

Taoufik BEN NASR

# **DROIT BANCAIRE TUNISIEN**

**Deuxième édition  
Mise à jour à la lumière de la loi  
et de la jurisprudence**

Tunis 2017

... Certes, le rôle du crédit en tant que moyen essentiel pour entraîner la consommation et augmenter la masse monétaire, n'est plus à démontrer, mais si le crédit prend une part importante dans l'activité bancaire, il n'en constitue pas l'unique objet. Les banques assurent, en plus des crédits, de multiples services à leur clientèle. Le crédit ne représente pour ainsi dire, que l'une des opérations de banques...

... Au début des années 80 il était presque inimaginable de parler de la responsabilité du banquier en droit tunisien. L'activité des banques était assimilée à un service public et il était hors de propos d'engager une quelconque action à l'encontre du banquier qui, aux yeux du public représentait l'autorité. Aujourd'hui, avec l'évolution des mentalités, la jurisprudence constitue une source riche et importante du droit bancaire tunisien d'autant plus, que dans son effort de réglementation, le législateur a omis de cerner le cadre de plusieurs institutions telles que les facilités de caisse et la garantie à première demande ...

Cette deuxième édition tient compte de la nouvelle réglementation mise en place au courant de l'année 2016 ainsi que de la jurisprudence récente et inédite en la matière.

**Taoufik BEN NASR**, Professeur, agrégé des facultés de droit, enseigne le droit commercial et bancaire à la Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis. Auteur d'ouvrages et d'études spécialisés, il est également Avocat à la Cour de Cassation.

Prix : 35 DT

ISBN : 978-9973-05-014-4



## INTRODUCTION

### I- DEFINITION ET HISTORIQUE DU DROIT BANCAIRE TUNISIEN

1. Le droit bancaire est une discipline qui met en évidence la confrontation entre le droit et l'économie. De tout temps, il faut le remarquer, les litiges portés devant les tribunaux renferment en eux-mêmes des raisons économiques<sup>1</sup>. C'est que la relation du droit avec l'économie même si elle devient une réalité a connu une évolution d'inégale importance. Alors qu'au dix huitième siècle, il y avait une totale imbrication entre ces deux disciplines, celles-ci se sont totalement ignorées suite à la poussée d'un mouvement doctrinal œuvrant pour l'identité propre de chacune d'elles.

Mais, la séparation n'a point duré et une prise en compte de l'économie par le droit s'est vite dessinée et s'est même imposée du fait de l'intervention de l'Etat pour la régulation de

<sup>1</sup> Bruno Oppetit : Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français, Trav. Ass. H. Capitant, 1970. T.XXII. Dalloz 1975.

- Mackaay : La règle juridique observée par le prisme de l'économiste, Rev. internat. dr., écon., 1986, p. 42 et s.

l'économie. Le phénomène économique ne pouvait plus être délaissé par le droit<sup>2</sup>.

L'interaction des règles de droit et des faits économiques se vérifie plus que jamais dans l'étude du droit bancaire. Perçu comme l'activité et le commerce de l'argent, le droit bancaire constitue l'épine dorsale du droit économique. En effet, tous les systèmes économiques modernes, surtout, depuis la chute du bloc communiste en 1989, reposent sur leurs structures bancaires. La valeur des banques et leur solvabilité reflète l'état de l'économie d'un pays. Aussi, apparaît l'intérêt du droit bancaire comme étant jusqu'à une certaine limite, l'étude et le diagnostic d'un système économique donné, à travers son système financier.

2. On ne peut présenter le droit bancaire sans s'interroger au préalable sur l'appellation de cette discipline. Doit-on parler de droit bancaire ou de droit du crédit ? La tendance aujourd'hui est d'utiliser le vocable « crédit » afin de définir et d'individualiser les institutions bancaires. Le législateur, lui-même, a évolué dans ce sens depuis la loi du 10 juillet 2001 puisqu'il employait l'appellation « d'établissements de crédit ».

Certes, le rôle du crédit en tant que moyen essentiel pour entraîner la consommation et augmenter la masse monétaire, n'est plus à démontrer, mais si le crédit prend une part importante dans l'activité bancaire, il n'en constitue pas l'unique

objet. Les banques assurent, en plus des crédits, de multiples services à leur clientèle. Le crédit ne représente, pour ainsi dire, que l'une des opérations de banques. Pour cela l'utilisation de l'appellation droit bancaire répond mieux à la réalité des activités des institutions bancaires<sup>3</sup>.

Les banques ne sont pas de simples institutions de crédit, mais elles gèrent une multitude d'opérations pour le compte des clients et qui ne constituent pas des crédits. Les services offerts sont plus variés d'autant plus que, le développement des moyens de gestion informatique laisse dire que le crédit n'est pas le seul objet de l'activité bancaire<sup>4</sup>.

D'ailleurs, la nouvelle loi bancaire de 2016 qui a abrogé la loi de 2001 modifiée en 2006, a totalement abandonné l'ancienne appellation d'établissements de crédit. Aussi les pouvoirs publics ont préféré reprendre la distinction classique entre banques et établissements financiers.

3. Mais le droit bancaire est-il l'ensemble des règles applicables aux professionnels de cette branche ou est-il plutôt le droit de l'activité bancaire ? En d'autres termes, serait-il le droit des banquiers ou le droit des opérations de banques ?

<sup>3</sup> Cabrillac : Les difficultés d'interprétation des opérations bancaires, Mélanges Servetan, p. 1.

- V. Catherine D'Hoir-Laupêtre . Droit de crédit, éd. Ellipses, Paris 1999, p. 3 et suivantes.

- Thierry Bonneau : Droit bancaire, éd. Montchrestien, Paris 1994, p. 1.

<sup>4</sup> Havasse : Quel horizon pour la télématique », Rev. Banque, octobre 1993, p.48.

- Huet : Aspects juridiques de l'EDI, Echanges de données informatiques, D. 1991, chr. p. 181.

<sup>2</sup> Bruno Oppetit : Droit et économie, Archives de philosophie de droit, T.37, Ed. Sirey, 1992, p. 17.

- Vedel : Le droit économique existe-t-il ? Mélanges Vigreux, 1981.

l'économie. Le phénomène économique ne pouvait plus être délaissé par le droit<sup>2</sup>.

L'interaction des règles de droit et des faits économiques se vérifie plus que jamais dans l'étude du droit bancaire. Perçu comme l'activité et le commerce de l'argent, le droit bancaire constitue l'épine dorsale du droit économique. En effet, tous les systèmes économiques modernes, surtout, depuis la chute du bloc communiste en 1989, reposent sur leurs structures bancaires. La valeur des banques et leur solvabilité reflète l'état de l'économie d'un pays. Aussi, apparaît l'intérêt du droit bancaire comme étant jusqu'à une certaine limite, l'étude et le diagnostic d'un système économique donné, à travers son système financier.

2. On ne peut présenter le droit bancaire sans s'interroger au préalable sur l'appellation de cette discipline. Doit-on parler de droit bancaire ou de droit du crédit ? La tendance aujourd'hui est d'utiliser le vocable « crédit » afin de définir et d'individualiser les institutions bancaires. Le législateur, lui-même, a évolué dans ce sens depuis la loi du 10 juillet 2001 puisqu'il employait l'appellation « d'établissements de crédit ».

Certes, le rôle du crédit en tant que moyen essentiel pour entraîner la consommation et augmenter la masse monétaire, n'est plus à démontrer, mais si le crédit prend une part importante dans l'activité bancaire, il n'en constitue pas l'unique

<sup>2</sup> Bruno Oppetit : Droit et économie, Archives de philosophie de droit, T.37, Ed. Sirey, 1992, p. 17.

- Vedel : Le droit économique existe-t-il ? Mélanges Vigreux, 1981.

objet. Les banques assurent, en plus des crédits, de multiples services à leur clientèle. Le crédit ne représente, pour ainsi dire, que l'une des opérations de banques. Pour cela l'utilisation de l'appellation droit bancaire répond mieux à la réalité des activités des institutions bancaires<sup>3</sup>.

Les banques ne sont pas de simples institutions de crédit, mais elles gèrent une multitude d'opérations pour le compte des clients et qui ne constituent pas des crédits. Les services offerts sont plus variés d'autant plus que, le développement des moyens de gestion informatique laisse dire que le crédit n'est pas le seul objet de l'activité bancaire<sup>4</sup>.

D'ailleurs, la nouvelle loi bancaire de 2016 qui a abrogé la loi de 2001 modifiée en 2006, a totalement abandonné l'ancienne appellation d'établissements de crédit. Aussi les pouvoirs publics ont préféré reprendre la distinction classique entre banques et établissements financiers.

3. Mais le droit bancaire est-il l'ensemble des règles applicables aux professionnels de cette branche ou est-il plutôt le droit de l'activité bancaire ? En d'autres termes, serait-il le droit des banquiers ou le droit des opérations de banques ?

<sup>3</sup> Cabrillac : Les difficultés d'interprétation des opérations bancaires, Mélanges Servetan, p. 1.

- V. Catherine D'Hoir-Laupêtre . Droit de crédit, éd. Ellipses, Paris 1999, p. 3 et suivantes.

- Thierry Bonneau : Droit bancaire, éd. Montchrestien, Paris 1994, p. 1.

<sup>4</sup> Havasse : Quel horizon pour la télématique », Rev. Banque, octobre 1993, p.48.

- Huet : Aspects juridiques de l'EDI, Echanges de données informatiques, D. 1991, chr. p. 181.

La réponse à la question est importante, car de celle-ci dépend la nature et l'étendue du droit bancaire. Dire que le droit bancaire est le droit de ceux qui exercent la profession de banquier tendrait à exclure de son champ d'application les autres agents économiques qui sont essentiellement les clients entrés en rapport avec les établissements bancaires et qui représentent une masse importante.

4. Dans le but de contribuer à une définition de la matière, la doctrine s'est toujours attachée à la présenter comme étant l'étude et l'analyse des principes qui tendent à réglementer le fonctionnement des institutions dont l'objet est le commerce». Mais, cette définition est incomplète et ne reflète aucunement l'objet du droit bancaire. C'est pour cette raison que l'on soutient que le droit bancaire est plutôt la discipline des acteurs et des activités exercées par les institutions de crédit<sup>5</sup>.

La spécificité de cette branche du droit apparaît aussi à travers la réglementation applicable aux parties en présence dans une relation bancaire. Etant un droit de professionnels, le droit bancaire est marqué par l'autorité des usages, des coutumes et de la confiance qui imprègnent les rapports en question. Aussi, aurons nous à remarquer lors des développements consacrés à certains contrats bancaires, que ceux-ci sont marqués par un « intuitu personae » accru.

<sup>5</sup> Thierry Bonneau : Droit bancaire, précité, p. 1.

5. Si on n'a pas à définir les partenaires des banques, nous devons préciser que ces dernières ont connu une évolution très importante à travers l'histoire économique<sup>6</sup>.

L'activité bancaire est apparue dès la plus haute antiquité avec la précision qu'elle était essentiellement réduite au commerce de l'argent. A Babylone, en Grèce et en Egypte sont apparus les meilleurs banquiers du bassin méditerranéen.

En Europe, au moyen âge, ce sont les juifs qui ont monopolisé ce commerce en concurrence avec les lombards<sup>7</sup>.

Et ce n'est qu'avec l'avènement du 17<sup>ème</sup> et du 18<sup>ème</sup> siècles que s'est développée la fonction bancaire exercée en sociétés. Durant toute cette période de l'histoire et jusqu'en 1930, l'activité bancaire était soumise aux usages et coutumes professionnels. En France, la loi du 19 juin 1930, est venue réglementer le secteur en posant une définition de la profession de banquier et la présentant comme étant « celle exercée par des personnes qui accomplissent à titre professionnel des opérations de banque »<sup>8</sup>. C'est dans ce cadre que se situe l'étude du droit bancaire qui consiste à examiner le statut des banquiers et de leurs opérations.

Cette discipline est une branche du droit commercial puisque, le législateur classe dans l'art. 2 C.C. les opérations de

<sup>6</sup> De Juglart et Ippolito : Banques et Bourses, 7<sup>ème</sup> édition, 1991, p. 7 et suivantes.

<sup>7</sup> Idem, p. 8.

<sup>8</sup> Complétée et modifiée par une ordonnance du 23 décembre 1958.

banque parmi les actes de commerce, et régleme dans le code de commerce (art. 670 à 745), les opérations bancaires les plus courantes.

6. Cependant, l'incidence de cette réglementation imprégnée aussi d'une nature administrative, ainsi que la spécificité des opérations bancaires conduisent à considérer le droit bancaire comme une branche indépendante du droit commercial lui-même et qu'il ferait plutôt partie du droit économique<sup>9</sup>. Cette conception se trouve confortée à travers l'étude de l'objet du droit bancaire. En effet, il s'agit d'une activité professionnelle axée sur la monnaie sous toutes ses formes, qu'elle soit fiduciaire ou scripturale. C'est, aussi, une matière qui est appelée à évoluer et à s'inscrire dans l'impératif de l'évolution des mécanismes et des relations internationaux. L'ouverture économique et la montée du libéralisme font que les banques interviennent dans cet échange économique international par la mise au service des agents économiques, de certaines opérations tenant soit à des garanties, soit à des prestations de services.

7. A côté de la réglementation détaillée et souvent changeante, une place de choix est faite aux usages professionnels qui jouissent d'une autorité nationale et internationale et nous n'avons qu'à songer à la technique de la garantie à première demande et à celle des crédits documentaires.

<sup>9</sup> Thierry Bonneau : *précité*, p. 3.

- De Juglart et Ippolito : *op. cit.*, p. 8 et suivantes.

On s'aperçoit donc que deux types d'agents interviennent dans l'activité bancaire, d'une part la clientèle constituée par les ménages et les acteurs économiques, d'autre part, l'Etat qui ne peut se désintéresser de cette activité vitale pour l'économie du pays et qui détient en priorité le droit de regard sur le secteur bancaire.

8. Le rôle d'Etat-entrepreneur a connu lui-même une certaine évolution. En effet, suite aux grandes crises économiques qu'a connues le monde dans les années 29 et 30 et après les deux grandes guerres, l'Etat voulait pallier l'inertie des promoteurs privés. Dans les pays nouveaux, ce rôle interventionniste s'est accentué suite aux grands mouvements de décolonisation ; les jeunes Etats devaient investir dans ce secteur en vue de dynamiser la vie économique en s'érigeant en promoteurs et en seul prêteur d'argent<sup>10</sup>.

9. Cependant, force est de constater que la législation bancaire tunisienne, plus particulièrement le système bancaire, n'a pas connu une évolution historique proprement dite. Mais, il faudrait tout de même préciser que l'histoire du système bancaire tunisien se limite à la distinction entre deux périodes essentielles.

Sous le protectorat français, il n'existait nullement de système bancaire structuré, et l'intervention des pouvoirs de l'époque consistait surtout à surveiller une activité bancaire

<sup>10</sup> - De Juglart et Ippolito : *op. cit.*, p. 8 et suivantes.

- V. aussi, Raymond Farhat : *Le droit bancaire*, Librairies Antoine, Beyrouth 1995, p. 17 et suivantes.

marquée d'une liberté sauvage. Ces interventions étaient concrétisées par le décret beylical du 8 Janvier 1904 qui avait pour objet d'autoriser l'établissement de la Banque d'Algérie en Tunisie, et le décret de 1935, qui rendait applicable la loi française de 1930 interdisant l'exercice de la profession bancaire aux personnes frappées d'incapacité légale.

Ce n'est qu'avec l'accès de la Tunisie à l'indépendance totale que commençait à se dessiner l'existence d'un véritable système bancaire. Celui-ci a vu le jour grâce à certaines lois dont la 1<sup>ère</sup> est la loi n° 58-90 portant création de la Banque Centrale de Tunisie modifiée par la loi 2006-26 du 15 mai 2006. Ce fut la loi 58-109 du 18 Octobre 1958 portant réforme totale du système monétaire tunisien, la loi 58- 110 du 18 octobre 1958 qui est intervenue en vue de fixer le capital de la Banque Centrale de Tunisie, et la loi du 7 décembre 1967 fixant le statut et la naissance du Conseil National de crédit. Enfin, l'intervention des pouvoirs publics s'est précisée par la loi du 7/12/1967 modifiée par la loi du 7/2/1994 portant réglementation de la profession bancaire en Tunisie, laquelle a été abrogée par la loi 2001-65 du 10 juillet 2001 relative aux établissements de crédit<sup>11</sup> elle-même, modifiée par la loi du 2 mai 2006 et qui a été refondue à son tour,

<sup>11</sup> Ben Fadhla : *précité*, p. 8.

- V. : La loi n° 2001.65 du 10/7/2001 relative aux établissements de crédit, JORT 2001.p. 1671.

- V. : La loi n° 2006-19 du 2 mai 2006 modifiant et complétant la loi n° 2001-65 du 10 juillet 2001 relative aux établissements de crédit, J.O.R.T 2006, p. 1251. Sur la loi 2006-26 du 15 mai 2006, J.O.R.T. 2006, p. 1331. Et la loi du 11 juillet 2016, JORT 2016, p. 2516.

par la loi du 11 juillet 2016 relative aux banques et aux établissements financiers.

10. Malgré cela, il reste difficile de fixer les contours du droit bancaire. Contenir cette discipline dans des limites précises relèverait de la gageure. En effet, la diversité des opérations bancaires, ainsi que la multiplicité des agents économiques interlocuteurs des banques, laissent l'interprète à la recherche perpétuelle des origines et des solutions des opérations en présence<sup>12</sup>.

## II-SOURCES ET SPÉCIFICITÉS DU DROIT BANCAIRE TUNISIEN

11. Le droit bancaire tunisien est un droit écrit. La Tunisie, jeune pays venant d'accéder à l'indépendance, a vu la nécessité de se doter d'un code de commerce qui fût promulgué par la loi du 3 octobre 1059. Les opérations bancaires les plus courantes ont été réglementées dans le titre II du livre cinq intitulé des contrats commerciaux ».

Le législateur de l'époque a repris les solutions dégagées par la jurisprudence et la pratique comparées et les a consacrées dans le code de commerce. C'est ainsi que certaines règles ont été codifiées, tels les cas du crédit documentaire, et de

<sup>12</sup> Vasseur : L'Etat banquier : Collection Dalloz, Paris 1992.

- Raymond : Les difficultés des banques, Revue Banque 1991, p. 785.

- Prieur : Le contrat de Banque, 1987, Jurisclasseur Banque et Crédit. Fasc. 130. n°1.

l'ouverture de crédit dont les principes sont l'œuvre de la pratique.

Présentant le code de commerce, le ministre de la justice de l'époque avait soutenu que ce «code du point de vue politique est la manifestation de la volonté du gouvernement de doter le pays d'institutions d'Etat moderne et du point de vue économique, c'est la volonté d'achever la libération de la patrie et rompre les liens qui paralysaient notre économie».

La codification des opérations bancaires représentait un acte d'affirmation de la souveraineté de la Tunisie indépendante et parachevait l'autonomie totale après la proclamation de la république intervenue le 25 juillet 1957.

**12.** Mais le droit bancaire peut-il évoluer dans les limites qui lui sont assignées par des textes figés ?

La réponse ne peut être que négative et ceci pour deux raisons essentielles : D'abord, on ne doit pas oublier que le droit bancaire régit les relations des banques avec leurs partenaires qui sont essentiellement les agents économiques pleins d'imagination et ayant besoin de textes qui doivent pouvoir évoluer aussi vite que la pratique des affaires. Pour cette raison, la loi doit rester en perpétuel mouvement, afin de rattraper les faits qui se développent beaucoup plus rapidement.

Ensuite, le droit bancaire laisse une grande place à l'application du droit commun. Les spécificités de l'activité ne cachent pas ces évidences et de la sorte, l'évolution de la

législation bancaire doit intervenir en même temps que celle des règles de droit commun. Pour cela et même en tenant compte de la vigilance du législateur, le droit bancaire reste une discipline fuyante et les juges notamment, sont appelés à tenir compte aussi bien que les interprètes et les patriciens, de cette vérité.

**13.** Il faut avouer que le droit bancaire a connu une transformation profonde qui a donné essentiellement lieu à « des fusions spectaculaires conduisant à la création de groupes bancaires géants multi spécialisés et à vocation mondiale»<sup>13</sup>. Ces regroupements des institutions bancaires en pools à la recherche d'efficacité étaient en fait, une réaction face aux grandes crises qui ont amené à certaines faillites retentissantes.

Les banques tunisiennes ne sont pas en reste par rapport à ces nouvelles stratégies ; puisque, certaines fusions entre banques ont vu le jour, avant l'apparition d'une réglementation propre aux rapprochements économiques et avant la promulgation du code des sociétés commerciales par la loi du 3 novembre 2000<sup>14</sup>.

**14.** Ces mouvements de concentration entre banques de statuts et d'activités différentes, devaient être encadrés par une législation adéquate qui tienne véritablement compte de la réalité

<sup>13</sup> Hibon : Les banques, nouveaux enjeux, nouvelles stratégies, Paris, La documentation française, 1938, p. 1 et suivantes.

<sup>14</sup> Loi n° 2000-93 du 3 novembre 2000 portant promulgation du code des sociétés commerciales, J.O.R.T, 2000, modifiée par la loi de juillet 2005.

- V. sur ce mouvement de concentrations : Interview du gouverneur de la banque centrale de Tunisie : Rev. L'économiste maghrébin, n° 296 du 12/9/2001, p. 10.

du système bancaire tunisien qui ne peut plus se détacher du modèle étranger et surtout du point de vue de la spécialisation.

La loi n° 65-2001 relative aux établissements de crédit qui a vu le jour le 10 juillet 2001, modifiée en 2006, a refondu tout le système bancaire par l'institution d'un agrément unique instituant par là, la banque universelle et supprimant le cloisonnement entre les institutions financières selon le type d'activité et les services proposés à la clientèle<sup>15</sup>.

Cette déspecialisation est en fait passée par trois phases essentielles à savoir la radicalisation, la souplesse et la suppression des banques spécialisées. De la loi bancaire du 7 décembre 1967 à la loi du 4 février 1994, et jusqu'à la loi du 10 juillet 2001 modifiée par la loi du 2 mai 2006, totalement refondue par la loi du 11 juillet 2016, le système bancaire tunisien a pris plusieurs facettes qui devaient répondre à des impératifs et à des conjonctures économiques différentes<sup>16</sup>. La spécialisation des banques qui a été le meilleur moyen de faire face aux crises économiques, n'a plus de raison d'être et la

<sup>15</sup> Dupont : Le contrôle des banques et la réglementation du crédit en France. DUNOD 1958, p. 153.

<sup>16</sup> Voir la loi n° 58-90 du 19 septembre 1958 portant création et organisation de la Banque Centrale de Tunisie, JORT des 23 et 26 septembre 1958 modifiée en 1954, 1975, 1980, 1981 et 1988.

- Loi n° 67-50 du 7 décembre 1967 portant création du conseil national du crédit, modifiée par la loi n° 72-6 du 15 février 1972, JORT n° 7, février 1972.

- Loi n° 67-51 du 7 décembre 1967 réglementant la profession bancaire, JORT du 12 décembre 1967, Modifiée par la loi du 7 février 1994.

Refondue par la loi n° 2001-65 du 10 juillet 2001 relative aux établissements de crédit elle-même modifiée par la loi de mai 2006.

Tunisie se devait de se mettre dans l'orbite des législations et des systèmes bancaires des pays industrialisés afin d'assurer une structure capable de résister à la concurrence internationale à laquelle on ne peut se soustraire depuis la signature des accords de l'Organisation Mondiale du Commerce<sup>17</sup>.

La Loi de juillet 2001 qui, à son tour vient d'être totalement refondue par la loi du 11 juillet 2016, est allée dans le même sens.

Ajoutée au phénomène de globalisation financière, apparue depuis bien longtemps, l'internationalisation de l'activité bancaire constitue un risque à l'égard duquel, les pouvoirs publics ont dû faire face par la mise en place d'une législation bancaire solide.

15. Le système bancaire tunisien affirme et protège les intérêts des partenaires économiques du banquier en instituant l'obligation au secret bancaire. Aussi peut-on remarquer l'existence d'un texte général que représente l'article 254 du code pénal, et un texte spécial au secret bancaire qui est l'article 30 de la loi du 10 juillet 2001.

Cette dernière posait un principe absolu du secret professionnel du banquier dépositaire d'informations et confident du client. Mais comme dans la quasi-majorité des systèmes économiques modernes, le secret peut être levé et le banquier ne

<sup>17</sup> Alaya (H.), Les nouvelles règles de jeu économique en Tunisie, Centre de Publications Universitaires, Tunis 1999, p. 164.

peut s'opposer à l'administration fiscale, à la justice et à certains auxiliaires requis par les tribunaux<sup>18</sup>. Le banquier peut se trouver dans deux positions différentes, soit qu'il communique les documents exigés par ces autorités, soit qu'il donne des révélations et des informations qu'il a acquises. Ces pratiques lui sont même imposées dans la loi sur la répression du terrorisme et sur le blanchiment d'argent<sup>19</sup>.

Le secret bancaire est aujourd'hui imposé à plusieurs endroits par la loi de juillet 2016. Aussi le secret est-il cité de manière éparse dans les articles 54, 64, 65, 108, 164 et 187 de ladite loi.

**16.** En plus du code de commerce, il existe certains textes spécifiques telle la loi de 2016 relative aux banques et aux établissements financiers. L'examen de ces textes permet d'affirmer que le droit bancaire tunisien, ainsi que l'activité bancaire sont caractérisés par le contrôle des autorités financières du pays. Si dans son essence, la constitution d'établissement bancaire demeure libre, cette activité est soumise à la délivrance d'un agrément sans lequel l'exercice de cette profession serait illicite et passible de poursuites pénales.

<sup>18</sup> V. Abouda, Code des droits et des procédures fiscaux : contrôle contentieux et sanctions, Imprimerie Officielle, 2001, p. 47 et suivantes.

- Loi n° 2000 du 9 avril 2000 portant promulgation du code des droits et procédures fiscaux. V. aussi la loi n° 20011 du 8 janvier 2002 portant assouplissement des droits et procédures fiscaux.

<sup>19</sup> V. La loi organique n° 2015-26 du 7 août 2015 relative à la lutte contre le terrorisme et à la répression du blanchiment d'argent, JORT n° 63 du 7 août 2015, p1735.

**17.** Au début des années 80, il était presque inimaginable de parler de la responsabilité du banquier en droit tunisien. L'activité des banques était assimilée à un service public et il était hors de propos d'engager une quelconque action à l'encontre du banquier qui, aux yeux du public représentait l'autorité. Aujourd'hui, avec l'évolution des mentalités, la jurisprudence constitue une source riche et importante du droit bancaire tunisien d'autant plus, que dans son effort de réglementation, le législateur a omis de cerner le cadre de plusieurs institutions telles que la facilité de caisse et la garantie à première demande.

Encore est-il utile de remarquer que, rompant avec les divisions traditionnelles qui reposaient sur la spécialisation bancaire, le législateur ne distingue plus entre banques commerciales et banques d'investissement.

La loi de 2016 n'évoque désormais que les banques et les établissements financiers.

### III- METHODOLOGIE

**18.** Le droit bancaire tunisien est un droit essentiellement écrit. Pour cela, nous avons tenu, tout au long de cet ouvrage, à donner la priorité au droit tunisien, mais le recours au droit comparé et essentiellement le droit français, reste un impératif absolu afin de donner au droit bancaire tunisien la dimension qu'il mérite.

## IV- PLAN DE L'OUVRAGE

19. L'étude du droit bancaire tunisien exige l'examen du cadre de l'exercice de la profession à travers la présentation du système bancaire tunisien (1<sup>ère</sup> Partie) ainsi que celui des opérations bancaires, c'est-à-dire les prestations fournies par les banques (II<sup>ème</sup> Partie).

20. L'examen de la loi du 11 juillet 2016, élargissant le champ d'application de la loi de 2006 permet de constater que le législateur a révisé la distinction traditionnelle entre les banques et les établissements financiers.

## ORGANISATION DE LA PROFESSION DE BANQUIER ET D'ETABLISSEMENT FINANCIER

### PREMIERE PARTIE :

## LE CADRE JURIDIQUE DE L'EXERCICE DE LA PROFESSION DE BANQUE ET D'ETABLISSEMENT FINANCIER

Une étude d'ensemble de toutes les conditions d'exercice de la profession bancaire (Chapitre I), de la profession d'établissement financier (Chapitre II) et le contrôle exercé sur ces institutions (Chapitre III).

20. L'examen de la loi du 11 juillet 2016, abrogeant la loi de 2001 modifiée en 2006 permet de constater que le législateur revient à la distinction simple entre les banques et les établissements financiers.

