérance de crédit.** L'ouverture de crédit constitue une promesse ⁽¹²⁾. Parfois, il s'agira d'un accord de principe car le banquier conserve souvent un certain droit de ne pas répondre aux appels de fonds. Tel est le cas des ouvertures de crédit d'escompte, qui laissent généralement le banquier libre de refuser les effets qui ne présentent pas des garanties suffisantes ⁽¹³⁾. Plus rarement, il ne s'agira ni d'un accord de principe, ni même d'un contrat. Tel est le cas quand le crédit procède d'une simple tolérance de découvert en compte, car celui qui tolère, à la différence de celui qui contracte, n'entend pas s'engager pour l'avenir. En effet, on désigne par le mot « tolérance » le concours ponctuel accordé très épisodiquement par le banquier, par exemple, pour aider son client à faire très occasionnellement une échéance difficile. Un tel concours, par son caractère occasionnel, n'est générateur d'aucune obligation pour le banquier qui l'a accordé sans obligation préalable et qui ne contracte pas ainsi l'obligation de le renouveler ⁽¹⁴⁾. Le concours occasionnel peut être caractérisé par le refus préalable de la banque d'accorder une autorisation de découvert ⁽¹⁵⁾. Par conséquent, une banque ne peut se voir reprocher d'avoir rompu abusivement un crédit dont l'existence n'est pas démontrée ⁽¹⁶⁾.
- 430 Crédit et prêt.** La question de savoir si la notion de crédit se distingue de celle de la notion de prêt est controversée ⁽¹⁷⁾; cela rapproche le prêt et la promesse de crédit qui se réalise par ce prêt. Ce rapprochement est en tout cas consacré par la tendance de la jurisprudence à étendre aux opérations de crédit en général des textes qui ne visent que le prêt. Ainsi, sont appliquées aux opérations de crédit, les dispositions relatives à la condition écrite du taux d'intérêt et à l'usure. Cette interprétation extensive des textes sur le prêt permet de compléter la réglementation du contrat de crédit, qui ne fait l'objet que de dispositions éparpillées. Dans l'état actuel de la jurisprudence, la nature du contrat de prêt dépend de la qualité du prêteur: s'il est un professionnel du crédit, le contrat est consensuel ⁽¹⁸⁾ et dans les autres cas, le contrat

⁸ Cass. com. 10 juill. 1990 Bull. civ. IV n° 203.

⁹ Cass. com. 25 févr. 1992, Bull. civ. IV n° 87.

¹⁰ Cass. lib. 27 avr. 1993, Al Adl 1993, 94 ; Mont-Liban 12 déc. 1988 Rep. drt banc., 701 mfn 02593 ; Beyrouth 30 juill. 1970, Rev. jud. lib. 1972, 213.

¹¹ Cass. lib. 12 déc. 2000, Rec. civ. Sader 2000, 751 sp. 753 ; Al Adl 2001, 66.

¹² RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, 445 n° 460 ; DE JUGLART et IPPOLITO, 269 n° 224 ; RIPERT et ROBLOT, 407 n° 2378.

¹³ GRUA, Les contrats de base de la pratique bancaire, Litec 2000, 229 n° 325.

¹⁴ Cass. civ. 4 janv. 1951 somm. 17 ; 30 déc. 1952, JCP G 1952, II-7490 ; Trib. 1^{re} inst. Beyrouth 3 juin 1967, Rec. Hatem, fasc. 133, 41.

¹⁵ Cass. com. 19 juin 2007, RDBF nov.-déc. 2007 comm. 212 note CREDOT et SAMIN.

¹⁶ Cass. com. 15 avr. 2008, RDBF juill.-août 2008, comm. 101 note CREDOT et SAMIN.

¹⁷ Pour: GAVALDA ET STOUFFLET, Droit de la banque, 555 n° 423 ; RIPERT et ROBLOT, 269 n° 224 ; GRUA, 228 n° 324 ; ces auteurs contestent le caractère réel du crédit puisque la remise est incertaine. De même, on estime que l'obligation du banquier est une obligation de faire alors que l'obligation du prêteur est une obligation de donner. Contre: DE JUGLART et IPPOLITO, 269 n° 221 qui considèrent que la promesse du banquier ne fait que différer la réalisation du prêt mais le banquier et son client sont d'ores et déjà engagés.

¹⁸ Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2006 Bull. civ. n° 358 ; 19 juin 2008, JCPG 2008, 10150 note CONSTANTIN ; Cass. com. 7 avr. 2009, Banque et droit, juillet-août 2009, note BONNEAU.

est réel ⁽¹⁹⁾.

431 Contrat préliminaire de prestation de services. Il est communément admis que la convention d'ouverture de crédit est unilatérale. Par là, il faut comprendre que le banquier est obligé d'exécuter son obligation de consentir le crédit mais le client reste libre d'utiliser ou non le crédit consenti, de demander ou non l'exécution de l'obligation du banquier. Ainsi cette convention ne produira pas d'effet si le client renonce à y recourir. C'est donc à juste titre que certains voient dans l'ouverture du crédit un avant-contrat qu'ils nomment « contrat préliminaire » ⁽²⁰⁾ servant de cadre aux opérations à venir par lesquelles le client utilisera le crédit à lui ouvert: escompte ou acceptation d'effet, paiement de chèque, virement, etc. La jurisprudence considère que lorsque la banque ouvre à son client un compte sur lequel elle autorise un découvert ou sur lequel sont prévues des remises réciproques pour l'exécution d'une autorisation de crédit, elle rend par ce fait une prestation de service ⁽²¹⁾.

432 Intuitus personae. La convention est conclue intuitu personae, même si le crédit est greffé d'une sûreté réelle. Par conséquent, le banquier est libre d'accorder ou non le crédit. La Cour de cassation française a pu ainsi décider que: « *Hors le cas où il est tenu par un engagement antérieur, le banquier est toujours libre, sans avoir à justifier sa décision qui est discrétionnaire, de proposer ou de consentir un crédit quelle qu'en soit la forme, de s'abstenir ou de refuser de le faire* » ⁽²²⁾. Cela découle de sa nature même qui fait naître une obligation de caractère strictement personnel non susceptible d'exécution au profit d'un tiers ⁽²³⁾. C'est pourquoi également, la convention ne peut être valablement cédée sans l'accord préalable du banquier ⁽²⁴⁾. Néanmoins, le refus du banquier sera sanctionné s'il est fondé sur un *scoring* ⁽²⁵⁾ en violation des textes ou si le refus est fondé sur des considérations de race, de sexe ou de religion, etc. ⁽²⁶⁾ ou s'il n'est pas motivé s'agissant des demandes sollicitées par les entreprises (art. L. 313-12-1 c. monét. fin.).

433 Nature civile ou commerciale. Le contrat d'ouverture de crédit est, suivant le cas, de nature civile ou de nature commerciale. Jugé que lorsque la société s'engage à payer le crédit consenti à l'un de ses associés et l'inscrit dans son compte commercial, le crédit devient commercial ainsi que le compte y relatif; par conséquent, il produit des intérêts de plein droit au profit de la banque dans les termes de l'article 302 c. com. lib. relatif au compte courant ⁽²⁷⁾.

SECTION 2 - EXECUTION DE LA CONVENTION D'OUVERTURE DE CREDIT

La convention de crédit prouvée (Sous-section 1) oblige le crédité à rémunérer le banquier (Sous-section 2) qui n'est pas à l'abri de toute responsabilité (Sous-section 3).

SOUS-SECTION 1 - PREUVE DE LA CONVENTION

434 Droit commun. Le problème de la preuve se pose lorsque la banque après avoir consenti antérieurement un découvert à son client décide d'arrêter son concours financier. Le banquier prétendra alors que son client bénéficiait d'une simple tolérance qui ne procède pas de la volonté du banquier de s'engager pour l'avenir, alors que le client soutiendra que la banque lui a accordé une véritable ouverture de crédit. La différence est de taille dans la mesure où la tolérance peut être révoquée à tout moment sans pour cela que le banquier se voit reprocher un abus quelconque ⁽²⁸⁾. La réglementation bancaire ne prévoit aucune règle de preuve spécifique. Il faut revenir aux règles de droit commun. Ainsi, lorsque l'opération est commerciale pour le client - l'opération étant toujours commerciale pour la banque - il pourra apporter la preuve de ces

¹⁹ Cass. 1^{re} civ., 7 mars 2006, JCPE 2006, 2195 note PIEDELIEVRE.

²⁰ GAVALDA et STOUFFLET, 525 n° 423.

²¹ Cass. com. 3 mars 1999 RTDcom 1999, 729 obs. CABRILLAC.

²² Cass. Ass. plén. 9 oct. 2006 D 2006, 2933 note HOUTCIEFF ; JCPG 2006, II-10175 note BONNEAU.

²³ GAVALDA et STOUFFLET, n° 437 ; en ce sens, Trib. com. Boulogne-sur-mer 24 sept. 1982, D 1983 IR 467 ; RTDcom. 1984, 123. Contra Cass. crim. 29 mai 1984, JCP G 1985, 3221 n° 33 obs. GAVALDA et STOUFFLET, arrêt critiqué.

²⁴ Cass. com. 15 mars 2011, Banque et droit n° 137 mai-juin 2011, 27 obs. BONNEAU.

²⁵ Pratique consistant à évaluer de manière automatisée les risques présentés par le client selon des critères préalablement définis. V. CNIL, délib. n° 2006-019 du 2 février 2006, RDBF juillet-août 2006, n° 147 note CAPRIOLI.

²⁶ DECOQ, GERARD et MOREL-MAROGER, n° 170, 124.

²⁷ Cass. lib. 31 mars 1998, Rec. civ. Sader 1998, 424.

²⁸ Cass. com. 14 févr. 1977 Bull. civ. IV n° 42 ; 13 janv. 1982 Gaz. Pal. 1982, 1, pan. 178 obs. PIEDELIEVRE ; Versailles 9 mai 1984, RjCom. 1986, 227. Contra. Aix-en-Provence 26 mai 1976 D. 1977 IR 451 obs. VASSEUR.

allégations par tous les moyens (²⁹). L'écrit comme condition de validité n'est exigé que pour les matières civiles et seulement lorsque le taux dépasse le taux légal fixé à 9 %. La preuve doit porter sur la convention elle-même et sur son contenu.

La preuve de la l'ouverture du crédit est une question de fait qui relève du pouvoir souverain des juges du fond. Par exemple, la jurisprudence considère que l'octroi ou le renouvellement répété de découverts pendant une période déterminée peut établir la volonté du banquier de consentir une ouverture de crédit pour l'avenir (³⁰). En l'absence d'écrit, le montant du crédit est déterminé d'après « le découvert moyen » consenti par le banquier pendant un certain temps, abstraction faite des pointes de trésorerie (³¹).

SOUS-SECTION 2 - REMUNERATION DU BANQUIER

435 Intérêts. L'ouverture du crédit porte intérêts sur les sommes avancées au taux fixé par les parties à partir du jour de l'utilisation. Cependant, la production d'intérêts n'a lieu en droit français qu'à la double condition que le taux de l'intérêt soit écrit et accepté par le client (³²). En droit libanais, la question de l'exigence d'un écrit mentionnant le taux de l'intérêt conventionnel est régie par l'article 767 c. oblig. c. ainsi rédigé : « *Lorsque les parties ont stipulé des intérêts sans en fixer le taux, l'emprunteur devra payer les intérêts au taux légal. – En matière civile, le taux de l'intérêt doit être fixé par écrit lorsqu'il est supérieur à l'intérêt légal; s'il n'a pas été fixé par écrit, l'intérêt n'est dû qu'au taux légal* ». Il en résulte que l'écrit comme condition de validité n'est exigé que pour les matières civiles et seulement lorsque le taux dépasse le taux légal fixé à 9 %. En revanche, le taux d'intérêt est toujours de nature commerciale conformément aux dispositions de l'article 4 de la loi n°5439 du 20 septembre 1982 relative aux exemptions fiscales et dispositions visant à développer le marché financier au Liban (³³). Par conséquent, ce taux n'est jamais usuraire.

436 Taux fixe ou variable. La chambre commerciale de la Cour de cassation a admis la validité de la pratique bancaire, très répandue, portant référence à un taux de base variable fixé unilatéralement par le prêteur; elle ne la condamne qu'en cas d'abus (³⁴).

SOUS-SECTION 3 - RESPONSABILITE DU BANQUIER

Nous évoquerons cette responsabilité envers le crédit (Paragraphe 1), les tiers (Paragraphe 2), et les cautions (Paragraphe 3).

Paragraphe 1 - Responsabilité à l'égard du crédit

437 Rupture du crédit. Si le banquier résilie de manière irrégulière la convention et renonce brutalement au concours financier qu'il apporte à son client, sa responsabilité contractuelle pour abus sera engagée, et il devra réparation du préjudice (³⁵). La rupture d'un crédit à durée indéterminée peut ne pas être légitime dans certaines circonstances nonobstant le respect du délai de préavis (³⁶). Le lien de causalité entre la faute et le préjudice invoqué est souvent difficile à établir car la rupture du crédit a le plus souvent pour seule conséquence la dégradation d'une situation déjà compromise (³⁷). Un « classique » du contentieux bancaire

²⁹ Orléans 26 oct. 1971, JCP G 1972, II-17082 note STOUFFLET ; Nîmes 21 nov. 1971, RTDcom. 1972, 433 obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE ; Aix-en-Provence 31 mars 1978 RTDcom. 1978, 148 obs CABRILLAC et RIVES-LANGE.

³⁰ Cass. com. 8 mai 1978, D. 1979, IR 141 obs. VASSEUR; Rennes 4 mai 1976 et Aix-en-Provence 31 mars 1978 préc. ; Paris 30 mars 1977, D. 1978, IR 81, obs. CABRILLAC et 106, obs. VASSEUR ; Paris 19 mars 1985, Banque 1985, 855 obs. RIVES-LANGE ; Poitiers 14 juin 1979 préc. ; Paris 26 sept. 1989, Gaz. Pal. 1990, 1, 211.

³¹ Cass. com. 16 janv. 1990, Banque 1990, 538 obs RIVES-LANGE ; RTDcom. 1990, 440 obs. CABRILLAC et TEYSSIE ; RDBB 1990, 238 obs CREDOT et GERARD; 18 juin 1996, RDBB 1997, 116 ; Paris 31 janv. 1991, D. 1992, 298 note TRIDI.

³² Cass. civ. 24 juin 1981, Bull. civ. I n° 233 ; D. 1982, 397 note BOIZARD (1^{er} espèce) ; JCP G 1982, II-19713 note VASSEUR, (3 esp) ; 14 févr. 1995 D. 1995, 340 note PIEDELIEVRE ; JCP G 1995, II-22402 note CHARTIER.

³³ Art.4L5439/1982: « *Nonobstant tout texte contraire, en ce qui concerne le taux de l'intérêt, sont considérés commerciaux tous les prêts consentis par les banques et établissements financiers inscrits sur la liste des établissements financiers qu'il s'agisse de prêts non garantis ou garantis par des sûretés personnelles ou réelles dont les garanties foncières* ».

³⁴ Cass. com. 9 juill. 1996, Bull. civ. IV n° 205 ; JCP G 1996, II-22721 note STOUFFLET ; déjà dans le même sens, Paris 12 janv. 1996 D. 1996, somm. 324 obs. MAZEAUD.

³⁵ Orléans 26 oct. 1971, JCP G 1972, II-17082 note STOUFFLET ; Paris 7 mai 1979, RTDcom. 1979, 777 ; Toulouse 10 mai 1984, Banque 1984, 967 obs. RIVES-LANGE.

³⁶ Paris 18 déc. 2001, RDBB n° 3 mai-juin 2002, 122 n° 79 obs. CREDOT et GERARD.

³⁷ Cass. com. 24 nov. 1992, JCP G 1993, II-2 1993, 2^e esp, note VIDAL ; 25 juin 1996, JCP G 1996, II-22687 rapport REMERY.

est constitué par le grief adressé par le débiteur à sa banque d'avoir refusé à tort des paiements, eu égard au découvert dont il prétend avoir bénéficié. Les juges du fond sont alors amenés à apprécier la réalité du découvert prétendu par rapport au découvert observé, qu'une analyse du fonctionnement du compte sur une période significative permet de révéler.

438 Refus de renouvellement du crédit. Le refus de renouvellement d'un crédit peut être abusif ⁽³⁸⁾. Jugé qu'une banque abuse de son droit en refusant l'escompte d'effets dont elle a d'abord accepté la remise, sans motif sérieux, alors qu'elle avait précédemment escompté des effets tirés sur les mêmes débiteurs ⁽³⁹⁾. A l'inverse, ne commet pas de faute, la banque qui refuse l'octroi d'un nouveau crédit de campagne, dès lors qu'à la suite de ceux antérieurement accordés, une rupture de ce processus s'était produite lors de l'octroi d'un crédit à moyen terme ⁽⁴⁰⁾.

439 Manquement aux devoirs généraux. La Cour de cassation connaît depuis un certain temps un autre type d'action en responsabilité contre les banques, contractuelle, engagée par le crédit ou par ses cautions, fondée explicitement ou implicitement sur un manquement de devoir de conseil ⁽⁴¹⁾. D'autres arrêts sanctionnent les banques pour manquement au devoir de vigilance ⁽⁴²⁾ ou de mise garde. A ce propos, la Haute cour décide que c'est à celui qui est tenu d'une obligation d'information ou de conseil de rapporter la preuve de son exécution ⁽⁴³⁾.

Paragraphe 2 - Responsabilité à l'égard des tiers

440 Soutien abusif de crédit. Quand un crédit est consenti à une entreprise, il peut causer préjudice aux tiers, soit qu'il permette de prolonger une exploitation déficitaire et engendre donc une aggravation du passif, soit qu'il donne à l'entreprise une fausse apparence de solvabilité qui inspire confiance et porte certains tiers à contracter avec elle ⁽⁴⁴⁾. Aussi, la question s'est posée de savoir si la banque pouvait être tenue responsable du fait de l'octroi du crédit ⁽⁴⁵⁾? Le principe de la responsabilité délictuelle du banquier en pareille hypothèse n'a jamais soulevé de doute ⁽⁴⁶⁾. Seul est fautif l'octroi de crédits à une entreprise en situation irrémédiablement compromise ou l'octroi de crédits nécessairement ruineux pour l'entreprise ⁽⁴⁷⁾. Il en est de même si l'établissement de crédit a fautivement retardé l'ouverture de la procédure collective de son client, étant entendu que dans ce cas, il n'est tenu de réparer que l'aggravation de l'insuffisance d'actif qu'il a ainsi contribué à créer ⁽⁴⁸⁾. La faute bancaire doit être particulièrement délimitée parce que d'une part, le risque d'entreprise existe et d'autre part, parce que la banque qui finance l'entreprise encourt également un risque inévitable, celui-ci même lié à son crédit. Il faut donc se garder d'imputer à la légère, faute aux banques, des crédits dont elles sont les premières victimes en cas de défaillance de leurs bénéficiaires ⁽⁴⁹⁾.

La jurisprudence exige pour mettre en œuvre une telle responsabilité « *un manquement grave, un défaut manifeste de vigilance ou de discernement* ». Par conséquent un emprunteur ne peut venir reprocher au prêteur de lui avoir accordé le crédit qu'il a lui-même sollicité. Le banquier n'a pas en effet à s'immiscer dans les affaires de ses clients ⁽⁵⁰⁾. La faute bancaire d'octroi de crédit à une entreprise en situation irrémédiablement compromise ne suffit pas obligatoirement à retenir la responsabilité de la banque. Encore faut-il apporter la preuve du lien de causalité, la faute ne présument pas la causalité du préjudice ⁽⁵¹⁾. De même, la causalité du préjudice par rapport à la faute, exclut que le créancier fautif soit tenu de réparer plus que le dommage créé par l'aggravation de l'insuffisance d'actif dont il est à l'origine pour avoir permis une

³⁸ LE TOURNEAU, L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle, Essai Dalloz Dunod 2000, 116.

³⁹ Paris 16 févr. 2001, RDBB n° 3 mai/juin 2002, 222 n° 81 obs. CREDOT et GERARD.

⁴⁰ Cass. com. 15 janv. 2002, RDBB, n° 3 mai/juin 2002, 122 n° 80 obs. CREDOT et GERARD.

⁴¹ LEGAIS, L'obligation de conseil de l'établissement de crédit à l'égard de l'emprunteur et de sa caution, Mélanges AEDBF France T II, 257 ; CREDOT, L'octroi de crédits et l'obligation de conseil du banquier, Droit et patrimoine, janvier 1994, 34 ; LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté Coll. FNDE Litec, préf. MESTRE, 1 n° 66 ; STOUFFLET, art. préc., 24 n° 17.

⁴² Cass. com. 15 juin 1999, RDBB 1999, 186, note CREDOT et GERARD.

⁴³ Cass. com. 13 sept. 2011 Banque et droit n° 140 nov.-déc 2011, chr. Dr.bancaire, 20 obs. BONNEAU.

⁴⁴ GRUA, Responsabilité civile du banquier, service du crédit, JCL Banque-Crédit-Bourse vol. 1 fasc. 151, n° 15et s.

⁴⁵ LEGAIS, Responsabilité du banquier en matière de crédit, RDBF mars-avril 2010, Etude 4 ; STOUFFLET, Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit, Mélanges CABRILLAC Dalloz Litec 1999, 517ets.

⁴⁶ Cass. com. 10 oct. 2000, RDBF n° 1 janv.-fév. 2001, 12 n° 7 obs. CREDOT et GERARD.

⁴⁷ Cass. com. 22 mai 2001 ; RDBF sept.-oct. 2001, 282 n° 179 obs. CREDOT et GERARD.

⁴⁸ Cass. com. 16 mars 2010, RDBF juill.-août 2010, comm. 128 note CREDOT et SAMIN.

⁴⁹ CREDOT et GERARD, obs. préc.

⁵⁰ Cass. com. 22 mai, juris-data n° 2001 – 009855.

⁵¹ Orléans 31 mai 2001, RDBF n° 3 mai-juin 2002, 132 n° 78 obs. CREDOT et GERARD.

survie artificielle du crédit⁽⁵²⁾. Enfin, observons que dans la mesure où la prescription de l'action en responsabilité court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance⁽⁵³⁾, le dommage résultant d'un manquement à l'obligation de mise en garde consistant en une perte de chance de ne pas contracter se manifestant par l'octroi des crédits, le délai de prescription de l'action en responsabilité du banquier dispensateur de crédit court à compter de la date de conclusion des contrats de crédit⁽⁵⁴⁾.

Paragraphe 3 - Responsabilité à l'égard des cautions

- 441 Conditions.** La jurisprudence française reconnaît à la caution le droit de poursuivre la banque en responsabilité pour défaut d'information ou pour inexécution de l'obligation de mise en garde. En outre, la caution pourra exiger sa condamnation du fait de l'octroi du crédit au débiteur cautionné. L'aboutissement d'une telle action en responsabilité implique au préalable la preuve que la caution, au moment où elle s'est engagée, ignorait la situation compromise du cautionné⁽⁵⁵⁾. A cet effet, si la caution est dirigeant ou associé de la société débitrice cautionnée, son action sera le plus souvent rejetée en raison de sa situation lui permettant d'obtenir et d'accéder à tous les renseignements utiles pour apprécier l'opportunité de ses engagements⁽⁵⁶⁾.

SECTION 3 - FIN DE LA CONVENTION D'OUVERTURE DE CREDIT

La convention prend fin pour des causes tenant à sa durée (Sous-section 1) ou pour des événements affectant la situation financière du crédit (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 - DUREE DE LA CONVENTION

- 442 Durée indéterminée.** Si les parties n'ont fixé aucun terme extinctif à l'ouverture de crédit, le droit commun reconnaît à chacune d'elles le droit de résilier unilatéralement et à tout moment le contrat à durée indéterminée. Le terme du crédit à durée indéterminée sera fixé par le juge⁽⁵⁷⁾. Cependant, la jurisprudence a pris en compte le fait qu'une rupture brutale d'un crédit par une banque peut mettre le client en grande difficulté. Aussi, les tribunaux ont-ils toujours considéré que commet une faute dans l'exercice de son droit de résiliation de la convention le banquier qui, sans raison sérieuse, n'accorde pas au bénéficiaire du crédit un délai suffisant pour lui permettre de prendre les dispositions qu'appelle la perte du bénéfice du crédit⁽⁵⁸⁾. Cette jurisprudence est confortée en droit français par l'article L 313-12 c. monét. fin. aux termes duquel: « *Tout concours à durée indéterminée autre qu'occasionnel, qu'un établissement de crédit consent à une entreprise ne peut être réduit ou interrompu que sur notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours* ».
- 443 Durée déterminée.** En raison de l'existence d'un terme, l'ouverture de crédit ne saurait normalement s'éteindre avant sa survenance sauf convention contraire acceptée par les parties. A l'expiration du terme, le banquier retrouve sa pleine liberté de ne pas renouveler l'ouverture du crédit. Le droit de ne pas renouveler est absolu.⁽⁵⁹⁾

SOUS-SECTION 2 - SITUATION DU CREDITE

- 444 Insolvabilité.** L'article 311 alinéa 1 c. com. lib. énonce: « *Le contrat d'ouverture de crédit peut être dénoncé par le créancier, si le crédit devient insolvable ou s'il l'était déjà au moment du contrat à l'insu du créancier* ». Il en résulte que la simple insolvabilité est une cause de résiliation du contrat. Ainsi, dès que la banque constate que le débiteur ne peut pas payer ce qu'il doit, elle est en droit de dénoncer les crédits. Il

⁵² Cass. com. 11 mai 2010, RDBF nov.-déc. 2010, comm. 207 note CREDOT et SAMIN ; 16 mars 2010 RDBF 2010 comm. 128.

⁵³ Cass. civ. 9 juill. 2009 Banque et droit n° 128, nov.-déc. 2009, 37 obs. BONNEAU ; RTDcom. 2009, 794 obs. LEGAIS.

⁵⁴ Cass. com. 26 janv. 2010, Banque et droit n° 131 mai-juin 2010, 21 obs. BONNEAU.

⁵⁵ Cass. com. 22 mai 2007 pourvoi n° 05-21703 et 28 nov. 2006 pourvoi n° 05-15380 cités par DECOQ, GERARD, MOREL-MAROGER n° 198, 142.

⁵⁶ DECOQ, GERARD, MOREL-MAROGER, Ibid et les réf. jurispr. citées.

⁵⁷ Cass. com. 26 janv. 2010, Bull. civ. n° 22.

⁵⁸ Cass. civ. 13 janv. 1987 D. 1987 IR 17 ; RDBB 1987, 53 obs. CREDOT et GERARD ; Cass. com. 22 avr. 1980 D. 1981, IR 1 obs. DERRIDA ; Paris 13 mars 1975 RTDcom.1975, 888 obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE ; Paris 28 oct. 1967, Banque 1968, 61 obs. MARIN ; Nîmes 24 nov. 1971, Banque 1972, 297 obs. MARIN.

⁵⁹ Paris 13 déc. 1976 cité par GAVALDA et STOUFFLET, Chr. droit banc. JCP G 1978, I-2902 n° 49.

n'est pas nécessaire qu'il soit en état de cessation des paiements ou déclaré failli. Cependant, il faut bien relever que la banque devra prouver l'existence de l'état d'insolvabilité; l'insolvabilité doit être réalisée. Ainsi, échappe au domaine de cet article le risque d'insolvabilité.

- 445 Faillite du client.** L'article L 621-28 c. com. fr. reconnaît à l'administrateur judiciaire la faculté d'exiger, pendant la période d'observation, l'exécution des contrats en cours c'est-à-dire des contrats conclus avant l'ouverture de la procédure, la question s'est posée de savoir s'il bénéficie d'une telle faculté en matière d'ouverture de crédit? La Cour de cassation considère que l'administrateur judiciaire peut exiger le maintien des crédits en cours au jour du jugement d'ouverture ⁽⁶⁰⁾ au motif que le texte ne fait aucune distinction selon les contrats conclus ou non en considération de la personne. Si la banque insiste pour résilier la convention d'ouverture du crédit, il reviendra alors au seul juge-commissaire la compétence de trancher ⁽⁶¹⁾; étant entendu que la banque peut dans tous les cas refuser la continuation du crédit au cas où le client a un comportement répréhensible ou que sa situation est irrémédiablement compromise ⁽⁶²⁾. Le droit libanais ne contient aucune disposition similaire. L'exécution des contrats en cours ne peut se réaliser que sur autorisation du juge – commissaire et sous la supervision de ce dernier.
- 446 Diminution des garanties.** Aux termes de l'article 311 alinéa 2 c. com. lib.: « *Au cas de diminution notable des garanties réelles ou personnelles, fournies par le crédit, le créancier a le droit d'obtenir un supplément de garantie ou, suivant le cas la réduction ou la clôture du crédit* ». En principe, c'est la banque qui apprécie les caractères « notable » de la diminution et « supplémentaire » de la garantie. Mais cette appréciation n'est pas discrétionnaire. D'une part, la loi fixe un cadre juridique des garanties à fournir en fonction du prêt demandé, la banque ne pourra pas exiger un supplément aux garanties prévues par la loi sous peine de tomber dans l'abus générateur pour elle de responsabilité; d'autre part, son appréciation reste soumise au contrôle des juges en cas d'action en responsabilité.
- 447 Altération de la confiance.** L'ouverture de crédit reposant sur la confiance réciproque entre le créancier et le crédit prend fin de plein droit chaque fois que se produit un événement susceptible d'altérer cette confiance: décès, incapacité, etc.

⁶⁰ Cass. 8 déc. 1987, JCP G 1988, II-20927 note JEANTIN ; D. 1988, 52 note DERRIDA, Banque 1987, 97 obs. RIVES-LANGE.

⁶¹ Cass. com. 21 déc. 1987, Gaz. Pal. 1988, 1, 168 ; Banque 1988, 237 obs. RIVES-LANGE.

⁶² Cass. com. 8 déc. 1987 préc.

CHAPITRE 2 - CREDITS INTERNES

Nous envisagerons, tour à tour, les crédits à court terme (Section 1) et les crédits à moyen et long terme (Section 2).

SECTION 1 - CREDITS A COURT TERME

- 448 Présentation.** Les crédits à court terme ont pour fonction d'apporter une aide financière à leur bénéficiaire pour une période maximale d'un an (art. 158 c. monn. créd.). Ces crédits sont multiples. Certains crédits sont principalement accordés en raison de la crédibilité du client: avances et découverts constitutifs du prêt du code des obligations et des contrats. D'autres crédits ont pour objectif de mobiliser la créance commerciale. Il en est ainsi de l'escompte, du crédit de mobilisation des créances commerciales, de l'affacturage, de l'avance sur marché ou de la cession des créances professionnelles. Dans d'autres types de crédit, le banquier au lieu de passer immédiatement à la caisse préfère un engagement éventuel, ainsi il se porte caution, c'est un crédit par signature. Les prêts à court terme se présentent sous des modalités très variées justifiées exclusivement par la technique contractuelle: avances, découverts, crédits de courrier, etc. Toutefois, au point de vue juridique, ses différentes appellations sont constitutives de prêts. Nous proposons de les regrouper en trois formes: prêt (Sous-section 1) avance en compte (Sous-section 2) et crédits par signature (Sous-section 3).

SOUS-SECTION 1 - PRET

- 449 Notion.** Le prêt bancaire est un contrat de prêt d'argent qui obéit aux règles générales de droit commun édictées dans les articles 1892 et s. c. civ. et les articles 754 et 766 et s. c. oblig. c. C'est un contrat qui se réalise par la remise des fonds au bénéficiaire (art. 754 c. oblig. c.). Celui-ci s'engage en contrepartie, à servir l'intérêt convenu et à rembourser dans les délais impartis soit en une fois soit par des versements échelonnés, mensuels, trimestriels (art. 767 c. oblig. c.) etc. Comme la plupart des opérations bancaires, le contrat de prêt peut avoir une nature civile ou commerciale selon la qualité de l'emprunteur, mais à l'égard du banquier, il est toujours commercial. En outre, il est aujourd'hui définitivement acquis « *que le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel* » mais simplement consensuel ⁽¹⁾ mais alors que la Haute cour décidait que la preuve du contrat de prêt requiert seulement que soit établi l'accord de volontés ⁽²⁾, aujourd'hui, elle affirme « *qu'il appartient au prêteur qui sollicite l'exécution de l'obligation de restitution de l'emprunteur d'apporter la preuve de l'exécution préalable de son obligation de remise des fonds* » ⁽³⁾.

Le prêt peut ou non être accompagné d'une ouverture de crédit. Il peut être rédigé par écrit comme faire l'objet d'un accord oral. La preuve de l'existence du prêt sera rapportée par tous moyens dans la mesure où le banquier est généralement considéré comme un commerçant. Traditionnellement considéré comme un contrat unilatéral, la doctrine moderne le regarde comme un contrat synallagmatique ⁽⁴⁾.

- 450 Réalisation.** Le contrat de prêt se réalise par la remise du bien prêté. C'est en cela d'ailleurs qu'il se distingue d'autres types de crédit qui n'impliquent aucun versement préalable de la part du prêteur tels que les découverts en compte. Il ne doit pas davantage être confondu avec l'ouverture de crédit. Il est vrai que l'exécution de cette dernière peut entraîner la réalisation d'un ou plusieurs prêts mais, d'une part, le crédit en résultant ne prend pas nécessairement la forme juridique d'un prêt; d'autre part, même lorsqu'il s'agit d'un prêt véritable, celui-ci n'est que la conséquence de l'ouverture de crédit convention cadre. La remise opérée par le banquier transfère à l'emprunteur la propriété des fonds avancés (art. 759 c. oblig. c. ; art. 1893 c. civ.), l'emprunteur devant restituer seulement l'équivalent (art. 1902 c. civ.) ou « *chose semblable* » (art. 761 c. oblig. c.). Il n'est pas question ici d'évoquer les applications de droit commun du contrat de prêt ; on se bornera à relever les particularités bancaires de ce contrat.

- 451 Remise des fonds prêtés.** La remise des fonds prêtés ne relève pas de la formation du contrat de prêt

¹ Cass. 1^{re} civ. 28 mars 2000, Bull. civ. 2000 I, n° 105 ; CAPITANT, TERRE, LAQUETTE, GAJ civ., t2, 11^e éd., 570s ; Cass. com. 7 avr. 2009, Banque et droit n° 126, juillet-août 2009 chron. Dr. Bancaire, 18 obs. BONNEAU.

² Cass. 1^{re} civ., 27 juin 2006, juris-data n° 2006 – 034288.

³ Cass. 1^{re} civ. 14 janv. 2010, RDBF mars-avril 2010, comm. 45 note LAGARDE. Sur la prise en compte des listings informatiques émanés de la banque, v. MOULY-GUILLEMAUD, La sentence « nul ne peut se constituer de preuve à soi même » ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme, RTDciv. 2007, 253.

⁴ ATTARD, Le prêt d'argent, contrat unilatéral ou synallagmatique, PUAM 1999.

bancaire mais de son exécution. La formation du contrat fait naître à la charge du banquier l'obligation de payer la somme convenue ⁽⁵⁾. Ainsi prêté, le montant des fonds peut être inscrit au compte créditeur ⁽⁶⁾ ou au compte débiteur au cas où la banque a autorisé un tel débit. Il peut même être versé directement au bénéficiaire du paiement que doit effectuer l'emprunteur.

452 Affectation des fonds. Le contrat de prêt conclu entre la banque et le client peut fixer une affectation particulière des fonds. Si le client ne respecte pas cette affectation, le banquier sera en mesure de demander la résolution du contrat de prêt et donc la restitution des fonds. En principe, la responsabilité du banquier du fait du détournement de l'affectation ne sera pas engagée sauf, le cas exceptionnel, où le banquier s'était engagé à surveiller l'utilisation des fonds dans l'intérêt d'un créancier crédité ⁽⁷⁾. Cependant, il faut bien insister sur l'autonomie juridique du contrat de prêt d'une part, et du contrat dont le prêt a permis la réalisation d'autre part. Ainsi, l'acquisition d'un bien au moyen de fonds empruntés se réalise par deux contrats distincts: le contrat de vente d'une part, le contrat de prêt de l'autre. Sauf dispositions législatives contraires, les deux contrats sont juridiquement distincts. Ils sont conclus entre des contractants différents. Ils diffèrent par leur objet et par leur cause. L'obligation de l'emprunteur a pour cause l'obtention du prêt, non le contrat de vente. Aussi, dès lors que le prêteur s'est libéré de son obligation de versement des fonds, l'emprunteur doit s'acquitter de son obligation de remboursement. Celui-ci ne peut lui opposer les exceptions d'absence de livraison ou d'exécution défectueuse qu'il est en mesure de faire valoir à l'encontre de son vendeur ou de son prestataire de services ⁽⁸⁾. Pas davantage la nullité que la résolution de la vente ne saurait rejaillir sur le contrat de prêt et inversement ⁽⁹⁾.

453 Terme. Selon les termes du contrat, le prêt accordé sera à durée déterminée ou indéterminée. Dans la première hypothèse, le banquier ne pourra pas exiger le remboursement avant le terme convenu. Selon l'article 109 c. oblig. c. (art. 1187 c. civ.), le terme est toujours présumé en faveur du débiteur ⁽¹⁰⁾ ce qui lui permet d'effectuer des remboursements anticipés ⁽¹¹⁾ pour éviter d'avoir à payer des intérêts. Théoriquement, le banquier peut refuser de se faire rembourser avant le terme contractuel dans la mesure où celui-ci est fixé également en sa faveur. Mais dans la pratique, il est très rare qu'un banquier refuse un tel remboursement anticipé. Si le prêt est à durée indéterminée le banquier pourra y mettre fin à son gré ⁽¹²⁾. L'emprunteur qui ne rembourse pas à l'échéance, peut demander au juge un délai de grâce en vertu de l'article 115 c. oblig. c. (art. 1244 al. 1 c. civ.). Cette faculté est exclue si le banquier agit au titre cambiaire en paiement du billet à ordre ⁽¹³⁾. Ce délai de grâce ne doit pas être confondu avec le délai de restitution évoqué à l'article 763 c. oblig. c. (art. 1900 c. civ.) s'agissant le prêt de consommation. Cet article dispose que: « - Si aucun terme n'a été fixé, l'emprunteur doit restituer à toute requête du prêteur. - S'il a été convenu que l'emprunteur paierait seulement quand il pourrait ou en aurait les moyens, le prêteur peut demander au juge de fixer un terme pour le paiement ». Ce faisant, cet article consacre le terme judiciaire: si aucune date n'a été prévue pour le remboursement, le juge peut en fixer une à la demande du prêteur eu égard aux circonstances et à la commune intention des parties. La date du terme de l'engagement doit se situer à une date postérieure à celle de la demande en justice ⁽¹⁴⁾.

⁵ Cass. civ. 1, 28 mars 2000, Bull. civ. I, n° 105, 70; JCP G 2000 II-10296 et E, 898, concl. SAINTE-ROSE; D 2000, Cahier droit des affaires, 240, obs. FADDOUL et, 482 note PIEDELIEVRE; RDBB n° 3 mai / juin 2000, 161 obs. CREDOT et GERARD; 1086, obs. GAVALDA et STOUFFLET; RTDcom. 2000, 991, obs. CABRILLAC; v aussi LEVENEUR, Classification des contrats: le rétrécissement de la catégorie des contrats réels est engagé, JCP G 2000, 1531.

⁶ Comp. 4 mai 1993, Bull. civ. IV n° 162.

⁷ GRUA et VIRATELLE, L'affectation d'un crédit ou d'un dépôt en banque, JCP G 1995, I-3826.

⁸ CALAIS-AULOY sous Cass. civ. 20 nov. 1974, JCP G 1975, II-18109.

⁹ Cass. com. 4 fév. 1992, RDBB n° 31 mai / juin 1992, 116 obs. CREDOT et GERARD; 5 mars 1996, D. 1996, somm. 327 obs. LIBCHABER). Le principe de l'indépendance du contrat de prêt et du contrat de vente comporte des exceptions lorsque les contrats de prêt et de vente ont été conclus par l'intermédiaire d'une même personne, v Cass. com. 19 janvier 1993, RTDcom. 1993 707, obs. BOULOC; lorsque le vendeur et le prêteur ont agi de concert, v Cass. com. 18 mai 1993, Rev. Contrats-Concurrence-Consommation octobre 1993, n°182, note RAYMOND; par un arrêt récent la Cour de cassation est allée encore plus loin en admettant la caducité du prêt intimement lié au contrat principal: (Cass. civ. 1^{er} juill. 1997, Bull. civ. I, n° 224, 150; D. 1998, J, 32, note ANYES.

¹⁰ Douai 7 déc. 1990, RDBB 1992, 31.

¹¹ MIRBEAU-GAUVIN, Le remboursement anticipé de prêt en droit français, D. 1995 Chr. 46; HABIRE-VERGNIERES, Les clauses de remboursement anticipé, RDBB n° 57 septembre/octobre 1996, 184.

¹² Sous réserve des dispositions de l'article L 313-12 c. monét. fin. qui impose, sauf exception, le respect d'un préavis pour interrompre un concours à durée indéterminée, autre qu'occasionnel, accordé à une entreprise.

¹³ Art. 365 c. com. lib. par renvoi de l'article 405 du même code: « Toutefois les garants contre lesquels un recours est exercé dans les cas prévus par les deux derniers alinéas, 2 et 3, qui précèdent, pourront dans les trois jours de l'exercice de ce recours, adresser au président du tribunal de commerce de leur domicile une requête pour solliciter des délais. Si la demande est reconnue fondée, l'ordonnance fixera l'époque à laquelle les garants seront tenus de payer les effets de commerce dont il s'agit, sans que les délais ainsi octroyés puissent dépasser la date fixée pour l'échéance. L'ordonnance ne sera susceptible ni d'opposition ni d'appel », v. art. 182 c. com. fr.

¹⁴ Cass. com. 26 janv. 2010, RDBF mai-juin 2010 comm. 83 note CREDOT et SAMIN.

454 Garanties et assurances. Selon la crédibilité ou plus exactement la solvabilité de l'emprunteur, la banque demande des garanties de remboursement: sûreté personnelle tel le cautionnement, mais aussi sûreté réelle telle l'hypothèque. Aussi, la pratique bancaire distingue une variété d'avances greffées de certaines garanties: avances sur marchandises où les marchandises seront données en gage; avances sur titres qui sont des prêts garantis par un nantissement de valeurs mobilières ou encore, des avances sur créances c'est-à-dire des prêts garantis par le gage des créances. Le banquier peut également exiger de l'emprunteur la souscription préalable d'une assurance garantissant le remboursement des sommes prêtées, notamment en cas de décès, d'invalidité ou de chômage.

La question se pose de savoir si la déchéance du contrat de prêt pour non-paiement des échéances emporte cessation des garanties d'assurance? Sauf clause contraire, les contrats de prêt et d'assurance restent juridiquement autonomes. Le contrat d'assurance a pour objet moyennant le paiement de primes par l'assuré, le versement par l'assureur d'une prestation en cas de réalisation d'un risque; le contrat de crédit a pour objet le versement de fonds que l'emprunteur devra rembourser aux échéances convenues. Par conséquent, ces contrats devront être exécutés de manière indépendante sans aucun lien entre eux ⁽¹⁵⁾.

455 Rémunération. Le banquier prête l'argent en contrepartie d'un prix: l'intérêt. En plus des intérêts dont le régime juridique a été précédemment évoqué, le banquier perçoit des commissions diverses pour les services qu'il rend: commission de réalisation du prêt, commission du plus fort découvert qui frappe les points d'utilisation des crédits ouverts en compte pendant une période déterminée, commissions afférentes à l'encaissement des effets escomptés, etc. ⁽¹⁶⁾.

SOUS-SECTION 2 - AVANCES EN COMPTE

456 Découvert. Le banquier qui consent une avance en compte permet à son client de rendre son compte débiteur dans la limite d'un maximum qui, dans la plupart des cas, est donné au client à titre d'indication sans que le banquier s'engage à prolonger son concours pendant une période déterminée. Les intérêts se calculent en fonction des sommes prélevées. Les avances en compte sont reportées selon la forme et la durée que prennent ces concours. La pratique en connaît une multitude (facilité de caisse, crédits de courrier et crédits de campagne, etc.) la plus importante étant le découvert. Le découvert dit aussi « avance en compte » est l'autorisation donnée par la banque au titulaire d'un compte le plus fréquemment, un compte courant, de rendre ce compte débiteur. C'est un prêt de monnaie scripturale ⁽¹⁷⁾. Il est généralement *revolving* et à durée indéterminée mais la banque n'est pas obligée de payer des chèques dès lors que leur montant conduit au dépassement du découvert autorisé ⁽¹⁸⁾. Ce type de crédit est étroitement lié au compte en cours de fonctionnement. Par conséquent, la clôture du compte met fin au découvert qui pouvait y être antérieurement attaché; on ne saurait concevoir un découvert détaché du compte ⁽¹⁹⁾. Mais la dénonciation de l'autorisation de découvert n'empêche pas dénonciation de la convention de compte courant ⁽²⁰⁾.

Paragraphe 1 - Escompte

457 Définition. L'escompte ne fait pas l'objet d'une réglementation spéciale dans le code de commerce libanais; celui-ci le soumet aux dispositions du code des obligations et des contrats en vertu de l'article 314 c. com. lib. ⁽²¹⁾. L'escompte est l'opération de crédit par laquelle le banquier (escompteur) en contrepartie de la cession d'une créance ⁽²²⁾ le plus souvent représentée par un titre cambiaire, consent à un client (le remettant) une avance de fonds remboursée grâce au recouvrement de la créance ⁽²³⁾. De la sorte, le client disposera du montant de la créance sans attendre son échéance. Le banquier sera remboursé de son avance par le recouvrement des effets qui sont à lui cédés en pleine propriété ⁽²⁴⁾.

¹⁵ Cass. civ., 10 déc. 2009, Banque et droit n° 129 janv.-févr. 2010, 17 obs. BONNEAU.

¹⁶ RIPERT et ROBLOT, 414 n° 2388.

¹⁷ GAVALDA et STOUFFLET, 218 n° 442.

¹⁸ Cass. com. 7 avr. 2009, Banque et droit n° 126 juillet-août 2009 chron. Dr. bancaire. 17 obs. BONNEAU.

¹⁹ CREDOT et GERARD obs. sous. Cass. com. 7 juin 1994, RDBB n° 46, 263.

²⁰ Cass. com. 7 avr. 2009, préc.

²¹ Art 314: « Les opérations de banque non visées dans le présent titre sont régies par les dispositions du code des obligations concernant les divers contrats auxquels elles donnent lieu ou dans lesquelles elles se résolvent ».

²² L'objet de la créance est très varié. Il peut s'agir d'une simple créance ou d'un effet de commerce, des bons du trésor, des coupons, etc.

²³ GAVALDA et STOUFFLET, 202 n° 413.

²⁴ FERRONNIERE et DE CHILLAZ, 646 n° 399.

458 Absence de monopole. L'opération d'escompte ne fait l'objet d'aucun monopole. L'escompteur peut ne pas être un banquier ⁽²⁵⁾.

459 Nature juridique. Si les auteurs s'accordent à dire que l'escompte n'est pas un simple endossement mais un véritable contrat, en revanche, ils se divisent sur la qualification juridique de ce contrat ⁽²⁶⁾. La nature juridique de l'escompte a même divisé les chambres de la Haute cour. Ainsi, la chambre commerciale en décidant que le bénéfice du change des effets escomptés et libellés en devises étrangères doit revenir au banquier ⁽²⁷⁾, considère indirectement que l'escompte entraîne un transfert de propriété. En revanche, la chambre criminelle a analysé l'escompte en un prêt garanti par les effets de commerce et l'a soumis à la législation sur l'usure ⁽²⁸⁾. En réalité, que l'escompte soit une opération de crédit relève de l'évidence. Le banquier escompteur anticipe le paiement d'une créance à terme en accordant une avance ⁽²⁹⁾. En revanche, le transfert de propriété qu'il opère ne devrait être regardé comme une opération contractuelle indépendante concomitante ou postérieure, à l'opération de crédit, mais comme un outil nécessaire et indispensable au fonctionnement de l'escompte ⁽³⁰⁾.

460 Titres escomptables. Toutes sortes d'effets de commerce sont escomptables. Le plus souvent, il s'agit de lettres de change mais l'opération est parfaitement concevable pour des billets à ordre, des warrants ou même des chèques ⁽³¹⁾. Pour ces derniers, l'affirmation peut surprendre: le chèque n'est qu'un moyen de paiement non de crédit; le paiement en est toujours immédiatement exigible. Quelle pourrait être, dans ces conditions, l'utilité de l'escompte pour le bénéficiaire du chèque? En réalité, l'exécution matérielle du paiement nécessite souvent plusieurs jours et le porteur peut souhaiter recevoir les fonds sans attendre. L'escompte peut avoir pour objet des traites dites pro-forma c'est-à-dire des lettres de change non acceptées par le tiré et qui ne sont pas destinées à être présentées au paiement. Cette pratique est parfaitement licite mais non sans danger pour le banquier notamment s'il s'avère que l'objet ou la cause de la créance fondamentale n'existe pas. Le banquier conserve toute la liberté d'escompter ou non une lettre de change non acceptée. Cela étant, même accepté par le tiré, l'effet peut ne pas être causé. La banque serait face à un effet de complaisance ⁽³²⁾.

En tout cas, le banquier ne doit certainement pas accepter d'escompter des effets de complaisance sous peine de devenir de mauvaise foi au sens de l'article 331 infine c.com.lib. ⁽³³⁾ et par conséquent d'engager sa responsabilité civile ou pénale suivant les circonstances et même, selon la Cour de cassation ⁽³⁴⁾, de se voir confiner au seul recours fondé sur la convention générale d'escompte, action de droit commun à l'exclusion des recours cambiaires. En outre, les effets de commerce doivent entrer dans les prévisions exprimées par les parties dans la convention. Par conséquent, le banquier pourra toujours refuser ceux qui ne correspondraient pas à la description du contrat sauf abus. ⁽³⁵⁾ Enfin, la banque s'engage généralement dans la limite d'un montant maximum de l'ensemble des effets qu'elle acceptera d'escompter sur une période déterminée: c'est le « crédit d'escompte » encore appelé « ligne d'escompte » ⁽³⁶⁾.

461 Remise du titre. Deux techniques permettent la remise à la banque des effets à escompter. Le banquier

²⁵ Cass. com. 1^{er} oct. 1996, Bull. civ. IV n°218 ; JCP E 1996, 892 note BONNEAU ; D 1997, J, 225 note MARTIN; Chr. droit bancaire, JCP E 1998, 319 n° 15 obs. GAVALDA et STOUFFLET.

²⁶ V. PERCEROU et DESSERTAUX, Traité des faillites, T 2 n°850 ; ESCARRA et RAULT T 6 n°609 ; FERRONIERE et CHILLAZ n°26 ; HAMEL, T 2 n°1038 et s ; RIVES – LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, 470 n°481 ; GAVALDA et STOUFFLET, 202 n° 413-1 ; BONNEAU, 372 n° 570.

²⁷ Cass. com. 2 nov. 1953, D 1954, 657 note SAVATIER.

²⁸ Cass. crim. 6 mai 1964 D 1965, J, 468 note GAVALDA.

²⁹ RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD ; GAVALDA et STOUFFLET ; BONNEAU.

³⁰ RIPERT et ROBLOT, 419 n° 2394.

³¹ Cass. com. 15 juin 1976, JCP G 1977, II-8694 note BOUSQUET ; RTDcom. 1977, 132 obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE ; 17 fév. 1982, D 1983, IR 41 obs. CABRILLAC ; 30 janv. 1996 D 1996, J, 321 note RIVES-LANGE.

³² L'exemple le plus classique est celui d'un commerçant qui, ayant des problèmes de trésorerie, demande à un parent ou un ami d'accepter une traite tirée sur lui, bien que rien ne le justifie. Il lui promet de lui fournir les fonds pour honorer l'échéance. Enfin, le tireur escompte la lettre de change auprès de son banquier qui ignore l'absence de provision. Comme à l'échéance, le tireur sait qu'il ne peut fournir les fonds, il crée une autre lettre de change d'un montant supérieur pour obtenir de nouvelles sommes (effet de cavalerie). Pour éviter ces situations, le banquier est particulièrement attentif à un ensemble d'indices comme: les effets tirés sur des parents, des amis, une société de groupe; les effets à répétition entre personnes non liées par un mouvement d'affaires continu, les retours d'impayés... Ces effets de complaisance sont nuls et complaisant et complu sont coupables de fautes civiles engageant leur responsabilité à l'égard des tiers selon le droit commun.

³³ Art. 331 c. com. lib.: « Les personnes actionnées en vertu de la lettre de change ne peuvent pas opposer au porteur les exceptions fondées sur leurs rapports personnels avec le tireur ou avec les porteurs antérieurs à moins que le porteur, en acquérant la lettre, n'ait agi sciemment, au détriment du débiteur ».

³⁴ Cass. com. 21 juin 1971, D. 1978, J, 113 note DE LEYSSAC.

³⁵ Cass. com. 30 nov. 1999, RDBF n° 1 janv.-fév. 2000, 13 n° 7 obs. CREDOT et GERARD.

³⁶ Paris 29 sept. 1983 D. 1984, IR 265 ; JCP E 1986, 14777 n° 12 obs. GAVALDA et STOUFFLET.

escompteur peut être désigné en qualité de bénéficiaire. Il s'agit alors d'une lettre de change. Le créancier tire la traite sur son débiteur et désigne la banque comme bénéficiaire. Celle-ci remet les fonds au tireur sans attendre l'échéance. Lorsque cette dernière survient, le tiré paye au porteur c'est-à-dire à la banque, à moins que l'effet n'ait été transmis entre-temps. L'opération d'escompte est réalisée de la même façon qu'à la suite d'un endossement. Cependant, il arrive que le tireur laisse en blanc le nom du bénéficiaire ne sachant pas si le banquier accepte d'escompter. Le banquier escompteur peut ajouter son nom sur l'effet quand il le régularise. Ainsi la lettre de change nulle (art. 316 c. com. lib.) faute d'une des mentions exigées par l'article 315 c. com. lib. (art. 110- 6 c. com. fr.), la question se pose de savoir si cette régularisation est opposable au tiré? Le code de commerce libanais n'évoque pas la question des altérations de la lettre de change. L'application stricte de l'article 316 c. com. lib. conduit à requalifier la lettre de change: « *Le titre dans lequel une des énonciations indiquées à l'article précédent fait défaut ne vaut pas comme lettre de change* ».

Cependant, cette position est rigide. Aussi faut-il considérer que si la régularisation intervient avant l'acceptation du tiré celui-ci doit demeurer tenu dans les termes du texte originaire (art. 178 c. com. fr.). En revanche, si la régularisation intervient après son acceptation, elle reste opposable au tiré sauf faute de la banque⁽³⁷⁾. Il est même admis que l'endossement effectué par le tireur supplée à l'absence du nom du bénéficiaire⁽³⁸⁾. En toute hypothèse, la régularisation doit intervenir avant la présentation au paiement⁽³⁹⁾. L'effet de commerce peut être endossé au banquier. Il est généralement à blanc. Il s'agit alors d'un endossement translatif. C'est la différence essentielle avec l'endossement effectué pour permettre le recouvrement des effets de commerce. Dans ce dernier cas, le banquier n'est qu'un mandataire chargé du recouvrement et un endossement de procuration suffit. Dans l'opération d'escompte, au contraire, le banquier devient propriétaire de l'effet. De fait, il peut endosser à son tour l'effet au profit de la personne de son choix. Alors qu'à la suite d'un endossement de procuration, l'endossataire ne peut lui-même endosser qu'à titre de procuration, dans l'escompte, le banquier, ayant acquis la propriété de l'effet, peut procéder aussi bien à un endossement translatif qu'à un endossement de procuration. C'est de cette façon qu'il réalise le réescompte déjà décrit.

462 Dénouement. L'opération d'escompte se dénoue lorsque la banque recouvre la créance. Le recouvrement se réalise lorsque le tiré effectue le paiement au jour d'échéance de l'effet de commerce (à moins que la banque n'ait procédé entre temps à un réescompte). En contrepartie du service rendu, elle va réaliser un bénéfice égal aux sommes qu'elle a prélevées, diminué des frais engagés. Cependant, l'effet risque de revenir impayé à l'échéance. La banque peut alors agir contre les garants notamment, le remettant, en vertu de la convention d'escompte qui la lie à ce dernier c'est-à-dire sur le droit commun⁽⁴⁰⁾. La chambre commerciale de la Cour de cassation a fait cette même application en matière d'escompte de chèques⁽⁴¹⁾. Il est certain en effet que cette convention d'escompte garantit l'escompteur, l'escompte ayant les caractères d'une opération de crédit et non d'une spéculation avec les risques que celle-ci comporterait⁽⁴²⁾. De même, le banquier, porteur à l'échéance d'un effet impayé, peut précisément exercer ces recours cambiaires. Sa position est alors plus forte; il peut agir contre tous les cosignataires de l'effet, solidairement garants du paiement bénéficiant de l'inopposabilité des exceptions (art. 121 c. com. lib.), mais cette action suppose qu'il ait à l'échéance accompli toutes les formalités requises dans les délais légaux et surtout qu'il soit de bonne foi⁽⁴³⁾.

463 Contrepassation. Le banquier dispose dans le cadre du compte courant d'un moyen très simple de récupérer les fonds: la contrepassation. La contrepassation est facultative mais, si le client est in bonis, le banquier lui restituera les titres. Si le client fait l'objet d'une procédure collective, la banque qui contrepassa garde la propriété des titres contrepassés et peut donc exercer les recours et déclarer sa créance pour son montant intégral (art. 301 c. com. lib.). Cependant, la contrepassation, lorsque le client est in bonis vaut paiement et, donc fait perdre au banquier les recours cambiaires. Pour éviter cela, le banquier ne

³⁷ RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, 475 n° 490 et les réf. citées.

³⁸ Cass. com. 9 mars 1976 Bull. civ. IV n° 85, RTDcom 1976, 754.

³⁹ Ibid, réf. citées.

⁴⁰ Paris 24 fév. 1982, D1982, 467 note STOUFFLET.

⁴¹ Cass. com. 30 janv. 1996 D. 1996, 320, note RIVES-LANGE ; RTDcom. 1996, 302 obs. CABRILLAC.

⁴² Cette action d'origine contractuelle a un avantage et un inconvénient: elle est toujours possible même lorsque la banque s'est montrée négligente lors de la présentation de l'effet au paiement ; en revanche, elle est soumise au droit commun donc moins efficace que les recours cambiaires.

⁴³ Cass. com. 9 mars 1991, Banque 1990, 1212.

contrepasse pas directement à l'échéance de l'effet impayé, mais l'inscrit au débit d'un compte spécial appelé « impayés à récupérer ». Dans ce cas, il n'y a pas paiement et le banquier disposera toujours du recours cambiaire contre les signataires solidairement tenus ⁽⁴⁴⁾.

- 464 Rémunération.** La rémunération de la banque se compose des intérêts et des commissions. L'intérêt est versé à l'escompteur en fonction du délai à courir jusqu'à l'échéance de l'effet. Cet intérêt est convenu par écrit entre les parties, à défaut, le taux légal est seul applicable. Il est calculé sur 365 jours ⁽⁴⁵⁾. En outre, la banque perçoit différentes commissions en contrepartie des services rendus: endos, de traitement, confirmation, service, etc.

Paragraphe 2 - Crédit de mobilisation des créances commerciales

- 465 Présentation.** L'escompte a encouru le reproche de contraindre les banques à une trop grande manipulation de documents. Les constatations ont été à l'origine de la création d'une commission en 1965, commission Gilet, afin de proposer un autre procédé permettant l'octroi de crédit tout en laissant à son bénéficiaire l'initiative des opérations. Ainsi est né le crédit de mobilisation des créances commerciales (CMCC) en vertu de l'ordonnance française du 28 septembre 1967 ⁽⁴⁶⁾. Ce texte avait créé un nouvel effet de commerce, la facture protestable remise au banquier, en échange d'une avance accordée par ce dernier. Mais le mécanisme a connu peu d'engouement aussi a-t-il été abrogé en 1981 lors de la création du bordereau Dailly. Seul subsiste aujourd'hui le CMCC non garanti par lequel le banquier consent un crédit à son client au vu des créances que celui-ci détient sur des tiers, sans que celles-ci ne soient transmises au banquier ⁽⁴⁷⁾. Le client réunit ses factures dans un même document matérialisé par un billet à ordre qu'il remet à son banquier. En contrepartie de cette remise, ce dernier inscrit le montant du billet au compte du client. Seul le billet à ordre est remis à la banque mais non les factures qui sont conservées par le client. Il n'y a donc pas de transfert des créances mobilisées. Ainsi, apparaît la différence fondamentale avec l'escompte: la banque ne fait qu'accorder un crédit sans intervention dans le processus de recouvrement. Egalement, le client doit signer une déclaration d'option par laquelle il opte pour le CMCC et donc pour l'abandon de l'escompte et ceci, afin d'éviter que les mêmes créances commerciales puissent servir simultanément de base aux deux types de crédit. La banque ayant reçu cette déclaration doit la transmettre à la Banque de France dont l'agrément est indispensable, cela pour vérifier que l'option n'est pas contournée par le recours à plusieurs banques: la Banque de France peut réfuter ce type de crédit. En revanche, dès que l'agrément est donné, la convention pourra être conclue et le CMCC se réaliser. La banque qui a autorisé le recours au CMCC doit accorder les crédits à son client et ce, dans les mêmes conditions que celles applicables à toutes les ouvertures de crédit.

- 466 Recouvrement des créances.** Le CMCC dissocie l'opération de crédit et le recouvrement des créances. Il incombe donc au client d'assurer le recouvrement des créances. Rien n'empêche toutefois de convenir que la banque se chargera du recouvrement des créances mais elle agit alors en qualité de simple mandataire de son client, à la différence de l'escompteur. Dans ce cas, le banquier compensera les sommes dues au titre de crédit et les sommes encaissées pour le compte de son client. Le règlement des factures peut se faire par tous moyens y compris par remise d'effets de commerce. Ceux-ci ne doivent cependant pas être escomptés et, pour éviter toute confusion, les initiales CMCC doivent figurer sur le titre.

Paragraphe 3 - Convention d'affacturage

- 467 Présentation.** L'affacturage ou factoring, technique d'origine anglo-saxonne, est utilisée en France depuis les années soixante. Certains arrêtés rendus par le gouverneur de la BDL l'avaient évoqué: arrêté n° 7305 du 19 juin 1999 abrogé en vertu de l'arrêté n° 7432 du 29 octobre 1999, abrogé à son tour en vertu de l'arrêté n° 7835 du 2 juin 2001 relatif à la réserve obligatoire. Aucune loi libanaise ne régit cette technique. L'affacturage est l'opération par laquelle le factor, affactureur, ou société d'affacturage, achète à un commerçant ou un industriel, appelé « adhérent » ⁽⁴⁸⁾ ses factures ou titres – créances - à court terme établis par celui-ci sur ses acheteurs, moyennant le transfert de ces créances et le versement de commissions

⁴⁴ Cass. com. 3 nov. 1988, Petites affiches, 4 mai 1989 cité par GAVALDA ET STOUFFLET, 207 n° 418.

⁴⁵ Cass. com. 10 janv. 1995, JCP G 1995, IV-592.

⁴⁶ Ordonnance n° 67-838 du 28 septembre 1967.

⁴⁷ BONNEAU, n° 557.

⁴⁸ La plupart des sociétés d'affacturage nomment leurs clients des « adhérents » parce que l'affacturage repose sur un contrat d'adhésion, v. SALIO, L'affacturage: l'intérêt pour les PME, l'actualité fiduciaire n° 749, février 1992, 51.

sans recours possible en cas de non recouvrement. Il s'agit d'une opération de crédit au sens de l'article L 313-1 c. monét. fin. puisqu'elle permet au client d'obtenir immédiatement et définitivement des fonds lors du transfert de créances puisque le factor règle les factures de son client. Cette mise à disposition du fonds est en principe définitive dans la mesure où le factor en garantit la bonne fin, ce qui signifie qu'il assume le risque de non-paiement de la créance transférée ⁽⁴⁹⁾. Sous l'empire des anciens arrêtés, ces opérations étaient limitées aux titres d'obligations en devises étrangères et ne pouvaient être exercées que par les banques, sociétés financières et organismes de placement collectif après agrément de la BDL et sous contrôle de la Commission de contrôle des banques.

Sous-paragraphe 1 - Caractéristiques

468 Processus. Le contrat d'affacturage détermine tout d'abord le processus qui devra être suivi dans l'opération. Les risques que le factor prend à sa charge sont ceux de non-paiement des factures aussi bien pour cause d'insolvabilité du débiteur que par suite de bouleversements politiques. Il supporte également les risques monétaires. En contrepartie, le factor perçoit une rémunération stipulée au contrat. Une commission est prévue pour le règlement des factures ainsi que des intérêts, dans la mesure où le règlement se fait avant l'échéance des factures. La convention de factoring contient toujours le rappel d'une règle essentielle: celle de globalité ou d'exclusivité, en vertu de laquelle l'adhérent s'engage à présenter au factor l'ensemble de ses factures sans se livrer à un choix préalable. Cette règle constitue une garantie importante pour le factor qui évite ainsi de ne recevoir de son client que les créances les plus douteuses. Enfin, une durée peut être fixée à la convention. Dans le cas contraire, étant à durée indéterminée, elle pourrait être dénoncée à volonté par les contractants. Mais, même lorsque la durée est déterminée, le caractère très personnel du contrat, l'intuitus personae, permet au factor d'y mettre fin pour survenance d'événements susceptibles de diminuer sa confiance dans la solvabilité de l'adhérent et augmentant les risques courus.

469 Approbation des factures. Il est essentiel pour le factor de se réserver la faculté d'écarter certaines factures ou certains débiteurs de son adhérent qui lui paraissent trop peu dignes de confiance. Le principe de globalité ne s'oppose pas à ce choix. Le factor pourrait donc procéder à un examen de chaque cas. Dans la pratique, il préfère fixer pour chaque débiteur de son adhérent une limite de crédit, un « encours maximum » qui ne doit pas être dépassé et dans cette limite, il ne peut refuser les factures proposées ⁽⁵⁰⁾. Les factures refusées par le factor ne peuvent évidemment faire l'objet du factoring. Il n'est nullement exclu, en revanche, que le factor assure leur recouvrement mais le fondement juridique de son activité sera alors tout différent: il agira en qualité de mandataire chargé du recouvrement. Dès que les factures sont approuvées, le factor en règle le montant à son adhérent. Les parties travaillent en compte courant; le compte de l'adhérent est crédité de la somme correspondant aux factures tandis que la rémunération du factor est portée au débit.

470 Transmission des créances. Les factors concluent une convention cadre de factoring en vertu de laquelle les adhérents sont tenus de présenter à l'affacturage toutes leurs créances à court terme. En contrepartie, le factor doit régler lesdites factures. A chaque opération, le factor se voit transférer la créance mobilisée ⁽⁵¹⁾ par le mécanisme de la subrogation conventionnelle régie par l'article 1250 c. civ. ⁽⁵²⁾.

Le factor, subrogé, acquiert la propriété des créances transférées avec tous les droits et sûretés qui y sont attachés. Il perd en revanche tout recours contre l'adhérent puisque celui-ci a été payé. Toutefois, il conserve une action en répétition de l'indu dans l'hypothèse d'inexistence totale ou partielle de la créance transmise. Cette subrogation est opposable tant aux tiers qu'au banquier sans autre formalité. Ainsi le factor peut obtenir du banquier de l'adhérent la restitution du montant des factures cédées qu'il aurait encaissé ⁽⁵³⁾.

En vue du règlement, l'adhérent remet au factor un bordereau des différentes factures approuvées, accompagnées d'une déclaration de transfert des créances concernées ainsi qu'une demande de paiement en contrepartie d'une quittance subrogative qui y est jointe. En même temps, l'adhérent (fournisseur) avertit

⁴⁹ DECOCQ, GERARD, MOREL-MAROGER, 172 n° 243.

⁵⁰ Paris 20 févr. 1996 D. 1996, 505 note DAGORNE – LABBE.

⁵¹ Paris 25 juin 1968, JCP G 1968, II-15637 confirmant TC Pantoise 20 juin 1967 JCP G 1968, II-15610 note GAVALDA.

⁵² Paris 2^e ch, 23 janv. 1970 et Paris 5^e ch, 21 janv. 1970, JCP G 1970, II-16837 note GAVALDA ; Paris 14 avr. 1975 RTDcom. 1975, 342 obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE ; Cass. com. 29 janv. 1991, RTDciv. 1991, 530 obs. MESTRE). (Pour un financement qui a été assuré par voie de cession de créances professionnelles v. cass. com. 27 sept. 2011, Banque et droit, n° 140, nov.-déc. 2011, chro. Dr.banc. 19 obs. BONNEAU.

⁵³ TC Paris 22 mai 1990, Banque 1990, 990 RIVES-LANGE ; Paris 4 févr. 1992, D. 1992, IR 121.

son acheteur qu'il devra désormais payer directement au seul factor en sa qualité de nouveau créancier. Cette notification n'est pas une condition d'opposabilité. A la différence de la cession de créance, le transfert est opposable aux tiers du seul fait que la subrogation a existé ⁽⁵⁴⁾. Par ailleurs, elle n'est astreinte à aucune formalité particulière ⁽⁵⁵⁾. Le débiteur peut être averti du transfert de n'importe quelle façon dès lors que son information ne saurait être mise en doute. En pratique, l'exemplaire de la facture destiné au débiteur porte une mention apparente indiquant que le paiement doit être adressé au factor. C'est là une condition nécessaire et suffisante ⁽⁵⁶⁾.

Sous paragraphe 2 - Recouvrement des factures

471 Droits du factor. Le factor se substituant à l'adhérent, se charge de recouvrer les

créances auprès des débiteurs. Ainsi, dès qu'il a reçu la notification du transfert, le débiteur ne peut valablement s'acquitter auprès de son premier créancier. Ce paiement serait inopposable au factor qui a acquis tous les droits du créancier et en a averti le débiteur ⁽⁵⁷⁾. Un paiement effectué entre les mains de l'adhérent est toutefois libératoire ⁽⁵⁸⁾. Dans cette hypothèse, si celui-ci n'a pas été informé de la subrogation à condition que celui-ci soit de bonne foi, et si le débiteur avait connaissance de l'existence du contrat d'affacturage, les paiements effectués postérieurement à la subrogation ne sont pas libératoires à son égard ⁽⁵⁹⁾.

Le factor doit se retourner contre son adhérent qui a reçu le paiement à cet égard, il est généralement prévu dans le contrat d'affacturage que si l'adhérent reçoit un paiement, il doit en transmettre le montant sans délai au factor. Cependant, en tant que cessionnaire, le factor ne peut acquérir plus de droits que n'en possédait le créancier initial, son cédant. Le débiteur pourra faire valoir à son encontre tous les moyens de défense dont il aurait disposé envers l'auteur des factures. Ainsi, il opposera toutes les exceptions inhérentes à la créance transmise qu'il aurait pu opposer au cédant ⁽⁶⁰⁾. Il en est de même des exceptions qui ne sont pas en relation directe avec la créance transférée si les conditions étaient réunies antérieurement à la subrogation ⁽⁶¹⁾. Le factor qui est devenu propriétaire de la créance n'a en principe aucun recours contre l'adhérent. Cela se justifie par le fait qu'il est lui même garant de bonne fin du recouvrement. Il est toutefois dérogé à cette règle lorsque la créance n'a aucune existence notamment pour absence ou fausse cause. Dans cette hypothèse, il est admis que le factor puisse agir contre l'adhérent en répétition de l'indu ⁽⁶²⁾. Il en est de même lorsque la créance s'avère fictive: dans ce cas, les règles de l'indu s'appliquent et la contrepassation devient possible ⁽⁶³⁾.

472 Conflits entre le factor et divers tiers. L'affactureur peut s'opposer lors du recouvrement à certaines personnes invoquant un droit sur les créances qui lui ont été cédées ⁽⁶⁴⁾. Le principe est que celui qui se prévaut du titre le plus ancien est préféré. Ainsi, le banquier mobilisateur dont le bordereau de cession de créances est antérieur à la subrogation de créances dont bénéficie un affactureur l'emporte sur celui-ci ⁽⁶⁵⁾. Peu importe que l'affactureur ait obtenu du créancier une exclusivité. Peu importe également que la créance litigieuse ait donné lieu à souscription de billet à ordre au profit dudit affactureur ⁽⁶⁶⁾. En cas de conflit avec le porteur d'une traite acceptée, l'affactureur ne peut prétendre au paiement si le débiteur n'a pas été informé de la subrogation avant l'acceptation ⁽⁶⁷⁾.

⁵⁴ RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, 535 n° 585.

⁵⁵ Cass. com. 14 oct. 1975, JCP G 1976, II-18279 note GAVALDA ; RTDcom. 1976, 175 obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE ; 3 avr. 1990, D. 1991, 180 note DAGORNE-LABBE.

⁵⁶ Cass. com. 14 oct. 1975, préc.

⁵⁷ Cass. com. 22 oct. 1991, Bull. civ. IV, n° 299, 207 ; D. 1992 somm. 408, obs. AYNÈS ; RDBB, n° 31, mai/juin 1992, 115, obs. CRÉDOT et GÉRARD ; BONNEAU, n°581 p377.

⁵⁸ Le débiteur est également libéré s'il a accepté une lettre de change avant d'avoir eu connaissance de l'affacturage, Cass. com. 26 avr. 2000, Bull. civ. IV n° 88, 77 ; DA 2000, 290 obs. FADDOUL.

⁵⁹ Cass. com. 15 oct. 1996, Bull. civ. IV, n° 230, 201 ; D.A., n° 43/1996, 1388 ; Quotidien juridique, n° 88, 31 oct. 1996, 2 ; Cont-Conc-Cons, janv. 1997, n°2, note LEVENEUR.

⁶⁰ Cass. com. 9 mai 1977, JCP G 1977, II-18744 note AS ; Banque 1978, 385 ; RTDcom. 1977, 772 obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE.

⁶¹ Il en est ainsi de l'exception de compensation ; Cass. com. 29 mai 1979 D. 1980 IR 209, obs. VASSEUR ; RTDcom. 1980, 128 ; 3 avr. 1990, RTDcom. 1990, 444 obs. CABRILLAC et TEYSSIE ; D. 1991, 180 note DAGORNE-LABBE.

⁶² RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, 534.

⁶³ Cass. com. 7 juin 1997, Bull. civ. IV n° 200 ; RTDcom. 1994, 762 obs. CABRILLAC.

⁶⁴ GAVALDA, Rép. com. Dalloz, Affacturage n°153 et s.

⁶⁵ Cass. com. 3 janv. 1996, D. 1996, IR 69 ; JCP E 1996, II-848 note STOUFFLET.

⁶⁶ Paris, 21 févr. 1990, Banque 1991, 210, obs. RIVES-LANGE ; JCP E 1991, 91 n° 35 obs. GAVALDA et STOUFFLET.

⁶⁷ V sur ce point: Cass. com. 18 mars 1997, JCP E 1997, pan 489, obs. BOUTEILLET ; RTDcom. 1997, p 492, obs. CABRILLAC ; D. 1997, IR 95 ; Chr. droit bancaire ; JCP E 1998, 319, n° 17, obs. GAVALDA et STOUFFLET.

Paragraphe 4 - Avance sur marché

473 Présentation. L'exécution des marchés nécessite de la part des entrepreneurs et fournisseurs, l'investissement de fonds importants spécialement pour les titulaires de marchés publics en raison de l'insuffisance des avances ou acomptes que leur verse l'Administration (Etat ou autre collectivité publique). A cela, il faut ajouter la lenteur et le retard avec lesquels les paiements sont effectués même après l'achèvement des travaux. Par conséquent, les entrepreneurs avaient besoin d'avances bancaires (crédits de préfinancement pour les études techniques, les achats de matériels ou crédits d'accompagnement pour couvrir les dépenses d'exécution ou encore crédits de mobilisation pour anticiper sur le paiement qu'effectuera l'administration). Or, pour accorder les avances, les banques avaient besoin de garantie, d'où l'idée d'offrir aux banques en contrepartie de leur concours financier, la créance des entrepreneurs sur la collectivité publique relative au marché de travaux qui leur a été attribué en vertu d'un nantissement. Le nantissement de marché est soumis à un régime de droit commun sur le nantissement des créances ⁽⁶⁸⁾. C'est dans cette optique que la Cour de cassation a considéré que cette sûreté peut garantir n'importe quelle créance et non seulement celles relatives au marché nanti ⁽⁶⁹⁾ et signifié au débiteur de la créance mise en gage. ⁽⁷⁰⁾.

474 Droits du banquier nanti. Le banquier nanti sur le marché est traité comme tout créancier gagiste. Ainsi, il a un privilège sur le prix du marché mais dans la limite des termes de la créance telle qu'elle se présente, avec des causes de résiliation ou de réduction ⁽⁷¹⁾.

475 Attribution judiciaire de la créance. La question s'est posée de savoir si le banquier nanti sur un marché public avait le droit à l'attribution judiciaire de la créance sur le fondement de l'article 2078 c. civ. notamment en présence d'un créancier titulaire d'un privilège préalable? L'Assemblée plénière de la cour de cassation française a dissocié le droit à l'attribution judiciaire du droit de rétention et a décidé que tout créancier gagiste pouvait en l'absence de dispositions contraires, obtenir l'attribution judiciaire du gage ⁽⁷²⁾.