Ces nouveaux choix législatifs ne cachent pas l'organisation rigoureuse (**Titre I**) qui confère au système bancaire et financier tunisien une spécificité certaine (**Titre II**).

PREMIERE PARTIE :

LE CADRE JURIDIQUE DE  
L'EXERCICE DE LA PROFESSION  
DE BANQUE ET  
D'ETABLISSEMENT FINANCIER

CHAPITRE I

L'EXERCICE DE LA PROFESSION

## TITRE I

### L'ORGANISATION DE LA PROFESSION DE BANQUE ET D'ETABLISSEMENT FINANCIER

SECTION I : LES CONDITIONS DE FOND

21. Comme les établissements financiers, les banques ne sont autorisées à exercer leur activité que lorsque certaines conditions sont remplies. Et force est de préciser que, même si ces conditions sont satisfaites, la profession reste soumise à un contrôle rigoureux de la part des autorités concernées. Il serait donc utile d'étudier tout à tour les conditions d'exercice de la profession bancaire (**Chapitre I**), de la profession d'établissement financier (**Chapitre II**) et le contrôle exercé sur ces institutions (**Chapitre III**).

25. Il convient d'observer tout d'abord que le législateur tunisien n'a jugé ni utile ni nécessaire de définir l'activité bancaire. Le recours aux lois du 7 décembre 1967 et du 10 juillet 2001 abrogées par la loi du 11 juillet 2016 relatives à la réglementation de la profession bancaire, permet de remarquer

20. L'examen de la loi du 11 juillet 2016, abrogeant la loi de 2001 modifiée en 2006 permet de constater que le législateur revient à la distinction simple entre les banques et les établissements financiers.

Ces nouveaux choix législatifs ne cachent pas l'organisation rigoureuse (**Titre I**) qui confère au système bancaire et financier tunisien une spécificité certaine (**Titre II**).

## PREMIERE PARTIE :

# LE CADRE JURIDIQUE DE L'EXERCICE DE LA PROFESSION DE BANQUE ET D'ETABLISSEMENT FINANCIER

## TITRE I

# L'ORGANISATION DE LA PROFESSION DE BANQUE ET D'ETABLISSEMENT FINANCIER

### SECTION I : LES CONDITIONS DE FOND

21. Comme les établissements financiers, les banques ne sont autorisées à exercer leur activité que lorsque certaines conditions sont remplies. Et force est de préciser que, même si ces conditions sont satisfaites, la profession reste soumise à un contrôle rigoureux de la part des autorités concernées. Il serait donc utile d'étudier tout à tour les conditions d'exercice de la profession bancaire (**Chapitre I**), de la profession d'établissement financier (**Chapitre II**) et le contrôle exercé sur ces institutions (**Chapitre III**).

## CHAPITRE I

### L'EXERCICE DE LA PROFESSION BANCAIRE

22. Pour accéder à la profession de banquier, il faut au préalable satisfaire à des conditions de fond (**Section 1**) et à des conditions de forme (**Section 2**), sinon des sanctions peuvent être prononcées à l'égard de tout contrevenant (**Section 3**).

#### SECTION I : LES CONDITIONS DE FOND

23. Au niveau du fond deux questions essentielles doivent être étudiées : Les unes sont relatives aux conditions objectives (§1) et d'autres sont relatives aux conditions subjectives (§2).

#### §1 - LES CONDITIONS OBJECTIVES D'EXERCICE DE LA PROFESSION BANCAIRE

24. Deux séries de conditions peuvent être retenues à cet égard. Les premières relèvent de l'activité (A) et les secondes intéressent l'élément financier (B).

#### A- Les conditions tenant à l'activité bancaire

25. Il convient d'observer tout d'abord que le législateur tunisien n'a jugé ni utile ni nécessaire de définir l'activité bancaire. Le recours aux lois du 7 décembre 1967 et du 10 juillet 2001 abrogée par la loi du 11 juillet 2016 relatives à la réglementation de la profession bancaire, permet de remarquer

que le législateur n'a pas tenu à poser la définition directe et expresse de l'activité bancaire. En revanche, l'article 17 de la loi du 11 juillet 2016 prévoit que peut être considéré comme établissement de banque, toute personne morale qui exerce à titre habituel les opérations de réception des dépôts conformément à l'article 5 de cette loi. L'examen des articles 4 et suivants de la même loi révèle une série d'opérations qui ne peuvent être exercées que par les entreprises dont l'objet est l'activité bancaire.

26. On se doit toutefois de remarquer que l'article 4 de la loi du 11 juillet 2016 constitue une évolution par rapport à l'article 2 de la loi du 7 décembre 1967. Le législateur a voulu par cette innovation rallier la position de la doctrine comparée qui, depuis longtemps considère la banque comme étant l'institution qui met à la disposition du public des services de dépôt et de crédit<sup>20</sup>.

27. A notre sens, ce qu'il faudrait retenir dans le dessein d'une contribution à la définition du droit bancaire, c'est que celle-ci devrait contenir deux caractères essentiels.

D'abord, faut-il le mentionner, le critère de l'habitude doit être mis en exergue. Serait ainsi banquier, celui qui exerce d'une façon continue et habituelle l'une des activités déterminées par la loi du 11 juillet 2016. Ce caractère déjà prévu par la loi du 17

<sup>20</sup> Voir Gavalda et Stoufflet. Le droit bancaire. éd. Litec 1992. p. 7 et suivantes.  
- Rives-Lange. Le droit bancaire, éd. Dalloz, p. 14 et suivantes.  
- Rivoire, Les banques dans le monde. Collection que sais-je ? p. 17.

décembre 1967 est renforcé par les articles 2 et 3 du code de commerce qui définissent le commerçant comme étant celui qui entreprend des actes de commerce de façon habituelle. Mais fallait-il insister sur l'habitude et la profession à la fois? L'article 2 de la loi du 10 juillet 2001 prévoyait que doit être considéré comme un établissement de crédit celui qui exerce à « titre de profession habituelle les opérations bancaires ».

Certes le droit commercial tunisien ignore la théorie de l'acte de commerce isolé, la lettre de change exceptée, laquelle est considérée comme un acte de commerce par la forme, mais la profession fait l'habitude et pourquoi exiger la réunion de ces deux critères ?<sup>21</sup>.

28. L'idée serait peut-être, que le législateur a voulu, dans un souci de protection, exclure du champ d'application de la loi bancaire ceux qui exerceraient la profession d'établissement bancaire de manière habituelle et continue sans y être autorisés conformément à la loi. La profession de banquier est, alors, une activité réservée à des institutions spécialement habilitées à prêter les services et les activités expressément prévus, et à titre professionnel.

<sup>21</sup> Emmanuelle De Gaudin De Lagrange, Les notions de commerçant et d'actes de commerce dans les articles 1<sup>er</sup> à 4 du code de commerce, RTD 1963-65, p. 13 et suivantes.

Tenir compte de l'habitude seulement serait à notre sens, dangereux et ne rendrait pas compte du monopole que le législateur a voulu accorder à des institutions spécialisées<sup>22</sup>.

29. Aux termes de l'article 4 de la loi du 11 juillet 2016 les opérations bancaires sont essentiellement, la réception des fonds du public sans considération des formes ou de la durée (1) l'allocation des crédits par la mise à la disposition des emprunteurs des fonds (2) ; la gestion des moyens de paiement (3) ainsi que le conseil et l'assistance financière que le banquier peut entreprendre de manière sous jacente (4).

### 1) La réception des fonds du public

30. L'activité du banquier a toujours été fondée sur le dépôt de sommes d'argent remises par les clients entre ses mains. Mais, comme on peut le constater, le législateur n'a pas voulu évoquer le terme de « dépôt » pour ne pas confiner l'activité du banquier en cette matière dans les limites du contrat de dépôt de droit commun. En droit bancaire le dépôt est apprécié d'une manière plus large. Certes, la banque est obligée de restituer les sommes qui sont déposées entre ses mains à la demande du client déposant, mais elle a la liberté d'en disposer entre-temps.

31. L'article 5 de la loi du 11 juillet 2016 prévoit que les dépôts sont constitués de tous les fonds remis par les tiers à titre de dépôt ou autrement. C'est ainsi que la nature juridique du

<sup>22</sup> Sur le droit comparé : V. Gavaldà et Stoufflet, *Ouvrage précité*, n° 46.

contrat qui se lie entre le banquier dépositaire et le client déposant importe peu. Il peut être en effet question de dépôt au sens du droit commun, d'un mandat ou même de remise d'effets de commerce ou de titres négociables.

32. A côté de la généralité des termes employés dans les articles 4 et 5, le législateur a tenu à exclure un ensemble de catégories de fonds déposés entre les mains du banquier. Ainsi, en est-il, des fonds remis aux banques pour l'augmentation du capital des entreprises, des fonds provenant de l'escompte ou de la mise en pension, des sommes déposées par les dirigeants de l'entreprise dépositaire. Il en est de même pour les « fonds provenant d'une émission d'obligations ou de titres de créances assimilés et les fonds déposés par le personnel d'une entreprise dans la mesure où ils n'excèdent pas 10% du capital de ladite entreprise.

Les salariés, les associés, et les dirigeants de l'institution bancaire dépositaire ne sont pas considérés comme des tiers déposants. Les fonds provenant de leurs dépôts ne sont pas traités par le législateur comme étant des fonds reçus du public. Il est donc interdit au banquier de disposer de ces sommes reçues pour financer son activité d'institution bancaire.

### 2) L'allocation de crédit

33. L'article 6 de la loi du 11 juillet 2016 prévoit que constitue une opération de crédit au sens de la présente loi, tout acte par lequel une personne, agissant à titre onéreux, met ou

promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement ou toute autre garantie... .

Le crédit au sens de l'article 6 ci-dessus mentionné peut revêtir deux formes essentielles. C'est d'abord la mise à la disposition de l'emprunteur de sommes d'argent dont celui-ci peut disposer selon la destination fixée. L'article 705 du code de commerce prévoit en effet, que l'ouverture de crédit a « pour objet de mettre directement ou indirectement à la disposition du bénéficiaire des moyens de paiement à concurrence d'une certaine somme d'argent ». La combinaison des articles 6 de la loi du 11 juillet 2016 et 705 du code de commerce, permet de relever la diversité des opérations de crédit. Il s'agit dans les deux cas de mise à disposition de sommes d'argent mais l'article 705 du code de commerce précise que ces fonds peuvent être mis directement ou indirectement au service du bénéficiaire.

Le crédit engloberait alors, le prêt au sens de l'article 1081 et suivants du code des obligations et des contrats et l'ouverture du crédit prévue par l'article 705 du code de commerce.

34. En outre, faut-il préciser que l'article 6 de la loi de juillet 2016 rejoint la définition du crédit donnée par l'article 705 du code de commerce dans la mesure où le crédit serait non seulement les fonds mis à la disposition du crédit par le créancier, mais aussi tous les engagements que prend le banquier pour honorer les paiements pour son client tels les

cautionnements, les avals d'effets de commerce prévus par l'article 289 du code de commerce et les garanties données par le banquier à l'occasion des crédits documentaires ou des garanties à première demande.

35. Selon l'article 4 de la loi du 11 Juillet 2016 le banquier est autorisé à consentir des crédits « sous toutes leurs formes ». Ces termes qui marquent la généralité des dispositions légales en la matière fixent la suppression de toute règle de spécialisation. En effet avant la loi du 10 juillet 2001 aujourd'hui abrogée et même sous l'empire de la loi bancaire du 7 février 1994 la distinction était nette entre les banques commerciales qui étaient autorisées à accorder des crédits à court et à moyen terme et les banques d'investissement alors, spécialisées dans les crédits à long terme.

### 3) La gestion des moyens de paiement

36. L'article 4 de la loi du 11 juillet 2016 cite parmi les opérations bancaires « la mise à la disposition de la clientèle et la gestion des moyens de paiement », sans pour autant définir ces deux services que les banques prêtent à leurs clients. Pourtant les moyens de paiement « permettent aux autorités monétaires de maîtriser le développement » des instruments de paiement par l'appel aux nouvelles « technologies électroniques »<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> T. Bonneau : Droit bancaire, 2<sup>ème</sup> édition, Paris Montchrestien, 1996, p. 43.

Le banquier tient les comptes de sa clientèle et pour le fonctionnement de ces comptes, il délivre un chéquier qui permet à son titulaire de procéder à ces paiements. Le chèque étant un moyen de paiement, c'est à travers la banque qui gère le compte que l'on trouve l'illustration des affirmations prévues par l'article 4 de la loi de juillet 2016<sup>24</sup>.

En plus du chèque, les moyens de paiement sont nombreux. Ils représentent les techniques et tous les instruments qui permettent le transfert des fonds d'un compte à un autre et d'une personne à une autre. Il en est ainsi des cartes de paiement, des virements mais, aussi, de l'encaissement des effets de commerce et leur émission<sup>25</sup>.

37. De même, le banquier effectue aussi pour le compte de ses clients des opérations de caisse. Celles-ci sont représentées par les écritures comptables au débit et au crédit des comptes des clients. Ce sont les opérations de gestion de moyens de paiement évoquées par l'article 4 de la loi du 11 Juillet 2016.

Aujourd'hui les banques cherchent à améliorer ces services de gestion par le développement des techniques informatiques et le renseignement à distance. Les transferts de

<sup>24</sup> V. Jeantin : Droit commercial : Instruments de paiement et de crédit, 3<sup>ème</sup> édition 1992.

-Ripert et Roblot : Traité de droit commercial, 14<sup>ème</sup> édition, Delta, Paris 1996, p. 261.

-Hirsch : Le centenaire du chèque bancaire, Rev. Banque 1966, p. 195.

-Chaput : Effets de commerce, chèques et instruments de paiement, 1992.

<sup>25</sup> Les cartes de paiement sont régies en Tunisie par trois circulaires de la B.C.T.

fonds sont désormais électroniques, les paiements par cartes bancaires se font en dehors des guichets des banques. Grâce aux distributeurs automatiques de billets et grâce à la télématique, les clients peuvent recevoir des informations et donner des ordres à leurs banques sans se déplacer.

#### **4) Le conseil et l'assistance en matière de gestion financière et de gestion de patrimoine**

38. L'article 4 de la loi du 11 juillet 2016 permet aux banques d'entreprendre certaines opérations de conseil, d'assistance, de gestion de patrimoine et de gestion financière ainsi qu'en matière d'ingénierie financière et tous les services qui peuvent aider à «la création, le développement et la restructuration des entreprises».

La lecture attentive des dispositions de l'article 4 sus-cité, appelle une observation importante. Les activités ne peuvent pas être exercées à titre principal par toutes les banques. Le législateur prévoit expressément que ces opérations pour être effectuées doivent être «liées à son activité». Cela veut dire que d'autres banques sont autorisées à entreprendre ces activités à part entière et nous pensons bien entendu aux banques d'affaires<sup>26</sup>.

39. L'assistance en matière de gestion de patrimoine concerne la gestion des valeurs mobilières et tous les instruments financiers du client. A ce titre, il faut préciser que la banque n'est

<sup>26</sup> Voir infra : Chap. II.

pas autorisée à gérer les biens immobiliers de son client car il s'agit d'une activité particulière réglementée par des textes spéciaux. Le banquier peut, donc, assister et conseiller son client dans les opérations « d'achat, de souscription, d'échange, de vente, de remboursement et d'arbitrage effectuées pour l'emploi ou le réemploi de fonds en valeurs mobilières »<sup>27</sup>.

40. La doctrine, a trouvé des difficultés à définir la notion d'ingénierie financière. Certains la trouvent même barbare<sup>28</sup>. L'ingénierie financière serait à la fois « le conseil et l'assistance » dans le domaine de la gestion financière et comme le prévoit l'article 4 de la loi du 11 juillet 2016, tous les services de nature à favoriser le développement des entreprises, des montages financiers et de toute opération d'évaluation financière et comptable des entreprises. Face à cette définition jugée extensive, une autre partie de la doctrine estime que l'ingénierie financière n'est que le montage dont l'objet est la restructuration des bilans des sociétés commerciales<sup>29</sup>. De toute façon, et à partir de le circulaire n° 95-05, la Banque Centrale de Tunisie ne fait pas l'amalgame entre la gestion financière et les services d'ingénierie. Selon cette circulaire il s'agit de deux activités différentes. On peut alors soutenir, que c'est la conception restrictive qui est retenue par la Banque Centrale de Tunisie.

<sup>27</sup> Rives-Lange et Contamine-Raynaud : Droit bancaire, *op. cit.*, n° 6.

<sup>28</sup> Vasseur : L'ingénierie financière, Rev. Banque, 1990, p. 11.

<sup>29</sup> Bertrel et Jeantin : Droit de l'ingénierie financière, p.1.

-Bonneau : *Ouvrage précité*, p. 451.

41. Le développement, la création et la restructuration des entreprises sont considérés comme des finalités et des objectifs de l'ingénierie financière. L'ajustement des facteurs de production et les rapprochements d'entreprises sont des moyens pour le développement économique. Le législateur permet dans ce but aux banques d'intervenir en vue de faciliter la création d'entreprises et cela peut être, par le partage, la fusion, ou la scission<sup>30</sup>.

## **B- Les conditions tenant à l'élément financier**

42. Pour permettre l'accès à la profession d'établissement bancaire, le législateur impose un capital social qui varie selon l'activité choisie. Pour exercer l'activité de banquier, un capital minimum de cinquante millions de dinars est requis. Ainsi l'article 32 de la loi du 11 juillet 2016, exige que tout établissement qui demande à être agréé en tant que banque, doit justifier au moment de sa création, de ce capital qui constitue le minimum requis<sup>31</sup>. Ceci est valable pour les banques résidentes et les banques non résidentes aussi.

43. Toutefois, et contrairement à l'article 165 du code des sociétés commerciales qui prévoit une libération progressive du capital social des sociétés anonymes, l'article 32 de la loi de juillet 2016 exige une libération totale et immédiate du capital pour les banques et même, d'ailleurs, pour les établissements

<sup>30</sup> La fusion et la scission sont réglementées par les articles 408 à 432 du code des sociétés commerciales.

<sup>31</sup> Pour les banques d'affaires : Voir infra.

financiers. La souscription et la libération du capital se trouvent ainsi confondues lorsqu'il s'agit de la constitution d'une banque ou d'un établissement financier. Cependant, cette exigence de libération immédiate ne concerne que le capital minimum exigé. Cela veut dire que, lorsque le capital dépasse cinquante millions de dinars seul ce montant doit être libéré entièrement et immédiatement dès la constitution.

## §2- LES CONDITIONS SUBJECTIVES

44. Ce sont l'ensemble des conditions qui intéressent à la fois la personne même de celui qui sollicite l'agrément pour exercer la profession de banquier et celles qui sont exigées des personnes nommées ou pressenties à la tête des établissements bancaires ou financiers.

45. Concernant l'autorisation d'exercice de la profession, nous nous contenterons ici d'observer que toute demande fait l'objet d'une étude de la part des instances concernées. Celles-ci vérifient surtout l'honorabilité des requérants et les qualifications des dirigeants appelés à gérer l'institution bancaire.

46. En outre, le législateur a clarifié dans l'article 46 de la loi du 11 juillet 2016, les conditions de cumul des mandats. Aussi ledit article prévoit-il l'obligation de séparation des fonctions de directeur général et de président du Conseil d'administration, de même que le directeur-général et le directeur-général adjoint d'une banque ou d'un institution financière ne peuvent être membres du conseil d'administration de cet établissement.

Il faut aussi noter que le législateur a imposé la désignation de deux administrateurs indépendants qui doivent faire partie du conseil d'administration de la banque. Et selon l'article 47 de la loi de juillet 2016 peut être considéré comme administrateur indépendant celui qui n'est lié à la banque, à ses actionnaires ou à ses dirigeants, par aucun rapport pouvant porter atteinte à son indépendance.

Toutefois, ces restrictions qui ne concernent que la direction au sens technique du terme ne s'appliquent pas aux administrateurs des banques. En effet, l'administration des sociétés anonymes se distingue de la direction ainsi que du contrôle exercé par le conseil de surveillance dans les sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance, introduites depuis la promulgation du code de sociétés commerciales<sup>32</sup>.

Malgré les difficultés posées par l'absence de distinction légale, l'administration ne se confond pas avec la direction. Alors que cette dernière est une fonction permanente de gestion et de représentation, l'administration est une mission périodique dans les sociétés anonymes classiques<sup>33</sup>.

Dans les sociétés à directoire et conseil de surveillance, la direction et l'administration sont détenues par les membres du

<sup>32</sup> Le code des sociétés commerciales a été promulgué par la loi du 3 novembre 2000.

<sup>33</sup> Berr : L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales, Edition Sirey, Paris 1961, p. 96.

-Ben Nasr Taoufik : Le contrôle du fonctionnement des sociétés anonymes, Edition 2000, p. 86 et suivantes.

contrôle de la gestion. Pour ces considérations, les incompatibilités ne sont applicables qu'aux personnes chargées de la direction et qui sont expressément désignées par le dit-article.

47. Toutefois, d'autres interdictions prévues par le code des sociétés commerciales ne doivent pas être perdues de vue, même si la loi bancaire ne les prévoit pas. En effet, le code des sociétés commerciales prévoit qu'on ne peut être en même temps, administrateur dans plus de huit conseils d'administration, comme on ne peut « cumuler plus de trois mandats de président de conseil d'administration » ni appartenir à plus de trois directoires ni « être directeur-général unique dans plus de trois sociétés anonymes »<sup>34</sup>.

## SECTION II : LES CONDITIONS DE FORME

48. Ces conditions tiennent à la forme de l'entreprise bancaire (§1) et à l'agrément permettant l'exercice de cette activité (§2).

### §1- LA FORME DE L'ENTREPRISE BANCAIRE

49. Le législateur a semble-t-il, pris les devants sur la législation européenne puisque, depuis la loi du 7 décembre 1967, il a exigé une forme particulière pour l'exercice de l'activité bancaire. Ainsi l'article 31 de la loi du 11 juillet 2016

<sup>34</sup> Articles 209 et 233 du code des sociétés commerciales.

prévoit que les établissements de banques ayant leur siège en Tunisie ne peuvent être constitués que sous la forme d'une société anonyme lorsqu'il n'existe pas de forme spéciale requise.

La règle est que les sociétés de banques ne peuvent adopter que la forme d'une société anonyme lorsqu'elles sont soumises à la loi bancaire et, à condition pour elles d'avoir leur siège social en Tunisie. Les sociétés de banques dont le siège est à l'étranger et qui veulent constituer des succursales ou des agences en Tunisie se doivent de respecter cette condition. A ce niveau, il faut préciser qu'une différence de taille est constatée à travers la comparaison de l'article 31 de la nouvelle loi et l'article 12 de la loi de juillet 2001 aujourd'hui abrogée. En effet, ce dernier prévoyait que la banque étrangère devait avoir la forme d'une société anonyme à moins « qu'elle ne soit constituée sous un statut juridique accepté lors de la délivrance de l'agrément à condition qu'il soit conforme à la législation en vigueur du pays d'origine ».

50. En droit français, aucune forme spéciale n'était requise ou imposée, c'est ainsi que l'activité bancaire pouvait être exercée soit par des personnes physiques sous une forme individuelle, soit par des personnes morales. Pour celles-ci, il était permis à des sociétés en nom collectif et à des sociétés en commandite simple ou par actions d'exercer cette activité.

Toutefois, conscient des dangers de l'entreprise individuelle, le législateur français, a depuis 1984 imposé la

1<sup>er</sup> de la loi du 24 janvier 1984 définit l'établissement de crédit comme étant toute personne morale qui entreprend à titre professionnel et de façon habituelle les opérations de banque<sup>35</sup>. L'intervention du législateur français de 1984 n'est pas due au hasard. C'est qu'en effet, depuis la directive européenne du 12 décembre 1977, il a été interdit dans les pays de l'Union Européenne d'exercer l'activité bancaire sous la forme individuelle.

51. La comparaison de l'article 1<sup>er</sup> de la loi française du 24 janvier 1984 et l'article 31 de la loi du 11 juillet 2016 appelle certaines remarques : D'abord, le droit français admet l'exercice de la profession de banquier par toute forme sociétaire.

Ensuite, le droit tunisien ne permet l'accès à l'activité bancaire qu'aux sociétés anonymes. En effet, conscient de l'intérêt de la société anonyme en tant que moyen de concentration de capitaux, le législateur a retenu cette forme sociale.

La société anonyme a toujours été présentée comme étant la meilleure technique d'organisation de l'entreprise<sup>36</sup>. Grâce aux mécanismes de direction et de contrôle et aussi grâce aux valeurs

<sup>35</sup> Rives-Langes et Ohl : Monopole bancaire et liberté, Rev. Banque, 1985, p. 439.

<sup>36</sup> Ben Nasr Taoufik : Le contrôle du fonctionnement des sociétés anonymes, précité.

- Champaud : Le pouvoir de concentration des sociétés par actions, Sirey, Paris, 1962.

- Paillusseau : La société anonyme technique d'organisation de l'entreprise. Sirey, Paris, 1967.

mobilières mises en circulation par ce type de société, les banques peuvent jouer pleinement un rôle économique et financier.

## §2- L'AGRÈMENT

52. La profession de banquier est l'une de celles qui touchent le plus l'ordre public économique et financier. C'est pour cela que l'Etat tient à contrôler l'accès à cette profession. Dans ce dessein, l'article 24 de la loi du 11 juillet 2016 prévoit que toute personne qui désire entreprendre de manière habituelle les opérations bancaires énumérées à l'article 4 de ladite loi, doit solliciter un agrément.

Il en est de même d'ailleurs, pour les établissements financiers qui demeurent assujettis au contrôle de la Banque Centrale de Tunisie.

Cependant, l'article 24 sus-indiqué, appelle certaines remarques.

D'abord, comme sous l'empire de la loi de juillet 2001, il existe désormais deux agréments et non plus un seul valable pour les établissements bancaires et aux établissements financiers, comme il en était sous le système de la loi bancaire de 1967 aujourd'hui abrogée.

Ensuite, l'article 24 de la loi nouvelle, n'est pas clair quant à la personne chargée d'entreprendre les démarches nécessaires pour l'obtention de l'agrément.

agrément on ne sait pas si c'est la personne morale constituée ou c'est une personne physique qui doit solliciter l'agrément.

En vérité, il ne peut s'agir d'une personne physique car la banque et l'établissement financier sont obligatoirement constitués sous la forme d'une société anonyme. Il est aussi nécessaire d'observer qu'avec la nouvelle loi, ce n'est plus le ministre des finances, qui a le pouvoir de délivrer l'agrément, comme c'était le cas avec la loi de 2001, mais c'est la commission des agréments siégeant à la Banque Centrale de Tunisie créée par la loi de juillet 2016, qui détient le pouvoir d'instruire les demandes d'agrément et de se prononcer sur leur sort.

D'ailleurs, cette commission est seule habilitée pour décider du retrait de l'agrément en cas d'infraction commise par les banques et les établissements financiers dans l'exercice de leurs activités, comme il ressort des termes de l'article 39 de la loi de juillet 2016.

53. La demande d'agrément doit être présentée à la Banque Centrale de Tunisie qui après étude la transmet à la commission des agréments constituée au sein de la Banque Centrale en vertu de la nouvelle loi. Celle-ci doit instruire le dossier tout en tenant compte de la personne des fondateurs, des moyens financiers prévus ainsi que de la qualité des actionnaires et des dirigeants de l'établissement demandeur. La lecture de

l'article 27 de la loi de juillet 2016 permet d'affirmer que les conditions pour la création d'établissements bancaires et financiers sont draconiennes. En effet, une enquête approfondie doit être conduite sur le programme et le plan escomptés ainsi que sur la nature des opérations projetées.

La commission peut demander tous les renseignements qu'elle juge nécessaire pour asseoir son avis.

De toutes manières, il faut retenir que la délivrance de l'agrément n'est pas automatique et la commission des agréments est libre de répondre par l'affirmative ou rejeter la demande en question. Seulement une innovation marque la nouvelle loi bancaire. L'article 30 précise que la commission doit se prononcer au bout d'un délai de quatre mois, et doit motiver l'autorisation de principe et le rejet prononcés.

Il faut aussi noter que l'agrément de principe n'est pas définitif. La commission des agréments peut décider, sur la demande et le rapport de la Banque Centrale de Tunisie, le retrait de l'agrément lorsque le demandeur n'a pas satisfait aux conditions fixées lors de la délivrance de l'agrément.

L'agrément permet ainsi à l'Etat de contrôler l'activité bancaire et joue ainsi un double rôle. Il permet d'abord, d'apprécier si les conditions d'accès au statut bancaire sont réunies et sert, en même temps, à l'attribution de la qualité d'établissement bancaire. Etant commerciale, la profession bancaire demeure une activité contrôlée du fait de cette

autorisation préalable qui constitue une autre limite au principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

### SECTION III : LES SANCTIONS DES RÈGLES DE CONSTITUTION

54. Dans le souci de protection de l'exercice de l'activité bancaire, des sanctions peuvent être prononcées à l'égard de ceux qui ne respectent pas les conditions de constitution des établissements bancaires. Ces sanctions peuvent être civiles (§1) ou pénales (§2).

#### §1- LES SANCTIONS CIVILES

55. Lorsque la banque a été constituée en contravention des règles de constitution, sa nullité doit être prononcée. Est nulle toute société constituée en violation des règles prévues par le code des sociétés commerciales relatives à la société anonyme. L'article 179 dudit code dispose qu'est « nulle et de nul effet toute société anonyme constituée en violation des dispositions des articles 160 à 178 du présent code ».

Outre le cadre de l'article 179 du code des sociétés commerciales, il faudrait remarquer que les poursuites civiles sont en principe l'apanage du ministre des finances qui seul est responsable de l'observation des conditions de constitution des entreprises de banques. Pour cette raison on imaginerait mal qu'une banque puisse être constituée au travers des règles légales

dans la mesure où l'agrément n'est octroyé qu'après instruction du dossier.

#### §2- LES SANCTIONS PÉNALES

56. L'article 183 de la loi du 11 juillet 2016 prévoit des sanctions pénales qui peuvent être prononcées à l'égard de toute personne qui contreviendrait aux dispositions de l'article 24 de la même loi.

Selon l'article 24 de la loi du 16 juillet 2016, il est interdit d'exercer l'activité d'établissement financier ou de banque sans avoir obtenu préalablement l'agrément nécessaire. L'article 183 sus-indiqué prévoit que la Banque Centrale de Tunisie, afin de s'assurer de la véritable activité d'une institution, peut lui demander de lui remettre tous les renseignements et tout document comptable qu'elle juge nécessaire pour son enquête.

57. Est aussi réprimé le fait pour toute personne non agréée en qualité d'établissement bancaire de faire figurer les termes de « banque », ou tout autre terme faisant allusion dans ses documents constitutifs ou publicitaires ou de quelque manière qu'elle soit, si elle n'a pas l'agrément requis<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> Cosson : Les délits en matière de banques et d'établissements financiers, Rev. sc.crim. 1973, p. 11.

- Kuhn-munch : Remarques sur les interdictions professionnelles résultant des condamnations pénales, Rev. sc.crim. 1901. p. 1 et suivantes.

- Larguier : La nature juridique de l'interdiction d'exercer la profession bancaire. Mélanges Cabrillac. p. 437.

- Rives-Langes et OHL : Monopole bancaire et liberté. *op. cit.*

## CHAPITRE II

### L'EXERCICE DE LA PROFESSION D'ÉTABLISSEMENT FINANCIER

58. Aux sens de la loi du 11 juillet 2016, les établissements financiers sont les banques d'affaires (**Section I**) les sociétés de factoring (**Section II**) et les sociétés de leasing (**Section III**).

#### SECTION I : LA BANQUE D'AFFAIRES

59. La banque d'affaires est une catégorie qui a été instituée par la loi bancaire du 7 février 1994 qui, rappelant le, n'a pas été abrogée expressément par la loi du 10 juillet 2001. Il est donc certain que les dispositions de la loi du 7 février 1994 continuent à s'appliquer tant qu'elles ne sont pas contraires à la loi nouvelle et tant que celle-ci n'a pas absorbé toutes ses règles matérielles, en vertu des principes gouvernant l'abrogation tacite des lois, et aussi en application du paragraphe trois de l'article 54 de la loi du 10 juillet 2001 qui prévoyait que « les banques d'affaires agréées, avant l'entrée en vigueur de la présente loi, sont autorisées à utiliser le terme « banque » dans leur dénomination sociale, documents et publicité, à condition d'ajouter dans tous les cas, l'indication « banques d'affaires »<sup>38</sup>.

<sup>38</sup> Mellouli (S.) : Sur l'abrogation tacite, Introduction à l'étude du droit civil : Imprimerie officielle, Tunis, 2000, p. 81 et suivantes.

en « veilles » avec la loi de 2001. Aujourd'hui elles regagnent de la considération et la loi de juillet 2016 reconnaît leur importance dans le développement économique et financier.

L'étude de cette catégorie d'établissement, passe par l'examen de ses règles de constitution (§1) et de son activité (§2).

## **§1 : LES RÈGLES DE CONSTITUTION DE LA BANQUE D'AFFAIRES**

60. Au sens du paragraphe premier de l'article 19 de la loi du 11 juillet 2016 la banque d'affaires est un établissement financier malgré l'autorisation qui lui est accordée par la loi d'employer le terme « banque » dans son appellation<sup>39</sup>.

En tant qu'établissement financier la banque d'affaires est soumise quant à ses règles de constitution à toutes les dispositions de la loi du 11 juillet 2016. Ceci concerne les conditions relatives à l'agrément (B) et à sa forme sociétaire (A).

### **A- La forme de la banque d'affaires**

61. La banque d'affaires doit obligatoirement adopter la forme de société anonyme. Comme c'est le cas pour tous les établissements bancaires et financiers en droit tunisien, la banque d'affaires ne peut pas avoir une structure personnelle ou individuelle. L'article 31 de la loi du 11 juillet 2016 prévoit ainsi, que tout établissement financier ou bancaire dont le siège est en

<sup>39</sup> V. Les banques d'affaires : *Nouvel économiste* : février 1934, p. 73.

Tunisie doit avoir la forme d'une société anonyme. Mais lorsqu'il s'agit d'un établissement- dont le siège est à l'étranger, et ayant des succursales ou des agences en Tunisie, sa constitution doit être conforme aux lois du pays d'origine, puisque l'article 31 évoque clairement les établissements soumis à cette loi et ayant leur siège en Tunisie.

62. Contrairement aux établissements de banques, la banque d'affaires qui est un établissement financier, doit avoir un capital de 25.000.000 de dinars seulement. Ce capital doit être libéré en totalité dès la constitution de la Banque d'affaires. La doctrine comparée a critiqué cette exigence de libération immédiate et totale du capital social fondée sur la règle séculaire selon laquelle le capital de la société est le gage de ses créanciers. Certains ont même écrit que ce capital minimum peut créer un « sentiment trompeur »<sup>40</sup>. D'autres, par ailleurs, se sont élevés à l'encontre de cette disparité entre les autres établissements financiers et les banques d'affaires<sup>41</sup>. En tout état de cause l'exigence d'une libération immédiate et totale du capital social est fondée sur la volonté des pouvoirs publics de garantir la solvabilité des établissements concernés.

### **B- L'agrément**

63. Etant considérée comme un établissement financier, la banque d'affaires est soumise à l'agrément prévu par l'article 24

<sup>40</sup> Chamas : *L'Etat et les systèmes bancaires contemporains*, *op. cit.*, p. 68.

<sup>41</sup> Voir les débats de la chambre des députés du 1<sup>er</sup> février 1994, p. 15.

de la loi du 11 juillet 2016. Cette autorisation préalable à l'exercice de toute activité constitue la condition essentielle pour l'accès au statut de banque d'affaires. La réunion d'autres conditions légales n'est pas exclusive de l'obligation d'obtention de l'agrément.

## § 2 : L'ACTIVITÉ DE LA BANQUE D'AFFAIRES

64. En tant qu'établissement financier, la banque d'affaires peut exercer les activités prévues par l'article 4 de la loi du 11 juillet 2016 (A). Mais, peut aussi, exercer des activités connexes (B).

### A- Les opérations de banques

65. La banque d'affaires est un établissement de crédit comme le prévoit l'article 19 de la loi du 11 juillet 2016. A ce titre, elle est autorisée à effectuer toutes les opérations énumérées à l'article 19 de la même loi. Elle peut aussi, entreprendre les activités d'octroi de crédit, de réception des fonds du public, de mise à la disposition de sa clientèle de moyens de paiement et peut même exercer une activité d'intermédiation de change<sup>42</sup>.

En outre, la banque d'affaires peut prendre des participations dans le capital des entreprises par portage, rétrocession à l'aide des produits financiers, tels les actions à dividendes prioritaires sans droits de vote, les certificats

<sup>42</sup> Les articles 55 et 90 de la loi n° 94-117 du 14 novembre 1994 interdisent aux banques de se livrer à l'activité d'intermédiaire en Bourse, J.O.R.T. n° 90 du 15 novembre 1994.

d'investissements, les titres participatifs, les obligations convertibles en actions et les comptes courants associés.

Avant la loi de juillet 2001, aujourd'hui abrogée la banque d'affaires ne pouvait accorder que les crédits-relais. Ces derniers sont des crédits de courte durée qui servent à financer les entreprises jusqu'au déblocage des fonds devant permettre à celles-ci de fonctionner<sup>43</sup>.

### B- Les opérations connexes

66. Les banques d'affaires peuvent en même temps exercer des activités connexes. Aussi, sont-elles autorisées à conseiller leur clientèle et de l'assister dans le domaine de la gestion du patrimoine. Mais, le propre de l'activité de la banque d'affaires consiste dans l'activité d'ingénierie financière.

La banque d'affaires peut conseiller ses clients en matière de création, de montage et de développement financier des entreprises. Ceci s'entend aussi de l'évaluation, de l'approche diagnostique et même du renseignement.

## SECTION II : LES SOCIÉTÉS DE FACTORING

67. Selon la loi du 11 juillet 2016 les établissements de factoring sont considérés comme des établissements financiers.

68. Le factoring encore appelé affacturage est d'origine très ancienne. A l'époque romaine, le «factor» était la personne

<sup>43</sup> V. Bertrel : Relations entreprises-banque, *op. cit.*, p. 308.

qui entreprenait une activité commerciale au profit d'une autre personne et pour le compte de celle-ci.

Le Moyen Age a connu les « facteurs » qui étaient des courtiers voyageurs. Cependant, l'Europe n'a pu connaître le factoring qu'à partir de la colonisation de l'Amérique. Le plus ancien des « factors acts » remonte, en effet, à l'année 1823<sup>44</sup>.

L'évolution ne s'est pas arrêtée à ce niveau puisqu'on a pu assister au développement d'une opération de financement et de garantie des créances représentant une vente de marchandise et qui a été introduite pour la première fois en Europe en 1962. C'est ainsi que le marché de l'affacturage n'a cessé de se développer en Europe et plus près de chez nous en France, ce qui a laissé dire que l'affacturage mérite d'être traité comme une « réalité économique »<sup>45</sup>.

Mais cette réussite n'a pas eu de retentissement législatif en Tunisie. Les demandes de constitution des sociétés de factoring, et les autorisations qui ont été données n'ont pas été suivies par un mouvement législatif et la mise en place d'un cadre juridique adéquat pour réglementer l'institution.

69. L'affacturage présente des intérêts économiques certains. Le factor assume en principe, les risques de non paiement lorsqu'il prend pour son propre compte la créance du

<sup>44</sup> Le Toux : Le factoring : thèse, dactyl, Rennes 1977.

-Lallemant : Jurisclasseur, Contrats, fasc. 870.

<sup>45</sup> Gavalda : Perspectives et réalités juridiques de la convention dite d'affacturage, J.C.P. 1989, E. 15579.

client ou de l'adhérent, et décline sa responsabilité en cas de non recouvrement lorsqu'il agit pour le compte du client à titre de mandataire, puisqu'il est en droit de refuser des factures. Dans ce cas, on dit que le factor n'approuve pas des factures de l'adhérent, mais il est autorisé à se charger de leur recouvrement.

Sur le plan international, l'affacturage présente des intérêts évidents. Il constitue un moyen important pour la promotion des exportations et d'accès aux marchés internationaux<sup>46</sup>.

70. Selon la Banque de France dans sa note 21 du mois d'octobre 1973 « le factoring consiste en un transfert de créances commerciales de leurs titulaires à un factor qui se charge d'en opérer le recouvrement et qui en garantit la bonne fin, même, en cas de défaillance momentanée ou permanente du débiteur. Le factor peut régler par anticipation tout ou partie du montant des créances ».

Etant, donc, essentiellement une opération de crédit, l'affacturage permet à la société de factoring de prêter service à ses clients par la gestion de sa clientèle, sa sélection et la fourniture de renseignements la concernant. C'est « une technique de gestion commerciale des entreprises »<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Bouraoui Daghfous (F.) : Le Factoring en droit interne et international, thèse, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, 2003, p. 3 et suivantes.

<sup>47</sup> Rives-Lange : *op. cit.*, p. 596.

L'étude de l'affacturage ainsi présentée nécessite l'examen des opérations de factoring (§1) de sa nature juridique (§2) et de son régime juridique (§3).

## § 1 : LES OPÉRATIONS DE FACTORING

71. Les opérations de factoring sont des opérations de crédit. Ainsi, le factor et l'adhérent règlent pratiquement leurs relations grâce à un contrat-cadre qui gère leurs rapports dans l'avenir<sup>48</sup>. Ce contrat prévoit les obligations et les droits de chacune des parties au contrat, mais c'est surtout eu égard aux opérations d'affacturage que se révèle l'intérêt de la convention-cadre. Les opérations de factoring peuvent être financière (A) ou de simples prestations de services (B).

### A- Les opérations financières de factoring

72. L'essentiel de l'activité de la société d'affacturage en tant qu'établissement financier, est la mobilisation des créances. A ce titre, la société de factoring achète les factures qu'elle approuve de son client et lui assure immédiatement un financement. Le client se trouve ainsi, crédité du montant de la créance cédée avant terme.

Les factures cessibles, quant à elles, sont choisies par l'affactureur qui reste libre de sélectionner les créances selon des caractéristiques propres. Mais, malgré l'existence du contrat-

<sup>48</sup> Crut (D.) : De l'affacturage : Vie jud, 9-15 juin 1980, n° 1783.

-Gavalda : Perspectives et réalités juridiques sur la convention dite d'affacturage : J.C.P. E., 1989, II, 15579.

cadre, la liberté de n'accepter que les factures qu'il approuve, est entière pour l'établissement d'affacturage. C'est pour cela que l'on parle d'ailleurs, de cette opération comme étant un affacturage sur factures approuvées.

73. Dès le moment où le factoring est une convention - cadre appelée à durer dans le temps, le client se fait ouvrir auprès du factor un compte dans lequel sont versés les montants des créances approuvées après déduction des intérêts et des commissions. A tel effet, une distinction a été dégagée par la pratique comparée.

Si le client entend jouir immédiatement des sommes versées dans son crédit, il est tenu des commissions et des agios, mais, s'il attend l'échéance de la créance cédée, il ne doit que les commissions à la société d'affacturage.

Lorsqu'il a payé le client, le factor devient propriétaire des créances qui lui sont transférées. De ce fait, se trouvent transférés les gages, hypothèques et toutes les sûretés attachées à la créance. Mais la cession doit tout de même être « notifiée » au débiteur cédé. Cette notification a pour objet d'informer le débiteur du nouvel acquéreur de la créance, de telle manière, que le paiement devra être fait à ce dernier.

### B- Les prestations de services par l'affactureur

74. En plus de l'achat des créances pour son compte personnel, l'affactureur peut prêter ses services à son client à un

double niveau. Ainsi, peut-il recouvrer des créances que lui confie l'adhérent (1) ou gérer les factures et le poste client pour le compte de ce dernier (2).

### **1-Le recouvrement des créances**

75. L'affactureur n'est pas tenu d'acheter toutes les créances de son client. Après étude des risques, il peut en refuser certaines. Ceci n'empêche pas le client de lui confier la tâche de recouvrer quelques factures auprès de ses débiteurs. L'affactureur, agit dans ce cas, à titre de simple mandataire et non pas en tant que propriétaire.

Les risques d'insolvabilité du débiteur sont alors, encourus par le créancier et le compte du client n'est crédité que lorsque la créance a été recouvrée.

### **2) La gestion du poste client**

76. Le client peut faire appel à l'affactureur en vue de le décharger de la tâche lourde et importante de la gestion de la clientèle. En tant que tel, l'affactureur est aussi un mandataire du client.

Mais, l'affactureur aide aussi son client par le renseignement et le développement de son circuit commercial grâce à l'information qu'il lui fournit sur ses partenaires éventuels.

## **§2 : LA NATURE JURIDIQUE DE L'AFFACTURAGE**

77. L'examen des règles gouvernant l'affacturage, amène à constater l'inadaptation des règles de droit commun à l'institution (A) et appelle à la reconnaissance de certaines spécificités à la technique de l'affacturage (B).

### **A- L'inadaptation des règles du droit commun à la détermination de la nature juridique de l'affacturage**

78. Le factoring se distingue des techniques voisines. Il est une opération de crédit. Les établissements exerçant l'activité d'affacturage, sont soumis à l'autorisation délivrée par la commission des agréments auprès de la Banque Centrale, comme il en est d'ailleurs pour les banques et les autres institutions régies par la loi du 11 juillet 2016.

De surcroît, le capital minimum exigé par la loi bancaire est de dix millions de dinars pour les sociétés de factoring. Etant donc soumises à ces exigences et au contrôle particulier exercé par la Banque Centrale de Tunisie, les sociétés de factoring se distinguent des sociétés de recouvrement des créances même si certaines opérations les rapprochent.

Selon l'article 9 de la loi du 2 février 1998 relative aux sociétés de recouvrement des créances, les opérations de cession de « créances et de leur recouvrement pour le compte d'autrui sont soumises aux dispositions du code des obligations et des contrats et du code de commerce relatives aux règles de la

cession des créances et du mandat, dans la mesure où il n'y est pas dérogé par la présente loi... »<sup>49</sup>.

Si on appliquait les règles sur le recouvrement des créances, ce sont les articles 200 à 218, et 1104 et suivants du code des obligations et des contrats qui s'appliquent à la technique de l'affacturage. Mais, l'affacturage met en rapport des parties issues des milieux d'affaires, où on le sait, le formalisme du droit commun n'est pas du tout apprécié. Plus encore, il présente un obstacle à la règle de célérité qui constitue un principe fondamental du droit commercial. Pour ces considérations, il serait difficile que le factoring puisse s'accommoder du mécanisme de la cession de créance. En effet, l'article 205 du code des obligations et des contrats prévoit que le « cessionnaire n'est saisi à l'égard du débiteur et des tiers que par la signification faite au débiteur ou par l'acceptation du transport faite par ce dernier dans un acte ayant date certaine ».

La validité de la cession dépendra alors de la signification de celle-ci ou de son acceptation par le débiteur étant entendu que l'absence de ces formalités entraînerait l'inopposabilité de la cession au tiers et au débiteur.

Dans ce même ordre d'idées, le législateur prévoit dans l'article 11 de la loi du 2 février 1998 relative aux sociétés de recouvrement des créances que la cession ne prend effet à l'égard

<sup>49</sup> Le Tribunal de première instance du Kef a appliqué à une opération de Factoring, les règles prévues par la loi de février 1998 relative aux sociétés de recouvrement de créances : jugement n° 6301 du 25 février 2002, *Inédit*.

du débiteur ou toute autre personne qu'à partir de la date de la notification de la cession, qui doit être faite par les soins d'un huissier. Cette signification est faite au dernier domicile connu du débiteur cédé, selon l'alinéa deux du même article.

Ainsi, non seulement le législateur impose dans cette loi, le recours aux règles du code des obligations et des contrats, mais encore alourdit-il la procédure de signification en en fixant les formalités et le contenu.

79. En outre, l'application des règles du mandat au contrat d'affacturage conduit à la dénaturation de l'institution. Le factor prend, en principe, un engagement à l'égard de son client, et le qualificatif de mandat devrait être exclu, car s'il est certain que la société de factoring se charge parfois de recouvrer des créances pour ses clients, cette prestation n'est effectuée qu'à titre accessoire.

## **B - La spécificité de l'affacturage :**

80. La doctrine a, depuis longtemps, reconnu que l'affacturage est une opération de crédit dans la mesure où le financement effectué par le factor a pour finalité la mise à la disposition du client de sommes d'argent par la mobilisation des créances<sup>50</sup>. La loi du 11 juillet 2016 quant à elle, prévoit que les opérations d'affacturage sont des opérations de crédit. Mais,

<sup>50</sup> Gavalda : Perspectives et réalités juridiques de la convention dite d'affacturage, J.C.P. 1989, E. 15579.

-Stoullig : 25 ans d'affacturage en France, Banque 1990, p. 593.

même si c'est un crédit, l'affacturage qui peut consister en une avance de fonds, n'est pas par exemple, comparable à l'escompte dont l'essence même est la mise à la disposition du client des montants des effets escomptés.

Dans l'affacturage, les rapports entre la société de factoring et le client sont réglés par une convention. Cette dernière, détermine les procédures de règlement, les commissions, les agios ainsi que les causes de résiliation du contrat.

**81.** Face au vide législatif quant à la définition des éléments fondamentaux de l'affacturage, nous croyons que cette technique doit se distinguer par ses caractéristiques qui en font un contrat « *sui generis* » qui ne pourrait être soumis aux conditions du droit commun des contrats.

Le factor, nous l'avons constaté, met à la disposition de ses clients une panoplie de prestations et il serait, ainsi, difficile de les classer dans la nomenclature classique des contrats. Ce contrat est spécifique aussi, parce que généralement, le contrat de factoring est complété par des notes de gestion et des instructions qui interviennent en cours d'exécution du contrat.

**82.** La convention de factoring est aussi un contrat global selon lequel le client est tenu de donner toutes ses créances au factor qui garde un pouvoir d'approbation et de choix des factures qu'il veut accepter. Il s'agit d'une exclusivité qui

constitue une caractéristique de l'affacturage qui, même, s'il a une nature financière, demeure marqué par l'intuitus personae.

La rapidité et la confiance requièrent la reconnaissance de la spécificité du contrat d'affacturage et, partant, l'application d'autres mécanismes juridiques plus performants et surtout plus adéquats<sup>51</sup>.

**83.** En effet, plus que toute autre institution, l'affacturage se distingue par l'inversion des risques. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un mandat de recouvrement, le mandataire n'est pas chargé de courir un risque quelconque, son acte se limite exclusivement à recouvrer les créances dans les limites des pouvoirs qui lui sont dévolus. Alors, que le risque dans l'affacturage est supporté non pas par l'adhérent, mais plutôt par le factor, dans le cadre de l'achat des créances. Cette originalité de l'opération, rejaillit sur sa nature juridique en passant par la reconnaissance d'un mode simple de cession. Le client devrait pouvoir transmettre au factor, les créances par la voie de la subrogation et dans les conditions délimitées par l'article 224 du code des obligations et des contrats. En application des dispositions dudit article, selon lequel la subrogation conventionnelle a lieu lorsque le créancier recevant paiement d'un tiers, le subroge aux droits, actions ou

<sup>51</sup> Dans une affaire en rétractation d'une ordonnance sur requête, le président du tribunal de première instance de Tunis, siégeant en référé a fait application des règles de la subrogation.

En droit français : Gavalda : Sous-T.C. de Pontoise : 20/6/1967, J.C.P. 68-II-15610.

-C.A. de Paris : 25/6/1968, J.C.P. 1968, III, 15637.

-C.A. de Paris : 21 janvier 1970, J.C.P. 1970, 16837, observations Gavalda.

hypothèques qu'il a contre le débiteur. L'adhérent subroge alors, dans ses droits et actions, le factor qui le paye.

**84.** La subrogation se concrétise par la remise des factures au factor, par le client, par le paiement effectué par le factor<sup>52</sup>. Elle suppose le paiement, et pour être conforme à l'esprit de l'article 224 du code des obligations et des contrats, l'inscription par l'affactureur du montant de la créance transférée, au compte du client sur les livres du factor équivaldrait à un paiement<sup>53</sup>. Encore est-il utile de préciser que, le recours à la technique du compte courant ne porte pas préjudice à la subrogation. Celle-ci demeure tout à fait valide et la passation d'une créance en compte courant, a un effet extinctif qui permet de l'assimiler à un paiement<sup>54</sup>.

### §3 : LE RÉGIME JURIDIQUE DE L'AFFACTURAGE

**85.** L'étude du régime juridique de l'affacturage conduit à examiner tour à tour les obligations du factor (A) et les obligations de l'adhérent (B).

<sup>52</sup> Sur les hésitations de la jurisprudence tunisienne voir : C.A. du Kef : n° 14304 du 18/2/2003.

- Cass., N° 1967 du 1/10/2004.

- Cour d'appel du Kef sur renvoi : N° 16760 du 20/6/2005.

- Voir F. Bouraoui Daghfous: Propos sur les opérations de transmission de créances, R.T.D. 2005. p. 12 et suivantes.

<sup>53</sup> Vasseur : Le contrat de Factoring et le moment à partir duquel naît le droit du factor : obs. sous : Cass.com. 21 novembre 1972, Rép. Camaille 1974, p. 19.

<sup>54</sup> JUDE : Technique et pratique du factoring : Rev. Banque, 1984.

### A - Les obligations du factor

**86.** Lorsque l'affactureur a reçu les créances à titre de recouvrement, il agit en qualité de simple mandataire. En cette qualité, il ne court aucun risque du fait du non paiement ; il est seulement tenu d'agir selon les règles du mandat prévues par les articles 1104 et suivants du code des obligations et des contrats. Ainsi, le factor se trouve tenu d'agir avec la prudence et la diligence nécessaires pour procurer au client, le meilleur résultat possible comme l'indiquent les articles 1116 à 1140 du code des obligations et des contrats.

**87.** Mais le propre du factoring est l'achat des factures et des créances par la société d'affacturage. Dans ce cas, et en vertu de l'article 551 du code des obligations et des contrats le factor ne peut acquérir plus de droit que n'en avait l'adhérent ; le débiteur peut soulever à son encontre tous les moyens de défense qu'il avait contre son créancier initial. Dans ce cas, il faut préciser qu'il ne peut s'agir que des exceptions qui sont liées étroitement à la créance.

L'affactureur doit, au moment de la réception des factures, effectuer le règlement au client pour qu'elles lui soient transférées en contrepartie. Par l'effet de ce transfert, le factor acquiert la propriété des créances qui lui sont transmises avec tous les droits et sûretés qui y sont attachés.

**88.** En dehors du contentieux en interprétation du contrat d'affacturage, la responsabilité du factor peut être engagée à

l'égard de l'adhérent et à l'égard des tiers. La responsabilité de la société d'affacturage pourrait également être évoquée en réparation du préjudice causé. Cette mise en cause serait recherchée dans l'activité qu'assume le factor soit en sa qualité de « financeur » soit en sa qualité de gestionnaire de créances.

Toutefois, l'affactureur demeure libre de choisir ses contractants ainsi que les créances qu'il veut accepter. Le contrat d'affacturage est en effet, un contrat à hauts risques et il est aussi marqué par l'intuitus personae.

En tant que dispensateur de crédit, le factor peut éventuellement être poursuivi pour avoir brutalement rompu son concours, malgré son engagement vis-à-vis du client. Selon la loi du 11 juillet 2016, l'affacturage constitue une opération de crédit. Ainsi le recours à l'article 706 du code de commerce pourrait servir de base à l'action en rupture abusive et sans préavis contre le factor.

Il est toutefois utile de se demander si le factor peut être poursuivi à cause de soutien artificiel et financier de son client, de telle manière, que les autres partenaires du client puissent être abusés par sa situation financière apparente.

En fait, la question est de pure théorie car, en pratique il ne peut y avoir financement que lorsqu'il y a des créances et donc, une activité commerciale réelle. La cour de cassation française a adopté une position nette à cet égard en estimant que « le contrat d'affacturage n'impose au factor aucune obligation

d'information sur l'état financier de son client et sur ses relations avec ses fournisseurs »<sup>55</sup>.

Il reste, tout simplement que lors du choix des factures, le factor est obligé d'observer une discrétion totale car sa décision de rejeter certaines factures pourrait porter préjudice aux débiteurs dans le cas où elle a fait l'objet d'une publicité.

## **B- Les obligations de l'adhérent**

**89.** L'engagement de paiement à la charge du factor entraîne une obligation de remise des créances de la part du client. Cette obligation porte sur la totalité des créances convenues au niveau de leur quantité et de leur qualité conformément à la convention passée avec le factor. Ainsi, le client s'engage envers le factor de garantir l'existence de la créance. Cela veut dire qu'une créance fictive qui ne peut donner aucun droit d'action du factor contre le débiteur présumé, n'est pas une créance transférée et le créancier ne peut exciper de la seule cession pour se déclarer libéré vis-à-vis de l'affactureur. L'adhérent peut alors être poursuivi par le factor qui n'a pas reçu de cession effective d'une créance<sup>56</sup>.

Toutefois, le paiement par la cession de créance a pour conséquence de transférer les titres de créance du patrimoine du client à celui du factor qui en devient propriétaire. L'adhérent

<sup>55</sup> Cass.com. : 8 décembre 1987, D. 1988, p. 52. Note Derrida.