Paragraphe 5 - Cession Dailly

476 Présentation. La cession Dailly est un mécanisme simplifié de mobilisation de créances institué par la loi française du 2 janvier 1981. Le mécanisme consiste à céder au nanti un ensemble de créances toutes représentées par un seul et même titre: le bordereau. Ce mécanisme actuellement régi par le code monétaire et financier (art. L 313-23 et s) permet de transmettre un groupe de créances par un même titre et ce, sans accomplir les formalités contraignantes nécessaires à l'opposabilité aux tiers de la cession de créance requises par l'article 1690 c. civ.

Sous-paragraphe 1 - Conditions de la cession

477 Convention cadre. Généralement, les parties concluent une convention cadre ayant pour objet d'organiser pour le futur leurs rapports avant toute opération de cession par bordereau Dailly. La convention décrit la nature de la cession: cession escompte ou cession garantie. Dans le premier cas, l'établissement de crédit s'engage « à acheter la créance du cédant, son client, en créditant son compte du montant de ladite créance diminuée de celui des agios qui sont précomptés ». Dans le deuxième cas, « l'établissement de crédit accepte à se faire céder en pleine propriété les créances en garantie des concours de toute nature qu'il peut consentir à son client » (découvert, engagement de caution, etc.). En outre, elle prévoit la faculté pour la

⁶⁸ Art. 2074ets c. civ. et art. 91 al. 5 c. com. fr.

⁶⁹ Cass. com. 19 déc. 1972, Banque 1973, 401 obs. MARTIN. Le nantissement doit être écrit : RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, 539 n° 591; GAVALDA et STOUFFLET, 338 n° 673.

⁷⁰ A ces conditions de droit commun, il faut ajouter des conditions prévues par les dispositions du code des marchés publics : art. 187 à 197. Ainsi, l'acte de nantissement est matérialisé dans un exemplaire spécial et unique de nantissement. L'exemplaire unique est remis au comptable chargé du paiement.

⁷¹ T. adm. com. 10 avr. 1954, Banque 1954, 524 ; CE, 18 mars 1959, Banque 1959, 517 rapp. par GAVALDA et STOUFFLET, 338 n° 673. De même, conformément à l'article 193 du code des marchés, les droits du banquier nanti sont primés par les privilèges suivants : le privilège des frais de justice, les privilèges des salaires, les privilèges des ouvriers et des fournisseurs, des entrepreneurs de travaux publics, les privilèges du trésor, le privilège des propriétaires des terrains occupés pour cause de travaux publics. En principe, en dehors de ces privilèges, le banquier nanti ne peut se voir opposer que les oppositions, cessions et nantissemments qui sont signifiés au plus tard le dernier jour ouvrable précédant le jour de la signification de son nantissement.

⁷² Cass. 26 oct. 1984, D 1985, concl. CABANNES, note DERRIDA ; JCP G 1985, II-20342 rapp VIENNOIS, note CORLAY.

banque de rejeter, après examen du bordereau, tout ou partie des créances présentées ⁽⁷³⁾. Enfin, la convention prévoit, l'engagement du client de présenter à la banque l'ensemble de ses créances en vertu de la clause de globalité ou d'exclusivité et le mandat donné au cédant par le cessionnaire pour recouvrer le montant des créances cédées. Il convient de signaler que depuis que le code civil a mis un terme au monopole du papier (art. 1108-1 et 1316-1 à 1316-4 c. civ.), il semble possible d'établir un bordereau numérique ⁽⁷⁴⁾.

478 Parties au bordereau. Le recours au bordereau Dailly met en relation un cédant, un cessionnaire et un cédé. S'agissant du cédant, il peut s'agir soit d'une personne morale de droit privé ou de droit public soit même d'une personne physique mais dans « l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle » (art. L. 313-23 al. 1 c. monét. fin.). A défaut, la personne physique ne pourra se prévaloir des règles relatifs au bordereau Dailly mais devra préserver ses droits dans les conditions de droit commun. S'agissant du cessionnaire, il ne peut s'agir que d'un établissement de crédit. A défaut, la cession ne sera opposable au tiers que par la signification faite au débiteur conformément à l'article 1690 c. civ. Enfin, s'agissant du cédé, il doit s'agir d'une personne morale de droit public ou de droit privé ou une personne physique dans l'exercice de son activité professionnelle. A ce propos, la jurisprudence décide que la désignation du débiteur cédé n'est pas une mention obligatoire du bordereau, mais seulement l'un des moyens alternatifs susceptibles de permettre aux parties d'effectuer l'identification des créances cédées ⁽⁷⁵⁾.

479 Créances cédées ou nanties. Conformément à l'article L-313-23 c. monét. fin., il peut s'agir de « *toute créance que le bénéficiaire de crédit peut détenir sur un tiers, créance contractuelle ou extracontractuelle, non liquide et non exigible* » ⁽⁷⁶⁾ et aussi futures, voire « en germes » ⁽⁷⁷⁾. Mais à la condition toutefois que les créances soient identifiables ou individualisées ⁽⁷⁸⁾. A défaut, le bordereau ne vaut pas acte de cession ⁽⁷⁹⁾.

480 Date du bordereau. Si la sanction de l'absence de signature du cédant sur le bordereau Dailly est controversée ⁽⁸⁰⁾, en revanche, la jurisprudence s'accorde à dire que la mention de la date est indispensable; la cession prenant effet « entre les parties » et le bordereau devenant « opposable aux tiers » à la date portée sur le bordereau (art. L. 313-27 c. monét. fin.) ⁽⁸¹⁾. Le défaut de la date rend la cession sans effet et le bordereau, un simple document ⁽⁸²⁾.

Sous-paragraphe 2 - Effets de la cession

481 Transmission de la propriété des créances. La remise du bordereau au cessionnaire par le cédant réalise, de plein droit, le transfert de la propriété des créances cédées avec tous leurs accessoires, sûretés personnelles ou réelles et même clause compromissoire ⁽⁸³⁾. Aucune formalité n'est exigée ⁽⁸⁴⁾. Le transfert est directement opposable aux tiers mais depuis la date inscrite au bordereau ⁽⁸⁵⁾ et cela même si le cédant est mis en redressement judiciaire ⁽⁸⁶⁾ pourvu que les prestations fournies soient antérieures ⁽⁸⁷⁾.

482 Recouvrement des créances. En principe, le recouvrement des créances est opéré par le cédant en sa qualité de mandataire du cessionnaire qui, grâce aux encaissements, rembourse le crédit au banquier qui l'a

⁷³ Cass. com. 8 déc. 1987, Bull. civ. IV n° 564, 198 ; RDBB n° 7 mai-juin 1988, 90 obs. CREDOT et GERARD.

⁷⁴ DECOQ, GERARD et MOREL-MAROGER, n° 233, 166.

⁷⁵ Cass. com. 1^{er} févr. 2011, Banque et droit, n° 137 mai-juin 2011, 28 obs. BONNEAU.

⁷⁶ Cass. com. 8 janv. 1991 D. 1991, IR 44 ; RDBB 1991, 96 obs. CREDOT et GERARD ; RTDcom. 1991, 271 obs. CABRILLAC et TEYSSIE .

⁷⁷ RIVES – LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, 506 n° 535.

⁷⁸ Sur la possibilité d'une créance de dommage-intérêts résultant d'une décision judiciaire encore soumise à voie de recours, de faire l'objet d'une cession par bordereau Dailly: Cass. com. 1^{er} févr. 2011, Banque et droit n° 137 mai-juin 2011, 28 obs. BONNEAU.

⁷⁹ Cass. com. 13 oct. 1992, Bull. civ. IV n° 301, 217 ; JCP E 1993, II-395 note STOUFFLET.

⁸⁰ Certaines décisions nient alors la qualification de cession, Rouen 6 mars 1986 D. 1986, somm. 279 obs. VASSEUR. Contra TGI Colmar 13 mars 1987 D. 1988 somm. 279 VASSEUR rapp. par BONNEAU n° 591, 385.

⁸¹ Cass. com. 8 févr. 2000 D. 2000, Cahier droit des affaires, 131 note FADDOUL ; RTDcom. 2000, 425 obs CABRILLAC ; RDBF n° 2 mars-avr. 2000, 75 obs. CREDOT et GERARD.

⁸² Cass. com. 9 mars 1995, RTDcom. 1995, 632 obs. CABRILLAC.

⁸³ Cass. civ. 5 janv. 1999 Bull. civ. I n° 1.

⁸⁴ Cass. com. 9 févr. 2010, RDBF mai-juin 2010 comm. 95 note CERLES.

⁸⁵ Cass. 8 févr. 2000 arrêt préc.

⁸⁶ BONNEAU, 387 n° 591 et les nombreuses réf citées.

⁸⁷ Cass. com. 26 avr. 2000, RDBB n° 4, juillet / août 2000, 229 obs. LEGEAIS ; JCP E 2000, 1134 note LEGEAIS ; RTDcom. 2000, 994 obs. CABRILLAC.

financé. Cependant, l'établissement de crédit peut conforter sa position et empêcher le débiteur de la créance cédée de se libérer du signataire du bordereau en lui « notifiant » le transfert des créances. Cette notification n'est astreinte à aucune forme particulière ⁽⁸⁸⁾ mais elle doit comporter les mentions à l'article L 313-23 c. monét. fin. La notification rend la banque seule titulaire de la qualité d'agir contre le débiteur cédé ⁽⁸⁹⁾. L'acceptation du bordereau Dailly ne fait pas obstacle à ce que le débiteur cédé puisse invoquer les exceptions tirées de ses rapports personnels avec le cessionnaire ⁽⁹⁰⁾. Dans l'hypothèse où le bordereau n'est pas accepté par le cédé, ce dernier pourra toujours se prévaloir à l'égard du cessionnaire des clauses de son contrat ⁽⁹¹⁾ ou les exceptions en relation directe avec la créance cédée dans la mesure où la cession n'en efface pas les créances ⁽⁹²⁾.

483 Recours du cessionnaire. En principe, le cédant doit payer au cessionnaire le crédit qu'il lui a consenti moyennant transfert des créances. En cas d'inexécution de l'obligation de paiement, le cessionnaire pourra se retourner non seulement contre les débiteurs cédés mais aussi contre le cédant et ce dans les termes du droit commun. ⁽⁹³⁾.

484 Faillite ou procédure collective. La cession ou le nantissement sont opposables dans une procédure collective du signataire du bordereau si la date de ce bordereau est antérieure à l'ouverture de la procédure, sauf si le représentant des créanciers parvient à démontrer que le bordereau a été antidaté ⁽⁹⁴⁾. Néanmoins, une telle cession est annulable lorsque le bordereau a été établi en période suspecte notamment si le banquier cessionnaire ou créancier nanti a eu connaissance de la cessation des paiements ⁽⁹⁵⁾. Plus récemment, la Haute cour décide que la date du bordereau antérieure à l'ouverture de la procédure collective du cédant n'affecte pas les droits de la banque cessionnaire même si le contrat générateur de la créance cédée est exécuté durant le cours de la procédure ⁽⁹⁶⁾.

SOUS-SECTION 3 - CREDITS PAR SIGNATURE

485 Présentation. Les crédits par signature sont les opérations par lesquelles la banque au lieu d'avancer des fonds, avance sa signature. Elle s'engage envers un tiers en garantie de l'exécution de l'engagement de son client. Elle se borne, en quelque sorte, à prêter sa signature sans mise à disposition future ou immédiate de fonds. On présentera rapidement quelques unes des formules de crédit par signature sans approfondir leur régime qui relève essentiellement du droit cambiaire ou du droit commun, tel qu'aménagé par les parties. Il s'agit essentiellement du cautionnement bancaire (Paragraphe 1), du ducroire de banque (Paragraphe 2), de l'aval (Paragraphe 3), et du crédit par acceptation (Paragraphe 4).

Paragraphe 1 - Cautionnement bancaire

486 Nature. Le cautionnement est un contrat par lequel une personne s'oblige envers un créancier à exécuter l'obligation du débiteur, si celui-ci ne l'accomplit pas (art. 1053 c. oblig. c.). Mais le cautionnement bancaire est un cautionnement solidaire réglementé par les articles 23 et 24 c. oblig. c. par renvoi de l'article 1059 du même code ⁽⁹⁷⁾ relatifs au cautionnement commercial. Le cautionnement est conclu à titre onéreux. En contrepartie de son intervention, la banque touche une commission qui varie selon les risques et l'importance de l'opération. Etant toujours commercial à l'égard de la banque, il peut être prouvé à son

⁸⁸ Sur la validité d'une notification orale, Paris 15 oct. 1993 RTDcom. 1994, 82 obs. CABRILLAC et TEYSSIE.

⁸⁹ Cass. com. 8 févr. 1991, RTDcom. 1991, 271 obs. CABRILLAC et TEYSSIE.

⁹⁰ Cass. com. 22 févr. 1994, RJDA juillet 1994 n° 824.

⁹¹ Paris 26 janv. 1996, RTDcom. 1996, 310.

⁹² Versailles, 10 nov. 1987, D. 1988, somm. 281, obs. VASSEUR.

⁹³ En droit français, le conflit entre le banquier cessionnaire Dailly et le sous-traitant est tranché en faveur du second : le sous-traitant prime le cessionnaire Dailly. Cette solution, consacrée par la jurisprudence, se fonde sur les dispositions de l'article I3-I de la loi du 31 décembre 1975 qui, en décidant dans son alinéa 1 que « l'entrepreneur principal ne peut céder ou nantir les créances résultant du marché ou du contrat passé avec le maître de l'ouvrage qu'à concurrence des sommes qui lui sont dues au titre des travaux qu'il effectue personnellement » interdit la mobilisation de la créance portant sur les travaux sous-traités. Cette règle comporte néanmoins une exception ; l'entrepreneur peut, selon l'alinéa 2 du même texte, qui renvoie à l'article 14, céder ou nantir le montant total de sa créance sur le maître de l'ouvrage s'il a obtenu préalablement et par écrit le cautionnement personnel et solidaire d'un établissement agréé : Cass.com. 27 avr. 2011, Banque et droit n° 138 juill.-août 2011, chr.Dr.bancaire. 17 obs. BONNEAU.

⁹⁴ GAVALDA et STOUFFLET, 225 n° 461.

⁹⁵ GRENOBLE, 3 nov. 1987 D. 1989, somm. 194, obs. VASSEUR ; RTDcom. 1989, 508 obs. CABRILLAC et TEYSSIE.

⁹⁶ Cass. com. 22 nov. 2005, Banque et droit 2006, 67 obs. BONNEAU ; RDBF janv.-févr. 2006, 18 note cerles ; RTDcom. 2006, 169 obs. LEGEAIS.

⁹⁷ V. art. 2011et s. c. civ.

encontre par tous les moyens de preuve ⁽⁹⁸⁾.

487 Exceptions. Conformément aux règles de droit commun, la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions que le débiteur principal pouvait lui-même lui opposer. A cela, il faut ajouter deux exceptions qui lui sont propres: l'impossibilité pour elle d'être subrogée aux droits du créancier lorsque cette impossibilité est due au fait du créancier (art. 1089 c. oblig. c. et art. 2037 c. civ.) et le terme dont la déchéance ne s'étend pas à la caution.

488 Obligation au paiement. Aux termes de l'article 23 alinéa 1 c. oblig. c.: « *Il y a obligation solidaire entre débiteurs lorsque plusieurs débiteurs sont tenus d'une même dette et que chacun doit être considéré, dans ses rapports avec le créancier, comme débiteur de la totalité de cette dette* ». Il faut en déduire que les codébiteurs solidaires ne peuvent se prévaloir du bénéfice de division (art. 2003 c. civ.). L'application de cette règle aux cautions solidaires n'a jamais fait de doute ⁽⁹⁹⁾. Les cautionnements consentis par les banques sont toujours stipulés solidaires. On rappellera en outre que la solidarité existe de plein droit en matière cambiaire ⁽¹⁰⁰⁾ et, plus généralement en matière commerciale, en vertu de la présomption coutumière de solidarité. Le bénéfice de discussion est pareillement écarté ⁽¹⁰¹⁾. L'étendue de l'engagement de la caution est d'interprétation stricte ⁽¹⁰²⁾.

489 Recours de la caution. La caution qui a désintéressé le créancier pourra se retourner contre le débiteur principal pour le principal, les intérêts et les frais (art. 1080 c. oblig. c. ; art. 2038 c. civ.). En outre, la caution qui a procédé au paiement se trouve subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre son débiteur (art. 1084 c. oblig. c. ; art. 2029 c. civ.) ⁽¹⁰³⁾.

Paragraphe 2 - Ducroire de banque

490 Présentation. Par la convention ducroire, un intermédiaire entre un créancier et un débiteur, garantit au premier, moyennant une rémunération supplémentaire le cas échéant, l'exécution du contrat passé. Cette clause figure spécialement dans le contrat de commission (art. 284 c. com. lib). Le commissionnaire se constituant ducroire par exemple, contre l'insolvabilité du tiers acquéreur. En matière bancaire, il s'agira pour la banque de garantir le vendeur contre l'insolvabilité de l'acheteur par diverses formes cambiales moyennant une commission et qui fait généralement perdre au banquier son recours contre le tireur non fautif.

491 Mécanisme. L'opération se réalise par diverses modalités parmi lesquelles l'aval du tiré accepteur et le forfait escompté. Dans le premier cas, le tireur d'une lettre de change l'escompte auprès d'une banque qui donne, en outre, son aval au profit du tiré accepteur. Il en résulte que la banque devient obligée de la même manière que le tiré. Elle perd donc son recours contre le tireur non fautif dans la mesure où du fait de son aval, elle n'est plus escompteur mais caution du tiré. Ce faisant, la banque consent deux crédits: un crédit par mobilisation de créances dans son rapport avec le tireur en vertu du contrat d'escompte et un crédit par signature dans son rapport avec le tiré en vertu du contrat d'aval. Dans le deuxième cas, le tireur ou un endosseur demande à un établissement de crédit de « faire le forfait de la signature du tiré » ⁽¹⁰⁴⁾. Il faut bien préciser qu'il ne s'agit pas d'un aval. Le forfait a seulement pour effet d'interdire à la banque tout recours contre le tireur sous réserve de la faute du tireur notamment parce qu'il n'aurait pas fourni de provision ⁽¹⁰⁵⁾. Ce faisant, ici aussi la banque accorde deux crédits: l'un au tireur au titre de l'escompte et l'autre au tiré à titre du forfait dans la mesure où l'engagement de la banque de ne pas agir contre le tireur donne à celui-ci une confiance dans le tiré.

⁹⁸ Cass. com. 21 juin 1988, JCP G 1989, II-21170.

⁹⁹ Cass. req. 16 mars 1898, DP 1898, 1, 301 ; S 1902, 1, 331.

¹⁰⁰ Art. 369 c. com. lib.: « *Tous ceux qui ont tiré, accepté, endossé ou avalisé une lettre de change sont tenus solidairement envers le porteur* ».

¹⁰¹ Art. 1073 al. 1 c. oblig. c.: « *La caution ne peut demander la discussion du débiteur: ... lorsqu'elle s'est engagée solidairement avec le débiteur principal* ».

¹⁰² Art. 1059 et 1054 al 3 c. oblig. c. et art. 2015 c. civ. qui énonce expressément « *on ne peut étendre l'engagement de la caution au delà des limites dans lesquelles il a été contracté*. »

¹⁰³ JU Beyrouth, 6 oct. 2009 Al Adl 2010/2, 813.

¹⁰⁴ RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, 562 n° 612.

¹⁰⁵ BANCOL et LAGELLEE - CHARRETTE, Ducroire de banque, JCL Banque - Crédit - Bourse, fasc 600.

Paragraphe 3 - Aval

L'aval est un engagement cambiaire donné par une personne, le donneur d'aval, qui apporte sa garantie au paiement de l'effet par un débiteur de la lettre de change. Il peut être donné sur la lettre de change elle-même ou par acte séparé (art. 346 al. 1 c. com. lib.).

Sous-paragraphe 1 - Aval apposé sur la lettre de change

- 492 Conditions.** L'aval doit être écrit. La signature doit être manuscrite et précédée d'une mention « bon pour aval » ou « bon pour garantie » ou par toute formule équivalente (art. 346 al. 2 c. com. lib.) telle que encore « bon pour cautionnement pour le compte de ». L'aval doit indiquer pour le compte de qui il est donné. A défaut de cette indication, il est réputé donné pour le tireur (art. 347 c. com. lib.; art. L. 511-21 c. com. fr.). Cette règle supplétive destinée à éviter la nullité de l'engagement irrégulier est une règle de fond et non une règle de preuve ⁽¹⁰⁶⁾. Par conséquent, la seule mention d'aval portée sur une traite sans indication du débiteur garanti ne peut constituer un commencement de preuve par écrit de l'existence d'un cautionnement contracté en faveur du tireur porteur ⁽¹⁰⁷⁾. Si le nom de la personne en faveur de qui est fait l'aval, l'avaliste, est censé avaliser le tireur de la traite, l'aval peut garantir l'engagement du tiré accepteur, du tireur, d'un endosseur, d'un autre avaliseur et d'une manière générale de toute personne obligée par les liens cambiaires. Parfois, le signataire est représentant d'une personne morale. Il est alors important de savoir si la signature engage le patrimoine personnel de son auteur ou celui de la personne morale qu'il représente. A ce propos, une jurisprudence constante décide que le représentant s'engage personnellement par sa simple signature, dès lors qu'elle n'est pas accompagnée d'autres indications sur la lettre de change ⁽¹⁰⁸⁾.
- 493 Endossement.** L'endossement peut être translatif, il se réalise alors par la signature de l'endosseur (porteur) au recto de la traite (art. 346§3 c. com. lib.) ou à son verso, accompagnée, alors, en général par la formule « à ordre » bien que la loi ne l'exige pas, ensuite par la remise matérielle du titre à l'endossataire c'est-à-dire le banquier. L'endossement peut être pignoratif, il consiste à affecter une lettre de change à une garantie. Le plus souvent, ce type de gage est utilisé par un porteur de traites à échéances lointaines qui a besoin de trésorerie immédiate. Il va alors donner en gage à son banquier une (des) traite (s), ce qui va lui éviter de les escompter et pouvoir obtenir ainsi un crédit à court terme. L'obtention de ce crédit à court terme lui évite de faire courir des agios sur une période plus longue. Dans cette hypothèse, le banquier conserve le gage ⁽¹⁰⁹⁾. Donc, c'est à lui de présenter l'effet au paiement, d'exercer les recours cambiaires si besoin est, faute de quoi il engagerait sa responsabilité envers le constituant du gage. Le banquier n'a aucun droit de propriété sur la traite il n'a qu'un droit de garde. L'endossement peut être de procuration. C'est un mandat de recouvrement de forme cambiaire donné à la banque. Le mandataire est donc chargé de réaliser l'ensemble des tâches matérielles inhérentes à l'encaissement de la traite. La banque doit vérifier la régularité apparente de la traite, la présenter à l'acceptation, au paiement, remettre les fonds encaissés à l'endosseur et recevoir les indemnités qui lui sont dues.
- 494 Paiement.** Dès que la traite est présentée au paiement, le tiré doit la payer. Aucun délai de grâce ne peut être obtenu. Une « résistance abusive » à payer peut même entraîner des dommages-intérêts. Les intérêts moratoires courent à partir de l'échéance. La présentation de l'effet avant échéance n'est pas une faute. En revanche, le porteur ne peut exiger le paiement avant échéance. Si le tiré paie avant échéance, il le fait à ses risques et périls. Le porteur ne peut refuser un paiement partiel. S'il le faisait, il serait privé à due concurrence de ses recours contre les garants. Le tiré peut exiger que ce paiement soit mentionné sur la traite que conserve le porteur et qu'une quittance lui soit remise. En pratique, le règlement s'effectue par échange entre banques comme les effets sont le plus souvent domiciliés. Les effets font l'objet d'une compensation entre banques, qui ont recours à l'informatique.

¹⁰⁶ Cass. ch. Réunies 8 mars 1960, JCPG 1960, II-11616 note ROBLOT ; D. J., 209 note HAMEL v. GORE, L'aval de la lettre de change sans indication du débiteur garanti D 1957, chron., 105 spéc. 107.

¹⁰⁷ Cass. com. 26 mai 2010, RDBF janv.-févr. 2011, comm. 3 note CREDOT et SAMIN.

¹⁰⁸ Cass. com. 13 sept. 2011, n° 10-20. 504 ; v. QUIQUEREZ, « Piqûre de rappel » sur l'aval personnel d'un dirigeant, RDBF mars-avr. 2012, étude 7.

¹⁰⁹ Cass. civ. lib. 11 juin 1979 Al Adl 1970, 22.

Sous-paragraphe 2 - Aval spécial ou par acte séparé

495 Conditions. L'article 346 alinéa 1 c. com. lib. (art. L 511-21 c. com. fr.) admet que l'aval puisse être donné par un acte distinct de l'effet de commerce. Pour valoir engagement cambiaire, un tel aval doit répondre à des conditions plus précises que s'il est donné sur l'effet lui-même. L'acte d'aval qui résulte nécessairement d'un écrit signé par le donneur d'aval ⁽¹¹⁰⁾ doit en outre comporter: -1- l'indication du lieu où il est intervenu ⁽¹¹¹⁾, faute de quoi, l'aval donné par acte séparé ne vaut pas aval ⁽¹¹²⁾ -2- les termes « bon pour aval » ou une autre formule équivalente exprimant sans équivoque la volonté de s'obliger cambiairement (art. 346-2 c. com. lib.) -3- la mention de la date, du montant, de la nature et de l'échéance du ou des effets avalisés ⁽¹¹³⁾. Faute de remplir ces conditions, l'acte ne peut valoir engagement cambiaire. Il peut cependant être constitutif d'un cautionnement de droit commun s'il remplit les conditions pour faire preuve d'un tel engagement ⁽¹¹⁴⁾.

496 Aval et cautionnement. L'aval par acte séparé est parfois difficile à distinguer d'un cautionnement de droit commun de la dette pour le paiement de laquelle la lettre de change a été tirée ⁽¹¹⁵⁾. Seule une recherche d'intention peut apporter la solution. Même lorsque les conditions de forme sont remplies, il y a cautionnement et non aval si le signataire a manifesté clairement son intention de ne pas s'engager cambiairement ⁽¹¹⁶⁾. De même, un acte antérieur à la création d'effets de commerce, correspondrait-il formellement aux conditions d'un aval par acte séparé, ne peut être constitutif que d'un cautionnement de droit commun que l'émission ultérieure des effets ne peut avoir transformé en acte d'aval ⁽¹¹⁷⁾. Si l'acte ne répond pas au formalisme cambiaire, fût-il qualifié aval, il ne peut valoir comme tel. Il est cependant possible de voir dans un tel acte un cautionnement de droit commun ou au moins, suivant les circonstances, un commencement de preuve d'un tel cautionnement ⁽¹¹⁸⁾.

Paragraphe 4 - Crédit par acceptation

497 Définition. L'acceptation est l'engagement pris par le tiré sur la lettre de change de payer le montant de cette lettre au porteur quand celui-ci la lui présentera à l'échéance (art. 343 al. 1 c. com. lib.). Cet engagement résulte de la signature apposée sur le titre. Mais cette signature, le tiré ne l'apposera que s'il est débiteur du tireur et s'il a reçu la provision de ce dernier, sinon, il pourra apposer au porteur qui lui présentera la lettre à l'acceptation, l'exception de défaut de provision ⁽¹¹⁹⁾. C'est dans ces mêmes termes que la banque accepte la lettre de change moyennant une commission et compte alors sur la provision que lui fournira le tireur pour payer à l'échéance. Dans ce cas de figure, la banque est certes tenue cambiairement mais en réalité elle ne paiera pas la traite car, en principe, c'est le client qui « *fera les fonds avant l'échéance et la présentation des effets* » ⁽¹²⁰⁾. Elle n'engage donc que sa signature. Sa signature couvre bien un crédit dans la mesure où le tireur pourra, s'il le veut, escompter une traite acceptée par une banque ⁽¹²¹⁾.

498 Mentions. L'acceptation est écrite sur la lettre de change. Elle est exprimée par le mot « accepté » ou tout autre mot équivalent, elle est signée du tiré. La simple signature du tiré apposée au recto de la lettre vaut acceptation (art. 340 c. com. lib.). Elle est pure et simple, mais le tiré peut la restreindre à une partie de la

¹¹⁰ Cass. com. 11 févr. 1986 JCP G 1986, IV-109 et E, I-15333 ; Gaz. Pal. 1986, 2, somm. 507 obs. PIEDELIEVRE, qui casse un arrêt ayant qualifié aval par acte séparé un document non signé du prétendu donneur d'aval et n'émanant pas de lui. V aussi Cass. com. 26 nov. 1996, D 1997 somm. 262, obs. CABRILLAC ; RTDcom. 1997, 119 obs. CABRILLAC ; Banque n°577 janvier 1997, 90, obs. GUILLOT ; JCP E 1997, II-906 note BONNEAU qui confirme un arrêt ayant considéré qu'au regard de l'article 130, la signature de l'avaliste ne peut résulter de la mention d'un numéro dans le texte d'un téléx, s'agirait-il d'une « clé informatique ».

¹¹¹ Paris 28 avr. 1987, DS 1987 IR 131.

¹¹² Cass. com. 11 janv. 1972, RTDcom. 1972, 662 obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE.

¹¹³ Cass. civ. 7 janv. 1847, DP 1847, 1, 103 ; 7 mars 1944, D. 1945, 73 note HAMEL.

¹¹⁴ Lyon 8 juin 1976 JCP G 1977, IV-44 ; DS 1977, IR 192, obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE.

¹¹⁵ Par ex. Caen 17 juin 1873 DP 1875, 2, 128.

¹¹⁶ Amiens 17 déc. 1975, JCP G 1976, G IV-326 ; DS 1976, somm. 56 ; RTDcom. 1977, 333, obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE.

¹¹⁷ Cass. com. 3 nov. 1975, Bull. civ. IV n° 249 ; DS 1976, somm. 25.

¹¹⁸ ROUEN 21 sept. 1973 DS 1974, 246 note ROBLOT ; RTDcom 1974, 128 obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE ; Lyon 8 juin 1976 préc. contra ROUEN 14 déc. 1973, DS 1974 somm. 35.

¹¹⁹ L'utilité de l'acceptation est certaine. Si le tiré se reconnaît débiteur du tireur, il y aura un débiteur de plus sur la lettre, le tiré, le débiteur principal restant le tireur. Dès lors qu'il a apposé sa signature sur la lettre, le tiré, qu'il soit ou non réellement débiteur du tireur, est tenu d'un obligation cambiaire abstraite détachée de la créance originaire ou provision. Il est tenu envers le porteur.

¹²⁰ GAVALDA et STOUFFLET, 279 n° 558.

¹²¹ RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, 563 n°614. Dans le ducroire, le banquier s'interdisait tout recours contre le tireur pour asseoir le crédit du tiré. Ici, il accepte une traite du tireur pour lui permettre de l'escompter et c'est donc au tireur qu'il fait crédit.

somme. Toute autre modification apportée par l'acceptation aux énonciations de la lettre de change équivaut à un refus d'acceptation. Toutefois, l'accepteur est tenu dans les termes de son acceptation (art. 341 c. com. lib.). Si le tiré qui a revêtu la lettre de change de son acceptation a biffé celle-ci avant la restitution de la lettre, l'acceptation est refusée. Sauf preuve contraire, la radiation est réputée avoir été faite avant la restitution du titre. Toutefois, si le tiré a fait connaître son acceptation par écrit au porteur ou à un signataire quelconque, il est tenu envers ceux-ci dans les termes de son acceptation (art. 344 c. com. lib.).

499 Présentation. La lettre est présentée à l'acceptation du tiré au lieu de son domicile par le porteur ou même par un simple détenteur (art. 346 c. com. lib.). Dans toute lettre de change, le tireur peut stipuler qu'elle devra être présentée à l'acceptation, avec ou sans fixation de délai. Il peut aussi stipuler que la présentation à l'acceptation ne pourra avoir lieu avant un terme indiqué. Tout endosseur peut stipuler que la lettre devra être présentée à l'acceptation, avec ou sans fixation de délai à moins qu'elle n'ait été déclarée non acceptable par le tireur (art. 337 c. com. lib.). Le tiré peut demander qu'une seconde présentation lui soit faite le lendemain de la première. Les intéressés ne sont admis à prétendre qu'il n'a pas été fait droit à cette demande que si celle-ci est mentionnée dans le protêt. Le porteur n'est pas obligé de se dessaisir entre les mains du tiré de la lettre présentée à l'acceptation (art. 339 c. com. lib.). Les lettres de change à un certain délai de vue doivent être présentées à l'acceptation dans le délai d'un an à partir de leur date. Le tireur peut abréger ce dernier délai ou en stipuler un plus long. Ces délais peuvent être abrégés par les endosseurs (art. 338 c. com. lib.).

500 Paiement. Quand le tireur a indiqué dans la lettre de change un lieu de paiement autre que celui du domicile du tiré, sans désigner un tiers chez qui le paiement doit être effectué, le tiré peut l'indiquer lors de l'acceptation. A défaut de cette indication, l'accepteur est réputé s'être obligé à payer lui-même au lieu du paiement. Si la lettre est payable au domicile du tiré, celui-ci, peut indiquer dans l'acceptation une adresse du même lieu où le paiement doit être effectué (art. 342 c. com. lib.). A défaut de paiement, le porteur, même s'il est le tireur, a contre l'accepteur une action directe résultant de la lettre de change pour tout ce qui peut être exigé en vertu des articles 370 et 371 c.com.lib. ⁽¹²²⁾.

SECTION 2 - OPERATIONS DE CREDIT A MOYEN ET LONG TERME

Ce type de crédit sert en principe à financer les investissements: achat de matériel, construction immobilière, etc. Nous en envisagerons le prêt à moyen et long terme (Sous-section 1), le crédit bail (Sous-section 2), les crédits mobilisables (Sous-section 3), la titrisation (Sous-section 4) et les crédits aux consommateurs (Sous-section 5).

SOUS-SECTION 1 - PRET A MOYEN ET LONG TERME

A côté du prêt, figure classique, il existe deux modalités particulières, le prêt crédit différé et le prêt participatif.

501 Les prêts crédits différés. C'est une opération qui s'articule sur deux contrats: un contrat de crédit différé, qui s'analyse en une promesse de crédit, et un contrat de prêt subordonné à des versements antérieurs et à l'expiration d'un délai d'attente à l'issue duquel seulement le prêt est accordé. Concrètement il s'agit d'un fonds financé par les versements des clients en échange desquels, ils obtiennent à tour de rôle un crédit alimenté par les fonds collectés. À la suite d'un certain nombre d'abus, le crédit différé a été encadré par la loi du 24 mars 1952 à travers la fixation d'un statut pour les entreprises qui le pratiquent. Ce procédé est réservé aux prêts à l'accession à la propriété immobilière ou à la réparation, l'agrandissement et la modernisation d'immeubles appartenant aux emprunteurs. Le contrat doit être écrit et contenir des mentions obligatoires relatives aux droits et obligations des parties, et aux règles déterminant le montant du prêt promis et sa date d'attribution. En outre, les prêts sont obligatoirement garantis par une inscription hypothécaire.

¹²² Art 370 c. com. lib.: - « Le porteur peut réclamer à celui contre lequel il exerce son recours: 1- le montant de la lettre de change non acceptée ou non payée, avec les intérêts s'il en a été stipulé 2 - Les intérêts au taux légal à partir de l'échéance ; 3 - Les frais du protêt, ceux des avis donnés ainsi que les autres frais. Si le recours est exercé avant l'échéance, déduction sera faite ». Article 371 c. com. lib.: « Celui qui a remboursé la lettre de change peut réclamer à ses garants: 1- intégrale qu'il a payée ; 2- Les intérêts de la dite partir du jour où il l'a déboursée ; 3- les frais qu'il a faits ».

502 Prêts participatifs. Les prêts participatifs sont réglementés par les articles L 313-3 à 14 c. monét. fin. ⁽¹²³⁾. Ils ont pour objectif de soutenir les petites et moyennes entreprises commerciales et industrielles ayant des difficultés de liquidité. Ils ne peuvent être consentis qu'à des entreprises commerciales ou industrielles ⁽¹²⁴⁾. Ils ne peuvent être consentis que par les personnes limitativement énumérées par l'article L 313-13 c. monét. fin.: Etat, établissement de crédit, sociétés commerciales, les sociétés et mutuelles d'assurances (et les institutions relevant du titre II et du titre III du livre IX du Code français de la sécurité sociale), et OSEO ⁽¹²⁵⁾ établissement public à caractère industriel et commercial, spécialement créé pour aider au financement des petites et moyennes entreprises.

Les prêts participatifs constituent de véritables prêts d'une durée limitée, qui doivent être remboursés ou remplacés à l'échéance par une technique de substitution ⁽¹²⁶⁾. Ils procurent des fonds moyennant une participation aux bénéfices de l'emprunteur. Cependant, le prêteur n'est pas pour autant actionnaire, il demeure étranger à l'entreprise où il a investi ⁽¹²⁷⁾. En ce sens que les prêts participatifs ne participent pas au capital social. La rémunération des fonds prêtés qui est soumise aux dispositions du code de la consommation sur l'usure, consiste dans un intérêt fixe qui peut être majoré par la convention des parties notamment par le jeu d'une clause de participation au bénéfice net de l'emprunteur (art. L. 313-17 c. monét. fin.). Il en résulte que le prêteur bénéficie d'un droit à un prélèvement prioritaire sur le bénéfice distribuable avant toute autre affectation. En cas d'ouverture d'une procédure collective, les prêts participatifs ne sont remboursés qu'après désintéressement de tous les autres créanciers privilégiés ou chirographaires (art L 313-15 c. monét. fin.) Cela se justifie par le fait que le prêteur a vocation à partager les bénéfices de l'emprunteur, il doit donc laisser passer devant lui les autres créanciers ⁽¹²⁸⁾.

SOUS-SECTION 2 - CREDIT-BAIL

503 Présentation. Le crédit-bail ou leasing, technique d'origine anglo-saxonne, est régi par la loi libanaise n° 160 du 27 décembre. 1999 relative à la réglementation des opérations de crédit-bail ratifiant le décret-loi n° 607 du 8 mai 1999. L'article 1 de la loi n° 160/1999 définit le crédit-bail (mobilier) comme « *les opérations de location de biens d'équipement et de matériels d'outillage et de machines achetés par le bailleur en vue de les louer tout en en conservant la propriété à condition de donner au locataire le droit d'en acquérir la propriété, moyennant un prix convenu dont les conditions sont précisées au moment de la conclusion du contrat tenant compte, des versements effectués à titre de loyers* » (art. L. 313-7, 1 c. monét. fin.). Les opérations de crédit-bail font l'objet de monopole au profit des sociétés de crédit-bail et des sociétés financières. Les sociétés doivent obtenir l'agrément préalable et figurer sur la liste établie par la BDL.

Le crédit-bail connaît deux variantes: la cession-bail encore appelée lease-back ⁽¹²⁹⁾ et le crédit bail adossé. Le lease-back est la procédure par laquelle une firme propriétaire d'un bien d'équipement (ou d'un immeuble professionnel) le cède à une société de crédit-bail, qui le remet immédiatement à sa disposition par une opération de crédit-bail. Le crédit bail adossé est l'opération par laquelle la société de crédit-bail achète un bien d'équipement à un fournisseur puis lui redonne aussitôt en location avec l'autorisation de sous-louer le bien au client utilisateur. On parle de crédit-bail adossé car la convention passée entre le crédit-peneur et l'utilisateur final c'est-à-dire, la sous-location, s'appuie sur une opération de crédit-bail réalisée en amont. Il faut préciser que cette sous location ne constitue pas juridiquement un crédit bail mais relève de la simple location ⁽¹³⁰⁾. Il existe deux grands types de crédit-bail qui se distinguent par leur objet: crédit-bail mobilier et crédit-bail immobilier.

Paragraphe 1 - Crédit-bail mobilier

Nous envisagerons la formation (Sous-paragraphe 1) et l'exécution (Sous-paragraphe 2) du contrat.

¹²³ v. BALI, Le réveil de la société en participation par les finances éthiques, RDBF janv.-févr. 2011 étude 3.

¹²⁴ Cass. com. 7 mars 1995, RTDcom. 1995, 634 obs. CABRILLAC.

¹²⁵ OSEO a été créé par une ordonnance n° 2005-732 du 30 juin 2005. Cet établissement est à la fois sollicité pour garantir des prêts bancaires accordés aux PME et accorder des prêts participatifs en complément des prêts fournis par les banques. Son statut a été substantiellement modifié par la loi du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière afin de financer plus efficacement les petites et moyennes entreprises.

¹²⁶ RIPERT et ROBLOT, 438 n° 2420 et les réf. J.p. citées.

¹²⁷ Paris 8 juill. 1987 RDBB 1987, 134 obs. DEKNEWER – DEFOSSEZ.

¹²⁸ GAVALDA et STOUFFLET, 255 n° 529.

¹²⁹ Cette appellation est jugée illégale par certains auteurs, CABRILLAC et MOULY, 542 n° 534.

¹³⁰ Cass. com. 21 mai 1979, DS 1980, 611 note de LEYSSAC.

Sous-paragraphe 1 - Formation du contrat

504 Contrat d'achat-vente. La société de crédit-bail doit acheter le bien décrit par son client auprès du fournisseur désigné. A défaut, il n'y aura pas de crédit-bail. Juridiquement, ce contrat est conclu entre la société de crédit-bail en sa qualité d'acheteur et le fournisseur en sa qualité de vendeur. L'effet relatif du contrat empêche l'association de l'utilisateur à ce contrat. Cependant, en pratique, l'utilisateur n'est pas totalement étranger à ce contrat, il intervient d'abord au stade du choix du matériel qui doit être acheté par la société de crédit-bail. Pour expliquer l'intervention de l'utilisateur, on a eu recours à l'idée de mandat. L'existence de ce mandat, certaine pour les uns ⁽¹³¹⁾, est discutée par d'autres ⁽¹³²⁾ au motif que le locataire agit en fait pour son compte et non pour celui de la société de crédit-bail. Cela n'empêche pas la jurisprudence d'admettre que le locataire pourrait agir contre le vendeur en qualité de mandataire ⁽¹³³⁾. En outre, la garantie des vices cachés est due en principe par le fournisseur vendeur à la société. Or très souvent, la société de crédit-bail transfère au crédit preneur cette garantie et ce, par le biais d'une stipulation pour autrui, d'une délégation ou d'une subrogation ⁽¹³⁴⁾. Complétant ce transfert, une clause du contrat de crédit-bail vient exonérer la société de crédit-bail de toute responsabilité à l'égard de l'utilisateur locataire pour les vices du matériel.

505 Publicité des opérations de crédit-bail. La société de crédit-bail conserve la propriété du bien loué. Afin d'éviter que les tiers ne soient trompés par l'apparence de « prospérité » que la présence du bien dans le patrimoine de l'utilisateur peut créer, le législateur libanais a mis à la charge de la société de crédit-bail une obligation de faire une publicité légale de toutes ses opérations de leasing ⁽¹³⁵⁾. Si le crédit-preneur est un commerçant, la publicité devra être demandée et portée au registre de commerce dans le ressort duquel se trouve le siège principal du crédit-preneur. A défaut, elle s'effectuera à la demande du crédit-bailleur dans le registre alphabétique spécial des établissements civils tenu auprès du greffe du tribunal de première instance de Beyrouth et ce, quel que soit le lieu de résidence ou de l'activité du crédit-preneur. A défaut de publicité, les opérations de crédit-bail sont inopposables aux tiers ⁽¹³⁶⁾. Le crédit-bailleur devra revendiquer le matériel lui appartenant entre les mains de son sous-locataire ⁽¹³⁷⁾ et établir que tous les créanciers du crédit-preneur ont eu connaissance de ses droits antérieurement à l'ouverture de la procédure collective ⁽¹³⁸⁾, preuve difficile, voir impossible ⁽¹³⁹⁾. A défaut, le bien deviendra le gage des créanciers et l'administrateur pourra procéder à sa vente ⁽¹⁴⁰⁾ et en faire bénéficier les créanciers des fonds provenant de la vente dudit bien ⁽¹⁴¹⁾. En outre, seuls les tiers, créanciers et ayants cause du client du crédit-bailleur, peuvent se prévaloir du défaut de publicité parce que celle-ci est destinée directement à leur rendre opposable le droit du crédit-bailleur ⁽¹⁴²⁾. En revanche, dès lors que le contrat a été régulièrement publié, le crédit-bailleur dispose d'un droit de revendication ⁽¹⁴³⁾, opposable au syndic de faillite. C'est ce qui résulte de l'article 8 de la loi 166/1999 ainsi rédigé : « *En cas de faillite du locataire, et nonobstant tout texte contraire, la faillite n'a aucun effet sur la propriété du loueur sur les choses* ».

Sous-paragraphe 2 - Exécution du contrat

506 Droits et obligations du bailleur. La société de crédit-bail reste propriétaire du bien loué. C'est donc elle qui supporte, en principe, les risques de la chose. Cependant, très souvent, une clause insérée dans le contrat transfère les risques à l'utilisateur locataire. Celui-ci assume le bien et, en cas de sinistre, verse l'indemnité reçue à la société de crédit bail. Egalement, la société se voit chargée des diverses obligations inhérentes à tout bailleur dans les termes du droit commun sauf clause aménageant ou supprimant la responsabilité. En outre, l'article 2 de la loi 160/1999 permet au crédit-bailleur de céder les biens visés par

¹³¹ BONNEAU, 349 n° 539.

¹³² RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, 577 n° 627.

¹³³ Cass. com. 1^{er} déc. 1980, JCP G 1981, I-67.

¹³⁴ RIVES-LANGE et CONTAMINE – RAYNAUD, 577 n° 627 et les réf. Citées.

¹³⁵ Art. 7 al. 2 L 160/1999 ; art. L. 313-10 c. monét. fin.

¹³⁶ Art. 7 al. 4 L. 160/1999 ; Cass. com. 11 mai 2010, Banque et droit sept.-oct. 2010, 36 obs. BONNEAU.

¹³⁷ Cass. 11 mai 1982, D 1983, 271 note WITZ ; JCP G 1983, II-20074 BEY.

¹³⁸ Cass. civ. 12 avr. Bull. civ. IV n° 127 ; 1988, RTDcom. 1989, 113 obs. BOULOC ; 16 mars 1993 D. 1993, J, 583 note DERRIDA.

¹³⁹ BONNEAU, 360 n° 547.

¹⁴⁰ Cass. com. 12 avr. 1988, préc.

¹⁴¹ Cass. com. 17 mai 1988, JCP G 1988, II-21117 obs. BEY.

¹⁴² Cass. com. 16 mai 1995, JCP G 1995 II-22497 note CLEMENT ; GHESTIN et GOUBEUX, Traité de droit civil, introduction générale, LGDJ, 3^e éd n° 770 et sp. 759s sp. n° 798 et 790 : « L'apparence fournit aux tiers une sauvegarde ; eux seuls peuvent s'en prévaloir » ; VOIRIN, note sous TGI Seine, 23 mai 1967 D 1968 p 354.

¹⁴³ Cass. com. 11 mai 1999 D. 1999 IR 149.

les opérations de crédit-bail sans préjudicier aux droits du crédit-preneur.

507 Droits et obligations du preneur. Au moment de la conclusion du contrat de crédit-bail, le bien désigné par le client n'est pas encore acheté par la société de crédit-bail. Pour cette raison, le contrat est généralement précédé par une promesse synallagmatique de location. L'acquisition du matériel fait courir la période de location. A l'expiration de la location, le crédit preneur dispose d'une option: soit résilier le contrat, auquel cas il doit restituer le bien loué en bon état à peine d'abus de confiance; soit, proroger le contrat de location à défaut de trésorerie suffisante, on sera alors en présence d'un contrat de location simple ⁽¹⁴⁴⁾; soit enfin exercer l'option d'achat: un contrat de vente est alors conclu au prix fixé dans la convention initiale; étant entendu que, selon l'article 1^{er} de la loi 160/1999 (art. L 313-7,1 c. monét. fin.), ce prix doit tenir compte, au moins en partie, des versements effectués au titre des loyers. Contrairement au crédit-bailleur, le crédit-preneur ne peut pas céder le crédit bail sauf accord écrit du crédit-bailleur (art. 3 L. 160/1999) ⁽¹⁴⁵⁾; étant entendu que dans ce dernier cas, le crédit preneur initial reste tenu solidairement avec le cessionnaire de toutes les obligations principales résultant du crédit-bail sauf convention contraire (art. 3 L 160/1999).

A l'instant de la livraison du bien loué, constatée en vertu d'un procès-verbal, la garde de la chose est immédiatement transférée au crédit-preneur. Celui-ci supporte toute responsabilité résultant de cette garde et du fait des choses inanimées. De même, il supporte les risques de perte du bien loué même ceux qui résultent d'un événement extérieur à sa volonté (art. 4 L 160/1999). En outre, l'utilisateur du bien loué est tenu dans les mêmes termes que le locataire de droit commun. Ainsi, il doit jouir de la chose en bon père de famille conformément à sa destination et veiller à son entretien. Il doit surtout payer les loyers. Ces derniers peuvent être calculés de manière dégressive ou linéaire. Si le matériel souffre d'une défectuosité quelconque, le locataire ne peut pas se retourner en garantie contre la société de crédit-bail ⁽¹⁴⁶⁾. En revanche, le crédit-preneur dispose d'une action directe contre le vendeur en ce qui concerne les obligations que ce dernier assume envers ce crédit-bailleur en sa qualité d'acheteur (art. 5-2 L 160/1999) ⁽¹⁴⁷⁾. Le crédit-preneur doit immédiatement informer le crédit-bailleur de toute demande à l'action entreprise contre le vendeur. Le crédit-bailleur a la faculté d'intervenir à l'instance soit pour appuyer les demandes du crédit-preneur soit pour rendre le jugement exécutoire à son égard (art. 5-2 L 160/1999). De même, le crédit-preneur, en sa qualité de délégataire de droit peut agir à l'encontre de toute tierce personne en réparation de tout dommage subi et résultant de l'utilisation normale de la chose louée. Cependant, là aussi, il doit en informer le crédit-bailleur, ce dernier ayant la faculté d'intervenir à l'instance; tout cela, sauf convention contraire des parties (art. 4-4 L 160/1999).

508 Incidence de la résolution du contrat de vente. La question de l'incidence de la résolution du contrat conclu par la société de crédit-bail sur le contrat la liant à son locataire est tranché en droit libanais par l'article 5 alinéa dernier de la loi 160/1999 ainsi rédigé: « *Le locataire reste en tout état de cause lié à l'égard du bailleur de toutes les obligations comprises dans le contrat de crédit bail* » *quels que soient les événements affectant le contrat d'achat des biens loués dans la mesure où le locataire est subrogé dans les droits et obligations du bailleur résultant du contrat de vente à l'égard du vendeur* ». En outre, il convient de signaler que la clause qui stipule le paiement des loyers à échoir en cas de résiliation anticipée du contrat de crédit-bail, est une clause pénale ⁽¹⁴⁸⁾.

Paragraphe 2 - Crédit-bail immobilier

Nous envisagerons la conclusion (Sous-paragraphe 1) et l'exécution (Sous-paragraphe 2) du contrat.

Sous-paragraphe 1 - Conclusion du contrat

509 Présentation. Il s'agit d'opérations par lesquelles une entreprise donne en location des biens immobiliers à

¹⁴⁴ Cass. com. 14 avr. 1972, JCP G 1972 II-17269 note ALFANDARI ; Paris 8 janv. 1973 JCP G 1973, II-17503.

¹⁴⁵ V. BEY, Cession des contrats de crédit-bail, RJDA, 8-9/1992, 651 sp p562.

¹⁴⁶ Art. 5-1 L 160/1999 sauf clause contraire ; art. 5-3 L 160/1999.

¹⁴⁷ Au propos, signalons que la Haute cour décide que « dans les chaînes de contrat emportant transfert de propriété, l'acquiescement final de la chose dispose d'une action directive, de nature nécessairement contractuelle, contre chacun des précédents vendeurs, (cass.civ.16 nov.2005 JCPG 2006, 10069 note Trébulle ; Cass.civ. 22 juin 2011, Banque et droit n° 139 sept-oct. 2011 chro.Dr.banc. 19 obs. BONNEAU.

¹⁴⁸ Cass. com. 30 nov. 2010, Banque et droit n° 135 janv.-févr. 2011, 31 obs. BONNEAU ; Cass. civ. 21 mai 2008, Banque et droit n° 120, juill.-août 2008, 15 obs. BONNEAU.

usage professionnel, achetés par elle ou construits pour son compte, lorsque ces opérations permettent aux locataires de devenir propriétaires de tout ou partie des biens loués à l'expiration du bail (art. 313-7 c. monét. fin.). Par immeubles à usage professionnel: il faut entendre « les immeubles utilisés pour l'exercice d'une profession industrielle ou commerciale. En conséquence, seuls les usines, les bureaux d'une entreprise industrielle, les magasins de gros ou de détail, les supermarchés, les cliniques, les hôtels... d'une entreprise commerciale et, d'une façon générale, tous les immeubles utilisés par une entreprise normalement soumise à l'impôt sur les sociétés ou à l'impôt sur le revenu au titre des bénéfices industriels ou commerciaux peuvent faire l'objet d'un crédit bail immobilier. Les immeubles destinés à l'exercice d'une profession libérale, à l'exploitation agricole et naturellement à l'habitation ne peuvent pas être financés dans le cadre de la réglementation propre au crédit-bail. Le contrat de crédit-bail portant sur des immeubles est soumis, à peine d'inopposabilité aux tiers, aux règles de la publicité foncière. Ainsi, les opérations d'une durée supérieure à 12 ans doivent être publiées ⁽¹⁴⁹⁾. De même, les sociétés commerciales qui effectuent des opérations de crédit bail doivent tenir une publicité comptable sous la forme d'une mention à l'annexe de leur bilan (art 12 DL lib. 4 juillet 1972).

Sous-paragraphe 2 - Exécution du contrat

- 510 Contenu des obligations.** Le contenu des relations entre la société de crédit-bail immobilier et son client peut varier selon que le bien est la propriété de la société de crédit-bail ou d'une société civile immobilière ⁽¹⁵⁰⁾. Dans la première hypothèse, la société de crédit-bail s'engage envers son client à acheter l'immeuble ou à le faire construire et promet de le lui donner par la suite en crédit-bail. Son rôle dans ses opérations est alors limité au paiement du prix de vente ou du coût des travaux. Dans la deuxième hypothèse, la société de crédit – bail détient des parts dans une société civile immobilière laquelle va se charger de l'achat ou de la construction de l'immeuble. Une fois achevée, la société de crédit-bail accorde au crédit-preneur une option d'achat sur les parts qu'elle détient dans cette société. A l'issue de la période de location, le crédit - preneur peut lever l'option, demander le prolongement du bail ou restituer l'immeuble à la société civile. Comme en matière de crédit-bail mobilier ce contrat génère une promesse de bail et une option d'achat.

SOUS-SECTION 3 - CREDITS MOBILISABLES

Les crédits peuvent être mobilisables à moyen (Paragraphe 1) ou long (Paragraphe 2) terme.

Paragraphe 1 - Crédits à moyen terme mobilisables

- 511 Présentation.** Les conditions économiques prévalant en France à l'issue de la guerre ont mis les institutions spécialisées et les banques de crédit à moyen et long terme dans l'impossibilité de satisfaire aux besoins de crédits que suscitent la reconstruction et la modernisation du pays. Aussi, le financement a été assuré auprès des banques de dépôt par le biais de réescompte. L'utilisation du crédit s'est donc faite au moyen de la souscription par les clients de billets établis à l'ordre des banquiers qui « escomptaient » ces effets dits « effets primaires ». Par la suite, les banques utilisaient leur faculté de mobilisation en remettant les effets primaires endossés par le biais du réescompte au crédit foncier ou au crédit national. Ce même système a été repris par le code monétaire et financier (art. L 313-36 et s) organisant la mobilisation des avances à moyen terme qui ont donné lieu « à la signature, par l'emprunteur, de contrats fixant le montant des avances et les conditions de leur utilisation et de leur amortissement, ainsi que, le cas échéant, à la signature d'effets à échéances diverses ». Dans ce système, la banque qui désire mobiliser ses crédits crée un titre de mobilisation au profit de l'organisme mobilisateur. Ce titre de mobilisation encore appelée « billet global » doit indiquer le montant global des crédits dont la mobilisation est demandée. Ce titre représente les divers droits contre les débiteurs des créances mobilisées à la condition toutefois que « les contrats ou effets aient été mis à la disposition de l'organisme qui assure le réescompte conformément aux conventions intervenues entre les parties » (art. L 313-37).
- 512 Mécanisme.** Ces crédits sont accordés pour une période de deux à sept ans sur le marché interne ou sur le marché international des eurodevises (euro-crédit et euro-bonds). Ils sont accordés par des établissements de crédit mais également par l'Etat ou des organismes publics ou semi-publics spécialisés. Ils constituent

¹⁴⁹ Art 1-32 L lib. 1966 ; art 10 et 11 DL lib. 4 juillet 1972.

¹⁵⁰ En droit français, les articles L. 312-1s c. cons. délimitent le contenu des dispositions protectrices de l'emprunteur en matière immobilière.

des prêts et sont régis par les règles de droit commun du code civil. Ils peuvent être garantis par des sûretés personnelles ou réelles. En outre, une clause de subordination peut valablement y être insérée. On rappellera que par cette clause, le prêteur accepte de n'être remboursé, en cas d'insolvabilité de l'emprunteur, qu'après paiement des créanciers chirographaires ⁽¹⁵¹⁾.

Paragraphe 2 - Crédits à long terme mobilisables

- 513 Présentation.** Les articles L 515-13 et s c. monét. fin., évoquent la mobilisation des prêts garantis par une hypothèque de premier rang (art. L 515-13 et L 515-14). Il s'agit en contrepartie d'une cession des prêts aux sociétés de crédit foncier d'émettre des obligations foncières. La cession a lieu par la seule remise d'un bordereau au cessionnaire et il est précisé qu'elle « prend effet entre les parties, et devient opposable aux tiers, à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise ». La remise du bordereau entraîne de plein droit le transfert des accessoires des créances cédées et des sûretés garantissant chaque prêt, y compris les sûretés hypothécaires, ainsi que son opposabilité aux tiers, sans qu'il soit besoin d'autres formalités » (art. L 515-21).

Les obligations foncières bénéficient d'une grande sécurité en raison du privilège que leur reconnaît l'article L 515-19 c. monét. fin. Ce texte donne aux obligataires une primauté absolue même à l'égard de l'Etat. Ceux-ci sont dotés d'un véritable privilège (art. 2095 c. civ.). Les articles L 313-42 et s c. monét. fin., permettent également la mobilisation des prêts garantis par une hypothèque de premier rang: celle-ci est actuellement effectuée auprès de la Caisse de refinancement de l'habitat (ex, Caisse de refinancement hypothécaire) qui la finance par des émissions obligataires. Dans ce système, les banques peuvent souscrire des effets globaux pour représenter les crédits hypothécaires qu'elles ont consentis. L'organisme mobilisateur qui reçoit d'une banque un effet global de mobilisation peut demander que les créances à long terme garanties par des hypothèques et les effets primaires souscrits par les emprunteurs soient mis à sa disposition pour un montant égal à celui du billet de mobilisation. La banque conserve la garde des contrats et effets et se borne à établir sous un dossier ouvert au nom de l'organisme mobilisateur, une liste nominative des créances correspondantes avec l'indication tenue à jour de leur montant.

Selon l'article L 313-45 alinéa 1 c. monét. fin. : « *La mise à disposition au profit du porteur du billet à ordre de créance ou d'effets emporte, sans autre formalité, constitution de gage au profit des porteurs successifs* ». Il en résulte que ces titres deviennent ipso facto sans accomplissement des formalités de l'article 2075 c. civ. indisponibles entre les mains de l'établissement prêteur dans la mesure où les créances avec toutes leurs garanties sont constituées en gage au profit des porteurs successifs du billet de mobilisation ⁽¹⁵²⁾. En outre, il convient d'observer que les créances nanties sont fongibles. La banque doit effectuer le recouvrement des créances dont elle a gardé la disposition au fur et à mesure de l'exigibilité ou du remboursement des créances affectées à la garantie de l'organisme mobilisateur. Mais elle est tenue de remplacer les contrats et effets mis en recouvrement par un montant, égal en capital, d'autres titres de créances hypothécaires, qui sont substitués de plein droit aux anciens par voie de subrogation réelle ⁽¹⁵³⁾.

- 514 Droits du créancier gagiste.** A défaut de paiement à l'échéance du montant du

billet de mobilisation en capital et intérêts, le porteur obtient à sa demande, la remise de la liste nominative des créances et le cas échéant, des effets mis à sa disposition. Cette remise lui transfère sans autres formalités les créances et les garanties hypothécaires qui lui sont attachées. L'assiette du gage s'étend non seulement au droit de créance, mais à ses sûretés et accessoires, même si lesdites garanties sont établies par des actes séparés. En outre, il convient de signaler que l'opposabilité erga omnes (spécialement en cas de liquidation de biens ou de redressement judiciaire de la banque primaire) des droits conférés sur les créances hypothécaires au porteur (organe mobilisateur) est incontestable ⁽¹⁵⁴⁾.

SOUS-SECTION 4 - TITRISATION

- 515 Présentation.** La titrisation est définie par la loi n°705 du 9 décembre 2005 relative à la « *titrisation des actifs* » ⁽¹⁵⁵⁾ comme l'opération par laquelle, toute personne cède ses actifs [ou avoirs] ou créances à un

¹⁵¹ FAUGEROLAS, La subordination des créances, mélanges DERRUPE Litec Joly 1990 ; COURET, JCP E 1990, I-15713.

¹⁵² V. art. L 313-46 c. monét. fin.

¹⁵³ RIPERT et ROBLLOT, 439 n° 2121.

¹⁵⁴ GAVALDA et STOUFFLET, 258 n° 538 – 1.

¹⁵⁵ JO n°57 du 15 déc. 2005, 5940 et s.

fonds commun appelé, selon la terminologie anglosaxonne, le special purpose vehicle (SPV), dirigé par une société spécialisée, qui finance leur acquisition par l'émission de titres négociables, certificats de titrisation ou titres de créances ⁽¹⁵⁶⁾. Dès lors, la titrisation « mute » les créances ou actifs en valeurs mobilières ⁽¹⁵⁷⁾. Elle permet de transformer un ensemble de prêts en produits de créances cessibles à des investisseurs financiers et donc, de déplacer la charge et le risque des crédits consentis ⁽¹⁵⁸⁾.

Paragraphe 1 - Organes de la titrisation

La technique de la titrisation est organisée autour de trois opérateurs ayant chacun une fonction propre: le fonds commun des actifs, la société de gestion et la société dépositaire.

516 Fond commun des actifs. Qu'il soit laïc de type occidental ou religieux de type islamique ⁽¹⁵⁹⁾, le fonds commun, qui ne peut effectuer que des opérations de titrisation, est, suivant l'article 3 de la loi 705/2005, dénué de toute personnalité morale ⁽¹⁶⁰⁾ mais jouit néanmoins de certaines prérogatives. Il constitue « *un patrimoine financier d'affectation distinct et indépendant* » (art. 3 L 705/2006) qui, à ce titre, peut faire l'objet d'une liquidation ⁽¹⁶¹⁾. De même, le fonds est identifié par un nom et un domicile. Cela résulte de l'obligation de faire contenir le règlement du fonds des mentions « *minimales* » obligatoires dont: « *l'appellation du fonds, ainsi que les noms et adresses des constituant, directeur, [société de gestion] dépositaire et, le cas échéant, de l'intermédiaire financier* » (Art. 7§C-1 L 705/2005). Le fonds « naît » à l'initiative exclusive de la société de gestion, qui en fixe également le règlement ⁽¹⁶²⁾. Le fonds, son règlement et toute modification ultérieure devront faire l'objet d'un agrément préalable de la BDL. Ce faisant, la société propose aux futurs copropriétaires un règlement « clé en mains » auxquels ils sont libres d'y souscrire ou non. La souscription valant acceptation du règlement (art. 7§c L 705/2005). Néanmoins, la loi libanaise exige que le règlement contienne certaines mentions ⁽¹⁶³⁾.

517 Société de gestion. La société de gestion est un opérateur incontournable de la technique de titrisation. En effet, le fonds n'a pas de personnalité morale et ne dispose donc d'aucun organe propre lui permettant de s'exprimer ⁽¹⁶⁴⁾. Le fond sera géré par les banques, sociétés financières, les OPCVM et toute société spécialisée dans les opérations de titrisation. Leurs dirigeants doivent réunir en eux les mêmes conditions de technicité et d'honorabilité formulées s'agissant les banques et autres sociétés financières. La société de gestion a une double fonction: juridique et administrative. Elle représente le fonds à l'égard des tiers (art. 10 § 3 de la loi) et gère le fonds (art. 16). Cette double fonction étant exécutée dans les mêmes conditions qu'un « *mandataire salarié* » (art. 16).

518 Société dépositaire. La société dépositaire est le troisième pilier de l'opération de titrisation. Il peut s'agir d'une *banque, d'un établissement financier ou tout autre établissement* » (art. 8 loi 705/2005). La société tient le rôle de caissier et de contrôleur. Les actifs sont déposés à ses guichets (art. 18 al. 1 L 705/2005) et elle doit s'assurer que les opérations effectuées au profit du fonds ou de la société de gestion sont conformes aux lois et règlement du fonds. En outre, elle doit informer les porteurs des parts et la BDL de toute violation des textes et règlements (art. 19 L 705/2005).

¹⁵⁶ NAMMOUR, La loi libanaise sur la titrisation des actifs: convergences et divergences avec le droit français, RDBF mai-juin 2006, analyse 9.

¹⁵⁷ GOYET, Remarques sur la cession de créances au FCC, RJcom, juin 1990, 241s.

¹⁵⁸ HOVASSE, La titrisation, JCL Banque et crédit, fasc 2260 n° 1.

¹⁵⁹ L'article 1^{er} de la loi consacre expressément la notion de « *fonds islamique d'investissement* » spécialisé dans l'investissement des instruments financiers islamiques et autres instruments financiers dans les conditions de la charia islamiya. Ce fonds appelé « *fonds islamique de titrisation* » par l'article 44 de la loi est, sauf texte contraire, soumis aux dispositions de la loi n° 705/2005 et sous respect des principes qui gouvernent les opérations desdits fonds. Les règles applicables aux titres issus de la titrisation islamique émis ou négociés au Liban sont fixées par la BDL, art. 46 L 705/2005.

¹⁶⁰ L'application des règles relatives à l'indivision et aux sociétés en participation est également écartée s'agissant les FCA ; v. art. 4 dernier alinéa L 705/2005.

¹⁶¹ Art. 21 L 705/2006. Au contraire, l'article 10 § 1 de la loi 706/2005 relative aux OPCVM interdit formellement la possibilité d'une liquidation.

¹⁶² En pratique, l'association à ce projet de la société chargée de la gestion nous paraît opportun. V. RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, Droit bancaire, 657 n° 719.

¹⁶³ Par exemple, il doit décrire l'opération de titrisation projetée, si elle est restreinte ou non; la nature des avoirs susceptibles d'être cédés, la possibilité de garantie, la catégorie et caractéristiques des parts. Il doit déterminer le montant des parts émises et autres titres de créances; fixer les dates d'exigibilité et modalités de répartition des dividendes du fonds, etc.

¹⁶⁴ A ce propos, l'article 12 de la loi n° 705/2005 énonce clairement que « *le fonds ne peut effectuer aucun acte [activité] que par l'intermédiaire du directeur* » [société de gestion].

Paragraphe 2 - Contenu de la titrisation

La technique de la titrisation consiste en l'acquisition d'actifs payés par l'émission de titres négociables⁽¹⁶⁵⁾. Dès lors, elle repose sur le transfert au fonds commun de placement (FCP) en opérations de titrisation d'actifs et l'émission de titres représentatifs de ces actifs.

519 Cession d'actifs. La transmission des actifs au FCP peut être effectuée dans le cadre d'une cession d'actifs selon le contrat classique de cession des créances: une personne physique ou morale cède les actifs qu'elle détient sur sa clientèle au SPV. Celui-ci finance l'acquisition des actifs par l'émission de titres sur le marché financier. L'actif du SPV est constitué des avoirs ainsi acquis et de la trésorerie qu'ils génèrent, tandis que le passif comprend les valeurs mobilières représentatives de ces avoirs⁽¹⁶⁶⁾. La cession des créances non hypothécaires s'effectue par « *la seule signature par le constituant d'un bordereau faisant fonction de contrat* » (art. 23 L 705/2005). Ce bordereau énumérant les créances, sera remis respectivement à la société de gestion et à la société dépositaire qui devront le signer et en accuser sa réception. Pour son efficacité, le bordereau doit contenir certaines énonciations obligatoires relevées à l'article 24 de la loi. La cession est parfaite de plein droit entre les parties et à l'égard du débiteur et ses ayants-cause par la seule signature du bordereau, « *et ce sans besoin d'effectuer toute autre procédure et dans tous les cas, sans besoin de notifier, informer ou demander l'acceptation ou l'intervention du débiteur, de tout garant ou caution de la créance ou de toute autre personne* ». Le fonds se subrogeant de plein droit au lieu et place du constituant dès cette date⁽¹⁶⁷⁾. La remise du bordereau signé à la société de gestion emporte transfert définitif de la propriété des créances cédées au FCP (art. 23-al. 2 L 705/2005) ainsi que transfert à la société de gestion pour le compte du FCP des sûretés garantissant chacune d'elles (art. 26-al. 1 L 705/2005). L'effet translatif emporte les conséquences suivantes: 1- Les créances cédées cessent de figurer à l'actif du bilan du constituant (art. 23 al. 3). Toutefois, la cession peut être assortie d'un droit partiel ou total de recours [ou de retour] contre le constituant (auquel cas le constituant doit faire figurer ce droit dans ses bilans) ou d'une garantie de solvabilité. En l'absence de texte, une telle garantie du constituant ne sera pas exigible (art. 27 L 705/2005). 2- Le constituant se trouve dessaisi des créances de sorte qu'il ne peut plus changer ou modifier leurs conditions tant s'agissant le principal que les sûretés. 3- La relation cédant-cédé est transposée dans tous ses droits et obligations à la relation cédé/cessionnaire. A l'égard des tiers, la cession produit tous ses effets à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise (art. 26 al. 2 L 705/2005). Plus particulièrement, les créanciers du débiteur cédé ne pourront plus se prévaloir d'aucun droit sur les créances dans la mesure où elles sont sorties du patrimoine de leur débiteur à la date de la remise du bordereau. En outre, les débiteurs du cédé ne pourront plus se libérer entre les mains du constituant cédant.

520 Créances hypothécaires. La cession des créances hypothécaires est régie par les articles 3 et suivants de la loi n°705/2005. Par dérogation aux règles de droit commun impliquant en matière immobilière l'inscription du transfert de propriété auprès du registre foncier sous peine d'inexistence même entre les parties⁽¹⁶⁸⁾, l'article 31 de la loi n° 705/2005 admet la titrisation des créances hypothécaires et rend valable leur cession par simple bordereau. Cette disposition facilite la mobilisation des créances hypothécaires; le créancier peut ainsi, en cas de besoin de liquidité pendant la durée des crédits hypothécaires, se refinancer en cédant la créance et la garantie hypothécaire qui en assure le remboursement⁽¹⁶⁹⁾. Toutefois, le bordereau dûment signé par le constituant, la société de gestion et la société dépositaire, doit être notifié au directeur du registre foncier dans le ressort duquel se trouve le bien-fonds hypothéqué. A la réception du bordereau, le directeur du registre foncier procède à l'enregistrement de l'hypothèque au profit du fonds et ce, même en présence d'une saisie-conservatoire (art. 34 L 705/2005). On observera que le défaut d'inscrire la transmission de l'hypothèque auprès du registre foncier n'affecte nullement la validité de la cession des créances pour faute des parties et n'empêche pas l'application des dispositions de la loi 705/2005 (art. 37 al. 2). Entre les parties, la transmission parfaite de l'hypothèque visée dans le bordereau ainsi que la production de tous ses effets ont lieu dès l'instant de son enregistrement auprès du registre foncier (art. 35 L. 705/2005). La cession emporte transfert de toutes les sûretés de la créance (art. 26 par renvoi de l'article 36 L. 705/2005) ainsi que de tout droit ou privilège (art. 38 L. 705/2005) et garantie du constituant. Ces

¹⁶⁵ Par titres, nous entendons au sens large les parts, titres de créances et certificats de titrisation.

¹⁶⁶ THIEFFRY et WALSH, Titrisation: Les nouvelles opportunités offertes par l'UEM, Banque et Droit 1997, n° 56, nov.-déc. ,8ets.

¹⁶⁷ Art. 26 al 2. A défaut de texte, cette règle ne doit pas être considérée comme étant d'ordre public. Les parties seront en mesure de changer la date de prise d'effets de la cession. En ce sens: HOVASSE, art. préc. n° 72.

¹⁶⁸ V. art. 393 c. oblig. c. et art. 11 de l'arrêt n° 188 du 15 mars 1926 relatif à « *La création du registre foncier* ».

¹⁶⁹ CABRILLAC et MOULY, Droit des sûretés, n° 777, 649.

garanties supplémentaires sont expressément considérées d'ordre public par l'article 36 de la loi. A l'égard des tiers, l'article 37 alinéa 1 est manifeste de clarté: « *La cession de créances hypothécaires dans le cadre d'une opération de titrisation conforme à la présente loi, est réputée opposable à l'égard des tiers sans besoin d'aucune formalité supplémentaire* ».

521 Transfert fiduciaire. La transmission des actifs au FCP peut se réaliser dans le cadre d'un transfert fiduciaire. L'arrêté n° 8898/2004 définit la titrisation fiduciaire comme étant une opération financière par laquelle le fiduciaire met ses avoirs fiduciaires à la disposition du fiduciaire afin que ce dernier émette des instruments financiers. Contrairement à la cession d'actifs qualifiée de contrat de vente, emportant transfert définitif de tous les attributs de la propriété, le transfert fiduciaire implique un transfert momentané des seuls droits de gérer et de disposer ⁽¹⁷⁰⁾. Néanmoins, le fiduciaire jouit inéluctablement d'un droit subjectif né du contrat de fiducie, droit réel ou droit personnel selon les cas. Ce droit subjectif n'est ni diminué, ni démembré et s'il s'agit d'un droit de propriété, on peut affirmer que le fiduciaire est pleinement propriétaire ⁽¹⁷¹⁾. En revanche, l'exercice de ce droit trouve sa limite dans les pouvoirs que le contrat fiduciaire a accordé au fiduciaire. Comme le relève un auteur ⁽¹⁷²⁾, la finalité imposée par l'acte n'affecte pas la nature du droit subjectif transmis: la banque peut être propriétaire des actifs fiduciaires sans pour autant avoir le pouvoir d'en disposer. D'ailleurs, si le fiduciaire, nonobstant l'interdiction qui lui en est faite dispose des biens, la cession produira ses effets et les droits seront transmis à l'acquéreur. Néanmoins, alors que le fiduciaire a droit à la restitution en nature des actifs fiduciaires, les porteurs des parts ne sont créanciers que des sommes d'argent correspondant aux bénéfices et au rachat des parts lorsqu'ils veulent quitter le fonds ⁽¹⁷³⁾.

522 Actifs transmis. Selon l'article premier de la loi n° 705/2005, les fonds titrisables sont constitués par les « *actifs* » [ou avoirs]. Ceux-ci sont définis comme étant « *tout bien corporel ou incorporel, meuble ou immeuble, faisant partie du patrimoine du constituant dont les créances qui lui sont dûes* ». A son tour, la notion de créance est définie par le même article comme étant « *toutes créances sous toutes formes dûes au constituant à charge des personnes physiques ou morales* ». La généralité des termes employés par le législateur libanais ne laisse aucun doute: celui-ci pose un principe général de titrisation de tous les actifs et de toutes les créances. Certes, les créances déjà nées pourront être cédées mais également les créances futures. Encore faut-il que ces créances soient identifiées ou à tout le moins identifiables. De même, la titrisation semble ouverte tant aux créances résultant d'opérations de crédit – créances non échues – qu'à celles qui ne résultent pas de telles opérations – créances échues. Egalement, la titrisation sera possible peu importe que les créances acquises soient de même nature, douteuses, litigieuses ou immobilisées.

523 Titres émis par le fonds commun des actifs. L'émission des titres, parts ou certificats de titrisation, représentatifs des actifs vient rétribuer la cession des actifs. La loi n°705/2005 ne fixe pas de montant minimum aux parts ⁽¹⁷⁴⁾ mais exige l'agrément de la BDL. La souscription des parts d'un FCA doit être précédé de la remise d'un prospectus soumis au contrôle préalable de la BDL (art. 39 L. 705/2005). Ce contrat, conclu entre la société de gestion et chacun des souscripteurs est un contrat consensuel qui, dans son exécution, empruntera aux techniques de souscription au capital des sociétés. Les parts peuvent être nominatives ou au porteur (art. 4 al. 3 L. 705/2005). De même, le fonds peut émettre des certificats de titrisation, les titulaires de tels certificats sont réputés être porteurs des parts représentées par ces certificats (art. 4 L. 705/2005). En plus ou au lieu et place des parts, le fonds peut émettre des titres de créance adossés en tout ou partie au patrimoine du fonds. La portion de patrimoine concernée jouira alors d'un droit de « *gage général* » ou d'une « *exclusivité* » au profit des porteurs de ces titres sauf si le règlement a retenu des catégories, privilèges ou priorités au sein des titres (art. 5 L. 705/2005). Ces titres peuvent être nominatifs ou au porteur, avec ou sans bons. De même, ils peuvent être greffés d'intérêts payables à dates déterminées ou préalablement défalqués (art. 5 alinéa 2 L. 705/2005).