-Cass. Com. : 10 décembre 1991, J.C.P.E., 1991, 236, Note Jeantin.

<sup>56</sup> Cass. Fr. : Com. : 16 juillet 1979, D. 1981, p. 22, note Mestre.

-Cass. Fr. : Civ. : 15 mars 1978, Bull. civ., II, n° 86.

assume la responsabilité de ce qu'il cède et assume la responsabilité de la fictivité de la créance transférée.

En outre, le cédant qui est l'adhérent, doit remettre au factor, cessionnaire, un titre prouvant la cession et mettre à sa disposition tous les moyens de preuve. C'est, donc, une obligation d'information qui est instituée et qui met en évidence l'intuitus personae qui marque la convention de factoring, puisque la confiance et la loyauté exigent que le client avertisse le factor de tout ce qui pourrait retarder ou empêcher le paiement de la créance cédée.

### SECTION III : LES SOCIÉTÉS DE LEASING

90. Le système financier tunisien permet de constater l'émergence d'une large gamme de produits offerts aux petites et moyennes entreprises. Afin d'arriver à satisfaire aux besoins de ces dernières, des combinaisons entre plusieurs techniques juridiques sont mises en place. Le leasing se présente comme l'une de ces combinaisons par excellence. En effet, le montage juridique entre la location et le financement a assuré l'essor de l'opération de leasing depuis fort longtemps en Tunisie et même avant l'avènement de la réglementation spéciale de l'activité.

91. Le cadre légal a été mis en place par deux lois du 26 juillet 1994. La première est la loi 94-89 qui consacra cette

opération, la seconde est la loi 94-90 qui est venue prévoir les aménagements fiscaux du leasing<sup>57</sup>.

L'article 1 de la loi 94-89 dispose que le leasing est « une opération de location d'équipements, de matériels ou de biens immobiliers achetés ou réalisés en vue de la location, par le bailleur qui en demeure propriétaire, et destinés à être utilisés dans les activités professionnelles, commerciales, industrielles, agricoles de pêche ou de services »<sup>58</sup>.

Avant l'intervention législative de 1994, il faut remarquer que le leasing était pratiqué en Tunisie mais seulement en matière mobilière qui d'ailleurs, était la seule compatible avec les règles du droit commun prévues par le code des obligations et des contrats. Le leasing immobilier n'était pas permis. Mais depuis la loi de 1994 le leasing immobilier est devenu une pratique et un mode de financement courants et appréciés.

<sup>57</sup> Sur l'évolution du régime fiscal du leasing, voir :

- Loi n°94-90 du 26 juillet 1994, portant dispositions fiscales relatives au leasing, JORT n° 60 ali1, 2 août 1994.
- Loi n° 2000-98 du 25 décembre 2000, portant loi de finances pour la gestion 2001, JORT n° 104 du 29 décembre 2000.
- Loi n° 2003-90 du 31 décembre 2004, portant loi de finances pour l'année 2005, JORT n° 105 du 31 décembre 2004, page 3432 et suivant.
- Loi n° 2005-106 du 19 décembre 2005, portant loi de finances pour l'année 2006, JORT n° 101 du 20 décembre 2005, page 3596 et suivant.
- Loi n° 2006-85 du 25 décembre 2006, portant loi de finances pour l'année 2007, JORT n° 103 du 26 décembre 2006.
- Loi n° 2007-70 du 27 décembre 2007 portant loi de finances pour l'année 2008, JORT n° 104 du 28-31/12/2007.

<sup>58</sup> Le législateur a préféré employer la désignation Anglo-Saxone plutôt que l'expression française de « crédit-bail ».

financiers de 2016, les sociétés de leasing sont des établissements financiers qui entreprennent des opérations de crédit. Ces établissements doivent avoir un capital minimum de dix millions de dinars entièrement libéré dès leur création et adopter la forme d'une société anonyme.

Etant un établissement de crédit, la société de leasing doit demander avant l'ouverture, l'agrément de la Banque Centrale de Tunisie qui, après examen adresse un rapport au ministre des finances lequel est habilité à accorder l'agrément valant autorisation d'exercice de l'activité financière.

Les sociétés de leasing agréées à ce titre peuvent entreprendre les opérations de leasing immobilier (§1) et de leasing mobilier (§2).

## § 1 : LE LEASING IMMOBILIER

92. Le leasing immobilier était jusqu'à l'adoption de la loi du 26 juillet 1994, une pratique non permise. Désormais, sont devenues possibles les opérations par lesquelles une entreprise donne en location des biens de production ayant une nature immobilière, à condition qu'ils soient à usage professionnel, commercial, industriel, agricole, de pêche ou de service et dans la mesure où cette opération permet au locataire de devenir propriétaire de tout ou partie des biens immobiliers objets du leasing.

Le leasing immobilier est une opération qui se distingue de la location- vente suivant laquelle il y a transfert de plein droit de la propriété du bien immobilier. Cette opération comporte une promesse synallagmatique et contraint le bailleur à céder l'immeuble loué dès que le prix convenu a été payé.

Il doit aussi être distingué de la vente à terme. En effet, alors que le locataire garde une option d'achat dans le leasing immobilier et qu'il garde cette qualité de simple locataire, la propriété est transférée dès la conclusion du contrat dans le cadre de la vente à terme.

Ensuite, et en raison de sa nature proprement financière qui tient au montant du loyer, et en raison de sa complexité, le leasing immobilier se démarque de la location pure et simple qui ne contient pas obligatoirement une promesse de vente à des conditions et à un prix déterminés.

93. L'originalité du leasing immobilier se double de son utilité. Ainsi, au lieu de faire supporter par l'entreprise, dès le départ, la charge d'immobiliser des capitaux souvent importants et empruntés, et de recourir à des amortissements, elle peut se contenter du paiement d'annuités correspondant au prix de la location immobilière<sup>59</sup>.

En plus, et à l'échelle macroéconomique, le leasing immobilier présente l'avantage d'orienter l'épargne vers le

<sup>59</sup> A. Beaudinot et J.C. Fuchot : Technique et pratique bancaire, Edition Sirey, 1976, p. 296.

financement de l'activité économique sans création de monnaie, et aussi permet-il à certains secteurs tels l'hôtellerie, les commerces et les centrales de production de ne pas être privés d'un soutien financier non négligeable<sup>60</sup>.

Ainsi présenté, le leasing immobilier exige l'étude du contrat de leasing immobilier (A), ainsi que celle de sa nature juridique (B).

### A- Le contrat de leasing immobilier

94. Considéré dans sa globalité, l'ensemble juridique qui compose le leasing immobilier met en relief une interdépendance entre les contrats qui le forment<sup>61</sup>. Ceci se manifeste aussi au niveau des prestations des parties, ce qui fait du contrat de leasing immobilier, un acte fondé sur la confiance mutuelle et l'intuitus-personae<sup>62</sup>.

95. Selon l'article premier de la loi du 26 juillet 1994, le leasing immobilier est une opération de location de biens immeubles achetés ou réalisés en vue de la location par le bailleur qui en demeure propriétaire et destinés à être utilisés dans les activités professionnelles, commerciales, industrielles, agricoles de pêche ou de services.

<sup>60</sup> Revue de l'entreprise, juillet-avril 1994, Dossier spécial, Leasing, p. 43 et suivantes.

<sup>61</sup> Pigot : Crédit-bail : engagement de reprise par vente ou par location, J.C.P.E. 2000, p. 70.

<sup>62</sup> Borde : Les raisons du succès du crédit-bail immobilier, Banque 1980, p. 869.

Il est clair que le législateur a entendu délimiter le domaine du leasing immobilier en énumérant les activités dans lesquelles les sociétés de leasing sont autorisées à intervenir. Quatre éléments essentiels doivent, ainsi, être relevés : l'immeuble objet du leasing (1), l'activité qui peut être financée par le contrat de leasing (2), la formation du contrat de leasing (3) et la fin du contrat de leasing (4).

#### 1) L'immeuble objet du leasing

96. Aux termes de l'article 3 du code des droits réels, « est immeuble toute chose fixe qu'on ne peut déplacer sans dommages ». L'article 4 du même code distingue entre les immeubles par nature, par destination et les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent. Si les problèmes ne se posent pas pour les immeubles par nature qui sont le sol, le fonds du sol et tout ce qui adhère au sol, des questions se posent pour les immeubles par destination économique ou agricole.

En effet, des outillages ou des équipements industriels ou agricoles ne peuvent faire l'objet dès leur acquisition d'un contrat de leasing immobilier puisque, par leur nature, et au moment de leur location, ils constituent des biens meubles et ce n'est que par la suite qu'ils sont fixés à l'immeuble. Pour cela nous croyons que le contrat de leasing immobilier ne peut avoir pour objet que des immeubles par nature.

97. Il faut aussi distinguer selon l'article premier de la loi du 26 juillet 1994 entre les immeubles achetés ou réalisés dans le but de leur location.

Si l'immeuble est déjà construit, la société de leasing achète l'immeuble choisi par le client et le lui donne en location. Il peut arriver en pratique que le client propriétaire de l'immeuble le vende à la société de leasing qui à son tour l'achète et le lui loue. C'est « le Crédit-bail adossé » encore appelé « lease back ». Cette opération permet au client, propriétaire à l'origine, de bénéficier de liquidités et de ne pas perdre la jouissance de l'immeuble dans lequel il a forcément acquis une clientèle ou d'autres avantages<sup>63</sup>.

Dans d'autres cas, l'immeuble n'est pas construit. La société de leasing acquiert le terrain pour son propre compte le fait construire et le loue à son client utilisateur. Souvent, la société de leasing prend en charge le financement des constructions et laisse le soin au client, de la conduite des travaux et l'action auprès des personnes et instances concernées en vertu d'un mandat qui lui est délivré.

## 2) L'activité financée par le contrat de leasing

98. Aux termes de l'article premier de la loi du 26 juillet 1994, le leasing immobilier peut porter sur un immeuble à usage

<sup>63</sup> Parléani : Le contrat de lease back, R.T.D. Com. 1972, p. 699.

professionnel<sup>64</sup>, commercial<sup>65</sup>, industriel<sup>66</sup>, agricole<sup>67</sup>, de pêche<sup>68</sup> ou de service<sup>69</sup>.

Est professionnelle toute personne qui vit des revenus de sa profession. Toutefois, appliquée dans le cadre précis de l'article premier de la loi du 26 juillet 1994, cette définition doit être nuancée. Le législateur fait expressément la distinction entre les professionnels et les autres corps de métiers. Ainsi pourraient bénéficier du leasing immobilier tous ceux, qui exercent des professions libérales tels les avocats, les médecins, les architectes, les ingénieurs et autres. Seulement, la rigueur de l'interprétation de l'article premier ci-dessus indiqué, appelle une précision de taille. Les professionnels prévus ne peuvent contracter le leasing immobilier que pour les besoins de leur activité. Il en découle qu'un artisan, un médecin, ou un avocat, ne peuvent se voir financer par la société de leasing leur résidence familiale ou personnelle. Par contre, leurs cabinets professionnels peuvent être financés grâce à un contrat de leasing immobilier.

<sup>64</sup> Voir les articles 2, 3 et 4 du code de commerce.

<sup>65</sup> Idem.

<sup>66</sup> Pour certaines professions libérales : voir : Loi 74-46 organisant la profession des architectes et la loi 89-87 organisant la profession d'Avocat.

<sup>67</sup> Loued : Observations à propos de l'article 2 alinéa 2 final du code de commerce relatif à la nature juridique de l'activité agricole en droit tunisien, Revue : A.J.T. 1994, p. 79.

<sup>68</sup> Voir : Loi n° 94-13 du 31 janvier 1994 relative à l'exercice de la pêche, JORT 94, p. 327.

<sup>69</sup> Voir : Code d'incitation aux investissements promulgué par la loi 93-120 du 27 décembre 1993, complétée par la loi 97-79 du 25 novembre 1997.

Cette précision justifie l'exercice des termes express de la loi du 26 juillet 1994 et qu'ainsi la distinction doit être faite entre les différents bénéficiaires cités dans l'article premier de la dite loi.

### 3) La formation du contrat de leasing immobilier

99. Le leasing immobilier nécessite la conclusion d'un groupe de contrats dont chacun marque une phase de l'évolution vers la conclusion de l'opération.

Ainsi doit-on remarquer l'existence d'une phase précontractuelle qui commence par le choix du bien immobilier par le client qui désigne de ce fait, le fournisseur. Ce dernier est payé par la société de leasing qui établit alors le contrat de leasing avec son client preneur. Il faut le dire, le contrat de leasing est assez complexe. La vente est conclue en matière immobilière entre le propriétaire de l'immeuble et la société de leasing qui conclut par la suite un contrat avec son client. Ce dernier contrat constitue le leasing puisqu'il renferme les conditions de la location ainsi que celles relatives aux obligations des parties en cause.

100. Deux obligations pèsent sur l'établissement de leasing. D'abord, en sa qualité de bailleur, il doit délivrer le bien loué avec tous les accessoires qui permettent d'en user et d'en jouir normalement selon la destination qui lui est faite. A cet effet, la doctrine estime que si cette condition de délivrance n'est

pas satisfaite, on ne peut parler d'existence de contrat de leasing<sup>70</sup>.

L'intérêt de la délivrance réside dans le fait que c'est à partir de ce moment que les risques sont transférés sur le locataire. Ensuite, le loueur, c'est-à-dire la société de leasing, s'oblige à assurer une jouissance paisible au preneur et effectuer les réalisations qui pèsent sur tout propriétaire d'un immeuble loué selon les règles de droit commun<sup>71</sup>.

101. L'alinéa deuxième de l'article premier de la loi du 26 juillet 1994 relative au leasing, prévoit que le leasing «s'effectue par un contrat écrit ...». L'écrit est donc une condition de validité du leasing mais, il sert aussi de moyen de preuve du contrat de leasing immobilier. Les parties ne peuvent prouver par d'autres modes de preuve l'existence du contrat de leasing en vertu de la règle selon laquelle on ne peut prouver contre et outre le contenu des actes que par écrit (article 474 du C.O.C.).

Le locataire doit quant à lui, payer le loyer, car l'essence du leasing est la location. En cette qualité, le client doit respecter les échéances convenues et honorer ses engagements sous peine de résiliation du contrat.

<sup>70</sup> Mokhtar Bey : précité, p. 8.

<sup>71</sup> Tribunal de première instance de Tunis, n° 53388 du 5 décembre 2005, *Inédit*, « Le locataire du bien immeuble n'a pas la qualité pour agir en justice dans la mesure où la société de leasing est propriétaire et que le locataire n'a pas encore levé l'option d'achat en fin de contrat ».

102. A la fin du bail, le locataire, s'il ne lève pas l'option d'achat qui lui est reconnue en vertu du contrat de leasing, se doit de remettre l'immeuble loué à l'établissement de leasing. Mais une question fort importante doit être posée. En sa qualité d'industriel, de commerçant ou d'artisan, le locataire peut-il se prévaloir de la loi du 25 mai 1977 relative aux baux commerciaux pour refuser de quitter les lieux loués ou demander le paiement d'une indemnité d'éviction par la société de leasing ?

La question est d'une importance capitale et a suscité une controverse jurisprudentielle et doctrinale en droit français.

Par un arrêt du 24 février 1978, la cour d'appel de Paris a jugé que la loi sur les baux commerciaux était applicable dans les relations du loueur avec l'établissement de leasing<sup>72</sup>. Cette position, en vérité, a été fondée sur le caractère d'ordre public de la loi relative aux baux commerciaux. Mais, malgré cela, elle n'a pas résisté à la critique, et la cour de cassation française a redressé la barre, par la suite, estimant que si « les opérations de crédit-bail immobilier comportent un louage d'immeuble, elles tendent essentiellement à la réalisation d'un investissement sans apport de fonds propres par leur bénéficiaire, les loyers constituant la faculté pour lui d'acquérir l'immeuble pour une valeur résiduelle ».

<sup>72</sup> Paris : 24 février 1978, J.C.P. 1978, 18934, Note Bey.

-Paris : 6 mars 1979, D. 1979, I.R. Vasseur.

Cette solution a inspiré le législateur tunisien qui a prévu dans l'article 3 de la loi du 26 juillet 1994 relative au leasing, que les dispositions de la loi du 25 mai 1977 relatives au bail des immeubles dans lesquels une activité commerciale industrielle ou artisanale est exercée, ne s'appliquent pas au leasing immobilier. Les rapports entre le loueur et le localaire restent donc, régis par le contrat de leasing.

Le locataire doit alors, à la fin du bail, restituer le bien loué selon les exigences du droit commun de la location des choses. L'immeuble objet du leasing doit être retourné en bon état puisque, le locataire est dans l'obligation de jouir de la chose en bon père de famille et sans abuser dans la jouissance de l'immeuble. Cet impératif engendre à la charge du locataire le devoir de ne pas changer la destination de l'immeuble loué et de veiller à la conserver conformément au contrat.

103. Le fournisseur n'a théoriquement, aucun rapport avec le client locataire. Ses relations sont nouées avec l'établissement de leasing qui le paie et établit avec lui un contrat de vente immobilière sans être tenu d'observer les conditions prévues par l'article 377 bis nouveau du code des droits réels relatives à la rédaction des contrats de vente immobilière comme l'indique l'article 14 de la loi du 26 juillet 1994.

Seulement le fournisseur et le client preneur, ne s'ignorent pas totalement. C'est celui-ci en effet qui, après avoir entrepris

son choix désigne le fournisseur à la société de leasing<sup>73</sup>. Ce dernier doit livrer l'immeuble convenu à l'établissement de leasing, et conformément au droit commun, il doit garantir les vices cachés et l'éviction à son cocontractant.

#### **4) La fin du contrat de leasing immobilier**

**104.** Il convient d'étudier les causes de la fin du contrat de leasing immobilier (a) et ses conséquences (b).

##### **a) Les causes de la fin du contrat de leasing immobilier**

**105.** Le contrat de leasing immobilier ne peut être perpétuel. Il doit prendre fin par l'arrivée du terme. Etant donné que le leasing s'effectue pour une durée déterminée, les rapports cessent de plein droit et il n'est pas besoin de congé.

Le contrat de leasing peut tout de même, être résilié avant le terme convenu à la demande de l'une des parties pour manquement aux conditions contractuelles. Généralement, en pratique, c'est la société de leasing qui assigne le locataire en vue de reprendre l'immeuble loué lorsque ce dernier n'a pas honoré ses engagements quant au paiement des loyers.

<sup>73</sup> Cass. Civ. : 3 et 10 juin 1980, D. 1980, p. 566, Note Guyon.

- Cass. Civ. : 3 et 14 octobre 1980, D. 1981, I.R. p. 54.

- V. J.C. Calon : Crédit-bail immobilier et statut des baux commerciaux, J.C.P. 1977, I- 2842.

#### **b) Les conséquences de la fin du contrat de leasing immobilier**

**106.** A la fin du contrat de leasing, le locataire peut lever l'option ou restituer le bien objet du contrat.

Selon l'article premier de la loi du 26 juillet 1994 le leasing permet au preneur à l'expiration de la durée de la location, de l'acquérir en « tout ou partie des biens immobiliers, moyennant un prix convenu qui tient compte, au moins en partie des versements effectués à titre de loyers ». Cette option d'achat est de l'essence même du contrat de leasing. Elle doit être stipulée au profit du preneur dès la conclusion du contrat, mais ne peut être levée qu'à la fin dudit contrat de leasing.

**107.** Si le locataire n'entend pas lever l'option qui lui est offerte, il doit à la fin du bail, restituer le bien objet du contrat. Cette conséquence dérivant des règles du droit commun du bail (article 799 du code des obligations et des contrats), marque tout le contrat de leasing qui est essentiellement un contrat de location.

Mais la pratique prouve que souvent, alors même que le preneur n'entend pas acquérir l'immeuble, une prorogation conventionnelle du contrat de bail peut intervenir. Le loyer, dans ce cas, est moins élevé et une option d'achat est généralement prévue au profit du locataire.

## **B- La nature juridique du contrat de leasing immobilier**

**108.** Selon l'article premier de la loi du 26 juillet 1994 relative au leasing, ce dernier constitue une « opération de location », qui permet au locataire de devenir propriétaire de l'immeuble. Toutefois, cette règle ne doit pas être exagérée et l'assimilation entre le leasing immobilier et la location ne peut pas être totale et ceci pour plusieurs raisons.

D'abord, il convient de tenir compte de la nature financière du leasing. A ce titre, le prix de vente doit tenir compte des loyers versés comme l'exige l'alinéa 2 de l'article premier de la loi du 26 juillet 1994. Les loyers versés ne peuvent, de ce fait, être considérés comme étant la simple contrepartie de la jouissance de l'immeuble. Les échéances payées sont considérées comme un « loyer, rentabilité, amortissement » aux dires de certains<sup>74</sup>.

Ensuite, le leasing qui est une opération de location, comporte une promesse unilatérale de vente puisque le législateur prévoit cette possibilité en faveur du locataire, étant précisé, qu'elle constitue la caractéristique essentielle de l'opération de leasing.

Enfin l'exigence de la publicité foncière prévue par l'article 14 de la loi du 26 juillet 1994 éloigne le contrat de leasing immobilier du contrat de bail de droit commun.

<sup>74</sup> Bey et Gavalda : *Ouvrage précité*.

## **§ 2 : LE LEASING MOBILIER**

**109.** L'examen des règles gouvernant le leasing mobilier permet de relever l'originalité de l'opération lors de sa conclusion (A) ainsi qu'au moment de son dénouement (B).

### **A- L'originalité de l'opération du leasing mobilier lors de sa conclusion**

**110.** Le leasing mobilier met, lui aussi, en place trois parties. Ce sont la société de leasing, le client appelé aussi, le preneur, et le fournisseur. A cet effet, deux contrats sont conclus. Alors que le premier régit les rapports entre la société de leasing et son client, le second est conclu entre le fournisseur et la société de leasing. Il faut observer que le client ne passe aucune convention avec le fournisseur qui n'a de relation qu'avec la société de leasing. Mais, en fait, on ne peut prétendre que client et fournisseur ne se connaissent pas car, c'est le client, utilisateur, qui choisit les biens objet du contrat de leasing et désigne le fournisseur à la société de leasing. C'est pour cela qu'il convient d'étudier tour à tour ces deux phases caractéristiques du leasing, à savoir le rapport de la société de leasing avec le fournisseur (1) et le rapport du client avec la société de leasing (2).

#### **1) Le rapport de la société de leasing avec le fournisseur**

**111.** Le client effectue son choix du matériel et des biens qui font l'objet du contrat de leasing auprès du fournisseur qu'il

désigne à la société de leasing. Cette dernière, achète les biens choisis selon les directives du client.

A priori, le client n'est aucunement concerné par le contrat établi entre la société de leasing et le fournisseur. Mais, en vérité, il n'en est pas ainsi, car c'est le client qui désigne à la fois le matériel et le vendeur à la société de leasing qui assume une obligation d'achat vis-à-vis de son client.

112. La doctrine et la jurisprudence comparées ont essayé de présenter l'opération à travers la technique du mandat. Ainsi, le client agit dans le choix du matériel en sa qualité de mandataire de la société de leasing. Mais, cette conception a été condamnée par une autre branche de la doctrine qui estime que le client choisit en fait, le matériel objet du leasing non pas pour le compte de la société de leasing mais pour son compte personnel. Le mandat est donc inadapté puisque, dans les contrats de leasing la société de leasing peut insérer une clause l'exonérant de toute responsabilité dérivant du mauvais choix du matériel<sup>75</sup>.

Il est tout de même utile de préciser que, malgré ces critiques la jurisprudence comparée continue d'appliquer les règles du mandat dans ce cadre bien précis<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> Champaud : J.C.P. 1965, 1. 1954.

- Leloup : Observations sous Cass. Com. : 3 janvier 1972, J.C.P. 1973, 17300.

<sup>76</sup> Cass. Com. : 11 mai 1981, D. 1982, I.R. p. 195.

- Cass. Com. : 27 janvier 1982, R.T.D.Com. 1982, p. 615.

## 2) Les rapports de la société de leasing avec son client

113. La loi du 26 juillet 1994 prévoit que « le leasing est une opération de location d'équipements, de matériels... achetés en vue de la location par le bailleur. Le même article premier ajoute que, dans tous les cas, le leasing peut permettre au preneur de devenir propriétaire des biens achetés à la fin du bail.

Une première constatation s'impose à partir de la lecture de ces dispositions. La société de leasing demeure la seule propriétaire des biens achetés. En effet, il n'y a en faveur du client qu'une simple promesse de vente ou une simple option d'achat. La propriété n'est transmise au client que lorsqu'il aura conformément au contrat de leasing, payé tous les loyers à sa charge et selon l'échéancier convenu. Cette condition est essentielle pour la jurisprudence tunisienne qui statuant en référé, reconnaît le droit à la société de leasing de récupérer les biens donnés en location<sup>77</sup>.

Jusqu'au paiement du montant intégral des loyers, le client demeure locataire des biens dont il est en possession<sup>78</sup>. En cette

<sup>77</sup> Il se dégage de la jurisprudence tunisienne que le locataire perd la jouissance des biens loués et peut être condamné à payer les loyers échus et à échoir. Voir : Cour d'Appel de Tunis, N° 10591 du 6 mai 2004. *Inédit*, et N° 10592 du 6 mai 2004, *Inédit*.

Sur la récupération des biens loués par le bailleur : Tribunal de 1ère instance de Tunis, Ordonnances : N° 4640 du 7 mars 2003, 7217, 7218, 7221 du 7 mars 2003. *Inédites*.

Cour d'Appel de Tunis, N° 4639 et 4640, du 23 octobre 2003. *Inédites*.

<sup>78</sup> Selon la doctrine comparée le droit de propriété reconnu à la société de leasing ne comporte plus le droit d'utilisation. Il devient une garantie de remboursement. Voir : Calais (J.) : Le crédit-bail. Encyclopédie Dalloz, Droit commercial. N° 7. V. aussi, Rives-Lange : *Ouvrage précité* n° 525

qualité, il doit jouir des choses louées conformément à leur destination, et comme tout locataire, il pèse sur lui la charge de se comporter en bon père de famille et d'user normalement de la chose.

Cette qualité de locataire « légitime » du bien meuble ou immeuble, est sujette à une condition essentielle. En effet, le paiement des loyers est l'une des obligations principales à la charge du locataire. La cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer cette règle en précisant que l'inexécution de cette obligation entraîne la résiliation du contrat de leasing dès lors que ce contrat le prévoit. La résiliation et la récupération du bien par la société de leasing ne sont pas automatiques, il faut que le contrat le prévoie<sup>79</sup>.

## **B- L'originalité du dénouement de l'opération de leasing mobilier**

114. Le contrat de leasing mobilier est fondé sur une option laissée au preneur. Ainsi ce dernier peut, en fin de bail, restituer le matériel ou le bien objet du leasing, ou alors, l'acquérir et en devenir propriétaire. Cette possibilité pour le client de devenir propriétaire des biens loués est considérée comme étant une condition essentielle du contrat de leasing. La doctrine française estime que la société de leasing s'engage de cette manière à l'égard de son client en vertu d'une promesse

<sup>79</sup> Cassation n° 56192 du 13/1/2011, RJL 2011, p. 115.

unilatérale de vente<sup>80</sup>. Pour la cour de cassation française, si le client n'a pas la possibilité de devenir propriétaire du bien loué, le contrat ne peut être qualifié de contrat de leasing mais serait plutôt un contrat de location pure et simple<sup>81</sup>.

115. Il faut toutefois noter que si l'option de devenir propriétaire est stipulée à titre d'obligation pour le locataire, on ne se trouverait plus en présence d'un contrat de leasing, mais plutôt face à une vente à « crédit avec un transfert de propriété différé » ou d'une location vente<sup>82</sup>. Mais, si le client décide de ne pas lever l'option d'achat qui lui est offerte à la fin du leasing, il se trouve dans l'obligation de rendre la chose louée en bon état, c'est-à-dire, en état d'être utilisée normalement.

117. Les organes de décisions en matière financière sont le ministère des finances (11), la Banque Centrale de Tunisie (12) et la commission des sanctions (13).

## **11 : LE MINISTRE DES FINANCES**

114. La politique financière qui appartient à l'Etat est confiée au ministre des finances. Ce dernier détient la prérogative de détermination des orientations de la politique financière du pays. Il peut intervenir dans l'accord et le retrait de l'agrément d'exercice de l'activité d'établissement financier ou de banque et c'est lui qui veille sur l'exécution de la politique financière arrêtée par le gouvernement.

<sup>80</sup> Voir Rives-Lange : *Ouvrage précité*, p. 657.

<sup>81</sup> Cass. Com. : 14 Avril 1972, R.T.D.Com. 1973, p. 327.