Quelle que soit la nature du support-papier constatant les actifs cédés, les porteurs de ces actifs ont des droits pécuniaires. Ceux-ci peuvent être identiques ou différents (art. 13 L. 705/2005). Plus

¹⁷⁰ DIAB, et BOUSTANY, La titrisation des actifs, éd. Bruylant, Delta, LGDJ 2003, 284.

¹⁷¹ En ce sens, WITZ, Appréciation de la législation libanaise sur des opérations fiduciaires in Feduciary opération, publ. BDL 1997, 411ets, 163 ; KRIEPS, La fiducie bancaire en droit luxembourgeois, in La fiducie ou du trust dans les droits occidentaux francophones, travaux du 3^e colloque de Luxembourg, mai 1989, Rev. jurid et polit. Ediena 1990, 156.

¹⁷² LUCAS, Les transferts temporaires de valeurs mobilières, pour une fiducie de valeurs mobilières, préf. LORVELLEC, Coll Bibl. dr. privé T 283, LGDJ 1997, 297 n° 575.

¹⁷³ THEVENOZ, La fiducie, Dr. suisse, Helbing et Lichtenhahn, Bâle 1995, 280.

¹⁷⁴ La BDL fixera ce minimum.

particulièrement, le fonds peut proposer des parts supportant les « *risques du non paiement de la créance* » (art. 14 L. 705/2005). La souscription à de telles parts ouvre la voie à une meilleure participation aux intérêts et produits financiers. La loi libanaise n'évoque pas la gestion de la répartition des actifs entre les porteurs des parts. Celle-ci doit être laissée à la volonté des parties. De même, les porteurs des parts bénéficient du droit d'action notamment, à l'encontre de la société de gestion (art. 10 § 5 L. 705/2005). Les parts, titres de créances et certificats de titrisation sont constitutifs de valeurs mobilières⁽¹⁷⁵⁾ qui pourront circuler⁽¹⁷⁶⁾. Plus particulièrement, les parts représentatives des créances peuvent faire l'objet de cession dans les termes du règlement (art. 4 alinéa 2 L. 705/2005). En revanche, les certificats de titrisation et les titres de créances seront négociables⁽¹⁷⁷⁾. Toutefois, les cessions des parts et des titres nominatifs ne sont valablement opposables à l'égard des tiers que si lesdites opérations sont inscrites dans un livre spécifique à ce genre d'opérations à peine de responsabilité des société de gestion et société dépositaire (art. 4 al. 3 et art. 5 al. dernier L. 705/2005). En principe, les parts sont librement transmissibles. Cependant, s'agissant des opérations de « *titrisation restreinte* », l'article 6 de la loi n'admet la cession qu'au profit des personnes relevées à l'article premier de la loi (banques, établissement financiers, établissements agréés par la BDL) sauf texte législatif ou réglementaire contraire.

SOUS-SECTION 5 - CREDITS AUX CONSOMMATEURS

La distribution du crédit met les établissements professionnels et spécialisés en relation avec des consommateurs non initiés dont la situation économique forcément désavantagée, les place dans une position de faiblesse. Nous évoquerons le crédit à la consommation (paragraphe 1) et le crédit immobilier (paragraphe 2).

Paragraphe 1 - Crédit à la consommation

- 524 Présentation.** Le crédit à la consommation a été refondu en France par la loi du 1^{er} juillet 2010 ayant transposé la directive 2008/48/CE du 23 avril 2008 relative au crédit à la consommation⁽¹⁷⁸⁾. Les dispositions du code de la consommation s'appliquent à toute opération de crédit, peu importe son support juridique: prêts sans affectation, crédits liés à des ventes, location-vente, etc. (art. L 311-1 c. cons.) à l'exception des quelques opérations de crédits expressément exclues par l'article L 311-3 c. cons. A ce propos, il convient d'observer que le prêt doit financer des besoins non professionnels (art. L 311-3 c. cons.) et la protection est limitée aux opérations d'un montant pouvant aller jusqu'à 75000 euros et les crédits d'une durée comprise entre un et trois mois.
- 525 Protection de l'emprunteur.** Les règles relatives au crédit de la consommation encadrent la publicité des crédits (art. L311-4 et L 311-5 c. cons.) et instaurent un formalisme nécessaire à la conclusion du contrat: le consommateur bénéficie d'une offre préalable au contrat (art. L 311-10 s c. cons.), l'emprunteur dispose d'un délai de rétractation de 14 jours (art. L 311-12 c. cons.), le prêteur se voit imposer de nouvelles obligations d'information (art. L 311-21 et s c. cons.), etc.
- 526 Crédit renouvelable.** Le crédit renouvelable accordé aux consommateurs régi par la loi française du 28 janvier 2005 est encore plus encadré en vertu de la loi du 1^{er} juillet 2010. L'article L. 311-6 nouv. c. cons. le définit comme une ouverture de crédit qui « *offre à son bénéficiaire la possibilité de disposer de façon fractionnée, aux dates de son choix, du montant du crédit consenti* ». En réalité, il s'agit d'une application du crédit *revolving* de type commercial dans le cadre d'un compte courant. Par ce contrat, la banque s'engage à mettre à la disposition du consommateur le crédit dont il a besoin à charge pour ce dernier de reconstituer le crédit par les versements effectués selon la périodicité convenue. En cas de défaillance de l'emprunteur, la banque dispose d'un délai de forclusion de deux ans pour exercer l'action en paiement (art. L. 311-37 c. cons.) lequel court à dater « *du dépassement non régularisé du montant total du crédit* » (art.

¹⁷⁵ RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, 659 n° 719 ; BONNEAU et DRUMMOND, 76 et s n° 85 et s.

¹⁷⁶ L'article 11§3 de la loi admet expressément que la société de gestion puisse signer les parts ou certificats de titrisation nominatifs ou au porteur « *par les moyens électroniques suivant la législation en cours* ».

¹⁷⁷ Art. 4 alinéa 2 et art. 5 dernier alinéa. Le législateur libanais utilise tantôt le terme de « négociabilité » tantôt le terme de « cession » des titres.

¹⁷⁸ V. MARTINON, HUGON, PICOT, LEGAIS, EDEL, RAMAHANDRIARIVELO, Vers un nouveau droit de la consommation, la réforme du droit de la consommation, RDBF sept.-oct. 2011, 25 à 31 ; LE BARS, ALBIGES, PECQUEUR, VOLLAIRE, DUNAUD, BERNARDA et LAGARDE, Vers un nouveau droit de la consommation, la réforme du droit du surendettement, RDBF, nov.-déc. 2011, 32 à 39.

L. 311-52 c. cons.). Le code prévoit différentes dispositions protectrices du consommateur. Ainsi le prêteur a une obligation d'information renforcée (art. L. 311-26 c. cons.), il doit s'assurer régulièrement de la solvabilité de l'emprunteur (art. L. 311-16 c. cons.), l'échéance doit porter sur un remboursement minimal du capital emprunté (art. L. 311-16 c. cons.) etc.

Paragraphe 2 - Crédit immobilier

- 527 Présentation.** Les articles 312 et s c. cons. consacrent dans le domaine immobilier différentes mesures protectrices de l'emprunteur en matière immobilière. Le champ d'application de ce texte a été profondément modifié par la loi du 1^{er} juillet 2010. Ainsi, il est désormais applicable aux crédits d'un montant supérieur à 75000 euros ayant pour objet le financement de l'acquisition en propriété ou en jouissance d'un immeuble, y compris lorsque ces opérations visent à permettre la réalisation de travaux de réparation, d'amélioration ou d'entretien du terrain ou de l'immeuble ainsi acquis (art. L 312-2 nouv. c. cons.).
- 528 Protection de l'emprunteur.** Comme pour le crédit à la consommation, l'emprunteur d'un crédit immobilier est protégé par l'encadrement de la conclusion du contrat. L'article L 312-4 souligne que la publicité doit mentionner l'identité du prêteur, la nature et l'objet du contrat de prêt ainsi que le coût total du crédit. L'emprunteur doit recevoir une offre de prêt écrite et gratuite par voie postale qui doit impérativement comprendre les mentions énumérées à l'article L. 312-8 c. cons. L'offre de prêt doit être maintenue pendant un délai minimum de trente jours à compter de sa réception par l'emprunteur. L'acceptation ne peut être donnée que par lettre qu'après un délai de dix jours à compter de la réception de l'offre. En outre, l'article L. 312-12 du code précise que l'offre est toujours acceptée sous la condition résolutoire de non conclusion dans un délai de quatre mois à compter de l'acceptation du contrat pour lequel le prêt est demandé. Les articles L 312-21 et c. cons. précise les conditions dans lesquelles la banque peut percevoir une indemnité de remboursement anticipée et les mesures qu'elle peut envisager en cas de défaillance de l'emprunteur.

CHAPITRE 3 - CREDITS INTERNATIONAUX

529 Présentation. L'octroi de crédit en matière internationale a une très grande importance. Les impératifs même du commerce international exigent pour son développement des crédits et une certitude: des crédits à l'exportateur (vendeur, entrepreneur ou prestataire de services) destinés à financer la production et l'exportation des biens ou services et des crédits à l'importateur (acheteur ou maître d'ouvrage) destinés à financer le paiement du prix. En outre, le commerce international pré-suppose une certitude en raison de l'éloignement des contractants qui rend par ce fait plus lente et souvent plus onéreuse la réalisation du marché. Cette certitude à laquelle aspirent l'exportateur et l'importateur ne revêt pas le même aspect: pour l'un, il s'agit de s'assurer du paiement du prix; pour l'autre, il s'agit de recevoir une exécution conforme à la prestation demandée. Techniquement, les crédits internationaux sont accordés dans le cadre du commerce extérieur soit pour financer l'exportation (Section 1) soit pour financer l'importation (Section 2) notamment par le procédé du crédit documentaire.

SECTION 1 - CREDITS A L'EXPORTATION

La pratique distingue les crédits-fournisseurs (Sous-section 1) des crédits-acheteur (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 - CREDITS FOURNISSEUR

Les crédits – fournisseur permettent à l'exportateur d'obtenir immédiatement le paiement des créances commerciales qu'il détient sur des clients étrangers. Ils consistent en des crédits de préfinancement ou de mobilisation des créances nées sur l'acheteur étranger après livraison. Nous évoquerons aussi une pratique particulière de crédit à l'exportation qui est l'affacturage international.

530 Crédits de préfinancement. Par crédits de préfinancement, il faut entendre celui qui intervient non plus seulement au stade du paiement mais aussi dans le processus de production en raison des coûts élevés. Ces crédits peuvent être spécialisés, le concours financier sera alors ponctuel pour financer tel marché déterminé. Ils peuvent être *revolving*, dans ce cas, l'aide financière est accordée à des entreprises que leurs activités habituelles conduisent à conclure des contrats avec l'étranger. Il n'est pas alors nécessaire de présenter un marché particulier ou une commande ferme. Techniquement, le crédit se réalise par un découvert mobilisable. L'exportateur souscrit des billets à ordre à l'ordre de son banquier qui inscrit au compte courant de son client le crédit accordé. Le crédit sera réglé grâce aux fonds reçus par l'exportateur de l'importation lors de la livraison des biens soit par mobilisation des créances nées à cette occasion.

531 Crédits de mobilisation. La mobilisation auprès du banquier de l'exportateur se réalise par l'escompte des effets de commerce détenus par l'exportateur sur l'importateur représentant les créances de l'exportateur sur celui-ci. Dans cette hypothèse, l'acheteur paiera au banquier le montant de ces effets. Si l'acheteur ne règle pas le montant des effets, la banque pourra toujours se retourner contre son client l'exportateur, sauf forfaitage consistant en un « escompte sans recours d'effets commerciaux avalisés ou garantis par une banque du pays de l'importateur » ⁽¹⁾.

532 Affacturage international. L'affacturage international se déroule dans les mêmes termes que l'affacturage interne. Cependant, il met en relation quatre personnes selon le schéma suivant: l'exportateur libanais transmet sa créance à son factor au Liban. Mais comme ce dernier n'est pas en mesure d'apprécier la solvabilité de l'importateur, il va s'adresser à son tour à un factor du pays de celui-ci, lequel, appréciera la solvabilité du débiteur étranger sous sa responsabilité dans la mesure, notamment, où il va répondre à l'égard du factor de l'exportateur de la solvabilité de l'acheteur étranger. Ce mécanisme met en œuvre plusieurs rapports contractuels distincts les uns des autres: contrat de factoring entre l'exportateur et son factor national; contrat d'achat – vente entre l'exportateur et l'importateur; contrat de mandat entre le factor de l'exportateur et celui de l'importateur en vertu duquel ce dernier recouvre la créance transmise au premier par le fournisseur.

L'affacturage international est régi par la convention d'Ottawa du 28 mai 1988 ⁽²⁾. La convention définit l'affacturage comme l'opération par laquelle un fournisseur de biens ou de services, cède à une autre partie, l'entreprise de factoring (dite cessionnaire), les créances nées des contrats avec des clients ne visant pas un

¹ CHAREYRE, Le forfaitage, une alternative compétitive pour le financement des exportations, Banque n°476, oct. 1987, 911.

² Cette convention a été ratifiée par la France en vertu d'une loi n°91-641 du 10 juillet 1991.

usage principal d'ordre personnel, familial ou domestique. ⁽³⁾). La convention s'applique lorsque les créances cédées en vertu d'un contrat d'affacturage naissent d'un contrat de vente de marchandises (auxquels sont assimilés les services et leurs prestations : art 1-3^e de la convention) entre un fournisseur et un débiteur qui ont leur établissement dans des Etats différents et que soient ces Etats (ainsi que l'Etat où le cessionnaire a son établissement) sont parties à la convention, soit que le contrat de vente de marchandises et le contrat d'affacturage sont régis par la loi d'un Etat contractant (art. 2-1^{er} conv.). La convention se démarque sur la notification des dispositions internes. Comme nous l'avons vu, en matière interne, la notification au débiteur du transfert de créances est facultative. Au contraire, dans la convention d'Ottawa la notification qui doit être faite par écrit (art. 8-1^{er} conv.) est obligatoire (art. 1-2^e conv.), faute de quoi, le débiteur peut continuer à payer le fournisseur. C'est là une condition d'opposabilité du transfert des créances. En ce qui concerne les exceptions opposables par le débiteur au factor cessionnaire, le débiteur peut soulever contre le factor tous les moyens de défense qu'il aurait pu opposer contre son fournisseur (art. 9-1^e conv.) il reste à signaler que la soumission des parties à cette convention est facultative. Ainsi, elles peuvent valablement exclure son application au contrat d'affacturage international qui les lie. Cependant cette exclusion ne peut pas être partielle, elle ne peut que porter sur l'ensemble de la convention (art. 3-2^e conv.).

SOUS-SECTION 2 - CREDITS ACHETEUR

533 Ouverture de crédit. Le crédit – acheteur est accordé à un acheteur étranger afin de lui permettre de payer l'exportateur libanais. Il porte sur la totalité du montant de la créance de ce dernier. L'exportateur libanais ne supporte donc plus le risque financier de non-paiement par l'acheteur, transféré, désormais, à l'établissement du crédit prêteur. Le banquier de l'exportateur promet à l'importateur de lui accorder les crédits nécessaires sous la condition de conclure le contrat commercial. Cette promesse insérée dans le contrat de prêt conclu entre la banque et l'importateur ne pourra plus être révoquée que dans les termes dudit contrat ⁽⁴⁾.

En principe, le contrat de prêt est indépendant du contrat commercial en vertu de la clause dite « Isabel » ⁽⁵⁾. Néanmoins, cette indépendance souffre d'une certaine limite: d'une part, le banquier peut toujours se réserver le droit d'exiger un paiement anticipé en cas d'annulation, de résolution et d'inexécution du contrat commercial. D'autre part, l'ouverture de crédit ne se réalise pas par une avance directe et effective à l'importateur du crédit conservé mais par sa mise à disposition de l'exportateur. Le crédit ne peut donc se dénouer qu'après notification de l'exportateur.

534 Notification. Le banquier doit notifier l'ouverture de crédit à l'exportateur. Cette notification a un double emploi. Elle informe l'exportateur de l'existence et des conditions d'ouverture de crédit accordé à l'acheteur. Mais, surtout, elle constitue de la part de la banque un « engagement personnel, autonome et direct à l'égard du fournisseur » comparable à celui qui naît de l'ouverture d'un crédit documentaire ⁽⁶⁾ sauf limitation conventionnelle ⁽⁷⁾.

535 Mise à disposition et remboursement. En pratique, le déblocage du crédit est souvent subordonné à l'obligation mise à la charge du fournisseur de présenter à la banque certains documents attestant soit l'exécution pure et simple du contrat commercial soit l'état d'avancement dudit contrat. Le prêt devra être remboursé par l'importateur-acheteur au banquier. Ainsi jugé que l'acheteur est tenu de rembourser la somme prêtée mise sur son ordre à la disposition de l'exportateur, quelles que soient les difficultés d'exécution de la vente ou les défauts de la marchandise ⁽⁸⁾.

536 Lettre d'engagement. A la demande de la banque, le fournisseur souscrit une lettre d'engagement. Par cette lettre, indépendante des autres conventions, le fournisseur s'engage à verser à la banque le montant

³ DANNIZEAU, Convention d'Ottawa du 28 mai 1988 sur l'affacturage international, Banque 1991, 184.

⁴ v. sous la direction de BLOCH, Financements structurés, RDBF nov.-déc. 2010, dossier.

⁵ La clause dite « Isabel » est la suivante: « Les prêteurs étant absolument étrangers au contrat passé avec le fournisseur, l'emprunteur ne pourra se soustraire aux obligations qu'il a souscrites aux termes de la présente ouverture de crédit en opposant aux prêteurs des réclamations ou exceptions, quelles qu'elles soient, tirées dudit contrat notamment de son exécution, ou de quelque autre rapport qui le lierait au fournisseur ».

⁶ RIPERT et ROBLOT, 448 n° 2425; RIVES LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, 698 n° 751.

⁷ Ainsi la banque peut se réserver le droit de ne pas avancer le crédit au fournisseur en cas de faillite de l'acheteur, d'inexécution du contrat commercial, etc.

⁸ Paris 3 nov. 1989 RDBB 1990, 21 note BLOUH ; D. 1991, somm. 226 obs. VASSEUR; BORDEAUX 12 nov. 1992, JCP E 1993, I-243, n 35 ; JCP E 1994, I-332 Chr BOURDEAUX et JANIN.

des indemnités dont il serait reconnu débiteur à l'égard de l'acheteur du fait de la mauvaise exécution du contrat commercial. Il en résulte que la banque pourra revenir cumulativement sur l'importateur et l'exportateur: l'un, en remboursement du prêt et l'autre, en paiement des indemnités.

- 537 Crédit-bail international.** Le crédit-bail international encore appelé location financière internationale ⁽⁹⁾ est un moyen de financement à moyen ou long terme dont la fonction ne se limite pas nécessairement à financer des exportations. Ainsi en est-il, par exemple, de l'hypothèse où le vendeur du bien loué et le locataire sont étrangers alors que la société de crédit-bail est libanaise, on conviendra ici qu'il n'est pas question du côté libanais d'un crédit à l'exportation ⁽¹⁰⁾. Le crédit-bail international se démarque du crédit bail interne sur certains points. Par exemple, l'option d'achat n'est pas un élément constitutif de la notion du crédit-bail international; l'article 1-3^e de la convention prévoit pour son application « *que le crédit preneur ait ou qu'il n'ait pas à l'origine ou par la suite, la faculté d'acheter le matériel ou de le louer à nouveau, même pour un prix ou un loyer symbolique* ». De même, l'article 81a) de la convention libère le crédit – bailleur de toute responsabilité liée au matériel à l'égard du crédit – preneur alors qu'en matière interne, le crédit – bailleur garantit les vices cachés de la chose louée sous réserve des clauses de non recours sauf si le crédit – bailleur a participé dans le choix du matériel défectueux.
- 538 Convention d'Ottawa.** Lorsque les parties concluent un crédit-bail international, elles peuvent décider de soumettre leurs rapports à la convention sur le crédit-bail international signée à Ottawa le 28 mai 1988 ⁽¹¹⁾. La convention d'Ottawa qui ne couvre pas le crédit-bail immobilier international, vise les meubles destinés strictement à un usage professionnel: biens d'équipement, matériel ou outillage (art. 1-1^e conv.) et certains biens meubles immatriculés: aéronefs, navires, etc. Elle s'applique dès lors que le crédit-bailleur et le crédit preneur ont leur établissement dans des Etats différents et que, soit ces Etats ainsi que l'Etat dans lequel le fournisseur a lui même son établissement ont ratifié la convention soit que le contrat de vente et le contrat de crédit-bail sont régis par la loi d'un Etat contractant (art. 3-1^e conv.). L'établissement susvisé n'est cependant pas obligatoirement l'établissement principal: c'est celui qui, dans la conclusion et pour l'exécution du contrat discuté, location ou achat, a la « relation la plus étroite » avec lui « eu égard aux circonstances connues des parties ou envisagées par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion de ce contrat » (art. 3-2 conv.). Cette convention présente cependant un caractère facultatif pour ces parties qui peuvent exclure son application, en tout ou en partie (art. 5).

SECTION 2 - CREDITS A L'IMPORTATION

Nous évoquerons la lettre de crédit standby (Sous-section 1) et le crédit documentaire (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 - LETTRE DE CREDIT STANDBY

- 539 Présentation.** La pratique de la lettre de crédit standby est née de l'interdiction générale faite aux banques américaines d'émettre des cautionnements sauf pour les opérations dans lesquelles elles ont un intérêt direct. Le principe « no-guaranty » interdit aux banques américaines de se porter caution des obligations d'un tiers. L'émission de sûretés accessoires (« suretyship », « guarantees ») est traditionnellement réservée aux compagnies d'assurances. Les cautionnements ainsi émis par les banques américaines sont nuls car ultra vires. Pour contourner cette défense, les banquiers américains ont pris l'habitude de garantir leurs clients en émettant des lettres de crédit irrévocables pour les opérations commerciales mais plus encore pour des opérations financières ⁽¹²⁾.
- 540 Nature juridique.** La lettre de crédit n'est pas un effet de commerce. Elle n'est pas non plus un cautionnement. Celui qui se porte caution est un débiteur accessoire alors que celui qui tire une lettre de crédit devient un débiteur principal. L'identité de nature juridique entre lettres de crédit standby, crédits

⁹ MAZET, La location financière internationale, Rev. jurisp. com. n° spécial févr. 1985, 42.

¹⁰ BONNEAU, 416 n° 629.

¹¹ Cette convention a été ratifiée par la France en vertu de la loi n°91-636 du 10 juillet 1991 ; SCHIITZ, La convention d'Ottawa sur le crédit-bail international, Cont. conc.-cons., mars 1996 chr. 3 ; BEGUIN, Une tentative d'équilibrage contractuel: la convention d'Ottawa sur le crédit-bail mobilier international, in Mélanges GHESTIN LGDJ 2001, 65.

¹² KOZOLCHYK, The financial letter of credit, RDAI/1995, 405.

documentaires et garanties sur demande est généralement admise par la communauté des juristes⁽¹³⁾. D'ailleurs, La codification des lettres de crédit a été incluse par la chambre de commerce internationale (CCI) dans les règles et usances en matière de crédit documentaire (RUU/UCP 500 et 600). Cette inclusion est due à leur similitude de forme qui fait que bon nombre de clauses des RUU 600 peuvent s'appliquer aux deux engagements. L'objectif de la CCI était de faire bénéficier les lettres de crédit standby d'un cadre et de règles établies, reconnus par tous et ainsi de les faire échapper à l'arbitraire et à l'absence de réglementation qui prévaut généralement en matière de garanties à première demande.

541 Techniques voisines. Néanmoins, il y a une grande différence entre l'objet d'un crédit documentaire et celui d'une lettre de crédit standby⁽¹⁴⁾. Le premier est un instrument de paiement d'une opération commerciale, et à ce titre les RUU traitent largement des problèmes relatifs au transport, aux documents d'expédition, de facturation et d'assurance des marchandises. La seconde est un instrument garantissant l'exécution d'une obligation de nature financière, commerciale ou autre, elle n'a pas vocation à jouer, sauf cas de défaillance. Aussi, certains articles des RUU 600 peuvent s'appliquer aux lettres de crédit standby, d'autres pas⁽¹⁵⁾. C'est pourquoi la CCI, en collaboration avec l'Institute of international banking law & practice inc., a édité en 1998 de nouvelles règles, spécifiques aux lettres de crédit standby: les International Standby Practices – ISP 98. Ces règles soulignent en préambule le fait que les lettres de crédit standby diffèrent des crédits documentaires en ce que l'on ne peut y recourir qu'en cas de défaut du donneur d'ordre, quelle que soit la nature de ce défaut: de performance, de remboursement, de paiement. Elles s'appliquent à toutes les lettres de crédit standby qui y font une référence expresse, cependant, leur application peut-être modifiée ou exclue contractuellement.

De même, les lettres de crédit standby et les garanties à première demande ont fait l'objet d'un traitement juridique commun par la commission des Nations Unies pour le droit commercial international⁽¹⁶⁾. Une convention internationale élaborée sous l'égide de la CNUDCI relative aux garanties indépendantes et aux lettres stand-by est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000 qui prévoit des règles matérielles et des règles de conflit de lois⁽¹⁷⁾.

En outre, cette technique doit être distinguée de l'accréditif qui est un moyen en vertu duquel la banque s'engage de mettre des fonds à la disposition d'un bénéficiaire sur une place commerciale déterminée, généralement auprès d'un correspondant ou d'une de ses agences.⁽¹⁸⁾ L'accréditif se distingue de la lettre de crédit en ce que la banque ne remet aucun titre à son client; le correspondant est informé directement. Il n'y a donc aucun risque de falsification ou de détournement. L'accréditif peut être accordé pour une somme déterminée et s'éteindre dès son épuisement. Il peut être permanent (ou revolving) et donc automatiquement se renouveler pour la même somme et la même période⁽¹⁹⁾.

Nous évoquerons rapidement le mécanisme (Paragraphe 1) et l'émission (Paragraphe 2) de la lettre de crédit standby.

Paragraphe 1 - Mécanisme

542 Description. La lettre de crédit standby est un engagement irrévocable, ferme, unilatéral et écrit, pris par une personne, l'émetteur, généralement un établissement de crédit, de payer sur instruction d'un autre, le donneur d'ordre, une somme déterminée, au bénéficiaire, contre présentation de celui-ci des documents mentionnés dans la lettre de crédit, dans les délais impartis. Les documents peuvent être constitués d'une simple déclaration du bénéficiaire selon laquelle le donneur d'ordre n'a pas rempli ses obligations ou être complétés par d'autres documents plus spécifiques. La banque se borne à vérifier la conformité apparente des documents présentés par rapport à ceux requis aux termes de l'acte. Les lettres de crédit standby sont

¹³ M. CABRILLAC MOULY, S. PETEL, et S. CABRILLAC. Droit des sûretés, Litec 2010, 344 n°465 qui après avoir défini la garantie à première demande, soulignent: « Cette définition englobe les diverses dénominations de la garantie indépendante: garantie à première demande, garantie autonomie, garantie abstraite, lettre de garantie ou lettre de crédit standby, garantie bancaire, etc. ».

¹⁴ M. CABRILLAC, MOULY, S. PETEL et S. CABRILLAC, 352 n°480 ; KLEIN-CORNEDE, La pratique des garanties bancaires dans les contrats internationaux AFB diffusion 1999.

¹⁵ JASINSKI, Crédit documentaire, application aux lettres de crédit stand-by des règles et usances, banque 1988, n°488 ; Puech, Les différentes fonctions du crédit documentaire selon les nouvelles règles et usances 1983, Rjcom. 1985 n° spécial (Les opérations internationales de banques), 18 et s., spéc. 25 et 26.

¹⁶ V° le rapport de la CNUDCI, Lettres de crédit stand by et garanties. Doc A-CN 9-301, 21 mars 1988, n° 24-35.

¹⁷ STOUFFLET, La convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, RDBF, juillet-août 1995, 132 ; MATTOU, RDBF janv.-févr. 2000, 20.

¹⁸ La notion d'accréditif se limiterait à la seule hypothèse où la lettre de crédit est transmise par une banque autre que la banque émettrice ; BONNEAU, 430 n° 650.

¹⁹ GAVALDA et STOUFFLET, 379 n° 729.

pratiquement toujours assorties d'une date d'expiration. Si elles ne font pas l'objet d'une demande de paiement ou d'une prorogation avant cette date elles tombent automatiquement à leur échéance. Certaines lettres de crédit standby spécifiques destinées à couvrir les obligations de réassurance assumées par des compagnies d'assurance françaises à l'égard de leurs consœurs américaines, font état d'une date d'échéance. Cependant, elles comportent aussi une clause "evergreen". Dans cette clause, assimilable à une tacite reconduction, la banque émettrice stipule que son engagement sera automatiquement renouvelé pour une nouvelle période d'un an sauf si dans un délai variant selon les cas entre 30 et 60 jours avant échéance, la banque notifie son intention de ne pas reconduire l'engagement. L'émetteur s'engage à payer à première demande sans pouvoir se soustraire à son engagement et ce, quels que soient les événements qui affectent ses relations avec le donneur d'ordre auquel il s'est substitué, ainsi que les relations de ce dernier avec le bénéficiaire ⁽²⁰⁾.

Paragraphe 2 - Emission

- 543 Emission directe.** La lettre de crédit standby peut être émise directement par une banque libanaise vis-à-vis du bénéficiaire étranger. La validité et le paiement sont stipulés aux caisses de la banque émettrice. En cas d'appel, le bénéficiaire devra faire parvenir les documents requis à la banque avant l'échéance fixée. Si les documents sont conformes, la banque règle le montant de l'appel par le débit du compte du donneur d'ordre. En cas de documents non conformes, elle ne paye pas et tient les documents à la disposition du bénéficiaire ou lui en fait retour.
- 544 Emission notifiée par une banque locale.** La banque libanaise peut utiliser l'un de ses correspondants à l'étranger pour qu'il notifie, sans engagement ni responsabilité de sa part, la lettre de crédit standby au bénéficiaire, après authentification du message de transmission. Deux cas doivent être distingués:
- 1 - *La validité et le paiement de la lettre de crédit standby sont stipulés aux caisses de la banque émettrice.* Le bénéficiaire adresse ses documents à la banque notificatrice, qui les vérifie, sans engagement, et les fait suivre à la banque émettrice pour paiement. Si les documents sont reconnus conformes, la banque émettrice effectue le paiement chez la banque notificatrice en faveur du bénéficiaire. En cas de non-conformité, elle avise la banque notificatrice qu'elle tient les documents à sa disposition ou lui en fait retour.
 - 2 - *La validité et le paiement de la lettre de crédit standby sont stipulés aux caisses de la banque notificatrice.* Dès l'ouverture de la lettre de crédit standby par la banque émettrice, celle-ci donne à la banque notificatrice une autorisation de débit en compte ou lui indique une banque de remboursement et cela du fait que la lettre de crédit stand-by est rendue payable aux caisses de la banque notificatrice. Le bénéficiaire lui adresse les documents avant l'échéance. Si les documents ne sont pas conformes, la banque notificatrice demandera un accord préalable de paiement à la banque émettrice ou effectuera un paiement sous réserve au bénéficiaire, puis elle adressera les documents à la banque émettrice qui débitera le compte du donneur d'ordre.
- 545 Emission confirmée par une banque locale.** La banque émettrice adresse la lettre de crédit standby à un correspondant local en lui demandant d'y ajouter sa confirmation. La validité et le paiement sont stipulés aux caisses de la banque confirmatrice, à qui la banque émettrice donne autorisation de débit en compte ou indique une banque de remboursement. Si les documents sont reconnus conformes par la banque notificatrice, que le compte de la banque émettrice est approvisionné ou que l'appel de fonds à la banque tierce est honoré, la banque notificatrice règle le bénéficiaire et fait suivre les documents à la banque émettrice qui à son tour débite le compte du donneur d'ordre. En cas de remise de documents conformes par le bénéficiaire, la banque confirmatrice paiera obligatoirement celui-ci, qu'il existe ou non la provision au compte de la banque émettrice, ou que l'appel de fonds soit ou non honoré, à charge pour la banque confirmatrice d'obtenir ensuite la couverture par la banque émettrice. En revanche, en cas de non-conformité des documents du bénéficiaire, la banque confirmatrice sera tenue d'obtenir l'accord de paiement de la banque émettrice ou d'effectuer un règlement sous réserves au bénéficiaire.

SOUS-SECTION 2 - CREDIT DOCUMENTAIRE

- 546 Intérêt.** Le crédit documentaire est l'opération par laquelle une banque (appelée banque émettrice ou banque apéritrice) s'engage à la demande d'un acheteur (appelé donneur d'ordre ou ordonnateur) de payer

²⁰ BONToux, Les garanties bancaires dans le commerce international, Banque 1982, 172.

le vendeur (appelé bénéficiaire), ou d'accepter une lettre de change, contre remise de documents préalablement déterminés ⁽²¹⁾. De cette manière, la banque obtient garantie non pas sur les marchandises mais sur les documents qu'ils représentent (factures, connaissance, police d'assurance, etc.). La sûreté résultera de la remise des documents ⁽²²⁾. En effet, le créancier est réputé avoir les marchandises en sa possession si avant qu'elles soient arrivées il en est saisi par un connaissance. Ces documents sont parfaitement adaptés à une telle fonction de par leurs caractéristiques essentielles: ils confèrent à leur porteur des droits sur les marchandises qu'ils représentent; ils sont aisément transmissibles, surtout s'ils sont rédigés au porteur ou à ordre. C'est à partir de cette notion de représentation des marchandises par les documents que s'est développée la technique des crédits documentaires.

Face à l'engouement porté aux crédits documentaires, la CCI a travaillé sur l'uniformisation des règles en matière de ce genre de crédit jusqu'à établir en 1933 un code sur les « Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires » (RUU) périodiquement révisées, la dernière révision datant de 2006 ⁽²³⁾. Les RUU n'ont que la valeur d'un usage de commerce par application de l'article 4 c. com. lib. ⁽²⁴⁾. Par conséquent, elles ne sont applicables que dans la mesure où les parties s'y sont référées ou du moins n'y ont pas expressément dérogé par leur convention, qui demeure libre. En outre, lorsque les parties, dans la convention d'ouverture de crédit, renvoit à l'application des RUU, on ne saurait y appliquer de ces règles au delà de ce qui a été expressément convenu ⁽²⁵⁾.

Nous évoquerons, tour à tour, l'ouverture du crédit (Paragraphe 1), sa réalisation (Paragraphe 2), et sa circulation (Paragraphe 3).

Paragraphe 1 - Ouverture du crédit

L'ouverture du crédit se réalise par la conclusion d'une clause de règlement par crédit documentaire (Sous-paragraphe 1) accompagnée d'une convention entre l'acheteur et la banque (Sous-paragraphe 2) l'engageant envers le bénéficiaire (Sous-paragraphe 3).

Sous-paragraphe 1 - Clause de règlement par crédit documentaire

- 547 Accord préalable.** L'ouverture du crédit documentaire suppose un accord préalable entre le vendeur et l'acheteur en vertu duquel ce dernier s'engage à désintéresser le vendeur par un tel moyen ⁽²⁶⁾. Cet accord préalable fixe les conditions du crédit documentaire à émettre: crédit irrévocable, révocable confirmé, date d'émission, durée de validité, documents à remettre, etc. Ce moyen de paiement peut être de par la volonté des parties un élément déterminant de la conclusion du contrat commercial de sorte que tant que le crédit n'est pas ouvert, le contrat commercial ne peut pas être valablement formé ⁽²⁷⁾. Dans d'autres cas, l'absence d'émission d'un crédit documentaire dans les conditions et délais conventionnels constitue une inexécution du contrat justifiant la résolution du contrat commercial ⁽²⁸⁾.

Sous-paragraphe 2 - Convention entre l'acheteur et la banque

- 548 Convention de crédit.** La banque a toute latitude pour refuser cette modalité de paiement. Si elle accepte, la convention prend la forme d'une ouverture de crédit et se distingue du compte courant ⁽²⁹⁾. Ces conventions peuvent valablement être négociées entre la banque et son client. Par conséquent, elles ne constituent pas des contrats d'adhésion ⁽³⁰⁾.

- 549 Instructions de l'acheteur.** La demande de l'ouverture du crédit doit se faire suivant les termes de la

²¹ Mont-Liban 24 avr. 1991, Grds arrêts Abou Eid vol. 9, 14.

²² Sur le danger des conditions non documentaires insérées dans la lettre de crédit, v. BACCAR, Le danger des conditions non documentaires dans la lettre de crédit commerciale, RDBF nov.-déc. 2009, étude 36.

²³ RUU 500 en 1993 et RUU 600 en 2006 en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2007.

²⁴ Cass. civ. lib. 4 avr. 1968, Rev. jud. lib. 1968, 1145 ; Rec. Chamsédine, Droit commercial 1985, 201.

²⁵ Cass. com. 1^{er} déc. 1998, obs. GUILLOT, Banque n° 601 mars 1999, 74.

²⁶ BACCAR, La clause d'ouverture du crédit documentaire: une clause sensible, RDBF nov.-déc. 2008, étude 28 ; MATHEY, STOUFFLET, BACCAR, DOISE et CAPRIOLI, Le crédit documentaire en 2008, RDBF janv.-févr. 2008, Dossier, 57ets.

²⁷ Cass. com. 16 avr. 1991 D. 1992, somm. 303 obs. VASSEUR; JCP G 1992, II, 21871 note GAIN; RTDcom. 1992, 844 obs. CABRILLAC et TEYSSIE.

²⁸ Paris 9 avr. 1991 D. 1992 somm. 303 obs. VASSEUR.

²⁹ Beyrouth 7 févr. 2002, Al Adl 2002, 349 et s ; 20 févr. 1997, Rev. jud. lib. 1997, 58.

³⁰ Beyrouth Trib. 1^{re} inst. 11 mars 1997, Al Adl 1997 n° 3/4, 74). La convention de crédit est constitutive d'un mandat : Trib. 1^{er} inst. Beyrouth 30 juin 1994, Rec. Zein, vol. 10, 294 n° 12 ; JU 7 oct. 1993, Grds arrêts Aboueid vol. 10, 41.

promesse faite à l'exportateur ⁽³¹⁾. A défaut, ce dernier pourra la refuser. Elle constituera alors un manquement à l'obligation de l'acheteur ⁽³²⁾. Le vendeur sera en droit de demander la résolution judiciaire du contrat avec dommages-intérêts, sauf à prouver le cas fortuit ⁽³³⁾. Dans la mesure où la lettre de crédit, une fois établie, lie toutes les parties, donneur d'ordre, bénéficiaire et banque, la révision des instructions dans le crédit documentaire qu'il s'agisse de modification ou d'annulation doit, au préalable, obtenir le consentement clair et expresse de toutes les parties en cause ⁽³⁴⁾.

550 Obligations du banquier. Le banquier qui accepte d'accorder un crédit documentaire, doit l'émettre dans les termes des instructions qui lui ont été données par l'acheteur ⁽³⁵⁾ notamment dans les délais fixés ⁽³⁶⁾. Il lui incombe dès lors une obligation de vérification ⁽³⁷⁾. La banque doit ouvrir le crédit en mentionnant le nom exact du bénéficiaire et le prix exact des marchandises vendues à peine de responsabilité. A défaut, la banque devra réparer le préjudice subi par le vendeur notamment du fait de l'inexécution de l'opération de vente ⁽³⁸⁾. La banque ne peut nullement imposer au vendeur une condition supplémentaire qui n'existe pas dans le contrat d'ouverture de crédit à peine de responsabilité ⁽³⁹⁾. En outre, la banque doit, chaque mois, informer la BDL de la position des crédits et polices documentaires selon un formulaire préétabli par la BDL ⁽⁴⁰⁾.

551 Obligations de l'acheteur. L'acheteur, donneur d'ordre, doit s'engager à l'égard de la banque de lever les documents et la rembourser. En principe, le remboursement a lieu dans la même devise prévue par les parties dans le contrat d'ouverture de crédit ⁽⁴¹⁾ sauf clause contraire. En outre, l'acheteur doit verser les diverses commissions: commission d'ouverture de crédit, commission de paiement ou d'acceptation et, le cas échéant, les intérêts sur les sommes avancées au bénéficiaire jusqu'à la date de remboursement par le client. En outre, il peut être requis du client d'ouvrir un compte bloqué ou de présenter certaines garanties.

Sous-paragraphe 3 - Engagement envers le bénéficiaire

552 Emission de la lettre de crédit. L'obligation mise à la charge de la banque d'émettre la lettre de crédit encore appelée accreditif prend naissance quand l'acheteur donneur d'ordre reçoit une lettre de crédit ⁽⁴²⁾. Cette lettre de crédit n'est pas un effet de commerce mais un « document bancaire » sous la forme d'une lettre missive. Elle est généralement établie sur un support papier mais rien n'interdit sa pratique par des procédés de télétransmission. Elle contient une description des éléments déterminants de la transaction commerciale. Suivant la dernière version RUU 600, un crédit ne peut désormais plus être révoquant, il ne peut être qu'irrévoquant. Par conséquent, le banquier se trouve tenu à l'égard du bénéficiaire d'un engagement direct et ferme jusqu'à l'échéance du crédit. Il ne peut l'annuler ou le modifier sans l'accord de toutes les parties en cause notamment, l'acheteur et le vendeur ⁽⁴³⁾.

553 Autonomie de l'engagement bancaire. L'engagement bancaire est complètement autonome et indépendant du contrat commercial de base qu'il garantit ⁽⁴⁴⁾. Le banquier demeure tenu d'exécuter l'engagement confirmé au tiers bénéficiaire même s'il est informé par le client donneur d'ordre que ce tiers n'exécute pas correctement les obligations du contrat en vertu duquel il a obtenu l'ouverture du crédit ⁽⁴⁵⁾. Jugé que le banquier doit payer une fois les documents contractuels présentés sans « *pouvoir apprécier si*

³¹ v. BACCAR, Crédits documentaires: la précision des instructions de l'importateur, solution à la menace d'insécurité, RDBF mai-juin 2010, étude 13.

³² Comp. trib. 1^{re} inst. Beyrouth 30 juin 1994, préc.

³³ Beyrouth 14 nov. 1970, Rec. Hatem, fasc. 112, 20.

³⁴ Art. 10 (c) RUU 600, v. BACCAR, La révision des instructions dans le crédit documentaire, RDBF janv.-févr. 2011, étude 1.

³⁵ Mont-Liban 23 avr. 1991, préc.

³⁶ Cass. com. 5 nov. 1991, JCP E 1992, pan. 81.

³⁷ Beyrouth 9 déc. 1965, Rec. Hatem fasc. 64, 73.

³⁸ Beyrouth 21 nov. 1996, Al Adl 1997, 45.

³⁹ Trib. 1^{re} inst. 17 févr. 1968, Rec. Hatem, fasc. 133, 35 ; Rec. Chamsédine, 1985, 200.

⁴⁰ Art. 2, arrêté 7144 du 30 octobre 1998.

⁴¹ Beyrouth 7 févr. 2002, arrêt préc. ; Beyrouth 23 juill. 1998, Al Adl 2000, 219.

⁴² Cass. com. 20 oct. 1953, S 1954, 1, 121 note LESCOT.

⁴³ Lorsque le crédit est révoquant, le banquier ne s'engage point à l'égard du vendeur; il se borne à l'informer de sa qualité de mandataire chargé par l'acheteur de payer les traites et que celles-ci peuvent être tirées sur lui. Cependant, le banquier n'est pas pour autant totalement exonéré; il doit justifier de l'exécution de son mandat.

⁴⁴ Trib. 1^{re} inst. Beyrouth 1^{er} févr. 1995, Rec. Zein vol. 10, 294 n° 10 ; 16 juin 1980, Al Adl 1981, 186 ; Al Adl 1987, 395 note ABOU EID ; ASSHA, L'autonomie de la convention d'ouverture de crédit confirmée en matière documentaire, Rev. jud. lib. 1955, 39.

⁴⁵ Cass. civ. 3 avr. 1978 RTDcom. 1979, 139 obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE.

l'inexécution de telle ou telle condition est susceptible de porter préjudice à l'acheteur »⁽⁴⁶⁾. Néanmoins, cette autonomie n'exonère pas le banquier de son obligation de se conformer aux conditions du contrat d'ouverture de crédit conclu avec l'acheteur⁽⁴⁷⁾. Ainsi, il doit vérifier la validité des documents nécessaires à l'existence même du droit⁽⁴⁸⁾.

554 Notification du crédit. La notification de la lettre de crédit est importante dans la mesure où les droits du bénéficiaire ne naissent pas de la convention conclue entre le donneur d'ordre et la banque émettrice⁽⁴⁹⁾ mais de la réception de la lettre de crédit. Cette notification est effectuée soit par la banque elle-même soit par son correspondant établi dans le pays du bénéficiaire. A ce propos, la banque tenant le rôle d'intermédiaire entre des contractants éloignés est tenue de faire preuve de diligence dans la transmission à leur destinataire des instructions d'ouverture de crédit documentaire ou tout éventuel amendement⁽⁵⁰⁾.

555 Confirmation. Le correspondant de la banque apéritrice peut être appelé à confirmer la lettre de crédit. L'article 313-1 c. com. lib. énonce: « *Quand un crédit bancaire a été affecté à des paiements en faveur d'un tiers et que ce crédit a été confirmé par la banque du bénéficiaire, il ne peut plus être révoqué ni modifié sans son consentement. La banque est directement et définitivement engagée envers lui pour les acceptations d'effets et les paiements en cause* ». Le bénéficiaire sera alors titulaire de deux actions directes et indépendantes: l'une, contre le banquier correspondante et l'autre, contre la banque apéritrice en sa qualité de mandataire⁽⁵¹⁾.

Paragraphe 2 - Réalisation du crédit documentaire

556 Paiement. La réalisation du crédit signifie le paiement effectué par la banque dans les termes du contrat d'ouverture de crédit. Si le donneur d'ordre n'a pas précisé la devise de paiement dans laquelle le crédit documentaire doit être ouvert, la banque est libre de payer dans la devise qu'elle entend, étant entendu que l'unité de compte peut être constatée des relations courantes et effectives entre la banque et son client⁽⁵²⁾. Le paiement est lié à la remise préalable des documents convenus dans le contrat d'ouverture de crédit et ne peut nullement la précéder⁽⁵³⁾.

Nous envisagerons les modes (Sous-paragraphe 1) et les conditions (Sous-paragraphe 2) de la réalisation du crédit. Ensuite, nous examinerons les questions du blocage et de la saisie du crédit (Sous-paragraphe 3).

Sous-paragraphe 1 - Modes de réalisation

557 Variantes. Parmi les modes de réalisation du crédit documentaire, les RUU distinguent selon que le crédit est réalisable par paiement à vue, paiement différé, par acceptation, ou par négociation. En cas de paiement à vue, le banquier règle contre remise des documents par n'importe quel mode (virement, chèque, lettre de change). Lorsque le crédit est à paiement différé, la banque s'engage à « payer ou de faire effectuer le paiement à la date ou aux dates déterminables conformément aux stipulations du crédit ». Cependant, si à la date d'échéance, une fraude est établie, il n'y a d'obligation pour la banque confirmante de payer et pas plus d'obligation pour la banque émettrice de la rembourser⁽⁵⁴⁾. Le crédit ne se réalise donc pas à la date d'échéance fixée du paiement⁽⁵⁵⁾ et cela même si la banque chargée de la réalisation a accordé au bénéficiaire une avance au moment de la présentation des documents. Cette avance ne réalise pas le crédit documentaire. Elle est inopposable à la banque émettrice qui se trouve libérée de le lui restituer⁽⁵⁶⁾.

La réalisation du crédit par acceptation suppose que la créance représentative du crédit soit matérialisée par un titre cambiaire notamment une lettre de change. Contre remise des documents, la banque accepte la

⁴⁶ Cass. civ. lib. 4 avr. 1968, Al Adl 1969, 482 n° 320 ; Rev. jud. lib. 1968, 1145.

⁴⁷ Cass. civ. lib. 4 avr. 1968, préc.

⁴⁸ Trib. 1^{re} inst. Beyrouth 16 juin 1980, préc.

⁴⁹ Cass. com. 20 oct. 1953, préc.

⁵⁰ BACCAR, La responsabilité du banquier lors de la transmission d'un accreditif, RDBF sept.-oct. 2010, étude 24. La notification ne fait naître aucun droit au bénéficiaire contre la banque qui l'informe jusque là de sa qualité de mandataire, Cass. com. 28 janv. 1992 D. 1992, somm. 304 obs. VASSEUR.

⁵¹ Cass. lib. 28 mars 1991, Rev. jud. lib. 1990/1991, 766 ; Beyrouth 18 avr. 1963, Al Mouhami 1963, 97.

⁵² Beyrouth 26 mai 1998, Al Adl 2000, 421.

⁵³ Beyrouth 19 avril 1994, Rev. jud. lib. 1994, 992.

⁵⁴ Cass. com. 7 avr. 1987, JCP E 1987, II-14973 obs. STOUFFLET ; Banque 1987, 625 obs. RIVES-LANGE ; D. 1987, J, 399, obs. VASSEUR. Dans le même sens, High Court, RDBF janv.-fév. 2000, 22 n° 19 obs. MATTOUT confirmée par Court of Appeal, 25 févr. 2000, RDBF n° 2 mars-avr. 2000, 84 n° 63 obs. MATTOUT.

⁵⁵ Cass. com. 7 avr. 1987 Banque n° 473 juin 1987, 625 obs. RIVES-LANGE ; JCP E 1987, II-14973 obs. STOUFFLET.

⁵⁶ Paris 3 févr. 1992 D. 1992, somm. 305 ; RTDcom. 1992, 432 obs. CABRILLAC et TEYSSIE.

lettre de change émise par le bénéficiaire sur l'émetteur ou le confirmateur. La lettre de change se substitue alors à la lettre de crédit et peut être escomptée auprès de n'importe quel autre banquier. Exceptionnellement, le paiement se fera par négociation. Le banquier négocie sans recours une ou plusieurs traites tirées à vue ou à terme par le bénéficiaire du crédit sur le donneur d'ordre.

Sous paragraphe 2 - Conditions de la réalisation

558 Vérification. Le banquier doit vérifier les documents qui lui sont remis pour s'assurer de leur conformité aux conditions de la lettre de crédit, sous peine de responsabilité⁽⁵⁷⁾. Cette obligation n'est pas facultative mais impérative⁽⁵⁸⁾. Cette vérification doit intervenir dans un délai de 5 jours ouvrés maximum (art. 14 b RUU 600). Cette nouvelle disposition revêt une portée pratique considérable. En effet, lorsque la banque constate que les documents qui lui sont présentés ne sont pas conformes en apparence aux conditions de l'accréditif, elle doit (i) notifier son refus au plus tard le cinquième jour ouvré suivant la réception des documents, (ii) indiquer dans son avis de refus toutes les irrégularités qui l'amènent à refuser les documents, et (iii) préciser si elle tient les documents à la disposition de celui qui les a présentés en attente de ses instructions, si elle les lui réexpédie, ou encore – et il s'agit là de deux nouvelles alternatives introduites par les RUU 600 – si elle les tient à disposition jusqu'à réception d'une renonciation du donneur d'ordre (que la banque accepte) à se prévaloir des irrégularités, etc, ou si elle agit en accord avec les instructions précédemment reçues de celui qui a présentés les documents (art. 16 c.). Or, si la banque ne respecte pas ces obligations, elle ne pourra plus faire valoir que les documents ne sont pas conformes avec les termes et conditions du crédit (art. 16 d et f).

559 Délai. Le crédit documentaire ne peut valablement se réaliser si les documents ne sont pas présentés dans le délai imparti dans la lettre de crédit⁽⁵⁹⁾. A défaut, la banque doit s'interdire de payer sauf autorisation du donneur d'ordre⁽⁶⁰⁾ ou acceptation du donneur d'ordre constatée par l'absence de toute opposition ou réserve à ce sujet⁽⁶¹⁾. Si le donneur d'ordre découvre avant l'échéance convenue, une fraude consistant en un défaut de sincérité des documents, il peut s'opposer au paiement par la banque émettrice ou confirmatrice⁽⁶²⁾. Si le contrat de vente conclu entre le vendeur et l'acheteur ne renferme aucune clause faisant obligation au vendeur de présenter les documents à la banque dans le délai de validité du crédit ouvert, il y a lieu de considérer que le vendeur doit présenter lesdits documents dans un bref délai. La vérification du banquier ne doit porter, sauf convention contraire, que sur la présence des documents et leur conformité aux spécifications de l'ouverture de crédit et aux RUU; mais il n'a pas à rechercher si les énonciations de ces documents sont conformes à la vérité, par exemple, quant à la qualité de la marchandise ou à la date de l'embarquement effectif⁽⁶³⁾. Il s'agit de contrôler la régularité formelle des documents,⁽⁶⁴⁾ « l'apparence de conformité ». La banque exerce un contrôle formel abstraction faite des intérêts des parties notamment du donneur d'ordre.

560 Rejet ou levée des documents. Après vérification des documents qui lui sont remis, la banque décide de lever ou de refuser les documents. La remise de documents inexacts justifie le refus du banquier de payer ou d'accepter. Si malgré la fraude, la banque paie, elle commet une faute dont elle devra répondre, toute clause de non responsabilité étant nulle et non avenue⁽⁶⁵⁾. Au contraire, si les documents sont exacts, elle devra les lever sous peine de responsabilité. Si des irrégularités sont avérées, elle doit les faire connaître au bénéficiaire. La banque ne peut opposer au tiers ni les instructions nouvelles reçues du client donneur d'ordre ni les exceptions résultant de ses rapports avec ce client⁽⁶⁶⁾. Néanmoins, la jurisprudence permet au bénéficiaire ou au remettant de régulariser les documents à condition qu'une telle régularisation intervienne avant la date d'expiration du crédit⁽⁶⁷⁾.

561 Recours. Dès lors que le banquier a mis ces fonds à la disposition du bénéficiaire de manière régulière et

⁵⁷ Beyrouth 31 oct. 1963, Al Mouhami 1963, 287 sp., 290.

⁵⁸ Trib. 1^{re} inst. 18 mai 1993, préc.

⁵⁹ Trib. 1^{re} inst. Beyrouth 18 mai 1993, préc.

⁶⁰ Cass. com. 20 nov. 1990, RTDcom. 1991, 274 obs. CABRILLAC et TEYSSIE.

⁶¹ Trib. 1^{re} inst. Beyrouth 18 mai 1993, préc.

⁶² Cass. com. 7 avr. 1987, JCP G 1987, II-20829 note STOUFFLET.

⁶³ Cass. civ. 26 janv. 1926 DP 1926, 1, 201 note HAMEL.

⁶⁴ NASSER, Le crédit documentaire, Rev. jud. lib. 1957, 21, Trib. 1^{re} inst. Beyrouth, 16 juin 1980, préc.

⁶⁵ Cass. civ. 22 déc. 1966, Rec. Hatem, fasc. 71, 55 ; Beyrouth 31 oct. 1963, Rec. Chamsédine 1985, 202.

⁶⁶ JU Beyrouth 2 août 1951, Rec. Hatem, fasc. 12, 50.

⁶⁷ Cass. com. 20 nov. 1990 ; GAVALDA et STOUFFLET, chr. Dr. banc JCP E 1991, II-93 n° 38.

conforme aux conditions de la lettre de crédit, il pourra se retourner contre le donneur d'ordre pour le remboursement et ce, suivant les termes de la convention d'ouverture de crédit. Le crédit consenti par la banque constitue une dette certaine et exigible⁽⁶⁸⁾. Ainsi, la banque peut valablement procéder à la vente des marchandises prises en gage de la restitution du crédit ouvert⁽⁶⁹⁾. En effet, la banque qui accepte les documents devient détentrice légitime des marchandises et dispose d'un droit de gage sur les marchandises au sens de l'article 265 c. com. lib. En outre, elle peut retenir les documents ainsi présentés⁽⁷⁰⁾. Si le crédit est avancé par une banque correspondante – confirmatrice, elle se retournera alors en sa qualité de mandataire contre la banque émettrice, laquelle en tant que créditrice se retournera contre le donneur d'ordre. Celui-ci pourra se retourner contre le vendeur s'il est à l'origine de la mauvaise exécution du contrat⁽⁷¹⁾. Sauf clause expresse, on admet que le banquier n'est pas responsable des manquements commis par son correspondant dans l'exécution de son mandat, à moins qu'il n'y ait eu faute caractérisée dans le choix ou la surveillance de ce correspondant ou dans les instructions qui lui ont été données⁽⁷²⁾.

Sous-paragraphe 3 - Blocage et saisie du crédit

562 Saisie du crédit. La promesse de crédit consentie par le banquier fait naître au profit du bénéficiaire une créance pouvant faire l'objet d'une saisie par les créanciers du bénéficiaire selon les règles de droit commun⁽⁷³⁾ sans préjudice, en droit libanais, aux dispositions de la loi sur le secret bancaire. En revanche, le donneur d'ordre ne peut pas saisir le crédit entre les mains du banquier pour l'empêcher d'avancer les fonds au bénéficiaire soit, en invoquant une créance en relation avec le contrat de base⁽⁷⁴⁾ soit, en se prévalant d'une créance étrangère à l'exécution du contrat de base⁽⁷⁵⁾.

563 Blocage du crédit. Si la jurisprudence refuse à l'acheteur de saisir le crédit promis par le banquier, en revanche, elle lui permet de le bloquer en cas de fraude⁽⁷⁶⁾. Il pourra alors s'adresser soit à la banque directement chargée de la réalisation soit au juge des référés en vue qu'il rende une ordonnance de blocage. Mais en tout état de cause, sa demande ne sera exaucée que s'il rapporte la preuve de la fraude de manière indiscutable c'est-à-dire si la fraude est manifeste⁽⁷⁷⁾. La demande de blocage ne peut être satisfaite que tant que la réalisation du crédit n'est pas intervenue⁽⁷⁸⁾.

Paragraphe 3 - Circulation du crédit

564 Intuitus personae. Le crédit documentaire a un caractère intuitu personae. Il en résulte qu'en cas de décès du bénéficiaire, ce crédit ne sera pas transmis à ses héritiers. Le même caractère intuitu personae empêche sa cession entre vifs. Toutefois, une clause de « transférabilité » peut être insérée dans la lettre de crédit. Le transfert s'effectuera pour une seule fois au bénéfice du fournisseur du bénéficiaire. Par ailleurs, il faut bien distinguer le transfert du crédit de la cession de son produit. Dans ce dernier cas, il s'agit d'une simple cession de créance permettant à la banque émettrice d'opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'elle pourrait faire valoir à l'encontre du cédant⁽⁷⁹⁾. La jurisprudence estime que cette cession de créance n'est en réalité qu'une nouvelle demande d'ouverture de crédit instituant un nouveau contrat de mandat entre le cessionnaire et la banque cédée⁽⁸⁰⁾. Cette relation de mandat donne qualité aux opérateurs de se poursuivre mutuellement devant les tribunaux pour tout litige issu de ladite relation.

⁶⁸ JU Beyrouth 9 août 1950, Rec. Chamsédine, 1985, 199.

⁶⁹ Trib. 1^{re} inst. Beyrouth 30 juin 1994, Rec. Zein vol. 10, 294 n° 11.

⁷⁰ Beyrouth, 29 oct. 1962, Rec. Chamsédine 1985, 128.

⁷¹ Beyrouth 15 déc. 1962 Al Mohami 1962, 117 ; Rev. jud. lib. 1963, 583 ; Rec. Hatem, fasc. 51, 55 ; 31 oct. 1963, Al Mohami 1963, 287 ; Rev. jud. lib. 1964, 42 ; Rec. Chamsédine, Droit commercial 1985, 200 ; Cass. lib. 22 déc. 1966 Rev. jud. lib. 1967, 43.

⁷² Beyrouth 15 déc. 1962, Al Mohami 1962, 117 ; Rev. jud. lib. 1963, 563 ; 31 oct. 1963, Rev. jud. lib. 1964, 42 ; Cass. lib. 22 déc. 1966 préc.

⁷³ Cass. com. 5 juill. 1983, Gaz. Pal. 1984 1 pan. 12 obs. MV, Banque 1984, 245 obs. RIVES LANGE ; D 1984, IR 267 obs. VASSEUR ; RTDcom. 1984 320 ; GAVALDA et STOUFFLET Ch. Dr. bancaire JCP CI 1983, II-14001 n° 108.

⁷⁴ Cass. com. 14 oct. 1981 ; JCP G 1982, II-19815 note GAVALDA et STOUFFLET ; D. 1982, J, 309 note VASSEUR ; Banque 1982, 524 note MARTIN ; RTDcom. 24 juin 1986 D. 1987, somm. 218 obs. VASSEUR.

⁷⁵ Cass. com. 18 mars 1986, JCP G 1986, II-20624 note STOUFFLET, D. 1986, 374 note VASSEUR ; RTDcom. 1986, 421 obs. CABRILLAC et RIVES LANGE ; RDBB 1987, 17 note CONTAMINE-RAYNAUD ; Cass. com. 18 oct. 1988 ; JCP G 1988, IV-402.

⁷⁶ Cass. com. 4 mars 1954 S 1954, 1, 124 note LESCOT.

⁷⁷ Cass. com. 24 juin 1997 cité par GAVALDA et STOUFFLET Chr. Dr. bancaire JCP E 1998 319 n°18.

⁷⁸ GAVALDA et STOUFFLET, 318 n° 641 et les réf. citées.

⁷⁹ GAVALDA et STOUFFLET, 319 n° 645.

⁸⁰ Beyrouth 21 nov. 1996, Al Adl 1997, 45 n° 1.

CHAPITRE 4 – GARANTIES DES CREDITS BANCAIRES

Parmi les divers moyens de s'assurer du remboursement du crédit accordé, la banque dispose d'un outil qui lui est indispensable: la garantie. Celle-ci regroupe deux catégories: les garanties personnelles (Section 1) et les garanties réelles (Section 2).

SECTION 1 - GARANTIES PERSONNELLES

Par garantie ou sûreté personnelle, on entend tout engagement envers le créancier d'un ou plusieurs débiteurs principaux ou accessoires. La pratique en dénombre une multitude, nous évoquerons les plus usitées: la solidarité (Sous-section 1), la délégation (Sous-section 2), le cautionnement (Sous-section 3), la garantie autonome (Sous-section 4), la lettre d'intention (Sous-section 5), l'aval (Sous-section 6) et l'assurance (Sous-section 7).

SOUS-SECTION 1 - SOLIDARITE

- 565 Droit commun.** La stipulation de solidarité permet au banquier d'accroître sa garantie. La réglementation bancaire ne prévoit aucune disposition propre et dérogatoire au droit commun. C'est donc celui-ci qui trouve pleine application, sous réserve, toutefois, de la présomption coutumière de solidarité en matière commerciale (art. 24 c. oblig. c. et art. 1203 c. civ.). La solidarité n'est pas sans intérêt pour la banque, elle lui permet d'éviter les obstacles attachés au cautionnement notamment en cas de redressement judiciaire. Ainsi, il a été jugé que l'extinction d'une créance à l'encontre d'un débiteur en redressement judiciaire, faute de déclaration dans le délai légal, ne libère pas un éventuel codébiteur solidaire ⁽¹⁾ alors que la solution est différente quand il s'agit d'une caution ⁽²⁾. Dès lors que le créancier peut réclamer la totalité de sa dette à l'un quelconque des débiteurs co-obligés, selon son choix, sans être tenu de mettre en cause les autres débiteurs ou de les avertir, il bénéficie d'une véritable garantie ⁽³⁾. Ainsi, une personne s'était reconnue débitrice envers la poste d'une certaine somme pour utilisation d'une machine à affranchir, par un acte distinct, intitulé « engagement de remboursement », portant la mention « avec solidarité, lu et approuvé », son conjoint s'était engagé à effectuer un paiement échelonné de la dette, la cour d'appel de Versailles y a vu non pas un cautionnement mais un engagement de codébiteur solidaire ⁽⁴⁾.

SOUS-SECTION 2 - DELEGATION

- 566 Délégation et indication de payer.** La délégation est une opération juridique par laquelle une personne, le délégué, sur l'ordre d'une autre, le délégant-emprunteur s'engage envers une troisième le délégataire-banque (art. 326 c. oblig. c. et art. 1275 c. civ.). Ainsi, une personne voulant contracter un prêt mais n'ayant pas les fonds nécessaires s'adresse à quelqu'un qui n'est pas nécessairement son débiteur ⁽⁵⁾ afin de s'engager à l'égard de l'établissement de crédit. La délégation ne constitue pas le mandat de payer appelé par les rédacteurs du code civil « indication de payer » (art. 1277 c. civ.). La délégation n'est pas un paiement: le délégué n'effectue pas un paiement immédiat; il s'oblige seulement, il s'engage à payer. De même, l'indication n'est qu'un mandat, l'indiqué ne souscrit aucun engagement personnel envers le créancier. Il n'est qu'un représentant si bien que le paiement n'est réalisé qu'au nom et pour le compte du débiteur. Dans la délégation, la situation est différente: le délégué s'oblige personnellement et directement envers le créancier de son propre créancier, le délégataire ⁽⁶⁾. La délégation entraîne ainsi la création d'un lien de droit direct entre le délégué et le délégataire. Le lien de droit va ajouter au créancier une garantie supplémentaire. En l'absence d'un engagement exprès du débiteur délégué à l'égard du délégataire de payer la dette du délégant, il n'y a pas de délégation au sens de l'article 1275 c. civ. mais tout au plus indication de paiement au sens de l'article 1277 c. civ. ⁽⁷⁾. L'engagement direct et personnel du débiteur délégué à l'égard du créancier délégataire constitue le critère fondamental de distinction entre la délégation – qu'elle

¹ Cass. com. 19 janv. 1993, JCP G 1993, II-22056 note PETEL.

² Cass. com. 13 nov. 1990 JCP E 1991, II-114 n° 9ets, et note 14.

³ Pour un exemple, Cass. com. 26 mai 2010, RDBF nov.-déc. 2010 comm. 204 note CREDOT et SAMIN.

⁴ Cass. civ. 17 nov. 1999 rejetant le pourvoi. contra Versailles 3^e ch. 4 avr. 1997, JCP G 2000 IV-1002 ; I-209 n°9 obs. crit. SIMLER.

⁵ Cass. com. 21 juin 1994 D. 1995 ; RTDcom. 1995, 113 obs. MESTRE.

⁶ Cass. com. 9 mai 1990, JCP G 1990, IV-257 ; D. 1991, 488 obs. DAGORNE – LABBE . Mais, en sens contraire Cass. civ. 17 mars 1992, JCP G II-21922 note BILLIAU.

⁷ Cass. civ. 10 mai 2000, RDBF 2001 comm. 188 note CERLES.

soit parfaite ou imparfaite – et l'indication de paiement ⁽⁸⁾. Toutefois, signalons que l'acceptation par le créancier délégataire de la substitution d'un nouveau débiteur au débiteur d'origine n'a pas pour effet de libérer ce dernier (délégant), qui reste tenu à l'égard du délégataire sauf renonciation expresse par ce dernier à ses droits contre le délégant ⁽⁹⁾.

- 567 Délégation imparfaite.** Lorsque la délégation prend la forme d'une délégation imparfaite c'est-à-dire sans novation, le délégant reste tenu vis-à-vis du délégataire. Il ne peut opposer au délégataire les exceptions nées de ses rapports avec le délégué ⁽¹⁰⁾. Elle a vocation à constituer une garantie pour le délégataire qui dispose d'un second patrimoine, celui du délégué, contre lequel il pourra exercer ses recours au cas de défaillance du délégant et pourra poursuivre indifféremment le délégué ou le délégant. La délégation peut se révéler dangereuse pour le délégué, tenu d'une obligation personnelle et autonome envers le délégataire, celle de payer la dette du délégant. C'est pour limiter ce risque que, très généralement, le délégué n'accepte de s'engager envers le délégataire qu'à concurrence de ce qu'il pourra devoir au délégant.

SOUS-SECTION 3 - CAUTIONNEMENT

- 568 Présentation.** Par le cautionnement, la caution s'engage envers le créancier, à titre de garantie, à remplir l'obligation du débiteur principal, pour le cas où celui-ci n'y aurait pas lui-même satisfait (art. 1053 c. oblig. c.). Cette définition est celle du cautionnement civil qui, en principe, est la règle ⁽¹¹⁾. Mais le cautionnement peut être commercial, il rend alors la caution codébiteur solidaire ⁽¹²⁾. En matière bancaire, le cautionnement est commercial par nature (art. 6 c. com. lib. ; art. 632 al. 5 c. com. lib.) ⁽¹³⁾. Par conséquent, la banque qui s'oblige envers un créancier à exécuter l'obligation du débiteur est personnellement et directement tenue ⁽¹⁴⁾. Le cautionnement constitue l'une des branches les plus importantes du commerce des établissements de crédit ⁽¹⁵⁾. L'article L 313-1 c. monét. fin. qualifie expressément d'opération de crédit « *l'engagement par signature tel qu'un aval ou un cautionnement* ». Divers textes prévoient la fourniture d'une caution tantôt de manière systématique dès lors que la personne visée entend bénéficier d'un droit ou d'un statut donné, tantôt à l'initiative du créancier. Parmi ces illustrations, on peut citer les articles 142 et 143 c. com. lib. relatifs à l'hypothèse de la perte d'une lettre de change, dont le bénéficiaire peut néanmoins réclamer le paiement moyennant fourniture d'une caution. Nous évoquerons la validité du cautionnement (Paragraphe 1) l'étendue (Paragraphe 2) et la durée (Paragraphe 3) de l'engagement de la caution, les parties au cautionnement (Paragraphe 4) et son extinction (Paragraphe 5).

Paragraphe 1 - Validité du cautionnement

- 569 Formalisme.** Le cautionnement n'est pas un contrat solennel mais consensuel ⁽¹⁶⁾. Néanmoins, sa preuve est soumise aux dispositions de l'article 1054 alinéa 3 c. oblig. c. qui dispose que « *le cautionnement ne peut être prouvé que par écrit* ». En outre, l'article 1059 du même code précise que : « *le cautionnement ne se présume pas ; la volonté de cautionner doit résulter clairement de l'acte* » (art. 2292 c. civ.). Les dispositions de cet article sont d'interprétation stricte. Aussi la Cour de cassation a-t-elle déjà décidé qu'un engagement ne contenant aucune précision ni sur la nature des dettes garanties, ni sur leur montant, n'était pas suffisamment déterminé et n'était donc pas valable ⁽¹⁷⁾. Un acte comportant une mention manuscrite incomplète, voire inexistante, constitue un commencement de preuve par écrit ⁽¹⁸⁾ qui doit être corroboré par un ou plusieurs éléments extrinsèques. Les juges du fond apprécient souverainement la valeur probante de ces éléments ⁽¹⁹⁾. On notera que le même formalisme s'applique aussi à la procuration ; ainsi une

⁸ GODON, La distinction entre délégation de paiement et indication de paiement, Defrénois, 2000, art. 37103.

⁹ Cass. 3^e civ., 20 nov. 2007, RDBF janv.-févr. 2008 comm. 14 note CERLES.

¹⁰ Cass. com. 22 avr. 1997 Bull. civ. IV n° 98 ; JCP G 1998, II-10050 note LACHIEZE.

¹¹ Cass. civ. 25 oct. 1990, Baz 1990, 275 ; Trib. 1^{re} inst. 1^{re} ch. Beyrouth, 19 janv. 2011, Al Adl 2011/3, 1303 spéc., 1307.

¹² Cass. 4^e civ. lib. 7 mai 2009, Cassandre 2009/5, 843 ; JU Kesrouan, 16 sept. 2010, Cassandre 2010/9, 1429 ; JU Metn, 12 nov. 2009, Al Adl 2011/3, 1409.

¹³ Cass. civ. lib. 21 mai 1970, Al Adl 1970, 607.

¹⁴ Cass. civ. lib. 28 mai 1998, Rec. civ. Sader 1998, 121s sp., 123.

¹⁵ WATIEZ, Le cautionnement bancaire, Bibl. dr. com. T IX 1964, 4ets et 161ets ; SIMLER, Cautionnement et garanties autonomes, Litec 2000 ; GAVALDA et PARLEANI, Cautionnement, JCL Banque-Crédit-Bourse, vol. 2 fasc. 740.

¹⁶ Trib. 1^{re} inst., 1^{re} ch., Beyrouth, 7 mars 2011, Al Adl 2011/4, 1816.

¹⁷ Cass. civ. 19 avr. 1983, JCP G 1983, II-2122 note MOULY et DELEBEQUE ; 15 avr. 1986 D. 1987, 341 note AYNES.

¹⁸ Cass. civ. 6 févr. 1980, JCP G 1981, II-19535 ; 16 déc. 1981, Bull. civ. n° 388 ; 22 févr. 1984, Bull. civ. n° 71 ; 18 avr. 1989, D. 1989, IR 137.

¹⁹ Cass. civ. 10 mai 2000, Bull. civ. n° 138 ; 28 mars 2000, Bull. n° 106 ; Cass. com. 23 mai 2000, Bull. n° 107.

procuration en vue d'un cautionnement ne satisfaisant pas aux dispositions de l'article 1326 c. civ., même annexée à l'acte authentique de cautionnement, ne peut valoir que comme commencement de preuve par écrit ⁽²⁰⁾. Ce formalisme s'attache seulement à la caution personnelle à l'exclusion du cautionnement réel ⁽²¹⁾.

570 Conditions générales. Le cautionnement n'est valable que si l'obligation qu'il garantit est valable (art. 1056 c. oblig. c.). En outre, il doit être causé ⁽²²⁾. L'appréciation des conditions de validité de l'engagement de la caution se fait au jour de l'acte de cautionnement ⁽²³⁾. Elle est soumise au pouvoir souverain des juges du fond ⁽²⁴⁾. Comme pour tout contrat, le consentement de la caution ne doit pas être vicié. Ainsi le cautionnement sera annulable en cas de dol ⁽²⁵⁾. Le dol supposant que la caution ait commis une erreur sur la portée de son engagement et que l'intention dolosive soit prouvée ⁽²⁶⁾. De même, le cautionnement sera annulable en cas d'erreur, par exemple, si la caution s'est engagée dans la croyance de l'existence d'autres garants ⁽²⁷⁾. En outre, aux termes de l'article 1061 c. oblig. c.: « *Le cautionnement doit être formellement accepté par le créancier* » (art. 2291 c. civ.). L'acceptation peut être expresse ou tacite ⁽²⁸⁾. Il en résulte que tant que le créancier ne l'a pas accepté, la caution est en droit de revenir sur son engagement ⁽²⁹⁾. S'agissant du cautionnement donné par une société civile, il n'est valable que s'il entre directement dans son objet social fût-il autorisé par l'unanimité des associés ⁽³⁰⁾ en dépit de l'existence d'une communauté d'intérêts entre la société garante et la société cautionnée.

571 Caractère accessoire. Considérant que toutes les exceptions dont peut se prévaloir le débiteur ont un caractère personnel et ne sont pas inhérentes à la dette, la jurisprudence méconnaît de plus en plus le caractère accessoire du cautionnement ⁽³¹⁾. Ainsi après le droit d'invoquer le dol ⁽³²⁾, celui de se prévaloir d'un octroi abusif de crédit ⁽³³⁾, celui de se prévaloir d'une renonciation par le créancier aux poursuites contre le débiteur ⁽³⁴⁾, la jurisprudence décide que la caution ne peut invoquer le défaut de cause affectant le prêt garanti ⁽³⁵⁾.

Paragraphe 2 - Etendue de l'engagement de la caution

572 Engagement principal. Le cautionnement peut être contracté pour une partie de la dette seulement (art. 1065 c. oblig. c.); il peut être limité à une somme fixe ou à une partie déterminée de l'obligation (art. 1066 al. 1 c. oblig. c.). Cependant, lorsque la caution garantit l'exécution de tous les engagements contractés par le débiteur à raison du contrat, elle répond, comme le débiteur principal, de toutes les obligations dont ce dernier peut être tenu de ce chef (art. 1066 al. 3 c. oblig. c.). En principe, c'est l'engagement principal qui fixe les limites du cautionnement pour le principal ⁽³⁶⁾. Le cautionnement consenti en garantie de certaines sommes ne peut être étendu aux sommes non garanties ⁽³⁷⁾. Si le cautionnement est donné en une devise déterminée, le créancier est en mesure de refuser le paiement effectué en une autre devise ⁽³⁸⁾. C'est aux juges du fond qu'il appartient de déterminer dans l'exercice de leur pouvoir souverain l'étendue de l'engagement ⁽³⁹⁾. Ceux-ci doivent se placer au jour de l'engagement de la caution pour apprécier le caractère explicite et non équivoque de sa connaissance de la portée de son engagement ⁽⁴⁰⁾ parce que la

²⁰ Cass. civ. 7 nov. 2000, Bull. civ. I n° 277.

²¹ Cass. civ. 29 févr. 2000, Bull. civ. I, n° 69 ; 4 mai 1999, Bull. civ. n° 144 ; Cass. civ. 13 mai 1998, Bull. civ. I, n° 172.

²² ATIAS, Par la grâce du droit ; la cause de l'engagement de la caution, in Mélanges CABRILLAC Dalloz-Litec 1999, 339.

²³ Cass. civ. 9 mai 2001, Bull. civ. I, n° 124.

²⁴ Cass. lib. 22 févr. 1963, Rev. jud. lib. 1967, 836.

²⁵ Cass. com. 16 mars 2010, RDBF mai-juin 2010 comm. 92 note LEGEAIS ; Cass. civ. 14 févr. 2008, RDBF 2008 comm. 38 note LEGEAIS.

²⁶ Cass. com. 12 janv. 2010 RDBF mars-avril 2010, comm. 51 note LEGEAIS.

²⁷ Cass. civ. 30 nov. 2010, RDBF janv.-févr. 2011, comm. 7 note LEGEAIS.

²⁸ Beyrouth 9^e ch., 26 nov. 2009, Cassandre 2009/11, 1906.

²⁹ Cass. lib. 27 avr. 1972, Rev. jud. lib., 874.

³⁰ Cass. com. 8 nov. 2011, RDBF 2012, janv.-févr. 2012 comm. 8 note CERLES ; contra Cass. civ. 1^o, 8 nov. 2007 in CERLES, Conditions de validité du cautionnement délivré par une société civile, RDBF, 2008, étude 1.

³¹ v. SIMLER, Le cautionnement est-il toujours une sûreté accessoire? in, Mélanges GOUBEUX, LGDJ 2009.

³² Cass. ch. mixte, 8 juin 2007 ; JCP G 2007, II, 10138, SIMLER ; RTD civ. 2008, 331, obs. CROCQ.

³³ Cass. com. 22 sept. 2009 ; JCP G 2009, 492, obs. SIMLER.

³⁴ Cass. com., 22 mai 2007, JCP G 2007, I, 212.

³⁵ Douai, 18 nov. 2010, RDBF mars-avril 2011 comm. 52 note LEGEAIS.

³⁶ Cass. civ. 5 mai 1998, Bull. civ. I, n° 159 ; DA 1998, 1009.

³⁷ Cass. civ. lib. 28 juin 1972, Rec. Hatem, fasc. 130, 18.

³⁸ Beyrouth 18 mai 1999, Al Adl 2001, 86.

³⁹ Cass. civ. 8 févr. 1977, JCP G 1979, II-19095 note JACQUEMONT.

⁴⁰ Cass. civ. 9 mai 2001, RDBF n° 146 obs. LEGEAIS.

cause d'un engagement s'apprécie au jour de sa naissance.

- 573 Protection de la caution.** La caution non avertie ⁽⁴¹⁾ peut se prévaloir à l'égard de la banque du devoir de mise en garde ⁽⁴²⁾ et de la responsabilité fondée sur un soutien abusif de crédit ⁽⁴³⁾. Dans ce cas, la caution ne peut demander que la réparation du préjudice s'analysant en la perte d'une chance de ne pas contracter lequel, peut être quasiment égal au montant du cautionnement ⁽⁴⁴⁾.
- 574 Cautionnement indéfini.** Le problème du cautionnement indéfini dit cautionnement « omnibus » ou « tous engagements » se pose lorsque la garantie est de portée générale. Il faut alors déterminer les obligations garanties, puisque la caution ne peut pas voir son engagement étendu au delà des limites dans lesquelles il a été contracté. Le cautionnement indéfini est régi en droit français par les dispositions de l'article 2293 c. civ. aux termes duquel: « *Le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution.* La portée de ce texte a été précisée par la cour de cassation selon laquelle, le cautionnement est indéfini dès lors que la caution garantit pour un montant illimité la dette déterminée du débiteur, le cautionnement est défini dès lors que la caution s'engage à concurrence d'une somme donnée ⁽⁴⁵⁾. Il appartient aux juges du fond de déterminer dans l'exercice de leur pouvoir souverain l'étendue de l'engagement de la caution ⁽⁴⁶⁾. La caution est engagée chaque fois qu'il y a certitude qu'elle avait, de façon non équivoque, la connaissance de la nature et de l'étendue de l'obligation contractée ⁽⁴⁷⁾. Néanmoins, dans les cautionnements omnibus, la caution ne garantit pas les risques indirects ⁽⁴⁸⁾ à moins que le contrat ne le prévoit expressément.
- 575 Engagement de la caution sur les accessoires.** Aux termes de l'article 1066 alinéa 1 c. oblig. c.: « *Lorsque le cautionnement n'a pas été expressément limité à une somme fixe, ou à une partie déterminée de l'obligation, la caution répond aussi des dommages, intérêts et des dépenses encourus par le débiteur principal à raison de l'inexécution de l'obligation* ». Il en résulte que la caution répond impérativement des accessoires occasionnés par l'inexécution de l'obligation principale. Jugé, que le cautionnement indéfini s'étend de plein droit aux accessoires de la dette ⁽⁴⁹⁾.
- 576 Garanties de dettes à venir.** Aux termes de l'article 1057 c. oblig. c.: « *Le cautionnement peut avoir pour objet une obligation éventuelle (telle que la garantie pour cause d'éviction), future ou indéterminée, pourvu que la détermination puisse être faite par la suite (telle que la somme à laquelle une personne pourra être condamnée par un jugement); dans ce cas, l'engagement de la caution est déterminé par celui du débiteur principal* ». Il en résulte que le cautionnement d'une obligation non encore née, est expressément consacré par le législateur libanais ⁽⁵⁰⁾. Le caractère futur de l'obligation principale est particulièrement évident dans l'hypothèse fréquente du cautionnement d'une ouverture de crédit ou d'une ouverture d'un compte courant. Un tel engagement est pleinement valable ⁽⁵¹⁾, alors que l'on ne connaît ni le moment de la naissance effective d'une dette à la charge du débiteur principal par l'utilisation du crédit ouvert, ni le montant de la dette, le crédit pouvant n'être utilisé qu'en partie, ni lorsqu'il s'agit d'un compte courant, le moment de l'exigibilité, qui ne peut être que celui de la clôture du compte ⁽⁵²⁾.
- 577 Cautionnement d'un ensemble de dettes ou d'un compte courant.** Lorsqu'elle garantit un compte courant, la caution reste tenue jusqu'à sa clôture, son engagement n'est nullement caduc par l'effet de l'arrêté de compte ⁽⁵³⁾. La caution est portée à contester parfois la réalité du solde débiteur qui lui est réclamé. La charge de la preuve incombe au créancier: il appartient donc au banquier de justifier le montant

⁴¹ Cass. com. 22 nov. 2011 RDBF 2012, janv.-févr. comm. 11: une caution conjointe dotée de fortes capacités intellectuelles et s'investissant dans l'entreprise est avertie.

⁴² Aix-en-Provence, 12 mai 2011 RDBF 2011, nov.-déc. comm. 197 note CERLES.

⁴³ Versailles, 13^e ch., 26 mai 2011, RDBF janv.-févr. 2012, comm. 7 note LEGEAIS.

⁴⁴ Cass. com. nov. 2011, RDBF janv.-févr. 2012 comm. 13 note LEGEAIS.

⁴⁵ Cass. com. 12 janv. 2010, 2 arrêts, RDBF mars-avril 2010, comm. 56 note LEGEAIS.

⁴⁶ Cass. civ. 8 févr. 1977, JCP G 1979, II-19095 ; Cass. com. 8 mars 1971 D. 1972, 262 ; Cass. com. 8 juin 1993, Banque n° 542, nov. 1993, 99 obs. GUILLOT.

⁴⁷ Cass. civ. 1^{er} 12 nov. 1987, D. 1988 somm. 272 obs. AYNES.

⁴⁸ Cass. com. 12 mai 1992, Bull. civ. IV n° 176.

⁴⁹ Cass. com. 3 avr. 2002, obs. AVENAT-RABARDET, D. 2002, 1547.

⁵⁰ Cass. 4^e civ. lib. 9 juill. 2008, Cassandre 2008/7, 1516.

⁵¹ Cass. civ. 10 janv. 1870, DP 1870, 1, 60, (2^e esp); 13 janv. 1965, Bull. civ. I n° 32 ; JU Metn 12 nov. 2009, Cassandre 2009/11, 1909.

⁵² SIMLER, ouvrage préc. 172 n° 202 et 214 n° 256 et les nombreuses réf. citées ; JU Metn 12 nov. 2009 préc.

⁵³ Beyrouth 22 mai 1961, Rec. Chamsédine 1985, 197.

qu'il réclame. Jugé que l'approbation des relevés de compte par le débiteur est inopposable à la caution en l'absence de convention contraire ⁽⁵⁴⁾ à moins qu'il y ait chose jugée contre le débiteur ⁽⁵⁵⁾ ou que le contrat de cautionnement stipule, ce qui est souvent le cas, que la preuve du solde débiteur se fera par les livres des parties ⁽⁵⁶⁾. Lorsqu'une caution garantit le solde d'un compte courant, le montant dû par elle dans la limite de son engagement s'établit au solde définitif du compte après liquidation des opérations en cours ⁽⁵⁷⁾. Ce solde ne résulte pas des arrêts de compte ⁽⁵⁸⁾. La caution est tenue de garantir le solde débiteur dudit compte au jour de l'expiration du cautionnement sauf à ce que toute remise postérieure vienne en déduction du montant de la dette ⁽⁵⁹⁾. De même, elle est tenue des dettes nées avant que le cautionnement ne prenne fin, même qu'ultérieurement par l'effet de la clôture du compte ⁽⁶⁰⁾.

L'exigibilité de la caution ne saurait résulter de l'ouverture de la procédure de faillite du débiteur principal, laquelle, ne rend pas exigible les créances non échues ⁽⁶¹⁾. Le défaut d'exigibilité du solde débiteur provisoire du compte courant permet à la caution en se fondant sur les articles 2290 c. civ. ⁽⁶²⁾ et 2313 c. civ. ⁽⁶³⁾ d'opposer aux créanciers toutes les circonstances qui diminuent la dette du débiteur principal. En particulier, la caution qui a garanti la dette du solde du compte courant n'est tenue du solde provisoire de ce compte, existant au jour de la révocation du cautionnement que dans la mesure où ce solde n'a pas été diminué par des remises subséquentes ⁽⁶⁴⁾.

578 Résiliation du compte courant. Si la caution reste tenue lors de la clôture du compte courant du solde débiteur existant au jour de la résiliation, c'est seulement dans la mesure où ce solde n'a pas été effacé par des remises effectuées par le débiteur postérieurement à la résiliation ⁽⁶⁵⁾. En effet, en vertu d'une jurisprudence bien établie ⁽⁶⁶⁾, la caution peut se prévaloir de toutes les remises faites au crédit du compte du débiteur cautionné postérieurement à la dénonciation du cautionnement, afin de n'être tenue que dans la limite de la position débitrice dudit compte au jour de la révocation de la garantie, déduction faite de toutes les remises créditricées ultérieures passées ou compte ⁽⁶⁷⁾. Parfois, l'acte de cautionnement comporte une clause spécifique aux termes de laquelle il est stipulé qu'en cas de dénonciation de son engagement avant clôture du compte courant, les obligations de la caution au titre dudit compte seraient déterminées par le solde qui se dégagerait au moment de sa clôture, sans pouvoir excéder le montant de sa position débitrice à la date d'effet de la révocation du cautionnement ⁽⁶⁸⁾.

579 Exigibilité des intérêts. Le solde d'un compte courant clôturé produit de plein droit des intérêts au taux légal si les parties n'en sont pas autrement convenues, jusqu'au règlement total de la dette et la caution doit les régler ⁽⁶⁹⁾. En aucun cas, la caution ne peut être tenue de payer des intérêts à un taux supérieur à celui des agios dûs par le débiteur ⁽⁷⁰⁾.

580 Cautionnement des actes des fondateurs de société en formation. En attendant l'acquisition définitive de la personnalité morale, les fondateurs d'une société en formation sont appelés à effectuer certaines opérations avec les tiers. Les fondateurs répondent personnellement des actes ainsi accomplis jusqu'à leur reprise par la société. Se pose alors le problème des cautionnements garantissant les engagements pris pendant cette période? La jurisprudence admet la validité du cautionnement accordé pour garantir les dettes de la société en formation au motif que le cautionnement d'une dette future est valable ⁽⁷¹⁾. Elle décide que

⁵⁴ Paris 17 mars 1975, Gaz Pal 1976, 1, somm. 51; JCP G 1976, I, 2801, Chr. dr. bancaire, n° 73.

⁵⁵ SIMLER, 381 n° 458 et 415 n° 507.

⁵⁶ Cass. com. 25 nov. 1974, Bull. civ. IV n° 298; JCP G 75, IV-15; DS 1975, IR 29; RTDcom. 1975, 572, obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE; Cass. civ. 17 juin 1975, Bull. civ. I, n° 199; JCP G 1975, IV-257.

⁵⁷ Cass. com. 6 nov. 1990 Bull. civ. IV n° 260; Def. 1991, 1124 (1^{re} esp) obs. AYNES.

⁵⁸ Liban-nord, 25 févr. 1971, Rev. jud. lib. 1971, 602.

⁵⁹ Cass. com. 24 oct. 1989, Bull. civ. IV n° 256.

⁶⁰ Cass. com. 24 oct. 1989 préc.

⁶¹ Cass. com. 16 avr. 1996, Bull. civ. IV n° 119.

⁶² Anc. art 2013, v. art 1064 c. oblig. c.

⁶³ Anc. art. 2036; v. art 1077 c. oblig. c.

⁶⁴ Cass. civ. 20 déc. 1983, Bull. civ. I n° 306; 28 oct. 1997 JCP G 1998, I-103, n° 9 obs. SIMLER; RTDciv. 198, 150 obs. BANDRAC.

⁶⁵ Cass. com. 22 nov. 1972 Gaz. Pal. 1973, 1, 213, note MARTIN. V aussi Cass. com. 30 mai 1978, JCP G 1980, II-19325, note SIMLER, (1^{re} esp) – Cass. 1^{re} civ. 17 mai 1983 Bull. civ. I, n° 146, 128; Cass. com. 12 mai 1998 JCP G 1998, IV-2470 Bull. civ. IV, n° 151, 122.

⁶⁶ Cass. com. 24 oct. 1989, Bull. civ. IV n° 256.

⁶⁷ GUILLOT, obs sous Cass. com. 11 avril 1995, Banque n° 564 nov. 1995, 93.

⁶⁸ Cass. com. 6 nov. 1990, Bull. civ. IV n° 260.

⁶⁹ Cass. com. 20 juill. 1983, Bull. civ. IV n° 229; Cass. civ. 20 oct. 1987, Bull. civ. I n° 273; 9 févr. 1988, RTDciv. 1988, 796 obs. BANDRAC.

⁷⁰ Cass. com. 6 mai 1986 D 1987, somm. 449 obs. AYNES.

⁷¹ Cass. civ. 3 déc. 1980 D 1981 IR 102 VASSEUR.

lorsque l'engagement a été repris par la société, la caution n'a plus de recours contre l'associé qui avait contracté au nom de la société en formation ⁽⁷²⁾.

- 581 Dettes résultant d'activités nouvelles.** Aux termes de l'article 1066 alinéa 2 c. oblig. c.: « *La caution ne répond pas des obligations nouvelles contractées par le débiteur principal après la constitution de l'engagement qu'elle a garanti* ». Le principe est donc que les dettes nouvelles sont écartées de l'engagement de la caution. Néanmoins, l'alinéa 3 du même article prévoit une exception: « *Lorsque la caution a expressément garanti l'exécution de tous les engagements contractés par le débiteur à raison du contrat, elle répond, comme le débiteur principal de toutes les obligations dont ce dernier peut être tenu de ce chef* » ⁽⁷³⁾, dont les obligations nouvelles issues dudit contrat. En présence de cautionnements généraux de débiteurs commerçants, certains arrêts décident que la garantie doit couvrir des activités totalement différentes entreprises après cessation de celles exercées au moment de l'engagement ⁽⁷⁴⁾ ou parallèlement à celles qui existaient à l'époque de l'acte ⁽⁷⁵⁾.

Paragraphe 3 - Durée de l'engagement de la caution

- 582 Durée déterminée ou déterminable.** L'article 1065 c. oblig. c. prévoit que « *le cautionnement peut être à terme, c'est-à-dire pour un certain temps, ou à partir d'une certaine date* ». Ainsi, le cautionnement est consenti pour une durée déterminée fixée en fonction du crédit ouvert par le banquier ou accordé sans limitation de temps. Si la caution veut s'engager pour une durée moindre que le débiteur principal, elle fixera alors un terme à son engagement. Dans ce cas, le créancier n'est nullement obligé de la poursuivre durant ce même terme. Jugé que la clause qui fixe un terme à l'engagement de la caution n'oblige pas le créancier à engager des poursuites contre elle dans ce délai ⁽⁷⁶⁾. En cas de doute, la caution aura la faculté de pouvoir y mettre fin à tout moment, et pour le surplus, il faut et il suffit que l'engagement, faute d'être déterminé, soit déterminable ⁽⁷⁷⁾. Lorsque le cautionnement est à durée déterminée, et si la dette est née au cours de la période considérée, la demande ultérieure du créancier est recevable, dès lors que l'exercice de l'action n'était soumis par le contrat à aucun délai ⁽⁷⁸⁾. Quand le cautionnement couvre une avance jusqu'à son remboursement, la caution ne peut révoquer la garantie ⁽⁷⁹⁾.
- 583 Payez ou prorogez.** Parfois, la caution reste tenue en dépit de l'expiration du délai de son engagement c'est ce qui résulte de la formule « payez ou prorogez ». Ainsi à l'arrivé du terme, la caution doit payer ou renouveler son engagement ⁽⁸⁰⁾. L'article 1064 c. oblig. c. énonce: « *Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, sauf en ce qui concerne le terme* » ⁽⁸¹⁾. La prorogation de terme accordée par le créancier au débiteur principal devrait profiter à la caution, à moins qu'elle n'ait été accordée à raison de l'état de gêne du débiteur. Pourtant, la jurisprudence française semble plus ferme à l'égard de la caution solidaire: elle juge que celle-ci ne peut pas trouver dans la prorogation de terme accordée au débiteur principal un argument pour retarder son paiement ⁽⁸²⁾. En revanche, la prorogation de terme accordée par le créancier à la caution ne profite pas au débiteur principal, à moins de déclaration contraire du créancier (art. 1094 c. oblig. c.).
- 584 Garantie anticipée.** L'hypothèse dans son expression la plus simple, est celle d'une caution qui s'engagerait à payer la dette à une échéance plus rapprochée que celle prévue pour l'obligation principale. L'article 2290 alinéa 1 c. civ. ⁽⁸³⁾ interdit une telle convention: la dette accessoire de la caution ne saurait être rendue

⁷² Cass. com. 18 juin 1991, Bull. civ. 1991, 1109.

⁷³ Rapp. art. 2293 al. 1 c. civ.

⁷⁴ Bordeaux 23 avr. 1953, Banque 1954, 386 ; RTDcom. 1954, 687.

⁷⁵ Cass. com. 14 oct. 1988, RDBB 1989, 68, obs. JEANTIN et VIANDIER ; Cass. civ. 9 mai 1962, Bull. civ. I, n° 238 ; JCP G 1962, IV-85 ; Banque 1962, 549 ; V également Cass. com. 8 déc. 1987, Bull. civ. IV, n° 262 ; JCP G 1988, IV-65 ; Gaz. Pal. 1988, 1, pan. 69 ; Cass. com. 17 juin 1986 D. 1987 somm. 290 obs. VASSEUR ; RTDcom. 1987, 228 obs. CABRILLAC et TEYSSIE.

⁷⁶ Cass. civ. 19 juin 2001, RDBF, n° 5 sept.-oct. 2001, 286 n° 184 obs. LEGEAIS.

⁷⁷ Dijon 3 oct. 1985, JCP G 1987, II-20726 note DELEBECQUE.

⁷⁸ Cass. com. 10 janv. 1984 Bull. IV n° 9 ; Cass. civ. 6 nov. 1985, Bull. I n° 288 ; Paris 28 nov. 1975, JCP G 1976, II-18263 note SIMLER.

⁷⁹ Cass. com. 18 juin 1973, Bull. civ. IV n° 209 p189, D 1973 somm. 149.

⁸⁰ CE 11 mars 1983, Rep. drt banc., 555 mfn 02482 ; Cass. lib. 20 févr. 1997, Rec. civ. Sader 1997, 169.

⁸¹ ANDRE, Cautionnement et reconduction, in Mélanges MOULY, T 1, Litec 1998, 265.

⁸² Cass. com. 14 févr. 1972, Bull. civ. IV n° 55 ; RTDcom. 1972, 967 obs. CABRILLAC et RIVES-LANGES.

⁸³ Anc. art 2013 al. auquel correspond l'article 1064 c. oblig. c.

exigible avant la dette principale ⁽⁸⁴⁾.

585 Faillite et exigibilité de la dette. Le jugement de faillite ne rend pas exigibles les créances non échues à la date de son prononcé ⁽⁸⁵⁾. Nonobstant toute clause contraire du contrat de cautionnement ⁽⁸⁶⁾, la déchéance du terme résultant du prononcé de la liquidation judiciaire du débiteur principal (art. L 622-22 c. com. fr.) n'a d'effet qu'à l'égard de celui-ci et ne peut être étendue à la caution sauf clause contraire ⁽⁸⁷⁾ et sauf cautionnement réel ⁽⁸⁸⁾.

La question se pose de savoir si la caution peut se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts provoqué par la faillite du débiteur principal? Aux termes de l'article 504 c. com. lib.: « *Le jugement déclaratif arrête, à l'égard de la masse seulement, le cours des intérêts des créances non garanties par un privilège, un gage* ». Il en résulte que le débiteur n'est pas libéré des intérêts postérieurs au jugement déclaratif dans ses rapports avec chacun de ses créanciers et que la caution ne l'est pas davantage. La Cour de cassation française a d'ailleurs confirmé par deux fois que la caution était tenue de payer ces intérêts dont le débiteur principal restait redevable ⁽⁸⁹⁾.

586 Fait du créancier. La caution peut être déchargée de son obligation du fait fautif du créancier conformément à l'article 1089 c. oblig. c. ainsi rédigé: « *La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution* » (art. 2314 c. civ.). Il en est ainsi précisément si le créancier diffère à réclamer l'exécution de l'obligation alors qu'elle est devenue exigible (art. 1079 c. oblig. c.) ou s'il a accepté volontairement, en paiement de sa créance, une chose différente de celle qui était due comme (art. 1096 c. oblig. c.). Cependant, la caution ne peut se prévaloir du bénéfice de subrogation qu'en cas d'un fait exclusif du créancier ⁽⁹⁰⁾ c'est-à-dire qu'elle en sera privée chaque fois que le fait du créancier n'est pas exclusif, qu'il y a concours de fautes. ⁽⁹¹⁾ En outre, l'article 2314 c. civ. (art. 1089 c. oblig. c.) s'applique aussi bien au cas où c'est par simple négligence du créancier que la subrogation est devenue impossible qu'au cas où cette impossibilité proviendrait d'un fait direct et passif de sa part ⁽⁹²⁾. La Haute cour met à la charge de la caution l'obligation de rapporter la preuve que la subrogation a été rendue impossible par le fait du créancier ⁽⁹³⁾. Néanmoins, l'article 2314 c. civ. ne peut être appliqué que si la caution perd la possibilité d'être subrogée dans les droits du créancier à cause du fait exclusif de ce dernier ⁽⁹⁴⁾. Dans ce cas, la caution ne peut être déchargée qu'à concurrence des droits dont elle a été privée par le fait du créancier ⁽⁹⁵⁾. De même, la caution ne peut reprocher au créancier de ne pas avoir conservé un droit qu'il ne pouvait acquérir et sur lequel la caution ne pouvait donc compter ⁽⁹⁶⁾.

587 Pluralité de cautions. Une même dette peut être cautionnée par plusieurs personnes en vertu d'un même acte. Dans ce cas, chacune des cautions ne sera tenue que pour sa part et portion et celle qui a payé le tout à l'échéance, aura recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion ainsi que pour la part des répondants solidaires insolvables (art. 1082 c. oblig. c.). Il en résulte que dans ce cas, la caution pourra valablement opposer au créancier le bénéfice de division précise l'article 1075 alinéa 1 c. oblig. c. Soulignons que la solidarité entre cautions n'a lieu que si elle a été stipulée ou lorsque le cautionnement a

⁸⁴ BAUDRY – LACANTINERIE et WAHL, Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, 3^{ème} éd 1907 n° 964 ; Contra Cass. com. 25 nov. 1974 : JCP G 75, IV-15 ; RTDcom. 1975, 572, obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE ; 24 févr. 1975 Gaz Pal 1975, 1, somm. 89 ; RTDcom. 1975, obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE.

⁸⁵ Cass. com. 14 nov. 1989, Bull. civ. IV, n° 285 ; 2 mars 1993 D 1993 somm. 309, obs. AYNES ; 3 janv. 1995 Bull. civ. IV, n° 1 ; Banque n° 565 / déc. 1995, 90, obs. GUILLOT (compte courant non clos) civ., 24 janv. 1995, Bull. civ. I, n° 51 ; com. 16 avr. 1996, ibid IV n° 119: la caution ne doit les intérêts qu'à la double condition que le compte courant ait été clôturé et qu'elle ait été mise en demeure.

⁸⁶ Cass. com. 20 juin 1995, D. 1996 426, note BAZIN.

⁸⁷ Cass. com. 8 mars 1994, D 1994 556, note BAIN.

⁸⁸ Cass. civ. 1^{re}, 4 mai 1999, Bull. civ. I, n° 144 ; D. 2000 302, note BONNET ; DA 1999, 899, obs. A L ; JCP G 1999, I, 156 n° 5 obs. SIMLER.

⁸⁹ Cass. com. 20 févr. 1979, Bull. civ. IV n° 73 ; 4 nov. 1981, Bull. civ. IV n° 378.

⁹⁰ Cass. com. 6 juill. 2010, RDBF nov-déc. 2010 comm. 215 note LEGAIS ; Cass. civ. 9 mai 2001 et 6 juin 2001, RDBF n°4 juillet/août 2001, 229 n° 147 obs. LEGAIS.

⁹¹ Cass. civ. 27 nov. 1973, Bull. civ. I n° 322 ; Cass. com. 6 févr. 1996, JCP G 1996, IV-743 ; Cass. civ. 29 janv. 2002, JCP G 2002, IV-1439.

⁹² Cass. civ. 6 oct. 1971, D 1973, 316 note IVAINER ; Comp. Cass. com. 2 avr. 1996, JCP G 1996, IV-1258 ; Bull. civ. IV n° 100, 85 ; D 1996 somm. 268, obs. AYNES ; JCP G 1997, I-3991 ; JCP E 1997, I-638 n° 8 obs. SIMLER et DELEBECQUE ; Banque n° 573, sep. 1996 p 90 obs. GUILLOT.

⁹³ Cass. com. 27 févr. 1996, Banque n° 576 déc. 1996, 90 obs. GUILLOT ; Cass. civ. 13 nov. 1996, JCP G 1997, IV-19 ; D 1997 somm. 166 obs. AYNES.

⁹⁴ Cass. civ. 1^o 9 mai 2001, Bull. civ. n° 125 ; 3 mars 1998, Ibid, n° 88 ; Com. 2 avr. 1996, Bull. civ. IV n° 100.

⁹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 15 déc. 1998, Bull. civ. I n° 361.

⁹⁶ Cass. com. 15 févr. 2000, Bull. civ. IV n° 28.

été contracté séparément par chacune des cautions pour la totalité de la dette, ou lorsqu'il constitue un acte de commerce de la part des cautions (art. 1075 al. 2 c. oblig. c.).

Paragraphe 4 - Extinction du cautionnement

- 588 Insolvabilité de la caution.** L'article 1068 c. oblig. c. prévoit que « *lorsque la caution reçue par le créancier, en vertu du contrat, est devenue insolvable, il doit en être donné une autre, ou bien une sûreté équivalente. A défaut, le créancier peut poursuivre le paiement immédiat de sa créance, ou la résolution du contrat qu'il a conclu sous cette condition. Si la solvabilité de la caution est seulement devenue insuffisante, il doit être donné un supplément de cautionnement ou une sûreté supplémentaire* »⁽⁹⁷⁾. Les dispositions de l'article 1068 ne seront pas applicables si la caution a été donnée à l'insu du débiteur ou contre sa volonté (art. 1062 c. oblig. c.) et si la caution a été choisie par le créancier (art. 1068 c. oblig. c.). En outre, l'insolvabilité déclarée de la caution fait échoir la dette à l'égard de celle-ci même avant l'échéance de la dette principale; le créancier est autorisé, en ce cas à faire figurer sa créance dans la masse (art. 1071 al. 2 c. oblig. c.).
- 589 Révocation.** Si le cautionnement est à durée déterminée, la caution ne peut pas révoquer son engagement sous peine de voir sa responsabilité contractuelle engagée. En revanche, dans le cas où le cautionnement est contracté pour une durée indéterminée, la caution pourra revenir sur son engagement sous réserve du cas où elle couvre une avance déterminée. Dans l'un et l'autre cas, la caution demeure généralement tenue des dettes nées avant la notification au banquier du retrait de la garantie.
- 590 Avènement du terme.** Lorsque le cautionnement est consenti pour une durée déterminée, l'avènement du terme conventionnel libère la caution pour l'avenir. Mais, elle répondra toujours des dettes nées avant l'échéance du terme sauf clause ou intention contraire⁽⁹⁸⁾. La tacite reconduction d'une ouverture de crédit libère la caution si le cautionnement n'a pas été reconduit⁽⁹⁹⁾. Il en résulte que la banque qui a consenti une ouverture de crédit à durée déterminée doit être particulièrement attentive. Une fois expiré le délai de la convention initiale, elle ne doit pas consentir de nouvelles avances sans avoir au préalable obtenu un nouvel engagement de la caution⁽¹⁰⁰⁾.
- 591 Décès de la caution.** L'article 1097 c. oblig. c. pose le principe selon lequel: « *Le décès de la caution n'éteint pas le cautionnement; l'obligation de la caution passe à sa succession* » (art. 2294 c. civ.). La question se pose de la portée de l'engagement des héritiers? S'agissant des dettes du bénéficiaire cautionnées postérieurement au décès de la caution, la jurisprudence refuse catégoriquement de transmettre aux héritiers l'engagement de la caution décédée tantôt, parce qu'une telle transmission constitue le pacte prohibé sur succession future⁽¹⁰¹⁾ tantôt, parce que la caution qui n'était pas tenue à cette date ne pouvait transmettre d'engagement à ses héritiers⁽¹⁰²⁾. En revanche, s'agissant des dettes nées antérieurement au décès, la question de la transmission de l'engagement de la caution est expressément tranchée par l'article 1071 alinéa 1 c. oblig. c.: « *Si la caution meurt avant l'échéance, le créancier a le droit d'agir aussitôt contre sa succession sans attendre cette échéance* ». Ainsi la banque créancière pourra se retourner directement contre les héritiers de la caution dans la double limite de leur part héréditaire et du montant du cautionnement⁽¹⁰³⁾. Pour se défendre, ces derniers peuvent légitimement requérir la communication des documents bancaires et informations relatives au débiteur au jour du décès pour vérifier qu'elles ne paient pas des dettes non garanties. S'il est vrai que la communication de telles pièces va à l'encontre du secret bancaire, il n'en demeure pas moins que la banque sera obligée de les produire afin de prouver la réalité de ses créances⁽¹⁰⁴⁾.
- 592 Libération de la caution.** La libération de la caution met fin à son obligation de garantie avec la double limite suivante: d'une part, le débiteur principal reste obligé et d'autre part, cette libération ne profite qu'à

⁹⁷ MOULY, Les causes d'extinction du cautionnement, préf. M. CABRILLAC Coll. Bibl. dr. entr. n° 10 Litec 1980.

⁹⁸ Cass. com. 16 juill. 1973, Banque 1974, 426 obs. MARIN.

⁹⁹ Cass. com. 6 févr. 2001, RDBF n° 3 mai-juin 2001, 160 n° 109 obs. LEGAIS.

¹⁰⁰ LEGAIS, op. cit.

¹⁰¹ Cass. com. 13 janv. 1987 JCP G 1988, II-20954 note de La MARNIERE.

¹⁰² Cass. com. 29 juin 1982, D 1983, 360 note MOULY ; JCP G 1984, II-20148 note BOUTEILLER ; pour un compte courant V. Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 1986, JCP G 1986, II-20666 concl. GULPHE ; LEGAIS, Sûretés et garanties du crédit, 6^e éd. 2008, LGDJ n° 225 ; AYNES et CROCQ, Les sûretés, La publicité foncière, Defrénois, 3^e éd. 2008 n° 272.

¹⁰³ Beyrouth 9^e ch., 26 nov. 2009, Cassandre 2009/11, 1906.

¹⁰⁴ Cass. com. 16 déc. 2008, Banque et droit n° 124 mars-avr. 2009, 32 obs. BONNEAU.

celle-ci et ne peut par conséquent s'étendre aux autres cofidélusés (¹⁰⁵). La chambre commerciale fait prévaloir les règles du cautionnement sur celles de la solidarité: la caution solidaire est un débiteur accessoire et ne peut être assimilée à un codébiteur solidaire (¹⁰⁶). Il en résulte que le sort de la caution suit le sort du débiteur principal et non celui des autres co-obligés (¹⁰⁷).

593 Novation. L'article 1092 c. oblig. c. pose le principe selon lequel la novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions. Cependant, cet effet libératoire ne joue pas au cas où les cautions ont accepté de garantir la nouvelle créance. De même, l'article précise que lorsque le créancier stipule l'accession des cautions à la nouvelle obligation et que celles-ci refusent de la donner, l'ancienne obligation n'est pas éteinte (art. 1092 c. oblig. c.).

594 Fusion de la société créancière. La chambre commerciale de la cour de cassation française maintient la règle selon laquelle la fusion de la société créancière est une cause d'extinction du cautionnement (¹⁰⁸). Ce faisant la caution ne garantit plus les dettes nées postérieurement à l'opération mais les seules dettes nées antérieurement et exigibles postérieurement.

SOUS-SECTION 4 - GARANTIE AUTONOME

595 Présentation. Les garanties autonomes ont été créées par la pratique commerciale et bancaire internationale (¹⁰⁹). Il s'agit d'un engagement par lequel le garant (établissement bancaire, financier, etc.) s'engage à effectuer, à la demande d'un donneur d'ordre, le paiement d'une somme à concurrence d'un montant convenu sans qu'il puisse différer le paiement ou soulever une contestation pour quelque motif que ce soit (¹¹⁰). La CCI a élaboré des règles uniformes pour les garanties contractuelles. Une nouvelle version de ces règles est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2010 (¹¹¹). En droit interne français, et contrairement au droit libanais, qui ne les évoque pas, ces garanties ont été intégrées à l'article 2321 c. civ. (¹¹²). Nous évoquerons, tour à tour, la spécificité de la garantie (Paragraphe 1), son mécanisme (Paragraphe 2), son régime juridique (Paragraphe 3), les recours possibles (Paragraphe 4), et l'hypothèse de son extinction (Paragraphe 5).

Paragraphe 1 - Spécificité de la garantie autonome

596 Garantie personnelle. La garantie autonome est un engagement souscrit par une banque qui promet d'indemniser le cocontractant de son client sur simple demande de sa part. Cet engagement est consenti en vue de garantir un contrat parallèle ou à venir sans lequel on ne pourrait concevoir un tel engagement. Le lien entre l'engagement et le contrat est vrai jusqu'à la conclusion de la garantie. L'acte de la conclusion emporte en lui même autonomie de la garantie.

597 Garantie autonome. Le caractère autonome de cette garantie se manifeste de deux manières: naissance d'une dette nouvelle à la charge du garant et indépendance de cette dette par rapport à celle qu'elle garantit (¹¹³). Il en résulte que le garant ne peut pas se prévaloir des règles appliquées en matière de cautionnement notamment, celles plus avantageuses pour lui édictées par l'article 2290 c. civ. selon lequel: « *Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur ni être contracté sous des conditions plus onéreuses* » (art. 1064 c. oblig. c.). En outre, le caractère autonome de la garantie à première demande exclut la connexité entre la créance du garant à l'encontre du débiteur et toute créance de celui-ci à l'encontre du garant (¹¹⁴). La jurisprudence pose la règle selon laquelle « *le critère de la distinction entre un cautionnement et une garantie à première demande réside dans l'objet de l'obligation qui doit être,*

¹⁰⁵ Cass. com. 7 déc. 1999, obs. GUILLOT, Banque n° 613, avr. 2000, 68s.

¹⁰⁶ Cass. civ. 18 juill. 1866 DP 1866, 1, 326.

¹⁰⁷ Cependant, pour une solution inverse consacrant la primauté des règles de la solidarité sur celles du cautionnement ; v. Cass. civ. 11 janv. 1984 Bull. civ. 1, n° 11.

¹⁰⁸ Cass. com. 30 juin 2009, RDBF 2009 comm. 188 obs. LEGAIS ; 8 mars 2011 RDBF 2011, mai-juin, comm. 88 note LEGAIS.

¹⁰⁹ GAVALDA et STOUFFLET, La lettre de garantie internationale, RTDcom. 1980, 1 ; PRUM, Les garanties à première demande, Litec 1994 ; A.NAJJAR, La garantie à première demande, Bruylant-Delta- LGDJ 2009.

¹¹⁰ Cass. com. 2 févr. 1988, Bull. civ. IV n° 55, 39.

¹¹¹ MATTOU, La révision des Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande (n° 758) D 2010, 1296 ; AFFAKI et STOUFFLET, Les nouvelles règles uniformes relatives aux garanties sur demande (RUGD 758), Banque et Droit, mars-avril 2010, 37 ; CERLES, Règles et usances en matière de garantie sur demande, RDBF nov.-déc. 2010 comm. 218.

¹¹² PRUM, La consécration légale des garanties autonomes, in Etudes SIMLER, Litec-Dalloz 2006.

¹¹³ Cass. lib. 25 mars 1997, arrêt préc. ; Beyrouth 9^e ch., 6 nov. 2008 Cassandre 2008/11, 2091.

¹¹⁴ Cass. com. 19 déc. 2006 RDBF mars-avril 2007, comm. 53.

s'agissant d'une garantie autonome, indépendant du contrat de base tandis que le cautionnement porte sur l'obligation du débiteur principal dans le cadre de ce contrat » ⁽¹¹⁵⁾.

598 Référence au rapport initial. La question se pose de savoir si la référence au rapport initial c'est-à-dire au contrat de base, affecte l'autonomie de cette garantie? La réponse est négative. Dès lors que le garant s'est engagé à payer à première demande du bénéficiaire de la garantie et que la créance de celui-ci n'est contestée ni dans son principe ni dans son montant, le garant doit payer sans qu'il soit nécessaire de rechercher la qualification juridique de la garantie.

A ce propos, la Haute cour a déjà précisé qu'une « *garantie n'est pas privée d'autonomie par de simples références au contrat de base, n'impliquant pas appréciation des modalités d'exécution de celui-ci* » ⁽¹¹⁶⁾. Jugé que si la référence par les parties au contrat de base peut être faite aussi bien dans un acte de cautionnement que dans une garantie à première demande, il est nécessaire, pour que la qualification de garantie à première demande puisse être maintenue, que cette référence au contrat principal ne serve pas à la détermination des sommes pouvant être dues par le garant ⁽¹¹⁷⁾. En outre, le garant se trouve dans l'impossibilité d'échapper à la demande du bénéficiaire au paiement en invoquant diverses exceptions fondées sur les rapports de la dette garantie ⁽¹¹⁸⁾. Les seules exceptions qu'il est en droit de soulever sont celles qui résultent du contrat de garantie ⁽¹¹⁹⁾.

599 Garantie à première demande justifiée. Parfois la garantie est documentaire c'est-à-dire subordonnée à la présentation de certains documents. Cette hypothèse est à ne pas confondre avec la garantie à première demande justifiée. L'expression « à première demande justifiée » ne retire pas à la garantie son caractère d'autonomie par rapport au contrat principal, mais signifie seulement que le paiement de la garantie est subordonné à des modalités convenues (art. 2321 c. civ.). Dans ce cas, le bénéficiaire doit indiquer le motif de son appel mais n'a pas à prouver la réalité de ce motif. Autrement dit « le bénéficiaire n'a pas à démontrer que son appel de la garantie est justifiée par la défaillance du donneur d'ordre ce qui serait une négation de l'autonomie » ⁽¹²⁰⁾. Par conséquent, l'appel de la garantie n'exige ni jugement, ni preuve du non-accomplissement par le donneur d'ordre de ses obligations ⁽¹²¹⁾. En outre, le fait que la demande formulée par le bénéficiaire de la garantie soit motivée par l'inexécution par le débiteur de ses obligations n'a pas pour effet de transformer une garantie autonome en un cautionnement ⁽¹²²⁾.

Paragraphe 2 - Mécanisme de la garantie autonome

600 Emission de garantie. L'opération de l'émission d'une garantie autonome repose sur trois contrats: un contrat initial dit contrat de base en vertu duquel le vendeur exportateur vend à l'acheteur importateur et s'engage à la demande de ce dernier de fournir une garantie autonome dont les conditions sont minutieusement fixées par les parties; un contrat de promesse de crédit par signature en vertu duquel le banquier du vendeur promet, suite à l'ordre qui lui est donné par ce dernier (donneur d'ordre), de s'engager au profit de l'acheteur bénéficiaire à payer à sa demande une somme d'argent déterminée; un contrat de garantie autonome en vertu duquel le banquier s'engage dans les termes de sa promesse de crédit auprès de l'acheteur.

601 Emission de contre garantie. Généralement, l'exportateur ne peut obtenir de garantie que d'une banque de son propre pays. Or, l'acheteur peut légitimement requérir une garantie d'une banque de son propre pays. Dans ce cas, l'exportateur s'adresse à sa banque nationale pour demander à une banque du pays de l'importateur de délivrer à celui-ci la garantie exigée: deux garanties autonomes sont alors émises: l'une, par le banquier du pays de l'exportateur au profit du banquier de l'importateur l'autre, par ce dernier au profit du bénéficiaire. Cependant, le banquier qui agit sur instructions de son client doit strictement s'y conformer, même si l'engagement qu'il prend est, une fois émis, son propre engagement autonome et

¹¹⁵ Paris 21 janv. 2010, RDBF mai-juin 2010, comm. 91 note LEGEAIS ; CE, 6 juin 2007 RDBF nov.-déc. 2007, comm. 224 note CERLES.

¹¹⁶ Cass. com. 5 déc. 2000, RDBF 2 mars-avril 2001, 88 obs. CREDOT ; Cass. com. 27 juin 2000, RDBF n° 6 nov.-déc. 2000, 355 n° 225 obs. MATTOU.

¹¹⁷ Cass. com., 8 oct. 2003, RDBF 2004, comm. 15, obs. CERLES.

¹¹⁸ Beyrouth 27 avr. 1995, Al Adl 1996, 63 ; 16 juill. 1987, Rep. drt banc. 643 mfn 02547 ; Trib 1^{er} inst. Beyrouth, 2 mars 1987, préc. ; 22 déc. 1988 Rep. drt banc., 708 mfn 02598 ; Cass. com. 21 mai 1985, D. 1986, 213 VASSEUR ; TGI Paris réf. 13 mai 1980, JCP G 1981, II-19550 ; Trib. com. Paris, réf. 12 avr. 1991, D. 1992 somm. 239 obs. VASSEUR V. aussi SIMLER, n°883 et 884.

¹¹⁹ SIMLER, 685 n° 860.

¹²⁰ SIMLER, n° 892.

¹²¹ Paris 24 nov. 1981 JCPG 1982-II-1987 6 1^{re} esp. obs. STOUFFLET.

¹²² Cass. com. 5 oct. 2010, RDBF janv.-févr. 2011, comm. 19 note LEGEAIS.

indépendant sauf accord contraire du donneur d'ordre ⁽¹²³⁾. Si le banquier du pays de l'importateur paie le bénéficiaire, il se retournera vers le banquier du pays de l'exportateur. En raison de l'ordre de ces engagements, le banquier du pays de l'importateur est dénommé garant de premier rang et le banquier du pays de l'exportateur, garant de second rang ou contre-garant.

Sauf accord contraire, l'indépendance de l'engagement ⁽¹²⁴⁾ est admise par la jurisprudence sur le fondement de la volonté des parties ⁽¹²⁵⁾. Le contre-garant, au même titre que le garant à première demande, en s'engageant irrévocablement et de façon indépendante par rapport au contrat principal, est tenu de payer si toutes les conditions prévues dans l'acte de garantie sont réunies sans pouvoir se prévaloir des exceptions inhérentes au contrat de garantie ⁽¹²⁶⁾. Par conséquent, en l'absence de clause contraire dans l'acte la constatant, l'exigibilité de la contre-garantie n'est pas subordonnée à l'exécution par son bénéficiaire, garant de premier rang, de son engagement, de telle sorte que le délai de prescription du recours du garant contre le contre-garant commence à courir du jour de l'exigibilité de la contre-garantie ⁽¹²⁷⁾.

- 602 Contenu.** Généralement écrite, la garantie autonome n'est soumise quant à son contenu à aucune restriction. Les parties ont tout intérêt à détailler son contenu dans la mesure où ce contenu conditionne l'engagement de la banque. Ainsi, la lettre de garantie identifiera les parties, elle indiquera le contrat de base pour lequel elle s'applique, elle précisera l'objet de la garantie (restitution d'acompte, bonne fin, de soumission ou à défaut de connaissance). De même, la fixation du montant de la somme à payer est indispensable. La garantie doit préciser la durée de son efficacité. En outre, elle déterminera les modalités de sa mise en œuvre (garantie à première demande, sur demande justifiée, etc.).

Paragraphe 3 - Réalisation de la garantie

La réalisation de la garantie suscite fréquemment les contentieux: le donneur soutenant à tort ou à raison que l'appel de la garantie est injustifié et, mettant en œuvre divers moyens tendant à empêcher le garant d'exécuter la garantie. Le donneur d'ordre est démuné de tous les moyens empêchant l'appel de la garantie (Sous-paragraphe 1) sauf le cas de fraude ou de l'appel abusif (Sous-paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1 - Appel de la garantie

- 603 Forme.** L'appel de la garantie par le bénéficiaire ou de la contre-garantie par le garant n'est soumis à un aucun formalisme sauf accord contraire ⁽¹²⁸⁾. Mais le bénéficiaire doit respecter les conditions prévues dans l'acte de garantie pour cet appel sous peine de son irrégularité ⁽¹²⁹⁾. Ainsi, si la garantie a été stipulée payable sur demande justifiée, le bénéficiaire doit, sous sa seule responsabilité, motiver sa demande de paiement et, s'il s'agit d'une garantie documentaire, l'appel de la garantie doit être accompagné des documents prévus au contrat ⁽¹³⁰⁾. Néanmoins, en pratique, l'appel se fait dans la forme écrite. A l'appel, le banquier doit payer immédiatement sous peine d'engager sa responsabilité sauf l'hypothèse où le contrat de garantie stipule un délai de paiement. Le banquier n'est pas obligé d'informer son donneur d'ordre de l'appel exercé. Mais il est d'usage que le donneur d'ordre doit immédiatement être informé par la banque, afin de lui permettre d'exercer les recours qu'il entend dans les délais.
- 604 Instance en référé.** Le client peut valablement saisir le juge des référés qui condamnera la banque au paiement de la garantie au cas où les conditions nécessaires à son intervention sont réunies ⁽¹³¹⁾. La question se pose de savoir si la banque garante reste obligée de payer au cas où la garantie fait l'objet d'une instance en référé? Lorsque la banque est partie à l'instance en référé, les juridictions du fond ont sanctionné des établissements de crédit qui avaient payé après avoir reçu une assignation en référé ⁽¹³²⁾ ou

¹²³ Paris 29 juin 1999, RDBF, n° 1 janv.-fév. 2000, 21 n° 18 obs. MATTOUT.

¹²⁴ Cass. com. 6 mars 2001, RDBF, n°3 mai-juin 2001, 162, n° 115 obs. CERLES.

¹²⁵ Cass. com. 8 nov. 1994, JCP E 1995 pan 29 ; 3 avr. 1990, JCP G 1991 IV-212 ; Paris 2 mars 1990 ; JCP, E, 1990, II-19791.

¹²⁶ Cass. com. 20 déc. 1982 D 1983, 365 ; 13 déc. 1983 D 1984, 20 ; Cass. civ. lib. 27 févr. 1996, Rev. jud. lib. 1996, 504.

¹²⁷ Cass. com., 13 sept. 2011, RDBF 2011, nov.-déc. comm. 200 note CERLES.

¹²⁸ Paris 12 déc. 2000, RDBF, n°4 juill.-août 2001, 231 n° 151 obs. CERLES ; Cass. com. 21 févr. 1995, Banque n°559 mai 1995, 91 obs. GUILLOT.

¹²⁹ Cass. com. 30 mars 2010, juill.-août 2010, comm. 139 note LEGEAIS.

¹³⁰ SIMLER, 729 n° 915.

¹³¹ Beyrouth 22 janv. 1981, Rec. Hatem, fasc. 174, 504.

¹³² Bordeaux, 8 oct. 1987, RDBB 1988, 68.

entre le jour de l'audience et celui du prononcé de la décision ⁽¹³³⁾. Cependant, par un arrêt de cassation, la chambre commerciale ⁽¹³⁴⁾ avait admis que la banque restait tenue de payer, même après la saisine du juge des référés. Lorsque la banque n'est pas partie au litige, il y a lieu de considérer que la banque peut payer tant que cela ne lui a pas été formellement interdit par une décision de justice exécutoire ⁽¹³⁵⁾.

- 605 Prorogez ou payez.** Au terme de la garantie, le bénéficiaire peut s'adresser à la banque et au lieu d'exercer l'appel, lui demander de proroger la garantie. Dans ce cas, la banque doit se référer à son client donneur d'ordre. Si celui-ci accepte, la banque proroge. Au contraire s'il refuse, la banque doit payer. En revanche, s'il garde le silence malgré sa notification, la banque disposera alors d'une liberté d'action ⁽¹³⁶⁾. Une des innovations des RUGD 758 est la prise en compte de l'appel connu sous le nom de « proroger ou payer ». L'article 23 énonce « *si une demande de paiement conforme est présentée avec alternativement une demande de prorogation, le garant peut suspendre le paiement pendant une période n'excédant pas 30 jours calendaires, à compter de la date de réception de la demande.* Si la prorogation est accordée pendant ce délai de suspension, la demande de paiement sera réputée avoir été retirée. Si elle est refusée, la demande sera considérée comme une demande de paiement sans qu'il soit besoin de la renouveler. En outre, l'article 23 prévoit que le choix de proroger ou de payer appartient au garant ou au contre-garant qui peut refuser d'accorder une prorogation même s'il reçoit des instructions de le faire; mais dans ce cas, il devra payer (art. 23 e).

Sous-paragraphe 2 - Fraude et appel manifestement abusif

- 606 Présentation.** L'autonomie de la garantie a pour limites la fraude et l'appel manifestement abusif ⁽¹³⁷⁾. Pour la jurisprudence, la fraude et l'abus manifeste sont « *les seuls motifs de nature à faire obstacle à l'exécution des engagements à première demande souscrits sur les instructions du donneur d'ordre par les banques garante et contre-garante* » ⁽¹³⁸⁾. Cette notion repose sur un comportement frauduleux qui se confond avec la mauvaise foi. Mais encore faut-il que l'abus, la fraude, ou la mauvaise foi soient manifestes. L'appel est manifestement abusif, non en considération de critères objectifs mais en raison de la mauvaise foi évidente de l'appelant c'est-à-dire de sa conscience de l'absence de droit ⁽¹³⁹⁾. Les constatations objectives peuvent seulement contribuer à l'établissement de l'évidence de la mauvaise foi ⁽¹⁴⁰⁾. A cet effet, les juges du fond pourront dans l'appréciation de l'appel abusif, tenir compte des éléments tirés du contrat de base pour apprécier l'attitude de la banque ⁽¹⁴¹⁾.
- 607 Conséquences.** Lorsque l'appel de la garantie est manifestement abusif, la Cour de cassation « couvre » le refus de paiement et le blocage de la garantie décidés par le juge des référés à la condition que la preuve de l'abus soit établie de manière absolument indiscutable ⁽¹⁴²⁾ et qu'il ne résulte pas d'une faute partielle du bénéficiaire de la garantie ⁽¹⁴³⁾. La banque qui a délivré la garantie autonome n'a pas à faire décider par un tribunal si elle se trouve ou non devant un abus ou une fraude manifeste. Cependant, le client donneur d'ordre peut saisir la justice à cette fin. Si une décision de justice intervient pour limiter ou suspendre l'obligation de paiement, l'établissement garant doit en principe en tenir compte, faute de quoi il engagerait sa responsabilité à l'égard de son client donneur d'ordre ⁽¹⁴⁴⁾.

Paragraphe 4 - Recours

- 608 Recours du garant.** La banque qui a payé les sommes garanties dans les termes de l'ordre qui lui a été donné a un recours personnel contre le donneur d'ordre. Le fondement de ce recours réside dans le contrat

¹³³ Paris 3 déc. 1984 D. 1985 IR 240.

¹³⁴ Cass. com. 7 juin 1994, RDBB n° 46, sept.-oct. 1994, 240.

¹³⁵ Cass. com. 17 juin 1997, RDBB, n° 65 janv.-févr. 1998, 18 n° 3 obs. CONTAMINE-RAYNAUD.

¹³⁶ RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, 730 n° 798.

¹³⁷ Cass. com. 20 janv. 1987, JCP E 1987, II-14882.

¹³⁸ Cass. com. 5 mai 1988 D. 1988, 430 ; V aussi Beyrouth 18 mai 1999, Al Adl 2001, 86 ; Trib. 1^{re} inst. Beyrouth 22 déc. 1988, Adl 1989, 164 ; Cass. com. 18 avr. 2000, RDBF n° 4 juill.-août 2000, 231 n° 156 obs. MATOUT.

¹³⁹ SIMLER, 748 n° 930.

¹⁴⁰ SIMLER Ibid, 749 n° 931.

¹⁴¹ Cass. com. 2 déc. 1997, RDBB n° 67 mai-juin 1998, 110 n° 3 obs. CONTAMINE-RAYNAUD.

¹⁴² Cass. com. 2 janv. 1992, JCP E 1993 pan 277 ; 2 déc. 1997, JCP E 1998, 1781 note HANNA ; Chr. dr. banc. JCP E 1999, 758 n° 26 obs. GAVALDA et STOUFFLET ; sur l'appel abusif d'une contre-garantie v Cass. com. 19 déc. 1985, JCP G 1986, II-20593 note STOUFFLET ; 5 févr. 1991, JCP G 1991, IV-126.

¹⁴³ Cass. com. 7 juin 1994, Bull. civ. n°203 ; 28 nov. 1995 D. Aff. 1996, 120.

¹⁴⁴ Cass. com. 10 juin 1997, Banque n°586 nov. 1997, 90 obs. GUILLOT.

de promesse de crédit par signature conclu avec le donneur d'ordre. De même, la banque peut procéder à toutes mesures conservatoires ou autres destinées à garantir le remboursement intégral du paiement effectué. En pratique, s'agissant de garanties bancaires, il est très souvent stipulé dans la lettre d'instructions adressée par le donneur d'ordre à sa banque que celle-ci est autorisée à débiter purement et simplement le compte du donneur d'ordre du montant payé en exécution de la garantie, comme d'ailleurs des commissions dues au garant en cours de validité ⁽¹⁴⁵⁾. Même en l'absence d'une telle précision, dès lors que les intéressés sont liés par une convention de compte courant, l'inscription en débit de la garantie payée est justifiée. Ainsi, le recours du garant prend un tour non contentieux, sous réserve de contestations a posteriori.

- 609 Recours du donneur d'ordre.** Le donneur d'ordre dispose d'un recours contre le bénéficiaire s'il estime que l'appel de la garantie n'était pas justifié ou ne l'était pas totalement. Il en sera ainsi lorsque le bénéficiaire perçoit (indûment) la garantie alors qu'il n'avait aucune créance sur le donneur d'ordre. D'une manière générale, ce recours sera possible si l'appel intervient par « infraction » au contrat de base. Le donneur d'ordre sera alors fondé pour réclamer le remboursement intégral des sommes perçues, voire des dommages et intérêts s'il prouve la mauvaise foi de son contractant et l'existence d'un préjudice distinct de celui résultant du simple retard de la restitution ⁽¹⁴⁶⁾. En outre, le donneur d'ordre pourra se retourner contre le garant ou le contre – garant si le paiement est effectué au détriment des stipulations convenues dans la garantie ou la contre – garantie.

Paragraphe 5 - Extinction de la garantie

- 610 Droit commun.** L'extinction de la garantie autonome se réalise dans les conditions du droit commun et dans les termes de la convention de la garantie: paiement, prescription, novation, arrivée du terme, etc. Ainsi, si le bénéficiaire n'exerce pas l'appel dans la période d'efficacité de la convention, le banquier doit s'interdire de payer sous peine d'engager sa responsabilité pour paiement d'une garantie périmée.

SOUS-SECTION 5 - LETTRE D'INTENTION

Nous envisagerons, tour à tour, la notion (Paragraphe 1) et le régime juridique (paragraphe 2) de la lettre d'intention.

Paragraphe 1 - Notion

- 611 Définition.** L'article 2322 c. civ. définit la lettre d'intention comme « *l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier* » ⁽¹⁴⁷⁾. Cet engagement recueille diverses formes: soutien financier, maintien de sa participation, substitution à l'emprunteur en cas de défaillance, etc. Souvent pratiquée par une société mère pour soutenir sa filiale, rien n'empêche que la lettre d'intention émane d'un commerçant ou même d'un simple particulier qui n'exerce pas le commerce.
- 612 Contenu.** La lettre d'intention n'a pas un contenu fixe. Celui-ci dépend exclusivement de la commune intention des parties. La lettre d'intention peut n'être qu'un engagement d'honneur dénué de toute obligation juridique mais simple engagement moral ⁽¹⁴⁸⁾ ou une simple obligation de moyens ⁽¹⁴⁹⁾, le débiteur s'engage alors à « faire en sorte que » à « faire le nécessaire ». Ainsi en est-il lorsque la société-mère ne prend pas l'engagement de payer au lieu et place de sa filiale mais se contente de promettre de faire respecter par celle-ci les engagements pris à l'égard du bénéficiaire de la lettre ⁽¹⁵⁰⁾ ou si la lettre d'intention ne comporte pas d'engagement ferme et définitif de payer la dette du débiteur ⁽¹⁵¹⁾. La lettre d'intention peut s'analyser en un cautionnement, ainsi en est-il lorsque la société mère émettrice s'engage à payer à son destinataire ce que doit sa filiale ⁽¹⁵²⁾. L'obligation de garantie, bien que plus rare, peut être de

¹⁴⁵ Riom 14 mai 1980, DS 1981, 336 note VASSEUR.

¹⁴⁶ Trib. com. Paris 6 mars 1987 D 1988, somm. 249 obs. VASSEUR.

¹⁴⁷ RONTCHEVSKI, Faire le nécessaire, Mél. SIMLER, 417.

¹⁴⁸ Bordeaux 16 oct. 1985 D. 1989, 436, 2^e esp). Elle peut être une recommandation (Paris 30 avr. 1985, Banque 1985, 754 obs RIVES-LANGE cité par RIVES-LANGE et CONTAMINE – RAYNAUD, 418 n° 421.

¹⁴⁹ Cass. com. 4 oct. 1994, Bull Joly 1998, 1318 note MEDUS ; Dr Sociétés 1995, n°4 note BONNEAU.

¹⁵⁰ Cass. com. 18 avr. 2000, D 2000, J, 258 obs. FADDOUL ; v aussi Cass. com. 26 janv. 1999, D AFF n 150 ; 25 févr. 1999 ; JCP G 1999, II-10087 note LEGEAIS ; RDBF, n° 4 jull.-août 2000, 230 n° 150 obs. MATTOUT.

¹⁵¹ Paris 16 janv. 2001 RDBF, n° 4 juill.-août 2001, 232 n° 153 obs. CERLES.

¹⁵² Aix-en-Provence, 22 févr. 2007, RDBF nov.-déc. 2007 comm. 225 note Cerles.

résultat. Ainsi, est constitutive d'une obligation de résultat et non d'une simple obligation de moyens, la lettre par laquelle une société mère prend l'engagement de faire honorer par sa filiale aussi bien le contrat que celle-ci a signé avec un tiers que le règlement complet de la somme convenue par ce contrat ⁽¹⁵³⁾. Par exemple aussi, la société qui s'engage à assurer l'intégralité des besoins financiers de sa filiale prend bien une « garantie » au sens de cet article, l'engagement de prêter s'analysant comme une garantie ⁽¹⁵⁴⁾. Dans ce cas, le « garant » s'oblige à parvenir à un résultat déterminé, en l'occurrence, la solvabilité de l'emprunteur, de telle sorte que sa responsabilité sera engagée sur la seule preuve que le fait n'est pas réalisé sauf à se justifier, s'il le peut, en prouvant une cause étrangère ⁽¹⁵⁵⁾.

Paragraphe 2 - Régime juridique

- 613 Autorisation préalable.** La question s'est posée de savoir si la lettre d'intention, lorsqu'elle émane d'une personne morale doit être soumise aux règles légales applicables au cautionnement à savoir l'autorisation spéciale de l'organe compétent (conseil d'administration)? Certains auteurs ⁽¹⁵⁶⁾ considèrent que, du moment où la lettre d'intention est constitutive d'une garantie, elle doit être autorisée selon le cas par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance. Cette opinion a été entendue par la jurisprudence ⁽¹⁵⁷⁾. D'autres ⁽¹⁵⁸⁾ estiment que du moment où la jurisprudence a reconnu la spécificité de la lettre d'intention par rapport au cautionnement dont elle a déclaré ses règles inapplicables (sauf l'hypothèse où l'acte a été inexactement qualifié), la lettre d'intention émise par une société anonyme ne doit pas recueillir l'autorisation du conseil d'administration requise pour le cautionnement. Telle était la position de la Cour de cassation s'agissant d'une lettre ne contenant qu'une obligation de moyens ⁽¹⁵⁹⁾.

SOUS-SECTION 6 - AVAL ET AVAL PAR ACTE SEPARÉ

- 614 Notion.** L'aval résulte d'une signature apposée au recto d'une lettre de change ou d'un billet à ordre ⁽¹⁶⁰⁾. Il s'analyse en un cautionnement solidaire soumis de surcroît aux règles cambiales. Ainsi l'avaliseur ne peut-il pas opposer l'absence de provision au porteur de bonne foi. L'aval doit figurer en faveur de qui il est donné, sinon, il est réputé garantir le tireur de la lettre de change (art. 346 al. 4 c. com. lib.). L'aval peut être donné par acte séparé à condition que ce dernier précise suffisamment quelles sont les traites garanties. Ce faisant, l'aval par acte séparé permet de garantir plusieurs effets de commerce et des effets non encore payés. Le fait qu'un banquier soit avalisé ne modifie en rien le régime juridique de cette garantie.

SOUS-SECTION 7 - ASSURANCE

L'assurance est utilisée par les banques comme garantie selon deux modalités: assurance-vie (Paragraphe 1) et assurance-crédit (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 - Assurance-vie

- 615 Présentation.** L'assurance-vie est utilisée dans les crédits aux particuliers, en particulier immobiliers. Elle est alors souscrite par le débiteur au bénéfice du banquier et garantit non pas le risque d'insolvabilité mais celui du décès ⁽¹⁶¹⁾. Elle protège à la fois les héritiers de l'emprunteur et le banquier: le paiement du capital assuré à la banque libère les premiers; la souscription de l'assurance garantit le paiement de ce capital à la banque en cas de renonciation à la succession. Les assurances-vie sont également proposées accessoirement à des conventions de dépôt ou d'épargne. Le but est alors de garantir le maintien, au moins temporaire, de

¹⁵³ Cass. com. 20 oct. 2009, RDBF janv.-févr. 2010, comm. 13 note CERLES.

¹⁵⁴ Cass. com. 24 oct. 2000, DRDA n°58, 30 nov. 2000.

¹⁵⁵ Cass. com. 21 déc. 1987, JCP G 1988, II-21113 concl. MONTANIER; 23 oct. 1990, JCP E 1999, II-154 note LARROUMET; Paris 31 mai 1989 D. 1989 somm. 327 obs. VASSEUR.

¹⁵⁶ RIVES – LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, 419 n° 421.

¹⁵⁷ Cass. com. 23 oct. 1990 Bull. civ. IV n° 250, 9 mars, JCP E 1994, I-378 n° 24; 9 déc. 1997, JCP G 1998, I-149 n°11 obs. SIMLER.

¹⁵⁸ GAVALDA et STOUFFLET, 365 n° 709-3.

¹⁵⁹ Cass. com. 26 janv. 1999, JCP G 1999, II-10087 note LEGEAIS; I, 156 n° 7 obs. SIMLER; D. 1999, 577 note AYNES; RTDciv. 1999, 833 MESTRE; DEFRENOIS 1999, 740 obs. MAZEAUD.

¹⁶⁰ Lorsque le dirigeant social appose sa signature sur une lettre de change sans indiquer qu'il agit et qualifiés, la Haute cour présume qu'il est engagé personnellement et que les juges du fond n'ont pas à rechercher si le signatant a agie en qualité demondataire: Cass. com. 13 sept. 2011, Banque et droit n° 140, nov.-déc. 2011, chro.Dr.bancaire, 35 obs. BONNEAU.

¹⁶¹ A ce propos, le banquier doit mettre en garde l'assuré contre les risques de rendements négatifs et ceux inhérents aux options choisies, la mention des hypothèses des seuls rendements positifs ne suffit pas; Cass. com. 8 mars 2011 RDBF 2011, mai-juin comm. 102 note DJOUDI.

ses ressources habituelles à la famille du titulaire du compte. Il convient de signaler que l'assuré a le droit de racheter son contrat d'assurance en dépit de l'acceptation du bénéficiaire qui ne peut s'y opposer en l'absence de renonciation expresse du souscripteur à son droit (¹⁶²).

Paragraphe 2 - Assurance-crédit

L'assurance crédit a pour objet la souscription d'une assurance par l'emprunteur au bénéfice de la banque afin de garantir à cette dernière le remboursement du crédit accordé. Pratique pour garantir les crédits internes (Sous-paragraphe 1), elle l'est surtout pour les crédits internationaux (Sous-paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1 - Assurance crédit – interne

616 Présentation. L'opération d'assurance crédit n'est pas constitutive d'une opération de banque. Elle n'est pas pratiquée par les banques mais par des organismes spécialisés. Ce contrat n'est pas soumis aux dispositions générales du droit des assurances. Néanmoins, les organismes spécialisés qui exercent une telle activité sont soumis au même contrôle que les compagnies d'assurances. L'assurance – crédit interne fonctionne sous deux formes:

617 Assurance- insolvabilité. L'assurance insolvabilité est la forme la plus fréquente mais elle est limitée aux opérations de crédit à court terme entre commerçants. Elle ne s'applique pas aux prêts consentis aux consommateurs. Elle est souscrite par le créancier pour l'ensemble de ses créances et transmise au banquier au moment où celui-ci décide de mobiliser la créance de son client. Il faut bien noter que ce qui est transmis est non pas la police d'assurance qui demeure contractée avec l'assuré – client de la banque – mais la créance ainsi que tous ses accessoires, notamment le droit à indemnité qui découle de la police d'assurance. L'assurance ne couvre que le risque d'insolvabilité définitive, et laisse toujours le souscripteur supporter une partie du non-paiement. L'assureur qui a payé une indemnité est ensuite subrogé dans le droit du créancier envers le débiteur même dans les actions extra-contractuelles dont disposerait le client couvert (¹⁶³).

618 Assurance – aval. Aux termes de ce contrat, l'assureur s'engage envers un créancier (généralement un tireur d'une lettre de change) moyennant versement d'une prime, à payer immédiatement au titulaire de cette créance (ou de cette lettre de change) son montant si le débiteur ne règle pas à l'échéance indépendamment de l'insolvabilité du débiteur. C'est une « assurance paiement à l'échéance » (¹⁶⁴). Elle facilite la mobilisation de la créance par l'escompte. L'assureur qui paye le montant de la créance à l'assuré ou au banquier escompteur, a un recours contre le débiteur défaillant.

Sous-paragraphe 2 - Assurance - crédit international

619 Présentation. Bien que l'assurance-crédit existe dans le commerce intérieur, son intérêt essentiel se situe en matière internationale et là est le rôle de la compagnie française des assurances pour le commerce extérieur (COFACE) Le texte vise les exportations, les importations et les opérations connexes. A partir de là on peut distinguer: - les risques de fabrication qui apparaissent dans la période d'exécution du marché et les risques de crédit qui concernent le paiement; - les risques à caractère particulier tels que risques du change (variations brutales) ou risques de prospection sans résultat; les risques relatifs aux créances à court terme justifiant l'assurance de l'ensemble des opérations de l'entreprise et ceux qui se rapportent aux créances à moyen et à long terme ne permettant qu'une assurance particulière à chaque opération. En fonction de la cause du préjudice éventuel, on distingue le risque politique et le risque commercial. Dans ce dernier cas, l'assurance couvre l'insolvabilité du débiteur, aussi bien lorsqu'elle est constatée par une procédure de type faillite que lorsqu'il s'agit d'un défaut de paiement de fait. Un pourcentage variable de la créance est remboursé au créancier. Les personnes qui peuvent bénéficier d'une telle assurance sont l'entreprise exerçant le commerce international mais aussi les banques et les établissements financiers installés en France qui financent l'exportation ou des opérations connexes.

¹⁶² Cass. ch. mixte, 22 févr. 2008 D. 2008, 691 obs. SPEROUI et 2104, obs. CROCQ ; JCP G 2008 II-10058 note MAYAUX ; Cass. 2^e civ. 24 nov. 2011, RDBF janv.-févr. RDBF 2012, comm. 19 note DJOUDI.

¹⁶³ Cass. civ. 15 mars 1983 D 1984, IR 85.

¹⁶⁴ GAVALDA et STOUFFLET, 360 n° 706.

SECTION 2 - GARANTIES REELLES

Les garanties ou sûretés réelles portant sur un ou plusieurs biens déterminés, meubles ou immeubles, appartenant au débiteur ou à un tiers, consistent à conférer au créancier, sur ce bien, un droit réel ⁽¹⁶⁵⁾. On récence le nantissement immobilier (Sous-section 1), les hypothèques (Sous-section 2), les privilèges immobiliers (Sous-section 3) la fiducie-sûreté (Sous-section 4) et le nantissement mobilier (Sous-section 5).

SOUS-SECTION 1 - NANTISSEMENT IMMOBILIER

620 Présentation. Conformément à l'arrêté n° 3339 du 12 novembre 1930 instituant le code de la propriété foncière libanais, le nantissement peut revêtir deux formes: l'antichrèse (RAHN) et le nantissement par transfert de propriété (BEI BEL WAFA). L'antichrèse est un contrat « *par lequel le débiteur met un immeuble en possession de son créancier ou d'un tiers convenu entre les parties et qui confère au créancier le droit de retenir l'immeuble jusqu'à parfait paiement et, à défaut de ce dernier, de poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales* » ⁽¹⁶⁶⁾. Le nantissement par transfert de propriété est « *la vente d'un immeuble sous la condition qu'à toute époque ou à l'expiration du délai stipulé, le vendeur pourra reprendre la chose vendue contre restitution du prix et l'acquéreur exiger le remboursement du prix en restituant la chose vendue* » ⁽¹⁶⁷⁾.

621 Droits du créancier. Le nantissement est un contrat réel. Il n'est donc parfait que par la tradition de la chose au créancier. Cependant, il n'est pas nécessaire de mettre le créancier en possession de l'immeuble. La remise du titre de propriété supplée à l'hypothèque. Le nantissement confère au créancier un droit de rétention qu'il peut valablement exercer à l'égard du débiteurpropriétaire et des tiers. Ce droit confère à la banque le droit de retenir l'immeuble jusqu'à son parfait désintéressement. C'est un droit opposable à tous ceux qui n'avaient point avant l'inscription du nantissement un droit réel sur l'immeuble: le nantissement immobilier est, en effet, lui-même un droit réel et il est de principe qu'une fois inscrits au registre foncier les droits réels sont opposables erga omnes ⁽¹⁶⁸⁾. Si cependant le créancier consent à ce qu'il soit d'une façon ou d'une autre, disposé du bien, tout acte de constitution de droits réels est valable à son égard ⁽¹⁶⁹⁾. Tout acte d'aliénation effectué contrairement à ces règles est nul de plein droit. L'article 109 de l'arrêté 3339/1920 énonce que « *l'antichrèse ne préjudice pas aux droits réels règlement acquis (et conservés) sur l'immeuble avant qu'elle n'ait été inscrite en registre foncier* ». Si des droits réels antérieurs sont ainsi protégés à l'égard de l'antichrèse inscrite ultérieurement, on doit conclure, inversement, que celle-ci est, dans toute sa vigueur, maintenue à l'égard des droits réels constitués après l'inscription qui en a été prise ⁽¹⁷⁰⁾.

SOUS-SECTION 2 - HYPOTHEQUES

622 Présentation. L'article 120 de l'arrêté 3339/1930 définit l'hypothèque comme étant « *un droit réel sur les immeubles affectés à la sûreté d'une obligation* » ⁽¹⁷¹⁾. Elles doivent être inscrites sur les registres tenus à la conservation des hypothèques ⁽¹⁷²⁾.

L'hypothèque est de sa nature indivisible et subsiste en entier sur les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles. Elle les suit « dans quelques mains qu'ils passent ». Cette définition n'est pas complète: elle admet sa caractéristique essentielle, qui est de ne pas déposséder le débiteur. Si le droit de suite y est affirmé, le droit de préférence qui s'y attache également, et dont le premier est la sanction ne

¹⁶⁵ CORNU, Vocabulaire juridique, PUF 1997 p 792 ; EID, Les garanties réelles, 1995 ; KERBAJ, Les garanties réelles, 1995 ; TABBAH, Propriété privée et registre foncier, préface ROUBIER LGDJ 1950, T II.

¹⁶⁶ Art. 101 arrêté 3339/1930.

¹⁶⁷ Art. 31 arrêté 3339. Il ne faut pas confondre la vente avec faculté de rachat, dite à réméré, réglementée dans les articles 473 c. oblig. c. avec ces deux formes du nantissement immobilier. La vente à réméré est une vente véritable, encore que conditionnelle, tandis que le nantissement par transfert de propriété n'est au fond qu'un nantissement qui n'a même pas pour effet de transférer, en dépit du mot, une propriété pleine et entière à l'acquéreur V. TABBAH T II, 31 n° 335.

¹⁶⁸ Art. 8 et 9 de l'arrêté n° 188 du 15 mars 1926 relatif à la création du registre foncier.

¹⁶⁹ Art. 93 et 114 arrêté 3339/1930 ; Art. 114.

¹⁷⁰ TABBAH, 36 n° 336.

¹⁷¹ v. Institut d'études juridiques du Conseil supérieur du notariat, l'hypothèque et les sûretés personnelles, brève comparaison, RDBF mars-avr. 2012, étude 6.

¹⁷² Art. 127, arrêté 3339/1930.

fait que résulter implicitement du caractère réel du droit lequel confère à son titulaire un droit de suite et un droit de préférence. Le droit de suite permet d'exercer son privilège sur le bien, même s'il a changé de propriétaire, le droit de préférence d'être désintéressé avant les autres créanciers. Plusieurs personnes peuvent être titulaires de sûretés sur un même immeuble: elles exercent alors leurs prérogatives l'une après l'autre selon l'ordre de leur inscription. Lorsque l'hypothèque est constituée par la garantie d'une ouverture de crédit en compte courant, elle prend rang au jour de son inscription, même si le banquier n'est pas encore créancier à cette date, et elle s'applique au solde tel qu'il sera déterminé à la clôture du compte ⁽¹⁷³⁾.

623 Domaine. Aux termes de l'article 312 c. com. lib. « *Lorsqu'il est consenti à titre de sûreté une hypothèque, l'inscription prise lors du contrat garantit à sa date toutes les avances faites ultérieurement en vertu de l'ouverture de crédit* » ⁽¹⁷⁴⁾. Cette hypothèque garantit le principal des avances réalisées ou du solde du compte courant, et, seulement, s'il y eut une stipulation expresse de l'acte à ce sujet et une inscription conforme, les intérêts pour l'année échue à la date de la demande d'exécution hypothécaire et pour l'année courante ⁽¹⁷⁵⁾.

624 Période suspecte. Au cas où la sûreté réelle aurait été consentie après le commencement des avances, par un constituant qui se trouvait en période suspecte, elle serait nulle de plein droit en ce qui concerne les avances antérieures par application de l'article 507 c. com. lib. mais non en ce qui concerne les avances postérieures à la date de la constitution et pour lesquelles elle serait seulement annulable. En revanche, au cas où la sûreté réelle aurait été consentie au moment de l'ouverture du crédit ou antérieurement à la réalisation de l'avance à garantir, alors même que le crédit aurait été en période suspecte à ce moment, cette constitution ne serait pas nulle de plein droit, mais seulement annulable, et à la condition exigée par l'article 508 c.com.lib. c'est-à-dire moyennant la preuve que le créancier avait connaissance de l'état de cessation des paiements ⁽¹⁷⁶⁾.

625 Diminution de la sûreté. La possession par le constituant de l'immeuble objet de la sûreté est elle-même garantie au profit du créancier contre toutes sortes de dégradations que l'immeuble pourrait subir. L'article 148 de l'arrêté 3339/1930 prévoit le cas où l'immeuble aurait péri ou éprouvé des dégradations et serait ainsi devenu insuffisant à garantir le créancier. Dans ce cas, précise l'article, celui-ci pourra poursuivre dès à présent son remboursement après décision conforme de justice ou obtenir un supplément d'hypothèque. Cet article, envisage le cas où la diminution de la sûreté a été le résultat d'une cause fortuite. A fortiori, si elle était due à la faute ou même à la négligence du constituant, il devrait être permis au créancier de passer à l'exécution. Il semble même que, dans ce dernier cas, le débiteur ne puisse pas le contraindre à accepter un supplément de garantie ⁽¹⁷⁷⁾. C'est ce qui résulte en droit libanais de l'article 113 alinéa 2 c. oblig. c. aux termes duquel le débiteur qui bénéficie du terme est déchu de ce bénéfice « *lorsqu'il a diminué, par son fait, les sûretés spéciales attribuées au créancier par l'acte d'où résulte l'obligation ou par un acte postérieur ou par la loi* ». L'article précise que: « *lorsque la diminution des sûretés spéciales provient d'une cause indépendante de la volonté du débiteur, le créancier a le droit de demander un supplément de sûretés ou, à défaut, l'exécution immédiate de l'obligation* ». La diminution de la sûreté doit résulter pour donner lieu à l'application de l'article 148 d'une perte ou d'une dégradation matérielle et ne saurait être la conséquence d'un changement dans la situation économique; elle doit, au surplus, rendre le gage insuffisant pour la sûreté du créancier. Si cette diminution est imputable au débiteur, elle entraîne pour ce dernier la déchéance du terme, quand bien même la garantie à son état actuel suffirait à désintéresser le créancier.