<sup>82</sup> Rives Lange : *op. cit.*, p. 658.

### CHAPITRE III

## LE CONTROLE DE LA PROFESSION DE BANQUE ET D'ETABLISSEMENT FINANCIER

**116.** Les banques et les établissements financiers sont soumis à un contrôle continu de la part de certaines autorités. Celles-ci se divisent toutefois en organes de décision (**Section I**) et en organes de consultation (**Section II**).

### SECTION I : LES ORGANES DE DECISION

**117.** Les organes de décision en matière financière sont le ministère des finances (§1), la Banque Centrale de Tunisie (§2) et la commission des sanctions (§3).

#### §1 : LE MINISTRE DES FINANCES

**118.** La politique financière qui appartient à l'Etat est confiée au ministre des finances. Ce dernier détient la prérogative de détermination des orientations de la politique financière du pays. Il peut intervenir dans l'accord et le retrait de l'agrément d'exercice de l'activité d'établissement financier ou de banque et c'est lui qui veille sur l'exécution de la politique financière arrêtée par le gouvernement.

Le ministre des finances intervient dans la politique financière afin d'assurer la main-mise sur la circulation de

l'argent considéré comme le privilège régalien de l'Etat. Pendant les périodes de crise on a même constaté l'intervention des pouvoirs publics afin de créer, nationaliser ou céder certaines activités financières<sup>83</sup>.

En dehors de ses fonctions traditionnelles, le ministre des finances joue un rôle important dans l'activité bancaire.

Il lui appartient ainsi d'intervenir pour poursuivre toutes les infractions commises par un établissement de crédit et de prononcer les sanctions administratives adéquates de son propre chef lorsque la Banque Centrale de Tunisie n'a pas réagi.

Ce contrôle immédiat de l'Etat exercé à travers le ministère des finances a, aussi, pour but de garantir les droits des différents partenaires qu'ils soient banques, déposants, établissements financiers ou créanciers de ces derniers. Ce contrôle direct se trouve même renforcé par un droit de regard reconnu à la banque centrale de Tunisie.

## §2 : LA BANQUE CENTRALE DE TUNISIE

119. Il ressort de l'article 1 de la loi du 25 avril 2016 portant statut de la banque Centrale de Tunisie abrogeant la loi du 15 mai 2006, que celle-ci, malgré l'appellation de « banque » qui lui est donnée, est un établissement public doté de la

<sup>83</sup> Hossam (M.) : Capitalisme et sociétés anonymes en Egypte, L.G.D.J. Paris 1970.

- Vasseur : L'Etat banquier d'affaires, Dalloz 1961.

- Gavalda et Stoufflet : *Ouvrage précité*, p. 2.

personnalité civile et de l'autonomie financière<sup>84</sup>. Poussant jusqu'au bout son désir de confirmer l'indépendance de la Banque Centrale la loi de 2016 prévoit que cette dernière ne rend compte qu'à l'assemblée des représentants du peuple dans la réalisation de ses objectifs.

Etant un établissement public indépendant doté de la personnalité morale, le capital de la Banque Centrale de Tunisie est constitué par les dotations qui sont entièrement faites par l'Etat, comme l'indique l'article 5 de la loi du 25 avril 2016.

Afin de donner un aperçu sur cette institution, il convient d'étudier tour à tour, la mission de la Banque Centrale de Tunisie (A) et ses organes(B).

### A - La mission de la Banque Centrale de Tunisie

120. La Banque Centrale de Tunisie a, depuis la loi d'avril 2016 une triple mission. En effet, elle a désormais un pouvoir d'organisation (1), un pouvoir réglementaire (2), et un pouvoir disciplinaire (3).

<sup>84</sup> V. La loi 58 - 90 du 19 septembre 1958 portant création de la B.C.T. JORT, 23-26 septembre 1958 modifiée par la loi n° 2006-26 du 15 mai 2006. JORT 2006, n° 40, p. 1331. La loi 35-2006 du 16 avril 2016 portant statut de la Banque Centrale de Tunisie, JORT du 29 avril 2016, n° 35, p. 1643.

## 1) Le pouvoir d'organisation de la Banque Centrale de Tunisie

121. Avant de passer à l'étude du pouvoir organisationnel dévolu à la Banque Centrale de Tunisie, il est intéressant d'analyser la relation qu'entretient la banque centrale avec l'Etat, car ses attributions sont influencées par la nature de ses relations avec le pouvoir exécutif.

En fait, l'article 7 de la loi du 26 avril 2016 portant statut et organisation de la Banque Centrale de Tunisie est clair sur la question. Il prévoit que la banque centrale prête son appui à la politique économique de l'Etat. Toutefois, et le même article 7 ajoute qu'elle a pour mission générale « de préserver la stabilité des prix ».

Il apparaît, ainsi, que la Banque Centrale de Tunisie est un rouage de l'Etat, son rôle est de prendre toutes les mesures permettant de réaliser les objectifs fixés par l'Etat. Elle est donc essentiellement un organe technique, auquel la loi confère des pouvoirs de suggestion en matière de politique économique générale. En outre, la Banque Centrale de Tunisie qui est un organe de l'Etat, exerce pour le compte de ce dernier et sur tout le territoire de la république, le privilège d'émettre des billets de banque et des pièces de monnaies métalliques.

122. La Banque Centrale de Tunisie est aussi l'agent banquier de l'Etat. De ce fait, elle assure des opérations de caisse, les opérations de banque et de crédit, elle assure

gratuitement la garde et la gestion des valeurs mobilières appartenant à l'Etat, et le paiement des coupons de titres émis ou garantis par l'Etat, et enfin, elle peut assurer les services financiers des administrations, établissements publics et tous organismes financiers régis par des dispositions légales particulières ou placés sous le contrôle de l'Etat...

Mais ces services effectués par la Banque Centrale n'affectent pas son indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics. Toutefois, l'étendue du pouvoir d'organisation exercé par la Banque Centrale de Tunisie sur la profession bancaire, ne doit pas pour autant cacher l'importance de la Banque Centrale comme organe à la tête de l'organisation financière en Tunisie.

En effet, « la Banque Centrale de Tunisie établit les règles de gestion et les normes prudentielles que les établissements de crédit sont tenus de respecter. Elle exerce sur les banques un contrôle sur pièces et sur place.

Ce pouvoir organisationnel de la Banque Centrale de Tunisie se manifeste tout d'abord à travers le rôle de la Banque Centrale en tant que contrôleur de la profession bancaire et il apparaît ensuite à travers son rôle réglementaire.

123. Dans une étude réservée aux législations des banques centrales, un auteur précise qu' : « habituellement, le rôle de la Banque Centrale doit intervenir dans les domaines de la monnaie, du crédit et des banques. Ces fonctions sont souvent décrites en termes généraux de la manière suivante : 1° contrôler le système

monétaire en général. 2° contrôler l'émission et la circulation de la monnaie et son volume. 3° contrôler le crédit y compris les réserves légales. 4° centraliser les réserves internationales du pays»<sup>85</sup>.

Le législateur tunisien, pour sa part, n'a pas dérogé à ces règles, l'article 7 de la loi du 26 avril 2016 portant organisation de la Banque Centrale de Tunisie dispose que la Banque Centrale a pour mission générale « de préserver la stabilité des prix ». Pour cela le législateur lui donne le pouvoir de contrôler la politique monétaire et de «surveiller les établissements de crédit».

Cette mission générale attribuée à la Banque Centrale en matière de contrôle a été renforcée par la loi du 11 juillet 2016, puisque l'alinéa premier de l'article 64 de ladite loi précise que «la Banque Centrale exerce sur les banques un contrôle sur pièces et sur place».

**124.** En outre, et pour faciliter ce contrôle, la loi impose aussi bien aux banques tunisiennes qu'étrangères de tenir une comptabilité selon les exigences de la législation relative à la comptabilité des entreprises de se conformer aux normes et principes comptables fixés par la Banque Centrale de Tunisie et de clore leur exercice social chaque année à la date du 31 Décembre et établir, dans les six mois qui suivent la clôture de

<sup>85</sup> Aufricht (H.) : La législation des banques centrales, Etude comparative, Cujas 1965, p. 80 et suivantes.

l'exercice écoulé, un bilan, un compte d'exploitation et un compte de pertes et profits qui doivent être soumis à l'assemblée générale des actionnaires.

**125.** Les banques et les établissements financiers sont aussi tenus de dresser, en cours d'année, des situations comptables selon une périodicité et conformément à une formule type établie par la Banque Centrale de Tunisie, et publier, chaque année au journal officiel de la république tunisienne, leur bilan et leurs comptes de pertes et profits selon un formulaire type établi par la Banque Centrale de Tunisie. Ils sont aussi tenus de se doter d'une structure permanente d'audit interne, et de se soumettre à la demande de la Banque Centrale de Tunisie à des audits externes.

Cependant, les établissements de crédit sont amenés à fournir à la Banque Centrale de Tunisie tous documents, renseignements, éclaircissements et justifications nécessaires à l'examen de leurs situations et permettant d'assurer qu'elles font une application correcte de la réglementation édictée en matière de contrôle des changes et de contrôle des banques et du crédit.

Et pour garantir l'efficacité de ces mesures, dans le cas de constatation d'une dissimulation, ou d'une communication de renseignements sciemment inexacts, les banques sont sanctionnées.

**126.** Mais, malgré cette sanction imposée depuis l'ancienne loi de 1967, certaines banques avaient tendance à

retarder la communication des documents sans pour autant la refuser catégoriquement, et ce, afin de se permettre une régularisation ultérieure, ce qui rendait difficile la mission de contrôle effectuée par la Banque Centrale de Tunisie.

Soucieux de pallier ce défaut, le législateur a prévu des dispositions au sein de la loi du 11 juillet 2016, réprimant ce genre de comportement. C'est l'alinéa 4 de l'article 169 qui sanctionne tout défaut dans la communication de documents, renseignements, éclaircissements et justifications.

127. Dans le même souci de renforcement du rôle de contrôle attribué à la Banque Centrale de Tunisie, l'entreprise, qui s'est vu retirer l'agrément et qui doit cesser son activité et limiter ses opérations à celles nécessaires à sa liquidation, demeure soumise au contrôle de la Banque Centrale de Tunisie pendant la durée de cette liquidation.

128. Toujours en matière de contrôle de la profession bancaire, l'article 103 de la loi de 2016 vient permettre à la Banque Centrale de Tunisie sous le couvert du contrôle, de s'immiscer dans les affaires internes des banques. En effet cet article prévoit que « le gouverneur de la Banque Centrale de Tunisie peut désigner un administrateur provisoire » auquel sont accordés les pouvoirs nécessaires à la direction de la banque.

Le même article ajoute que cette désignation peut être faite soit à la demande des dirigeants soit à l'initiative de la Banque Centrale de Tunisie lorsque la gestion de la banque ne

peut plus être assurée dans des conditions normales ou, lorsqu'a été prise à son encontre, une sanction relative à la suspension ou la cessation des fonctions de l'un ou de plusieurs de ses dirigeants conformément à la loi.

## 2) Le rôle réglementaire de la Banque Centrale de Tunisie

129. Le législateur tunisien a octroyé le pouvoir réglementaire à la Banque Centrale de Tunisie en sa qualité de supérieur hiérarchique administratif dans le système financier tunisien. Ainsi, l'article 66 de la loi du 11 juillet 2016 dispose que la Banque Centrale de Tunisie établit les règles de gestion et les normes prudentielles que les banques sont tenues de respecter et notamment celles concernant :

L'usage des fonds propres ; les ratios entre les fonds propres et les engagements ; les ratios entre les fonds propres et les concours à chaque débiteur ; la réserve obligatoire ; les ratios de liquidité, les risques de manière générale.

Il apparaît clairement que le pouvoir dévolu à la B.C.T. touche à peu près à tous les domaines et à toutes les opérations ayant trait à la profession d'établissement de crédit et qu'on peut éventuellement regrouper en trois axes à savoir : l'organisation et le contrôle de la profession (a), le contrôle et la direction du

crédit<sup>86</sup> (b) et la réglementation du commerce extérieur et des changes (c).

#### *a - Le contrôle de la profession :*

**130.** Dans ce domaine, la Banque Centrale de Tunisie fixe les règles de gestion concernant les taux de réserves obligatoires, des ratios de liquidité et de solvabilité... Aussi exerce-t-elle un contrôle direct sur les banques et les établissements financiers de la place à travers les documents que ces dernières sont obligées de lui communiquer à l'occasion d'inspections organisées et qui se déroulent aux sièges des banques.

Elle peut donner son agrément pour l'ouverture ou la fermeture: de succursales ou d'agences en Tunisie et à l'étranger.

La Banque Centrale de Tunisie est libre dans l'étude des demandes d'autorisation d'exercer la profession<sup>87</sup>, de fusion, cession de parts importantes du capital d'une banque à une autre et de toute réduction de capital.

#### *b) Le contrôle et la direction du crédit*

**131.** L'article 18 de la loi du 26 avril 2016 abrogeant la loi du 15 mai 2006 portant statut de la Banque Centrale de Tunisie, attribue à cette dernière une mission de contrôle de toute la politique monétaire du pays ainsi que le droit de surveiller les établissements financiers et les banques.

<sup>86</sup> V. à titre comparatif : La banque de France, ouvrage collectif, Edition, Berger - Levraut, 1975.

<sup>87</sup> Loi du 11 juillet 2016, précitée.

La Banque Centrale est ainsi l'organe chargé par l'Etat de contrôler et d'orienter la politique du crédit. Elle surveille la distribution des crédits et leur répartition entre les agents économiques dans « des conditions conciliant la défense de la monnaie nationale, le respect des engagements internationaux et les besoins de l'économie »<sup>88</sup>. A travers ces objectifs la banque centrale se révèle comme l'organe financier chargé par l'Etat afin de réguler la politique financière et de réaliser les objectifs fixés pour le développement du crédit.

**132.** La Banque Centrale de Tunisie doit, aussi, réglementer les taux d'intérêt débiteur et créditeur maximums. De même, et dans le cadre de ses réunions avec les responsables des banques, la Banque Centrale leur fait part des objectifs de la politique du crédit à suivre et leur communique ses directives. Elle accorde aussi, son autorisation préalable, à l'octroi des crédits et ce, afin de les canaliser conformément aux besoins de l'économie nationale.

Cette fonction a été clairement énoncée par le ministère des finances lors d'une séance de réponse aux questions de la commission parlementaire à l'occasion de la discussion de la loi du 7 février 1994 aujourd'hui abrogée. Le représentant du gouvernement avait précisé que «le législateur, dans la nouvelle loi, avait l'intention d'apporter l'élasticité nécessaire pour la détermination des conditions imposées pour l'octroi du crédit à

<sup>88</sup> Gavalda et Stoufflet, *Ouvrage précité*, p. 55.

long et moyen terme, et ce en habilitant la Banque Centrale de Tunisie à imposer les conditions pour l'octroi de ces crédits au lieu de les déterminer d'avance par la loi pour qu'elles soient plus conformes avec les circonstances économiques et le développement du secteur bancaire»<sup>89</sup>.

*c) La réglementation du commerce extérieur et des changes*

133. La Banque Centrale de Tunisie détient, pratiquement, l'essentiel des opérations se rattachant aux relations monétaires internationales. Elle fixe entre autres, et quotidiennement les taux officiels de change et prend les mesures conjoncturelles qui s'imposent en matière de commerce extérieur.

Par ailleurs, la Banque Centrale de Tunisie participe à l'élaboration et à la mise en œuvre de la réglementation des relations financières avec l'étranger.

Chargée d'assurer la bonne application de la législation bancaire, la Banque Centrale de Tunisie a le devoir d'expliquer et d'interpréter certaines lois. Ceci est assuré par le biais des circulaires définies comme étant « des mesures d'ordre 'interne qui ne s'adressent qu'aux intéressés ». Elles visent à fournir aux services et aux banques de la place des règles de conduite, à partir de l'interprétation de certains textes.

<sup>89</sup> Travaux préparatoires de la loi 94 - 25 du 7 février 1994, Discussion et adoption par la chambre des députés dans la séance du 1<sup>er</sup> février 1994.

134. Ces circulaires adressées par la Banque Centrale aux institutions soumises à son contrôle s'imposent à ces dernières qui doivent se conformer aux directives et aux avis émis par cette autorité.

La Banque Centrale de Tunisie organise et contrôle « la vie financière » grâce au pouvoir qui lui est reconnu d'émettre les directives et les orientations par voie de circulaires.

Selon l'article 42 de la loi du 11 juillet 2016, la Banque Centrale consulte les parties concernées par les circulaires avant de les émettre sauf en cas d'urgence.

Ces circulaires sont publiées sur le site Web de la Banque Centrale et au journal officiel de la république.

Avant la loi du 11 juillet 2016 on se demandait sur la force des circulaires émises par la Banque Centrale de Tunisie. On a même été tenté d'affirmer que celles-ci ne s'imposaient pas aux banques à capital privé et n'étaient applicables qu'aux banques publiques.

Mais avec la nouvelle loi ces doutes sont dissipés l'article 42 de la loi de juillet 2016 prévoit désormais que les circulaires de la Banque Centrale ont une force obligatoire à l'égard des personnes concernées.

Toutefois, le même article prévoit que ces circulaires peuvent faire l'objet de recours devant le tribunal administratif,

et précise que ce recours ne suspend pas l'exécution des circulaires concernées.

La sanction de la non application des directives contenues dans les circulaires, n'a pas été expressément prévue par la loi du 7 Décembre 1967 qui ne sanctionnait que : « les infractions relatives à l'attribution ou à la perception d'intérêts créditeurs ou débiteurs en dehors des limites fixées par la Banque Centrale de Tunisie »<sup>90</sup>.

Dans le but de garantir l'exécution de la politique monétaire et financière de la place, le législateur a prévu, dans la loi de Mai 2006 modifiant la loi de 1958 portant création de la Banque Centrale de Tunisie, la mise en place d'une nouvelle institution appelée « l'observatoire des services bancaires ».

La loi du 11 juillet 2016 quant à elle a mis en place un observatoire de l'intégration financière. Ce dernier a pour rôle d'intervenir dans la collecte et la vérification de toutes les informations relatives à la qualité des services financiers rendus dans le secteur.

La privatisation et la libéralisation du marché ne doivent pas donner lieu aux luttes sauvages et marginales qui aboutissent inévitablement à faire des opérateurs économiques et de la clientèle des banques, les victimes de la concurrence.

<sup>90</sup> Article 19 de la loi du 7 décembre 1967.

Désormais dotée du pouvoir de préserver la stabilité des prix, la Banque Centrale sera informée par le biais de l'observatoire en question du suivi de la qualité des services effectués par les établissements de crédit ainsi que de leur coût.

L'observatoire prévu par la loi de juillet 2016, est aussi chargé de réunir les renseignements nécessaires afin d'évaluer le degré de « satisfaction de la clientèle » et de prescrire les « recommandations nécessaires ».

### **3) Le pouvoir disciplinaire attribué à la Banque Centrale de Tunisie**

**135.** La Banque Centrale de Tunisie est un organe habilité par la loi à veiller au respect de la législation et de la réglementation en vigueur par tous les établissements de crédit.

Pour lui permettre de mener à bien sa fonction de police de la profession, la loi oblige les institutions soumises au contrôle de la banque centrale à lui apporter leur concours et à respecter ses directives conformément à la loi en vigueur<sup>91</sup>.

Selon la loi du 11 juillet 2016 relative aux banques et aux établissements financiers, le gouverneur de la B.C.T. est seul habilité à prendre les mesures d'exécution et toutes les mesures conservatoires qu'il juge utiles<sup>92</sup>. C'est en effet, le seul organe au

<sup>91</sup> V. En France : Vasseur : Le pouvoir de la Banque de France de prendre des règlements et d'édicter des normes professionnelles, R.T.D.C.M. 1981, p. 118.

<sup>92</sup> Article 19, al. 4.

sein de la Banque Centrale de Tunisie auquel sont attribués les pouvoirs disciplinaires.

Dans le cadre de la loi du 7 Décembre 1967, ces pouvoirs étaient très étendus. Ils étaient exercés avec le concours du ministre des finances et sur initiative du gouverneur de la Banque Centrale de Tunisie.

Néanmoins, depuis la loi du 10 juillet 2001 aujourd'hui abrogée, portant elle-même abrogation de la loi du 7 Décembre 1967, on remarque que le rôle du ministre des finances en matière disciplinaire a disparu pour laisser la place à une commission bancaire qui partageait la tâche en la matière avec le gouverneur de la banque centrale de Tunisie.

## **B - Les organes de la Banque centrale de Tunisie**

**136.** Aux termes de la loi du 25 avril 2016 portant statut de la Banque Centrale de Tunisie, cette dernière est investie de pouvoirs étendus en matière financière dont la stabilité monétaire, le contrôle des moyens de paiement et joue le rôle de conseiller financier du gouvernement.

Ces fonctions sont exercées par l'intermédiaire du gouverneur de la Banque Centrale ainsi que par les autres organes de direction qui ont pour mission de l'assister et qui sont essentiellement, le conseil d'administration et le secrétaire général qui est chargé par la loi de la gestion administrative de la Banque Centrale.

De même, et selon la loi d'avril 2016, le gouverneur exerce toutes actions judiciaires, prend les mesures d'exécution et toutes mesures conservatoires qu'il juge utiles. Ces dispositions ont le mérite de servir d'indicateur pour tracer le rôle joué par le gouverneur de la Banque Centrale de Tunisie en matière disciplinaire<sup>93</sup>. Dans ce domaine le gouverneur de la Banque Centrale de Tunisie a deux tâches principales qui consistent à prévenir les infractions (1), et à les sanctionner (2).

### **1) Le rôle préventif attribué au gouverneur de la Banque Centrale de Tunisie**

**137.** Ce rôle trouve sa consécration dans la loi de juillet 2016 qui prévoit que lorsqu'il apparaît que la situation d'un établissement de crédit le justifie, le gouverneur de la Banque Centrale de Tunisie invite les actionnaires de cette banque à fournir à celui-ci le soutien qui lui est nécessaire. Le gouverneur de la banque centrale peut aussi organiser le concours de l'ensemble des établissements de crédit en vue de prendre les mesures nécessaires à la protection des intérêts des déposants, des épargnants et des tiers, au bon fonctionnement du système bancaire ainsi qu'à la préservation du renom de la place.

Il est permis de constater que le gouverneur a la fonction de garantir la santé financière des établissements de crédit. Pour prévenir les crises, le gouverneur utilise son pouvoir moral pour

<sup>93</sup> V. Abdelkader Ben Fadhla : Le Système Bancaire Tunisien, Mémoire de D.E.S. Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Tunis, précité.

inciter les actionnaires et même les autres à donner leurs concours afin que la banque concernée puisse dépasser ses difficultés.

**138.** Les lois d'avril et de juillet 2016 prévoient aussi une intervention préventive de la Banque Centrale de Tunisie. De ce fait, la Banque Centrale de Tunisie a le pouvoir d'adresser une mise en garde aux établissements « manquant aux règles de bonne conduite de la profession ». Si cette procédure ne s'avère pas fructueuse, le gouverneur peut adresser des injonctions aux membres du conseil d'administration, dirigeants ou mandataires de l'établissement de crédit concerné. Dans le cas où la situation dangereuse persiste, le gouverneur désigne un administrateur provisoire auquel sont transférés les pouvoirs nécessaires à la direction de la banque.

**139.** Cependant, une remarque s'impose à ce niveau. Elle concerne le pouvoir discrétionnaire d'appréciation décerné à la Banque Centrale de Tunisie. Ce pouvoir se constate dans l'introduction des expressions lorsque la situation d'une banque le justifie. Ainsi, aucune indication n'est donnée sur cette situation qui peut légitimer une telle intervention. Néanmoins, il existe un repère. La situation qui pourrait éventuellement justifier l'intervention de la Banque Centrale de Tunisie est celle qui pourrait porter préjudice à « l'intérêt des déposants et des tiers, au bon fonctionnement du système bancaire ainsi qu'à la préservation du renom de la place ».

Ce rôle dévolu au gouverneur de la Banque Centrale, a pour but d'accroître l'aide aux établissements bancaires car, la désignation d'un administrateur n'est pas uniquement un acte disciplinaire préventif mais, aussi et surtout, une aide donnée aux dirigeants des établissements lorsqu'ils ne sont plus en mesure de mener à bien leurs tâches, et ce, afin de dépasser les difficultés dont les conséquences peuvent être fâcheuses pour tout le système financier.

Il est alors permis d'affirmer que le législateur a autorisé la Banque Centrale de Tunisie à travers son gouverneur à passer, outre son rôle classique de contrôle de l'activité bancaire, à un rôle beaucoup moins passif qui est celui de la « gestion effective » des intérêts des établissements bancaire en difficulté.

## **2) Le rôle sanctionnateur du gouverneur de la banque centrale de Tunisie**

**140.** Le gouverneur de la Banque Centrale de Tunisie a l'initiative de poursuivre les établissements financiers et les banques qui contreviennent aux dispositions légales. Les articles 169 à 182 de la loi de juillet 2016 prévoient en effet que le gouverneur peut infliger des sanctions aux établissements poursuivis. Au sens de ces articles, le gouverneur de la Banque Centrale peut adresser à l'établissement de crédit concerné, un avertissement, un blâme, une amende ou décider la suspension de tout concours de la Banque Centrale à l'établissement en question.

Toutefois l'article 171 de la loi du 11 juillet 2016 prévoit que des sanctions peuvent être prononcées à l'encontre des banques et des établissements financiers par une nouvelle instance appelée la « commission des sanctions ». On peut alors se demander sur la distinction des sanctions qui sont du ressort du gouverneur et celles de ladite commission. La lecture des articles 169 et 171 de la loi de juillet 2016 permet de dire qu'il s'agit de deux ordres de sanctions totalement différentes. Le gouverneur peut prendre l'initiative des poursuites mais les sanctions peuvent lui échapper.

Il doit tout de même entendre les représentants des institutions objet des poursuites et demander les éclaircissements nécessaires ce qui lui permet de prendre les décisions justes.

### §3 : LA COMMISSION DES SANCTIONS

141. Il convient d'étudier la nature juridique et la composition de la commission des sanctions (A) ainsi que ses attributions (B).

#### A-Nature juridique et composition de la commission des sanctions

142. La nature juridique de la commission des sanctions (1) est intimement liée à sa composition (2).

#### 1) La nature juridique de la commission des sanctions

143. La commission des sanctions pose non seulement le problème de savoir si cette institution est ou non dotée de la personnalité juridique mais, aussi et surtout celui de savoir si elle est une autorité administrative ou si elle constitue, plutôt, une instance juridictionnelle.

Et à supposer qu'elle soit une autorité administrative, la commission des sanctions suscite également une controverse sur le point de savoir s'il s'agit d'une autorité administrative au sens classique du terme ou si elle serait plutôt une autorité administrative indépendante.

A priori, la commission des sanctions se présente comme une autorité purement administrative. Le cadre général dans lequel elle s'inscrit permet de l'affirmer. En effet, parmi les membres qui la composent on remarque la présence de représentants de la Banque Centrale de Tunisie.

Et ce qui pourrait confirmer davantage cette nature administrative, c'est le terme employé par le législateur qui précise que la commission des sanctions tient ses réunions au siège de la Banque Centrale. Ainsi, on peut dire que le législateur semble n'avoir pas voulu accorder une nature juridictionnelle à la

commission des sanctions, sinon il aurait affirmé que celle-ci « siège », en dehors de la Banque Centrale<sup>94</sup>.

Cependant, la commission des sanctions pourrait être considérée aussi comme une autorité administrative indépendante. Ainsi, on a soutenu que cette commission peut avoir le statut administratif, mais qu'elle doit, en même temps, être considérée comme indépendante de l'administration. Cette nature juridique mitigée n'a pas eu de grands échos en doctrine. D'aucuns ont écrit qu'on ne saurait « admettre, comme certains auteurs, que la commission agit, tantôt comme autorité administrative, tantôt comme juridiction »<sup>95</sup>.

144. Aujourd'hui, en droit comparé, il semble que la doctrine majoritaire penche vers la reconnaissance de la nature juridictionnelle à ces commissions. Faisant appel à la doctrine spécialisée du droit administratif qui a écrit que la fonction juridictionnelle ne peut pas être appréciée par rapport à la composition de la commission mais plutôt par référence à l'élément matériel, c'est-à-dire, en faisant complètement abstraction du caractère des organes, des agents, des autorités qui exercent cette fonction, on peut dire aujourd'hui que la

<sup>94</sup> Sur la doctrine étrangère relative à cette question, V. Peltier, Structure, réglementation et contrôle public des professions bancaires, J.C. 1990, Banque et crédit, Fasc. 60.