626 Techniques d'hypothèques. Les hypothèques sont conventionnelles lorsque le propriétaire ou le titulaire du droit susceptible d'être hypothéqué consent librement. Toute dette peut être garantie par une hypothèque conventionnelle (par exemple, le débit d'un compte courant). L'acte doit être passé devant notaire. Cependant, la saisie empêche la constitution de l'hypothèque conventionnelle. Cela résulte de l'article 959 alinéa 1 nouv. c. proc. civ. aux termes duquel sont inopposables aux saisissants tous actes du saisi de nature à transférer la propriété, de la diviser ou de constituer sur elle un droit réel (sauf si les personnes concernées, avant la vente, déposent un montant suffisant pour désintéresser tous les créanciers et frais,

¹⁷³ Cass. civ. 3 févr. 1937 DH 1937, 177.

¹⁷⁴ V. FABIA et SAFA art. 312 n° 5.

¹⁷⁵ Art. 214 arrêté 3339/1930.

¹⁷⁶ FABIA et SAFA, art. 312 n° 11.

¹⁷⁷ TABBAH, op. cit.

etc.). Les mots « actes constitutifs de droit réel » englobent l'hypothèque conventionnelle. Les taxes et diverses dépenses légales ou non légales dérivant de l'hypothèque, son inscription, sa levée et tout ce qui s'y rapporte sont à la charge du débiteur. En revanche, les taxes ou autres frais nécessités en dehors du contexte de l'exécution du contrat ou hypothèque ne sont pas à la charge du débiteur. Par conséquent, les écritures portées au débit du compte du client en remboursement de ces dépenses effectuées par la banque est nulle ⁽¹⁷⁸⁾. Les parties peuvent convenir d'une promesse d'hypothèque. C'est une invention de la pratique bancaire. Elle permet de préserver, dans l'immédiat, le crédit du client et d'éviter les frais d'acte authentique, tout en assurant au banquier le bénéfice de la sûreté, en cas de nécessité. En fait, cette promesse est très fragile car elle n'empêche pas le débiteur de consentir une autre hypothèque sur le même bien, qui sera inscrite avant celle du banquier. La seule sanction est la responsabilité civile du client par hypothèse non solvable.

La pratique a également inventé les promesses de ne pas hypothéquer et de ne pas vendre. Elles devraient garantir au banquier que son client conservera dans son patrimoine des valeurs suffisantes pour le désintéresser, sans avoir à supporter les coûts de l'hypothèque. Mais ces processus sont aussi fragiles que la promesse d'hypothèque.

SOUS-SECTION 3 - PRIVILEGES IMMOBILIERS

- 627 Droit de préférence.** Le législateur libanais a supprimé en matière immobilière les privilèges généraux et a réduit autant que possible les privilèges spéciaux ⁽¹⁷⁹⁾. En réalité, l'hypothèque forcée a remplacé en droit libanais la plupart des privilèges spéciaux sur les immeubles qui existent en droit français, tels que le privilège du vendeur d'immeuble et le privilège du prêteur de deniers. Cela étant, l'article 117 de l'arrêté 3339/1930 ne confère au privilège qu'un droit de préférence: « *En matière immobilière, le privilège est, un droit réel que la qualité de la créance donne au créancier d'être préféré aux autres créanciers même hypothécaires* ».

SOUS-SECTION 4 - FIDUCIE-SURETE

- 628 Présentation.** La fiducie est règlementée en droit libanais par la loi n° 520 du 6 juin 1996 relative « *au développement du marché financier et des contrats fiduciaires* ». En droit français, elle a été intégrée à l'article 2011 c. civ. par la loi du 19 février 2007 ⁽¹⁸⁰⁾. Des articles 4 et 5 de la loi 520/1996, il résulte que par la convention de fiducie, le fiduciaire créancier s'engage envers le fiduciant (débiteur) à n'exercer les droits dont la pleine titularité lui a été transférée que selon les termes de la convention, soit dans l'intérêt exclusif du fiduciant dans le cadre de la fiducie-gestion (art. 4 L 520/1996) soit à des fins de garantie (art. 5 L 520/1996). Ainsi la fiducie peut servir à garantir le paiement d'une créance. Envisagée sous cet aspect, la fiducie est une technique qui repose sur un transfert de propriété au profit du fiduciaire (le créancier), transfert, qui n'est ni simulé, ni fictif, ni enchâssé dans une vente. Le fiduciaire souscrit des obligations qui limitent ses prérogatives de propriétaire ⁽¹⁸¹⁾. Le transfert doit être suivi, en cas de paiement de la créance garantie, d'un transfert en sens inverse, qui résulte soit de l'exécution d'une obligation de rétrocession, soit du jeu d'un mécanisme automatique. La fiducie-garantie se révèle être une véritable sûreté réelle ⁽¹⁸²⁾. La fiducie sûreté doit être distinguée de la vente à réméré. A la différence de la vente à réméré, la fiducie est une véritable sûreté accompagnant une opération de crédit qui se présente comme telle, non dissimulée sous la forme du versement d'un prix de vente. En d'autres termes, le transfert fiduciaire est érigé en sûreté alors que le transfert de propriété a lieu, dans le cadre d'une vente à réméré, en contrepartie d'un prix de vente. L'emprunteur dont le prêt est garanti fiduciairement est tenu de rembourser le prêt alors que le vendeur à réméré a la faculté et non l'obligation d'exercer le réméré. De même, la fiducie-sûreté ne saurait être assimilée à une vente avec promesse de revente, éventuellement accompagnée d'une location au profit du vendeur. En effet, le bailleur des fonds, qui prend la position d'acheteur, n'est pas par le fait même titulaire d'une créance sur le bénéficiaire de l'opération de crédit ⁽¹⁸³⁾.

¹⁷⁸ Trib. 1^{re} inst. Beyrouth 22 févr. , Rep. drt banc., 710 mfn 02600 ; les mêmes règles s'appliquent pour le gage.

¹⁷⁹ DAGOT, La notion de privilège, in Mélanges MOULY, Litec 1998, T II, 335.

¹⁸⁰ v. CERLES, Rapport au 107^e CONGRES des notaires Couves 5-8 juin 2011, RDBF 2011, nov.-déc. comm. 1999 ; GOURRO, La fiducie-sûreté D. 2009, 1944 ; DUPICHOT, La fiducie sûreté en pleine lumière, A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009, JCPG 2009, 1, 132.

¹⁸¹ SOUMRANI, L'impact de la fiducie-sûreté sur l'interdiction des pactes commissaires en droit bancaire libanais, Al Adl 1997, 50.

¹⁸² M.CABRILLAC, MOULY PETEL et S.CABRILLAC, 427 n° 577.

¹⁸³ CABRILLAC et MOULY, PETEL et S.CABRILLAC, 431 n° 582.

- 629 Transfert.** Deux hypothèses peuvent être prévues pour le retour du transfert de propriété en matière de fiducie-sûreté. Dans la première hypothèse, il est inséré dans le contrat de fiducie une condition résolutoire à laquelle le transfert sera soumis. La mise en jeu de la condition résolutoire aurait alors pour effet d'anéantir le transfert. Dans la seconde hypothèse et pour éviter une annulation de l'acte juridique, il est inséré dans le contrat un pacte de rétrocession, sous la condition suspensive du remboursement dans le délai convenu de l'obligation ayant donné lieu à la constitution de la fiducie-sûreté.
- 630 Dénouement de la fiducie-sûreté.** La loi n° 520/1996 ne régleme pas les modalités de réalisation de la sûreté. Celle-ci est laissée à la libre volonté des parties. Il convient de mettre l'accent sur deux types de clause: le plus souvent, les parties songeront à autoriser le fiduciaire à vendre à l'amiable le bien, sans expertise préalable; le recours aux lois du marché introduit un facteur d'objectivité, comparable à celui d'une expertise, qui devrait mettre la clause à l'abri de toute contestation. L'on sait par ailleurs que les ventes à l'amiable permettent souvent d'obtenir un meilleur prix que les ventes aux enchères. Enfin, en cas de négligence commise par le fiduciaire en aliénant le bien, le débiteur pourra mettre en jeu la responsabilité du fiduciaire pour n'avoir pas exercé « sa mission dans le respect de la confiance du constituant » ⁽¹⁸⁴⁾.
- 631 Dette parallèle.** La technique de la dette parallèle consiste pour le débiteur à prendre directement en faveur de l'agent des sûretés un engagement de payer à ce dernier un montant égal à tout moment à celui qu'il doit aux parties financières au titre de l'opération de crédit. Cette deuxième dette, miroir de la première, est dite parallèle. Chaque créancier prend par ailleurs l'engagement de ne pas recouvrer sa créance propre si l'agent engage des poursuites pour compte commun. L'agent s'engage à reverser toutes sommes qu'il viendrait à recevoir aux différents créanciers ⁽¹⁸⁵⁾. La Cour de cassation française dans l'affaire Belvédère considère que ce système n'est pas contraire à l'ordre public international français ⁽¹⁸⁶⁾. Consacrant l'analyse susmentionnée, la Cour définit ce mécanisme comme « *le système consistant pour l'émetteur de l'emprunt et ses garants à prendre, envers l'agent des sûretés, afin de faciliter la constitution, l'inscription, la gestion et la réalisation de celles-ci directement au nom de ces agents, un engagement contractuel non accessoire équivalent à celui dont ils sont tenus dans leurs rapports avec les porteurs des titres de créances ou le trustee* ». Ce faisant, la fiducie peut ainsi être une technique de gestion des sûretés, qu'il s'agisse de sûretés réelles ou personnelles. Le fiduciaire va ainsi détenir la sûreté dans l'intérêt des bénéficiaires. Il en a la propriété jusqu'à leur réalisation ou le retour au constituant, ce qui leur donne le titre juridique nécessaire pour réaliser les biens ou droits cédés en garantie pour le compte des créanciers sans intervention de ses derniers ⁽¹⁸⁷⁾.

SOUS-SECTION 5 - NANTISSEMENT MOBILIER

Nous évoquerons le domaine (Paragraphe 1) et le régime juridique (Paragraphe 2) du nantissement mobilier.

Paragraphe 1 - Domaine

Sous paragraphe 1 - Nantissement de meubles corporels

- 632 Gage avec dépossession.** Le gage avec dépossession est réglementé en droit libanais par le décret loi n° 46/L du 22 octobre 1932 relatif au contrat de gage ratifié par l'arrêté 154/LR du 7 novembre 1932 pour le gage civil et, par les articles 264 et s. c. com. lib. pour le gage commercial c'est-à-dire, garantissant une dette commerciale résultant notamment d'un crédit bancaire ⁽¹⁸⁸⁾. Aux termes de l'article 266 c. com. lib., le contrat de gage ne produit aucun effet comme tel si l'objet du gage reste en la possession du débiteur, de telle sorte qu'il apparaisse aux yeux des tiers comme faisant toujours partie de son patrimoine libre et comme susceptible de lui procurer à nouveau un crédit. Il doit être mis et rester en la possession du créancier ou d'un tiers qui le détiendra pour son compte. Si le gage porte sur des marchandises ou objets

¹⁸⁴ WITZ, Réflexions sur la fiducie-sûreté, JCP E 1993, I-244, 231 n° 10.

¹⁸⁵ ADELLE, L'agent des sûretés en droit français: pour une clarification des régimes de l'article 2328-1 du code civil et de la fiducie de sûretés, RDBF 2010 étude 20.

¹⁸⁶ Cass. com. 13 sept. 2011, RDBF 2011, nov.-déc. comm. 201 note LEGAIS ; v. FISZELSON, L'affaire Belvédère: la consécration du trust et de la dette parallèle, RDBF 2011 nov.-déc. étude 32.

¹⁸⁷ LEGAIS, note préc.

¹⁸⁸ GUILLOT, Les nantissements et autres garanties mobilières, AFB diffusion, 2000.

engagés, la dépossession est réalisée par la remise des clés du local fermé les contenant à condition que ce local ne porte pas l'enseigne du débiteur. De même, elle est réalisée par la remise d'un titre représentatif conforme aux usages du commerce (art. 265 al. 1 c. com. lib.). C'est le procédé utilisé, en particulier, pour les warrants (billets à ordre garantis par un gage sur marchandise). Le créancier bénéficiaire d'un gage avec dépossession dispose d'un droit de rétention (art. 2286 al. 1 c. civ. ; art. 4 DL 46/L). Les parties peuvent convenir d'une clause de substitution et décider que ce droit s'exercera même si les marchandises font l'objet de substitutions successives. Le gage originaire survit alors sur les choses substituées de nature et de qualités différentes de celles initialement gagées. Néanmoins, cette faculté de substitution est circonscrite aux choses fongibles par leur nature ⁽¹⁸⁹⁾ et la substitution doit porter sur des choses équivalentes ⁽¹⁹⁰⁾.

- 633 Gage sans dépossession.** Certains biens corporels peuvent faire l'objet d'un nantissement n'entraînant pas dépossession: les véhicules automobiles ainsi que le matériel et l'outillage. La mise en possession est remplacée par une publicité du nantissement par devant les directions administratives compétentes. De plus, le livret de la voiture se voit apposer une mention indiquant qu'il est nanti alors que le matériel est muni d'une plaque informant les tiers du nantissement dont il fait l'objet. Jugé que le droit de rétention portant sur une carte grise ne s'étend pas au véhicule lui-même. Le créancier impayé ne peut ainsi se faire remettre le véhicule correspondant ⁽¹⁹¹⁾.

Sous-paragraphe 2 - Nantissement de meubles incorporels

- 634 Présentation.** Le nantissement peut porter sur le fonds de commerce sans dépossession ⁽¹⁹²⁾. Il porte sur les éléments incorporels du fonds: l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle, l'achalandage, le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les brevets d'invention, les licences, les marques de fabrique et de commerce, les dessins et modèles industriels et, généralement, les droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique qui y sont attachés ⁽¹⁹³⁾. L'une des applications les plus fréquentes est le nantissement du marché. On peut aussi nantir des parts sociales, des effets de commerce, des créances civiles. Ainsi l'emprunteur peut céder ses loyers au prêteur, qui seront payés dès la signification par le locataire, débiteur cédé. Dès lors, peu importe la situation financière du cédant, le prêteur est ainsi remboursé de sa créance ⁽¹⁹⁴⁾. La dépossession s'effectue différemment selon la nature du titre.

Ainsi le gage d'un titre nominatif s'établit par un transfert à titre de garantie inscrit sur les registres de l'établissement émetteur que sur le titre lui-même (art. 265 al. 2 c. com. lib.). Celui d'un titre à ordres s'établit par un endossement formulé « valeur en garantie » ou en termes équivalents (art. 265 al. 3 c. com. lib.). En ce qui concerne les créances ordinaires à personne dénommée, leur mise en gage exige dans tous les cas un acte écrit ayant date certaine et signifié au débiteur de la créance donnée en gage (art. 265 al. 4 c. com. lib.). Le nantissement peut viser un contrat d'assurance-vie ⁽¹⁹⁵⁾. Les garanties portant sur les contrats d'assurance-vie sont des plus fréquentes ⁽¹⁹⁶⁾. Sauf clause contraire, le créancier nanti peut provoquer le rachat nonobstant l'acceptation du bénéficiaire (art. L. 132-10 c. assur.) la mise en œuvre de ce droit ne heurtant pas la prohibition du pacte commissoire ⁽¹⁹⁷⁾. En outre, le nantissement peut porter sur les instruments financiers et autres produits dérivés ⁽¹⁹⁸⁾.

Paragraphe 2 - Régime juridique

- 635 Droit de rétention.** Le gage avec dépossession confère au créancier un droit de rétention lui permettant de conserver le bien jusqu'à son complet paiement. Les gages sans dépossession n'emportent pas en principe

¹⁸⁹ Cass. com. 26 mai 2010, RDBF sept.-oct. 2010 comm. 176 ; v. M. CABRILLAC, MOULY, PETEL, S. CABRILLAC, préc.

¹⁹⁰ Cass. com. 26 mai 2010, RDBF juillet-août 2010, comm. 141 note LEGAIS.

¹⁹¹ Cass. com. 11 juill. 2000, RDBF, n° 1 janv.-fév. 2001, 17 n° 15 obs. CREDOT et GERARD; dans le même sens Cass. com. 31 mai 1994, JCP G 1996, II-22622 note JUBAULT.

¹⁹² Pour une illustration Beyrouth 9^e ch., 15 juin 2010, Cassandre 2010/6, 1190.

¹⁹³ Art. 23-1 DL 11/1967.

¹⁹⁴ v. MATHIEU, Le nantissement de créances notifié: une sûreté devenue absolue? Réflexions pratiques autour de la décision de la chambre commerciale du 26 mai 2010, RDBF sept.-oct. 2010, étude 22.

¹⁹⁵ CERLES, Le nantissement d'assurance-vie après la loi du 17 décembre 2007, RDBF sept.-oct. 2008, étude 22.

¹⁹⁶ LUCET, Les garanties sur contrat d'assurance-vie, Defrénois 1999, 705 ; HAVASSE-BANGET, La fonction de garantie de l'assurance-vie, Defrénois art 36715 et 36785.

¹⁹⁷ Cass. com. 11 juill. 2000 ; RDBF, n° 1 janv.-fév. 2001, 17 n° 14 obs. CREDOT et GERARD. Comp. Paris 27 oct. 1998, JCP E 1999, 619 n° 15 obs. DELEBECQUE.

¹⁹⁸ V. arrêté interm. n° 10851 du 7 déc. 2011, JO n° 60 du 22 déc. 2011, 5756.

droit de rétention, c'est par exemple, le cas du nantissement de fonds de commerce. Par exception, certains sont assortis d'un droit de rétention fictif: ainsi en est-il du gage automobile, du nantissement de compte d'instrument financier. En tout état de cause, le gage ne confère nullement au créancier nanti le droit de s'approprier directement le gage en cas de non-règlement de la dette. Toute clause contraire est nulle ⁽¹⁹⁹⁾.

- 636 Réalisation du gage.** Le créancier gagiste a le droit de poursuivre en justice soit la vente du bien (auquel cas il exerce son droit de préférence sur le prix), soit l'attribution du bien gagé à titre de paiement. Le créancier gagiste n'est pas tenu de demander la réalisation de son gage à l'échéance ⁽²⁰⁰⁾. Aux termes de l'article 271 c. com. lib.: « *A défaut de paiement à l'échéance, le créancier peut, huit jours après une simple signification faite au débiteur et au tiers bailleur du gage s'il y en a un, se pourvoir devant le chef du bureau exécutif, qui fera procéder à la vente publique des objets donnés en gage* » ⁽²⁰¹⁾. De même, aux termes de l'article 30 du décret loi n°11/1967 relatif au fonds de commerce, tout créancier qui exerce des poursuites de saisie-exécution, ainsi que le débiteur contre lequel ces poursuites sont exercées peuvent demander, devant le juge dans le ressort duquel s'exploite le fonds, la vente du fonds de commerce dans son ensemble avec le matériel et les marchandises qui en dépendent. ⁽²⁰²⁾. Le créancier gagiste procédant à la vente de l'objet ou des objets donnés en gage sera payé par privilège sur le prix (art. 271 c. com. lib.). Le privilège du créancier nanti sur le fonds suit le fonds entre toutes les mains par lesquelles il passera ultérieurement ⁽²⁰³⁾. En cas de cessation des paiements du débiteur, le créancier gagiste perd le droit de poursuivre la vente comme l'attribution du gage tant que l'entreprise n'a pas été mise en liquidation (art. 503 c. com. lib.). Il subit, comme les autres créanciers, les délais de paiement prévus par le tribunal. En outre, signalons que le droit du créancier gagiste survit à tout acte de disposition effectué par le débiteur sur le bien en gage ⁽²⁰⁴⁾.

SECTION 3 - GARANTIES DIVERSES

Il existe une série de procédés conférant au banquier sinon une véritable sûreté, tout au moins une situation préférable à celle des autres créanciers. Certains sont spécifiquement bancaires (Sous-section 1), d'autres résultent de l'utilisation de mécanismes de droit commun (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 - MECANISMES PROPREMENT BANCAIRES

Il s'agit principalement de la domiciliation bancaire (Paragraphe 1) des contrats d'échange ou swaps (Paragraphe 2) et des retenues de garantie (Paragraphe 3).

Paragraphe 1 - Domiciliation bancaire

- 637 Présentation.** Par la domiciliation, le débiteur rend ses créances payables aux guichets de la banque. La domiciliation bancaire de certaines créances confère au banquier une quasi-certitude d'être payé. Aussi les clients qui ont fait domicilier leurs salaires bénéficient-ils généralement d'une ouverture de crédit.

Paragraphe 2 - Contrats d'échange ou swaps

- 638 Présentation.** Conformément au décret n° 2009-297 du 16 mars 2009, les contrats financiers mentionnées au III de l'article L. 211-1 c. monét. fin. sont: « Les ... contrats d'échange ». Ainsi le législateur français, consacre expressément la notion de « contrat d'échange » plus communément connue sous l'appellation anglo-saxonne de « swap ». Les swaps peuvent être définis comme des contrats par lesquels deux parties s'échangent des actifs ou des passifs ⁽²⁰⁵⁾. Ce transfert peut être effectif ou prendre la forme du paiement d'un différentiel. C'est un contrat à titre onéreux, commutatif, synallagmatique et consensuel c'est-à-dire parfait dès l'échange des consentements. Il ne correspond pas à une opération de crédit et ne bénéficie donc pas du monopole bancaire. Néanmoins, il est communément classé parmi les opérations bancaires connexes

¹⁹⁹ Art. 271 al. 1 c. com. lib. ; art. 29 D/L 11/1967 sur le fonds de commerce ; et art. 16 D/L 46/1932.

²⁰⁰ Cass. com. 10 oct. 2000, RDBF n° 6 nov.-déc. 2000, 354 n° 224 obs. LEGEAIS.

²⁰¹ V aussi art. 16 D/L 46/1932.

²⁰² Art. 31 D/L 11/1967.

²⁰³ Art. 24 D L 11/1967.

²⁰⁴ Beyrouth 9^e ch., 23 avr. 2009, Cassandre 2009/4, 739.

²⁰⁵ DECOQ, GERARD et MOREL-MAROGER, 337 n° 545 ; BONNEAU et DRUMMOND, 180 n°181 ; BOULAT et CHABERT, Les swaps, technique contractuelle et régime juridique, éd. Masson 1992, 66 et s.

(²⁰⁶).

639 Swap de taux d'intérêts. Dans un contrat de swap de taux «les parties acceptent de s'effectuer réciproquement des paiements équivalents aux montants des intérêts que l'autre partie doit à son prêteur initial » (²⁰⁷). Les parties peuvent convenir que les intérêts seront effectivement versés ou que l'échange ne portera que sur le différentiel de taux. Un swap taux fixe/taux variable, permet ainsi à chaque partie d'obtenir « les fonds dont elle a besoin, au prix qu'elle désirait (taux fixe ou taux variable), avec un taux net inférieur à celui qu'elle aurait pu obtenir sur le marché » (²⁰⁸). Jugé que le contrat de swap de taux d'intérêt, qui consiste pour chacun des cocontractants à prendre en charge les intérêts dûs par l'autre, quoique faisant partie de la catégorie des instruments financiers à terme, n'est pas constitutif d'une opération spéculatif pour celui qui ayant emprunté à taux variable, se prémunit de la sorte contre le risque de hausse du taux de l'intérêt conventionnel. En effet, l'emprunteur à taux variable, ne supporte alors plus aucun risque de taux puisque, grâce à ce contrat, il a, dès le commencement, connaissance de la charge maximale d'intérêts qu'il devra supporter. Il s'ensuit que la banque n'est débitrice à son égard d'aucun devoir de mise en garde lors de la mise en place d'un tel contrat (²⁰⁹).

640 Swap de devises. Un swap de devises permet à chaque partie d'obtenir un financement immédiat dans une devise étrangère à celle d'un endettement préexistant ou d'assurer une couverture de son risque de change (²¹⁰). Ce sont des opérations qui permettent d'échanger une devise contre une autre dans une opération au comptant et l'autre à terme dans le sens opposé. Dans le schéma le plus simple, les parties se transfèrent réciproquement au premier jour du contrat certains montants de deux devises différentes et se remboursent ces montants tout au long de l'accord selon un échéancier convenu qui reflète à la fois le paiement des intérêts et l'amortissement du capital (²¹¹). Ainsi, à la différence des swaps de taux d'intérêt, les swaps de devises entraînent l'échange effectif, au début et à la fin du swap, de capital nominal. Mais le swap peut ne prévoir aucun transfert de devises, les parties n'étant pas intéressées par la disponibilité de liquidités dans la devise étrangère, mais cherchant à couvrir un risque de change (²¹²).

Paragraphe 3 - Retenues de garantie

641 Description. Un certain pourcentage des sommes recouvrées par le banquier sur les débiteurs de son client, à l'occasion d'opérations telles que l'escompte ou l'affacturage, est viré à un compte spécial. Ces sommes servent à compenser les défauts de recouvrement lors d'opérations ultérieures.

SOUS-SECTION 2 - MECANISMES DE DROIT COMMUN

Il s'agit de la compensation (Paragraphe 1) et de la subrogation (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 - Compensation

642 Notion. La compensation confère au banquier une situation privilégiée en cas de cessation des paiements de son client: en effet, il évite ainsi de déclarer sa créance à la « faillite », dans l'attente d'un hypothétique paiement, tout en devant payer immédiatement ses propres dettes (art. 328 c. oblig. c. ; art. 1289 c. civ.). Le compte courant est donc lui-même d'une certaine façon, une sûreté pour l'établissement de crédit. Il est également fréquent que le client rédige une lettre de compensation autorisant le banquier à compenser le solde de ses divers comptes, en particulier des comptes sur livret créditeurs et des comptes courants débiteurs (²¹³).

²⁰⁶ MARTIN, Code monétaire et financier Litec 2011, note sous art. L. 211-1.

²⁰⁷ BONNEAU et DRUMOND.

²⁰⁸ BOULAT et CHABERT, 15.

²⁰⁹ Cass. com. 19 juin 2007, n° 05-22.037, SCI Cristal Parc c/Société Générale : jurisdata n° 2007-039660 ; D. 2007, act. jurispr. p. 1952, obs. DELPECH ; Banque et droit 2007, p. 28, obs. DE VAUPLANE, DAIGRE, DE SAINT MARS et BORNET ; JCP E 2007, pan. 2008 ; RDBF sept.-oct. 2007, 44, note CRÉDOT et T. SAMIN.

²¹⁰ BOULAT et CHABERT, 12 ; GREGOIR, Les marchés des produits dérivés, Banque 1994, 28.

²¹¹ BOULAT et CHABERT, 12.

²¹² BONNEAU et DRUMOND, 181.

²¹³ v. TOLEDO-WOLFSOHN, compensation, Rep. civ. ; BONHOMME, compensation en comptes, Mélanges CABRILLAC Litec 1999, 425 ; COLLIN, caractère volontaire du déclenchement de la compensation, RTDciv. 2010, 229.

Paragraphe 2 - Subrogation

643 Notion. La subrogation conventionnelle des articles 313 et 314 c. oblig. c. (art. 1250 c. civ.) permet au prêteur de bénéficier de tous les droits et sûretés du créancier qui a été payé au moyen des fonds empruntés. Les banquiers en font un usage fréquent. Ainsi peuvent-ils bénéficier du privilège du Trésor public s'ils ont avancé les sommes nécessaires au paiement des impôts, ou du super-privilège des salariés s'ils ont prêté l'argent de la paye précédant la cessation des paiements.

La subrogation doit être expresse et faite en même temps que le paiement (²¹⁴). Après le paiement, la subrogation devient impossible en raison de l'effet extinctif de celui-ci (²¹⁵).

²¹⁴ Cass. civ. 18 oct. 2005, Bull. civ. I, n° 374 ; RTDciv. 2006, 317 obs. MESTRE et FAGES, 1^{re} esp.

²¹⁵ Cass. civ. 28 mai 2008, Bull. civ. I, n° 160 ; RTDciv. 2008, 481 obs. FAGES.

TITRE IV - SERVICES BANCAIRES

Les banques proposent différents services: dépôts (Chapitre 1), encaissements et paiements (Chapitre 2), opérations relatives aux valeurs mobilières et produits financiers (Chapitre 3), fourniture de renseignements financiers et commerciaux (Chapitre 4) et mise à disposition des clients de coffres-forts (Chapitre 5).

CHAPITRE 1 - DEPOTS EN BANQUE

644 Présentation. Il arrive que le client remette à son banquier des choses mobilières à charge pour lui d'en assurer la garde et de les restituer dans l'état où elles lui ont été confiées. C'est par exemple, le cas du dépôt d'objets de valeur ou d'objets précieux, du dépôt de titres confiés avec l'obligation de restituer les objets ou les titres eux-mêmes. Il s'agit alors d'un dépôt régulier soumis comme tel aux règles de droit commun du dépôt ⁽¹⁾. Mais, le plus souvent, ce sont des sommes d'argent que le client remet à son banquier qui peut en disposer pour son activité propre mais doit, en contrepartie, assurer au déposant un service de caisse dans la limite des fonds reçus et, recevoir, pour les joindre au dépôt, toutes sommes à encaisser pour le compte du déposant. C'est un dépôt d'espèces, de monnaie; il est le plus important dans la pratique bancaire. Aussi nous envisagerons le dépôt de fond (Section 1) et ensuite le dépôt de choses mobilières (Section 2).

SECTION 1 - DEPOT DE FONDS

Nous évoquerons la constitution (Sous-section 1) et les effets (Sous-section 2) du contrat de dépôt de fonds.

SOUS-SECTION 1 - CONSTITUTION DU CONTRAT DE DEPOT

645 Nature. L'article 307 alinéa 1 c. com. lib. décrit le contrat de dépôt de la manière suivante: « *La banque qui reçoit en dépôt une somme d'argent en acquiert la propriété. Elle doit la restituer en une ou plusieurs fois en quantité équivalente, à première réquisition du déposant ou dans les conditions de délai ou de préavis fixées au contrat* » (art. L 312-2 c. monét. fin.). Ainsi, le dépôt de fonds en banque ⁽²⁾ est le contrat par lequel une personne remet une certaine somme d'argent à un banquier qui en acquiert la propriété et s'engage à la restituer à sa première demande ou dans les conditions prévues au contrat.

La nature de ce contrat ne fait pas l'unanimité ⁽³⁾. En réalité, le dépôt d'espèces se distingue du dépôt de droit commun à plusieurs égards. Tout d'abord, la monnaie est une chose fongible qui ne peut être restituée que par équivalent, ce qui donne pour le moins au dépôt un caractère irrégulier ⁽⁴⁾. Ensuite, le banquier ne garde pas l'argent remis: il est autorisé à l'utiliser. Egalement, le dépôt en banque n'est pas toujours à vue; un délai peut être fixé à sa restitution ⁽⁵⁾. Au contraire, dans le dépôt de droit commun, il est de l'essence du contrat que la chose soit remise au déposant dès qu'il la réclame, lors même que le contrat aurait fixé un délai déterminé pour sa restitution (art. 1944 c. civ. ; art. 701 al. 2 c. oblig. c.). En outre, le fonctionnement, du compte de dépôt tel qu'il est imposé par l'usage, écarte certaines règles du droit civil relatives au contrat de dépôt, en particulier l'article 331 alinéa 2 c. oblig. c. qui interdit la compensation au cas de restitution d'un dépôt. Les sommes déposées sont portées au crédit du compte du client, et la banque peut en refuser la restitution en invoquant la compensation ⁽⁶⁾.

646 Caractéristiques. Le dépôt en banque donne lieu à l'ouverture d'un compte qui se distingue du compte courant en ce qu'il existe dans un but d'épargne et de consommation et ne comporte pas d'ouverture de crédit, tandis que le compte courant fonctionne en vue de faciliter des affaires commerciales et comporte souvent une ouverture de crédit, avec prévision d'un solde débiteur au regard des clients de la banque, et aussi, en ce qu'il ne comporte pas réciprocité de remises; mais on peut passer facilement du compte de dépôt au compte courant. Lorsqu'il y a compte de dépôt (et non compte courant), chaque opération garde son individualité et peut en conséquence recevoir application d'intérêts et de commissions différents de ceux appliqués à diverses opérations; d'autre part, les dispositions de l'article 304 c. com. lib. ⁽⁷⁾ étant inapplicables au contrat de dépôt, le client, tant qu'il n'a pas été remboursé, a une créance sur le banquier, exigible ou à terme, qui pourrait faire l'objet d'une saisie-arrêt sans attendre la clôture du compte, si elle n'était pas interdite en vertu de l'article 4 de la loi du 3 septembre 1956 relative au secret bancaire ⁽⁸⁾.

¹ Cass. Req. 20 mai 1946, S 1946, 1, 102.

² CENTI, Le contrat de dépôt bancaire, in Mélanges MOULY, Litec 1998, T II, 305.

³ HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET, Traité de droit commercial, T II n°1640 ; RIPERT et ROBLOT, 392 n° 2361 ; RIVES- LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, 295 n° 238 ; DE JUGLART et IPPOLITO, 156 n° 141.

⁴ RIPERT et ROBLOT T 2, 391 n° 2361.

⁵ GRUA, 123 n° 170.

⁶ Cass. req. 25 nov. 1981 D 1892 ; Paris 7 mai 1974, Banque 1974, 982, RTDcom. 1974, 565 obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE.

⁷ Art 304 c.com.lib. « *Avant la clôture du compte courant, aucune des parties ne sera considérée comme créancière ou débitrice de l'autre. L'arrêté de compte seul fixe l'état de leurs relations juridiques, produit de plein droit la compensation globale de l'ensemble des articles de crédit et de débit et détermine le créancier et le débiteur.* »

⁸ FABIA et SAFA, art 307 n°11 ; TYAN, n° 800 in fine.

647 Variétés de dépôts. La pratique connaît différentes formes de dépôts de fonds qui dépendent de la convention des parties: 1- les dépôts à vue se caractérisent par la possibilité pour le déposant de demander à tout moment la restitution totale ou partielle des sommes déposées. 2- les dépôts à terme sont ceux dont il est convenu qu'ils ne pourront être restitués qu'après un délai déterminé. 3- les dépôts à échéance fixe simple ne comportent pas normalement cette possibilité; mais, plus souvent les dépôts à terme prennent la forme de bons à échéance fixe sous la forme de bons de caisse. Ils se présentent sous la forme de billets au porteur, à ordre ou à personne dénommée, et sont transmissibles suivant les modes correspondants. 4- les dépôts avec préavis reçoivent des fonds déposés pour une durée déterminée; ils ne peuvent être retirés qu'après préavis de retrait. Ils sont peut pratiqués. 5- les dépôts avec affectation spéciale qui résultent de la remise de fonds à la banque pour être affectés à une fin déterminée. Ici, la relation de la banque avec son client ne se fonde plus sur le contrat de dépôt mais sur l'exécution d'un autre contrat. Le banquier tient le rôle de mandataire et l'abus de confiance pourrait être relevé s'il venait à détourner les fonds ⁽⁹⁾. 6- les comptes collectifs, qui se subdivisent en compte joint et en comptes indivis, les premiers comportent une clause de solidarité active, les seconds impliquent la signature de tous les indivisaires sauf convention expresse contraire. Mais, en aucun cas le co-titulaire ne peut retirer le dépôt seul et sans formalité.

648 Capacité du déposant. La question de la capacité ne fait pas l'unanimité en doctrine. Pour certains, c'est la capacité de contracter qui est requise (art. 1925 c. civ. et 692 c. oblig. c.). Le dépôt de fonds ne saurait être considéré comme un acte conservatoire car le contrat comporte le droit de retrait à vue ⁽¹⁰⁾. Pour d'autres, il s'agit d'un acte de conservation ⁽¹¹⁾. Pour sa part, la jurisprudence ne considère pas que le dépôt en banque ou sa restitution exige la capacité de disposer. Ainsi a-t-elle admis qu'un administrateur légal même placé sous contrôle judiciaire ayant le pouvoir de faire seul les actes d'administration, procède à la réception des fonds échus au mineur et les retire de la banque dans laquelle ils étaient déposés ⁽¹²⁾. Par ailleurs, soulignons qu'en droit libanais, les femmes mariées ne sont soumises à aucune restriction de capacité, d'autant plus qu'elles sont placées sous un régime de séparation de biens avec leur mari sauf association avec lui. Cela est vrai d'autant plus que depuis la loi libanaise n° 380 du 4 novembre 1994 ⁽¹³⁾ les femmes mariées jouissent de la pleine capacité commerciale pour exercer les activités commerciales et peuvent dans l'exercice desdites activités effectuer tout acte nécessité par les besoins de leur projet commercial (art. 11 et 12 c. com. lib.). Ce qui est sûr c'est que la nullité du contrat pour incapacité ne change guère la situation des intéressés, car le banquier est tenu de restituer de toute manière. En effet, l'article 692 alinéa 2 c. oblig. c. énonce: « *Néanmoins, si une personne capable de s'obliger accepte le dépôt fait par un incapable, elle est tenue de toutes les obligations d'un véritable dépositaire* ».

649 Preuve du dépôt. Le contrat de dépôt étant nécessairement commercial pour le banquier, la preuve devrait être rapportée contre lui par tous les moyens. Cependant, aux termes de l'article 307 alinéa 2 c. com. lib.: « *Toutes les opérations de dépôt ou de remboursement doivent se prouver par écrit* ». En principe, le dépôt donne lieu à l'ouverture d'un compte appelé « compte de chèque » parce que le client demande et reçoit ordinairement un chéquier ou carnet de chèques pour utiliser son compte. L'inscription en compte au crédit du client fournira alors la preuve du dépôt effectué.

SOUS-SECTION 2 - EFFETS DU CONTRAT DE DEPOT

650 Propriété des fonds. Une fois les fonds déposés, le déposant en perd la propriété et ne dispose plus que d'un droit de créance ⁽¹⁴⁾. Les espèces étant choses fongibles, leur dépôt en transfère la propriété au banquier comme le souligne expressément l'article 307 c. com. lib. ⁽¹⁵⁾. Le banquier, dépositaire, n'est en réalité qu'un débiteur de la somme ainsi déposée. Il en résulte que le dépositaire qui ne restitue pas les fonds ne commet pas le délit d'abus de confiance ⁽¹⁶⁾ sanctionné par l'article 670 c. pén. lib. lequel, ne vise d'ailleurs que la violation de certains contrats limitativement énumérés et parmi lesquels ne figure pas le prêt de consommation ⁽¹⁷⁾; réserve faite de l'hypothèse où le banquier ne restitue pas l'argent après la

⁹ Cass. crim. 29 déc. 1937, Gaz. Pal. 1938, 1, 310

¹⁰ RIPERT et ROBLOT, 392 n° 2363.

¹¹ GRUA, 126 n° 176.

¹² Cass. civ. 17 janv. 1978 D. 1980, 17 note CHAMPENOIS-MARNIER ; JCP G 19175 note COURBE ; 20 mars 1989 D. 1989, 40 note MASSIP.

¹³ Cette loi a abrogé les articles 11, 12 et 13 du décret-loi n° 304/1942 instituant le code commerce ; JO n° 45 du 10 novembre 1994.

¹⁴ Cass. civ. 7 févr. 1984, Bull. civ. I n° 49.

¹⁵ Beyrouth 15 mars 1988, Rep. drt banc., 654 sp. 600 mfn 02561.

¹⁶ Cass. crim. 29 déc. 1937 Gaz. Pal. 1938, 1, 310 ; Paris 7 mai 1974, Banque 1974, 982 ; RTDcom. 1974, 565.

¹⁷ TYAN, n° 800 ; HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET n°1640.

clôture du compte ou s'il détourne la totalité des sommes à lui confiées ⁽¹⁸⁾ ou si les fonds lui avaient été remis avec affectation spéciale c'est-à-dire mandat d'en faire un usage déterminé excluant la libre disposition et s'il les avait détournés vers un autre usage.

651 Garde. L'obligation première du banquier est de garder les fonds confiés. On doit admettre qu'elle est de résultat, car le dépôt bancaire est un contrat à titre onéreux où l'établissement se rémunère sur les fonds remis ⁽¹⁹⁾: il relève de la responsabilité renforcée du dépositaire salarié (art. 1298-2 c. civ. ; art. 713 c. oblig. c.). En outre, comme le dépôt porte sur une chose de genre qui ne saurait périr, le banquier ne pourra pas invoquer la force majeure pour se dégager ⁽²⁰⁾. Lorsque le compte en banque a plusieurs titulaires, la garde est effectuée au profit de chacun d'eux: il en va notamment ainsi en cas de compte joint que chacun des titulaires peut de son côté, faire fonctionner sous sa seule signature ⁽²¹⁾.

652 Restitution des fonds. L'obligation du banquier est de restituer les fonds dans les termes de la convention. Cette obligation peut être à vue mais aussi à terme ou assortie d'un préavis. La restitution ne libère le banquier que si elle est totale et faite au client lui-même ou toute autre personne dûment désignée par lui. En outre, « *Lorsque la dette est d'une somme d'argent, elle doit être acquittée dans la monnaie du pays* » (art. 301 c. oblig. c.). En période normale, et lorsque le cours forcé n'a pas été établi pour la monnaie fiduciaire, les parties sont libres de stipuler que le paiement aura lieu en espèces métalliques déterminées ou en monnaie étrangère. Cependant, au cas où le débiteur d'une somme en monnaie étrangère a manqué à la payer au jour où elle est devenue exigible et lui a été réclamée, et où cette monnaie s'est dévaluée ensuite par rapport à la monnaie nationale, le juge peut imposer au débiteur le paiement au cours de la date de l'assignation ou de la mise en demeure ou même de l'échéance: c'est là un procédé de réparation du préjudice causé au créancier par la faute du débiteur ⁽²²⁾.

653 Autorité de l'obligation de restitution. La jurisprudence range l'obligation de restitution du dépositaire en général et celle du banquier en particulier dans la catégorie des obligations de moyens ⁽²³⁾. Est-ce à dire qu'il appartient au client d'établir la faute du banquier dans l'inexécution de son obligation de restitution? En réalité, le problème est de savoir qui doit assumer le risque d'une mauvaise restitution? A cet effet, le banquier ayant la libre disposition des fonds déposés, il doit en assurer les risques. Cela résulte aussi bien de la règle resperit domino que de la règle genara non pereunt. Par exemple, il demeure débiteur des fonds détruits ou confisqués par faits de guerre même si aucune faute ne lui est imputable ⁽²⁴⁾. D'ailleurs, la doctrine se fonde parfois sur cette solution pour justifier qu'un banquier supporte les paiements obtenus au moyen de faux chèques ou de faux ordres de virement ⁽²⁵⁾.

654 Capacité d'obtenir restitution. En exécutant son obligation de restitution, le banquier effectue un paiement puisque par cette restitution il éteint sa dette résultante du dépôt ⁽²⁶⁾. Or, aux termes de l'article 1241 c. civ., le paiement n'est valable que si le créancier, ici le déposant, a la capacité de le recevoir. Le code des obligations et des contrats ne contient pas de texte similaire; on doit soutenir néanmoins que la restitution ne saurait valablement avoir lieu que si le créancier a la capacité de recevoir. Cela résulte indirectement des dispositions de l'article 706 c. oblig. c. aux termes duquel: « *Si le dépôt a été fait par un incapable ou par un insolvable judiciairement déclaré, il ne peut être restitué qu'à celui qui le représente légalement, même si l'incapacité ou l'insolvabilité est postérieure au dépôt* ».

655 Pouvoir d'obtenir restitution. La capacité de restitution est une condition nécessaire mais non suffisante, encore faut-il avoir le pouvoir sur les fonds initialement déposés ⁽²⁷⁾. Un tel pouvoir se perd en cas de saisie

¹⁸ Paris 4 janv. 1934, Gaz. Pal, 1934, 1, 472.

¹⁹ HUET, Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, LGDJ 1996, 1459 n° 33504.

²⁰ RIVES-LANGE et CONTAMINE-RANAUD, n° 261.

²¹ HUET, 1459 ; RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, n° 187.

²² Art. 356-1 c. com. lib.: « *Lorsqu'une lettre de change est stipulée payable en une monnaie n'ayant pas cours au lieu du paiement, le montant peut en être payé dans la monnaie du pays d'après sa valeur au jour de l'échéance. Si le débiteur est en retard, le porteur peut à son choix, demander que le montant de la lettre de change soit payée dans la monnaie du pays d'après le cours, soit du jour de l'échéance, soit du jour du paiement* ».

²³ Cass. civ. 3 avr. 1990 D. 1992 SC, 21 obs. VASSEUR – Contra, Toulouse 11 sept. 1989, D. 1991, SC 32 obs. VASSEUR.

²⁴ Req. 25 févr. 1929, DH 1929, 161 ; Req. 11 juin 1949, S 1929, 1, 372.

²⁵ CABRILLAC et RIVES-LANGE obs. sous Cass. com. 3 janv. 1978, RTDcom. 1978, 141.

²⁶ Art. 310 al. 1 c. oblig. c.: « Le paiement éteint la dette absolument, définitivement et au regard de tous les intéressés ».

²⁷ Art. 706 c. oblig. c. et art. 1940 c. civ.: « *Si la personne qui a fait le dépôt a été dessaisie de ses pouvoirs d'administration, le dépôt ne peut être restitué qu'à celui qui a l'administration des biens du déposant* ».

ou d'une opposition au paiement (art. 1241 c. civ.). Il est de même en cas d'insolvabilité judiciairement déclarée (art. 706 c. oblig. c.) c'est-à-dire en cas de jugement de faillite entraînant le dessaisissement total ou partiel du débiteur.

656 Objet de la restitution. Le banquier n'est pas tenu de restituer les mêmes espèces déposées, il est seulement débiteur d'une somme numériquement égale à celle du dépôt sans tenir compte des fluctuations de valeur de la monnaie durant la période du dépôt (art. 759 c. oblig. c.)⁽²⁸⁾.

657 Créancier de la restitution. En principe, la banque se libère dans les mains du déposant. Cependant, il peut très bien exécuter son obligation de restitution entre les mains d'un tiers dûment habilité à cet effet par le déposant. Aux termes de l'article 705 c. oblig. c.: « *Le dépositaire doit restituer la chose déposée au déposant ou à celui au nom duquel le dépôt a été fait ou à la personne indiquée pour la recevoir* ».

658 Décès. Conformément à l'article 707 alinéa 1 c. oblig. c., en cas de décès du déposant, la créance de restitution passe aux héritiers entre qui elle se divise⁽²⁹⁾. Le banquier doit alors préalablement à toute restitution contrôler la qualité d'héritier de la personne demanderesse. Cependant, si le compte de dépôt est un compte joint, la créance de restitution passera exclusivement au(x) co-titulaire(s) survivant(s) du compte et ce, en vertu de l'article 3 de la loi du 19 décembre 1961 aux termes duquel: « *Au décès de l'un des titulaires du compte joint, le ou les titulaires (survivants) disposeront du compte de manière absolue* ». Dans ce cas, la banque doit s'interdire de donner toute information aux héritiers du titulaire décédé sauf clause contraire insérée dans le contrat de compte joint (art. 4 L. 1961).

659 Lieu et moment de la restitution. Aux termes de l'article 764 c. oblig. c.: « *Sauf stipulation contraire, la chose doit être restituée au lieu où elle a été déposée* ». Mais les banquiers acceptent généralement d'opérer des paiements à valoir sur le dépôt dans d'autres lieux que celui où il fut opéré, sous forme de virements et moyennant une commission. Le banquier a l'obligation de restitution dès que le déposant ou son représentant la lui demande⁽³⁰⁾. L'appropriation indue par la banque du solde créditeur d'un compte clôturé caractérise le délit d'abus de confiance, peu important que durant le fonctionnement du compte, l'établissement ait eu la libre disposition des fonds⁽³¹⁾.

660 Compensation. La règle de l'article 331 alinéa 2 c. oblig. c. (art. 1293 al. 2 c. civ.) qui prohibe la compensation en cas de restitution d'une chose déposée ne s'applique pas. Un banquier est en droit d'opposer à une demande de restitution la créance liquide, certaine et exigible dont il est titulaire contre son client⁽³²⁾.

661 Prescription. La créance du déposant sur la banque se prescrit selon le droit commun par le délai de dix ans (art. 349 c. oblig. c.). Cette prescription court à dater du terme pour les dépôts qui en bénéficient et pour les dépôts à vue, à dater de la dernière opération – versement ou retrait – faite par le client (art. 348 c. oblig. c.). Aux termes de l'article 358 c. oblig. c.: « *La prescription est interrompue par la reconnaissance que le débiteur fait du droit du créancier* ». Il semble que cette reconnaissance résultera de l'envoi par le banquier d'un arrêté de compte et sera renouvelée à chaque envoi successif⁽³³⁾.

SECTION 2 - DEPOT DE CHoses MOBILIERES

662 Responsabilité. La banque peut recevoir des choses mobilières à titre de dépôt à charge de les garder et de les restituer en contrepartie d'une rémunération (art. 690 c. oblig. c.). La banque est responsable de toute perte ou détérioration en sa qualité de dépositaire (art. 713 c. oblig. c.). L'inexécution de ses obligations est souverainement appréciée par les juges du fond. Si la faute de la banque est prouvée, celle-ci ne peut plus se prévaloir de la force majeure⁽³⁴⁾. En l'absence de faute, seule la force majeure exonère la banque de la

²⁸ Paris 18 févr. 1927 et 17 juin 1927, D 1928, 2, 49 note SAVATIER ; Req 25 oct. 1932, DH 1932, 2, 556.

²⁹ Art 707 al. 1 c. oblig.: « *En cas de mort du déposant, le dépositaire ne peut restituer la chose qu'à son héritier ou à son représentant légal* »; v. art. 1939 c. civ.

³⁰ Cass. com. 27 juin 1995, D. 1996 383 note ROMANI ; RTDcom. 1995, 820 obs. CABRILLAC ; RDBB 1995, 186 obs. CREDOT et GERARD.

³¹ Cass.com. 20 juill. 2011, comm. 185, CREDOT et SAMIN.

³² RIPERT et ROBLOT, 132 n° 189; Req. 25 nov. 1891, D. 1892, 1, 296 ; Cass. civ. 15 mai 1945, S 1946, 1 note LESCOT; Paris 22 sept. 1994, JCP G 1994, II-22427 note VASSEUR.

³³ FEBIA et SAFA, art. 307 n° 58.

³⁴ Cass. lib. 7 juin 1988, Rev. jud. lib. 1988, 76 ; Rec. Hatem, fasc. 197, 448 et s.

responsabilité. Jugé qu'une telle force majeure n'existe pas lorsque le vol d'un lingot d'or a lieu suite à une tentative de coup d'état faute des caractères imprévisible et irrésistible desdits événements ⁽³⁵⁾. Néanmoins, décidé que dans de telles hypothèses la banque doit en exécution de son obligation de conservation procéder au déplacement des choses ainsi déposées à un endroit en sécurité ⁽³⁶⁾.

663 Dépôt de titres. Les dépôts peuvent porter sur des titres ou des valeurs mobilières confiés à la banque avec l'obligation de restituer les titres eux-mêmes.

³⁵ Trib. 1^{re} inst. Beyrouth 28 juill. 1983, Rec. Hatem, fasc. 186, 622s.

³⁶ Beyrouth 15 mars 1988, Rec. Hatem, fasc. 197, 451 ; NAJJAR, Dépôt d'objets précieux et responsabilité du banquier Al Adl 1992, 37.

CHAPITRE 2 - SERVICE DES ENCAISSEMENTS ET DES PAIEMENTS

De plus en plus, la banque est obligée d'offrir à la clientèle des facilités pour « les mouvements de fond »⁽¹⁾. Elle doit être en mesure de traiter valablement les versements et les retraits d'espèces, les paiements et encaissements de chèque. A cet effet, les banques recourent à diverses techniques puisées dans les aspects internes (Section 1) et internationaux (Section 2) des services offerts.

SECTION 1 - ASPECTS INTERNES

Les techniques bancaires sont multiples. Quelle que soit la technique utilisée, elle ne prouve pas en tant que telle la cause du paiement mais juste l'acte matériel de paiement.⁽²⁾ Celui qui allègue la cause: remboursement, prêt, donation du virement, doit donc la prouver⁽³⁾. Parmi les techniques bancaires, certaines sont anciennes telles que l'ordre de virement (Sous section 1), le recouvrement des chèques (Sous section 2) et des effets de commerce (Sous section 3). D'autres, sont plus récentes et reposent sur les systèmes informatisés tels les avis de prélèvement (Sous section 4), les titres universels ou interbancaires de paiement (Sous section 5), ou les cartes de crédit et de paiement (Sous section 6).

SOUS-SECTION 1 - ORDRE DE VIREMENT

664 Définition. Le virement fait partie des opérations de banque qui ne sont pas réglementées par le code de commerce libanais. Il est régi par le code des obligations et des contrats (art. 314 c. com. lib.). Le virement est le contrat par lequel une personne donne l'ordre à son banquier de débiter son compte d'une somme déterminée et de la porter au crédit d'un autre compte⁽⁴⁾ en contrepartie d'une commission⁽⁵⁾. Il peut s'agir de son propre compte ou du compte de son créancier. Ce faisant, la banque du donneur d'ordre procède à un paiement alors que la banque réceptionnaire procède à un encaissement⁽⁶⁾.

665 Swift et IBAN. Les virements internes ou internationaux doivent s'effectuer par réseau swift (Society of worldwide interbank financial telecommunication). Ce procédé est aujourd'hui le plus usité d'autant plus qu'il est le plus sûr et le plus rapide⁽⁷⁾. En outre, le virement doit préciser le numéro IBAN (International bank account number) du donneur d'ordre et du destinataire⁽⁸⁾. Nous envisagerons l'exécution de l'ordre de virement (Paragraphe 1) et la réception des fonds virés (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 - Exécution de l'ordre de virement

666 Consensualisme. L'ordre de virement est un mandat donné par le client à sa banque de débiter son compte d'une somme déterminée et de créditer un autre compte du même montant. Le donneur d'ordre ne peut valablement prétendre à son « droit au virement » qu'après acceptation de la banque de l'ordre ainsi donné⁽⁹⁾. Ce contrat est régi par le principe du consensualisme. Il n'est soumis à aucune condition de forme particulière. L'ordre de virement peut se transmettre par écrit quelque soit son support. Il peut être envoyé par télex ou fax. Les banques mettent à la disposition des clients les formules appropriées des opérations de virement. En cas de contestation, il appartient au banquier dépositaire des fonds que lui a confiés son client

¹ ASMAR, Les nouveaux services de la banque Al Adl 1999, 77.

² Cass. civ. lib. 30 mai 1967, Rec. Hatem fasc. 79, 52.

³ Beyrouth 6 mars 1986 Al Adl 1988, 169.

⁴ Beyrouth 11 janv. 1996, Al Adl 1996, 45 note GHSSOUB.

⁵ Le paiement de cette commission constitue un usage bancaire de l'ordre de 1 pour mille, v. CE lib. 14 mai 1968, Al Adl 1968, 592.

⁶ CABRILLAC, Virement, JCh Banque-Crédit-Bourse, vol, 1 fasc 390.

⁷ Le 8 juillet 2010, le Parlement français a approuvé la nouvelle version de l'accord antiterroriste sur les transferts de données bancaires vers les États-Unis – Cet accord UE/ États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'UE aux États-Unis aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme a été autorisé par une résolution législative du Parlement européen du 8 juillet 2010 sur « le projet de décision du Conseil relative à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux États-Unis aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme » -. Il est en vigueur pour cinq ans depuis le 1^{er} août dernier et organise le transfert des données nécessaires à la surveillance du financement du terrorisme vers les États-Unis. JOUE n° L. 195, 27 juill. 2010 p. 5. L'Union doit cependant concevoir un autre système permettant d'éviter, à terme, tout transfert de données non individualisées (ce serait l'équivalent du « Terrorism Finance Tracking Programme » (TFTP) nord-américain): seules les informations sur une piste terroriste précise seraient, par cette autre voie, transmises aux États-Unis.

⁸ Arrêté n° 120 du 14 avril 2009 rendu par le gouverneur de la BDL.

⁹ Beyrouth 11 janv. 1996, Al Adl 1996, 45.

et qui, à ce titre, a l'obligation de ne les restituer qu'à celui qui les lui a confiés ou, conformément aux indications de paiement de ce dernier, d'établir, qu'il a reçu du client l'ordre d'effectuer le virement contesté ⁽¹⁰⁾.

L'ordre de virement peut intervenir expressément ou tacitement, notamment, de l'absence de protestation sur l'ordre de virement non écrit ou du silence des relevés de compte par le titulaire du compte ⁽¹¹⁾. Cependant, cette présomption est réfragable en présence de circonstances de nature à la détruire ⁽¹²⁾. La présomption de l'existence et de l'exécution des opérations n'empêche pas le client pendant le délai convenu ou à défaut pendant le délai de prescription, de reprocher à la banque mandataire d'avoir agi sans mandat, par exemple, lorsque les ordres de virement verbaux émanent d'un préposé indélicat ⁽¹³⁾ ou lorsque l'ordre de virement n'était pas signé par le client, notamment, en cas de signature fausse ⁽¹⁴⁾. Dans ce cas, la banque devra restituer les sommes ainsi virées, le paiement effectué n'étant pas libératoire ⁽¹⁵⁾ conformément aux articles 1239 et 1937 c. civ. Cette règle s'applique même s'agissant d'un titulaire de compte non commerçant ⁽¹⁶⁾.

667 Droits du bénéficiaire. L'émission de l'ordre de virement n'a aucun effet libératoire ni novatoire sur la créance qu'elle est destinée à éteindre ⁽¹⁷⁾. Le virement vaut paiement dès réception des fonds par le banquier du bénéficiaire qui les détient pour le compte de son client ⁽¹⁸⁾. Par conséquent, le donneur d'ordre débiteur n'est pas libéré par l'inscription au crédit du compte du bénéficiaire ; l'extinction de son obligation ne peut résulter que de la réception effective des fonds. Si la banque refuse le virement, celui-ci ne produit aucun effet à l'égard du bénéficiaire ⁽¹⁹⁾. Mais une fois l'écriture effectuée, l'ordre devient irrévocable. Lorsque le virement est exécuté et que le compte du donneur d'ordre est débité, il y a perte de la provision par ce dernier. Mais il n'y a pas acquisition de la propriété de la provision par le bénéficiaire. Il en résulte que si un chèque et un virement se présentent en même temps sur un compte n'ayant pas de provision suffisante, le chèque doit être payé en priorité ⁽²⁰⁾.

668 Obligations du banquier. Le banquier doit exécuter le virement dès qu'il en a reçu l'ordre et en rendre compte à son client ⁽²¹⁾ sous peine de responsabilité à titre de mandataire ⁽²²⁾. La banque a l'obligation d'exécuter avec célérité les ordres reçus ⁽²³⁾ sous réserve, qu'à la date de cet ordre, il existe sur le compte des fonds disponibles, soit en raison de l'état créditeur du compte, soit en raison de l'existence d'un découvert autorisé ⁽²⁴⁾. De même, la banque sera exonérée de toute responsabilité en cas d'« impossibilité absolue » ⁽²⁵⁾. Cette impossibilité peut être juridique ou technique qu'il lui appartient de démontrer et dont elle doit informer immédiatement le donneur d'ordre ⁽²⁶⁾. Le banquier doit vérifier la régularité apparente de l'ordre et donc de la signature, il s'agit là d'une obligation de résultat ⁽²⁷⁾. C'est seulement si le banquier omet de détecter l'anomalie apparente qu'il manque à son obligation de vigilance et qu'il engage sa responsabilité pour avoir exécuté une opération de paiement irrégulière ⁽²⁸⁾. En outre, signalons que la jurisprudence estimant que le banquier est tenu de restituer les fonds déposés par son

¹⁰ Cass. com. 16 sept. 2008, RDBF nov.-déc. 2008, comm. 157 note CREDOT et SAMIN.

¹¹ Cass. com. 19 juin 2007, RDBF nov.-déc. 2007 comm. 208 note CREDOT et SAMIN ; Cass. com. 26 janv. 1999, RDBB n° 73, mai/juin 1999, 97 n° 7 obs. CREDOT et GERARD.

¹² Cass. com. 23 mars 1999, RDBB n° 73 mai/juin 1999, 97.

¹³ Cass. com. 10 févr. 1998, Banque 1998, 80 obs. GUILLOT ; Quot. Jur. 2 avr. 1998, 2 ; RDBB n° 67 mai-juin 1998, 103 n° 3 obs. CREDOT et GERARD.

¹⁴ Cass. com. 16 sept. 2008, Banque et droit n° 122 nov.-déc. 2008, 19 obs. BONNEAU.

¹⁵ Cass. com. 16 sept. 2008 ; 3 nov. 2004, Banque et droit n° 100, mars-avril 2004, 49 obs. BONNEAU.

¹⁶ Cass. civ. 1^{er} juill. 1997, RDBF n° 62 juillet-août 1997, 165.

¹⁷ Cass. com. 29 nov. 1954, Bull. civ. III n° 369.

¹⁸ Cass. com. 3 févr. 2009, JCP 2009 G, II-10045 note BARBIERI, et E, 1227 note STOUFFLET ; Banque et droit n° 125 mai-juin 2009 Chro. dr. Banc. p. 21 obs. BONNEAU ; Cass. com. 18 sept. 2007, Bull. civ. IV n° 194 ; Banque et droit n° 116, nov.-déc. 2007, 27 obs. BONNEAU ; RTDciv. 2007, 812 obs. LEGEAIS.

¹⁹ Beyrouth 11 janv. 1996, arrêt préc.

²⁰ Trib. com. Seine 16 mars 1917, Gaz. Pal. 1917-1918, 1, 107.

²¹ JU Beyrouth 5 août 1998, Al Adl 1998, 489.

²² JU Beyrouth 12 avr. 2001, Al Adl 2001, 272.

²³ Paris 10 nov. 1962, Rec. Hatem fasc. 51, 56.

²⁴ Cass. com. 19 déc. 2000, RDBF n° 46 obs. CREDOT et GERARD ; D. 2002 obs. MARTIN, somm. 640 ; Beyrouth 13 févr. 1997, Rev. jud. lib. 1997, 31.

²⁵ Beyrouth 13 févr. 1997 préc.

²⁶ Paris 5 oct. 1999, RDBF n° 3 mai-juin 2000, 159 n° 97 obs. CREDOT et GERARD.

²⁷ Beyrouth 16 févr. 1995, Rev. jud. lib. 1995, 70 ; Mont-Liban 13 mars 1996, Al Adl 1997, 88 ; Beyrouth 24 oct. 1994, Al Adl 1996, 225 ; JU Beyrouth 18 juin 1991, Al Adl 1992, 376 ; Rev. jud. lib. 1990/1991, 830.

²⁸ Cass. com. 11 mai 2010, Banque et droit, n° 132 juill.-août 2010, 19 obs. BONNEAU.

client, elle lui impose la charge d'établir que l'ordre de virement qu'il a effectué émanait de ce dernier ⁽²⁹⁾.

- 669 Constitution de partie civile de la banque.** Dans la mesure où l'action civile appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction, une banque, qui a dû recréditer le compte de ses clients à la suite de détournements frauduleux commis par un escroc ayant utilisé leur code confidentiel, est recevable à se constituer partie civile contre l'auteur de l'escroquerie. En effet, les manœuvres frauduleuses employées, qui ont eu pour effet de déposséder la banque de fonds détenus pour le compte des clients auxquels elle était tenue de les représenter, sont directement à l'origine du préjudice invoqué par la banque ⁽³⁰⁾.

Paragraphe 2 - Réception des fonds virés

- 670 Vérification et inscription.** Les fonds sont virés à la banque du client destinataire. Celle-ci doit vérifier si cet ordre concerne son client avant de créditer son compte sous peine de responsabilité en cas de virement irrégulier notamment électronique ⁽³¹⁾. La banque doit immédiatement inscrire leur montant au crédit du destinataire en vertu du mandat d'encaissement faute de quoi sa responsabilité sera engagée. La banque doit informer son client destinataire des fonds par un « avis de crédit » lequel peut refuser la réception des fonds. Le silence gardé de sa part est généralement interprété comme une acceptation des fonds virés. La question de la détermination de la date et du lieu du paiement s'impose pour le calcul des intérêts. Le critère adopté est celui de la date et du lieu de l'inscription des fonds virés au crédit du compte du client destinataire. Son acceptation ultérieure vient notifier l'inscription antérieure; elle a donc un effet rétroactif.

SOUS-SECTION 2 - CHEQUE

- 671 Présentation.** Le chèque est un titre écrit par lequel une personne appelée tireur disposant de fonds, donne mandat pur et simple à une banque appelée tiré, de payer à vue une somme déterminée (art. 409, 410, 411 et 425 c. com. lib.). Ce paiement pouvant intervenir au profit d'une tierce personne appelée bénéficiaire (art. 413 al. 2 c. com. lib.) ou au profit du tireur lui-même (art. 414 al. 1 c. com. lib.) ⁽³²⁾. Le chèque est donc un instrument de paiement et non pas de dépôt ⁽³³⁾. Le paiement par chèque met en jeu trois opérateurs: celui qui établit le chèque, le tireur, généralement titulaire du compte; celui qui reçoit le paiement du chèque, le bénéficiaire; celui qui doit payer le chèque, le tiré, c'est-à-dire la banque. Le processus du paiement passe par quatre étapes: délivrance de chéquier par la banque (Paragraphe 1); émission du chèque par le débiteur au profit du bénéficiaire (Paragraphe 2); remise du chèque par le porteur au banquier pour encaissement (Paragraphe 3) et enfin paiement du chèque par le banquier (Paragraphe 4).

Paragraphe 1 - Délivrance du carnet de chèques

- 672 Vérification.** La banque a toute latitude de délivrer ou de refuser les carnets de chèque (art. L. 131-71 c. monét. fin.). Parfois, elle est même tenue de ne pas en délivrer notamment à un interdit ⁽³⁴⁾. En outre, le banquier doit, avant de délivrer ses formules de chèques à un nouveau client, consulter la Banque du Liban auprès de laquelle se tient la Centrale des incidents de paiement des chèques. Le banquier sera informé si le client fait l'objet d'un incident de paiement ou s'il est sous le coup d'une interdiction bancaire ou judiciaire d'émettre des chèques. La consultation de la BDL est obligatoire sous peine de supporter les dommages – intérêts encourus par les tiers du fait de l'émission d'un chèque sans provision. La simple constatation que le banquier a failli à cette obligation de consultation suffit pour engager sa responsabilité.

²⁹ Cass. com. 9 févr. 2010, RDBF juill.-août 2010, comm. 125 note CREDOT et SAMIN.

³⁰ Cass. com. 14 nov. 2007, RDBF janv.-févr. 2008, comm. 2, note CREDOT et SAMIN.

³¹ Cass. com. 29 janv. 2002, D. 2002, J. 717 obs. LIENHARD et, 1336 note TCHNOTOURIAN ; JCP E 2002, 428 note BOUTEILLET ; RDBB n° 2 mars-avril 2002, 66 n° 42 obs. CREDOT et GERARD.

³² RIPERT et ROBLOT, 238 n° 2151 ; CABRILLAC, Chèque, généralités, règles de forme, JCL Banque-Crédit-Bourse, vol. 1 fasc. 310 n° 4 ; Cass. com. 6 juin 2001, obs. MARTIN D. 2002, somm., 635.

³³ Beyrouth Ch. Corr. 22 mai 1995, Rep. drt banc., 905 mfn 02739 ; JU Zahlé, 17 déc. 1987, Rep. drt banc., 648 mfn 02551) ou de crédit (Beyrouth 11 avr. 1994, Rep. drt banc., 841 mfn 02692.

³⁴ Art. L. 131-72 c. monét. fin. ; arrêté n° 6060 du 25 nov. 1995 relatif au règlement de la Centrale des incidents de paiement.

Paragraphe 2 - Emission du chèque

673 Chèque sans provision. La multiplication de formules impayées a poussé le législateur français à prendre un ensemble de mesures, visant à conférer une certaine sécurité à ce moyen de paiement. Une loi du 30 décembre 1991 a finalisé ces mesures en dépénalisant l'émission du chèque sans provision. Cette loi distingue les négligents des « coutumiers du fait »⁽³⁵⁾. Si le tireur a émis un chèque sans provision par négligence, la banque doit lui envoyer une injonction lui interdisant d'émettre des chèques de paiement sur l'un quelconque de ses comptes et lui ordonnant de restituer les formules de chèques en sa possession. Au Liban, l'émission d'un chèque sans provision est toujours constitutive d'un délit pénal. L'article 666 c. pénal lib. punit de trois mois à trois ans d'emprisonnement toute personne qui aurait émis un chèque sans provision préalable et disponible ou avec une provision insuffisante, celle qui aurait retiré après l'émission tout ou partie de la provision, et toute personne qui fait au tiré défense de payer. Cette sanction ne joue pas dans les cas prévus à l'article 428 c. com. lib. c'est-à-dire en cas d'opposition au paiement du chèque par le tireur pour perte du chèque ou faillite du porteur. La mention de cette sanction pénale doit être portée sur tous les carnets de chèques (art. 14 arrêté 6060/1995). Les faits constitutifs du délit de l'article 666 sont énumérés à titre limitatif et exclusif de tout autre fait⁽³⁶⁾. En outre, l'article 667 du code pénal sanctionne des mêmes peines, le délit de complicité d'émission de chèque sans provision qui est avéré, lorsque le bénéficiaire, se fait remettre sciemment un chèque sans provision. La régularisation de la situation du tireur est possible durant toute la durée de validité du chèque par son paiement; auquel cas, le tireur ne sera plus interdit bancaire et son nom sera radié de la liste préétablie par la Centrale des risques.

674 Droits du porteur. Dès lors que le bénéficiaire est entré en possession matérielle du chèque, il acquiert la propriété de la provision. La seule possession présume la propriété et permet au porteur d'ester en justice⁽³⁷⁾. La provision incorporée dans son patrimoine échappe dès lors à l'emprise des autres créanciers du tireur⁽³⁸⁾. Son droit est opposable aux tiers et la preuve de la date de la remise peut être faite par tout moyen, même si le chèque a un caractère civil⁽³⁹⁾.

675 Opposition au paiement. L'opposition au paiement d'un chèque est en principe interdite sous réserve de la perte de chèques – à laquelle il faut assimiler le vol de chèques – et de la faillite du porteur. L'opposition peut être injustifiée, elle fait encourir alors les sanctions pénales du délit de chèque sans provision. Le porteur à qui le paiement est refusé en raison d'une opposition illégale du tireur peut saisir le juge des référés (art. 425-2 c. com. lib.). Le référé par mainlevée de l'opposition illégale n'est ouvert qu'au seul porteur du chèque. Dans le cas où le chèque est perdu ou volé, le tireur doit immédiatement prévenir la banque en précisant le montant du chèque, la somme portée et le nom du bénéficiaire. Une simple opposition orale n'est pas jugée suffisante par les banques. L'opposition se fait par simple lettre. Le banquier bloque la somme correspondante au montant du chèque, à moins qu'un second chèque ne vienne remplacer le premier pour payer le porteur. Dans le cas où le chèque est falsifié, la banque doit vérifier la régularité formelle du chèque présenté mais il s'agit d'une vérification minimale. Jugé que, lorsque le porteur du chèque conteste avoir falsifié le chèque par opposition d'une fausse date, il y a lieu de vérifier l'écriture dès lors que l'écrit contesté doit être pris en compte pour trancher le litige⁽⁴⁰⁾.

Paragraphe 3 - Remise du chèque à l'encaissement

676 Chèque non barré et chèque barré. Le chèque non barré peut être encaissé par le porteur en espèces au guichet du banquier tiré. En revanche, le chèque barré ne peut être présenté au paiement que par une banque pour le compte d'un de ses clients sous peine d'engager la responsabilité de la banque au paiement du chèque et intérêts au taux légal⁽⁴¹⁾. Le barrement s'effectue au moyen de deux barres parallèles apposées au recto. Il peut être général ou spécial. Le barrement est général s'il ne porte entre les deux barres aucune désignation ou la mention « banquier » ou un terme équivalent. Dans ce cas, le chèque ne peut être payé par le tiré qu'à un banquier ou un client du tiré (art. 434 al. 1 c. com. lib.). Le barrement est spécial si le nom d'un banquier est inscrit entre les deux barres (art. 433 al. 3 c. com. lib.). Il ne peut être

³⁵ CABRILLAC, Chèque, Emission et circulation, JCL Banque-Crédit-Bourse, vol 1 fasc. 320.

³⁶ Cass. crim. lib. 12 janv. 1999, Rec. crim. Sader 1999, 252.

³⁷ Cass. civ. lib. 17 mars 1983, Rep. drt banc., 556s mfn 02483.

³⁸ Paris 26 avr. 1965, JCP G 1966, II-14529 note GAVALDA.

³⁹ RIVES –LANGE et CONTAMINE – RAYNAUD, 300 n° 307.

⁴⁰ Cass.com. 25 oct. 2011, Banque et droit n° 141, janv.-fév. 2012, chr. Droit bancaire, 30 note BONNEAU.

⁴¹ Beyrouth 26 oct. 1995, Al Adl 1995, 126 confirmant JU Beyrouth 23 janv. 1995, Al Adl 1995, 402.

payé par le tiré qu'au banquier désigné ou, si celui-ci est le tiré, qu'à son client. Toutefois, le banquier désigné peut recourir pour l'encaissement à un autre banquier (art. 434 al. 2 c. com. lib.). Le barrement général peut être transformé en barrement spécial mais pas le contraire (art. 433 al. 4 c. com. lib.). En outre, le biffage du barrement ou du nom du banquier désigné est réputé non avenu (art. 433 al. 5 c. com. lib.).

Paragraphe 4 - Paiement du chèque par le banquier

677 Chambre de compensation. Le paiement du chèque passe par la chambre de compensation instaurée auprès du siège des agences de la Banque du Liban. Ces paiements sont effectués à partir des comptes de dépôt créditeurs des banques, ouverts auprès du siège ou des agences de la BDL. Néanmoins, sont exclus de la compensation, les chèques tirés par une banque sur son compte qu'elle détient auprès de la BDL ou sur ses comptes ouverts auprès de ses correspondants à l'étranger ⁽⁴²⁾. L'adhésion à la chambre de compensation de toutes les banques opérantes au Liban est obligatoire. En principe, chaque branche de banque doit adhérer à la chambre de compensation dans le ressort de laquelle elle se trouve sauf réglementation contraire ⁽⁴³⁾. Des audiences de compensation par devises ont lieu sous la direction de la BDL. Les audiences ont lieu chaque jour suivant les dates fixées par le gouverneur de la BDL.

678 Obligation de vigilance. Doctrine et jurisprudence s'accordent à faire supporter le banquier qui reçoit le chèque pour encaissement du banquier présentateur, une obligation de vigilance. Le banquier doit vérifier l'identité du porteur du chèque ⁽⁴⁴⁾. Le banquier doit vérifier le domicile du client porteur du chèque barré pour s'assurer de sa qualité de bénéficiaire sous peine de voir sa responsabilité engagée

envers le tireur. Il doit s'assurer que le chèque ne comporte pas d'anomalie apparente, comme une rature, une surimpression, ou même une falsification. Le banquier doit immédiatement procéder à l'encaissement du chèque qui lui est présenté à peine de responsabilité ⁽⁴⁵⁾. La présentation tardive fait supporter la banque le poids du chèque à l'exclusion de tous autres frais ou dépenses sans relation causale avec la faute du banquier ⁽⁴⁶⁾. Certaines fautes commises par le client sont de nature à exonérer partiellement ou totalement la banque. Ainsi en est-il, par exemple, de la négligence du titulaire du compte dans la conservation de son chéquier ou des formules qui en sont détachées, de l'absence de vérification, ou de la vérification tardive des relevés de compte qui permet au salarié indélicat de mettre à profit le temps écoulé pour effectuer de nombreux paiements au moyen de chèques comportant une signature apocryphe ⁽⁴⁷⁾. Il en est de même si le client ne fait pas d'opposition ou présente une opposition tardive après la constatation de la perte ou du vol de formules de chèque ou d'un chéquier.

679 Obligations du banquier tiré. Quand la provision est certaine, liquide et exigible, le banquier tiré doit payer le chèque qui lui est présenté ⁽⁴⁸⁾. Cette obligation de paiement est greffée d'une obligation de célérité. En effet, le paiement à vue du chèque interdit à la banque de le payer par virement. En principe, le paiement du chèque a lieu en espèces. Cependant, le tireur (ou même le porteur) peut défendre un tel mode de paiement en insérant au recto la mention transversale « à porter en compte » ou une expression équivalente. Dans ce cas, la banque ne peut procéder qu'à un règlement par écriture (crédit en compte, virement ou compensation) qui vaudra alors paiement. Si la banque, malgré la mention sus-visée, règle en espèces, sa responsabilité sera engagée en cas de préjudice jusqu'à concurrence du montant du chèque (art. 435 al. 4 c. com. lib.).