-Berthon, Autres juridictions, J.C. administratif, Fasc.

-Sabourin, Recherches sur la notion d'autorités administratives en droit français, Paris, L.G.D.J. 1996.

<sup>95</sup> Sabourin, Les autorités administratives indépendantes. Une catégorie nouvelle, AJDA 1982, p. 282.

-Bonneau, Droit bancaire, *op. cit.*, p. 84.

commission des sanctions est une juridiction administrative spécialisée même si certains continuent de la considérer comme une autorité administrative indépendante<sup>96</sup>.

## 2) La composition de la commission des sanctions

145. Selon l'article 171 de la loi du 11 juillet 2016, la commission des sanctions a une composition hybride. Elle est constituée d'un magistrat de troisième catégorie, d'un autre de deuxième catégorie, d'un représentant de la Banque Centrale de Tunisie ayant le grade de directeur-général, d'un expert indépendant en matière bancaire et d'un expert comptable désigné par la commission de contrôle prévue par la loi n° 108 du 18 août 1988 relative à la profession d'experts comptables.

Selon le même article 171, les membres de la commission des sanctions doivent être nommés par Décret<sup>97</sup>.

## B- Les attributions de la commission des sanctions

146. La commission des sanctions est investie de pouvoirs d'ordre administratif (1) et d'attributions d'ordre juridictionnel (2).

<sup>96</sup> Delvolvé : La Cour d'appel de Paris, Juridiction administrative, Mélanges Aubry 1992, p. 47.

-Duguit : L'acte administratif et l'acte juridictionnel, RDP 1906, p. 444.

-Bonneau : *Ouvrage précité*, p. 109.

-Butesch : Rôle et fonctionnement de la commission bancaire, Rev. B. 1985, p. 783.

<sup>97</sup> En France, la commission bancaire est présidée par le gouverneur de la banque de France.

## **1) Les attributions administratives de la commission des sanctions**

**147.** La mission primordiale qui est attribuée par la loi du 11 juillet 2016 à la commission des sanctions consiste à veiller sur l'application par les établissements financiers et les banques de la réglementation bancaire et de sanctionner les manquements constatés. Sur ce plan, la commission des sanctions est chargée du contrôle de la qualité de gestion des établissements financiers et des banques.

## **2) Les attributions juridictionnelles de la commission des sanctions**

**148.** Etant une juridiction administrative spécialisée, la commission des sanctions peut, après les mises en demeure adressées aux contrevenants, prendre les mesures nécessaires à titre de sanction.

L'article 173 de la loi du 11 juillet 2016 prévoit que des sanctions peuvent être prises par la commission des sanctions. Cette dernière peut, ainsi, prononcer à l'égard de tout établissement financier ou bancaire, une interdiction d'entreprendre « certaines opérations » et limiter ainsi son activité ou retirer sa « qualité d'intermédiaire » ou enfin retirer « l'agrément » qui lui permet d'exercer son activité.

Ces sanctions ne sont, toutefois, prononcées qu'après convocation et audition du représentant légal de l'établissement concerné. Ce dernier est autorisé à prendre connaissance des

documents attestant la commission de l'infraction et adresser ses réponses au président de la commission.

L'article 176 de la loi du 11 juillet 2016 prévoit que l'institution appelée à comparaître devant la commission des sanctions peut se faire assister par un avocat pour défendre ses intérêts ; et l'article 183 de la même loi prévoit que les décisions de ladite commission sont susceptibles de recours devant le tribunal administratif.

## **SECTION II : LES ORGANES CONSULTATIFS DE LA PROFESSION D'ETABLISSEMENT DE CREDIT**

**149.** Dans le cadre de la profession d'établissement de crédit, on distingue, en droit tunisien, entre deux organes consultatifs, le conseil national du crédit (§1) et l'association professionnelle des banques et des établissements financiers (§2).

### **§1 - LE CONSEIL NATIONAL DU CREDIT**

**150.** Le conseil national du crédit a été créé en Tunisie par la loi du 7 Décembre 1967 modifiée en 1972. C'est le décret du 20 Juin 1972 qui fixe, en Tunisie, la composition du Conseil National du Crédit<sup>98</sup>. En effet, l'article 2 de la loi de 1967 portant création du C.N.C. avait prévu que la composition du conseil est fixée par décret.

<sup>98</sup> Loi n° 67 du 7 décembre 1967 portant création du C.N.C. JORT des 15 et 19 décembre 1967 modifiée par la loi n° 72 - 6 du 15 février 1972, JORT n° 7 des 11-15 et 18 février 1989.

Le décret du 20 Juin 1972 prévoit que le Conseil National du Crédit est composé du ministre des finances, en qualité de président, du gouverneur de la Banque Centrale, comme vice-président et de membres représentant l'administration et les institutions économiques et sociales les plus importantes.

Le Conseil National du Crédit joue un rôle consultatif en matière disciplinaire et notamment dans le retrait de l'agrément d'exercice de l'activité d'établissement financier ou de banque. Il est aussi consulté avant toute sanction prononcée par le ministre des finances. Enfin, et comme son nom l'indique, il est consulté à propos de la politique nationale du crédit. C'est ainsi que l'art. 1<sup>er</sup> de la loi portant création du Conseil National du Crédit prévoit qu'il est consulté par l'Etat sur toutes les questions touchant à la politique d'orientation et de distribution du crédit<sup>99</sup>.

## **§ II : L'ASSOCIATION PROFESSIONNELLE DES BANQUES ET DES ETABLISSEMENTS FINANCIERS**

**151.** En fait, la création de l'Association Professionnelle des Banques (c'est son appellation ancienne) remonte à la loi du 7 Décembre 1967 réglementant la profession bancaire en Tunisie. L'article 26 de la dite loi prévoyait que «Les banques sont tenues de constituer une association dont les statuts doivent être

<sup>99</sup> La loi bancaire de 2016 ne cite pas le Conseil National du crédit. De même, la loi créant le C.N.C ci dessus citée n'a pas été abrogée et nous croyons savoir que sa dernière réunion remonte à l'année 1989.

préalablement agréés par le Ministère des Finances et de la Banque Centrale de Tunisie et qui sert d'intermédiaire entre ses membres d'une part, et les pouvoirs publics et la Banque Centrale de Tunisie, d'autre part, dans toutes questions intéressant l'ensemble de la profession bancaire».

La loi du 10 juillet 2001 a abrogé la loi bancaire du 7 décembre 1967. L'article 31 de la nouvelle loi prévoit, désormais, que les « établissements de crédit sont tenus de constituer une association professionnelle dont les statuts doivent être approuvés par le ministre des finances et la Banque Centrale de Tunisie ». La nouvelle loi relative aux banques et aux établissements financiers prévoit dans son article 186 que les banques et les établissements financiers doivent créer une association professionnelle dont l'objet est le développement de la profession et la formation professionnelle.

**152.** La mission essentielle dévolue à l'association consiste dans l'intermédiation entre les banques et les établissements financiers et la banque centrale, d'une part, et entre les adhérents et les autorités publiques, d'autre part, et ce sur toutes les questions ayant trait à la profession. Cette première tâche fait de l'association le trait d'union unique et essentiel entre les professionnels et les organes de direction en matière bancaire et financière. C'est à travers cette institution que les banques et les établissements financiers arrivent à faire entendre leur voix aux autorités, et agir de cette manière sur la politique du crédit.

Ainsi, le législateur a-t-il confié à l'association professionnelle des banques et des établissements financiers la mission de veiller à l'application de la réglementation du crédit en Tunisie par l'action qu'elle exerce auprès de ses membres.

Il convient, aussi, à l'association, dans le but d'harmoniser les règles de la profession, d'attirer l'attention des pouvoirs publics sur les volontés de ses adhérents en vue d'assurer l'efficacité des décisions prises ou de solliciter des réformes proposées ou voulues par les professionnels.

L'association doit être consultée toutes les fois où une décision importante concernant le développement de la profession doit être prise. L'article 186 de la loi de juillet 2016 prévoit, en effet, qu'elle peut être consultée par le ministre chargé des finances et par la Banque Centrale de Tunisie.

L'association est donc le représentant des professionnels de par sa structure collégiale, et en cette qualité, elle peut agir en Justice en vue de défendre les intérêts de la profession.

## TITRE II

# LES CARACTÉRISTIQUES DU SYSTÈME BANCAIRE TUNISIEN

153. Depuis la promulgation de la loi du 7 février 1994 abrogeant la loi bancaire du 7 décembre 1967, le système bancaire tunisien commençait à évoluer vers des choix nouveaux marqués par l'abandon de la spécialisation. Cette orientation a été achevée par la loi de juillet 2016 qui distingue, désormais, les banques des établissements financiers (**Chapitre I**). Cette ouverture a imposé la création d'un système de garantie de dépôts dans le but de mettre en confiance les déposants et les investisseurs (**Chapitre II**). Et afin d'aplanir les rapports entre les banques et leur clientèle et pour éviter la multiplication du contentieux, le législateur a mis en place un système de médiation (**Chapitre III**). Mais il faut, tout de même, souligner que le paysage bancaire tunisien se distingue par l'existence d'une catégorie particulière d'établissement de crédit ayant le statut de banque non résidente (**Chapitre IV**).

## CHAPITRE I

### LA DESPECIALISATION BANCAIRE

**154.** Malgré la quasi unanimité de la doctrine financière et juridique sur les avantages de la spécialisation bancaire (**Section 1**), certains continuent d'affirmer qu'elle peut constituer un handicap à l'efficacité des institutions financières (**Section 2**).

#### SECTION I: LA SPÉCIALISATION : CADRE FAVORABLE AU DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE

**155.** La spécialisation impose que chaque institution bancaire exerce une activité propre et des opérations spécifiques<sup>100</sup>. L'article 4 de la loi bancaire du 7 décembre 1967, aujourd'hui abrogée, prévoyait que les «établissements exerçant la profession de banque sont tenus d'indiquer, lors de la demande d'agrément, s'ils appartiennent à la catégorie des banques de dépôts, des banques d'investissement ou des banques d'affaires ».

La séparation était alors nette et étanche. Les banques de dépôts étaient autorisées à effectuer les opérations prévues à

<sup>100</sup> Ribayrol : L'organisation bancaire en France, thèse, Toulouse 1942.

Gaveau : L'organisation professionnelle des banques entreprises et établissements financiers, thèse, Toulouse 1942.

- Fournier : L'évolution du système bancaire français : 1960 à 1970, Rev. Banque 1972, p. 5.

l'article 2, c'est-à-dire, recevoir les dépôts, agir comme intermédiaire en bourse ou de change, mais n'accordaient que les crédits à court terme. Les banques d'investissement en revanche, étaient spécialisées dans la création des entreprises, la participation au capital des entreprises préexistantes mais n'allouaient que les crédits à moyen et long termes.

156. La volonté du législateur de déspecialiser les banques s'est faite sur deux étapes. La première a débuté avec la loi du 7 février 1994, qui a commencé par supprimer le décloisonnement entre banques commerciales et banques d'investissement par la création de la banque d'affaires et s'est achevée par la loi du 10 juillet 2001. La séparation est ainsi faite entre les banques et les établissements financiers. L'article 6 de la loi de juillet 2001 prévoyait, dans son paragraphe premier, que les « établissements de crédit comprennent les banques et les établissements financiers ». C'est à l'institution concernée de demander d'être agréée en « qualité de banque ou d'établissement financier » lors de la présentation de la demande d'agrément, précisait l'article 8 de la loi de juillet 2001.

Ce mouvement de déspecialisation des banques s'est confirmé avec la loi du 11 juillet 2016. En effet, avant cette date, seules les banques dites « Islamiques » offraient des prestations assises sur le droit musulman. Avec l'article 22 de la loi nouvelle toutes les banques peuvent exercer des opérations fondées sur la

pratique purement musulmane, à charge pour elles d'obtenir l'autorisation préalable de la Banque Centrale de Tunisie.

Le clivage qui marquait la distinction Banques Islamiques, Banques de droit commun a disparu avec la loi de juillet 2016 et toutes les banques peuvent effectuer toutes opérations bancaires, à charge d'obtenir l'autorisation nécessaire.

157. Mais, dans quelle mesure peut-on affirmer que la déspecialisation des banques constitue une véritable arme de lutte pour le développement économique ?

En Europe, et juste après la 2<sup>ème</sup> Guerre mondiale, la situation financière était médiocre suite aux dépenses énormes engagées pour l'armement et les grandes pertes matérielles. La seule solution pour les politiciens de l'époque était l'endettement intérieur ; ce qui a entraîné une activité assez importante dans le domaine financier a permis d'aider les banques à collaborer aux efforts du développement. Ceci a servi, non seulement à remédier à la situation, mais aussi à réaliser un essor considérable et le crédit ne cessa de s'accroître. Ces efforts ont permis à l'Europe de récupérer ses capitaux et de réaliser, par la suite, un taux très élevé d'autofinancement<sup>101</sup>.

<sup>101</sup> Chamas : L'Etat et les systèmes bancaires contemporains. Etude de droit, Paris, Sirey 1965.

- Cabrillac (H.) : La réglementation et l'organisation de la profession bancaire et des professions touchant au crédit et au marché financier, J.C.P. 1941, I. 235.

**158.** La spécialisation ne peut alors être condamnée, non seulement, parce que dans le passé elle a montré son efficacité pendant les périodes de crise, mais aussi, parce qu'elle assure la disponibilité des fonds par l'harmonisation entre les types de dépôts et les crédits, facilitant leur libération et permettant aux banques d'être plus efficaces dans leur mission de développement.

Il faut aussi noter que la limitation de l'activité bancaire à des opérations bien définies permet de la contrôler et de cerner facilement les causes des problèmes éventuels, de gestion et de remédier à des situations préoccupantes, minimisant ainsi les risques de gestion. En plus, la spécialisation permet le contrôle de la circulation des crédits qui seront d'une nature unique, à long, à court ou au moyen termes. Le contrôle de ces deux derniers types à la fois, nécessite des études très diversifiées, car le crédit à court ou moyen termes oblige à avoir des agents spécialisés pour l'étude des projets.

Enfin, il faut noter que la spécialisation permet la simplification des services, de telle sorte que, l'exercice de la profession bancaire reste à la portée de certains capitalistes ; ce qui permet l'augmentation du nombre des banques et la concurrence entre elles dans l'intérêt des déposants, des débiteurs et de celui de l'activité économique de façon générale. Les banques, dans ce cas, peuvent améliorer leur activité aux niveaux qualitatif et quantitatif.

## SECTION II : LA SPECIALISATION : HANDICAP AU DEVELOPPEMENT DES BANQUES

**159.** Comme nous l'avons montré, la spécialisation a eu ses heures de gloire. Elle a joué un rôle important dans les périodes de crises. En effet, dans les années trente du siècle dernier et après la seconde guerre mondiale, les restructurations économiques et financières ne se sont faites que grâce à la spécialisation bancaire.

Toutefois, la spécialisation constitue aujourd'hui un frein à l'élan des institutions bancaires et entrave leurs activités. Ainsi, contrairement à l'article 6 de la loi du 7 février 1994, l'article 2 de la loi de juillet 2001 aujourd'hui abrogée, prévoyait déjà que les « établissements de crédit » peuvent exercer sans distinction les opérations d'intermédiation dans le domaine du change, allouer tout crédit sans distinction de forme ou de durée et recevoir du public tous les types de dépôts tels qu'énumérés par l'article 5 de la même loi du 11 juillet 2016.

**160.** La spécialisation a aujourd'hui un nouveau contenu. Elle n'a plus pour finalité de distinguer entre les banques par rapport aux activités qu'elles exercent, mais joue plutôt un rôle d'exclusion. La spécialisation veut dire que les banques ne peuvent exercer que les activités qui leur sont réservées par la loi et que, dans le même ordre d'idées, ne peuvent se livrer à ces activités que ceux qui ont été agréés à ce titre par l'autorité compétente. Mais quoiqu'il en soit, la spécialisation bancaire ne peut être conçue comme une technique d'organisation du

système bancaire. Bien plus, elle est le véhicule essentiel qui permet aux pouvoirs publics d'intervenir dans l'orientation de sa politique économique et même sociale. La création de la Banque Tunisienne de Solidarité en est la meilleure preuve. Cette institution a pour vocation l'allocation de petits crédits sans demander beaucoup de garanties aux bénéficiaires. C'est dire que le risque est trop grand mais, l'Etat se charge de combler le différentiel du taux très bas et le manque à gagner résultant des risques d'insolvabilité qu'elle encourt<sup>102</sup>.

<sup>102</sup> V. la Presse économique du 8 octobre 1997.

## CHAPITRE II

### LE MECANISME DE GARANTIE DE DEPOTS

161. La loi de juillet 2001 a mis en place un mécanisme de garantie de dépôts dont il faudrait étudier les raisons (Section I) et le fonctionnement (Section II).

#### SECTION I : LES RAISONS DE LA CREATION DU MECANISME DE GARANTIE DE DEPOTS

162. L'article 150, alinéa premier de la loi du 11 juillet 2016 prévoit que tout établissement bancaire agréé en qualité de banque doit adhérer à un mécanisme de garantie de dépôts destiné à indemniser les déposants en cas d'indisponibilité de leurs dépôts ou autres fonds remboursables.

Ce mécanisme prévu déjà par la loi de 2001 a été imposé par plusieurs facteurs d'ordres interne et international. En effet, il faut le relever, dès à présent, que le mécanisme de garantie de dépôts n'était pas prévu par la loi bancaire de 1994. L'article 26 de cette ancienne loi se contentait d'indiquer que le gouverneur de la Banque Centrale de Tunisie « peut organiser le concours de l'ensemble des banques en vue de prendre les mesures nécessaires à la protection des déposants et des tiers... ».

Cette procédure, qui était destinée à pallier les « risques du système », s'est avérée insuffisante dans le sens où elle

n'assurait qu'une protection partielle aux déposants. Renforcer la solidarité de la place était donc le premier souci du législateur.

Dans cette même optique de protection, le législateur a entendu rejoindre les modèles des pays dans lesquels le système bancaire est développé ainsi qu'à se prémunir contre la concurrence<sup>103</sup>. D'ailleurs, la lecture des travaux préparatoires de la chambre des députés permet d'affirmer que les pouvoirs publics avaient pour objectifs « d'apaiser les déposants, de mettre le système bancaire dans l'orbite du système international et de préparer les banques tunisiennes à la concurrence »<sup>104</sup>. Il semble que ces mêmes impératifs ont présidé à la confirmation de la place du mécanisme de garantie de dépôt dans la nouvelle loi bancaire.

## SECTION II : LE FONCTIONNEMENT DU MECANISME DE GARANTIE DE DEPOTS

163. Le mécanisme de garantie de dépôts n'est formé que des établissements agréés en qualité de banque. Seules les banques doivent donc faire partie de ce mécanisme et l'article 150 de la loi du 11 juillet 2016 ne prévoit aucune exception. Toutes les banques doivent y adhérer sans considération de leur

<sup>103</sup> Stoufflet : La garantie des dépôts bancaires en France : Réflexions à la suite de l'arrêt de la Cour de Paris du 13 décembre 1993, Rev. de droit bancaire et de la bourse, janvier-février 1994, p. 5.

- De Boissieu : Cadre réglementaire et stabilité du système bancaire, Rev. Banque : juillet-août 1994, p. 40.

<sup>104</sup> Travaux préparatoires : J.O.R.T. n° 36 du 19 juin 2001, p. 2224.

objet. Ainsi les succursales étrangères implantées en Tunisie se trouvent dans l'obligation de faire partie du mécanisme de garantie des dépôts dès lors qu'elles ont le statut de banques.

Selon l'article 153 de la loi du 11 juillet 2016, c'est la Banque Centrale de Tunisie qui constate l'indisponibilité des fonds. Il ressort de cette disposition que, pour que le mécanisme de garantie de dépôts puisse entrer en jeu, il faut la réunion de deux conditions cumulatives, à savoir l'indisponibilité des fonds et la constatation de cet état par la Banque Centrale de Tunisie.

Lorsqu'elle aura constaté l'indisponibilité des fonds, la Banque Centrale fixe le montant d'indemnisation, les modalités ainsi que les délais dans lesquels cette indemnisation doit intervenir<sup>105</sup>.

165. Depuis la loi de juillet 2016, le médiateur bancaire peut être une personne physique ou une institution personnelle morale puisque l'article 197 de ladite loi distingue entre l'organe qui est appelé à être constitué auprès de l'association professionnelle des banques et le médiateur personnel physique désigné par les banques et les établissements financiers.

Une convention établie entre l'institution financière ou la banque et le médiateur fixe les contours des obligations des parties telles que la rémunération, la durée de la mission et les conditions de résiliation de la convention. Mais, il est utile de

<sup>105</sup> Fernandez-Bollo : Structures, réglementation et contrôle public des professions bancaires. Jurisclasseur, Fasc. 60. P. 42.

## CHAPITRE III

### LE MEDIATEUR BANCAIRE

**164.** La loi bancaire du 11 juillet 2016 abrogeant la loi de 2001 prévoit dans son article 187 une obligation à la charge des banques de désigner un médiateur bancaire qui peut être désormais un organe ou une institution ou une personne physique.

L'étude du médiateur bancaire requiert l'examen de sa désignation (**Section I**) ainsi que de sa mission (**Section II**).

#### SECTION I : LA DESIGNATION DU MEDIATEUR BANCAIRE

**165.** Depuis la loi de juillet 2016, le médiateur bancaire peut être une personne physique ou une institution personne morale puisque l'article 187 de ladite distingue entre l'organe qui est appelé à être constitué auprès de l'association professionnelle des banques et le médiateur personne physique désignée par les banques et les établissements financiers.

Une convention établie entre l'institution financière ou la banque et le médiateur fixe les contours des obligations des parties telles la rémunération, la durée de la mission et les conditions de résiliation de la convention. Mais, il est utile de préciser que le médiateur ne doit être lié à l'établissement qui l'a

désigné par aucune autre mission rémunérée comme la « relation de travail » prévue par l'article 4 du décret 1881 de 2006 qui renvoyait, d'ailleurs, à l'article 23 de la loi de juillet 2001, concernant les incompatibilités entre les fonctions. Il est certain que la combinaison de l'article 4 du décret n° 1881-2006, et la loi bancaire de 2016 permet d'affirmer que ces incompatibilités sont relatives aux relations et rapports de travail présents. L'idée est confirmée par l'emploi, par l'article 4 du décret sus-indiqué, du verbe « lier » au présent de l'indicatif. De ce fait, un ancien salarié, ou un ancien cadre d'un établissement financier ou de banque, peut être désigné en qualité de médiateur.

## SECTION II : LA MISSION DU MEDIEATEUR BANCAIRE

166. Le médiateur a pour mission de trouver et de proposer les solutions des litiges opposant le client à son banquier. Toutefois, le médiateur ne peut se saisir d'office ni être saisi directement. Le client doit présenter un recours à sa banque ou à l'organe constitué auprès de l'association professionnelle des banques qui doit répondre.

Le médiateur, après instruction de la plainte et après avoir effectué les investigations nécessaires, émet un avis qu'il se doit d'adresser à l'établissement bancaire ou financier et au plaignant. Il est, cependant, utile de préciser que l'avis émis par le médiateur ne lie pas les parties et que, conformément à l'article 13 du décret 1881-2006, « les constatations et les déclarations qui

peuvent être effectuées ou recueillies à l'occasion de la médiation ainsi que l'avis du médiateur ne peuvent être invoqués devant la justice ». Le médiateur n'est pas un arbitre et n'est pas, forcément, un juge ; il essaie de raisonner les parties et de les amener à une solution du litige les opposant et ne dispose à leur égard que d'une autorité morale.

## CHAPITRE IV

### LES BANQUES NON RESIDENTES

**167.** Les banques non résidentes sont aussi appelées banques off shore. La Tunisie a choisi d'être un pays hôte encourageant l'installation des étrangers dans le cadre d'un arsenal législatif tendant à permettre l'investissement extérieur. La suite logique de cette politique consistait dans la création de banques non résidentes appelées à opérer avec des non-résidents.

**168.** Concernant les conditions d'exercice de cette activité bancaire par les non résidents, le législateur a prévu dans l'article 1er de la loi du 6 décembre 1985 que « les personnes morales constituées en la forme de Sociétés Anonymes de droit tunisien ainsi que les établissements en Tunisie des personnes morales ayant leur siège social à l'étranger peuvent être admis à l'exercice de toute activité financière et bancaire en Tunisie dans les conditions fixées par la présente loi»<sup>106</sup>.

**169.** En outre, ces banques ont une activité principale qui consiste à recevoir des dépôts et à accorder des crédits ; mais ces opérations sont essentiellement faites avec les non-résidents, comme le prévoit la loi de 1985. Toutefois, l'article 7 de la même loi permet aux résidents d'avoir des comptes de dépôt dans les

<sup>106</sup> Loi 85-108 du 6 décembre 1985, J.O.R.T. 1985, p. 1625.

banques off shore, à la condition d'obtenir, au préalable, l'autorisation de la Banque Centrale de Tunisie. En vue d'encourager l'installation de cette catégorie de banques en Tunisie, le législateur leur accorde un régime fiscal avantageux.

## TITRE I

# DEUXIEME PARTIE

## LES PRESTATIONS FOURNIES PAR LES BANQUES

170. Les banques sont considérées depuis la loi de juillet 2001, abrogée par la loi de juillet 2016, comme des établissements de crédit. A ce titre, elles fournissent de multiples services à leur clientèle. Leur fonction essentielle étant l'allocation de crédits (**Titre I**), elles jouent un rôle économique majeur dans la tenue de comptes (**Titre II**) ainsi que dans la gestion de moyens de paiement (**Titre III**).

## TITRE I

### LES OPERATIONS DE CREDIT

171. La fourniture du crédit est un attribut du service bancaire. La banque intervient à plusieurs titres dans le financement des activités économiques. Pour soutenir sa clientèle elle fournit des garanties à première demande (**Chapitre I**), intervient lors du crédit documentaire (**Chapitre II**), alloue des crédits (**Chapitre III**) et participe à la mobilisation des crédits grâce à l'escompte (**Chapitre IV**).

Cependant, la loi de juillet 2016, relative aux banques et aux établissements financiers, consacre, pour la première fois, des opérations de financement Islamique (**Chapitre V**).

## CHAPITRE I

### LA GARANTIE A PREMIERE DEMANDE

172. Depuis une trentaine d'années, s'est multipliée dans les relations commerciales à propos des contrats de vente, de fournitures et de service privés ou publics, une nouvelle forme de garantie imposée par les acheteurs et les bénéficiaires de prestations, appelée garantie à première demande.

En vertu de cette dernière, le garant s'engage strictement à verser une somme d'argent sur simple demande adressée par le bénéficiaire avec ou sans production de documents limitativement énumérés. C'est là la technique de la garantie à première demande encore appelée garantie autonome ou garantie indépendante.

173. Ainsi, la garantie à première demande peut être définie comme « l'engagement pris par le garant, généralement un banquier, sur demande du donneur d'ordre, à payer au bénéficiaire désigné une somme d'argent déterminée »<sup>107</sup>.

<sup>107</sup> Berlioz : Les garanties dans les relations économiques internationales, J.C.P. 80, éd. C.I. II. 13324.

-Boulez : Une sûreté nouvelle : La garantie à première demande. Son application dans les rapports entre bailleur et preneur. Rev. Administr. Décembre 1996, p. 8.

-Gavalda et Stoufflet : La lettre de garantie internationale, R.T.D. Com. 1980, p.9.

- Rives-Lange : Les garanties indépendantes et le rôle des banques, Banque 1987, p.11.

très utilisée dans le commerce international, la garantie à première demande trouve aussi un terrain d'élection dans la pratique des marchés publics. Dans ce cadre, la conclusion d'un marché peut donner lieu à la signature de plusieurs garanties qui correspondent, chacune, à une étape de la réalisation dudit marché. Ainsi, comme on peut le remarquer<sup>108</sup>, toutes ces garanties sont délivrées par le banquier garant qui s'engage à payer dès que la demande lui aura été faite par le bénéficiaire.

174. Apparue aux Etats Unis d'Amérique où elle est très pratiquée puis en France aux alentours des années 70, la garantie à première demande consacrée, comme une technique de garantie internationale, s'est aussi révélée sur le plan du droit interne<sup>109</sup>.

En droit tunisien, deux textes ont consacré la garantie indépendante, avant même la promulgation du code des marchés publics, par le décret du 17 décembre 2002 abrogé par le Décret du 7 mars 2014. On reste, cependant, surpris par la formulation de l'article 112 dudit décret qui continue à employer l'expression «cautionnement» pour se référer à la garantie à première demande. Pourtant, l'intention du législateur est claire puisque l'article 112 prévoit que le paiement se fait à la première demande écrite et la caution solidaire ne peut exciper d'aucun

<sup>108</sup> Idem.

<sup>109</sup> Loussouarn : Les sûretés personnelles traditionnelles en droit international privé, in Les sûretés. Colloque de Bruxelles, F.E.D.U.C.I. 1984, p. 431.

- Rives-Lange : Les engagements abstraits pris par le banquier, Banque 1985, p.902.

- Taoufik Ben Nasr : Ombres et lumières sur la garantie à première demande en droit interne, Revue Tunisienne de Droit, 2002.

éléments de la garantie indépendante soient réunis dans ce texte, à savoir le paiement à la première demande, l'interdiction de différer le paiement et l'absence du pouvoir de contestation, les termes employés traduisent, sans doute, une confusion dans l'esprit des rédacteurs de l'article 112 du décret sus-indiqué<sup>110</sup>.

Mais ce n'est pas la première fois que le terme « caution » est utilisé par le législateur, puisque le décret de 1989 et la loi de 1985 employaient déjà le même terme. En effet, l'article 19 de la loi numéro 85-73 du 20 juillet 1985 relative aux marchés des entreprises publiques à caractère industriel et commercial et qui demeure toujours en vigueur, énonce clairement que « le cautionnement ainsi que la retenue de garantie peuvent être

<sup>110</sup> V. Loi n° 85-73 du 20/7/1985 relative aux marchés des établissements publics à caractère industriel et commercial et des sociétés dans lesquelles l'Etat ou les collectivités publiques locales détiennent directement ou indirectement une participation au capital, JORT 1985, p. 961.

- Décret 89 - 442 du 22 avril 1989, JORT 1989, modifié par le décret, 94. 1892 du 12 -9-1994, JORT 1994, p. 1527. Aux termes de l'article 1 du décret du 22/4/89 portant réglementation des marchés publics, ces marchés sont «des contrats écrits passés par l'Etat, les collectivités publiques locales, les établissements publics à caractère administratif ou les entreprises publiques...».

En droit comparé, la garantie à première demande est née de la pratique, il n'y a point de réglementation. Cependant, l'article 144 du code des marchés publics français emploie lui aussi le terme «caution», V. Rives-Lange, *Ouvrage précité*, n°663.

Sur l'interprétation du terme «caution» dans le décret du 22 avril 1989 ci-dessus, V. Tribunal de première instance de Tunis, jugement n° 85702 du 29 juin 1994, *Inédit*.

- Voir aussi, C.A. de Tunis, arrêt n° 24634 du 16 octobre 1996, R.T.D. avec les commentaires de Taoufik. Ben Nasr, précités, R.T.D. 2002.

- Décret n° 3158 — 2002 du 17 décembre 2002 relatif à la réglementation des marchés publics, JORT du 20/12/2002, p. 3676 ; Décret 1039-2014 du 7 mars 2014, JORT, p. 629.

l'entreprise sans qu'il soit besoin de prouver un manquement ou une faute du titulaire... ».

175. Toutefois, il faut remarquer que, malgré l'essor de l'institution de la garantie indépendante dans les relations internationales, sa réglementation est demeurée «embryonnaire» et ses contours sont restés tout de même mal définis. Dans cet ordre, il faut rappeler l'essai de la chambre de commerce internationale qui a préparé, depuis 1978, des règles uniformes pour les garanties contractuelles. Mais, trop protectrices des intérêts des exportateurs, ces règles ne répondaient pas aux données du commerce international dominé par les acheteurs. De ce fait, elles n'ont pas été appliquées, mis à part quelques rares cas<sup>111</sup>.

L'échec de ces règles uniformes a amené la Chambre de Commerce Internationale, après quelques années, à préparer un nouveau projet de réforme ayant pour ambition de remplacer les règles applicables aux garanties indépendantes. Ainsi, ont vu le jour les règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande. N'ayant aucun caractère obligatoire, cette nouvelle réglementation s'applique «à toute garantie sur demande et à tout amendement à celles-ci qu'un garant a reçu l'ordre d'émettre et qui stipule qu'elle est soumise aux règles uniformes relatives aux

<sup>111</sup> Paris, 13 décembre 1984, Revue Banque, 1985, p. 93.

garanties sur demande de la Chambre de Commerce Internationale»<sup>112</sup>.

La garantie à première demande est une opération triangulaire. Elle met en présence un garant, souvent une banque, le bénéficiaire de la garantie et le client du garant, appelé donneur d'ordre. A la base de cette relation constituée par la garantie autonome, il y a un contrat de vente ou de prestation de service qui lie le bénéficiaire au client. Ainsi, remarque-t-on l'existence de deux rapports. Le premier régit la relation du bénéficiaire et du client et l'autre réglementant la relation du garant avec le bénéficiaire. Le premier est appelé rapport de base alors que le second constitue l'engagement à première demande. La juxtaposition de ces deux rapports permet de s'interroger sur l'influence de chacun quant à la validité de l'autre. En d'autres termes, ces rapports superposés sont-ils dépendants et peuvent-ils exister sans considération des circonstances dans lesquelles les deux engagements ont été souscrits ?

Les choses se compliquent un peu plus, car la conclusion d'un marché, même dans un cadre interne, peut donner lieu à la

<sup>112</sup> Ces règles uniformes de la CCI ont été approuvées le 3 décembre 1999.  
- Voir sur la question, Simler, Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande, Petites affiches, 13 mai 1992, p. 25.  
- Voir aussi, Piédelièvre S., Remarques sur les règles uniformes de la Chambre de Commerce Internationale relatives aux garanties sur demande, Rev. Trim. Dr. Com. 1993, p. 17 et suivantes.  
- L'assemblée générale des Nations Unies a adopté le 11 décembre 1995 la convention sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit Stand-By. La Tunisie a adhéré à cette convention par la loi n° 98-67 du 4 août 1998, J.O.R.T. 1998 du 11 août 1998 n° 64, p. 1735.

demande qui correspondent chacune à une étape du marché. Tous ces engagements, délivrés à des stades différents de l'exécution des marchés, peuvent être fournis par un seul banquier qui se trouve tenu du paiement du fait de sa seule signature.

176. La garantie à première demande a pu être assimilée à une délégation imparfaite ; le donneur d'ordre délèguerait son obligation, en tout ou en partie, au garant tout en demeurant responsable avec lui.

Le rapprochement entre ces deux institutions pourrait être trouvé dans le caractère autonome de l'engagement du délégué et du garant dans le cadre de la garantie indépendante. Cependant, ce parallélisme s'estompe car le droit tunisien ne conçoit pas l'autonomie de la délégation. L'article 234 du C.O.C. énonce à cet effet que « le débiteur peut opposer au nouveau créancier tous les moyens et exceptions qu'il aurait pu opposer au créancier délégué, même celles qui sont personnelles à ce dernier ».

177. C'est avec le cautionnement que le rapprochement de la garantie à première demande est le plus évident. En effet, le cautionnement est défini par l'article 1478 du C.O.C. comme étant « un contrat par lequel une personne s'oblige envers le créancier à satisfaire à l'obligation du débiteur, si celui-ci n'y satisfait pas par lui-même ». Mais il ne faudrait tout de même pas exagérer les similitudes. En effet, alors que la caution s'engage à payer la dette d'autrui, son engagement, étant accessoire à

l'engagement du garant, a un objet distinct de l'objet de l'obligation principale ; il constitue un engagement indépendant et non pas subsidiaire. Ainsi, convient-il d'étudier, successivement, l'émission de la garantie (**Section I**) et sa mise en oeuvre (**Section II**).

## SECTION I : L'EMISSION DE LA GARANTIE INDEPENDANTE

178. La caractéristique principale de la garantie réside dans la force obligatoire de l'engagement du garant. L'étude de la nature juridique de cette institution (§1) ainsi que de son contenu (§2) nous permettra de vérifier ce constat.

### §1 : LA NATURE JURIDIQUE DE LA GARANTIE

179. L'engagement du banquier dispensateur de la garantie s'intègre dans un rapport triangulaire formé par un groupe de contrats ; ces rapports de droit servent de cause à d'autres rapports du même groupe.

Par souci de protection du bénéficiaire, les parties cherchent à dissocier l'engagement du banquier des autres rapports de droit. Celui-ci serait donc indépendant à la fois du rapport qui unit le banquier avec le donneur d'ordre comme de celui qui lie le donneur d'ordre au bénéficiaire. L'autonomie des engagements en présence (A) conduit à se demander sur la cause de l'engagement du garant (B)<sup>113</sup>.

<sup>113</sup> V. Contamine - Raynaud : Les rapports entre la garantie à première demande

## A- L'indépendance de l'engagement du banquier

180. L'engagement du banquier trouve sa cause, normalement, dans les autres rapports de droit et, de façon plus précise, dans le contrat fondamental. Cependant, cette situation ne convient pas au bénéficiaire puisqu'elle affaiblit l'engagement du banquier, celui-ci pouvant opposer au bénéficiaire les exceptions tirées des autres rapports de droit.

De ce fait, pour assurer la sécurité du bénéficiaire et pour donner plus de force contraignante à l'engagement du banquier, il convient de le séparer du rapport fondamental, c'est-à-dire, le détacher de sa cause, de telle manière qu'il forme un engagement autonome. Cette dissociation est-elle, cependant, possible en droit tunisien et quel serait alors son fondement ?

181. En droit tunisien, l'engagement du banquier dispensateur de la garantie trouvait son fondement dans l'article 30 du décret n° 89-442 du 22 Avril 1989 portant réglementation des marchés publics qui prévoyait une garantie abstraite au profit du maître de l'ouvrage.

L'article 112 du décret 1039-2014 portant réglementation des marchés publics prévoit que le versement est fait à la première demande écrite de l'acheteur public sans que la caution puisse différer le paiement ou soulever de contestation, pour quelque motif que ce soit, et sans qu'il soit besoin d'une mise en

---

et le contrat de base en droit français, Mélanges Roblot, p. 413.

demeure ou d'une démarche administrative ou judiciaire quelconque.

L'engagement abstrait du banquier est ici reconnu par un texte. En l'absence d'un texte, la promesse abstraite peut trouver son fondement dans la volonté des parties<sup>114</sup>. En effet, rien n'interdit aux contractants d'user de leur liberté contractuelle pour définir autrement la cause de l'engagement de garantie et en réduire la portée. Par le libellé de l'engagement, les contractants coupent le lien causal qui, au sein du groupe de contrats, rattache naturellement l'engagement du banquier à l'un des rapports de droit.

Le banquier garant s'engage donc à exécuter son obligation dans les conditions prévues par les parties sans pouvoir alléguer une quelconque défense de payer émanant du donneur d'ordre pour quelque motif que ce soit. Les exceptions tirées des autres rapports de droit, et notamment du contrat de base, sont inopposables au bénéficiaire.

Le tribunal de première instance de Tunis a jugé que, dès le moment où le banquier s'est engagé à payer les montants de la garantie à première demande au bénéficiaire, il est surabondant de faire intervenir l'entreprise garantie au procès puisque

---

<sup>114</sup> Rives-Lange : Les engagements abstraits pris par le banquier, Banque 1985 p. 902 et s.

- C.A. de Tunis, Arrêt n° 12154 du 14 juillet 1994, *Inédit*.

- Cass. TN : 47628 du 28 juin 1995, *Inédit*.

l'engagement du banquier est un engagement direct à l'égard du bénéficiaire.

Pour le tribunal de Tunis, il n'est ni nécessaire ni même utile d'écouter le donneur d'ordre en raison des caractéristiques de la garantie autonome qui représente en elle-même une obligation à la charge du banquier de payer la garantie au bénéficiaire sans report ni retard<sup>115</sup>.

## **B- La cause de l'engagement du garant**

182. Les parties ne peuvent convenir de renoncer à la cause car cela serait contraire à l'article 67 du C.O.C. qui exige l'existence d'une cause licite. Cependant, si les parties ont exclu, par leur volonté, les autres rapports de droit de leur champ contractuel, peut-on dire alors que l'engagement du garant est dépourvu de toute cause ?

Comme le souligne, à juste titre, une partie de la doctrine, on « ne peut dire que le banquier s'oblige pour s'obliger » ; ce qui serait la marque de l'engagement sans cause<sup>116</sup>. Mais, plutôt, l'engagement de garantie du banquier, parce qu'il est autonome, est détaché de sa cause ; et sa validité est fondée sur la promesse faite en toute connaissance par le banquier.

D'autres ont remarqué que la cause n'est plus recherchée dans les autres rapports desquels elle est détachée mais plutôt dans l'engagement lui-même<sup>117</sup>.

Si le contrat de base disparaît à la suite d'une résiliation ou d'une annulation, cette disparition ne dégage pas le banquier de son obligation, car l'existence de la cause s'apprécie au moment de la conclusion de l'engagement ; sa disparition est sans conséquence, dès lors que l'engagement a été pris bien avant.

Finalement, quelle qu'en soit la cause, le garant ne peut se dérober de son obligation en invoquant la nullité ou la résiliation du contrat de base. Mais, si on affirme cette indépendance entre le contrat de garantie et le contrat servant de fondement à l'engagement du garant, peut-on dire, tout de même, que la garantie autonome est dépourvue de cause ?

Il est certain que la cause ne doit pas être recherchée dans le contrat de base. Mais cela ne veut nullement dire que l'engagement autonome est sans cause. Cette dernière demeure sous-jacente au dit engagement, lequel peut d'ailleurs être considéré comme un engagement abstrait. Le droit tunisien reconnaît l'existence de cette catégorie d'obligation en matière d'effets de commerce et notamment dans le droit de la lettre de change. La garantie autonome est donc un engagement abstrait

<sup>115</sup> Tribunal de première instance de Tunis, n° 30434 du 12 décembre 2013, *Inédit*.

<sup>116</sup> Levasseur : La garantie indépendante, Encyclopédie Dalloz.

<sup>117</sup> Rives-Lange : Article précité, *Rev. Banque*, 1985, p. 902.

détache du contrat de base liant le donneur d'ordre au bénéficiaire<sup>118</sup>.

La promesse abstraite du banquier trouve son assise dans les textes, lorsqu'il s'agit d'un marché public, ou dans sa seule volonté de s'engager en dehors du cadre des marchés publics.

**183.** La Cour d'appel de Tunis a fait une juste application des règles gouvernant la garantie à première demande ; et elle a su dégager la distinction essentielle entre cette garantie particulière et le cautionnement de droit commun<sup>119</sup>. La différence se situe au niveau de l'étendue des engagements du garant par rapport à ceux de la caution. Si dans les deux cas il s'agit de payer une dette d'autrui, le garant se trouve, en matière de garantie dépendante, tenu de payer indépendamment de la validité de l'engagement du débiteur garanti. On se trouve ainsi loin de la définition du cautionnement donnée par l'article 1478 du C.O.C. selon lequel, c'est le contrat en vertu duquel la caution s'engage envers le créancier à exécuter l'obligation d'un débiteur principal au cas où ce dernier ne l'exécuterait pas. Les caractères accessoire et subsidaire du cautionnement permettraient au garant de pouvoir opposer toutes les exceptions dont pourrait se prévaloir le donneur d'ordre et de discuter aux lieu et place de ce dernier. Ces caractéristiques du cautionnement videraient, bien entendu, l'institution de la garantie à première demande de tout

<sup>118</sup> Rives-Lange : Les engagements abstraits pris par le banquier, *op. cit.*, p. 902 et s.

<sup>119</sup> Arrêt n° 12154 du 14 juillet, précité.

son intérêt. Dans son arrêt sus-indiqué, la Cour d'appel de Tunis, d'abord, en posant clairement la véritable nature juridique de la garantie à première demande, a mis fin à toute discussion possible puisque la jurisprudence tunisienne a confondu auparavant entre cette garantie et le cautionnement de droit commun<sup>120</sup>. En effet, le Tribunal de première instance de Tunis a appliqué à un litige survenu autour d'une garantie à première demande les règles du cautionnement déclarant qu'« attendu que l'opposant s'est engagé à payer dès la présentation d'une demande écrite et attendu que l'article 1495 du C.O.C. prévoit que la solidarité en matière de cautionnement ne se présume pas, le tribunal rejette l'opposition formulée contre l'injonction de payer sur la base de l'article 14 de la loi du 3 Avril 1980 et l'article 1495 du C.O.C »<sup>121</sup>.

Ensuite, la Cour de Tunis a tranché quant aux discussions qui se sont levées à propos du terme employé par le législateur dans les articles 19 de la loi du 20 Juillet 1985 et 31 du décret d'Avril 1989 relatifs aux marchés publics. Chacun de ces deux textes, traitant de la garantie à première demande, employait le terme caution. Cette confusion, qui n'est qu'apparente, a permis à la banque appelante d'exciper des règles relatives au cautionnement, surtout qu'il est dit dans ledit arrêt que la

<sup>120</sup> C.A. de Tunis, n° 14697 du 24 novembre 2004, *Inédit*.

- Tribunal de première instance de Tunis, n° 11664 du 18 octobre 2003, *Inédit*.

<sup>121</sup> Tribunal de première instance de Tunis, n° 4205 du 1er Février 1984, *Inédit*.

signature apposée par celle-ci était suivie de l'expression «bon pour caution personnelle...».

L'autonomie de la garantie indépendante est bien posée par la Cour de Tunis qui déclare que «la tentative de lier l'engagement du banquier au sort du rapport de base et de l'existence de la créance tend, en fait, à discuter le paiement ; ce qui va à l'encontre de l'engagement expresse pris par le banquier...»! La Cour d'appel rejoint ainsi la position adoptée pour la première fois par la Cour de cassation française qui déclara par deux arrêts rendus, le même jour que «...la garantie à première demande est le substitut d'un dépôt de fonds ou de valeurs que le bénéficiaire aurait pu exiger, mais auquel il a renoncé parce qu'une garantie à première demande lui était accordée ; l'appel à la garantie correspondant dès lors à la demande de constitution a posteriori de ce dépôt...»<sup>122</sup>.

En ajoutant que l'indépendance de la garantie à première demande est fondée sur le but «qui lui a été réservé» et que l'engagement de payer doit être exécuté «sans considération des sommes dûes par l'entrepreneur donneur d'ordre et avant l'arrêt des comptes», la Cour de Tunis a consacré nettement le caractère abstrait de la garantie autonome<sup>123</sup>.

<sup>122</sup> Cass. Com., 20 Décembre 1982, D. 1983, p. 365, note Vasseur.

<sup>123</sup> V. Monique Contanime - Raynaud : Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit français - article précité, p. 413.

- Rives Lange : Les engagements abstraits pris par le banquier. Trav. de l'ass. H.Capitant, TXXXV, p. 301, précité.

- Cour d'appel de Tunis, n° 12154, précité.

mais en tout état de cause, permettre au débiteur, c'est à dire au client du banquier qui est en même temps donneur d'ordre, de se défendre, améliorerait la position du garant. Malgré l'abstraction reconnue à l'engagement du garant, il faut laisser des moyens de défense au donneur d'ordre pour se prémunir contre les bénéficiaires indéliques. Le droit tunisien consacre pourtant l'engagement abstrait en vertu de la lettre de change, mais laisse tout de même la possibilité au tiré et à toute personne actionnée sur la base de la traite d'exciper de la mauvaise foi du débiteur. C'est le principe de l'inopposabilité des exceptions sur lequel repose toute la théorie du droit cambiaire et qui est consacré par l'article 280 du Code de commerce. A « la protection nécessaire du créancier s'oppose une protection minimale, exceptionnelle mais non moins nécessaire du débiteur, tant il est vrai que l'abstraction enlève en protection au débiteur ce qu'elle accorde en sécurité au créancier »<sup>124</sup>. Un équilibre des prestations et des obligations devrait être reconnu afin de ne pas multiplier les abus.

184. La Cour de cassation, à l'occasion d'une garantie à première demande internationale, a déclaré que les principes sur lesquels ce type de garantie est fondé ne heurtent en rien le droit tunisien<sup>125</sup>. Refuser au garant les moyens de se défendre, ruinerait certainement l'institution et les banquiers hésiteraient dorénavant

<sup>124</sup> Rives-Lange : Les engagements abstraits pris par le banquier, Travaux de l'association Henri Capitant, T. XXXV, p. 301.

<sup>125</sup> Cass., Arrêt n°47628 du 28 juin 1995, R.J.L. Fév. 1997, p. 63.

a se porter garants. Pour le comprendre, il suffit de savoir que l'engagement de payer à la première demande du bénéficiaire fait du garant le principal obligé. N'ayant pas fait partie du contrat de base liant le client, donneur d'ordre au bénéficiaire, il ne peut contrôler l'étendue des engagements des parties et en connaît mal l'exécution et «l'évolution des relations entre le bénéficiaire et le débiteur»<sup>126</sup>.

## § 2 : LE CONTENU DE LA GARANTIE

**185.** Les dispositions de la réglementation des marchés publics qui évoquent la garantie indépendante sous le vocable «cautionnement» mises à part, la garantie indépendante n'est pas réglementée en droit tunisien. Pour assurer la sécurité des parties, il faut convenir tout de même que la garantie donnée au profit du bénéficiaire doit contenir certaines mentions.

La pratique tunisienne et la lettre de garantie type préparée par le ministère des finances permettent de dire que les mentions nécessaires à la validité de la garantie autonome sont la désignation des parties (A), l'objet de la garantie (B), le montant garanti (C) et la date d'échéance de la garantie (D).

### A- La désignation des parties

**186.** La garantie indépendante met en présence trois parties. Le banquier garant, le bénéficiaire de la garantie et le

<sup>126</sup> Cabrillac et Mouly : *Ouvrage précité*, p. 313.

donneur d'ordre. Ce dernier était appelé, dans les projets des règles préparées par la chambre de commerce internationale à propos des garanties internationales, le « débiteur principal ». Mais cette appellation a été fort critiquée dans la mesure où dans certaines garanties, telles que la garantie de soumission, il peut y avoir un engagement sans qu'il y ait eu nécessairement une obligation contractuelle.

Il est indéniable que la lettre de garantie contienne le nom du garant. C'est à celui-ci que le bénéficiaire devra s'adresser pour demander le paiement des sommes garanties.

**187.** Le donneur d'ordre est le client du banquier qui s'engage, en vertu d'un contrat de base, à fournir une prestation, telles, l'exécution de travaux ou l'exportation d'une marchandise dans le cadre d'une vente internationale.

**188.** La garantie doit aussi désigner le bénéficiaire. C'est la personne ou l'institution au profit de laquelle le garant a pris l'engagement. La désignation du bénéficiaire est obligatoire car, dans le souci d'assurer la sécurité de toutes les parties en présence, on ne peut concevoir l'existence d'une garantie à première demande au porteur.

### B- L'objet de la garantie

**189.** Dans la lettre de garantie qu'il prépare, le garant doit prendre le soin nécessaire de préciser l'objet de la garantie. L'objet, dans ce cas, consiste à prévoir la nature de l'engagement

soutenir par le banquier en précisant, par exemple, qu'il s'agit d'une garantie de bonne fin, d'une garantie de soumission ou autre engagement.

### C- Le montant garanti

190. A vrai dire, la doctrine spécialisée ne distingue pas, en la matière, entre l'objet de la garantie qui est « la sûreté procurée à son bénéficiaire au moyen de l'engagement de payer qu'elle implique » et l'objet de l'obligation qui est, quant à lui, l'engagement de payer une somme d'argent au bénéficiaire<sup>127</sup>.

Cet objet doit être déterminé ou déterminable conformément au droit commun des contrats ; sinon l'engagement est susceptible d'être annulé. Cette exigence constitue la distinction essentielle entre le cautionnement et la garantie indépendante. Alors que dans le cautionnement les montants garantis peuvent être délimités par référence à l'engagement du débiteur principal, en matière de garantie à première demande les sommes garanties doivent être précisées dans la lettre d'engagement<sup>128</sup> ; ce qui présente une garantie considérable pour le garant.

<sup>127</sup> Simler : *op. cit.*

- Prûm : Les Euros-garanties : JCP 1987, éd. E. II. 15008.

-Tandeau de Marsac: Le paiement et ses garanties dans la vente internationale des biens mobiliers corporels, DPCL, 1980, p. 149.

<sup>128</sup> Sur l'obligation d'indiquer la monnaie en laquelle la garantie est libellée dans les garanties autonomes internationales, V. Stoufflet : La garantie à première demande, Jurisclasseur, Banque et Crédit. Fasc. 610.

- Cass. Française, Chambre commerciale, 21 juin 1988, Bull. civ. IV, n°213.

### D- La date d'échéance de la garantie

191. La garantie à première demande est un engagement pris par le garant de payer une somme d'argent à une date déterminée. Celle-ci peut constituer un événement qui correspond dans ce cas à la durée de validité<sup>129</sup>. Mais si la date d'effet de l'engagement ne pose pas de difficultés pratiques et théoriques évidentes, l'échéance de la garantie à première demande est très importante car l'on ne peut concevoir qu'un garant, ou toute autre personne, puisse rester éternellement engagé. Dans l'arrêt de la cour d'appel de Tunis ci-haut cité, la banque du donneur d'ordre qui a émis la garantie avait soutenu que les engagements de payer qui fondent la demande du bénéficiaire ne comportaient pas d'échéance et qu'ainsi ils étaient nuls. La Cour de Tunis n'a pas trouvé d'intérêt à répondre au motif soulevé par la banque appelante et s'est retranchée derrière le principe de l'autonomie de la garantie à première demande. Cette position, même si elle est conforme à l'esprit de l'institution, présente des inconvénients majeurs et appelle certaines réflexions

192. La durée de validité de la garantie indépendante a divisé la doctrine et se présente comme l'une des questions les plus « irritantes » en la matière. L'engagement de payer à la première demande du bénéficiaire est obligatoirement pris par

<sup>129</sup> V. Rives-Lange : *Ouvrage précité*, n° 673 et suivants.

-Thierry Bonneau : Droit bancaire, Editions Montchrestien, Paris 1994, p.385.

écrit ; c'est ce qui ressort de l'article 21 des règles uniformes en matière de garanties contractuelles. En tant que tel, il est évident que le contrat de garantie renferme une date limite de validité. Mais il se trouve que certains auteurs s'opposent à toute date fixant la validité dans le temps de la garantie et on estime même qu'elle n'a aucune valeur. Ainsi, a-t-il été constaté «le maintien en force de la garantie jusqu'à main-levée expresse ou restitution de l'acte original de garantie»<sup>130</sup>. On a pu aussi soutenir que lorsque une date limite est prévue, il faut en tirer tout simplement que l'appel de la garantie, pour être valable, doit intervenir avant cette date, tout en ajoutant que cette échéance peut être une date fixe et déterminée, comme elle peut consister en un évènement en prévoyant par exemple, dans le texte de la garantie, que celle-ci prendra fin lorsque le banquier garant aura entre les mains les documents.

Force est de remarquer que la doctrine comparée relève que, de façon générale, le bénéficiaire de la garantie a souvent intérêt à prolonger la date de l'appel de celle-ci dans la mesure où il veut prendre les délais nécessaires pour exécuter ses obligations<sup>131</sup>. Dans ce cas, il est clair que l'absence d'échéance conduit à laisser la durée de l'engagement de payer à première demande à la discrétion du bénéficiaire qui ne l'appelle qu'à la date qui lui conviendrait. De la sorte, un pouvoir discrétionnaire

<sup>130</sup> Rives-Lange : *Ouvrage précité*, p. 725.

<sup>131</sup> V. Yves Pouillet : *Droit et pratique du commerce international*, Sept. 1979, p.448 et s.

est reconnu à ce dernier qui pourrait faire de la garantie un engagement à durée indéterminée ; ce qui rendrait le garant, éternellement engagé.

En plus, le fait de ne pas exiger une échéance fixe pour la validité de la garantie à première demande a fait que l'on assiste à une multitude de clauses qui font dépendre la validité de l'engagement du garant de la seule volonté du bénéficiaire. Ainsi, a-t-on constaté l'existence d'une clause «subordonnant à une décharge accordée par le bénéficiaire, l'extinction de la garantie»<sup>132</sup>. Cette pratique, en plus de son caractère léonin, constitue en fait une possibilité incontrôlable pour le bénéficiaire de prolonger la garantie.

Le problème a été soumis à la cour d'appel de Tunis, mais malheureusement celle-ci a éludé le moyen tiré de l'article 138 du code des obligations et des contrats dont a excipé le garant<sup>133</sup>. Selon cet article, «l'obligation est nulle lorsque le terme a été remis à la volonté du débiteur ou dépend d'un fait dont l'accomplissement est remis à sa seule volonté ».

Aussi, faut-il préciser que la garantie à première demande est un engagement et en tant que tel, il doit obéir à des conditions de fond dont, notamment, la durée puisque toute obligation doit être limitée dans le temps, car il est unanimement admis que les

<sup>132</sup> Gavalda et Stoufflet : *La lettre de garantie internationale*, Revue trimestrielle de droit commercial, 1980, p. 18.