680 Obligation de vigilance. Le banquier tiré est tenu d'une obligation de vigilance en sa qualité de dépositaire, il doit vérifier que le titre est signé par le tireur ⁽⁴⁹⁾ et qu'il ne s'agit pas d'un chèque faux c'est-à-dire qui n'est pas revêtu de la signature du titulaire du compte ou de son mandataire mais d'un faussaire. En effet, dans ce cas, le chèque faux n'a pas la qualité légale de chèque, de sorte que la banque tirée en le payant, ne se libère pas valablement de son obligation de restitution qui lui est imposée en vertu

⁴² Art. 1-3 arrêté n° 6911/1998.

⁴³ Arrêté n° 7656 du 8 sept. 2000.

⁴⁴ JU Beyrouth 21 mars 2000, Rec. ZEIN, vol 10, 368 n° 145.

⁴⁵ Trib. 1^{re} inst. Beyrouth 13 juill. 1998, Rev. jud. lib. 1998, 936.

⁴⁶ Trib. 1^{re} inst. Beyrouth 3 mars 1997, Al Adl 1997, 82.

⁴⁷ Cass. com. 9 juill. 1996, Banque n° 577 janv. 1997 obs. GUILLOT.

⁴⁸ CABRILLAC, Chèques, paiement et défaut de paiement, JCL Banque-Bourse-Crédit vol. 1 fasc. 330.

⁴⁹ Beyrouth 22 déc. 1983, Rec. Hatem fasc. 181, 316.

des articles 1239 et 1937 c. civ. ⁽⁵⁰⁾. Le défaut de comparaison de la signature avec le spécimen est source de responsabilité ⁽⁵¹⁾. La jurisprudence met à la charge de la banque tiré l'obligation de vérifier « la régularité formelle du titre » ⁽⁵²⁾. Par conséquent, constitue un paiement libératoire, le paiement effectué par le banquier tiré sur présentation d'un chèque émis par son client ne présentant aucune anomalie apparente ⁽⁵³⁾. Les anomalies apparentes ne sont pas limitatives. Elles peuvent porter sur les mentions obligatoires du chèque mais il peut s'agir également d'anomalie « objective » comme l'ajout d'une quatrième série de numéro au bas du chèque ⁽⁵⁴⁾. A défaut de cette vérification, la banque « prend un risque dont elle doit assurer les conséquences » ⁽⁵⁵⁾. Ainsi, elle sera tenue de réparer seule le préjudice subi par la victime du détournement des chèques, dès lors qu'il n'est pas établi que cette dernière aurait pu prévenir les falsifications et les détournements des chèques litigieux ⁽⁵⁶⁾. La banque doit vérifier la régularité apparente de la suite des endossements (art 431 al. 2 c. com. lib.) ⁽⁵⁷⁾. La banque doit vérifier les pouvoirs du tireur du chèque ⁽⁵⁸⁾. Elle doit vérifier l'identité du présentateur du titre et s'assurer qu'il est le bénéficiaire légitime et légal du titre ⁽⁵⁹⁾. Cependant, l'obligation de vigilance du banquier trouve sa limite dans son devoir de non ingérence. Enfin, signalons que la responsabilité de la banque tiré n'est pas exclusive de celle de la banque ayant pris le chèque à l'encaissement ⁽⁶⁰⁾.

SOUS-SECTION 3 - EFFETS DE COMMERCE

En principe, le paiement des effets de commerce doit s'effectuer auprès du tiré (Paragraphe 1) sauf domiciliation (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 - Paiement auprès du tiré

- 681 Présentation.** L'effet de commerce encore appelé traite, est un ordre de payer une certaine somme, à une personne déterminée, à une échéance donnée. La création de l'effet de commerce est soit l'œuvre d'un créancier, c'est alors une lettre de change (art. 315 c. com. lib.) ou d'un débiteur, c'est alors un billet à ordre (art. 403 c. com. lib.). Généralement, le porteur d'un effet de commerce ne procède pas personnellement à la présentation au paiement: il en charge sa banque. L'effet est transmis au banquier par un endossement en blanc avec mandat de le présenter à l'encaissement et de l'encaisser. L'endosseur reste propriétaire des effets sauf endossement translatif au profit du banquier.
- 682 Obligations et responsabilité du banquier.** Agissant comme mandataire, le banquier doit faire tout ce qui est nécessaire pour le recouvrement sous peine de responsabilité ⁽⁶¹⁾. Pour se libérer, la banque ne peut prétendre qu'elle n'a commis aucune faute; elle doit, à titre de dépositaire, prouver le cas de force majeure par application des articles 790 et 713 c. oblig. c. ⁽⁶²⁾. Dès lors que l'effet se trouve entre ses mains, le banquier doit procéder au recouvrement sans plus tarder à peine de répondre du préjudice que sa négligence peut causer à un client ⁽⁶³⁾ sauf si le renvoi tardif de l'effet est dû à un cas de force majeure ⁽⁶⁴⁾. Aussi la Cour a relevé un manque de prudence de la banque qui, pour refuser le paiement d'un effet, fait prévaloir l'ordre du nouveau gérant tout en sachant que ce changement de gérant était contesté par l'ancien avec des éléments de sérieux apparent ⁽⁶⁵⁾. Selon l'usage, le banquier n'est pas tenu d'aviser son client de l'encaissement. En revanche, il doit l'aviser du défaut d'encaissement et lui retourner le titre en cas de non-

⁵⁰ DECOQ, GERARD, MOREL-MAROGER, n° 456s.

⁵¹ Beyrouth 2 avr. 2002, Al Adl 2002, 357s.

⁵² Cass. com. 30 mars 2010, RDBF juillet-août 2010 note CREDOT et SAMIN ; 16 oct. 2007, RDBF mars-avril 2008 comm. 32 note CREDOT et SAMIN.

⁵³ Cass. com. 16 mars 2010, RDBF juill.-août 2010, comm. 124 note CREDOT et SAMIN.

⁵⁴ Cass. com. 7 juill. 2009, RDBF, nov.-déc. 2009 comm. 177 note CREDOT et SAMIN.

⁵⁵ Cass. com. 9 juill. 2002, Bull. civ. IV n° 114 ; RDBF sept.-oct. 2002, 250 comm. 169.

⁵⁶ Cass. com. 16 oct. 2007 préc.

⁵⁷ Cass. com. 26 janv. 2010, RDBF juill.-août 2010, comm. 122 note CREDOT et SAMIN ; 28 oct. 2008, RDBF 2009 comm. 4.

⁵⁸ Réf. Beyrouth 9 juill. 1980, Rec. Hatem fasc. 172, 378.

⁵⁹ JU Beyrouth 21 mars 2000 Rec. Zein, vol. 10, 302 n° 24.

⁶⁰ Cass. com. 23 juin 1999, RDBF n° 73, mai-juin 1999, 96 n° 6 obs. CREDOT et GERARD.

⁶¹ Pour des illustrations de responsabilité: Beyrouth 14 févr. 1983, Al Adl 1983, 404 ; Trib 1^{re} inst. Beyrouth, Al Adl 1994, n° 3/4, 82 ; Cass. lib. 8 mars 1997, Al Adl 1973, 334 ; 17 mars 1971, Rec. Hatem, fasc. 112 p 55 ; Mont-Liban 13 mars 1996, Al Adl 1996, 117.

⁶² Sud-Liban 2^e ch., 9 oct. 2009, Al Adl 2010/2, 704.

⁶³ Cass. com. 18 oct. 1971, JCP G 1972, II-17053 note VEZIAN ; 7 oct. 1987, Bull. civ. IV n° 160.

⁶⁴ Cass. com. 12 juin 1979, Bull. civ. IV n° 195, 159; Besançon 24 juin 1977 D. 1978 IR 107.

⁶⁵ Cass. com. 16 janv. 2001, RDBF n° 3 mai/juin 2001, 149 n° 97 obs. CREDOT et GERARD.

paiement, quelle qu'en soit la cause. Au cas où il faillirait à cette obligation ou aviserait tardivement son client, son comportement fautif l'oblige au dédommagement ⁽⁶⁶⁾.

Parfois les banques essaient d'échapper à toute responsabilité en faisant souscrire le client à des clauses limitatives ou suppressives de responsabilité. La jurisprudence admet la validité de telles clauses sous certaines conditions: - être acceptées par le client ⁽⁶⁷⁾ - et ne pas inclure ni des fautes lourdes ⁽⁶⁸⁾ ni des fautes dolosives ou intentionnelles ⁽⁶⁹⁾.

- 683 Contrepassation.** La banque peut, avant de recouvrer le chèque, le porter directement au compte du bénéficiaire – client. L'inscription du chèque dans le compte courant du client n'exclut pas le droit de la banque à en réclamer le paiement puisque cette inscription ne vaut pas renonciation de la banque à la propriété du chèque ⁽⁷⁰⁾. La banque peut toujours contrepasser le montant du chèque et également en réclamer le paiement ⁽⁷¹⁾. Le paiement n'a pas lieu par la simple remise du chèque mais par l'encaissement de son montant ⁽⁷²⁾. Ce principe s'applique que le chèque ait été porté dans un compte courant ou dans un compte d'épargne. En outre, la contrepassation n'est point affectée ni par la tardivité du protêt ni par celle de la présentation du chèque ⁽⁷³⁾.

Paragraphe 2 - Domiciliation des effets

- 684 Présentation.** Evoquant la lettre de change, l'article 317 alinéa 4 c. com. lib. prévoit qu'elle « *peut être payable au domicile d'un tiers, soit dans la localité où le tiré a son domicile, soit dans une autre localité* ». La domiciliation consiste donc à rendre l'effet payable non au domicile du tiré mais auprès d'une tierce personne ⁽⁷⁴⁾ appelée domiciliataire. La lettre de change peut être domiciliée chez celui qui en est porteur à l'échéance ⁽⁷⁵⁾ en l'occurrence, un établissement de crédit ⁽⁷⁶⁾. Cette clause de domiciliation n'est pas obligatoire mais facultative. Elle est souvent exigée par les banques prêteuses qui peuvent ainsi s'assurer de la solvabilité des emprunteurs. Elle est toujours accompagnée d'une clause de prélèvement automatique. Le banquier domiciliataire bien que désigné dans l'effet, n'est pas partie à l'opération cambiaire. Il agit en tant que mandataire ou gérant d'affaires du tiré selon les instructions de celui-ci. La forme du mandat est libre ⁽⁷⁷⁾. De même, l'existence d'un mandat exprès rend inutile un mandat de domiciliation ⁽⁷⁸⁾.

- 685 Obligations du domiciliataire à l'égard du tiré.** Une banque à qui sont présentées en vue de leur paiement des lettres de change tirées sur l'un de ses clients, ne peut se dessaisir des fonds dont elle est dépositaire pour le compte de ce client, que sur instruction reçue de lui indépendamment de la mention de domiciliation ⁽⁷⁹⁾. En effet, le banquier domiciliataire doit payer les effets qui lui sont présentés non pas en vertu des mentions, fussent-elles d'acceptation, figurant sur le titre, mais en vertu de l'ordre extérieur au titre résultant de l'accord tacite du tiré désigné, celui-ci s'étant engagé à procéder dès réception du relevé aux vérifications adéquates ⁽⁸⁰⁾ et ce, même si la traite est acceptée par le client tiré ⁽⁸¹⁾. En cas de paiement par la banque domiciliataire sans instructions, celle-ci doit restituer. La restitution peut être ordonnée sans qu'il soit nécessaire de rechercher si le préjudice du tiré est inférieur à ce montant et, indépendamment de toute référence à l'absence de provision du compte ⁽⁸²⁾. A fortiori, si le domiciliataire paie sans avoir reçu un avis de domiciliation l'invitant à le faire, sa responsabilité sera engagée ⁽⁸³⁾. En outre, le banquier domiciliataire supporte certaines obligations: il doit vérifier la régularité apparente du titre, informer et

⁶⁶ Cass. com. 6 févr. 1978 RTDcom. 1978, 102.

⁶⁷ Cass. civ. 4 janv. 1910 S 1911, 1, 521 note BOURCART.

⁶⁸ Paris 9 juill. 1982, RTDcom. 1983, 596.

⁶⁹ Paris 9 juillet 1980 RTDcom. 1981, 301.

⁷⁰ Cass. civ. lib. 18 mars 1983, Rep. drt banc., 569s mfn 02492.

⁷¹ Cass. civ. 7 avr. 1964 arrêt préc.

⁷² Cass. civ. 10 juin 1963, D 1963, 11.

⁷³ Montpellier 23 oct. 1953, D 1953, 131 note SAVATIER ; Beyrouth 21 avr. 1969, AI Adl 1970, 93 n° 60.

⁷⁴ Aix-en-provence, 23 avril 1980 RTDcom. 1981, 799 obs. CABRILLAC et TEYSSIE.

⁷⁵ Cass. civ. 21 oct. 1942, Gaz. Pal. 1943, 1, 15.

⁷⁶ REVEL, Le contrat de domiciliation des effets de commerce, JCP CI 1976, II-12282 ; GAVALDA et STOUFFLET, Droit du crédit, Litec T 2, 1998 n°106.

⁷⁷ Cass. com. 29 juin 1965 D. 1965, 823.

⁷⁸ Lyon 19 févr. 1974 RTDcom. 1974, 130 obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE.

⁷⁹ Cass. com. 30 nov. 1999, Bull. civ. IV n° 213 ; RTDcom. 2000, 149 obs. CABRILLAC.

⁸⁰ Cass. com. 9 févr. 1999, Banque n° 603 mai 1999, obs. GUILLOT ; JCP G 1999 IV-1605.

⁸¹ Paris 7 avr. 1973, JCP G 1973, II-17555 note GAVALDA.

⁸² Cass. com. 3 nov. 1999 préc.

⁸³ Cass. com. 23 avr. 1976 D. 1977, 563 note VERNELLE ; RTDcom. 1976, 755 obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE ; 22 nov. 1977, JCP G 1978, II-18997 note GEJOUT ; Paris 7 avr. 1973, JCP G 1973, II-17555 note GAVALDA.

conseiller son client tiré sur les formalités nécessaires au paiement des effets domiciliés ⁽⁸⁴⁾.

- 686 Obligations du domiciliataire à l'égard du porteur.** Dès lors que la banque domiciliataire a reçu du tiré mandat de payer et que la situation du compte permet le paiement dans la limite du montant du découvert usuellement autorisé, elle est tenue de l'exécuter sauf à engager sa responsabilité envers le porteur ⁽⁸⁵⁾. En outre, la banque domiciliataire qui n'est pas engagée par une obligation cambiaire au paiement d'une lettre de change, mais seulement par l'ordre de payer reçu du tiré, ne peut invoquer la nullité de l'effet pour omission d'une de ses mentions qu'autant que le tiré aurait pu lui-même soutenir n'être pas engagé par un titre incomplet, et lui aurait par son mandat confier le soin de soulever pour son compte une telle exception ⁽⁸⁶⁾. En revanche, la banque n'est pas tenue d'informer le tireur des difficultés rencontrées par le tiré ⁽⁸⁷⁾.

SOUS-SECTION 4 - AVIS DE PRELEVEMENT

- 687 Présentation.** L'avis de prélèvement repose sur un double mandat permanent. Un mandat donné à un fournisseur créancier en vertu duquel le débiteur autorise ce fournisseur à émettre des avis et à débiter son compte ⁽⁸⁸⁾. Ce mandat constitue ce qu'il convient d'appeler la convention de prélèvements; un mandat donné par le débiteur au banquier en vertu duquel il l'autorise à passer des ordres de débit au fournisseur. Ce mandat porte le nom d'« autorisation de prélèvement ».

Paragraphe 1 - Mécanisme

- 688 Description.** En pratique, le créancier émet un document bancaire, « l'avis de prélèvement » à l'occasion de chaque créance. Cet avis de prélèvement est présenté au paiement par le banquier du créancier dans les mêmes termes qu'un effet de commerce. Le consentement à cette modalité de paiement est constatée par la présentation des différentes factures (électricité, téléphone, etc.) à la banque, laquelle, recouvre lesdites factures en exécution d'un avis de prélèvement signé au préalable par le client débiteur selon un exemplaire pré-établi. Ce double mandat est révocable par le débiteur, mais cette révocation doit être double. Elle peut être expresse ou tacite ⁽⁸⁹⁾ et résulter de la clôture de son compte par le client ⁽⁹⁰⁾. Au cas où la révocation est injustifiée, la responsabilité du débiteur est engagée, mais le banquier doit néanmoins se conformer à la révocation ⁽⁹¹⁾.

Paragraphe 2 - Rapports contractuels

- 689 Rapports entre l'émetteur et la banque.** Ces rapports entre l'émetteur et la banque reposent sur deux conventions: 1- une convention générale dite convention-cadre qui définit et détaille les modalités du procédé: suppression du support papier et adoption du service informatique, fixation des dates auxquelles les avis de prélèvements seront réunis, délai pour l'encaissement, coût de l'opération, etc. 2- des conventions d'application qui consistent dans les remises des avis de prélèvements par l'émetteur à la banque pour le recouvrement. L'avis de prélèvement n'est pas un effet de commerce. C'est un support matériel de l'opération contenant les informations nécessaires au recouvrement: identification de l'émetteur, de son compte, montant et date de la créance recouvrée, etc. La remise de ce document au banquier emporte mandat de recouvrement dans les termes semblables au recouvrement des effets de commerce. Aussi le banquier doit-il faire preuve de diligence et présenter l'avis de prélèvement au banquier « domiciliataire » dans un délai raisonnable. En principe, cette présentation a lieu en chambre de compensation comme pour les effets de commerce domiciliés. Mais rien n'empêche, dans certains cas, que la banque règle directement l'émetteur au vu des avis de prélèvements.

- 690 Rapports entre le débiteur et sa banque.** Les rapports entre le débiteur et sa banque sont régis par la convention de prélèvement. Par cette convention, le débiteur donne à sa banque un mandat permanent de

⁸⁴ Cass. com. 9 avr. 1973 JCP G 1973, II-17555 note GAVALDA.

⁸⁵ Cass. com. 23 nov. 1999, préc.

⁸⁶ Cass. com. 23 nov. 1999 préc.

⁸⁷ Cass. com. 11 févr. 1992 cité par GAVALDA et STOUFFLET, 374 n° 724.

⁸⁸ RIPERT et ROBLOT, 499 n°2448 ; v. cependant RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, 320 n° 323 qui contestent la qualification de mandat. Pour ces auteurs, il s'agit d'une convention sur les modalités de paiement des créances: convention de domiciliation en banque des créances.

⁸⁹ Cass. com. 1^{er} avr. 1997 RTDcom. 1997, 488 obs. CABRILLAC.

⁹⁰ Cass. com. 21 nov. 1978 RTDcom. 1978, 301 obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE.

⁹¹ Cass. com. 21 nov. 1978, Bull. civ. IV n°271.

payer les avis de prélèvement qui lui seront présentés pour le compte de son créancier. Cependant, ce mandat ne crée aucun droit au profit du créancier à l'encontre du banquier domiciliataire ⁽⁹²⁾. Le banquier procède au règlement sous ordre exprès et conserve les avis de prélèvements comme pièces comptables. La preuve des paiements intervenus résulte des écritures de débit portées.

SOUS-SECTION 5 - TITRE INTERBANCAIRE DE PAIEMENT

- 691 Présentation.** Le titre interbancaire de paiement (TIP) existe en France depuis le 1^{er} février 1988. C'est un ordre de paiement écrit et préétabli par le créancier que le débiteur doit retourner, signé et daté, à un centre de paiement qui sert d'opérateur avec, pour la première utilisation, son identifiant unique. Son fonctionnement est alors identique au prélèvement ⁽⁹³⁾.

SOUS-SECTION 6 - CARTES DE CRÉDIT ET DE PAIEMENT

- 692 Réglementation.** Les notions de carte de crédit et de paiement, ont été intégrées à l'article 70 c. monn. créd. en vertu de la loi n° 133 du 26 octobre 1999. Cette loi à été complétée par l'arrêté n° 7299 du 10 juin 1999 modifié par l'arrêté n° 10984 du 30 avril 2002, et les arrêtés n° 8341 du 24 janvier 2003 et n° 9668 du 9 août 2007. En droit français, la matière est désormais régie par les dispositions de l'ordonnance du 15 juillet 2009. Les conventions-cadres régissant les rapports entre les différents acteurs ont été mises en conformité avec le nouveau dispositif, entré en vigueur le 1^{er} novembre 2009.

- 693 Fonctions.** Les cartes ont quatre fonctions (art. L 132-1 c. monét. fin.) qui peuvent être cumulatives: 1- **Carte de retrait** (debit cards). Cette carte permet le retrait d'espèces auprès d'un automate: distributeur automatique de billets (DAB) ou guichet automatique de banque (GAB). 2- **Carte de paiement** (credit cards). Elle permet de régler le créancier en débitant le compte du titulaire de la carte et en créditant celui du créancier ⁽⁹⁴⁾. 3- **Cartes de crédit** (charge cards). La carte peut être assortie d'une fonction de crédit lorsque l'émetteur ou la banque accorde au titulaire de la carte une ligne de crédit. Ce crédit peut être « revolving » c'est-à-dire que « les remboursements ou remises faites par le crédité pendant la durée du contrat augmentent d'autant le disponible à son profit » (art 310 al. 2 c. com. lib.). Ce crédit présente le double avantage d'être permanent et de se régénérer automatiquement. 4- **Cartes de garantie.** Le crédit peut être accordé sous forme de garantie de paiement. En ce cas, l'émetteur ou la banque s'engage à régler les factures de la carte jusqu'à concurrence d'un montant prédéterminé ⁽⁹⁵⁾.

Nous évoquerons le mécanisme du paiement par carte (Paragraphe 1) et les différentes utilisations frauduleuses susceptibles de l'affecter (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 - Mécanisme du paiement par carte

Le paiement effectué par la carte magnétique met en présence trois opérateurs économiques: le titulaire de la carte comme adhérent, le commerçant comme fournisseur et l'établissement financier comme émetteur. Cette opération, bien que mettant en cause trois partenaires, repose sur deux conventions: la convention d'« adhésion » (paragraphe 1) et le contrat de « fourniture » (paragraphe 2).

Sous-paragraphe 1 - La convention adhésion

- 694 Formation.** La convention adhésion est conclue à la demande du client. Celui-ci doit jouir de la capacité nécessaire dans la mesure où il peut effectuer des opérations débitrices et des opérations relativement importantes. Le contrat doit être écrit ⁽⁹⁶⁾ sous peine d'engager la responsabilité de l'émetteur. Lorsque la demande est formulée par une personne morale, la carte sera remise au nom de son représentant conventionnel ou légal. Le contrat adhésion est un contrat intuitu personae qui présente les caractéristiques du contrat d'adhésion de droit commun.

⁹² RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, 322 n° 325.

⁹³ DECOQ, GERARD et MOREL – MAROGER, 319 n° 514.

⁹⁴ DE LEYSSAC note sous Cass. civ. 1^{re} 21 nov. 1984 D 1985, 297 ; JEANTIN et Le CANNU, n° 189, 121.

⁹⁵ Ainsi en est-il en France de la carte de garantie de chèques. Cette carte n'est pas un instrument de paiement, mais vise à garantir le paiement des chèques émis par son titulaire dans la limite d'un montant déterminé. Cette carte vaut caution de la banque émettrice vis-à-vis de son client titulaire de la carte.

⁹⁶ V. Art III du Code européen de bonne conduite.

- 695 Garantie de l'émetteur.** L'émetteur s'engage à régler les factures de la carte en sa qualité de garant: il doit payer jusqu'à concurrence du montant préalablement convenu. Il devra payer même en cas d'absence ou d'insuffisance de provision. Cela est vrai d'autant plus que « *l'ordre ou l'engagement de payer donné au moyen d'une carte de paiement est irrévocable* » (art. L 132-2 c. monét. fin. fr.). Par la suite, il pourra se retourner contre l'adhérent dans la mesure où il ne paie que sous réserve de « bonne fin d'encaissement ».
- 696 Mandat.** La banque agit en sa qualité de mandataire chargé des paiements pour le compte du porteur de la carte. Par conséquent, l'ordre de paiement donné à la banque nécessite l'utilisation physique de la carte et le saisi du code confidentiel par le client. A défaut, le paiement est réputé réalisé sans mandat et la banque doit annuler le débit reproduit et restituer au porteur de la carte la somme prélevée sur son compte ⁽⁹⁷⁾ sauf clause contraire. C'est ainsi que la Cour de cassation française a pu considérer que la communication par le titulaire de la carte des données faciales de celle-ci, n'oblige pas le titulaire de la carte, dès lors qu'elle ne peut pas s'analyser en un mandat de payer- de sorte que, faute d'un tel mandat, la banque est tenue de restituer la somme débitée ⁽⁹⁸⁾. Cette solution se justifie selon la Haute cour ⁽⁹⁹⁾ par l'article 1937 du code civil aux termes duquel: « *Le dépositaire ne doit restituer la chose déposée qu'à celui qui la lui a confiée, ou à celui au nom duquel le dépôt a été fait, ou à celui qui a été indiqué pour la recevoir* » (art. 705 al. 1 c. oblig. c.). En vain, la banque se prévaut de la force majeure pour se libérer dans la mesure où celle-ci ne s'applique pas aux obligations de donner en l'occurrence, restitution de l'argent, dont est tenue la banque ⁽¹⁰⁰⁾. Faute d'opposition en temps utile, le commerçant ne peut plus éviter le remboursement à la banque en invoquant les exceptions.
- 697 Sécurité de fonctionnement.** L'organisme émetteur doit vérifier la signature apposée sur les factures normalisées et l'absence d'opposition au paiement par suite de vol ou de perte. Il doit informer les commerçants adhérents. L'émetteur doit assurer au client une sécurité de fonctionnement de la carte et plus particulièrement une sécurité de retrait. En cas de dysfonctionnement, l'émetteur devra rembourser les retraits litigieux ⁽¹⁰¹⁾ nonobstant toute clause contraire ⁽¹⁰²⁾.
- 698 Obligations de l'adhérent.** Les obligations de l'adhérent sont précisées dans le contrat, elles sont multiples: l'adhérent doit payer une cotisation annuelle qui est prélevée automatiquement sur son compte et dont le montant varie en fonction des services demandés. Il doit rembourser l'organisme émetteur des sommes qu'il a payées et le cas échéant des intérêts suivant les modalités fixées dans le contrat. Il doit apposer sa signature sur le dos de la carte dès la délivrance de la carte afin d'éviter son utilisation frauduleuse sous peine de responsabilité ⁽¹⁰³⁾. L'adhérent doit immédiatement notifier l'émetteur de la perte ou du vol de la carte. Il doit tenir son code sous le sceau du secret. A ce propos, il convient de signaler que la jurisprudence française a posé le principe de la responsabilité de l'adhérent, porteur de la carte hors le cas d'utilisation frauduleuse dans les termes suivants: le titulaire de la carte est responsable de la garde et de l'usage de sa carte ainsi que de l'attribut de celle-ci que constitue le code confidentiel indispensable pour l'utiliser ⁽¹⁰⁴⁾ mais en cas de faute alléguée, il appartient au banquier émetteur de démontrer la faute du porteur, au moyen d'autres éléments que l'utilisation de la carte par un tiers. Ainsi l'utilisation de la carte et du code confidentiel par un tiers ne constitue pas à elle seule, la preuve de la négligence du porteur en dehors d'autres éléments extrinsèques établissant cette faute tel l'aveu du porteur, ou les circonstances du vol démontrant que le porteur n'a pas adopté l'attitude d'un « bon père de famille » ⁽¹⁰⁵⁾. Egalement, l'adhérent doit utiliser la carte dans les termes de la convention. A défaut, l'émetteur se réserve souvent la prérogative de résilier le contrat à tout moment.

⁹⁷ Cass. com. 23 juin 2004 D 2004, act.-jur., 1972 note X; Comm. com. élect. 2004, comm., n° 161 note GRYNBAUM; Pet. Aff. 10 mai 2005, 9 note E. C.; RDBF, sept.-oct. 2004, 319 obs. CREDOT et GERARD.

⁹⁸ Cass. com. 24 mars 2009, Banque et droit n° 125 mai-juin 2009, 21 obs. BONNEAU.

⁹⁹ Cass. com. 12 déc. 2006, JCPE et A 2007 panor. 1132.

¹⁰⁰ Il convient de noter que désormais la Cour française au lieu de viser l'article 1937 c. civ., pourra se référer à l'article L 132-4 c. monét. fin.

¹⁰¹ TI Paris 23 nov. 2000, RDBF mars-avr. 2001, 76 obs, CREDOT et GERARD; D 2001, Act-jur, 475 obs. AVENA-ROBARDET.

¹⁰² Cass. com. 21 mai 1996, RDBB 1996, 190.

¹⁰³ Aix 25 févr. 1980 D 1981, IR 506 obs. VASSEUR.

¹⁰⁴ Cass. com. 8 oct. 1991 D 1991 J 581 VASSEUR.

¹⁰⁵ Cass. com. 2 oct. 2007 JCP E et A 2007, 2376 obs. BOUTEILLER, RDBF, nov.-déc. 2007, comm. n° 206, 42 note CREDOT et SAMIN; comm. n° 234, 60 note CAPRIOLI; BESANCON 14 nov. 2006; Juris-data n° 2006-322558; CA Nîmes 16 févr. 2006 Juris-data n° 2006-303316 cités par BOUTEILLER, obs. préc; v.infra.

699 Propriété de la carte. Il est généralement stipulé que la carte magnétique reste la propriété de l'émetteur. Si l'adhérent refuse de restituer la carte ou continue à l'utiliser, son comportement est constitutif de délit pénal (¹⁰⁶). Si la carte est défectueuse, l'adhérent ne peut la conserver sous peine d'engager sa responsabilité (¹⁰⁷).

700 Titulaire de la carte et titulaire du compte. Le titulaire de la carte est solidairement tenu avec le titulaire du compte sur lequel la carte est émise et inversement. Ainsi, au cas où la carte est délivrée à une personne morale afin d'être utilisée par des salariés ou dirigeants pour leur activité professionnelle, le titulaire et l'utilisateur sont solidairement responsables des utilisations irrégulières (¹⁰⁸). Il en est de même lorsque la carte est émise sur un compte joint. La solidarité passive oblige tous les co-titulaires du compte peu importe l'utilisateur de la carte. Ces solutions trouvent leur source dans l'obligation d'exécution de bonne foi des contrats. Par conséquent, malgré l'opposition régulièrement formée par le titulaire du compte celui-ci reste tenu sauf s'il justifie que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée.

Sous-paragraphe 2 - Le contrat fournisseur

701 Variantes. A la différence des espèces ou des chèques qui peuvent servir à payer n'importe quel créancier, les cartes de paiement ne peuvent être utilisées qu'au profit de commerçant ayant adhéré au « système ». Le contrat fournisseur encore appelé contrat accepteur étant conclu intuitu personne, la banque se réserve le droit d'agréer ou non tel ou tel commerçant. Trois types de contrat ont été normalisés: 1- les contrats de paiement de proximité, il s'agit de la vente avec présence de l'acheteur. 2- le paiement à des tiers, il s'agit de la vente par correspondance, téléphone, minitel, fax ou terminal. Dans le cas de vente à distance, le titulaire de la carte communique à l'accepteur le numéro de sa carte, la date d'échéance de celle-ci, son nom et son prénom et le titulaire du compte accepte d'être débité par les enregistrements ou relevés transmis par l'accepteur. En contrepartie, le contrat fournisseur prévoit que l'accepteur autorise les banques à débiter d'office son compte de toute opération qui serait contestée par le porteur de la carte. Dans le cas de paiement par correspondance, le titulaire de la carte ayant apposé sa signature sur le bon de commande, les contestations sont rares. 3- le quasi-cach, il s'agit de la délivrance d'espèces par certaines professions (bureaux de change, casinos, hippodromes). L'utilisation d'un équipement électronique est rendue obligatoire à cause des demandes d'autorisation systématiques. L'accepteur doit s'assurer de l'identité de son client par une pièce officielle, prendre son adresse, celle de la banque émettrice ainsi que la date de délivrance de la carte et sa date de fin de validité. Pour ces transactions, l'accepteur n'a aucune garantie de paiement.

702 Droits et obligations du commerçant. Le commerçant doit porter à la connaissance de la clientèle qu'il accepte le paiement par carte. Il doit vérifier, avant chaque paiement la validité de la carte, qu'elle n'a pas fait l'objet d'un avis d'opposition et que la signature qui figure sur la facture est bien identique à celle qui est sur la carte (¹⁰⁹). Pour les achats dépassant un montant fixé dans le contrat, il doit demander une autorisation téléphonique sauf s'il dispose d'un terminal relié à la Centrale des oppositions. A défaut d'avoir procédé à ces vérifications, le commerçant engagera sa responsabilité: il supportera les risques du défaut de paiement (¹¹⁰). En outre, le commerçant doit respecter les mesures de sécurité mises à sa charge sous peine d'être privé de la garantie contractuelle (¹¹¹). Il doit établir et transmettre les factures suivant les prescriptions de l'émetteur. Il doit verser à l'émetteur des commissions sur le montant des achats.

703 Droits et obligations de l'émetteur. L'organisme émetteur garantit le paiement des factures selon les termes et limites du contrat. En l'absence de crédit, il ne peut exécuter des paiements sans commettre de faute lorsque le solde du compte est débiteur (¹¹²). En outre, il doit vérifier le caractère anormal ou inhabituel des dépenses et s'interdire de payer lorsque les dépenses occasionnées par l'utilisation de la carte

¹⁰⁶ TGI Créteil, ch. corr., 15 janv. 1985 D 1985 IR 344 cité par GAVALDA et STROUFFLET, 386 n° 734.

¹⁰⁷ Cass. com. 10 janv. 1985, Bull. civ. IV n° 7.

¹⁰⁸ Cass. civ. 2 mai 1991 D 1991 IR, 168.

¹⁰⁹ Cass. civ. 14 juin 1988, RTDcom. 1988, 660 obs. CABRILLAC et TEYSSIE; Cass. com. 21 mai 1996, RDBB 1996, 234 obs. CREDOT et GERARD; Beyrouth 4^e ch., arrêt n°822, 30 mai 2007, Al Adl 2007/4, 1741.

¹¹⁰ Cass. 1^o civ. 14 juin 1988 D. 1988 186, 660; Paris 15 sept. 2000, RDBF nov.-déc. 2000, 348 n° 216 obs. CREDOT et GERARD; CA Orléans 21 mars 2002, RDBF juill.-août 2002, 183 n° 126 obs. CREDOT et GERARD.

¹¹¹ Cass. com. 27 sept. 2005, RDBF, nov.-déc. 2005, act. 198, 10.

¹¹² Cass. com. 13 mars 2001, préc.

résistent un tel caractère ⁽¹¹³⁾. Il en résulte que la vérification du caractère anormal ou inhabituel n'est pas une simple faculté laissée à l'appréciation de la banque mais une véritable obligation. Le plus souvent, l'émetteur se réserve le droit de mettre fin à l'adhésion du commerçant pour tout motif légitime et en particulier, en cas de cession du fonds. La jurisprudence a également considéré comme motif légitime de résiliation le fait pour un commerçant d'utiliser les informations codées sur les cartes pour réaliser des paiements par virements directs, évitant ainsi de payer les commissions ⁽¹¹⁴⁾.

Paragraphe 2 - Utilisations frauduleuses de la carte

Les utilisations frauduleuses seront envisagées dans les rapports de l'émetteur avec le titulaire de la carte (Sous-paragraphe 1) et le commerçant (Sous-paragraphe 2) avant d'évoquer les sanctions qui s'y attachent (Sous-paragraphe 3).

Sous-paragraphe 1 – Rapport émetteur / titulaire de la carte

- 704 Charge de la preuve et perte ou vol de la carte.** La question est de savoir si l'utilisation par le voleur du code confidentiel de la carte volée ou perdue présume la faute du titulaire ou s'il appartient à l'émetteur de la carte d'en rapporter la preuve? A ce propos, l'article L 132-3 c. monét. fin. décide: « *Le titulaire d'une carte mentionnée à l'article L. 132-1 supporte la perte subie, en cas de perte ou de vol, avant la mise en opposition prévue à l'article L. 132-2, dans la limite d'un plafond qui ne peut dépasser 400 euros. Toutefois, s'il a agi avec une négligence constituant une faute lourde ou si, après la perte ou le vol de ladite carte, il n'a pas effectué la mise en opposition dans les meilleurs délais, compte tenu de ses habitudes d'utilisation de la carte, le plafond prévu à la phrase précédente n'est pas applicable* » ⁽¹¹⁵⁾. Par application de cet article, la Haute cour considère qu'il appartient à l'émetteur de rapporter la preuve de la faute lourde du titulaire d'une carte bancaire volée en cas d'utilisation frauduleuse de celle-ci et que la circonstance que la carte ait été utilisée par un tiers avec composition du code confidentiel est, à elle seule, insusceptible de constituer la preuve d'une telle faute ⁽¹¹⁶⁾. La "*négligence constituant une faute lourde*" sera déterminée en fonction des circonstances de l'espèce. La qualification des faits retenus comme faute étant soumise au contrôle de la Cour de cassation. Par exemple, il a été jugé que le fait par les titulaires de cartes de crédit de les laisser dans leur véhicule fermé durant la journée en face du restaurant où ils se trouvaient n'est pas constitutif d'une faute ni d'une imprudence car s'ils les avaient eues avec eux, ils couraient le risque d'être victimes de pick-pockets ⁽¹¹⁷⁾.
- 705 Opposition.** L'opposition doit être faite dans le plus bref délai auprès de la banque émettrice ou auprès d'un centre national fonctionnant 24 heures sur 24 heures ⁽¹¹⁸⁾. Elle ne doit pas être tardive ⁽¹¹⁹⁾. Selon l'article L 132-3 C. monét. fin. fr., si après la perte ou le vol de sa carte, le porteur "*n'a pas effectué la mise en opposition dans les meilleurs délais, compte tenu de ses habitudes*", le plafond limitant sa responsabilité à 150 euros n'est pas applicable; le plafond étant écarté aussi en cas "*de négligence constituant une faute lourde*". Aussi la Haute cour a-t-elle considéré que le caractère tardif de l'opposition devait être apprécié subjectivement en fonction de divers critères laissés à l'appréciation des juges du fond ⁽¹²⁰⁾. La forme de l'opposition n'est pas réglementée. L'opposition téléphonique naguère validée par une certaine jurisprudence ⁽¹²¹⁾ est reprochable en l'absence de confirmation écrite ⁽¹²²⁾. Pour cette raison, la plupart des contrats contiennent une clause selon laquelle "*toute opposition qui n'a pas fait l'objet d'une déclaration signée par le titulaire de la carte et/ou du compte doit être confirmée sans délai, par lettre*

¹¹³ Cass. com. 1^{er} juill. 2003, D 2003, act. jur. 2374, obs. AVENA-ROBARDET; JCP E 2003 p 1917 note BERNHAIM – DESVAUX; RTDcom. 2003 p 795, chron. LEGEAIS; RDBF nov.-déc. 2003, act. 217, 359 obs. CREDOT et GERARD.

¹¹⁴ Cass. com. 27 févr. 1990 D 1990, somm. 37 obs. VASSEUR et 249 obs. GAVALDA et DE LEYSSAC.

¹¹⁵ A noter, en droit français, que la perte, le vol et l'utilisation frauduleuse, qui ouvrent droit à remboursement, ne sont plus, dans le cadre des textes issus de la réforme de 2009, formellement des cas d'opposition (nou.art. L.133-17, c. monét.fin.); seule la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire du bénéficiaire l'est en application du nouvel article L 133-17,II c. monét-fin ; Rapp.Cass.com. 11 oct. 2011, Banque et droit n° 141 janv.févr. 2012 chr. D.bancaire note BONNEAU.

¹¹⁶ Cass. com. 21 sept. 2010, RDBF mars-avril 2011, comm. 40 note CREDOT et SAMIN ; Cass. civ. 28 mars 2008, Bull. civ. 2008, I n° 91 ; Cass. com. 2 oct. 2007 préc.

¹¹⁷ Paris 12 déc. 2002, Gaz. Pal. 2003, Jur., 474, J n° 42, 11 févr. 2003, 14 note J.-G.M.

¹¹⁸ Cass. civ. 24 juin 1993, JCP E 1993, panor. 1283.

¹¹⁹ V Recommandation 88/590/ CEE du 17 nov. 1988 ; « sans délai excessif », JCP G 1989, III-62202.

¹²⁰ Cass. com. 27 janv. 1998, RDBF, 1998, 57; BOUTEILLER, Cartes de paiement, Cartes de crédit, JCL Banque-Crédit-Bourse, fasc 930 n° 36.

¹²¹ CA Caen. 24 juin 1993, JCP G 1993, IV-2471; JCP E 993 pan. n° 1283.

¹²² Cass. 1^{er} mars 1994 arrêt préc.

remise ou expédiée sous pli recommandé, au guichet tenant le compte sur lequel fonctionne la carte" et d'autre part que *"en cas de contestation sur l'opposition, l'opposition sera réputée avoir été effectuée à la date de réception de la dite lettre par la banque"* ⁽¹²³⁾. Dans ce cas, l'opposition, pour être régulière et produire valablement ses effets, doit intervenir dans les modalités qui lui sont prévues dans le contrat ⁽¹²⁴⁾. A défaut, le client reste tenu sous réserve du bénéfice d'une assurance ⁽¹²⁵⁾. Après opposition, l'émetteur doit, sauf fraude du client, bloquer toute utilisation postérieure de la carte afin d'empêcher tout retrait par l'usurpateur ⁽¹²⁶⁾.

La banque ne peut mettre à la charge du titulaire de la carte aucun paiement postérieur à cette opposition ⁽¹²⁷⁾ sauf faute ou imprudence avérée de la part du titulaire qu'il incombe à la banque d'en rapporter la preuve ⁽¹²⁸⁾. Cela se justifie par le fait que le banquier dépositaire et mandataire n'est libéré qu'en remettant les fonds détenus au compte du client, à la personne indiquée par ce dernier: après opposition, il ne doit plus régler à l'usurpateur ⁽¹²⁹⁾. L'organisme émetteur doit surveiller toutes les factures qui lui sont soumises. S'il paie une facture émise frauduleusement, il engage sa responsabilité ⁽¹³⁰⁾.

Sous-paragraphe 2 - Rapport émetteur / commerçant

- 706 Charge des risques.** Le titulaire de la carte abusivement utilisée étant remboursé, la question se pose de la charge finale des risques: qui du banquier ou du commerçant supportera la charge du paiement? Dans la mesure où le débit est envisagé dans l'intérêt exclusif du commerçant et en raison des risques de fraude dont les titulaires des cartes peuvent être victimes, le contrat lui fait supporter les conséquences. Cette réalité s'exprime par l'insertion dans le contrat d'une clause de "débit d'office" permettant à la banque de débiter d'office le compte du commerçant du montant de toute opération de paiement dont la réalité ou le montant serait contesté par le titulaire de la carte ⁽¹³¹⁾. Cette clause trouve sa légitimité dans les dispositions de l'article L. 133-19 c. monét. fin. Par conséquent, la qualité d'averti du professionnel, apprécié, in concreto, dispense la banque de toute obligation de mise en garde envers lui ⁽¹³²⁾.

Sous-paragraphe 3 - Sanctions des utilisations frauduleuses

- 707 Utilisations frauduleuses du titulaire.** Il n'existe pas en matière de carte d'infraction analogue à l'émission de chèque sans provision. Lorsque le titulaire d'une carte l'utilise par retrait ou paiement au-delà de son crédit, la victime, compte tenu des conventions liant émetteur et commerçants, est généralement l'organisme émetteur de la carte. La Cour de cassation refuse alors de considérer qu'il y a une quelconque infraction pénale, notamment vol ⁽¹³³⁾. Seule la responsabilité civile du titulaire de la carte est retenue ⁽¹³⁴⁾. Dans d'autres hypothèses, une infraction pénale peut être constituée: par exemple, si le titulaire refuse de restituer la carte, il peut être coupable d'abus de confiance. En effet, le contrat qui le lie à l'émetteur stipule généralement que ce dernier demeure propriétaire de la carte, qui est seulement confiée à son titulaire. Il en est de même si le titulaire continue à utiliser une carte périmée ⁽¹³⁵⁾. Le titulaire de la carte peut être coupable d'escroquerie s'il utilise une carte périmée ou annulée, ou encore s'il continue à se servir de la carte après avoir effectué une fausse déclaration de vol ou de perte ⁽¹³⁶⁾.

¹²³ Une réponse ministérielle décrit le processus de l'opposition: " Pour procéder à cette opposition, le titulaire de la carte doit appeler le numéro qui lui a été communiqué par sa banque. L'opposition doit ensuite être confirmée par écrit au guichet de la banque ou par lettre recommandée avec accusé de réception". Rep. min. n°2025 à M. DANIEL, JCP E et A 2007, panor 2378.

¹²⁴ Cass. com. 18 mai 2005 arrêt préc.

¹²⁵ Cass. com. 27 janv. 1998 RDBB 1998, 57 obs. CREDOT et GERARD.

¹²⁶ Cass. com. 8 oct. 1991, JCP E 1992, II-254, note GAVALDA; Cass. com. 1^{er} mars 1994 préc.; 8 oct. 1991 JCP G 1992, II-21791 concl JEOL ; RTDcom 1992, p 436 obs CABRILLAC et TEYSSIE ; Cass. com. 20 oct. 1998, JCP E 1999, 1, 101 ; Gaz. Pal., Rec 1998, somm., 617, J n° 328, 24 nov. 1998, 11 ; Pet. Aff. 7 janv. 1999, 7 note X ; Rep. Def. 1999, 368 note DELEBECQUE.

¹²⁷ Cass. com. 20 oct. 1998, préc.

¹²⁸ Paris 12 déc. 2002, arrêt préc.

¹²⁹ Cf art. 1239 à 1242 c. civ. et art. 293 et s c. oblig. c.

¹³⁰ Cass. com. 8 oct. 1991, RJDA 1991, p 887, 2^e esp. Paris 27 avr. 1982 D 1982 IR, 499 obs. VASSEUR.

¹³¹ Cass. com. 11 janv. 2005, RDBF, mars-avril 2005, act. 32, 13 ; Pau 2e ch., 8 janv. 2007, RDBF, mai-juin 2007, act. 124 obs. CAPRIOLI; Comm. com. électr. 2007, comm. 58 note DEBET.

¹³² Cass. com. 8 juin 2010, RDBF nov.-déc. 2010, comm. 202 note CREDOT et SAMIN.

¹³³ Cass. crim. 24 nov. 1983 D. 1984 IR 307 obs. VASSEUR; D 1984 J. 465 note L. de LEYSSAC; RTD com 1984, 321 obs. CABRILLAC et TEYSSIE; JCP G 1985, II-20450 note GROZE.

¹³⁴ Par ex: Paris 25 mars 1970 RTDcom. 1970, 754; RTDciv. 1970, 577.

¹³⁵ TGI Créteil, ch. corr, 15 janv. 1985 D 1985 IR, 344.

¹³⁶ v. RODRIGUEZ, Fraude à la carte bancaire: vers un renforcement de la sécurité du titulaire, RDBF juillet-août 2010, étude 16.

- 708 Utilisations frauduleuses des tiers.** En principe, la responsabilité du titulaire d'une carte de paiement n'est pas engagée si le paiement contesté a été effectué frauduleusement, à distance, sans utilisation physique de sa carte (art. L. 132-4 al 1 c. monét. fin. fr.) et l'émetteur de la carte doit alors rembourser à son titulaire la totalité des frais bancaires qu'il a supportés (art. L. 132-5 c. monét. fin. fr.).

Néanmoins, la mise en œuvre de cette responsabilité n'est pas automatique; la jurisprudence exige du titulaire d'établir la réalité de la distance *"l'empêchant d'interdire l'utilisation frauduleuse de la carte ou qu'il est resté en possession physique de sa carte sous peine de le débouter de sa demande en remboursement des débits frauduleux"* (¹³⁷). La personne qui utilise une carte magnétique dont elle n'est pas titulaire - carte volée ou trouvée - est coupable d'escroquerie (¹³⁸). Jugé que l'utilisation du numéro de carte de crédit par un commerçant après péremption de l'autorisation est un abus de confiance (¹³⁹).

- 709 Falsification et contrefaçon.** L'article L 163-4 c. monét. fin. fr. sanctionne pénalement toute personne qui falsifie ou contrefait une carte de paiement ou de retrait, ainsi que ceux qui utiliseraient une telle carte en connaissance de cause et même ceux qui accepteraient un paiement au moyen d'une telle carte. Ce délit est puni des mêmes peines que la falsification de chèque. Le droit libanais ne comporte pas de dispositions similaires, spéciales, sanctionnant la falsification des cartes. A ce propos, il convient de relever que les articles 453 et s c. pén. lib. relatifs au "faux en écritures" ne devraient pas s'appliquer dans la mesure où la carte ne peut être valablement qualifiée d'écrit au sens donné par ledits articles. Au contraire, le délit de contrefaçon peut être valablement invoqué (¹⁴⁰).

SECTION2 - ASPECTS INTERNATIONAUX

Sous cet intitulé, nous envisagerons les opérations de paiement internationales (Sous-section 1), les opérations de compensation (Sous-section 2) et les opérations de change (Sous-section 3).

SOUS-SECTION 1 - OPERATIONS DE PAIEMENT INTERNATIONALES

Les paiements internationaux s'effectuent suivant le cas par le biais de l'établissement arabe de compensation (Paragraphe 1), les réseaux bancaires (Paragraphe 2), les conventions internationales (Paragraphe 3) et surtout par le système swift (Paragraphe 4).

Paragraphe 1 - Etablissement arabe de compensation

- 710 Présentation.** L'établissement arabe de compensation (EAC) a été créé par la loi n°138 du 26 octobre 1999. Il a pour objet d'assurer les transactions et compensations entre les marchés financiers arabes ou entre lesdits marchés et les marchés internationaux. Son siège principal se trouve à Beyrouth et il peut ouvrir d'autres agences. L'établissement exerce son activité après agrément de la BDL sous la forme d'une société anonyme libanaise. Par dérogation à l'article 144 c. com. lib. exigeant la nationalité libanaise pour la majorité des membres du conseil d'administration d'une société anonyme libanaise, l'EAC peut avoir une majorité non libanaise (art. 5). La société est dirigée par un conseil d'administration composé de cinq membres au moins pour une période de trois ans renouvelable. La fédération des bourses arabes désigne l'un d'entre eux et les membres restants sont élus par l'assemblée générale des actionnaires. Son capital ne peut pas être inférieur à cinq millions de dollars américains ou son équivalent en livres libanaises ou toute autre devises étrangères (art. 1 et 3). En principe, aucune saisie ou exécution directe ne sauraient être pratiquées sur les fonds, actions, titres, et dérivés de la société à l'occasion de l'exercice de son activité comme chambre de compensation en remboursement des dettes de la société. En outre, l'EAC bénéficie du secret bancaire dans les termes de la loi de 3 septembre 1956 (art. 10 de la loi).

Paragraphe 2 - Réseaux bancaires

- 711 Action internationale.** Pour faciliter leur action sur la scène internationale, les grandes banques se sont implantées dans les pays étrangers en fondant des succursales, des filiales, voire de simples bureaux de

¹³⁷ Paris 9 déc. 2004, JCP E et A 2005, 956 note BOUTEILLER.

¹³⁸ Cass. crim. 19 mai 1987 Gaz. Pal. 1988 somm., 5; Bordeaux 25 mars 1987, JCP E 1987, II-16645.

¹³⁹ Cass. crim. 14 nov. 2000, JCP E 2001, 106; RDBF mars-avril 2001, 75 n° 41 obs. CREDOT et GERARD.

¹⁴⁰ T. com. Paris 25 févr. 2000, RDBF mai-juin 2000, 165 n° 105 obs. CAPRIOLI.

représentation. Dans d'autres pays où une implantation juridique est impossible, elles ont conclu des accords avec des banques locales qui acceptent de réaliser les opérations de leur clientèle. Enfin, si la banque n'est pas en mesure de se doter d'un réseau international elle peut toujours recourir à un correspondant ou « s'affilier » à une banque disposant elle-même d'un réseau international. Le rôle des banques reste prépondérant dans les opérations internationales. Elles tiennent le rôle de domiciliataire chargé à ce titre d'encaisser les créances de leurs clients sur l'étranger. Elles assurent le fonctionnement des paiements internationaux, les règlements monétaires des échanges internationaux, la circulation et la négociation des instruments de paiement. Elles effectuent des opérations de change, et si elles bénéficient du statut d'intermédiaire agréé, elles jouent le rôle d'agent auxiliaire de la réglementation des changes ⁽¹⁴¹⁾.

Paragraphe 3 - Conventions internationales

- 712 Conventions bilatérales ou multilatérales.** Certaines conventions sont conclues entre divers pays pour faciliter le déroulement des opérations commerciales. Ainsi en est-il de la convention de Genève relative à la lettre de change, au billet à ordre et au chèque, des accords de Bretton Wood , etc.

Paragraphe 4 - Système swift

- 713 Présentation.** Le transfert international des fonds s'accommodait mal de la circulation de titres « papier », les banques ont cherché un procédé permettant une exécution rapide et économique de ses transferts. Le fruit de leur effort a abouti en 1973 lorsque plusieurs banques de différents pays ont créé la Society for Worldwide interbank financial telecommunication dite swift. Le swift est un réseau informatique international qui relie les banques adhérentes entre elles et leur permet d'échanger toutes les informations relatives aux opérations bancaires. Le système fonctionne 24 heures sur 24 heures ⁽¹⁴²⁾.

SOUS-SECTION 2 - OPERATIONS DE COMPENSATION

Pour éviter les coûts et les aléas des transferts internationaux de fonds qui restent onéreux et aléatoires, la pratique a créé diverses techniques qui reposent sur le netting (Paragraphe 1) ou l'échange (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 - Netting

- 714 Présentation.** Le netting est évoqué dans l'arrêté n° 8341 du 24 janvier 2003 relatif au règlement de la compensation électronique des cartes de crédit et de paiement ⁽¹⁴³⁾. Il est défini comme un mode de paiement par compensation entre deux ou plusieurs contractants permettant à chacun d'eux de ne payer ou recevoir que le solde net de l'ensemble de ses dettes et de ses créances envers les autres ⁽¹⁴⁴⁾. Le Conseil national du crédit et du titre français ⁽¹⁴⁵⁾ définit le netting comme étant le « mécanisme permettant après réalisation des opérations, en cours, de dégager le solde, de créances et dettes résultant de transactions entre deux ou plusieurs contreparties, puis de les compenser ». Du netting, le CNCT rapproche le « clearing » qui est le mécanisme de compensation et le « set-off (settlement) » qui désigne l'opération de compensation telle que visée à l'article 1289 c. civ. ⁽¹⁴⁶⁾. Le netting tend à simplifier les règlements entre les sociétés. Ainsi lorsqu'une entreprise multinationale ayant des filiales dans différents pays effectue de nombreux transferts de fonds entre ses filiales, le netting permet d'opérer une compensation entre les dettes et créances de chaque filiale et d'établir un solde pour chacune d'elles. Le netting peut donc s'opérer entre les sociétés en dehors de toute intervention bancaire ⁽¹⁴⁷⁾. La banque intervient en tant que prestataire de services des sociétés adhérentes chargée de mettre en œuvre le système par le terme des comptes dans différents pays. Le netting connaît une variante: le « close-out netting » qui permet le calcul d'un solde net de créances lorsqu'une des contreparties est soumise à une procédure de redressement

¹⁴¹ RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, 351 n° 352.

¹⁴² DANCHY, Moyens de paiements internationaux: le système SWIFT tel que le pratiquent les banques du nord de la France, RDBB 1988, 148). Ce système est actuellement régleménté au Liban par l'arrêté 8339 du 16 janvier 2003 (JO n° 7 du 30 janv. 2003, 684.

¹⁴³ JO n° 9 du 6 févr. 2003, 995s sp., 997.

¹⁴⁴ MATTOU, Le netting, Rev. jur. com. n° spécial 1989, 65s.

¹⁴⁵ CNCT, Problèmes juridiques liés à la dématérialisation des moyens de paiement et des titres, Annexes au rapport, mai 1997, 16.

¹⁴⁶ ROUSSILLE, Les conventions –cadre de place financière, Analyse comparée des conventions ISDA 1992 et AFB 1994, mémoire DEA francophone de droit des affaires, Paris I, 1998 sous la direction du Professeur BEGUIN p 38-39. V également AUCKENTHALER, Compensation, remise en garantie, cession: le nouveau régime des créances afférentes aux opérations sur instrument financier : art. 52 de la loi du 2 juill. 1996 ; JCP I 1996, 594, spéc. n° 20.

¹⁴⁷ Art. 5 arrêté 8341/2003.

judiciaire ⁽¹⁴⁸⁾. Autrement dit, « la partie non-défaillante doit, en cas de faillite, pouvoir être autorisée à résilier la convention-cadre, soit d'office, soit à son initiative et prononcer ainsi l'exigibilité anticipée des opérations ». C'est le sens des termes «close-out» ⁽¹⁴⁹⁾.

Paragraphe 2 - Echange

715 Double vente. Ce système remplace les transferts de fonds par des transferts de marchandises. L'acheteur étranger paie en nature, généralement en fournissant des produits de sa production. Ce mécanisme évite les transferts des fonds et le risque de change. Les deux parties procèdent à une double vente et les créances réciproques qui en résultent s'éteignent par compensation. La compensation est donc le mode de paiement voulu par les parties pour solder une double vente. Selon les modalités prévues par les parties, l'opération sera qualifiée d'échange ou une vente avec dation en paiement.

716 Pré-compensation. C'est le mécanisme par lequel une entreprise généralement occidentale achète des matières premières à un pays en voie de développement. Une autre entreprise occidentale aussi exporte dans ce même pays des biens d'équipements. Il n'y aura pas de règlement. Les sommes dues en paiement des matières premières seront remises à l'exportateur occidental de biens d'équipement au lieu d'être transférées à l'exportateur étranger. L'opération suppose une double compensation. Les fonds correspondant à l'achat des matières seront remis à l'importateur occidental par l'intermédiaire d'un compte bancaire. Les fonds correspondant à l'achat des biens d'équipement seront remis à l'exportateur de matières premières, également par l'intermédiaire d'un compte bancaire ⁽¹⁵⁰⁾.

SOUS-SECTION 3 - OPERATIONS DE CHANGE

717 Présentation. L'opération de change est celle qui consiste à échanger deux ou plusieurs monnaies entre elles: conversion de monnaies étrangères entre elles ou conversion de la monnaie nationale en monnaie étrangère ou inversement. Ces monnaies sont aussi appelées des devises. Le change est l'une des activités bancaires les plus anciennes. La lettre de change doit précisément son nom à sa fonction première qui était la réalisation d'une opération de change. De nos jours, le change a pris une énorme importance du fait des déplacements fréquents de personnes d'un pays à un autre mais surtout par suite de développement du commerce international. L'entreprise importatrice doit souvent se procurer des devises étrangères pour payer au vendeur le prix convenu. De son côté, l'entreprise exportatrice recevant de son client un paiement aux devises étrangères voudra obtenir des devises nationales en échange. La banque peut valablement procéder personnellement ou par intercession aux opérations de change lesquelles font partie intégrante des opérations de banque ⁽¹⁵¹⁾. La banque ne peut procéder unilatéralement au change sous prétexte de remboursement d'un crédit en devises étrangères à peine non d'annulation de l'opération de change mais de la condamner aux dommages- intérêts notamment à la différence du taux de change ⁽¹⁵²⁾. En tout cas, l'Assemblée plénière de la Haute cour libanaise décide qu'il n'existe pas une obligation de change de plein droit à la charge de la banque au profit de ses clients particulièrement en cas de fluctuation des devises; elle ne répond que des obligations d'information et de conseil ⁽¹⁵³⁾.

Nous évoquerons les techniques (Paragraphe 1) et le contrôle (Paragraphe 2) du change.

Paragraphe 1 - Techniques du change

A côté des opérations de change proprement dites existent les opérations au comptant ou à terme et les swaps. A cela, il faut ajouter les opérations reposant sur l'euro.

718 Opérations de change. Le change manuel consiste à échanger des espèces étrangères contre leur contre-valeur en monnaie nationale, ou l'inverse. Par exemple, une personne se présente au guichet d'une banque et demande la conversion de monnaie nationale en devises étrangères. Le recours à ce procédé est réduit, il est surtout pratiqué pour le déplacement des personnes à l'étranger. Le change scriptural s'effectue par transfert d'un compte à un autre sans déplacement matériel de monnaie. Le banquier national met à la

¹⁴⁸ ROUSSILLES, 40.

¹⁴⁹ BOSSIN et LEFRANC, La compensation des opérations de marchés à terme, Banque n°545, févr. 1994, 58 préc., 59.

¹⁵⁰ RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, 352 n° 355.

¹⁵¹ JU Beyrouth 16 déc. 1993, Grds arrêts, vol 10, 49 ; Cass. civ. lib., 28 mai 1992, Baz 1992, 442.

¹⁵² Beyrouth 14 févr. 1995, Rev. jud. lib. 1995, 407.

¹⁵³ Cass. Ass. plén. lib., 10 juill. 2008, Cassandre 2008/7, 1524.

disposition de son client auprès d'une banque étrangère les avoirs en compte demandés. A cet effet, la banque adresse à son correspondant dans ce pays un télex ou un message informatique selon le système swift opérant virement de compte à compte. Le paiement et le change également s'effectuent par un jeu d'écritures.

719 Opérations au comptant ou à terme. Dans le marché au comptant, le change s'opère de façon instantanée avec délivrance immédiate des devises. L'opération de change peut être stipulée à terme: les devises doivent alors être livrées à une date ultérieure fixée par les parties; elles seront payées à la même date mais au cours du jour de la conclusion du contrat. Ce procédé a pour but d'éviter à l'entreprise les risques des variations des cours. La banque qui consent à son client des achats ou ventes à terme de devises doit se garantir contre les risques de variation des cours. Pour cela, elle dispose de certains moyens: d'abord, elle essaie de trouver une personne désireuse d'assurer la contrepartie, si, par exemple, les ordres de vente ont diminué, constituant ainsi un solde vendeur, la banque pourra rechercher un autre intermédiaire disposant d'un solde acheteur à terme, ensuite, elle n'envoie pas les ordres qu'elle reçoit de ses clients dans le même sens afin d'espérer une compensation entre eux. Ainsi, si les exportateurs craignent une baisse de devises, les importateurs à l'inverse craignent une hausse de devises. Mais, en réalité, la compensation entre les différents ordres ne se réalise jamais. Inévitablement apparaît toujours un solde acheteur ou un solde vendeur. A défaut, et en présence d'un solde vendeur, le banquier procède à une vente au comptant du même montant de la devise qu'il devra livrer à terme. N'ayant ainsi conservé aucune somme dans cette monnaie, il est couvert contre une baisse avant l'échéance des ordres de vente. En cas de solde acheteur, il achète au comptant la quantité des devises correspondantes; une hausse ne lui causerait dès lors aucun préjudice puisqu'il possède déjà les devises nécessaires à l'exécution des ordres d'achat à terme de ses clients. Cela étant, en pratique, lorsque le banquier achète au comptant les devises considérées, il les prête et compense ainsi l'immobilisation des capitaux utilisés à les acquérir. C'est de la technique de ces couvertures à terme d'opérations de change qu'est née la technique des swaps.

720 Swaps. Le swap est une technique financière qui a pour finalité de stabiliser les risques de taux de change et d'intérêt ⁽¹⁵⁴⁾. Dans les swaps de devises, deux partenaires se remettent réciproquement des sommes équivalentes dans deux devises différentes et conviennent de se les restituer à une ou plusieurs dates définies. Le swap d'intérêts suppose que deux personnes ou entreprises sont endettées à des conditions d'intérêts différentes (taux fixe/taux variable, etc.). Elles s'entendent pour prendre en charge le montant des intérêts dus par le partenaire sans que les obligations envers les prêteurs soient affectées. Le swap n'entraîne pas changement de débiteur. Concrètement, un compte des intérêts payables à chaque échéance est établi et le versement de la différence apparaissant dans un sens ou dans l'autre est effectué. Dans les deux cas, le contrat conclu est indivisible ⁽¹⁵⁵⁾.

Les swaps ne sont pas des opérations de banque au sens du code monétaire et financier. Ils ne sont assimilables ni aux dépôts de fonds ni aux opérations de crédit, ni à la gestion des moyens de paiement. Ils échappent donc au monopole bancaire. La formation du contrat de swap n'est soumise à aucune forme particulière. C'est une opération de gré à gré. Aucune réglementation n'existe à ce jour. Néanmoins des formules types ont été établies par certains organismes professionnels: conditions de l'international swap dealer association (ISDA) de la british bankers association et celles de l'association française des banques.

721 Opérations en euros. L'euro-devises est le marché des devises sorties de leur pays d'origine. Le qualificatif « euro » vient de ce que les places de disponibilité sont le plus souvent européennes. Le préfix « pétro » sert à désigner les devises (surtout dollars) détenues par les pays producteurs de pétrole. En outre, il existe sur le marché des euro-crédits et euro-émissions. Ce sont des crédits, ou des émissions d'obligations, consentis dans un cadre international, le plus souvent par un syndicat de prise bancaire également international.

Paragraphe 2 - Contrôle des changes

722 Réglementation des opérations en devises. La banque peut prendre des positions de change créditrices ou débitrices. La constitution des positions fixes fait l'objet d'un accord préalable de la Banque du Liban. La surveillance des positions de change vise à instaurer un système de contrôle interne et d'imposer des ratios. En outre, les banques doivent comptabiliser des opérations en devise. De manière générale, on distingue

¹⁵⁴ BOULAT et CHABERT, Les swaps, technique contractuelle et régime juridique, Nassou 1992, 66s.

¹⁵⁵ GAVALDA et STOUFFLET, 420 n° 787.

quatre catégories d'opérations: celles qui visent à maintenir des positions ouvertes isolées; celles qui visent à couvrir le risque affectant un ensemble d'éléments homogènes; celles qui visent à couvrir et gérer le risque global des taux de l'établissement; celles qui permettent une gestion spécialisée d'un porte-feuille de transactions comprenant des contrats déterminés d'échange de taux d'intérêts ou de devises ou d'instrument ou de titres équivalents. Ces opérations doivent être comptabilisées dans des comptes séparés lors de chaque arrêté, et être enregistrées de manière spécifique. Les banques intervenant dans les opérations de change peuvent engager leur responsabilité à un double titre: en qualité d'intermédiaire agréé chargé de faire respecter la réglementation des relations financières avec l'étranger et en qualité de prestataire de services. A l'égard de leurs clients les banques assument un devoir de conseil et pourraient notamment être tenues pour responsables de la violation de la réglementation par un client mal conseillé. En outre, une obligation de diligence pèse sur la banque dans l'accomplissement des opérations. Notamment, une lenteur excessive d'exécution pourrait entraîner un préjudice pour le client à la suite d'une dévaluation et justifierait l'octroi d'une indemnité à la charge de la banque.

CHAPITRE 3 - SERVICES RELATIFS AUX VALEURS MOBILIERES ET AUX INSTRUMENTS FINANCIERS

723 Présentation. La notion d'instrument financier n'a pas été définie par le législateur libanais. La récente loi n° 161 du 17 août 2011 relative aux marchés financiers ⁽¹⁾ évoque cette notion par énumération. L'article premier de la loi précise que le terme « instruments financiers » signifie: a) *Les actions, ou titres ou parts émises par une société ou un organisme public ou privé.* b) *Les titres d'obligations, actions, titres, certificats, bons de dépôt ou bons de trésor.* c) *Les droits financiers ou droits d'option ou contrats futurs ou autres produits financiers dérivés ou structurés.* d) *Tous instruments financiers autorisés par les lois et règlements en vigueur à l'exception de ceux interdits par la présente loi* ⁽²⁾. En outre, l'article 453 c. com. lib. définit les valeurs mobilières comme étant: « *Les actions, obligations, rentes et tous autres titres négociables qui, émis en bloc et représentant des droits à des sommes d'argent identiques, sont susceptibles d'avoir un cours sur un marché de valeurs, peuvent être nominatifs, soit au porteur, soit à ordre* » ⁽³⁾. Il en résulte que les valeurs mobilières sont des titres négociables en contrepartie d'un emprunt obligataire et qui, dans le cadre d'une même émission, confèrent les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale ». Les valeurs mobilières se sont dématérialisées ⁽⁴⁾ ou mieux « scripturalisées », en ceci qu'elles ne sont plus représentées que par une inscription en compte, tenu soit par la société émettrice soit par un intermédiaire habilité, et qu'elles se transmettent par virement de compte à compte à l'instar de la monnaie scripturale ⁽⁵⁾.

Les banques ou établissements financiers proposent différents services dont: placement de titres (Section 1), portage d'actions (Section 2), ordres de bourse (Section 3), dépôt de titres et valeurs mobilières (Section 4), gestion de portefeuille (Section 5), et contrats de fiducie-gestion (Section 6).

SECTION 1 - PLACEMENT DE TITRES

724 Relation banque et société émettrice. La banque intervenant dans l'émission de valeurs mobilières entre en relation juridique avec la société émettrice pour le compte de laquelle elle procède à l'opération. Ces relations sont généralement durables, le placement des titres ne pouvant s'effectuer en un jour. Il est donc indispensable d'organiser les rapports de la banque avec la société. Pour cela, plusieurs formules peuvent être utilisées. La solution la plus simple consiste à s'en tenir à un mandat par lequel la société émettrice charge une ou plusieurs banques de placer ses titres dans le public dans le cadre d'un « pool » ou consortium de banques. Les placeurs restent alors indépendants les uns des autres, même si l'un d'eux a parfois un rôle prépondérant qui le fait qualifier de « chef de file ». De même, les placeurs peuvent créer une société encore appelée syndicat financier dont le gérant traitera avec l'établissement émetteur et dont les membres se répartiront les bénéfices ou les pertes de placement, selon les stipulations sociales. Mais, en pratique, c'est la société en participation qui est préférée. Ce défaut de personnalité juridique ⁽⁶⁾ n'entraîne aucune gêne pour la réalisation d'une opération ponctuelle. Le caractère occulte de la société constitue un avantage dans les milieux financiers où la discrétion est appréciée. La gérance est alors assumée par la banque chef de file. Selon les principes généraux, les tiers traitant avec un membre de la participation ne connaissent que cette personne et n'ont pas à tenir compte de l'existence de la société. Cette dernière ne joue donc son rôle que dans les relations entre membres. La constitution de la société est extrêmement simple et se présente comme la conclusion d'un contrat. La société en participation peut être civile ou commerciale, mais en l'occurrence, son objet lui donnera un caractère commercial.

725 Modalités de placement. Pour le placement des titres, la banque recourt à différentes modalités de placement qu'on peut répertorier en trois types d'accord: dans la technique de placement pour compte, la banque ne souscrit aucun engagement personnel, elle ne répond pas du résultat de l'opération. Son rôle se limite à prêter ses guichets. Dans ce cas, elle est simple mandataire et perçoit à titre de rémunération une

¹ JO n° 39 du 25 août 2011, 3083.

² V. arrêté interm. n° 10852 du 7 déc. 2011 tel que modifié par l'arrêté interm. n° 10983 du 30 avr. 2012 relatif aux opérations sur les produits dérivés financiers.

³ L'article 1 de l'arrêté interm. n° 10851 du 7 déc. 2011 relatif au crédit contre garantie des titres des valeurs dont l'article 1 définit les titres de valeurs mobilières comme étant « *les actions et titres au sens de l'article 453 c.com.lib. émis au Liban ou à l'étranger* ».

⁴ FOYER, La dématérialisation des valeurs mobilières en France, Mélanges FLATTET 1985, 21 ; GUYON, Les aspects juridiques de la dématérialisation des valeurs mobilières, Rev. soc. 1984, 451.

⁵ Actions, obligations, certificats, etc. ; v. art. 453 c. com. lib.

⁶ Un pool bancaire n'a pas la personnalité morale. Ainsi le banquier chef de file ne peut en l'absence d'un mandat écrit, procéder aux déclarations de créances des banques du pool: Cass. com. 21 mars 2000 obs. GUILLOT, Banque n° 616 juin 2000, 76 s ; ZEIN, Les pools bancaires, Economica 1998.

commission qui consiste généralement en un pourcentage sur le montant des titres souscrits grâce à son intervention. Dans la technique du placement avec garantie, la banque s'engage à souscrire les valeurs non placées dans le public et qui resteraient disponibles à la date fixée pour la clôture des opérations. Si le placeur est un pool bancaire, les participants conviennent d'avance des modalités de répartition entre eux des titres restants. La société émettrice est donc certaine que la souscription sera intégralement réalisée dans un délai déterminé. Ce qui constitue une assurance très importante. En contrepartie, les placeurs obtiendront une commission de garantie évidemment plus élevée que la simple commission de placement. Dans une dernière modalité, la banque souscrit immédiatement les titres et les revend dans le public pour son propre compte. Elle n'a donc plus la qualité de mandataire mais de fondateur. De ce fait, aucune rémunération ne doit être prévue, le placeur trouvant la satisfaction de ses intérêts dans le bénéfice retiré de la revente.

726 Responsabilité des banques. La banque ayant participé au placement des titres d'une société risque de voir sa responsabilité engagée à la suite de l'opération. Il peut en être ainsi d'abord à l'égard de l'émetteur: la banque a pris des engagements envers ce dernier et la violation de ces engagements mettront en jeu sa responsabilité contractuelle ⁽⁷⁾. De même engage-t-elle sa responsabilité à l'égard des tiers. Cependant, ici, il faut distinguer:

- 1- lorsque le placeur a agi en qualité de mandataire de l'émetteur, il ne peut être tenu des fautes commises par ce dernier, dans la mesure où il n'en a pas été complice. Le placeur n'est ni la caution ni le codébiteur de l'émetteur ⁽⁸⁾. Ainsi par exemple, une publicité mensongère émanant de la société émettrice ne saurait lui être imputée s'il n'y a pas participé. En effet, le banquier mandataire n'a pas à contrôler le comportement de son mandat; on ne peut même pas lui reprocher de n'avoir pas pris les mesures nécessaires à la protection des souscripteurs dans la mesure où il ne les représente pas ⁽⁹⁾. La banque ne tient que le rôle d'intermédiaire mettant en relation les souscripteurs avec les émetteurs. De même, le banquier qui fait souscrire des actions ou obligations comme mandataire d'une société émettrice n'encourt envers le souscripteur aucune responsabilité contractuelle; il n'a souvent aucun rapport juridique avec lui et n'est tenu d'aucune obligation à leur égard. Plus particulièrement, la banque ne contracte à l'égard des souscripteurs aucune obligation de paiement des intérêts ⁽¹⁰⁾. Cependant, la banque reste tenue de son fait personnel dans les termes de droit commun de la responsabilité délictuelle au quasi-délictuelle. En revanche, sa responsabilité délictuelle peut être engagée si elle a personnellement commis, dans l'exécution de sa mission des fautes pour faciliter le placement telles que des affirmations erronées sur la prospérité de l'entreprise ou encore de fausses attestations de dépôts des fonds correspondant aux apports ⁽¹¹⁾.
- 2- lorsque le placeur a la qualité de fondateur c'est-à-dire lorsqu'il a souscrit les titres au moment de la constitution de la société pour les revendre, il y a lieu d'appliquer les dispositions de droit commun relatives au contrat de vente: sa responsabilité sera donc appréciée dans les mêmes termes qu'un vendeur ⁽¹²⁾.

De même, la responsabilité pénale des banquiers pourra être mise en jeu dans les termes du droit commun. Ainsi selon le cas ils seront poursuivis pour escroquerie, abus de confiance, etc.

SECTION 2 - PORTAGE D'ACTIONS

727 Présentation. Le portage d'actions est une convention par laquelle la banque dite porteur, acquiert momentanément un nombre déterminé d'actions qu'elle s'engage à revendre à son client, donneur d'ordre ou même à un tiers dans des conditions de prix et de délais déterminées ⁽¹³⁾. L'opération de portage procure à la banque une certaine sûreté: la banque reste propriétaire des titres de l'emprunteur tant que ce dernier n'a pas remboursé les sommes prêtées. Du côté du client, l'opération de portage lui assure en sa qualité de futur propriétaire une certaine discrétion. La convention de portage ne fait pas l'objet d'une réglementation propre. Aussi sa nature reste controversée. Certains y voient une cession d'actions assortie d'une clause de réméré ou d'une condition résolutoire. D'autres y décèlent une double promesse: promesse

⁷ T. civ. Seine, 7 juill. 1925, DH 1925, 525 cité par RIPERT et ROBLOT, 516 n° 2463.

⁸ Cass. civ. 14 août 1878, D. 1879, 1, 57.

⁹ JU Beyrouth 16 avr. 1987, Rep. drt banc., 631s sp. 634 mfn 02539.

¹⁰ Trib. com. Orléans 15 juin 1927, Rev. sociétés 1928, 300.

¹¹ Req. 26 oct. 1936, S 1938, 1, 49 note ROUSSEAU.

¹² RIPERT et ROBLOT n° 2463, 716 et les réf. citées.

¹³ SOUMRANI, Le portage d'actions, Bibl. dr. privé T 260 LGDJ 1996.

unilatérale de vente au porteur et promesse unilatérale d'achat du donneur d'ordre. Or, la rencontre de ces deux types de promesses réalisent la vente ⁽¹⁴⁾: ce que les parties veulent éviter.

- 728 Validité du portage.** La validité même de cette convention a été remise en cause parce qu'elle a été assimilée aux clauses léonines nulles en application de l'article 1844 alinéa 1 c. civ. ⁽¹⁵⁾. Cependant, telle ne semble pas être la position de la chambre commerciale qui admet la validité de la convention de portage, considérant qu'elle n'affecte pas l'affectation des bénéfices et des pertes sociales mais ne concerne que les relations entre les parties ⁽¹⁶⁾.

SECTION 3 - ORDRE DE BOURSE

Nous évoquerons la transmission de l'ordre de bourse (Sous-section 1) et son exécution (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 - TRANSMISSION DE L'ORDRE DE BOURSE

- 729 Nature du contrat.** L'expression « ordre de bourse » désigne à la fois les directives données par l'opérateur (l'ordre au sens courant) et le contrat conclu entre cet opérateur et un intermédiaire qui peut être la banque. Dans ce second sens, il s'agit d'un contrat de commission. L'article 279 c. com. lib. définit le commissionnaire comme étant la personne qui agit en son propre nom pour le compte d'un commettant. L'identité de ce dernier n'est donc pas en principe révélée aux tiers. C'est en cela que la commission se distingue du mandat ordinaire, le mandataire n'agissant pas sous son propre nom mais sous celui du mandant. Par conséquent, lorsque la banque transmet à la société de bourse un ordre relatif à des titres au porteur, la société ne connaît que la banque qu'elle considère comme son donneur d'ordre ⁽¹⁷⁾. Il n'existe pas de rapports directs entre le donneur d'ordre et la société de bourse ⁽¹⁸⁾ mais il en existe bien évidemment entre le banquier et la société de bourse ⁽¹⁹⁾. En revanche, lorsque l'ordre porte sur des titres nominatifs, de sorte que l'identité du commettant est alors nécessairement dévoilé, ou lorsque le banquier agit expressément au nom de celui-ci, il y a lieu de qualifier le contrat en une substitution de mandat ⁽²⁰⁾ et le client dispose alors d'une action directe contre la société de bourse en vertu de l'article 1994 alinéa 2 c. civ. ⁽²¹⁾. Ce contrat a le caractère commercial à l'égard de la banque notamment si elle est commissionnaire, l'article 6 alinéa 8 c. com. lib. réputant commerciale « l'entreprise de commission ». En revanche, l'opération sera le plus souvent civile pour le donneur d'ordre.

- 730 Formation du contrat et preuve.** La formation du contrat n'est soumise à aucun formalisme. L'absence de formalisme se justifie par la nécessité d'une intervention rapide ⁽²²⁾. Cependant, dans la pratique, les banquiers exigent une confirmation écrite des ordres donnés oralement. N'étant soumis à aucun formalisme, un accord verbal suffit pour prononcer l'ordre de bourse. Toutefois, un délicat problème de preuve est alors susceptible de se poser. Le principe de liberté de la preuve ne s'appliquant qu'en matière commerciale, il faudrait normalement imposer au banquier agissant contre son client les moyens civils de preuve, c'est-à-dire presque toujours la preuve par écrit ⁽²³⁾. La jurisprudence écarte cependant cette exigence dans la plupart des cas en prenant en considération les usages bancaires. Ces usages admettent que l'ordre de bourse soit donné verbalement, souvent par téléphone, et transcrit aussitôt sur un registre tenu à cet effet par la banque. Sans doute les mêmes usages exigent-ils une confirmation mais, il n'est pas indispensable que celle-ci soit contenue dans un écrit émanant du client. Elle peut se déduire du silence observé par ce dernier après réception d'un avis d'opéré et du relevé de son compte constatant le résultat de l'opération. Le silence ne vaut cependant acceptation que lorsque les circonstances justifient une telle interprétation, par exemple, lorsque les parties sont en relations d'affaires continues ⁽²⁴⁾. La banque a la

¹⁴ Cass. com. 16 janv. 1990, JCP G 1991, II-21748 cité par RIPERT et ROBLOT, 524 n° 2476.

¹⁵ Cass. civ. 1^{re} 7 avr. 1987, JCP G 1988, II-21006 ; v BOYER, Clause de substitution et promesse unilatérale de vente, JCP, G, 1987, I-3310 v. annexe.

¹⁶ Cass. com. 10 janv. 1989, JCP G 1989, II-21256 obs GERMAIN; JCP E 1989, II-15492 obs VIANDIER; dans le même sens, Cass. com. 24 mai 1994, D. 1994, J, 503 note COURET ; Bull. joly 1994, 797 note LE CANNU.

¹⁷ DIAB, Les opérations de bourse sur l'internet en droit libanais, Al Adl 2001, 11.

¹⁸ Rennes 25 juin 1930 D. 1931, 2, 59 note LACOUR; Douai 20 nov. 1948 D. 1949, 173.

¹⁹ Cass. req. 19 mai 1930 DH 1930, 364.

²⁰ RIPERT et ROBLOT, 521 n° 2473.

²¹ Cass. req. 30 avril 1895 D 1895, 1, 337 cité par RIPERT et ROBLOT Ibid ; cf art 277 c. oblig. c.

²² Versailles 23 sept. 1993, JCP E 1994, 1, 378 n° 30 obs. GAVALDA.

²³ Art. 254 nouv. c. proc. civ. lib ; art. 1341 c. civ.

²⁴ Reims 9 juin 1975, Banque 1976, 91 obs. MARTIN.

faculté de refuser la mission qui lui est confiée. Le défaut de réaction après réception de l'ordre du client devrait toutefois être considéré comme un accord.

SOUS-SECTION 2 - EXECUTION DE L'ORDRE DE BOURSE

731 Instructions. La banque ayant accepté les directives contenues dans l'ordre de bourse commettrait une faute en n'accomplissant pas les opérations demandées. Le banquier est tenu de se conformer aux instructions de son client. A ce propos, la banque doit exécuter l'ordre d'achat durant sa durée de validité; passée cette durée, l'ordre devient caduc et la banque ne peut plus engager le donneur d'ordre⁽²⁵⁾. Les règles du mandat sont ici applicables, dès lors que le client donneur d'ordre est lié avec le collecteur d'ordres qu'est sa banque dans le cadre d'un mandat de transmission d'ordres⁽²⁶⁾. Or, précisément, le mandant n'est lié que par les actes du mandataire faits dans la limite de ses pouvoirs. L'acte fait par ce dernier en dépassement de ses pouvoirs est inopposable au mandant ou plus exactement, est sans effet à son égard⁽²⁷⁾. Il ne peut en sa qualité de mandataire refuser les ordres de son mandant. Même si l'opération qui lui est demandée d'effectuer est contraire aux intérêts de son mandat il doit s'exécuter, surtout si ce dernier n'est pas un profane du monde des affaires et de commerce ou inexpérimenté, sous peine de réparer le préjudice subi par le mandant. En revanche, si les instructions données à la banque ne sont ni claires ni précises, nulle responsabilité ne peut être reprochée à la banque pour inexécution ou exécution fautive desdites instructions⁽²⁸⁾. La banque doit en sa qualité de mandataire soumise à une obligation de diligence transmettre fidèlement et rapidement à l'agent de change les instructions reçues et notamment celles concernant les cours auxquels les achats ou les ventes doivent être effectués⁽²⁹⁾. Dans certaines situations, la banque est d'ailleurs amenée à prendre des initiatives. C'est le cas surtout dans les opérations à terme; au jour de l'échéance, un choix rapide doit être fait entre les diverses solutions possibles: liquider, faire reporter, etc. A défaut de directives, on estime généralement que la banque doit agir au mieux des intérêts de son client⁽³⁰⁾. Exceptionnellement, les banquiers pourraient invoquer l'usage pour justifier une opération qu'ils ont fait exécuter d'office⁽³¹⁾. Le banquier doit rendre compte de l'exécution de sa mission. Il le fait par un avis d'opéré qui relate les conditions de la tractation: date, nombre de titres, cours. Le client recevant cet avis doit immédiatement formuler ses objections. Comme on l'a vu, son silence serait vraisemblablement considéré comme une ratification, surtout si l'opération décrite dans l'avis d'opéré n'était pas isolée. L'accord du client porte alors non seulement sur le principe de l'opération mais aussi sur ses modalités.

732 Obligations du banquier. La banque répond certainement du manque de son obligation d'information qui pèse sur l'intermédiaire boursier et qui a pour finalité non seulement de remettre une notice à son client mais aussi de l'informer des risques encourus hors le cas où ce dernier en avait connaissance⁽³²⁾. Cette obligation d'information lui incombe en vertu de l'obligation de loyauté qui pèse sur elle⁽³³⁾. Parfois l'obligation d'information sera accompagnée d'un devoir de mise en garde notamment en cas de placement à caractère spéculatif⁽³⁴⁾. Le devoir de mise en garde dont le professionnel est débiteur à l'égard de son client, doit s'apprécier in concreto au regard de la connaissance que peut avoir ce dernier du marché et notamment du marché à terme, et des risques générés par les opérations spéculatives⁽³⁵⁾. La banque ne doit mettre en garde son client contre les risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme que dans la mesure où il n'en a pas connaissance⁽³⁶⁾. Le banquier n'est pas tenu pour autant d'une obligation spontanée de conseil à l'égard de son client. En revanche, lorsqu'un conseil est donné il doit être adapté à la situation personnelle du client dont il avait connaissance. Si le conseil est avéré inadapté, la banque commettrait une faute sans laquelle le client n'aurait pas procédé aux opérations génératrices de pertes⁽³⁷⁾. Le préjudice subi par la victime du conseil inadéquat se mesure par rapport au résultat d'un

²⁵ Cass. com. 26 mars 2008, RDBF juill.-août 2008 comm. 95 note CREDOT et SAMIN.

DE VAUPLANE, BORNET, Droit des marchés financiers, Litec 3^e éd., n° 926. ; BONNEAU et DRUMMOND, n° 184

²⁷ CREDOT et SAMIN note préc.

²⁸ Beyrouth 18 mai 1999 Al Adl 2001, 86.

²⁹ Cass. civ. 19 mars 1996, Banque n° 571 juin 1996, 92 obs. GUILLOT.

³⁰ Lyon 30 oct. 1974, JCP G 1975 II-18035 note BOITARD.

³¹ Cass. com. 6 juill. 1964, JCP G 1965, 2-14024 note GAVALDA cité par RIPERT et ROBLOT, 521 n° 2475.

³² Cass. com. 19 sept. 2006, Bull. civ. IV n° 186.

³³ Cass. com. 9 mai 2001 rapp. par CREDOT et GERARD obs. préc., 280, v aussi Cass. com. 3 juill. 2001 juris-data n° 2001-010513 ; Cass. com. 5 nov. 1991, Banque n° 538 juin 1993, 97 obs. GUILLOT.

³⁴ Cass. com. 5 févr. 2008, juris-data n° 2008-042 695.

³⁵ Cass. com. 24 oct. 2000, RDBF, n° 1 janv.-fév. 2001, 29 n° 33 obs. CREDOT et GERARD.

³⁶ Cass. com. 22 mai 2001, RDBF n° 5 sept.-oct. 2001, 280 n° 176 obs. CREDOT et GERARD.

³⁷ Cass. com. 8 avr. 2008, RDBF, juill.-août 2008 comm. 96 note CREDOT et SAMIN.

investissement qui aurait été adapté à sa situation personnelle. C'est en revanche, la notion de perte de chance qui est retenue en cas de manquement du prestataire à son obligation de mise en garde ⁽³⁸⁾.

Par ailleurs, il convient de signaler que le droit libanais réprime désormais le délit d'initié en vertu de la loi n° 160 du 17 août 2011 relative à « l'interdiction de l'exploitation personnelle d'informations privilégiées sur les marchés financiers » ⁽³⁹⁾. Cette loi, rappelons le, vise à incriminer les personnes qui, rompant l'égalité des chances, exploitent par anticipation en connaissance de cause (par des opérations qu'elles réalisent pour leur compte ou celui d'autrui, ou qu'elles permettent à des tiers mis au courant de réaliser) une information non connue du public qui influencerait sur le cours des valeurs mobilières concernées, et dont elles ont connaissance du fait de leur situation au sein de l'établissement émetteur comme organe de direction, ou d'administration, ou en raison de leur participation au capital, ou, en dehors de celui-ci, dans l'exercice de leurs fonctions ou de leur profession.

SECTION 4 - DEPOT DE TITRES ET DE VALEURS MOBILIERES

Nous envisagerons, tour à tour, le contrat de dépôt (Sous-section 1) et les certificats de dépôt (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 - CONTRAT DE DEPOT

Nous évoquerons la constitution du contrat (Paragraphe 1) et son exécution (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 - Constitution du contrat

- 733 Définition.** Aux termes de l'article 308 c. com. lib.: « *Lorsque le dépôt bancaire a pour objet des titres de crédit, la propriété des titres reste au déposant* ». Il en résulte que le dépôt bancaire de titres de crédit répond à la définition de l'article 690 c. oblig. c.: un contrat par lequel le dépositaire reçoit une chose mobilière du déposant avec l'obligation de la garder et de la restituer. Toutefois, alors que ce dernier article proclame en droit commun le principe de la gratuité du dépôt sauf convention contraire ⁽⁴⁰⁾, en matière de dépôt bancaire, il y a lieu d'appliquer la règle de l'article 259 c. com. lib. suivant laquelle aucune prestation commerciale de travaux ou de services n'est présumée faite à titre gratuit, la rémunération devant en être à défaut de convention fixée par l'usage.
- 734 Formation et preuve.** Le contrat de dépôt se forme par la remise des titres au banquier dans les termes d'une convention-cadre préparée par celui-ci. Le dépôt est un acte conservatoire, ce qui a pour effet de libérer la banque de toute obligation de vérification relative à la capacité du déposant. Du côté du banquier, ce contrat est toujours commercial. Du côté du déposant, le caractère civil ou commercial dépendra de la qualité de commerçant ou non de ce dernier. Les titres peuvent être déposés dans un compte joint, il sera alors soumis aux dispositions de la loi du 19 décembre 1961 (art. 3L 159/99).
- 735 Vérification.** La banque n'est pas tenue de vérifier l'identité du déposant, ni son droit de propriété sur les titres déposés. En effet, aux termes de l'article 694 c. oblig. c.: « *Il n'est pas nécessaire pour la validité du dépôt entre les parties, que le déposant soit propriétaire, ni même possesseur à titre légitime de la chose déposée* ». De même, aux termes de l'article 454 alinéa 2 du même code: « *Tout détenteur du titre est censé avoir qualité pour exercer les droits afférents à ce titre* ». Il y a donc une présomption de qualité pour disposer des titres. Cependant, il convient de relever, que la propriété d'un titre nominatif est établie par une inscription faite au nom du propriétaire sur les registres de l'établissement émetteur. La propriété du titre résulte de cette inscription même (art. 455 c. com. lib.). Ainsi le dépôt d'un titre nominatif devra passer par la vérification préalable de l'identité de son porteur.

Paragraphe 2 - Exécution du contrat

- 736 Mandat.** En principe, le dépôt de titres en banque est assorti par la convention ou par l'usage d'obligations accessoires telles que la perception des intérêts, des dividendes ou du prix de l'amortissement, la vérification des tirages, le recouppement, etc. C'est à raison de ces obligations que le troisième alinéa de

³⁸ Cass. com. 12 févr. 2008, juris-data n° 2008-042-781.

³⁹ JO n° 39 du 25 août 2011, 3081.

⁴⁰ Art. 690 al. 2 c. oblig. c.: « *Le dépositaire n'a pas droit à rémunération pour la garde, à moins que le contraire n'ait été convenu* ».

l'article 308 c. com. lib. prévoit l'application aux dépôts dans lesquels la banque se charge de l'administration des titres moyennant une commission, des règles du mandat ⁽⁴¹⁾. La doctrine estime qu'il s'agirait plutôt d'un louage d'ouvrage ou de services ⁽⁴²⁾. L'obligation de la banque dépositaire des titres en ce qui concerne la perception des intérêts, des dividendes, ou du prix de l'amortissement et des lots, est considérée comme imposée à la banque par l'usage en dehors même de toute convention et comme résultant de la nature de la chose déposée.

737 Information. Les obligations du dépositaire présentent un aspect particulier lorsque le dépôt a pour objet des valeurs mobilières. Ainsi en plus des obligations principales découlant du dépôt, il est débiteur de certaines obligations accessoires sans qu'il soit nécessaire qu'une clause du contrat le dise et par le seul effet de l'usage: encaisser les coupons (art. 712 c. oblig. c.) et signaler au client les opérations à effectuer sur les titres (échanges, renouvellements, augmentations de capital, droit de souscription, actions gratuites), ce que l'on appelle parfois l'information « administrative ». En revanche, on ne saurait admettre que, dans le cadre d'un contrat de conservation ou de dépôt de titres, s'impose au conservateur ou dépositaire une obligation générale d'information et moins encore de conseil sur les évolutions ou les modifications de la législation fiscale ⁽⁴³⁾. Celles-ci ne sont pas susceptibles en principe de porter atteinte à la substance des titres en conservation. Elles ne concernent aucunement la garde juridique des titres en conservation mais le contrat de gestion des titres ⁽⁴⁴⁾. Enfin, signalons que la prise de connaissance et l'approbation par le client des opérations effectuées par la banque peut être expresse ou tacite ⁽⁴⁵⁾.

738 Garde et restitution. Le banquier est tenu des obligations découlant du dépôt: conserver et restituer sous peine d'engager sa responsabilité sous réserve du cas de force majeure (art. 713 c. oblig. c.). La banque assume une obligation de conservation des titres ou plus exactement des instruments financiers qui lui sont confiés et plus précisément d'une obligation de garde juridique depuis que les titres sont dématérialisés ⁽⁴⁶⁾. Comme le relèvent certains auteurs, cette garde « *recouvre tous les actes que l'intermédiaire doit accomplir pour assurer la plénitude de sa mission de conservation. Au-delà de la stricte conservation des titres, le conservateur est amené à réaliser des opérations liées à la vie des titres conservés. C'est ainsi qu'en vertu d'un mandat considéré comme tacite, l'intermédiaire conservateur procède à l'encaissement des coupons où présente au paiement les titres amortis* » ⁽⁴⁷⁾. La banque doit garder les titres sans en user sauf accord préalable du client. De même, elle doit restituer les titres à la première demande du client même si un délai avait été convenu entre les parties (art. 703 c. oblig. c.). Cela s'explique par le fait que le dépôt est fait dans le seul intérêt du déposant et est donc restituable ad nutum, de même que le mandat est révocable ad nutum sauf à indemniser la banque dans la mesure où celle-ci éprouve et prouve un préjudice. Si la convention écarte cette faculté de restituer ad nutum, il ne s'agit plus d'un dépôt mais d'un prêt. Cependant, le client doit respecter le délai nécessaire imposé par les méthodes de conservation centralisée que pratiquent toutes les banques.

En cas de faillite ou cessation des paiements de l'établissement dépositaire, les titulaires du compte pourront exercer leur droit de restitution dans les termes du code de commerce. ⁽⁴⁸⁾ Le droit de restitution pourra être exercé sur l'ensemble des titres et valeurs de même genre qui se trouvent en la possession de l'établissement failli ou on état de cessation des paiements. Les titres et valeurs ne suffisent pas pour désintéresser l'ensemble des droits réclamés, il y aura distribution (des titres et valeurs) entre les déférents titulaires chacun au prorata de son droit (art. 4). Cependant, le droit de revendication ne pourra être exercé que s'agissant des billets de banque déposés entre les mains du failli et qui se trouvent en nature dans le portefeuille du failli à l'époque d'ouverture de la faillite et, si le déposant est en mesure d'en prouver l'identité ⁽⁴⁹⁾.

⁴¹ Comp. Cass. lib. 6 déc. 1967, Al Adl 1968, 421 ; Beyrouth 30 janv. 1992, Al Adl 1992, 173.

⁴² FABIA et SAFA, art. 308 n° 41.

⁴³ Paris 5 févr. 1998, RDBF n° 71 janv.-fév. 1999, 29 obs. CREDOT et GERARD.

⁴⁴ Cass. com. 9 janv. 1990, JCP G 1990, II-21459 note STOUFFLET; RDBB n° 18, 76 ; Banque 1990, 192 note RIVES-LANGE ; Rev. jur. com. 1990, 460, note BOULOC ; D 1990, 173 note BRILL.

⁴⁵ Beyrouth 9^e ch., 4 sept. 2008, Cassandre 2008/9, 1726.

⁴⁶ CREDOT et GERARD, obs. RDBB, n° 71 janv.-fév. 1999, 29.

⁴⁷ BORNET et DE VANPLANTE, Droit des marchés financiers, litéc 1999, n° 830.

⁴⁸ Cf. art. 608 al.1 c.com.lib. « *Pourront notamment être revendiquées les remises en effets de commerce ou autres titres non encore payés, et qui se trouvent en nature dans le portefeuille du failli à l'époque de l'ouverture de sa faillite, lorsque ces remises auront été faites par le propriétaire avec le simple mandat d'en faire le recouvrement et d'en garder la valeur à sa disposition, ou lorsqu'elles auront été de sa part spécialement affectées à des paiements déterminés* ».

⁴⁹ Cass. lib. 8 mars 1973, Al Adl 1973, 336.

- 739 Rémunération et garanties du banquier.** En contrepartie des obligations qu'il contracte, le banquier a droit à une commission dite droit de garde librement fixée par les parties. Le paiement en est garanti par le droit de rétention dont dispose tout dépositaire en vertu de l'article 718 c. oblig. c. (art. 2102-3 c. civ.).

SOUS-SECTION 2 - CERTIFICATS DE DÉPÔT

- 740 Présentation.** L'émission des certificats de dépôts (ainsi que les autres certificats bancaires) est actuellement régie par l'arrêté n°7224 du 11 février 1999 relatif « à la réglementation de l'émission des certificats de dépôts et des certificats bancaire. » La banque émet Les certificats de dépôt exclusivement de son siège principal (art. 9-1). L'émission doit s'effectuer selon le formulaire préétabli par la BDL (art. 7). Chaque émission doit être précédée d'un contrat avec le déposant (art. 8) dans lequel sont précisés: la somme reçue par la banque, les dates d'émission et d'exigibilité convenues, le taux de l'intérêt et ses modalités de calcul et ses modalités de paiement, le lieu du remboursement, le numéro chronologique de l'émission et le numéro chronologique du certificat. Cependant, les banques peuvent après autorisation de la BDL demander d'être soumises à des règles différentes s'agissant les certificats de dépôt émis au Liban mais destinés à être vendus à l'étranger ⁽⁵⁰⁾.
- 741 Réglementation.** La banque doit avant l'acceptation de dépôts contre certificats de dépôt, informer la BDL quinze jours au moins avant la date de début de chaque émission, par écrit, sur le montant global du projet d'émission et, les conditions d'émission et éventuellement de sa prorogation (art. 1). Les certificats de dépôts peuvent être nominatifs, à ordre ou au porteur. L'émission de certificats de dépôt au porteur doit préalablement être autorisée par le Conseil central de la BDL (art. 3). Les certificats peuvent être émis en livres libanaises ou en devises étrangères. L'échéance du certificat de dépôt ne doit pas être inférieure à trois mois ou supérieure à cinq ans, l'intérêt étant calculé à raison de 365 jours par an (art. 6). En outre, la banque ne peut absolument pas escompter ou acheter de manière directe ou indirecte les certificats de dépôt qu'elle émet. A cet effet, sont réputées opérations d'achat ou d'escompte indirecte toute opération d'achat ou d'escompte effectuée par toute banque qui fait partie avec la banque émettrice d'un même groupe économique, ou qui se rattache à la banque émettrice par une relation accessoire ou autre. En tout état de cause, le placement en certificats de dépôt d'une banque ne peut dépasser le montant global des fonds propres de la banque émettrice. En outre, le certificat de dépôt peut valablement servir de support pour la consignation du prix d'un bien-fonds ⁽⁵¹⁾.

SECTION 5 - GESTION DE PORTEFEUILLE

- 742 Présentation.** Il arrive que le titulaire des valeurs mobilières demande davantage à sa banque qu'une simple perception de dividendes et la charge de gérer pour son compte un portefeuille-titres. En réalité, il n'existe pas une formule unique de contrat de gestion de valeurs mobilières: les parties peuvent moduler à leur guise les stipulations de leur convention. Le contrat peut ainsi limiter les obligations de la banque à de simples conseils: il s'agira alors d'un renforcement contractuel du devoir de conseil déjà rencontré. En effet, le mandataire, s'il prend à son compte les suggestions de son client, endosse de ce fait la responsabilité de son acte de gestion. En revanche, s'il refuse de suivre son client sur les préconisations formulées, il doit expliquer et justifier sa décision tant sur le plan juridique au titre de son devoir de conseil et de son obligation d'agir avec loyauté à l'égard du mandant, que sur le plan commercial pour justifier à son client le bien-fondé de sa position.
- 743 Contrat de gestion.** La banque peut être chargée de procéder à des opérations spéculatives destinées à faire fructifier le portefeuille, elle assumera, à titre de mandataire, la gestion de portefeuille de son client ; on est alors en présence d'un véritable « contrat de gestion » ⁽⁵²⁾. En vertu de l'article 790 c. oblig. c. (art. 1992 c. civ.), le banquier devra répondre des fautes qu'il commet dans sa gestion ⁽⁵³⁾. On ne peut parler dans un tel

⁵⁰ Arrêté n° 7296 du 21 mai 1999.

⁵¹ Dans une affaire où l'acheteur a exercé son droit de préemption pour l'acquisition d'un bien fonds en consignat le prix d'achat en contrepartie d'un certificat de dépôt délivrée par la banque, la Haute Cour a validé ledit procédé à condition que la consignation soit effectuée en espèces et qu'elle soit affectée à l'acquisition dudit bien c'est-à-dire, séparée du compte que le bénéficiaire pourrait disposer auprès de ladite banque. Cass. lib. 19 nov. 1998, Rec. civ. Sader 1998, 339 spéc. 344 ; il en serait autrement si le dépôt est effectué par chèque lequel fusionne avec le compte préalablement ouvert et ne s'en détache qu'en cas de retrait par chèque ou en nature et de nouveau dépôt dans un autre compte indépendant.

⁵² BOULOC, La responsabilité en matière de gestion de titres, in mélanges M. CABRILLAC, 437.

⁵³ Cass. civ. 18 janv. 1989, D. 1989, 302.

cas de devoir de conseil, puisque le mandataire agit seul en gérant le portefeuille de son client et qu'il n'a donc pas à informer et conseiller celui-ci avant de passer les ordres d'achat et de vente de valeurs mobilières. La responsabilité du mandataire découle exclusivement de la qualité de sa gestion⁽⁵⁴⁾. Les OPCVM permettent aux épargnants de bénéficier d'une gestion collective assurée par des professionnels à des coûts réduits. La banque propose deux formes principales à sa clientèle: les SICAV et les fonds communs de placement. A ce titre, le client donne mandat à sa banque soit en lui conférant toute latitude pour gérer son portefeuille soit en lui délimitant les opérations qu'elle peut effectuer. L'obligation du banquier est une obligation de moyens, la gestion d'un portefeuille étant le plus souvent affectée par des éléments indépendants de la diligence du banquier. Il n'en demeure pas moins que sa responsabilité sera engagée s'il n'a pas placé « *les fonds du client comme le ferait un bon professionnel de la même catégorie, placé dans les mêmes circonstances de temps, de lieu et agissant selon les usages bancaires et boursiers de la place* »⁽⁵⁵⁾. Mais le client ne peut reprocher au gérant d'avoir mené une gestion bénéficiaire soumise à imposition⁽⁵⁶⁾. Des clauses de non-responsabilité limitent la responsabilité du banquier à ses fautes lourdes.

744 Ordres d'achat ou de vente. Les clients peuvent passer des ordres à la société de

gestion qu'ils avaient au préalable mandatée pour gérer leur portefeuille⁽⁵⁷⁾. En effet, le mandant reste propriétaire des valeurs mobilières données en gestion et à ce titre, il dispose toujours des droits de l'usus, du fructus et de l'abusus qui composent le droit de propriété. Il peut donc, céder, aliéner, sous quelque forme que soit ses biens. Le contrat de mandat ne fait pas perdre au mandant les droits de propriété qu'il possède sur les valeurs mobilières données en gestion et il peut donc continuer d'en disposer comme il l'entend. Il est toutefois parfaitement possible de limiter dans le mandat cette liberté du mandant. D'une part, le mandataire peut faire interdiction, pendant la durée du mandat, à son client mandant, d'intervenir dans la gestion du portefeuille afin d'assurer une unité de gestion et d'éviter des ordres contradictoires néfastes à la bonne administration du portefeuille géré. D'autre part, il est également possible que le contrat de mandat dispose qu'à titre exceptionnel, le mandant pourra donner des ordres d'achat ou de vente de valeurs mobilières, mais exclusivement au mandataire afin d'éviter toute erreur ou incohérence dans la gestion du portefeuille. Il appartient dans ce cas aux parties de définir clairement dans le mandat, les conditions et modalités dans lesquelles le mandataire exécutera ses obligations, ainsi que celles qui incomberont au mandant⁽⁵⁸⁾. Mais en aucun cas, le mandataire ne peut dépasser son mandat sous peine d'engager sa responsabilité civile pour manquement à son obligation de diligence⁽⁵⁹⁾.

745 Propriété d'un portefeuille de valeurs mobilières. La question se pose de savoir si le portefeuille de valeurs mobilières peut faire l'objet d'appropriation? et si, le cas échéant, il constitue un seul et même bien indivisible ou au contraire une pluralité de biens indépendants et isolés? La dématérialisation des titres va à l'encontre de l'appropriation. Cependant, les valeurs mobilières ne sont pas pour autant analysées comme des droits incorporels⁽⁶⁰⁾ ayant la nature de droits personnels. La personne inscrite en compte est présumée « propriétaire » du titre. D'ailleurs, l'article premier du décret français du 2 mai 1983 consacre ce droit de propriété: « *les valeurs mobilières ne sont plus matérialisés que par une inscription au compte de leur propriétaire* »⁽⁶¹⁾. La dématérialisation portant sur le titre papier pris comme instrument de preuve, et non sur les droits du titulaire qui sont par nature des droits immatériels, est en réalité une « *détitrisation* »⁽⁶²⁾. D'ailleurs, la Cour de cassation a décidé qu'un portefeuille de valeurs mobilières est une universalité de fait traitée comme un bien et que les valeurs mobilières ne sont pas consomptibles par le premier usage⁽⁶³⁾. Elle en a tiré les conséquences qu'il n'y avait pas de quasi-fruit, ce qui aurait alors permis à l'usufruitier d'avoir pendant la durée de son usufruit, la libre disposition des titres; qu'il est tout à fait

⁵⁴ GUILLOT, obs. préc.

⁵⁵ Cass. com. 12 juill. 1974 cité par RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, 767 n° 834.

⁵⁶ Versailles 24 mars 2011 RDBF mai-juin 2011 comm. 113 note STORCK.

⁵⁷ Cass. civ. 19 mars 1996 Banque n° 571 juin 1996, 92 obs. GUILLOT.

⁵⁸ GUILLOT, obs. préc.

⁵⁹ T. com. Paris 4 févr. 2011 RDBF 2011, mai-juin comm. 114 note RIASSETTO.

⁶⁰ DIDIER et MARTIN, De la nature corporelle des valeurs mobilières et autres droits scripturaux D 1996, chr. 47: les valeurs mobilières inscrites en compte sont des choses dotées d'une « corporalité scripturale », auxquelles l'inscription assurerait une matérialité « résiduelle ».

⁶¹ Cass. crim. 30 mai 1996 Bull. crim., 625 n° 224.

⁶² DIDIER et MARTIN, art. préc.

⁶³ Cass. com. 12 nov. 1998, RDBB 1999, 3 note HAVASSE ; D. 1999, 167 note AYNES ; RTDcom. 1999, 459 obs. STORCK ; RTDciv. 1999, 422 obs. METANI et 674 obs. PATAMI ; JCP G. 1999 I, 1120, 524 obs. PERINET-MARQUET et II-10027 note PIEDELIEVRE.

possible de céder les titres à condition cependant qu'ils soient remplacés. Cette inscription étant assurée par la société émettrice ou par un intermédiaire habilité.

SECTION 6 - FIDUCIE-GESTION

Nous évoquerons la constitution du contrat de fiducie-gestion (Sous-section 1) avant d'évoquer son exécution (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 - CONSTITUTION DU CONTRAT

Nous déterminerons les paramètres du contrat (Paragraphe 1) puis ses variantes (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 - Paramètres du contrat

- 746 Présentation.** Aux termes de l'article 3 de la loi n° 520 du 6 juin 1996, le contrat fiduciaire est « *un acte par lequel une personne physique ou morale appelée le fiduciant, confie à une personne appelée le fiduciaire, le droit de gérer et de disposer pour une durée déterminée, de droits ou de valeurs mobilières lui revenant, dénommée les avoirs fiduciaires* ». Ainsi, le contrat fiduciaire visé par le législateur libanais constitue un mécanisme à deux personnes, le fiduciant et le fiduciaire, reposant sur deux éléments: un acte translatif de droits d'une part, la convention proprement dite de fiducie d'autre part ⁽⁶⁴⁾. Par l'acte translatif de droits, le fiduciant transfère au fiduciaire la pleine titularité de droits, tels des droits de propriété ou de créances qui entrent pleinement dans le patrimoine du fiduciaire. Mais l'on peut concevoir aussi que le fiduciaire soit chargé d'acquérir auprès d'un tiers un bien pour le compte du fiduciant dans le cadre par exemple d'opérations de portage. Le second élément de l'acte fiduciaire est la convention de fiducie par laquelle le fiduciaire s'engage envers le fiduciant à n'exercer les droits dont la pleine titularité lui a été transférée que selon les termes de la convention, soit dans l'intérêt exclusif du fiduciant, dans le cadre de la fiducie gestion (art. 4 L 520/1996), soit à des fins de garantie (art. 5 L 520/1996). Il ne s'agit pas d'un acte simulé: le transfert de propriété est effectif car il a été voulu par les parties; il n'est donc pas simplement apparent.
- 747 Effets du transfert fiduciaire.** La conclusion d'un contrat fiduciaire emporte transfert de droits au fiduciaire. Ces droits réels ou personnels vont constituer un patrimoine d'affectation dont le fiduciaire va être titulaire. Mais comme le prévoit l'article 7 de la loi 520/1996, cet actif fiduciaire constitue une masse distincte au sein du patrimoine du fiduciaire, il est comptabilisé hors bilan et de manière distincte de tous les autres patrimoines du fiduciaire ⁽⁶⁵⁾. Les avoirs fiduciaires ne font pas partie de la masse en cas de liquidation judiciaire du fiduciaire ⁽⁶⁶⁾. Une banque qui est fiduciaire est ainsi titulaire, outre de son propre patrimoine, d'autant de patrimoines d'affectation qu'elle a conclu de contrats fiduciaires. En cas de faillite de cette banque, il y aura autant de masses qu'il y a de patrimoines fiduciaires, chacun de ces patrimoines étant utilisé pour désintéresser les créanciers fiduciaires et fiduciants ⁽⁶⁷⁾. Ce régime est applicable quelle que soit l'origine des biens composant le patrimoine fiduciaire, que ces biens aient été transférés par le fiduciant au fiduciaire ou qu'ils aient été acquis auprès de tiers. Néanmoins, « *les contrats fiduciaires sont soumis aux dispositions du contrat de mandat pour tout ce qui n'est pas contraire aux dispositions de la présente loi* » (art. 13 L. 520/1996).
- 748 Caractéristiques.** Le législateur libanais a restreint le domaine de la fiducie en imposant un certain nombre de limites. C'est ainsi que le législateur ne réglemente pas la fiducie en droit commun mais uniquement une variété d'opérations fiduciaires à savoir les contrats fiduciaires conclus avec les banques, les institutions financières et les autres institutions homologuées à cet effet par la Banque du Liban ⁽⁶⁸⁾. Une telle

⁶⁴ NASSIF, Les contrats fiduciaires, Rev. jud. lib. 1997, 15; Al Adl 1995, 63.

⁶⁵ (Art. 7: a) « *les avoirs fiduciaires constituent une masse distincte ou sein des engagements financiers du fiduciaire et figurent en hors bilan b) le fiduciaire est tenu de comptabiliser chaque avoir fiduciaire de manière distincte de tout autre compte ou de tout autre avoir fiduciaire.* »

⁶⁶ Art. 10: « *Les avoirs fiduciaires demeurent dissociés de la masse des avoirs du fiduciaire en cas de cessation de paiement ou de sa mise en faillite et ne sont pas assujettis aux dispositions et effets applicables lors de la cessation de paiement ou de la mise en faillite du fiduciaire exceptés ceux relatifs à la suspension du terme contractuel.* »

⁶⁷ Comp HOSS, L'expérience luxembourgeoise in, La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens, Bull. Joly 1991 n° 4 bis, 21 et s.

⁶⁸ Art. 2: « *Les banques, les institutions financières et les autres institutions homologuées par la Banque du Liban et enregistrées auprès d'elle, sont habilitées à traiter les opérations fiduciaires conformément aux dispositions de la présente loi.* »

disposition est de nature à renforcer la sécurité des opérations et ne peut que contribuer au succès du mécanisme. De même, la fiducie de droit libanais ne peut résulter que d'un contrat et non d'un acte unilatéral, ce qui a notamment pour conséquence qu'une personne ne peut se déclarer unilatéralement fiduciaire comme cela est possible en matière de trust⁽⁶⁹⁾.

Egalement, la fiducie libanaise est limitée par la nature des biens pouvant être érigés en patrimoine fiduciaire: seuls les meubles, à l'exception des immeubles, peuvent faire l'objet d'un contrat fiduciaire⁽⁷⁰⁾. C'est sans doute la volonté de stimuler la fiducie-gestion qui est à l'origine de la consécration de la fiducie libanaise. De même, le contrat fiduciaire n'est soumis à aucune mesure de publicité. La simple conclusion du contrat le rend opposable aux tiers sous réserve, toutefois, du cas où les avoirs à gérer sont eux-mêmes soumis à enregistrement ou à publicité. Egalement, le contrat fiduciaire ne peut porter sur les immeubles, seuls les meubles, mais tous les meubles, peuvent faire l'objet du contrat fiduciaire (art 1) sous réserve de l'ordre public à peine de nullité de plein droit⁽⁷¹⁾.

- 749 Formalisme.** Le contrat fiduciaire est soumis à un formalisme rigide: tandis que l'article 14-1 de la loi 520/1996 prévoit que « *tous les contrats de fiducie et leurs modifications doivent être établis clairement par écrit sous peine d'annulation absolue* » l'article 14-2 exige la présence dans le contrat d'un minimum de mentions (nom, adresse et profession des bénéficiaires, détermination des avoirs fiduciaires, pouvoir du fiduciaire, etc.).

Paragraphe 2 - Variantes du contrat

- 750 Placements fiduciaires.** La banque procède à un placement en son nom mais pour le compte du client sans pour autant révéler son identité. Ainsi, le client recueille les bénéfices et aussi supporte les risques et périls du placement. Ici, seule la banque, à l'exclusion du client, conclut le contrat avec le tiers à l'égard duquel elle est seule responsable de son exécution.
- 751 Prêts fiduciaires.** La banque sollicitée par un client pour l'octroi d'un prêt spécialement affecté à la réalisation d'un but précis conclura avec ce dernier un contrat fiduciaire par lequel, en tant que constituant, elle confiera à son client fiduciaire la gestion des sommes avancées au profit de bénéficiaires déterminés ou déterminables⁽⁷²⁾. Le but premier poursuivi par les parties au contrat de fiducie sera le versement du montant du prêt aux bénéficiaires désignés dans le contrat. En cas de non réalisation du but poursuivi et donc d'inexécution de la fiducie, les fonds seront alors transférés au banquier soit en qualité de bénéficiaire si l'attribution des sommes a été déterminée en sa faveur dans le contrat de fiducie, soit en qualité de constituant en cas de silence des parties.
- 752 Opérations de nommée.** Ces opérations ont pour but de faciliter la circulation des titres nominatifs de sociétés étrangères. Les titres nominatifs sont émis au nom d'un nommée- une grande banque ou une société créée à cet effet – et le nommée va faire circuler les certificats au porteur représentatifs de ces titres. Il assume ainsi la position d'un fiduciaire dans la mesure où il apparaît comme actionnaire dans ses rapports avec la société étrangère, tout en assumant à l'égard des porteurs de certificats l'obligation de se comporter comme actionnaire pour leur compte⁽⁷³⁾.

⁶⁹ Le trust a été façonné par une longue évolution prétorienne pour devenir, en droit anglais actuel, le moyen privilégié d'organiser la gestion efficace des biens. Le terme trust vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant (settler) - par actes entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire (le cestui que trust) ou dans un but déterminé. La technique juridique utilisée consiste à faire du trustee le titulaire des biens qu'il est chargé d'administrer. Cette titularité du trustee ne lui confère pas cependant une liberté d'action complète. Elle est limitée par le titre parallèle reconnu au bénéficiaire, le beneficial title, qui joue un double rôle: celui d'abord de donner au bénéficiaire la qualité requise pour contrôler la finalité et la gestion du trustee c'est-à-dire obliger celui-ci à rendre compte des actes accomplis à l'égard des biens du trust, le beneficial title confère en outre au bénéficiaire des recours (remedies) à l'égard des tiers, notamment pour empêcher que les biens de la fiducie ne soient saisis par les créanciers personnels du trustee. En fait, le trust réalise un démembrement du droit de propriété qui conduit à reconnaître à un trustee le legal ownership. Tandis que le bénéficiaire se voit reconnaître l'équitable ownership.

⁷⁰ L'article 3 définit les avoirs fiduciaires comme étant « *les droits ou valeurs mobilières revenant au fiduciaire.* »

⁷¹ Art 12: « *sont annulés d'office les contrats fiduciaires contraires à l'ordre public ou relatif à des avoirs fiduciaires composés de fonds ou d'actifs provenant d'actes pour lesquels l'exécutant a fait l'objet de sanction pour délit ou crime* ».

⁷² Art 5-b: « *Le bénéficiaire peut être désigné après constitution des avoirs fiduciaires, comme il peut être remplacé avant d'en accepter le bénéfice* ».

⁷³ REYMOND, Aspects fiduciaires de quelques opérations bancaires, principalement dans l'Euromarché, in, Les opérations fiduciaires, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 sept. 1984, Feduci et LGDJ 1985, 421s, sp., 430s.

- 753 Gestion collective de valeurs mobilières.** La gestion collective de valeurs mobilières lorsqu'elle prend la forme de fonds communs de placement, repose aussi sur une base fiduciaire ⁽⁷⁴⁾. Selon une structure fiduciaire, la direction du fonds est propriétaire des biens et titulaire des droits qui constituent le patrimoine du fonds. Elle les acquiert pour le compte et aux frais des investisseurs et les gère dans l'intérêt de ces derniers ⁽⁷⁵⁾. Toutefois, alors que le fiduciant a droit à la restitution en nature des biens fiduciaires, les porteurs des parts ne sont créanciers que de sommes d'argent correspondant aux bénéfices et au rachat des parts lorsqu'ils veulent quitter le fonds.
- 754 Gestion individuelle.** La gestion individuelle de fortune peut se pratiquer sur une base fiduciaire, mais la fiducie est concurrencée, en ce domaine, par le mandat de droit commun. La recherche de l'anonymat ou la volonté de regrouper les avoirs de plusieurs clients peuvent motiver le recours à la fiducie.
- 755 Portage.** Les contractants peuvent recourir à la fiducie pour mettre en place des opérations du type portage. La banque fiduciaire va souscrire des titres pour le compte d'un fiduciant donneur d'ordre et va suivre les instructions données par ce dernier ⁽⁷⁶⁾.

SOUS-SECTION 2 - EXECUTION DU CONTRAT

Nous envisagerons l'exécution du contrat fiduciaire entre les parties (Paragraphe 1) et à l'égard des tiers (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 - Entre les parties

- 756 Droits du fiduciant.** Le fiduciant n'a aucun droit sur les avoirs fiduciaires, avoirs que le contrat de fiducie a eu pour effet de transférer au fiduciaire, il n'est que le créancier de la banque fiduciaire ⁽⁷⁷⁾.
- 757 Droits du fiduciaire.** Le fiduciaire est-il pleinement titulaire des droits réels ou personnels qui lui ont été transmis? Le texte libanais ne le précise pas. Certains auteurs ne partagent pas cette opinion et considèrent qu'il ne peut pas se dire propriétaire des biens transmis. La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue ainsi « le propriétaire a le droit de donner, de détruire sa chose, ce que le fiduciaire ne peut évidemment pas faire » ⁽⁷⁸⁾. Une telle analyse procède manifestement d'une confusion entre pouvoir et droits subjectifs ⁽⁷⁹⁾. Le fiduciaire jouit incontestablement d'un droit subjectif né du contrat de fiducie, droit réel ou droit personnel selon les cas. Ce droit subjectif n'est ni diminué, ni démembré et s'il s'agit d'un droit de propriété, on peut affirmer que le fiduciaire est pleinement propriétaire ⁽⁸⁰⁾. En revanche, l'exercice de ce droit trouve sa limite dans les pouvoirs que le contrat fiduciaire a accordé au fiduciaire. Comme le relève un auteur ⁽⁸¹⁾, la finalité imposée par l'acte n'affecte pas la nature du droit subjectif transmis: la banque peut être propriétaire des actifs fiduciaires sans pour autant avoir le pouvoir d'en disposer. D'ailleurs, si le fiduciaire, nonobstant l'interdiction qui lui en est faite dispose des biens, la cession produira ses effets et les droits seront transmis à l'acquéreur. La violation du contrat se résoudra en dommages et intérêts, par application des règles relatives au mandat auxquelles renvoie la loi n° 520/1996 (art. 13).
- 758 Obligations du fiduciaire.** La loi libanaise sur les contrats fiduciaires retient certaines obligations à la charge du fiduciaire ⁽⁸²⁾. Dans ses rapports avec le fiduciant, le fiduciaire doit s'interdire d'employer les avoirs fiduciaires en gage de ses obligations propres, y compris pour l'obtention des crédits pour son propre

⁷⁴ THEVENOZ, La fiducie, Cendrillon du droit suisse, Helbing et Lichtenhahn, Bâle 1995, 280.

⁷⁵ THEVENOZ, 290.

⁷⁶ Cf Association Luxembourgeoise des juristes de banque, La fiducie des établissements de crédit, en droit Luxembourgeois des 20 et 21 septembre 1984, op. cit., 377.

⁷⁷ Un point essentiel a été laissé de côté par le législateur libanais, celui de la situation des créanciers du fiduciant. Dans ces conditions, il convient de faire application du droit commun des obligations en leur réservant d'exercer l'action paulienne en cas de fraude ou d'exercer par l'action oblique les droits de leur débiteur fiduciant; KRIEPS, art. préc., 164.

⁷⁸ DECHEIX, Débats sur la communication de M. KRIEPS in La fiducie ou du trust dans les droits occidentaux francophones, travaux du 3^e colloque de Luxembourg, mai 1989, Rev. jurid. et polit. Ediena 1990, 167.

⁷⁹ GAILLARD, Le pouvoir en droit privé, préf CORNU, Economica 1985, 22s, n° 21 ets.

⁸⁰ En ce sens KRIEPS, art. préc., 163.

⁸¹ LUCAS, Les transferts temporaires de valeurs mobilières, pour une fiducie de valeurs mobilières, préf LORVELLEC, Coll. Bibl. dr. privé T 283, LGDJ 1997, 297 n° 575.

⁸² Art. 4-c: « La qualité du fiduciant doit être déclarée, sans révélation de l'identité du fiduciant ou du bénéficiaire lors de la conclusion d'un contrat portant sur des opérations relatives aux avoirs fiduciaires dont la loi exige la publication ou la déclaration ».

compte. De même, il lui est interdit d'employer les avoirs fiduciaires dans les domaines de quelque nature soient-ils où il serait associé, directement ou indirectement, ou dans lesquels il aurait quelque intérêt sans qu'il ne soit habilité au préalable par écrit, de manière précise et spécifique par le fiduciaire (art. 8 L. 520/1996), cela bien entendu, sous peine d'engager sa responsabilité contractuelle. Il ne peut pas employer les avoirs en garantie d'une obligation personnelle notamment en garantie de crédits personnels (art. 4 arrêté n° 6349 du 23 mai 1997). Il convient de signaler que ces obligations ne sont pas énumérées par la loi de manière limitative; la loi renvoie aux règles applicables au mandat ⁽⁸³⁾. Il en résulte que les obligations de la banque sont prévues par la convention qui organise librement les rapports entre les parties. Dans le silence du contrat fiduciaire, elles sont celles d'un mandataire lorsqu'il s'agira d'apprécier les obligations et les responsabilités du fiduciaire ou les conditions de sa révocation. Ainsi, pèse sur la banque une obligation de loyauté, de prudence et de reddition des comptes. Par ailleurs, le contrat peut être résilié ad nutum par la fiduciaire.

759 Protection du fiduciaire. La loi n° 520/1996 ne prévoit pas de dispositions protectrices du fiduciaire, probablement, à cause de l'ambiguïté qui régit la nature du contrat fiduciaire libanais et donc, la nature des droits transmis au fiduciaire. Mais cela ne veut pas dire que le fiduciaire est privé de toute protection. En effet, si l'on considère le fiduciaire comme un simple mandataire, il pourra toujours exercer le droit de rétention que l'article 798 c. oblig. c. reconnaît à « *tout mandataire sur les effets mobiliers ou marchandises du mandat, qui lui ont été expédiés ou remis* ». Ainsi, le fiduciaire retiendra les avoirs fiduciaires jusqu'au paiement de tout ce qui lui est dû par le fiduciaire en exécution du contrat fiduciaire. Le droit de rétention ne confère au fiduciaire ni le droit de suite ni même le droit de préférence; mais il est opposable à tous en ce sens que « *le rétenteur peut refuser de se dessaisir de la chose, quelle que soit la personnalité de son contradicteur* » (art 274 c. oblig. c.). En revanche, si l'on estime que le fiduciaire est pleinement titulaire des droits transmis, la question de la protection ne se posera plus dans la mesure où la fiduciaire exercera tous les pouvoirs et prérogatives qui s'attachent à son titre de propriété.

Paragraphe 2 - A l'égard des tiers

760 Protection des tiers. Dans ses rapports avec les tiers, la banque ou l'institution financière doit révéler sa qualité de fiduciaire lorsque le contrat conclu avec le tiers porte sur l'un des éléments des avoirs fiduciaires, et notamment si la loi en exige une publication ou une déclaration. Le fiduciaire doit veiller à ne pas révéler l'identité du fiduciaire ou du bénéficiaire ⁽⁸⁴⁾. Aux termes de l'article 278 alinéa 1 c. oblig. c.: « *Les créanciers dont la créance est exigible peuvent, en leur nom personnel, demander la révocation des actes que le débiteur aurait accomplis en fraude de leurs droits, et par lesquels il aurait déterminé ou aggravé son insolvabilité* »... l'alinéa 2 précise que cette action, appelée action paulienne, peut atteindre des personnes avec lesquelles le débiteur a traité frauduleusement ». Ainsi, nous pensons que la jurisprudence qui existe en cette matière pourra trouver application lorsque la fiducie sera constituée frauduleusement aux droits des créanciers. En cas de succès de l'action, la fiducie devra normalement être déclarée inopposable au créancier demandeur. Les biens, de la fiducie, réintégreront le patrimoine du constituant où ils pourraient être saisis par le créancier, victime de la fraude. Mais la réparation pourra également se faire par l'allocation de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi, ce qui ne remettra pas en cause l'acte de fiducie. De même, tout acte de fiducie sera annulé s'il est effectué après la cessation des paiements. Il s'agit d'une nullité obligatoire qui anéantira rétroactivement l'acte. Si la fiducie a été constituée dans les six mois précédant la date de cessation des paiements, elle pourra être annulée mais il s'agit là d'une nullité facultative, la fraude du constituant devant être prouvée.

⁸³ Cf art. 13.

⁸⁴ Art 4-b: « *Le fiduciaire est tenu de déclarer sa qualité à toute tierce personne avec laquelle il conclut un contrat relatif à un quelconque élément des avoirs fiduciaires sans révéler l'identité du fiduciaire* ».

CHAPITRE 4 – FOURNITURE DE RENSEIGNEMENTS FINANCIERS ET COMMERCIAUX

- 761 Présentation.** Le devoir de renseignement est la réponse à une demande d'information ⁽¹⁾. Ce devoir constitue donc une catégorie distincte des devoirs de conseil et d'information lesquels, doivent être fournis spontanément en exécution d'une obligation à laquelle est tenu celui qui doit conseiller ou informer ⁽²⁾. Cette demande d'information est justifiée par le fait que la banque dispose dans l'activité qu'elle exerce un grand nombre d'informations. Celles-ci sont convoitées par les commerçants dont l'intérêt est naturellement d'être le mieux renseignés possible sur leurs partenaires. La fourniture de renseignements présente deux risques pour le banquier: le premier, est celui d'engager sa responsabilité à l'égard du demandeur de l'information parce que le renseignement est inexact (Section 1), le deuxième, concerne le demandé, c'est-à-dire la personne visée par le renseignement qui peut reprocher à la banque le caractère défavorable du renseignement fourni (Section 2).

SECTION 1 - RESPONSABILITE DU BANQUIER A L'EGARD DU DEMANDEUR

- 762 Nature de la responsabilité.** Lorsque le banquier se fait payer le renseignement, même si le prix est modique, l'obligation qu'il assume est sans aucun doute contractuelle ⁽³⁾. Lorsque le renseignement est gratuit à l'égard du client, la responsabilité demeure contractuelle ⁽⁴⁾ en raison de la nature contractuelle de l'obligation mise à la charge du banquier dans ses rapports avec son client. En revanche, à l'égard du tiers qui n'est pas le client de la banque, et en l'absence de contrat, la responsabilité doit être délictuelle ou quasi-délictuelle ⁽⁵⁾.
- 763 Autorité de l'obligation.** L'obligation du banquier est une obligation de moyens ⁽⁶⁾. Celui-ci s'oblige à utiliser les moyens dont il dispose pour fournir le renseignement le plus exact possible; il ne garantit pas sa parfaite conformité avec la réalité. Cette obligation est appréciée in concreto abstraction faite de la rémunération de la personne visée par l'information (client ou non, professionnel ou consommateur, etc.).
- 764 Preuve.** Le demandeur se prétendant victime d'un faux renseignement qui voudrait engager la responsabilité du banquier, doit avant tout rapporter la preuve de l'inexactitude du renseignement sans laquelle, bien entendu, il ne pourrait se plaindre de rien. Celle-ci doit s'entendre du caractère erroné, incomplet ⁽⁷⁾ ou partial du renseignement. Elle doit s'apprécier au moment où le renseignement a été donné. Ensuite, le requérant doit démontrer que l'inexactitude du renseignement est due à une faute du banquier: dol, ou imprudence. Enfin, il devra rapporter la preuve d'un préjudice lié causalement à la faute du banquier.

SECTION 2 - RESPONSABILITE DU BANQUIER A L'EGARD DU DEMANDE

- 765 Caractère inexact ou diffamateur du renseignement.** Comme à l'égard du demandeur, le banquier peut engager sa responsabilité à l'égard de la personne visée par le renseignement si celui-ci est inexact. Il en est ainsi du renseignement erroné, comme de celui qui est incomplet, ou de celui qui est dépourvu d'objectivité. La responsabilité du banquier est de nature délictuelle lorsque c'est volontairement que celui-ci donne des renseignements inexacts (intention de nuire ou mauvaise foi). Elle est quasi-délictuelle, lorsque le banquier de bonne foi a fourni une information inexacte parce qu'il s'est lui-même renseigné à la légère et sans effectuer les vérifications nécessaires. La responsabilité est engagée même si le renseignement fourni est inexact mais, dans ce cas, la victime doit prouver que le banquier a donné l'information dans l'intention de nuire.
- 766 Caractère confidentiel du renseignement.** Sans préjudice aux dispositions de la loi libanaise sur le secret bancaire, la divulgation des informations par le banquier n'est sanctionnée que si elle porte sur les

¹ FABRE-MAGNAN, De l'obligation d'information dans les contrats: essai d'une théorie, LGDJ, Bibl. dr. droit privé 1992 préf. CHESTIN, T 221 n°10, 8.

² BOUCARD, ouvrage préc. n° 10, 24.

³ BECQUE et CABRILLAC, RTDcom. 1955, 364.

⁴ Aix-en-provence 12 nov. 1976 D. 1978 IR 228 obs. VASSEUR.

⁵ Paris 5 févr. 1952, Banque 1952, 445 obs. MARIN; RTDcom. 1952, 603 obs. BECQUE et CABRILLAC – contra RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, 747 n° 814.

⁶ Cass. com. 22 avr. 1977 D. 1977 IR 452 ; Lyon 27 oct. 1971, JCP G. 1972, II-17012, note SAVATIER.

⁷ Cass. req. 17 mars 1905 DP 1905, 1, 501.

renseignements confidentiels couverts par le secret professionnel. Le banquier engagera alors sa responsabilité civile et pénale s'il les communique à des tiers en dehors des hypothèses où il est déchargé de l'obligation au secret.

CHAPITRE 5 - CONTRAT DE COFFRE-FORT

Le contrat de coffre- fort est le type même du service annexe dans la mesure où la banque n'en retire qu'un intérêt pécuniaire mineur. Cependant, ce contrat n'est pas sans intérêt pour ses partenaires: la banque espère ainsi attirer la clientèle, tandis que les clients en apprécient la sécurité et la discrétion. Nous évoquerons la nature du contrat (Section 1) et son exécution (Section 2).

SECTION 1 - NATURE DU CONTRAT

767 Nature controversée. La nature du contrat n'a pas fini d'alimenter la controverse tant doctrinale que jurisprudentielle. Certains auteurs y voient un contrat de location au sens des articles 1708 et s. c. civ. ⁽¹⁾. Cette analyse adoptée par la Cour de cassation française ⁽²⁾ est celle retenue par le législateur libanais dans l'article 309 c. oblig. c. aux termes duquel: « *Les dépôts faits dans les coffres-forts ou dans les cases de coffres-forts sont régis par les règles de louage de choses* » ⁽³⁾. Cependant, cette qualification est réfutée par les auteurs ⁽⁴⁾. En effet, conformément au droit commun de la location, le locataire doit avoir la libre jouissance de la chose louée et le bailleur doit mettre la chose louée à la disposition du preneur. Or, dans le cadre du contrat de coffre-fort, le locataire n'utilise pas directement du coffre, voire, il ne peut pas accéder seul à la salle des coffres sans le concours du banquier. Cela se justifie par le fait que le banquier, contrairement au bailleur, est tenu d'une obligation caractérisant ce type de contrat et qui n'existe pas dans un contrat de bail à savoir l'obligation d'assurer la surveillance de la salle des coffres ⁽⁵⁾. Certains auteurs ⁽⁶⁾ considèrent que ce contrat se rapproche davantage du dépôt que du louage en raison de sa finalité économique qui est de conserver le contenu du coffre. Cependant, il ne s'agirait pas du dépôt du code civil parce que le banquier n'est pas détenteur des objets contenus dans le coffre et ne sait pas ce que le coffre contient, ni même s'il contient quelque chose. Mais on a pu reprocher à cette opinion qu'elle ne rend pas compte du fait que le dépôt nécessite la remise d'une chose au dépositaire or dans le contrat de coffre-fort, le banquier ne reçoit pas voire, il ignore totalement ce qui est dans le coffre. Aussi un autre auteur ⁽⁷⁾ considère qu'il s'agit d'un contrat *sui generis* que l'on peut classer dans les contrats dits de « garde ». Cette analyse suivie par une certaine doctrine ⁽⁸⁾ et une certaine jurisprudence ⁽⁹⁾ présente l'intérêt de souligner la finalité économique de la convention, qui est un « service » complémentaire du banquier. Mais on a pu relever que cette qualification ne peut être retenue parce que le contrat de garde est une variété de dépôt or, ce contrat de coffre-fort n'est pas un dépôt ⁽¹⁰⁾. Selon ces mêmes auteurs, ce qui caractérise le contrat de coffre-fort c'est l'élément de surveillance mis à la charge du banquier ⁽¹¹⁾.

SECTION 2 - EXECUTION DU CONTRAT

768 Usage du coffre. L'utilisation du coffre est toujours aménagée de manière à en rendre l'accès simple, discret mais prudent. Durant les heures ouvrables, le client a accès à son coffre. Le coffre ne peut être ouvert qu'avec deux clés différentes, l'une étant remise au client, l'autre conservée par la banque. Il est donc impossible au banquier comme au client d'ouvrir seul le coffre. Le banquier doit vérifier l'identité des visiteurs et s'assurer de leur qualité. Cette obligation de vérification est une obligation de moyens. Il en résulte que le banquier peut échapper à toute responsabilité s'il prouve qu'il a pris toutes les diligences d'une personne normalement avisée. Il arrive que le coffre-fort soit ouvert au nom de plusieurs personnes. Si l'ouverture leur est concédée de manière conjointe, elles devront utiliser le coffre ensemble sauf à désigner un mandataire commun. En outre, le client doit rémunérer le banquier de l'usage du coffre, se présenter pour les visites aux heures d'ouverture de la salle des coffres et jouir du coffre en « bon père de famille ». Il doit s'abstenir notamment d'y déposer des produits nocifs ou dangereux.

¹ VALERY, Traité de la location des coffres – forts, 2^e éd. 1926 ; ESCARRA et RAULT T 6 n° 1027.

² Cass. Req. 12 nov. 1906, D 1907, 1, 409 note VALERY ; Cass. civ. 21 mai 1957, Banque 1957, 607 obs., MARIN ; RTDcom. 1957, 690 ; Cass. com. 29 oct. 1952, RTDcom. 1953, 461 ; 11 févr. 1946 D. 1946, 365 note TUNC ; 27 avr. 1953, RTDcom. 1953, 717.

³ JU Beyrouth 9 oct. 1955, Rev. jud. lib. 1955, 1000.

⁴ RIVES-LANGE et CONTAMINE RAYNAUD, 408 n° 767; RIPERT et ROBLOT, 527 n° 2478.

⁵ Paris 19 avr. 1984 JCP G 1985, II-20367 note PREVAULT ; Paris 9 oct. 1986, RTDcom. 1987, 236 ; RTDciv. 1987, 568 obs. REMY ; et sur pourvoi Cass. com. 15 nov. 1988 RTDcom. 1989, 285 obs. CABRILLAC et TEYSSIE.

⁶ RIPERT et ROBLOT, Ibid.

⁷ TUNC, Le contrat de garde, Paris 1942 et notes au DC 1944, 60.

⁸ GAVALDA et STOUFFLET, 408 n° 767.

⁹ Cass. civ. 2 juin 1993, Bull. civ. I n° 197.

¹⁰ RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, Ibid.

¹¹ Cass. civ. 15 janv. 1985 Banque 1985, 641 obs. RIVES-LANGE ; Paris 9 oct. 1986 préc.

769 Obligations du banquier. Le banquier doit contrôler l'accès au coffre fort. L'inexécution de son obligation est constitutive d'une faute lourde ⁽¹²⁾. Le banquier doit procurer la sécurité du coffre et de son contenu en vertu de l'obligation de surveillance qui pèse sur lui. Cette obligation est de résultat ⁽¹³⁾. La banque est responsable de la détérioration comme du vol des objets enfermés dans le coffre par suite d'effraction ⁽¹⁴⁾. La banque ne peut s'exonérer de sa responsabilité qu'en démontrant que le préjudice est dû à un cas de force majeure ou au fait de la victime ⁽¹⁵⁾ sauf à se prévaloir de la faute du client ou de la force majeure qu'il lui incombera de prouver ⁽¹⁶⁾ par exemple, si le coffre est détruit par un bombardement, un attentat ou saisi par l'ennemi ⁽¹⁷⁾. Mais la force majeure ne saurait être retenue lorsqu'il y a faute antérieure du banquier ⁽¹⁸⁾ notamment s'il n'a pas fait évacuer les coffres menacés alors que les circonstances lui permettaient de le faire ⁽¹⁹⁾. En outre, la cour n'exige plus pour constituer la force majeure que l'événement soit imprévisible, l'irrésistibilité semble suffisante ⁽²⁰⁾. Jugé qu'en matière de location d'un coffre, la banque assume une responsabilité contractuelle tant qu'elle agit dans le cadre contractuel, y compris en cas de résiliation du contrat qui met en jeu les clauses contractuelles en cas de défaut de paiement de la redevance. Après la résiliation du contrat, la banque, qui conserve entre ses mains le contenu du coffre, est responsable des pertes et des dommages causés aux objets dont elle a conservé la garde et qu'elle manipule et transporte à ses risques et périls ⁽²¹⁾.

770 Préjudice en cas de perte. Etant donné le secret du dépôt ⁽²²⁾, la preuve du préjudice est extrêmement difficile à établir. Le titulaire du coffre doit non seulement prouver l'existence du contenu ⁽²³⁾ mais encore prouver la présence effective de ce contenu dans le coffre au moment du vol ⁽²⁴⁾. De même, l'utilisateur doit prouver que le vol a été commis à l'intérieur du coffre ou dans les locaux de la banque ⁽²⁵⁾. Tous les moyens de preuve sont admis ⁽²⁶⁾ même par serment supplétoire s'il y a un commencement de preuve par écrit ⁽²⁷⁾. Leur force probante étant néanmoins laissée à l'intime conviction des juges.

771 Clauses limitatives ou suppressives de responsabilité. Ces clauses sont d'une validité et d'une efficacité limitées: d'une part, elles ne peuvent éluder l'obligation de surveillance ⁽²⁸⁾ ainsi, est nulle la clause qui a pour objet d'écarter l'obligation de surveillance ⁽²⁹⁾. D'autre part, elles ne peuvent couvrir que les fautes légères du banquier à l'exclusion de ses fautes lourdes ⁽³⁰⁾. D'ailleurs, les termes particulièrement fermes du second alinéa de l'article 309 c. oblig. c.: « *la banque répond de l'inviolabilité des coffres loués* » semble limiter la validité de pareilles clauses ⁽³¹⁾.

772 Décès du titulaire du coffre. Etant soumis aux règles du contrat de louage, il y a lieu de considérer que le décès du titulaire de coffre n'emporte pas extinction du contrat de coffre-fort mais transmission aux héritiers ⁽³²⁾ à l'exclusion de toute autre personne. Ainsi, la banque doit restituer le dépôt au déposant ou à ses héritiers même si l'objet du dépôt revenait à autrui. Cela, sauf si le dépôt a été contracté en vertu d'une

¹² Cass. civ. 15 nov. 1988, Bull. civ. I n° 318 ; RDBB 1989, 64 ; v Cass. com. 22 mai 1991, RTDcom. 1991, 759 obs. RIVES-LANGE.

¹³ Beyrouth 4 juin 1996, Rev. jud. lib. 1996, 846 ; Trib. 1^{re} inst. Beyrouth 5 juin 1991, Al Adl 1990/1991, 165.

¹⁴ Cass. civ. 29 mars 1989, Bull. civ. I n° 142 ; JCP G 1990, II-21445 note PUTMAN et SOLLETY ; JCP E 1991, 193 n° 50 obs. GAVALDA et STOUFFLET ; Cass. com. 15 janv. 1985, Bull. civ. n° 23 RDBB n° 12, 64 ; Banque 1985, 641.

¹⁵ Cass. com. 15 janv. 1985 D 1985, IR 334 obs. VASSEUR, Banque 1985, 641 obs. RIVES-LANGE ; RTDcom. 1985, 546 obs. CABRILLAC et TEYSSIE.

¹⁶ Beyrouth 15 mars 1988, Al Adl 1988, 28 sp., 32.

¹⁷ Paris 3 mai 1950, Gaz. Pal. 1950, 2, 71.

¹⁸ Cass. civ. lib. 7 juin 1988, Rev. jud. lib. 1988, 76 ; Beyrouth 30 janv. 1992, Al Adl 1992, 173.

¹⁹ Cass. com. 29 oct. 1952 D. 1953, J. 53 ; RTDcom. 1953, 461, obs. BECQUE et CABRILLAC ; 29 avr. 1953, D. 1953, 422 ; JCP G. 1953, 2, 7676.

²⁰ Beyrouth 4 juin 1996, arrêt préc.

²¹ Paris 28 avr. 2011, RDBF 2011, nov.-déc. comm. 188 note CREDOT et SAMIN.

²² Le secret survit à la résiliation du contrat, Cass. civ. 2 juin 1993, JCP E 1993, pan. 960.

²³ Paris 28 avr. 2011 préc.

²⁴ Cass. civ. 5 juill. 1988, Banque 1988, 1058, RIVES-LANGE ; RTDcom. 1989, 106 obs. CABRILLAC et TEYSSIE ; Aix-en-Provence 6 déc. 1965, Banque 1966, 52 ; 3 déc. 1987 RDBB 1988, 151 obs. CREDOT et GERARD ; Trib. 1^{re} inst. Beyrouth 2 juin 1988, Rev. jud. lib. 1988, 963 ; Al Adl 1989, 320.

²⁵ Aix-en-provence, 6 déc. 1965 préc. ; Paris 9 oct. 1984 D. 1985, IR 344 VASSEUR.

²⁶ Factures, inventaires privés ; Cass. req. 24 févr. 1947 D. 1947, 211 ; Paris 12 juill. 1982 D. 1983 IR 471 obs. VASSEUR ; Trib. 1^{re} inst. Beyrouth 2 juin 1988 préc..

²⁷ Cass. req. 24 févr. 1947, D. 1947, IR 211.

²⁸ Cass. civ. 15 nov. 1988, Req. 24 juin 1929, S 1930, 1, 6.

²⁹ Beyrouth 4 juin 1996, arrêt préc.

³⁰ Cass. civ. 15 nov. 1988 et Paris 9 oct. 1986 préc.

³¹ FABIA et SAFA, op. cit.

³² Art. 600 c. oblig. c.: « Le bail n'est point résilié par la mort du preneur ni par celle du bailleur ».

stipulation pour autrui au profit d'un tiers dûment déterminé ⁽³³⁾. Néanmoins, le décès de l'un des co-titulaires du coffre bloque l'usage du coffre. En revanche, si une clause de solidarité est stipulée dans le contrat, l'accès au coffre est alors ouvert individuellement à tous.

- 773 Saisie.** Le contrat de coffre-fort étant soumis en droit libanais à la loi du 3 septembre 1956 relative au secret bancaire ⁽³⁴⁾, la saisie du coffre-fort admise par l'article 917 nouv. c. proc. civ. lib. n'est concevable qu'après levée du secret bancaire.

³³ Cass. civ. lib. 22 avr. 1959, Baz. 1959, 71.

³⁴ CE lib. 15 mars 1979, Al Adl 1980, 32 ; 10 mars 1975, Ibid, 235.

TITRE V – ACTIVITE BANCAIRE ISLAMIQUE

774 Présentation. Les banques islamiques ont connu un essor considérable durant les trois dernières décennies. L'accroissement du volume de leurs activités témoigne de leur indéniable développement ⁽¹⁾. Pour ces raisons, le secteur bancaire ⁽²⁾ notamment libanais, ne pouvait pas rester indifférent à une telle activité; le terrain y étant propice pour au moins deux raisons: **1-** le libéralisme politique et économique assurant par là une parfaite entente entre le droit de type laïc et la *chari'a islamiya* et, **2-** le secret bancaire absolu dont bénéficient les banques en vertu de la loi du 3 septembre 1956 favorisant ainsi le « dialogue » entre l'argent et la *chari'a islamiya* ⁽³⁾. Le législateur libanais a promulgué la loi n° 575 du 11 février 2004 relative à « *la constitution des banques islamiques au Liban* » ⁽⁴⁾. Nous évoquerons les fondements de l'activité bancaire islamique (Chapitre 1) avant d'en envisager le domaine (Chapitre 2).

¹ Les capitaux islamiques sont estimés à 840 milliards de dollars ; entretien avec DUPICHOT, D 2010,1064 avec une croissance annuelle de 15 à 20%. Selon les agences de notation, le marché offre un potentiel de 4200 milliards dollars américains.

² PARLEANI, Regards pragmatiques sur la finance islamique, RDBF mars-avr. 2012, dossier 12 ; MATHEY, La prise en compte des déterminants religieux dans la relation bancaire, RDBF mars-avr. 2012, dossier 13.

³ v. BOURABIAT, Finance islamique en France: éclairage sur les nouvelles opportunités offertes aux investisseurs, RDBF juill.-août 2009, étude 27.

⁴ JO n° 9, 13 févr. 2004, 711 ; NAMMOUR, Activité bancaire islamique: l'expérience libanaise, RDBF nov.-déc. 2005, analyse 20.

CHAPITRE 1 - FONDEMENTS DE L'ACTIVITE BANCAIRE ISLAMIQUE

La constitution des banques islamiques se distingue de celle des banques de type conventionnel par la source religieuse qui caractérise l'activité bancaire islamique (Sous-paragraphe 1). Néanmoins, l'activité bancaire reste soumise au droit commun (Sous-paragraphe 2).

SECTION 1 - SOUMISSION DE L'ACTIVITE BANCAIRE AU DROIT D'ISLAM

- 775 Source divine.** Le droit d'islam est un droit religieux. Par conséquent, l'activité économique islamique dépend de la *chari'a islamiya* c'est-à-dire du *Coran* et de la *Sounna* ⁽¹⁾. L'activité financière se trouve gouvernée par les deux principes religieux directeurs suivants: 1- l'activité doit être nécessairement *halal* (licite) et non pas *haram* (illicite). 2- l'homme économique musulman est simple dépositaire et gestionnaire des biens de DIEU qu'il se doit de fructifier s'il veut gagner la grâce de DIEU. Appliqués au secteur bancaire, cela veut dire que, contrairement aux banques de type classique, les banques islamiques ne visent pas uniquement à accroître leurs bénéfices, mais surtout à encourager les investissements et associer le travail au capital. Isolément, l'argent est considéré comme stérile, improductif. Il ne peut générer des revenus du simple écoulement du temps. Il ne peut être productif que s'il est accompagné de travail. Par conséquent, le profit ne peut résulter que d'une activité. En d'autres termes, le profit dépendra des activités d'investissement effectuées par les banques et le taux du profit dépendra du contenu du contrat conclu entre la banque et le client, contrat dit de *moudaraba*. Par conséquent, les actionnaires tirent profit des investissements effectués par les banques en plus des gains issus des contrats de *moudaraba*. L'association est la véritable caractéristique des banques islamiques qui les distinguent des banques de type classique. Cet aspect de l'association dit en arabe *moucharaka* va rejaillir sur toutes les opérations bancaires islamiques. D'une manière générale, on peut dire que l'activité économique islamique repose sur six règles principales ⁽²⁾.
- 776 Prohibition du *riba*.** Juridiquement, le *riba* est défini « *comme un profit ou gain illicite découlant d'une inéquivalence dans la contre-valeur des prestations réciproques au cours de l'échange entre deux ou plusieurs biens de la même espèce, du même genre et régis par la même cause efficiente* ». Par conséquent, le *riba* englobe l'usure et l'intérêt ⁽³⁾. Le *riba* est condamné, parce qu'il implique toujours une transaction qui suppose une contrepartie où l'équivalence des prestations n'est pas respectée; ce qui rompt l'équilibre des obligations réciproques des parties et ébranle l'économie de base du contrat. Ensuite, parce que l'argent a une valeur dans le temps qui est incertaine et variable par nature qui ne peut être prédéterminée comme l'est le taux d'intérêt. Cette interdiction trouve également sa source dans l'obligation morale de ne pas « vendre » l'argent en cas de manque de liquidité, ce qui favoriserait l'usure et la thésaurisation.
- 777 Prohibition de la thésaurisation et statut de la monnaie.** La prohibition de la thésaurisation s'appuie notamment sur les fonctions économiques de la monnaie. Si la monnaie est une marchandise qui se vend et s'achète dans un espace (la banque), sa valeur va fluctuer au gré de l'offre et de la demande. Ces évolutions vont conduire les individus à vouloir thésauriser ce médium pour le louer en vue d'un profit futur. Aussi l'islam a dû créer l'obligation morale de n'utiliser l'argent qu'à des fins personnelles ou collectives d'investissement.
- 778 Le prélèvement obligatoire d'une aumône (*zakat*).** La *zakat* est une contribution financière auxquels les musulmans doivent se soumettre. Les banques islamiques ont donné à ce devoir une grande importance; certains établissements ont inséré, dans leur organigramme tout un service prenant en charge la collecte de la *zakat* et sa répartition sous le contrôle d'un comité religieux.
- 779 Prohibition du *gharar* (risque).** Le *gharar* ne fait pas l'objet d'une définition. D'une manière générale, il s'agit du caractère risqué d'un accord. Il se retrouve, notamment, dans la vente de biens dont l'existence ou les caractéristiques ne sont pas certaines du fait d'un risque rendant, du coup, la transaction de nature spéculative ⁽⁴⁾. Ainsi, un accord qui comporterait une part de risque, voire de tromperie, n'est pas valable. Les formes que peut prendre le *gharar* sont des plus variées: imprécision du coût d'un contrat au moment

¹ La *Sounna* constitue l'ensemble des paroles et actes du Prophète MOHAMET.

² LASSERE CAPDEVILLE, Les principes de la finance islamique: présentation et illustration, RDBF mars-avril 2011, étude 13.

³ PARLEANI, art. préc. n° 13, MATHEW, art. préc. n° 16.

⁴ PARLEANI, art. préc. n° 7 ; MATHEY, art. préc. n° 17.

de sa signature, paiement conditionnel de l'une des parties, vente d'un bien que le vendeur n'est pas encore en état de livrer ou encore contrats dépendant d'un événement imprévisible, etc.

780 Condamnation de la spéculation (*al-maysar*). A la prohibition de l'intérêt s'ajoute également le refus de toute spéculation purement financière selon le principe religieux « *on ne peut vendre ce qu'on ne possède pas* ». Le Coran interdit les actes économiques et sociaux entachés de hasard et donc non maîtrisés. Les opérations doivent nécessairement être adossées à un actif tangible. Ainsi, les contrats ne doivent pas contenir d'éléments d'incertitude ou de spéculation. Par conséquent, les opérations de couverture par swaps, futures, ou autres opérations similaires sont assimilées à des jeux de hasard prohibés ⁽⁵⁾.

781 Partage des profits et des pertes. Jugé immoral, l'intérêt est remplacé par le principe du partage des pertes et des profits qui réhabilite le partenariat et la participation équilibrée et instaure, par-là, une solidarité financière entre le prêteur et l'emprunteur. Dans ce système, le prêteur doit participer avec l'emprunteur tant aux bénéfices qu'aux pertes d'un projet (actif tangible). L'établissement bancaire devient un véritable partenaire de l'entrepreneur-emprunteur. Toutefois, afin d'assurer sa pérennité et de répartir son risque, la banque multipliera le nombre de ses clients. Ainsi, au-delà des implications religieuses, cette approche entraîne une relation conceptuelle différente dans les activités de la finance et de l'économie. Le lien créancier-débiteur est remplacé par le risque équitablement partagé entre l'apporteur du capital et l'entrepreneur

SECTION 2 - SOUMISSION DE L'ACTIVITE BANCAIRE ISLAMIQUE AU DROIT COMMUN

782 Constitution, exercice et fin de l'activité. La soumission de l'activité bancaire islamique aux principes d'origine divine ne soustrait nullement lesdites banques aux lois et règlements de type laïc. En effet, aux termes de l'article 1 alinéa 2 de la loi n°575/2004: « *Sauf disposition contraire dans cette loi, il est appliqué aux banques islamiques tous textes légaux et réglementaires en vigueur au Liban notamment ceux appliqués directement ou indirectement aux banques, dont le code de commerce terrestre, le code de la monnaie et du crédit et la loi sur le secret bancaire* ». La soumission au droit commun est avérée lors de la constitution de la banque islamique dans la mesure où l'entité ne peut être valablement constituée qu'après l'agrément du Conseil central de la BDL. La soumission est également avérée durant l'exercice de l'activité bancaire: d'une part, la conformité de cette activité aux règles en vigueur est soumise à la tutelle des organismes de contrôle de la BDL dont la Commission de contrôle des banques ⁽⁶⁾ d'autre part, les opérations effectuées par les banques islamiques, de type islamique ou non ⁽⁷⁾ seront soumises au droit positif en vigueur. A ce propos, il convient de signaler que l'audit des banques islamiques a lieu selon les normes d'audit (appliquées volontairement) émises par l'AAOIFI ⁽⁸⁾. Ces opérations se déroulent dans les mêmes termes que l'audit de type laïc mais en plus le rapport de l'audit externe doit faire apparaître clairement la sincérité des états financiers ainsi que leur conformité aux préceptes de l'islam comme ils ont été adoptés et interprétés par le *shari'a board* (conseil religieux). Enfin, la soumission au droit commun est avérée s'agissant la fin de l'activité bancaire, puisque la banque islamique sera soumise aux mêmes conditions et, procédures, appliquées aux banques de type conventionnel (radiation, mainmise, cessation des paiements, etc.).

783 Conseil *chari'i*. Le contrôle et la vérification de la conformité des opérations bancaires est assuré par un conseil religieux, *chari'i*(*shari'a board*) qui représente pour le croyant l'assurance que ses fonds sont à l'abri de toute utilisation contraire à ses convictions religieuses ⁽⁹⁾. Les missions essentielles d'un comité *chari'i* ont été présentées par l'Islamic financial services board (IFSB), le conseil des services financiers islamiques. Il s'agit de rendre les fatwas ⁽¹⁰⁾ quant à la comptabilité et la validité des opérations avec les

⁵ PARLEANI, art. préc. n° 10.

⁶ V. par ex. art 8 alinéa 2 L 575/2004.

⁷ Il convient de souligner que même non islamique, la banque ou l'établissement financier peut effectuer des opérations islamiques mais à condition que ces opérations soient avalisées par un comité *chari'i*. Par exemple, au sein de la HSBC, la division HSBC Amanah (confiance) finance se concentre sur les opérations et produits islamiques. (Il en est de même de ANZ Grindlays, Chase, Citicorp, Morgan, Stanley, etc.

⁸ Accounting and auditing organisation for islamic financial institutions / Organisation d'audit et de comptabilité des institutions financières islamiques créée en 1991 et basée à Bahrein.

⁹ v. ACHI et FORGET, La gouvernance des comités charia RDBF mars-avril 2011 étude 14 ; ABI RIZK, La gouvernance des banques islamiques au Liban, RDBF, janv.-févr. 2008, étude 5.

¹⁰ La fatwa est une réponse du droit musulman à une question déterminée apportée par un spécialiste du droit musulman. Cette réponse qui n'est pas juridiquement obligatoire a une grande autorité morale sur les musulmans.

préceptes religieux, de conseiller l'organe exécutif sur toute question relative à la *charia*, de valider la documentation relative aux services et produits, d'exercer un rôle d'audit sur le fonctionnement du contrôleur interne en matière de *charia*. Egalement, le conseil, contrôle la distribution de la *zakat*. A ce propos, il dresse un rapport qu'il communique au conseil d'administration et à l'assemblée générale ordinaire. Il peut même proposer d'office toute mesure afin que l'activité soit conforme à l'islam ⁽¹¹⁾.

784 Rôle du conseil « *chari'i* ». Cette ingérence du religieux dans l'aspect purement financier de l'activité de l'institution a pu susciter des critiques, notamment du point de vue de l'aptitude des religieux à évaluer une telle gestion et selon quels critères. Aussi les pays se sont souciés de leur encadrement juridique. Par exemple, la Financial services authority (FSA) anglaise a posé quelques règles relatives aux *shari'a boards*. Si elle se refuse à arbitrer entre différentes interprétations de la *charia*, en revanche, elle exige de savoir si le *shari'a board* joue un simple rôle de conseil ou un rôle exécutif, auquel cas les membres du Board devraient être soumis au « Fit and proper test for approved persons » ⁽¹²⁾. Egalement, une recommandation française de l'AMF du 17 juillet 2007, publiée suite à une demande d'agrément d'OPCVM se déclarant conformes à la loi islamique, refuse de considérer que le contrôle de conformité à la *charia* puisse relever de sa mission. Néanmoins l'AMF dit veiller avec une « *vigilance particulière* » à ce que l'autonomie de la société de gestion demeure préservée. Le droit libanais a limité l'impact d'un tel contrôle sur la gestion de la banque: la législation libanaise sur les banques islamiques a expressément prévu dans l'article 9 de la loi 575 du 11 février 2004, que ce conseil n'a qu'un rôle consultatif. Néanmoins, ce texte cadre mal désormais avec un arrêté de 2007 rendu par la BDL sur la corporate governance islamique et qui impose à la BI de créer une instance administrative indépendante dite « *Instance de vérification chari'i* » qui a pour mission de vérifier, évaluer, et surveiller la conformité de la banque aux avis du conseil *chari'i*.

Le travail du conseil religieux n'est pas en contradiction avec celui des différents niveaux de contrôle interne au sein de la banque islamique notamment l'audit, la corporate governance ou les règles de droit commun.

¹¹ Par ex., art. 9 L. n° 575/2004.

¹² Ce test vise à déterminer l'honnêteté, l'intégrité et la réputation d'une personne, ainsi que ses compétences et capacités.

CHAPITRE 2 - DOMAINE DE L'ACTIVITE BANCAIRE ISLAMIQUE

Les banques islamiques ouvrent des comptes (Section 1), effectuent des opérations de banque islamiques (Section 2) et offrent des services bancaires et financiers de type islamique (Section 3).

SECTION 1 - COMPTES BANCAIRES

785 Compte de dépôt. Les sommes des clients sont reçues à titre de dépôt et soumises au même régime de droit commun de tout dépôt bancaire à l'exclusion des intérêts ⁽¹⁾. Ces sommes trouvent donc leur support dans des comptes de dépôts ordinaires. Cependant, le compte de dépôt islamique se distingue du compte de dépôt de type classique ⁽²⁾. En effet, le compte de dépôt bancaire est défini comme le contrat par lequel une personne remet une certaine somme d'argent à un banquier qui en acquiert la propriété et s'engage à la restituer à sa première demande ou dans les conditions prévues au contrat (art. 307 al. 1 c. com. lib.). Ce contrat repose donc sur un rapport de créancier à débiteur qui est le même pour tous les comptes de dépôt bancaire. Il en est autrement en matière de comptes de dépôt islamique où chaque compte peut bénéficier de conditions propres qui le distinguent des autres comptes de dépôt ⁽³⁾ et ce, parce que l'essentiel de la relation entre la banque islamique et ses clients repose sur le contrat de *moudaraba*. De même, le contrat de dépôt islamique peut prévoir la possibilité du « mélange » des dépôts avec les avoirs propres de la banque ou avec les avoirs dont elle a la libre disposition. Dans ce cas, les dividendes des dépôts seront liés aux résultats annuels de la banque sous forme de compte d'exploitation absolu ou de compte d'exploitation restreint, mixte ⁽⁴⁾. En revanche, si le contrat de dépôt ne prévoit pas un tel mélange ou l'exclut, les dividendes du dépôt seront liés aux résultats des opérations qui les consacrent. Dans ce cas, les résultats des dépôts seront inscrits en dehors du budget de la banque, ils prendront la forme d'un compte d'exploitation restreint non mixte ⁽⁵⁾.

786 Comptes d'investissement. L'arrêté 8870/2004 prévoit deux sortes de comptes d'investissement: les comptes d'investissement absolu et les comptes d'investissement restreint. Il y a compte d'investissement absolu, lorsque le titulaire du compte, sur la base d'un contrat de « *moudaraba* », donne à la banque le droit de faire fructifier ledit compte de la manière qu'elle estime appropriée, sans l'astreindre à aucune modalité d'exploitation ⁽⁶⁾. En d'autres termes, l'investissement n'est lié à aucun projet ou programme d'investissement déterminé. Les comptes diffèrent les uns des autres suivant leur contenu et conditions; ils peuvent même différer d'une banque islamique à une autre. Au contraire, dans le compte d'investissement restreint, la banque est tenue d'investir l'argent dans les conditions prédéterminées par le client dans le contrat. Le contrat support du compte d'investissement restreint peut revêtir la forme d'un contrat de « *moudaraba* » ou de mandat. Dans la première hypothèse, la simple remise de l'argent à la banque lui donne la qualité de « *moudareb* » et donne au client la qualité de propriétaire du capital (*rabb el māl*). Si l'opération réussit, chacun en tire les bénéfices au prorata de ce qu'il aurait apporté. En revanche, dans le cas où l'opération est choisie par le client, ce dernier supporte seul les pertes; la banque perd son apport sans qu'elle puisse se retourner contre le client. Si le contrat support est un mandat, la banque aura droit à un salaire au titre d'un mandataire salarié abstraction faite des pertes ou des bénéfices. Les pertes seront supportées par le seul client. Les bénéfices seront gagnés par le seul client après déduction des frais et salaire de la banque. Dans la mesure où ces investissements ne sont pas fondés sur un rapport de créancier à débiteur mais sur un rapport de « *moudaraba* » ou mandat, les comptes d'investissement ne font pas partie des fonds propres de la banque puisqu'elle n'a pas la libre disposition sur ces investissements.

787 Compte courant. Les banques islamiques peuvent ouvrir à leurs clients des comptes courants sans terme ⁽⁷⁾. Ces comptes serviront à déposer et retirer les fonds et à enregistrer les opérations d'achat-vente ⁽⁸⁾ des instruments financiers et toutes opérations émanant des banques islamiques ⁽⁹⁾. La banque islamique peut utiliser les soldes des comptes courants mais elle ne peut prétendre en partager les pertes ou bénéfices ou

¹ Art. 3 al. 2 L 575/2004.

² LASSERE CAPDEVILLE et HAZOUG, Le compte de dépôt et la finance islamique, RDBF nov.-déc. 2011, étude 33.

³ Sur les mentions que doit contenir le contrat de dépôt, cf. Arrêté n° 8828/2004 art. 1.

⁴ Arrêté 8828/2004, art 5-1.

⁵ Arrêté 8828/2004, art. 2-2.

⁶ Arrêté n° 8870/2004.

⁷ Art. 3 al. 3 L 575/2004.

⁸ L 575/2004

⁹ Art. 3 al. 3.

même accorder un revenu quelconque aux titulaires desdits comptes. Ainsi, si l'utilisation du compte se solde par des bénéfices, ils reviendront en totalité à la banque. Si, au contraire, des pertes se profilent, elles seront supportées exclusivement par la banque. L'utilisation des soldes est justifiée par la règle selon laquelle la banque, garantissant les sommes déposées, elle doit pouvoir les utiliser et cueillir les fruits qui en résulteront ⁽¹⁰⁾. A ce titre, la banque pourra également percevoir des commissions en contrepartie de la gestion desdits comptes.

SECTION 2 - OPERATIONS DE BANQUE ISLAMIQUES

788 Moudaraba. La *moudaraba* est une association du capital et du travail en vue de partager les bénéfices réalisés: « *Un capitaliste (rabb el māl) remet une somme d'argent à un agent (āmil) en l'habilité commerciale duquel il a confiance et lui donne mandat de l'employer au négoce. C'est une commandite par intérêt spécialisée* » ⁽¹¹⁾. L'arrêté principal n°9084 du 16 juillet 2005 régit les opérations de *moudaraba* des banques islamiques ⁽¹²⁾. L'article premier de l'arrêté, définit la *moudaraba* comme le contrat en vertu duquel la banque avance des fonds afin qu'ils soient utilisés dans des projets déterminés en échange d'un pourcentage calculé sur une marge fixe et précise de bénéfices ⁽¹³⁾. La « *moudaraba* » est absolue ou restreinte. Dans la première hypothèse, le client, « *moudareb* », a toute latitude pour faire fructifier l'argent sans en référer à l'apporteur de capital c'est-à-dire la banque et ce pour toute la durée de la « *moudaraba* », court, moyen ou long terme. La *moudaraba* absolue présente l'inconvénient de faire supporter à la banque tous les risques. En effet, si l'opération se solde par des pertes, la banque perd ses fonds sans recours possible contre le client. A ce propos, l'article 6 de l'arrêté 9084/2005 énonce expressément que le capital apporté par la banque ne « *peut nullement constituer une créance de la banque à la charge du client ou de toute autre personne* ». Exceptionnellement, la banque se retournera contre le client en cas de « *carence, négligence ou inexécution des obligations de sa part* » ⁽¹⁴⁾. Ici, le rôle de la banque se limite à contrôler l'emploi des fonds dans le dessein projeté par le client. En raison du risque subi, les banques islamiques, opteront plus facilement pour la « *moudaraba* » restreinte. Dès lors, la banque n'acceptera d'apporter le capital que suivant des conditions préalablement fixées dans le contrat de « *moudaraba* ». Ce faisant, elle réduit les risques et fait supporter le client toute inexécution du contrat. En pratique, la banque tiendra le rôle d'intermédiaire entre le travail et le capital c'est-à-dire entre le déposant apporteur de capital et l'entrepreneur fournisseur d'industrie et de travail. La banque contrôlera alors la productivité et la licéité de l'opération envisagée. Elle sera payée en une somme fixe au même titre qu'un mandataire salarié, les bénéfices étant répartis entre l'apporteur de capital et l'apporteur de travail.

789 Moucharaka. La *moucharaka* est définie à l'article premier alinéa 1 de l'arrêté modifié n° 8954/2005 n°8954 du 19 janvier 2005 ⁽¹⁵⁾ comme « *l'apport à taux égal ou variable d'argent effectué par la banque et un client ou des clients en vue de créer un nouveau projet ou participer à un projet existant, dans l'intention de partager les bénéfices qui en résultent, de sorte que chaque apporteur soit propriétaire d'une action dans le capital au prorata de son apport* ». Ainsi, la *moucharaka* se révèle être un contrat de participation entre la banque islamique et son client qui, en contrepartie de leurs capital et travail communs, se partagent les pertes et bénéfices dans les termes du contrat ⁽¹⁶⁾. Ici, la banque fournit le capital réclamé (argent, marchandises, bien-fonds, etc.) sans contrepartie financière (intérêts). La relation qui se crée entre la banque et le client n'est donc pas fondée sur un rapport de créancier à débiteur mais sur un rapport de partenariat. La *moucharaka* se distingue de la *moudaraba* en ce que le client participe au financement de l'opération sans qu'il soit exigé que son apport soit égal à celui de la banque. En principe, le partage des pertes et bénéfices est déterminé dans le contrat. En l'absence de clause, le partage s'effectuera au prorata de l'apport de chacun des partenaires à l'opération. Les clauses relatives au partage des bénéfices peuvent être indépendantes de la prestation de chaque partenaire ou du volume du capital apporté par chacun d'eux. Ainsi, le client peut n'apporter qu'une prestation de service, la part de bénéfices de l'un des partenaires peut ne pas être proportionnelle au capital qu'il apporte ⁽¹⁷⁾.

¹⁰ ABOU OBEID., 23.

¹¹ MILLIOT, Introduction à l'étude du droit musulman, Sirey 1953, 664 n° 817. En ce sens aussi: OBEIDI, La banque islamique, une nouvelle technique d'investissement, Beyrouth, Dar ar-rashad al-islamiya 1988, 76.

¹² JO n° 32, 28 juill. 2005, 3890.

¹³ La rémunération ne se fait pas en une somme fixe, sinon il y aurait louage d'ouvrage au lieu de commandite, L. MILLIOT, Ibid.

¹⁴ Arrêté n° 9084/2005, art. 4.

¹⁵ JO n°5, 3 fév. 2005, 416.

¹⁶ Arrêté 8954/2004, art. 3.

¹⁷ Par exemple, la banque peut apporter 30 % et gagner 50 %.

La *moucharaka* peut revêtir deux formes: « fixe » ou « dégressive »⁽¹⁸⁾. L'association est dite « fixe » lorsqu'un même associé ou des mêmes associés gardent (la propriété de) leur part dans le capital du projet tout au long de son terme tel qu'il est fixé dans le contrat⁽¹⁹⁾. En raison de la fixité de la propriété, banques et clients peuvent sceller leur partenariat dans le cadre d'une société anonyme ou autre, suivant l'envergure du projet mais à condition qu'aucune responsabilité illimitée n'incombe aux banques islamiques⁽²⁰⁾. L'association dégressive dite également « *association se terminant par l'appropriation* »⁽²¹⁾, joue lorsque la banque accorde à l'un des associés ou aux autres associés, le droit d'acheter sa part, progressivement, de sorte que la part de la banque diminue et celle de l'associé ou des autres associés augmente jusqu'à l'acquisition par ces derniers de la totalité du capital du projet. Egalement, la banque islamique peut prendre des participations (*moussahama*). Ici, la banque s'approprie des actions, valeurs mobilières ou droits, représentant une propriété dans le capital d'un établissement ou toute autre entreprise⁽²²⁾. Peu importe les modalités, il est interdit aux banques islamiques de s'engager d'une manière directe ou indirecte pour leur compte, dans des participations ou associations sous réserve de la réunion des deux conditions suivantes: 1) la banque doit utiliser ses fonds propres ou les sommes déposées en conformité avec les alinéas 1 et 2 de l'article 307 c. com. lib. après l'obtention de l'acceptation écrite des titulaires des dépôts. 2). La banque ne doit supporter aucune responsabilité illimitée qui résulterait de ces participations et associations⁽²³⁾. La *moucharaka* présente les intérêts de répartir les risques entre investisseurs, stimuler les efforts en raison du partage des responsabilités et distribuer équitablement les profits. De même, elle favorise et encourage l'appropriation.

790 Mourabaha. La *mourabaha* ou vente avec bénéfices est règlementée par l'arrêté principal n°8870 du 20 octobre 2004⁽²⁴⁾. Elle peut être effectuée directement ou par l'intercession de la banque islamique. La *mourabaha simple* est le contrat en vertu duquel le client de la banque islamique donne l'ordre à cette dernière de lui acheter un bien, meuble ou immeuble, qui le lui revend en plus d'un bénéfice déterminé à l'avance⁽²⁵⁾. Ici, la banque est propriétaire et ne peut nullement obliger le client, qui a commandé, à racheter le bien acheté. Elle subit le risque de garder le bien ainsi acheté si le client est désintéressé. Plus souvent, la *mourabaha* sera greffée d'une promesse d'achat de la part du donneur d'ordre, il s'agira alors « *d'une vente avec bénéfices au profit du donneur d'ordre* ». L'article 1 de l'arrêté 8870/2004 définit cette opération comme la « *vente que deux parties ou plus négocient et, [qui] promettent d'exécuter la négociation en vertu de laquelle le client demande à la banque islamique d'acheter le bien pour son propre compte, et le donneur d'ordre promet la banque de le lui racheter avec bénéfices en vertu d'un contrat de vente après l'acquisition dudit bien par la banque* ». Ici, la banque n'est pas propriétaire du bien. Elle ne l'achète que parce que le client a préalablement promis de l'acheter. Ce faisant, le contrat repose sur une promesse d'achat de la part du client et sur une promesse de vente de la part de la banque⁽²⁶⁾. La *mourabaha* est, par conséquent, un instrument de financement du commerce extérieur⁽²⁷⁾. La banque ne court pas de risque dans ce genre d'opération. A cet effet, il convient de souligner que l'article 3 de l'arrêté 8870/2004 enjoint aux banques islamiques de faire une stricte application des opérations de *mourabaha* avec promesse d'achat et de s'interdire de procéder à de telles opérations en l'absence d'engagement d'achat de la part du client. La seule *mourabaha* permise est donc celle contenant une promesse d'achat de la part du donneur d'ordre⁽²⁸⁾.

Au moment de la conclusion du contrat, la banque islamique peut demander au client de verser une partie du prix dite « gage de sérieux » (*hamech el jadiya*) en garantie de son intention sérieuse d'achat; le solde étant payé par versements échelonnés ou autres en accord avec la banque. Si le donneur d'ordre refuse d'acheter le bien, en cas d'obligation à sa charge, la banque sera dédommée du préjudice réel qu'elle aurait subi sur la somme préalablement versée. Si cette somme ne suffit pas pour dédommager la banque, celle-ci pourra se retourner contre son client à mesure du préjudice. Au contraire, si la somme dépasse le préjudice, la banque doit restituer le surplus au donneur d'ordre⁽²⁹⁾.

¹⁸ Arrêté 9104/2005, art. 1.

¹⁹ Cette association est également connue sous le nom de *moucharaka « da-ima »*.

²⁰ Arrêté 9104/2005 art. 1. abrogeant le paragraphe 2 de l'article 1 relatif à la définition de la *moucharaka* de l'arrêté n° 8954/2004.

²¹ Arrêté n° 8954/2004, art. 1 Cette association est également connue sous le nom de « *moucharaka naquissa* ».

²² Sur les mentions que doit contenir le contrat, Arrêté 8954/2005, art. 1.

²³ Arrêté 9104/2005, art. 2.

²⁴ JO n° 60, 11 nov. 2004, 10897.

²⁵ Arrêté 8870/2004, art. 1 ; v. DURAND et HAZOUG, La *murabaha*, RDBF mars-avril 2011, études 16.

²⁶ COMAIR-OBEID, 181.

²⁷ M. SIDDIQUIN, *Issues in Islamic Banking*, Londres, 1983, 49 et 183; ALGABID, 79.

²⁸ Sur les mentions que doit contenir le contrat, arrêté 8870/2004, art. 4.

²⁹ Arrêté 8870/2004, art. 1.

- 791 *Bei'e el selem.*** L'article 487 c. oblig. c. définit le *bei'e el selem* comme « un contrat par lequel l'une des parties avance une somme déterminée en numéraire à l'autre partie, qui s'engage de son côté à livrer une quantité de durées vu d'autres objets mobiliers dans un délai convenu ». Le « *selem* » est donc une vente avec paiement anticipé au moment du contrat pour une livraison à une date future, mais déterminée; elle constitue donc une exception à la règle selon laquelle l'objet doit exister à ce moment ⁽³⁰⁾. La formule est justifiée par des traditions et par le verset (II, 282) qui recommande de mettre par écrit la dette quand il y a un terme pour le paiement ⁽³¹⁾. En pratique, la banque paie le prix d'une marchandise que le client s'engage à livrer après sa production. Cette technique est généralement utilisée pour financer les projets industriels.
- 792 *Istisna'h.*** Le client (*moustasn'h*) requiert de la banque un produit ou un bien-fonds à des conditions déterminées. À son tour, la banque s'adresse à une tierce personne, l'entrepreneur (ou *sane'h*) et lui demande de produire ou de réaliser le produit ou bien-fonds en question. Aux termes de l'entreprise, la banque vend le produit préalablement commandé. Il est à noter que dans ce cas de figure la banque paie l'entrepreneur après avoir fixé, au préalable, les conditions de son propre paiement par le client. Ce schéma est surtout utilisé en matière foncière ou industrielle ⁽³²⁾.
- 793 *Bei'e el moussawama.*** Le schéma de ce contrat se présente comme suit: un client demande à la banque de lui acheter un bien déterminé sans que le prix ne soit préalablement fixé. La banque acquiert ce bien auprès d'une tierce personne que le client ne connaît pas et propose à son client de le lui vendre à un prix donné, après l'avoir augmenté de ses bénéfices. Si le client décline l'offre dans un délai déterminé, la banque restitue le produit au vendeur initial dans les termes du contrat conclu avec ce dernier. Le *bei'e el moussawama* met donc en cause une relation triangulaire qui repose sur deux relations distinctes.
- 794 Opérations de crédit.** La banque islamique peut effectuer toutes sortes d'opérations de crédit à condition que la rémunération ne soit pas en rapport direct avec l'argent accordé ⁽³³⁾. La banque islamique peut contracter des crédits documentaires. Par le crédit documentaire, la banque s'engage, à la demande d'un acheteur, de payer le vendeur contre remise de documents décrits. Dès que la banque paie, elle devient créancière du débiteur. Jusque-là, le schéma ne porte pas atteinte à la *chari'a islamiya*. En contrepartie de son engagement, la banque perçoit des commissions (commissions d'ouverture, de notification, d'acceptation, de négociation, etc.) et des intérêts dûs sur les sommes non couvertes et avancées pour le paiement des marchandises. Le crédit documentaire n'est pas prohibé pour autant. La rémunération de la banque peut s'effectuer en dehors de tout intérêt. Elle peut être justifiée par les services rendus par la banque. Elle peut prendre la forme d'une participation aux bénéfices résultant de l'opération de *moucharaka*, ⁽³⁴⁾. De même, la rémunération de la banque de l'exportateur peut être incorporée au prix du bien commandé par le donneur d'ordre qui s'engage à le racheter suivant le mécanisme de la *moudaraba*. La banque islamique peut effectuer des opérations d'affacturage par le truchement d'une cession de dettes afin de contourner les intérêts dûs au *factor* suite au règlement immédiat des factures. A ce propos, signalons que l'Union internationale des banques islamiques admet depuis 2002 le recours au factor traité comme un mandataire chargé de recouvrer les factures des commerçants à leur échéance. Par exemple, la banque islamique achète des marchandises d'un vendeur-exportateur et lui en règle le coût de production (1^{er} contrat). Par la suite, elle le mandate de vendre à terme (2^e contrat) sur un territoire déterminé ou pour une catégorie déterminée d'acheteurs. Celui-ci vend à un importateur (3^e contrat) lequel revend en vertu de contrats à paiement échelonné (4^e contrat). Par la suite, la banque islamique charge le factor du pays de l'importateur de recouvrer les créances (5^e contrat). Ces créances constituent les bénéfices partagés entre la banque islamique et le vendeur exportateur après paiement du factor. Egalement, les opérations de crédit-bail seront possibles dans la mesure où le crédit-bailleur ne touche que des loyers fixes en contrepartie de la mise à disposition d'un bien déterminé.
- 795 Garanties des crédits.** Les banques islamiques peuvent souscrire des crédits par signature (caution, lettre de crédit, etc.) mais à condition que leur rémunération ne découle pas des sommes d'argent qu'elles

³⁰ A l'origine, elle permettait au cultivateur de réaliser sa récolte avant maturité ou de la mettre sous la protection d'un homme influent pour éviter une spoliation.

³¹ MILLIOT, 651 n° 804.

³² Pour des exemples de contrat d'*istisna'h*, v loi n° 137 du 17 août 2011, JO n° 39 du 25 août 2011, 2999 et loi n° 106 du 26 juin 2010, JO n° 32 du 1^{er} juill. 2010, 4157 conclus entre le gouvernement libanais et la banque islamique de développement.

³³ ZEYYAD CEKICI, Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique RDBF, mars-avril 2011, études 15.

³⁴ cf. J. ATTIAH, 85, ALGABID, 79.

représentent. Pour être valable, la rémunération ne doit représenter que les frais supportés par la banque à l'occasion du crédit. Plus particulièrement, la banque islamique peut émettre des lettres de garantie au profit de son client. Au lieu de payer son engagement par des intérêts, le contrat stipulera, en cas de non paiement de la créance, l'association de la banque au projet du client selon un taux déterminé. Dans ce cas, les bénéfices seront répartis au prorata des participations de la banque et du client. Egalement, le prêt pourra être garanti par une assurance. Mais l'assurance de type conventionnel est réfutée en droit musulman: - l'augmentation des primes sans contreparties les rend *ribawi* (usuraire) - l'assurance comporte un aléa manifeste dans les prestations; ainsi l'assurance dépend d'un événement éventuel, incertain, qui n'existe pas: l'assuré paye une prime mais l'événement peut se réaliser ou non et l'assureur peut être condamné à une grande somme sans contrepartie. Par conséquent, l'islam y voit un pari. En réalité, l'assurance islamique est pratiquée sous la forme d'une mutuelle: les assurés remettent à titre de libéralité (donation) les primes à la banque islamique afin d'investissement (*moudaraba*, *moucharaka*, etc.) sur la base d'un contrat de *moudaraba* et lorsqu'un dommage est subi par l'un quelconque des apporteurs, une somme d'argent lui est remis à titre de répartition du préjudice subi au prorata de sa contribution. L'assurance islamique a trois caractéristiques: 1- l'exécution effective du contrat de mutualité et par conséquent faire bénéficier tous les participants. 2- l'application effective de la règle de solidarité: couvrir les risques, réparer les dommages et investir le supplément de liquidités au profit de tous les participants. 3- la variabilité du montant de la cotisation puisque chaque participant est à la fois assureur et assuré de sorte que la cotisation qui lui est réclamée pourra augmenter ou diminuer suivant les risques ou événements (qualité / quantité). Quant à la gestion de la mutualité, elle constitue un droit indivis de sorte que chaque participant disposera d'une voix peu importe la quantité de sa participation. Concrètement, le contrat d'assurance islamique repose sur la *moudaraba*: les capitalistes apportent l'argent au *amil* (*moudareb*) qui investit l'argent et gère la *moudaraba* en contrepartie d'un pourcentage prélevé sur les bénéfices nets. Le *moudareb* rédige les statuts, les capitalistes souscrivent aux actions. Le *moudareb* fixe les domaines de l'investissement, les bénéfices escomptés, etc. Une fois réalisés, les bénéfices sont distribués aux membres de l'association mutuelle ou à la société selon leur participation. La réassurance se déroule dans les mêmes conditions, si elle a lieu avec des compagnies de type laïc, la règle de la **nécessité** la tolère.

SECTION 3 - SERVICES BANCAIRES ET FINANCIERS

796 Encaissements et paiements. Les banques islamiques offrent à leur clientèle différentes facilités pour les mouvements de fond: ordre de virement, émission et recouvrement des chèques, change, etc. Néanmoins, les banques ne peuvent escompter les effets de commerce dans la mesure où l'escompte repose sur les intérêts versés à la banque. L'émission des cartes de paiement et de crédit doit, en principe, être interdite aux banques islamiques dans la mesure où l'utilisation desdites cartes suppose la rémunération de leurs émetteurs par le versement d'intérêts. Néanmoins, il semble qu'une telle utilisation soit permise sous la condition que la banque, au lieu de percevoir des intérêts, obtienne le versement de sommes forfaitaires, commissions, qui ne soient pas en relation avec le montant des sommes retirées⁽³⁵⁾. A noter qu'en juillet 2008, plusieurs banques islamiques à Bahrein ont émis des cartes visa de type islamique. La légitimité de cette carte est justifiée par le fait que son titulaire paie le prix de la marchandise sans rémunérer la banque du crédit engagé (*qard hassan*) avec promesse de remboursement. A ce stade, la banque ne perçoit que les frais administratifs de tenue du compte et de fonctionnement de la carte. Mais, si le client tarde à rembourser, la banque pourra lui infliger des "amendes" qui ne sont pas des intérêts mais des pénalités (sanction du retard).

Les cartes de retrait sont valables puisqu'elles permettent à leur titulaire de retirer de l'argent préalablement versé. Si le titulaire bénéficie d'un découvert, le retrait est toujours valable puisqu'il s'agira d'un prêt. Dans ce cas, la banque, se fera rémunérée son service sur une portion du montant des retraits ou services effectués. Il en est de même des cartes de paiement, si l'argent est préalablement versé. En revanche, la carte de crédit *revolving* est interdite parce qu'elle repose sur un contrat de prêt *ribawi* (usuraire) remboursé par le titulaire par échelonnement à des taux d'intérêts (usuraires).

797 Les titres islamiques appelés *sukuks*. La spéculation sur les marchés financiers de type occidental est une « opération faite en vue de réaliser un gain en profitant des fluctuations du marché ». Le spéculateur effectue des opérations à court terme dans la mesure où il achète et vend un bien qu'il ne peut consommer ou utiliser dans sa profession et auquel il ne peut ajouter aucune valeur. Au contraire, la spéculation

³⁵ ABOU-OBEID, art. préc., 25.

islamique repose sur trois critères essentiels: l'acquisition effective des titres achetés, leur paiement intégral et l'existence, au moment de l'achat, de l'intention de garder les titres pour une durée indéterminée⁽³⁶⁾. Par ailleurs, le marché financier islamique ne peut effectuer d'opérations en rapport quelconque avec l'intérêt ou le hasard. Il en résulte que les banques islamiques ne peuvent nullement « traiter » (émission, achat, ou négociation) avec tous titres de créances impliquant une prédétermination des intérêts provenant du secteur public ou du secteur privé ou acquérir les titres en deçà de leur valeur nominative⁽³⁷⁾. En effet, ces titres appelés *sukuks* reposent sur un rapport créancier-débiteur refuté par l'islam lequel, retient comme principale source de financement, l'association c'est-à-dire la *moucharaka*. Pour cette raison, les juristes musulmans préfèrent aux bons du trésor, les titres destinés à favoriser la réalisation de projets déterminés, économiquement utiles.

A ce propos, l'organisation d'audit et de comptabilité des institutions financières islamiques (AAOIFI), qui est un organisme de standardisation du normes comptables et d'audit applicables aux établissements financiers, définit les *sukuks* comme étant « *des certificats de valeur égale, représentant des parts indivises de propriété d'actifs tangibles, d'usufruits et de services, ou la propriété d'actifs d'un projet particulier ou d'une activité d'investissement spécifique* ». Par conséquent, les *sukuks* sont toujours adossés. Ils sont adossés à des contrats de vente dits *sukuk mourabaha*, des contrats de société dits *sukuks moucharaka*, et le plus souvent à des contrats de location dits *sukuks ijara*⁽³⁸⁾. Parmi ces *sukuks*, donc, on dénombre les titres *el ijara*, les titres *el-selem* et les titres *el-moukarada*.

Les titres *el ijara* sont des produits financiers représentant une certaine catégorie de biens auxquels souscrivent les investisseurs. Par la suite, la banque islamique acquiert cette même catégorie de biens qu'elle engage par des contrats de location-vente. Les bénéfices résultant de ces opérations sont distribués entre la banque et les investisseurs conformément à la cotation desdits titres.

Les titres *el-selem* islamiques consistent en des instruments financiers représentant des biens auxquels souscrivent les investisseurs. Par la suite, la banque achète cette même catégorie de biens, et procède à leur vente. Les bénéfices ainsi réalisés sont répartis entre la banque et les investisseurs suivant la cotation desdits titres.

Les titres *el-moukarada* sont des certificats de montant identique émis par la banque islamique aux noms de leurs souscripteurs. Ces titres permettent à leur titulaire de récolter les bénéfices suivant les conditions de chaque émission au lieu d'intérêts. Généralement, ces titres sont émis s'agissant les projets économiques d'une certaine envergure. Ils sont gérés suivant d'un contrat de *moucharaba* en conformité avec la *chari'a islamiya*⁽³⁹⁾.

798 Placement collectif. L'arrêté n° 9041 du 1^{er} juin 2005⁽⁴⁰⁾ a porté création des organismes islamiques de placement collectif (OIPC). L'OIPC est défini comme « *l'organisme qui investit dans les opérations de financement islamique et autres instruments financiers, spécialisé ou non spécialisé, dans un ou plusieurs projets déterminés dont l'activité est limitée au placement collectif des sommes reçues des investisseurs, suivant le principe de répartition des risques et les principes de la charia islamiya qui ne sont pas contraires aux lois et règlements impératifs en vigueur* »⁽⁴¹⁾. Il prend la forme d'une caisse de placement collectif (CPC) ou d'une société de placement commun à capital variable (SPC). La gestion d'un tel organisme au Liban ne peut être assurée que par une banque islamique⁽⁴²⁾ qui a la qualité, suivant le cas, de directeur de la caisse ou de société⁽⁴³⁾. La gestion du fonds a lieu sur la base du mécanisme de la « *moucharaba* ». Appliquée au fond islamique de placement, la *moucharaba* est l'opération par laquelle les épargnants (capitalistes) apportent leur argent par la souscription aux parts du fonds à la société de gestion (*moucharab*) qui l'emploie au négoce en contrepartie d'un bénéfice indexé sur les gains du fonds. En cas de perte, seuls les apporteurs supportent les conséquences. Toutefois, la société de gestion ne peut réclamer

³⁶ CHAMBOUR, Contrats fiduciaires et gestion financière islamique, in Fiduciary operations. éd. BDL, 1997, 355.

³⁷ Néanmoins, la banque peut émettre des actions. Elle peut en acheter si les conditions de leur émission ne portent pas atteinte à la *chari'a* (intérêts, garantie d'un taux déterminé de bénéfices, etc.). De même, la banque peut servir d'intermédiaire entre toute société et les souscripteurs. L'exécution de son mandat justifiera alors sa rémunération. La règle selon laquelle « le prêt ne peut engendrer de profit » gouverne les titres islamiques.

³⁸ STORCK et ZEYYAD Cekici, Les *sukuks* : aspects de droit français et de droit musulman, RDBF mars-avril 2011, étude 17.

³⁹ La négociation de ces *sukuks* est en principe interdite en raison de la prohibition en droit musulman des créances-dette contre des créances-dettes, de même nature juridique débouchant sur des intérêts « *Aldayn bildayn* ».

⁴⁰ JO n° 25, 9 juin 2005, 2388.

⁴¹ Arrêté 9041/2005, art. 1 ; v. RIASSETTO, Les fonds islamiques, RDBF mars-avril 2011, étude 18.

⁴² Arrêté 9041/2005, art. 2.

⁴³ Arrêté 9041/2005, art. 1. En plus, la banque doit désigner un organe de contrôle *chari'è* ou un conseiller de la *chari'a* auprès de l'OIPC afin de préciser les règles de la *charia* qui doivent être respectées dans la gestion des investissements de l'OIPC et qui ne doivent pas être contraire aux lois et règlements en vigueur: Arrêté 9041/2005, art. 5.

aucun bénéfice pour le travail fourni. Au contraire, la société de gestion supportera seule la totalité des pertes en cas de négligence, de faute, ou de violation du règlement du fonds de sa part ⁽⁴⁴⁾. Dans ses relations avec les porteurs des parts, la société de gestion – *moudareb* est considérée comme un mandataire salarié sauf texte contraire ⁽⁴⁵⁾. Egalement, la gestion du fonds peut se réaliser sur la base d'un mandat. Dans ce cas, il sera versé une commission à la société de gestion – mandataire, en contrepartie de son travail. La société de gestion islamique gère le fonds dans les mêmes conditions qu'une société de gestion de type laïc.

L'association étant la caractéristique des opérations bancaires et financières islamiques qui les distingue des opérations de type classique, l'article 46 de la loi 706/2005 a prévu une disposition dérogatoire à l'article 6 § 2 interdisant à la société de gestion d'utiliser les actifs du fonds à des fins personnelles et de les fusionner avec ses propres actifs. En effet, l'article 46 autorise expressément la société de gestion islamique à participer et obtenir des parts dans le fonds islamique qu'elle dirige. Dans ce cas, en plus des honoraires qu'elle touche du fait de l'emploi de l'argent au négoce, elle percevra en tant que capitaliste (*rabb el māl*) une partie des bénéfices, proportionnelle aux parts qu'elles détient dans le fonds. Néanmoins, la société de gestion ne pourra garantir personnellement ni le capital souscrit dans le fonds ni les bénéfices forfaitaires ⁽⁴⁶⁾. Egalement, le fonds islamique pourra être géré par une société financière islamique. Conformément à l'article 48 de la loi 706/2005, celle-ci est dispensée des dispositions de l'article 20 § 3 de la même loi interdisant aux anciens actionnaires de bénéficier d'un droit préférentiel de souscription en cas d'émission de nouvelles actions ou de rachat des actions. Néanmoins, la société financière islamique ne peut pas émettre des actions privilégiées dont les caractéristiques lui confèreraient un droit préférentiel en cas de liquidation du fonds ou en cas de distribution des bénéfices ⁽⁴⁷⁾.

799 Opérations fiduciaires. La banque islamique pourra effectuer des opérations fiduciaires ⁽⁴⁸⁾. Néanmoins, alors que le contrat fiduciaire dans l'approche de type conventionnel s'articule sur la notion de propriété et à son aménagement selon que les actifs ont été remis à titre de propriété ou d'administration et sur le contrat de mandat à titre onéreux signé entre le fiduciaire et le fiduciant, en droit musulman, le contrat de fiducie repose d'une part, sur le contrat de mandat tel qu'il est appréhendé par le droit musulman et d'autre part, sur le contenu des pouvoirs conférés au mandataire fiduciaire appelé *moudareb*. Ainsi, le fiduciant ne recueille les profits de l'opération fiduciaire que par nécessité, parce qu'il a voulu cette opération et par respect de sa volonté. Quant au patrimoine fiduciaire, il ne sera créé que dans l'hypothèse de la *mourabaha* restreinte c'est-à-dire lorsque les actifs feront l'objet d'une affectation de nature à limiter les pouvoirs du *moudareb*. Le contrat fiduciaire n'emporte donc pas, en lui-même, séparation de patrimoines ⁽⁴⁹⁾.

800 Titrisation. S'agissant la titrisation des *sukuks* islamiques, en principe, elle est interdite ⁽⁵⁰⁾. Néanmoins, les *sukuks ijara* mobilisant des créances futures de loyers peuvent être titrisables: d'une part, l'islam permet de tirer profit d'une location future et d'autre part, parce que les loyers peuvent faire, à leur tour, l'objet d'une seconde location ⁽⁵¹⁾.

⁴⁴ Art 45 – a, L 706/2005.

⁴⁵ Art 52, L 706/2005.

⁴⁶ Art 51 L 706/2005

⁴⁷ Art 50 L 706/2005.

⁴⁸ V loi n°520 du 6 juin 1996 relative au développement du marché financier et des contrats fiduciaires et arrêté n°6349 du 23 mai 1997 rendu par le gouverneur de laBDL.

⁴⁹ Sur ces questions v. ABDALLAH préf. MERLE, La sécurisation de la gestion fiduciaire, Pratiques conventionnelles et islamiques, Bruylant-Delta- LDGJ 2006.

⁵⁰ SERHAL, Titrisation islamique: comment accéder à une nouvelle base d'investisseurs, Banque et droit n° 109 sept. 2006 ; la finance islamique: une intégration possible dans le système bancaire français, Banque et droit n° 106, mars-avril 2006.

⁵¹ V. STORCK et ZEYYADE CEKICI, art. préc.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

AAOIFI, 782
 Abus de confiance, 21, 707
 Acceptation:
 - de la lettre de change, 497 et s,
 - du crédit, 557
 - du virement, 280, 667
 Accréditif, 425, 541
 Acte de blanchiment des capitaux, 187
 Acte de la vie courante, 255
 Acte mixte, 2
 Adhésion au contrat bancaire, 201
 Affacturage, 467 et s:
 - international, 532
 Affectation des fonds, 327, 452
 Anatocisme, 306
 Anomalies apparentes, 215, 559, 668, 680
 Arrêté de compte, 335, 577
 Association libanaise des banques, 120
 Assurance paiement à l'échéance, 618
 Assurance-insolvabilité, 617
 Assurance-vie, 615
 Autorisation de prélèvements, 687
 Aval, 492 et s
 Avance de fonds, 24

B

Banque mixte, 30
 Bei'e el moussawama, 793
 Bei'e el selem, 791
 Blanchiment des capitaux, 80, 186 et s
 Blocage du crédit, 563
 Bureau de représentation, 52

C

Capacité du déposant, 648
 Capitaux illégaux:
 - notion, 188
 Carte magnétique, 693 et s
 Caution non avertie, 573
 Cautionnement:
 - indéfini, 574,
 - caractère accessoire, 571
 Cession des actifs, 519
 Change:
 - obligation de, 717
 Chèque:
 - carnet, 672
 - faux, 680
 - sans provision, 673
 - secret, 170

Clause de substitution, 632
 Clearing, 714
 Client:
 - notion, 171
 Close-out netting, 714
 CMCC non garanti, 465
 Code confidentiel, 698
 Coefficient de liquidité, 157
 Coffre-fort:
 - saisie, 773
 Commission de contrôle des banques, 121
 Compensation in futurum, 400
 Compliance officer, 158
 Compte arrêté, 361
 Compte courant d'associé, 325
 Compte d'investissement, 786
 Compte différé, 288, 388
 Compte joint, 413
 Compte soldé, 361
 Conseil central, 8, 131
 Conseil:
 - devoir, 218, 439, 743
 Contre garantie, 601
 Contrepassation, 339 et s, 378 et s, 463
 Convention de centralisation de trésorerie, 410
 Co-obligés, 380
 Correspondance bancaire, 180
 Co-titulaire d'un compte, 173, 412 et s
 Créances douteuses, 145
 Créances hypothécaires, 520
 Crédit revolving, 333, 426, 526, 541
 Crédit-bail, 25, 89, 503 et s:
 - international, 537
 Crédits de préfinancement, 530
 Crédits différés, 501
 Crime organisé transnational, 186

D

Dailly:
 - borderau, 478
 Date de valeur:
 - Absence de cause, 304
 Dation en paiement, 145
 Débit d'office:
 - clause, 706
 Découvert moyen, 434
 Découverts réciproques, 329, 456
 Délai de restitution, 453
 Délégation imparfaite, 567
 Délit d'initié, 732

Dépositaire des actifs, 106, 110, 518
Dépôt bancaire, 18, 645 et s
Dépôt de titres, 663
Dette parallèle, 631
Domiciliation, 684 et s
Droit au compte, 254

E

Effet de complaisance, 460
Endossement de la traite, 493
Enrichissement illicite, 182
Entrée en compte, 285 et s
Epoux:
- représentation mutuelle, 21
Evergreen:
- clause, 542
Extinction des sûretés, 338

F

Fiducie gestion, 746 et s, 799
Fiducie sûreté, 628 et s
Fonds commun de placement, 103, 107
Fonds commun des actifs, 516
Forfait escompté, 491
Fusion-absorption, 220

G

GAFI, 186
Gage, 60, 67, 135, 474:
- clause de substitution, 632
Garantie sur demande justifiée, 599
Garde des titres, 738
Gestionnaire des actifs, 105, 109, 517
Gharar, 779
Gouvernement d'entreprise, 159

H

Hamech al jadiya, 790
Haute instance bancaire, 124
Hypothèque:
- techniques, 626

I

Iban, 665
Identification du compte, 271
Indication de payer, 566
Indices de blanchiment, 192
Information:
- devoir, 217, 270
Inscription en compte, 286
Insolvabilité du crédit, 444
Instance spéciale d'investigation, 183, 195 et s
Instructions du client, 293, 549, 731

Instrument financier:
- notion, 104, 723
Interdiction bancaire, 421
Intérêts:
- post-contractuels, 348, 373
- stipulation, 300, 342
- taux, 299 et s, 343 et s
Intermédiation bancaire, 1, 78
International standby practices, 541
Isabel:
- clause, 533
Istisna'h, 792

K

Know your customer, 190

L

Lease-back, 503
Lettre d'engagement, 536
Lettre d'intention, 611 et s
Lettre d'ouverture de compte, 251
Lettre d'unité de compte, 410
Lettre de crédit confirmée, 545, 555
Liberté de contracter, 202, 253
Lien de connexité, 321, 340, 409
Ligne d'escompte, 460
Livret d'épargne, 116, 397 et s

M

Mandataire au compte, 283
Maturité suffisante, 257
Maysar, 780
Mise en garde:
- devoir, 219, 732
Moucharaka, 789
Moudaraba, 785, 788
Moudareb, 786
Mourabaha, 790
Moyens de paiement, 28, 664 et s

N

Nantissement de marché, 473, 634
Netting, 714
Non- fonctionnement du compte, 270
Non ingérence:
- devoir, 215
Non renouvellement du crédit, 438

O

Obligation de loyauté, 732, 742, 758
OPCVM, 101 et s, 798
Opérations électroniques, 5
Opposabilité du secret bancaire, 176
Ordre de bourse, 729

Ordre de virement, 664 et s
Ottawa:
- conventions, 532, 537 et s

P

Payez ou prorogez, 535, 605
Personnes mariées, 264
Perte ou vol de la carte, 704
Plan épargne, 394
Pool bancaire, 724
Portage d'actions, 727
Portefeuille- titres, 742
Prêt de consommation, 18, 300, 342, 650
Prêteur professionnel, 430, 449
Prêts fiduciaires, 751
Prêts participatifs, 502
Principe de généralité, 352
Principe de globalité, 468 et s
Produit d'emprunts, 22
Profession bancaire:
- exercice illégal, 139
Professionnel averti, 706
Publicité bancaire, 253

Q

Qard hassan, 796

R

Rabb el mâl, 787
Ratio de solvabilité, 153
Réception de fonds, 18
Refus de renouvellement du crédit, 438
Règlement global des créances, 352
Renseignement:
- devoir, 761
Relevés de compte, 295, 384
Remise des fonds:
- preuve, 449
Rémunération du banquier:
- assiette, 26
Répétition de l'indu, 294, 305
Ressources subordonnées, 162
Restitution:
- obligation, 21, 282, 652, 696, 738
- prescription (intérêts), 305
Riba, 776
Rupture du crédit, 437:
- Délai de préavis, 442
Vigilance:
- devoir, 216, 440
- obligation, 678, 680
RUU 600, 540, 546, 552, 557 et s

S

Saisie légale, 232, 246 et s
Sauf encaissement:
- clause, 379
Scoring, 432
Secret bancaire, 11, 37, 42, 73, 117, 164 et s, 173, 198, 247, 308, 422
Secret professionnel, 80, 164
Set-off, 714
Shari'a board, 783
SICAV, 102, 111
Silence, 206, 296, 731
Société en formation, 266
Solidarité, 412, 414, 565
Sommes bloquées, 327
Soutien abusif de crédit, 440
Special purpose vehicle, 515
Spécimen de signature, 278, 281
Subrogation, 643
Sukuks islamiques, 797
Surveillance du coffre-fort, 767
Swap:
- de devises, 640, 720
- de taux d'intérêts, 639
Swift, 665, 713

T

Titre exécutoire, 383, 428
Titres escomptables, 460
Titrisation islamique, 800
Titrisation, 515 et s
Titulaire du droit économique, 191
Tolérance de crédit, 429, 434
Traite pro-forma, 460
Transférabilité de la lettre de crédit, 564
Transfert des fonds, 28
Transfert fiduciaire, 521
Tribunal bancaire spécial, 225, 231

U

Unité de contrôle, 158
Usages bancaires, 9, 201, 251, 253

V

Valeur mobilière:
- notion, 723
Vérification de l'identité, 272:
- de l'adresse, 275
- de l'ordre de virements, 668
- de la signature, 281 et s, 702
- des documents, 558

Z

Zakat, 778

TABLE DES MATIÈRES

(Les chiffres renvoient aux numéros des pages)

INTRODUCTION	1
TITRE I – REGLEMENTATION BANCAIRE	4
CHAPITRE 1 – REGLEMENTATION DE LA PROFESSION BANCAIRE	5
<i>SECTION 1 – BANQUES</i>	5
<i>SOUS-SECTION 1 – DEFINITION DE LA BANQUE</i>	5
<i>Paragraphe 1 - Définition législative</i>	5
<i>Paragraphe 2 - Définition retenue</i>	5
<i>Sous-paragraphe 1 - Réception de fonds du public</i>	6
<i>Sous-paragraphe 2 - Opérations de crédit</i>	7
<i>Sous-paragraphe 3 - Mise à disposition et gestion des moyens de paiement</i>	9
<i>SOUS-SECTION 2 – DIFFERENTES CATEGORIES DE BANQUE</i>	9
<i>Paragraphe 1 - Banque du crédit agricole, industriel et foncier</i>	9
<i>Paragraphe 2 - Banque nationale pour le développement industriel et touristique</i>	10
<i>Paragraphe 3 - Banque de l'Habitat</i>	11
<i>Paragraphe 4 - Banque nationale pour le développement agricole</i>	12
<i>Paragraphe 5 - Banque commerciale</i>	13
<i>Paragraphe 6 - Banques spécialisées</i>	15
<i>SECTION 2 - ETABLISSEMENTS VOISINS</i>	16
<i>SOUS-SECTION 1- ETABLISSEMENTS SOUMIS A LA LOI BANCAIRE</i>	16
<i>Paragraphe 1 - Institut national pour la garantie des dépôts bancaires</i>	16
<i>Paragraphe 2 - Etablissements financiers</i>	18
<i>Paragraphe 3 - Intermédiaires financiers</i>	19
<i>Paragraphe 4 - Intermédiaires boursiers</i>	21
<i>Paragraphe 5 - Sociétés de crédit-bail</i>	22
<i>Paragraphe 6 - Etablissements de change</i>	24
<i>Paragraphe 7 - Organismes de placement collectif</i>	25
<i>Sous-paragraphe 1 - Organes des OPCVM</i>	25

Sous-paragraphe 2 - Régime juridique des OPCVM	28
SOUS-SECTION 2 – ETABLISSEMENTS NON SOUMIS A LA LOI BANCAIRE	30
<i>Paragraphe 1 - Etablissement public du logement</i>	30
<i>Paragraphe 2 - Associations mutuelles</i>	30
<i>Paragraphe 3 - Trésor public</i>	31
SECTION 3 – AUTORITES DE TUTELLE	31
SOUS-SECTION 1 - ORGANE DE REPRESENTATION PROFESSIONNELLE	31
SOUS-SECTION 2 - ORGANES DE DIRECTION ET DE CONTROLE	32
<i>Paragraphe 1 - Commission de contrôle des banques</i>	32
<i>Paragraphe 2 - Haute instance bancaire</i>	32
<i>Paragraphe 3 - Banque du Liban</i>	33
CHAPITRE 2 - REGLEMENTATION DE L'ACTIVITE BANCAIRE	37
SECTION 1 – EXERCICE DE L'ACTIVITE BANCAIRE	37
SOUS-SECTION 1 - SOUMISSION DE L'ACTIVITE BANCAIRE A LA REGLEMENTATION PROPRE AUX BANQUES	37
<i>Paragraphe 1 - Monopole de l'activité bancaire</i>	37
Sous-paragraphe 1- Monopole des opérations	37
Sous-paragraphe 2 - Monopole des opérateurs	37
<i>Paragraphe 2 - Exclusivité de la profession bancaire</i>	38
<i>Paragraphe 3 - Prises de participation</i>	38
<i>Paragraphe 4 - Placements fonciers</i>	39
<i>Paragraphe 5 - Emission et négociation d'actions</i>	39
<i>Paragraphe 6 - Ratios</i>	41
<i>Paragraphe 7 - Contrôle</i>	42
<i>Paragraphe 8 - Secret bancaire</i>	43
Sous-paragraphe 1 - Domaine du secret bancaire	44
Sous-paragraphe 2 - Levée du secret	47
Sous-paragraphe 3 - Sanctions du secret bancaire	48
<i>Paragraphe 9 - Blanchiment des capitaux et financement du terrorisme</i>	48

SOUS-SECTION 2 - SOUMISSION DE L'ACTIVITE BANCAIRE AU DROIT COMMUN	51
<i>Paragraphe 1 - Droit des contrats bancaires</i>	51
Sous-paragraphe 1 - Formation des contrats bancaires	51
Sous-paragraphe 2 - Conditions de validité	52
Sous-paragraphe 3 - Preuve des contrats bancaires	52
Sous-paragraphe 4 - Interprétation des contrats bancaires	53
<i>Paragraphe 2 - Droit de la responsabilité du banquier</i>	53
Sous-paragraphe 1 - Responsabilité pénale	54
Sous-paragraphe 2 - Responsabilité civile	54
<i>Paragraphe 3 – Devoirs généraux du banquier</i>	55
SECTION 2 – FIN DE L'ACTIVITE BANCAIRE	57
SOUS-SECTION 1 - FUSION	57
SOUS-SECTION 2 - AUTOLIQUIDATION	58
SOUS-SECTION 3 - REVOCATION DE L'AGREMENT	58
SOUS-SECTION 4 - RADIATION	59
SOUS-SECTION 5 - MAINMISE	59
SOUS-SECTION 6 - CESSATION DES PAIEMENTS	61
TITRE II – COMPTES EN BANQUE	66
CHAPITRE 1 - REGLES COMMUNES	67
SECTION 1 - OUVERTURE DU COMPTE	67
SOUS-SECTION 1 - FORME	67
SOUS-SECTION 2 - CONSENTEMENT	67
SOUS-SECTION 3 - CAPACITE ET POUVOIR	68
<i>Paragraphe 1 - Personnes physiques</i>	68
Sous-paragraphe 1 - Mineurs	68
Sous-paragraphe 2 - Incapables majeurs	69
Sous-paragraphe 3 - Débiteurs et personnes mariées	70
<i>Paragraphe 2 - Personnes morales</i>	70

SOUS-SECTION 4 - OBLIGATIONS DU BANQUIER	71
<i>SECTION 2 - FONCTIONNEMENT DU COMPTE</i>	72
SOUS-SECTION 1 - PERSONNES AUTORISEES A FAIRE FONCTIONNER LE COMPTE	73
SOUS-SECTION 2 - PASSATION EN COMPTE DES OPERATIONS	74
SOUS-SECTION 3 - RETRAITS	75
SOUS-SECTION 4 - TENUE DU COMPTE	75
SOUS-SECTION 5 - INTERETS ET COMMISSIONS	76
<i>Paragraphe 1 - Intérêts</i>	76
Sous-paragraphe 1 - Variantes	76
Sous-paragraphe 2 - Intérêt conventionnel	77
Sous-paragraphe 3 - Calcul de l'intérêt	78
Sous-paragraphe 4 - Capitalisation des intérêts	79
<i>Paragraphe 2 - Commissions</i>	79
<i>SECTION 3 - INCIDENTS DU COMPTE</i>	79
SOUS-SECTION 1 - SAISIE DU COMPTE	79
SOUS-SECTION 2 - AVIS A TIERS DETENTEUR	79
SOUS-SECTION 3 - PRESCRIPTION	80
<i>SECTION 4 - CLOTURE DU COMPTE</i>	80
SOUS-SECTION 1 - CAUSES DE LA CLOTURE	80
SOUS-SECTION 2 - EFFETS DE LA CLOTURE	80
<i>SECTION 5 - REDRESSEMENT ET REVISION DU COMPTE</i>	81
SOUS-SECTION 1 - REDRESSEMENT DU COMPTE	81
SOUS-SECTION 2 - REVISION DU COMPTE	81
CHAPITRE 2 - COMPTE COURANT	82
<i>SECTION 1 - OUVERTURE DU COMPTE COURANT</i>	82
SOUS-SECTION 1 - ELEMENT INTENTIONNEL – ACCORD DES PARTIES	83
SOUS-SECTION 2 - ELEMENT MATERIEL – REMISES RECIPROQUES	83
<i>Paragraphe 1 - Notion de remise</i>	83

<i>Paragraphe 2 - Caractères des remises</i>	84
Sous-paragraphe 1 - Généralité des remises	84
Sous-paragraphe 2 - Réciprocité des remises	85
Sous-paragraphe 3 - Alternance des remises	85
<i>SECTION 2 - FONCTIONNEMENT DU COMPTE COURANT</i>	85
SOUS-SECTION 1 - REMISES EN COMPTE COURANT	86
<i>Paragraphe 1 - Conditions des remises</i>	86
<i>Paragraphe 2 - Effets des remises</i>	86
Sous-paragraphe 1 - Novation	86
Sous-paragraphe 2 - Extinction de la créance	87
Sous-paragraphe 3 - Contrepassation des effets impayés	87
SOUS-SECTION 2 - INTERETS DU COMPTE COURANT	88
<i>Paragraphe 1 - Régime des intérêts</i>	88
<i>Paragraphe 2 - Capitalisation des intérêts</i>	90
<i>SECTION 3 - INDIVISIBILITE DU COMPTE COURANT</i>	90
SOUS-SECTION 1 - REGLE DE L'INDIVISIBILITE	90
SOUS-SECTION 2 - CONSEQUENCES	91
SOUS-SECTION 3 - LIMITATIONS A LA REGLE DE L'INDIVISIBILITE	91
<i>SECTION 4 - SOLDE PROVISOIRE</i>	91
SOUS-SECTION 1 - SOLDE PROVISOIRE CREDITEUR	92
SOUS-SECTION 2 - SOLDE PROVISOIRE DEBITEUR	92
<i>SECTION 5 - ARRET ET LIQUIDATION DU COMPTE</i>	92
SOUS-SECTION 1 - ARRET DU COMPTE	92
SOUS-SECTION 2 - LIQUIDATION DU COMPTE	93
<i>SECTION 6 - CLOTURE DU COMPTE COURANT</i>	93
SOUS-SECTION 1 - CAUSES DE LA CLOTURE	93
SOUS-SECTION 2 - EFFETS DE LA CLOTURE	94
<i>Paragraphe 1 - Fixation du solde du compte</i>	94

<i>Paragraphe 2 - Intérêts et commissions</i>	95
<i>Paragraphe 3 - Période suspecte</i>	95
<i>Paragraphe 4 - Contrepassation après clôture</i>	96
<i>Paragraphe 5 - Prescription</i>	97
<i>Paragraphe 6 - Saisie</i>	97
CHAPITRE 3 - COMPTE DE DEPOT	99
<i>SECTION 1 - CARACTERISTIQUES</i>	99
<i>SECTION 2 - REGIME JURIDIQUE</i>	99
CHAPITRE 4 - COMPTES SPECIAUX	101
<i>SECTION 1 - COMPTES EPARGNE</i>	101
<i>SECTION 2 - COMPTES MULTIPLES</i>	103
<i>SOUS-SECTION 1 - AUTONOMIE DES COMPTES</i>	103
<i>SOUS-SECTION 2 - INTERDEPENDANCE DES COMPTES</i>	104
<i>Paragraphe 1 - Accord de compensation des comptes</i>	104
<i>Paragraphe 2 - Accord de fusion des comptes</i>	104
<i>SECTION 3 - COMPTES A TITULAIRES MULTIPLES</i>	105
<i>SOUS-SECTION 1 - COMPTE INDIVIS</i>	105
<i>SOUS-SECTION 2 - COMPTE JOINT</i>	105
TITRE III - OPERATIONS DE CREDIT	108
CHAPITRE 1 - OUVERTURE DE CRÉDIT	109
<i>SECTION 1 - CONVENTION D'OUVERTURE DE CRÉDIT</i>	109
<i>SOUS-SECTION 1 - NOTION</i>	109
<i>SOUS-SECTION 2 - NATURE DE LA CONVENTION</i>	110
<i>SECTION 2 - EXECUTION DE LA CONVENTION D'OUVERTURE DE CREDIT</i>	111
<i>SOUS-SECTION 1 - PREUVE DE LA CONVENTION</i>	111
<i>SOUS-SECTION 2 - REMUNERATION DU BANQUIER</i>	112
<i>SOUS-SECTION 3 - RESPONSABILITE DU BANQUIER</i>	112
<i>Paragraphe 1 - Responsabilité à l'égard du crédit</i>	112
<i>Paragraphe 2 - Responsabilité à l'égard des tiers</i>	113

<i>Paragraphe 3 - Responsabilité à l'égard des cautions</i>	114
<i>SECTION 3 - FIN DE LA CONVENTION D'OUVERTURE DE CREDIT</i>	114
SOUS-SECTION 1 - DUREE DE LA CONVENTION	114
SOUS-SECTION 2 - SITUATION DU CREDITE	114
CHAPITRE 2 - CREDITS INTERNES	116
<i>SECTION 1 - CREDITS A COURT TERME</i>	116
SOUS-SECTION 1 - PRET	116
SOUS-SECTION 2 - AVANCES EN COMPTE	118
<i>Paragraphe 1 - Escompte</i>	118
<i>Paragraphe 2 - Crédit de mobilisation des créances commerciales</i>	121
<i>Paragraphe 3 - Convention d'affacturage</i>	121
Sous-paragraphe 1 - Caractéristiques	122
Sous paragraphe 2 - Recouvrement des factures	123
<i>Paragraphe 4 - Avance sur marché</i>	124
<i>Paragraphe 5 - Cession Dailly</i>	124
Sous-paragraphe 1 - Conditions de la cession	124
Sous-paragraphe 2 - Effets de la cession	125
SOUS-SECTION 3 - CREDITS PAR SIGNATURE	126
<i>Paragraphe 1 - Cautionnement bancaire</i>	126
<i>Paragraphe 2 - Ducroire de banque</i>	127
<i>Paragraphe 3 - Aval</i>	128
Sous-paragraphe 1 - Aval apposé sur la lettre de change	128
Sous-paragraphe 2 - Aval spécial ou par acte séparé	129
<i>Paragraphe 4 - Crédit par acceptation</i>	129
<i>SECTION 2 - OPERATIONS DE CREDIT A MOYEN ET LONG TERME</i>	130
SOUS-SECTION 1 - PRET A MOYEN ET LONG TERME	130
SOUS-SECTION 2 - CREDIT-BAIL	131
<i>Paragraphe 1 - Crédit-bail mobilier</i>	131

Sous-paragraphe 1 - Formation du contrat	132
Sous-paragraphe 2 - Exécution du contrat	132
<i>Paragraphe 2 - Crédit-bail immobilier</i>	133
Sous-paragraphe 1 - Conclusion du contrat	133
Sous-paragraphe 2 - Exécution du contrat	134
SOUS-SECTION 3 - CREDITS MOBILISABLES	134
<i>Paragraphe 1 - Crédits à moyen terme mobilisables</i>	134
<i>Paragraphe 2 - Crédits à long terme mobilisables</i>	135
SOUS-SECTION 4 - TITRISATION	135
<i>Paragraphe 1 - Organes de la titrisation</i>	136
<i>Paragraphe 2 - Contenu de la titrisation</i>	137
SOUS-SECTION 5 - CREDITS AUX CONSOMMATEURS	139
<i>Paragraphe 1 - Crédit à la consommation</i>	139
<i>Paragraphe 2 - Crédit immobilier</i>	140
CHAPITRE 3 - CREDITS INTERNATIONAUX	141
<i>SECTION 1 - CREDITS A L'EXPORTATION</i>	141
SOUS-SECTION 1 - CREDITS FOURNISSEUR	141
SOUS-SECTION 2 - CREDITS ACHETEUR	142
<i>SECTION 2 - CREDITS A L'IMPORTATION</i>	143
SOUS-SECTION 1 - LETTRE DE CREDIT STANDBY	143
<i>Paragraphe 1 - Mécanisme</i>	144
<i>Paragraphe 2 - Emission</i>	145
SOUS-SECTION 2 - CREDIT DOCUMENTAIRE	145
<i>Paragraphe 1 - Ouverture du crédit</i>	146
Sous-paragraphe 1 - Clause de règlement par crédit documentaire	146
Sous-paragraphe 2 - Convention entre l'acheteur et la banque	146
Sous-paragraphe 3 - Engagement envers le bénéficiaire	147
<i>Paragraphe 2 - Réalisation du crédit documentaire</i>	148
Sous-paragraphe 1 - Modes de réalisation	148

Sous paragraphe 2 - Conditions de la réalisation	149
Sous-paragraphe 3 - Blocage et saisie du crédit	150
<i>Paragraphe 3 - Circulation du crédit</i>	150
CHAPITRE 4 – GARANTIES DES CREDITS BANCAIRES	151
<i>SECTION 1 - GARANTIES PERSONNELLES</i>	151
SOUS-SECTION 1 - SOLIDARITE	151
SOUS-SECTION 2 - DELEGATION	151
SOUS-SECTION 3 - CAUTIONNEMENT	152
<i>Paragraphe 1 - Validité du cautionnement</i>	152
<i>Paragraphe 2 - Etendue de l’engagement de la caution</i>	153
<i>Paragraphe 3 - Durée de l’engagement de la caution</i>	156
<i>Paragraphe 4 - Extinction du cautionnement</i>	158
SOUS-SECTION 4 - GARANTIE AUTONOME	159
<i>Paragraphe 1 - Spécificité de la garantie autonome</i>	159
<i>Paragraphe 2 - Mécanisme de la garantie autonome</i>	160
<i>Paragraphe 3 - Réalisation de la garantie autonome</i>	161
Sous-paragraphe 1 - Appel de la garantie	161
Sous-paragraphe 2 - Fraude et appel manifestement abusif	162
<i>Paragraphe 4 - Recours</i>	162
<i>Paragraphe 5 - Extinction de la garantie</i>	163
SOUS-SECTION 5 - LETTRE D’INTENTION	163
<i>Paragraphe 1 - Notion</i>	163
<i>Paragraphe 2 - Régime juridique</i>	164
SOUS-SECTION 6 - AVAL ET AVAL PAR ACTE SEPARÉ	164
SOUS-SECTION 7 - ASSURANCE	164
<i>Paragraphe 1 - Assurance-vie</i>	164
<i>Paragraphe 2 - Assurance-crédit</i>	165
Sous-paragraphe 1 - Assurance crédit – interne	165

Sous-paragraphe 2 - Assurance - crédit international	165
<i>SECTION 2 - GARANTIES REELLES</i>	166
SOUS-SECTION 1 - NANTISSEMENT IMMOBILIER	166
SOUS-SECTION 2 - HYPOTHEQUES	166
SOUS-SECTION 3 - PRIVILEGES IMMOBILIERS	168
SOUS-SECTION 4 - FIDUCIE –SURETE	168
SOUS-SECTION 5 - NANTISSEMENT MOBILIER	169
<i>Paragraphe 1 - Domaine</i>	169
Sous paragraphe 1 - Nantissement de meubles corporels	169
Sous-paragraphe 2 - Nantissement de meubles incorporels	170
<i>Paragraphe 2 - Régime juridique</i>	170
<i>SECTION 3 - GARANTIES DIVERSES</i>	171
SOUS-SECTION 1 - MECANISMES PROPREMENT BANCAIRES	171
<i>Paragraphe 1 - Domiciliation bancaire</i>	171
<i>Paragraphe 2 - Contrats d'échange ou swaps</i>	171
<i>Paragraphe 3 - Retenues de garantie</i>	172
SOUS-SECTION 2 - MECANISMES DE DROIT COMMUN	172
<i>Paragraphe 1 - Compensation</i>	172
<i>Paragraphe 2 - Subrogation</i>	173
TITRE IV - SERVICES BANCAIRES	174
CHAPITRE 1 - DEPOTS EN BANQUE	175
<i>SECTION 1 - DÉPÔT DE FONDS</i>	175
SOUS-SECTION 1 - CONSTITUTION DU CONTRAT DE DEPOT	175
SOUS-SECTION 2 - EFFETS DU CONTRAT DE DEPOT	176
<i>SECTION 2 - DEPOT DE CHOSES MOBILIERES</i>	178
CHAPITRE 2 - SERVICE DES ENCAISSEMENTS ET DES PAIEMENTS	180
<i>SECTION 1 - ASPECTS INTERNES</i>	180
SOUS-SECTION 1 - ORDRE DE VIREMENT	180
<i>Paragraphe 1 - Exécution de l'ordre de virement</i>	180

<i>Paragraphe 2 - Réception des fonds virés</i>	182
SOUS-SECTION 2 - CHEQUE	182
<i>Paragraphe 1 - Délivrance du carnet de chèques</i>	182
<i>Paragraphe 2 - Emission du chèque</i>	183
<i>Paragraphe 3 - Remise du chèque à l'encaissement</i>	183
<i>Paragraphe 4 - Paiement du chèque par le banquier</i>	184
SOUS-SECTION 3 - EFFETS DE COMMERCE	185
<i>Paragraphe 1 - Paiement auprès du tiré</i>	185
<i>Paragraphe 2 - Domiciliation des effets</i>	186
SOUS-SECTION 4 - AVIS DE PRELEVEMENT	187
<i>Paragraphe 1 - Mécanisme</i>	187
<i>Paragraphe 2 - Rapports contractuels</i>	187
SOUS-SECTION 5 - TITRE INTERBANCAIRE DE PAIEMENT	188
SOUS-SECTION 6 - CARTES DE CRÉDIT ET DE PAIEMENT	188
<i>Paragraphe 1 - Mécanisme du paiement par carte</i>	188
Sous- paragraphe 1 - Convention adhésion	188
Sous- paragraphe 2 - Contrat fournisseur	190
<i>Paragraphe 2 - Utilisations frauduleuses de la carte</i>	191
Sous- paragraphe 1 - Rapports émetteur / titulaire de la carte	191
Sous- paragraphe 2 - Rapports émetteur / commerçant	192
Sous- paragraphe 3 - Sanctions des utilisations frauduleuses	192
SECTION 2 - ASPECTS INTERNATIONAUX	193
SOUS-SECTION 1 - OPERATIONS DE PAIEMENT INTERNATIONALES	193
<i>Paragraphe 1 - Etablissement arabe de compensation</i>	193
<i>Paragraphe 2 - Réseaux bancaires</i>	193
<i>Paragraphe 3 - Conventions internationales</i>	194
<i>Paragraphe 4 - Système swift</i>	194
SOUS-SECTION 2 - OPERATIONS DE COMPENSATION	194

<i>Paragraphe 1 - Netting</i>	194
<i>Paragraphe 2 - Echange</i>	195
SOUS-SECTION 3 - OPERATIONS DE CHANGE	195
<i>Paragraphe 1 - Techniques du change</i>	195
<i>Paragraphe 2 - Contrôle des changes</i>	196
CHAPITRE 3 - SERVICES RELATIFS AUX VALEURS MOBILIERES ET AUX INSTRUMENTS FINANCIERS	198
<i>SECTION 1 - PLACEMENT DE TITRES</i>	198
<i>SECTION 2 - PORTAGE D' ACTIONS</i>	199
<i>SECTION 3 - ORDRES DE BOURSE</i>	200
SOUS-SECTION 1 - TRANSMISSION DE L'ORDRE DE BOURSE	200
SOUS-SECTION 2 - EXECUTION DE L'ORDRE DE BOURSE	201
<i>SECTION 4 - DEPOT DE TITRES ET DE VALEURS MOBILIERES</i>	202
SOUS-SECTION 1 - CONTRAT DE DEPOT	202
<i>Paragraphe 1 - Constitution du contrat</i>	202
<i>Paragraphe 2 - Exécution du contrat</i>	202
SOUS-SECTION 2 - CERTIFICATS DE DÉPÔT	204
<i>SECTION 5 - GESTION DE PORTEFEUILLE</i>	204
<i>SECTION 6 - FIDUCIE-GESTION</i>	206
SOUS-SECTION 1 - CONSTITUTION DU CONTRAT	206
<i>Paragraphe 1 - Paramètres du contrat</i>	206
<i>Paragraphe 2 - Variantes du contrat</i>	207
SOUS-SECTION 2 - EXECUTION DU CONTRAT	208
<i>Paragraphe 1 - Entre les parties</i>	208
<i>Paragraphe 2 - A l'égard des tiers</i>	209
CHAPITRE 4 – FOURNITURE DE RENSEIGNEMENTS FINANCIERS ET COMMERCIAUX	210
<i>SECTION 1 - RESPONSABILITE DU BANQUIER A L'EGARD DU DEMANDEUR</i>	210
<i>SECTION 2 - RESPONSABILITE DU BANQUIER A L'EGARD DU DEMANDE</i>	210
CHAPITRE 5 - CONTRAT DE COFFRE-FORT	212

<i>SECTION 1 - NATURE DU CONTRAT</i>	212
<i>SECTION 2 - EXECUTION DU CONTRAT</i>	212
TITRE V – ACTIVITE BANCAIRE ISLAMIQUE	215
CHAPITRE 1 - FONDEMENTS DE L’ACTIVITE BANCAIRE ISLAMIQUE	216
<i>SECTION 1 - SOUMISSION DE L’ACTIVITE BANCAIRE AU DROIT D’ISLAM</i>	216
<i>SECTION 2 - SOUMISSION DE L’ACTIVITE BANCAIRE ISLAMIQUE AU DROIT COMMUN</i>	217
CHAPITRE 2 - DOMAINE DE L’ACTIVITE BANCAIRE ISLAMIQUE	219
<i>SECTION 1 - COMPTES BANCAIRES</i>	219
<i>SECTION 2 - OPERATIONS DE BANQUE ISLAMIQUES</i>	220
<i>SECTION 3 - SERVICES BANCAIRES ET FINANCIERS ISLAMIQUES</i>	223