- Voir aussi, T'Kint (F) : *Ouvrage précité*, n° 861.

<sup>133</sup> Cour d'appel de Tunis, Arrêt n° 24634, précité.

rappports contractuels ne peuvent être perpétuels. Il est aussi de mise que cette interdiction des engagements illimités dans le temps est fondée sur l'ordre public<sup>134</sup>. Mais, même si l'on ne trouve nulle part la consécration expresse de ce principe, nombreux sont les textes qui interdisent la perpétuité des engagements contractuels. Ainsi en est-il du contrat de louage de services qui, selon l'article 832 du C.O.C., doit être limité dans le temps ou du contrat de louage de choses prévu par l'article 727 du C.O.C.

Il est certain que l'engagement du garant de payer à première demande sans pouvoir opposer aucune exception est d'une extrême rigueur; ce qui donne à l'échéance de l'engagement une acuité particulière. Mais en plus, la date d'expiration de la garantie est très importante, car elle produit des effets sur l'engagement des parties en cause. Ainsi, c'est à compter de cette date que les commissions auxquelles est tenu le donneur d'ordre ne sont plus dûes, de même que le garant n'est plus tenu à l'égard du bénéficiaire.

## SECTION II : LA MISE EN JEU DE LA GARANTIE INDEPENDANTE

193. Lorsque l'échéance fixée dans l'engagement de garantie est arrivée ou que l'événement convenu est réalisé, le bénéficiaire s'adresse au garant pour lui demander le paiement

<sup>134</sup> Carbonnier : Droit civil : Les obligations, Thémis 1996, n° 361.

des sommes objet de garantie. On dit alors que le bénéficiaire appelle la garantie.

L'appel, en principe, n'est soumis à aucune formalité, sauf, lorsque la lettre de garantie stipule une forme ou une procédure d'appel. Parfois, il est prévu un mode d'appel, comme une demande écrite présentée par le banquier du bénéficiaire au garant. Parfois encore, il est stipulé qu'une demande par télécopie est suffisante pour provoquer le garant et lui solliciter le paiement.

Il faut, tout de même, observer que la pratique en Tunisie consacre l'appel par exploit d'huissier qui sert, en même temps, de sommation et de preuve de l'appel dans le cas où le bénéficiaire se trouverait face à un garant récalcitrant. Mais ce dernier doit-il s'exécuter sans en référer à son donneur d'ordre ?

Le principe en la matière est la neutralité du garant vis-à-vis de toutes les parties en vertu de l'indépendance de la garantie à première demande. Il suffit que l'appel soit fait conformément aux conditions stipulées, comme par exemple l'envoi des documents pour le cas de la garantie documentaire, pour que le garant soit astreint d'exécuter ses obligations.

En vertu de ces règles le garant ne doit opposer aucune exception et son retard dans l'exécution du paiement l'expose aux poursuites en paiement et à des dommages et intérêts<sup>135</sup>.

<sup>135</sup> Cass. Française : 20 déc. 1982, D.S. 1983, p. 365. Note Vasseur.  
- Paris : 29 janvier 1981, D.S. 1981, p. 336.

Le garant est-il, tout de même, tenu d'informer le donneur d'ordre, ou le contre garant s'il en est ? L'autonomie de la garantie indépendante l'en dispense sauf s'il a été informé d'un abus<sup>136</sup>. Mais la pratique prouve que, dans le souci de sauvegarder les relations de confiance entre le garant et le donneur d'ordre, les banques informent les clients et ceci dans le but, aussi, de leur permettre de s'opposer au paiement au cas où ils auraient des raisons de le faire. Le garant se trouve donc dans l'obligation de payer (§1), mais cet engagement n'est pas sans limites (§2).

#### §1 : L'OBLIGATION DE PAYER DU GARANT

194. La garantie n'est en aucun cas automatique, c'est-à-dire, que le bénéficiaire doit demander le paiement au garant. Cette demande faite à l'initiative du bénéficiaire peut porter sur la totalité ou sur une partie seulement des montants qu'il s'est engagé à garantir.

195. En plus, en vertu du principe d'indépendance de la garantie à première demande, le garant ne peut exciper d'aucune exception tirée du contrat de base pour refuser le paiement au bénéficiaire. L'engagement du garant est soumis aux seules conditions prévues dans la lettre d'engagement. Cette dernière, qui renferme les conditions et l'étendue de la garantie, constitue un contrat.

- Trib. Com. Paris, 15 fév. 1984, D.S. 1984, p. 205 et RTD Com. 1984, p. 504, obs. Cabrillac et Teyssié.

<sup>136</sup> Nantes, 22 sept. 1983, D.S. 1984, p. 202, obs. Vasseur.

Cette obligation est, cependant, personnelle et, à ce titre, le garant ne se trouve engagé qu'à l'égard du bénéficiaire ; et la transmission de la garantie ou son endossement ne peuvent être concevables au regard de l'intuitus personae qui caractérise l'engagement du garant<sup>137</sup>. Cela implique aussi que le garant est tenu de payer sans retard, car l'indépendance de la garantie signifie qu'il s'engage à titre principal envers le bénéficiaire. Il doit donc payer, à la première demande écrite qui lui est présentée, les sommes objet de la garantie et ce, indépendamment du contrat de base réglementant les relations du donneur d'ordre avec le bénéficiaire.

De cette dissociation entre rapport fondamental et engagement indépendant, découle l'inopposabilité des exceptions. Le garant ne peut se prévaloir des vices qui entacheraient le marché objet de la garantie délivrée au profit du bénéficiaire.

La Cour d'appel de Tunis a ainsi jugé qu'il n'est pas possible de lier l'engagement de la banque au contrat de base et à la validité de la créance du bénéficiaire à l'égard du donneur d'ordre<sup>138</sup>. Tous les moyens tirés des autres rapports de droit ne peuvent être opposés par le garant au bénéficiaire<sup>139</sup>. Il en serait

<sup>137</sup> Mattout : Droit bancaire international, Paris 1987.

- Pourret : Typologie des garanties contractuelles, Les petites affiches, sept. 1982.

<sup>138</sup> Cour d'Appel de Tunis, Arrêt n° 24634 du 16/10/1995, R.T.D. 2001, avec le commentaire de Taoufik Ben Nasr, *op. cit.*

- C.A. de Tunis, n° 14697 du 24 novembre 2004, *Inédit.*

<sup>139</sup> Cass. com. : 20/12/1982, D, 1983, p. 365, 1ère espèce, note Vasseur.

ainsi de la résiliation du contrat régissant les rapports du donneur d'ordre et du bénéficiaire ou, encore, de son inexécution ou de son exécution partielle.

L'intervention du garant par le biais de la garantie à première demande conforte aussi bien la position du bénéficiaire que celle de l'entreprise donneur d'ordre. Alors que le premier est certain du paiement en cas d'inexécution ou d'exécution partielle, le second, sans déposer de fonds, se prévaut du crédit du garant qui, par son engagement, lui confère une confiance et une dignité certaines nonobstant les contre-garanties que ce client a pu consentir au garant. Cette rigueur qui fait de la garantie indépendante une assurance au profit du bénéficiaire doit être nuancée, sinon elle pourrait amener à des situations d'inéquité dans lesquelles le donneur d'ordre serait la victime sans défense.

## §2 : LES LIMITES A L'OBLIGATION DU GARANT

196. La garantie à première demande est fondée sur l'indépendance entre le contrat de base liant le donneur d'ordre au bénéficiaire et l'engagement du garant de payer à la première demande du bénéficiaire.

Des limites ont dû être reconnues à la rigueur de l'engagement du garant. Il s'agit de l'abus manifeste (A), de la fraude (B) et de la procédure en référé (C).

-Cass. com. : 13/12/1983, D, 1984, p. 420, note Vasseur.

-Cass. com. : 10/6/1986, D, 1987, p. 17, 2ème espèce, note Vasseur.

## A - L'abus manifeste

197. La doctrine comparée a incité la jurisprudence à reconnaître l'abus manifeste en tant qu'une limite importante à l'autonomie de la garantie à première demande<sup>140</sup>. On a pu soutenir que l'abus manifeste est une notion plus large qui engloberait la fraude. Il y a abus manifeste dès que l'absence de droit sur la base du contrat liant le donneur d'ordre au bénéficiaire est prouvée. L'abus devant alors être recherché dans les circonstances dans lesquelles l'appel ou le droit de demander paiement est exercé<sup>141</sup>. Il correspond à l'absence de droit au titre du contrat de base. Selon une doctrine autorisée, l'abus manifeste se révélerait lorsque le bénéficiaire aurait demandé paiement après le prononcé définitif par la justice de la nullité du contrat de base ou après résiliation de ce dernier. Il y a abus manifeste «dès lors que l'absence de droit au titre du contrat de base est établie de manière irréfutable»<sup>142</sup>.

Il est donc certain que l'indépendance de la garantie à première demande et son caractère abstrait ne devraient pas laisser au bénéficiaire la possibilité d'en abuser. Selon une

<sup>140</sup> Dubisson : Le droit de saisir les garanties bancaires émises dans les marchés internationaux, J.C.P 1982, éd. C.I. II, 13813.

-Chartier : Evolution de la jurisprudence en matière de garantie à première demande, Banque, 1987, p. 14.

-Gavalda et Stoufflet : *Ouvrage précité*, p. 352.

<sup>141</sup> Stoufflet : La garantie internationale à première demande, Jurisclasseur Banque : Fasc. 610, n°58.

<sup>142</sup> Stoufflet : Observations sous Cass. com., 20 janvier 1987, J.C.P. 87, II, 20764.

formule célèbre, «l'abus pour être retenu doit crever les yeux»<sup>143</sup>. Cependant, n'importe quel moyen présenté par le donneur d'ordre ne peut être considéré comme un abus manifeste. Dans ce cas, l'abus ne peut être admis que sur la base d'un droit qui existait déjà avant l'appel de la garantie. Ainsi, en serait-il lorsque le bénéficiaire demande le paiement des montants garantis par la lettre d'engagement alors que le donneur d'ordre, en réalité, ne lui doit rien.

## B - La fraude

198. Alors que l'abus manifeste est présenté comme étant l'abus de droit, et son absence même, à demander le paiement, la fraude se caractérise par les manoeuvres entreprises par le bénéficiaire à réclamer des montants auxquels il n'a pas droit.

L'adage selon lequel la fraude corrompt tout constitue la base de cette défense<sup>144</sup>. La Cour de cassation française a, depuis longtemps, consacré la fraude comme un moyen mettant obstacle au jeu de la garantie<sup>145</sup>. Cette limite à l'indépendance de la garantie à première demande a toujours été défendue par la doctrine qui estime que «la rigueur de l'engagement bancaire ne doit pas être l'instrument d'une fraude dont peut se rendre coupable le bénéficiaire à l'égard du donneur d'ordre»<sup>146</sup>.

<sup>143</sup> Idem.

<sup>144</sup> Cass. com. : 20 janvier 1987, J.C.P. 1987, Ed. G. II, 20764, obs. Stoufflet.

<sup>145</sup> Cass. com. : 11 décembre 1985, J.C.P., 86, éd. G. II, 20593.

<sup>146</sup> Rives-Lange : *Ouvrage précité*, p. 733.

En plus, l'existence de la fraude, non seulement qu'elle entraîne la libération du banquier de l'obligation de paiement, mais encore lui interdit-elle de payer. Selon la doctrine comparée, le banquier ne saurait dans ce cas débiter le compte du donneur d'ordre dans l'hypothèse où il voudrait payer malgré l'existence de la fraude. S'il paie, c'est qu'il le fait à ses risques et périls<sup>147</sup>.

## C- La procédure en référé

199. La doctrine et la jurisprudence comparées ont reconnu au donneur d'ordre le droit de recourir au juge des référés pour demander que l'injonction soit faite au garant de ne pas payer le montant de la garantie indépendante. C'est donc une mesure provisoire qui tend à protéger le donneur d'ordre et le garant à l'encontre d'un bénéficiaire qui demande un paiement indu ou, en tout cas, auquel il n'a pas droit.

Généralement, c'est le donneur d'ordre qui utilise cette procédure pour qu'il soit interdit au garant de payer ; mais il arrive aussi que c'est le garant qui sollicite cette interdiction dans le cas où l'entreprise garantie aura été mise en faillite ou dissoute et qu'il se trouve dans une situation telle, qu'il doit se défendre directement face au bénéficiaire indélicat qui demande le paiement des sommes garanties.

<sup>147</sup> Rives-Lange et Monique Raynaud : *op. cit.*, p. 832.

formule célèbre, «l'abus pour être retenu doit crever les yeux»<sup>143</sup>. Cependant, n'importe quel moyen présenté par le donneur d'ordre ne peut être considéré comme un abus manifeste. Dans ce cas, l'abus ne peut être admis que sur la base d'un droit qui existait déjà avant l'appel de la garantie. Ainsi, en serait-il lorsque le bénéficiaire demande le paiement des montants garantis par la lettre d'engagement alors que le donneur d'ordre, en réalité, ne lui doit rien.

## B - La fraude

198. Alors que l'abus manifeste est présenté comme étant l'abus de droit, et son absence même, à demander le paiement, la fraude se caractérise par les manoeuvres entreprises par le bénéficiaire à réclamer des montants auxquels il n'a pas droit.

L'adage selon lequel la fraude corrompt tout constitue la base de cette défense<sup>144</sup>. La Cour de cassation française a, depuis longtemps, consacré la fraude comme un moyen mettant obstacle au jeu de la garantie<sup>145</sup>. Cette limite à l'indépendance de la garantie à première demande a toujours été défendue par la doctrine qui estime que «la rigueur de l'engagement bancaire ne doit pas être l'instrument d'une fraude dont peut se rendre coupable le bénéficiaire à l'égard du donneur d'ordre»<sup>146</sup>.

<sup>143</sup> Idem.

<sup>144</sup> Cass. com. : 20 janvier 1987, J.C.P. 1987, Ed. G. II, 20764, obs. Stoufflet.

<sup>145</sup> Cass. com. : 11 décembre 1985, J.C.P., 86, éd. G. II, 20593.

<sup>146</sup> Rives-Lange : *Ouvrage précité*, p. 733.

En plus, l'existence de la fraude, non seulement qu'elle entraîne la libération du banquier de l'obligation de paiement, mais encore lui interdit-elle de payer. Selon la doctrine comparée, le banquier ne saurait dans ce cas débiter le compte du donneur d'ordre dans l'hypothèse où il voudrait payer malgré l'existence de la fraude. S'il paie, c'est qu'il le fait à ses risques et périls<sup>147</sup>.

## C- La procédure en référé

199. La doctrine et la jurisprudence comparées ont reconnu au donneur d'ordre le droit de recourir au juge des référés pour demander que l'injonction soit faite au garant de ne pas payer le montant de la garantie indépendante. C'est donc une mesure provisoire qui tend à protéger le donneur d'ordre et le garant à l'encontre d'un bénéficiaire qui demande un paiement indu ou, en tout cas, auquel il n'a pas droit.

Généralement, c'est le donneur d'ordre qui utilise cette procédure pour qu'il soit interdit au garant de payer ; mais il arrive aussi que c'est le garant qui sollicite cette interdiction dans le cas où l'entreprise garantie aura été mise en faillite ou dissoute et qu'il se trouve dans une situation telle, qu'il doit se défendre directement face au bénéficiaire indelicat qui demande le paiement des sommes garanties.

<sup>147</sup> Rives-Lange et Monique Raynaud : *op. cit.*, p. 832.

200. Il faut reconnaître que cette procédure a été critiquée par une partie de la doctrine qui la considère comme une atteinte au principe de l'inopposabilité des exceptions et partant, à l'autonomie de la garantie à première demande<sup>148</sup>.

Mais cette position est, en elle-même, condamnable dans la mesure où elle peut conduire à des situations préjudiciables pour le donneur d'ordre. En effet, ce dernier peut se retrouver victime d'une résiliation infondée du contrat de base face à un bénéficiaire qui appelle le paiement de la garantie par le banquier. Ces situations sont très fréquentes en pratique surtout dans le cadre des marchés publics. Ainsi, devrait-on reconnaître la possibilité au juge des référés d'ordonner au garant de ne pas payer le bénéficiaire jusqu'à ce que les juges se soient prononcés sur le bien fondé de l'action introduite par le donneur d'ordre ou le garant.

Si la jurisprudence française permet de dégager une position favorable à cette action en référé, la jurisprudence tunisienne a adopté, à un moment donné une position hostile. Cette hostilité de principe, d'ailleurs injustifiée, est fondée sur la rigueur de l'indépendance de la garantie à première demande et sur le rapport de l'action en référé avec le contrat de base, puisqu'en effet, les juges tunisiens estiment que cette action

<sup>148</sup> Rives-Lange et Monique Raynaud : *op. cit.*, p.759.

préjudicie du fond en même temps qu'elle porte atteinte à l'autonomie de la garantie à première demande<sup>149</sup>.

Récemment, une position plus simple semble se dégager dès lors que les raisons avancées pour demander l'interdiction de payer au banquier garant sont sérieuses. Le président du tribunal de première instance a interdit au banquier de payer au motif que la garantie à première demande est indépendante du contrat de base.

Dans une autre affaire, le président du tribunal de première instance de Tunis a enjoint au banquier de ne pas payer le montant de la garantie dans la mesure où le débiteur a été empêché d'exécuter son contrat par l'intervention de tiers qui perturbaient l'avancement des travaux<sup>150</sup>.

<sup>149</sup> Com. 6 Novembre 1990, D. 1991, p. 109 et JCP 91, éd. G, II. 21630.

- Tribunal de première instance de Tunis, Ordonnance de référé n° 11503 du 16/12/2003, *Inédite*.

- Tribunal de première instance de Tunis, ordonnance de référé n° 22691 du 29/9/2004. *Inédite*.

<sup>150</sup> Tribunal de première instance de Tunis, ordonnance de référé n° 36192 du 8 mai 2014, *Inédite*.

-Tribunal de première instance de Tunis, ordonnance de référé n° 37935 du 9 mai 2014, *Inédite*.

## CHAPITRE II

### LE CREDIT DOCUMENTAIRE

201. Le commerce international met en présence des parties appartenant à des systèmes juridiques différents. L'éloignement augmente les risques pour les partenaires. Ainsi en est-il pour le vendeur ou le prestataire de service qui craint le non paiement de sa marchandise ou de son service et pour l'acheteur ou le bénéficiaire qui peut voir l'objet du contrat non exécuté par son vis-à-vis.

Mais, contrairement à la garantie à première demande, le crédit documentaire est exigé par l'exportateur ou le vendeur qui a, souvent, intérêt à se prémunir contre tous les risques inhérents à ces ventes à distance.

L'article 720 du code de commerce définit le crédit documentaire comme étant « un crédit ouvert par une banque à la demande d'un dormeur d'ordre en faveur d'un correspondant de celui-ci et garanti par la possession des documents représentatifs de marchandises en cours de transport ou destinées à être transportées ». Cet article ajoute que « Le crédit documentaire est indépendant du contrat de vente qui peut en former la base et auquel les banques restent étrangères ». C'est donc un instrument de paiement qui permet d'assurer la mise à disposition puis le

paiement d'une somme donnée à condition, bien entendu, que soient respectées les conditions fixées d'avance par les parties<sup>151</sup>.

**202.** A côté de sa fonction en tant qu'instrument de paiement, le crédit documentaire est aussi un moyen de crédit. La banque ouvre sur la demande de son client, acheteur, un crédit et s'engage à ce titre de payer directement au vendeur ou à sa banque les sommes convenues dès qu'il présente les documents exigés.

Le crédit documentaire est réglementé par les articles 720 à 727 du code de commerce. Ces dispositions ont été reprises à partir des règles et usances uniformes préparées par la CCI et inspirées de la pratique internationale de l'époque.

Et si les articles 720 à 727 du code de commerce n'ont pas été modifiés, les règles et usances en matière de crédit documentaire, élaborées pour la première fois en 1933, ont été révisées plusieurs fois et, dernièrement, en 2007<sup>152</sup>.

**203.** Ces règles n'ont, toutefois, force obligatoire que lorsque toutes les parties en présence ont déclaré expressément leur application à leurs rapports respectifs. Cependant, se pose en droit tunisien, un problème qui consiste à déterminer les règles

<sup>151</sup> Puech : Les différentes fonctions du crédit documentaire selon les règles et usances 1983, Rev. De jurisprudence commerciale, n°spécial, Février 1985, p.18.  
- Deliermeux : Les instruments de paiement international, Rev. Dr. Aff. Int. N°181993, p.987.

<sup>152</sup> Doise (D.) : La révision 2007 des Règles et Usances Uniformes Relatives aux crédits documentaires, (RUU 600), Revue de droit des affaires internationales, 2007, n°1, p. 106 et suivantes.

applicables au crédit documentaire lorsqu'il y a une contradiction entre les dispositions des articles 720 à 727 du code de commerce et les règles et usances uniformes en matière de crédit documentaire.

Les tribunaux tunisiens et, notamment, la cour d'appel de Tunis ont affirmé que le code de commerce ne s'applique pas lorsque les parties ont déclaré que leur relations seront régies, dans le cas d'un crédit documentaire, par les règles et usances élaborées par la CCI<sup>153</sup>.

**204.** Le crédit documentaire est une opération qui donne lieu à l'existence de deux rapports juridiques. Le premier concerne la relation de la banque et de son client appelé donneur d'ordre ; le second a trait au rapport né de l'engagement pris par la banque envers le bénéficiaire en vertu du crédit ouvert à son profit.

Ce rapport est fondé à la fois sur l'engagement de payer et sur l'obligation qui pèse sur le bénéficiaire de présenter les documents requis. Ces constatations permettent de dire que ce second rapport est abstrait puisqu'il ne se base que sur la fourniture des documents énumérés par la lettre de crédit. Technique spécifique qui se distingue des autres mécanismes du

<sup>153</sup> Cour d'appel de Tunis, n° 48119 du 9 février 2001, (*Inédit*).

La situation est différente en France où la jurisprudence reconnaît une force normative aux RUU. Ainsi à défaut d'accord exprès, on considère que ces règles s'appliquent en vertu de leur force coutumière.

- Paris, 8 Mars 1976, Rev. de Jur. Com. 1977, p.7.

- Cass. Comm. 14 Octobre 1981. D. 1987.obs.Vasseur, p.301.

droit civil et du droit commercial, le crédit documentaire doit être étudié au niveau de ses modalités (**Section I**), de son fonctionnement (**Section II**) et des obligations qu'il fait naître à la charge des parties (**Section III**).

## **SECTION I : LES MODALITES DU CREDIT DOCUMENTAIRE**

**205.** Le crédit documentaire n'est pas le contrat de vente ou de prestation de service conclu entre le vendeur et l'acheteur. Ce dernier contrat constitue une étape importante de tout le mécanisme. En effet, le vendeur et l'acheteur, dès qu'ils terminent leurs négociations, établissent le contrat de vente dans lequel ils prévoient que le paiement sera fait par crédit documentaire ouvert à la demande de l'acheteur auprès d'une banque. A son tour, la lettre de crédit contient les conditions de paiement, sa durée et surtout les documents qui doivent être fournis par l'acheteur pour obtenir le paiement. Pour mieux présenter le crédit documentaire, il convient d'étudier ses formes (§1) et ses variantes (§2).

### **§ 1 : LES FORMES DU CREDIT DOCUMENTAIRE**

**206.** Le crédit documentaire peut être révocable (A) ou irrévocable (B).

#### **A- Le crédit documentaire révocable**

**207.** Lorsque la banque convient d'ouvrir un crédit documentaire et accède à la demande de son client, l'acheteur,

elle doit en avertir le bénéficiaire et lui préciser que le crédit qu'elle a ouvert est un crédit révocable et qu'elle est en droit de se rétracter à tout moment. Il en découle, nécessairement, que le crédit, appelé aussi accreditif, qui a été signifié au bénéficiaire, lui est notifié, seulement, à titre de renseignement. La banque n'engage pas, dans ce cas, sa responsabilité puisque le bénéficiaire connaît l'étendue de l'engagement du banquier et est à même de mesurer les risques qu'il encourt<sup>154</sup>.

La banque garde toute sa liberté de révocation du crédit révocable ouvert par elle ; et l'article 723 du code de commerce affirme que « le crédit révocable ne lie pas la banque à l'égard du bénéficiaire. Il peut être modifié ou révoqué à tout moment par la banque, soit de sa propre initiative, soit à la demande de son client, sans que le bénéficiaire en soit avisé, à la condition que le droit de modification ou de révocation ne soit exercé ni de mauvaise foi ni à contre-temps ».

La lecture des dispositions de l'article 723 du CCT permet de remarquer qu'une différence fondamentale l'oppose aux R.U.U., En effet, l'article 723 du code de commerce pose une condition importante en exigeant que la révocation ou la modification des termes du crédit documentaire ne doivent pas

<sup>154</sup> Maura Costa, Le crédit documentaire, Etude comparative, LGDJ, 1998. - Bontonx, Le crédit documentaire est-il condamné ? Banque, 1981, p.1142.

-Bourin et Bérard, La confirmation silencieuse des crédits documentaires, Banque et droit, 1995, p.3

-Mattout, Les apports des règles et usances uniformes 500 en droit des crédits documentaires, Banque et droit, 1994, p.3 .

être faite à « contre-temps » ou dans le but de nuire au bénéficiaire.

De ce fait, des contestations peuvent survenir à propos de la définition des conditions de la mauvaise foi et du bien fondé de la rétractation ou de la modification. La liberté reconnue aux parties de résilier le crédit documentaire et d'y renoncer peut être conditionnée et peut constituer une cause de responsabilité selon l'article 723 du CCT. Fondé sur le droit aux parties de revenir librement sur leur décision, ce crédit est d'une pratique assez limitée, contrairement au crédit documentaire irrévocable.

D'ailleurs, prévu par les articles 6 et 8 des R.U.U. 500, le crédit documentaire révocable a disparu des R.U.U. 600.

## **B- Le crédit documentaire irrévocable**

208. Le crédit documentaire irrévocable se présente comme le crédit le plus utilisé en pratique. Le banquier qui ouvre le crédit à la demande du client donneur d'ordre, informe le bénéficiaire de l'ouverture du crédit et des conditions du paiement et prend à son égard un engagement personnel pour la réalisation des termes du crédit documentaire.

Cette information comporte aussi l'engagement du banquier de ne pas annuler le crédit documentaire ni de le modifier sans l'accord exprès des parties. L'article 724 du CC est sans équivoque à cet égard et se trouve de ce point de vue

conforme aux principes qui se dégagent des R.U.U. et spécialement de l'article 10 de la dernière révision.

Aux termes de ce dernier, le crédit étant irrévocable constitue pour la banque émettrice un engagement ferme de payer le crédit. Le vendeur est donc certain de se faire payer le montant du crédit par la banque ou toute autre institution désignée à condition, pour lui, de produire les documents nécessaires exigés dans l'accréditif<sup>155</sup>.

L'engagement du banquier de payer conforte la position du bénéficiaire qui se trouve dans la certitude de recevoir le paiement et ceci, même, indépendamment du contrat de vente appelé contrat de base. Cette originalité de l'engagement du banquier vis-à-vis du bénéficiaire rejaillit obligatoirement sur la nature juridique du crédit documentaire.

D'aucuns, considèrent le crédit documentaire irrévocable comme un contrat conclu entre le donneur d'ordre et la banque qui comprend la promesse du banquier d'exécuter ses engagements indépendamment de l'engagement du client. Cette conception s'est révélée insuffisante dans la mesure où elle ne

<sup>155</sup> Friedel : L'engagement du banquier dans le crédit documentaire irrévocable, Mélanges Hamel, p.546.

-Jasienski : Le crédit documentaire dont le paiement ou le remboursement est assuré par des organismes financiers internationaux, Banque 1987, p.444.

- Cass., Arrêt n° 14661 du 29 mai 2002, Bull. des arrêts de la Cour de cass. 2002, p. 259. « La banque doit payer automatiquement le montant du crédit au bénéficiaire sans attendre l'ordre de paiement émis par le donneur d'ordre ».

rend pas compte des raisons de la naissance d'un engagement du banquier à l'égard d'une tierce personne.

D'autres ont pensé à analyser ces rapports grâce au cautionnement. La banque confirmatrice du crédit au profit du bénéficiaire serait la caution en donnant sa garantie au vendeur, à condition qu'il veuille bien exécuter les obligations qui pèsent sur lui. Mais cette explication ne résiste pas à l'analyse car le cautionnement, qui est un engagement accessoire, disparaît avec l'extinction de l'obligation principale, ce qui n'est pas le cas du crédit documentaire irrévocable qui survit indépendamment du contrat de base.

Enfin, d'autres encore, estiment que le crédit documentaire constitue une délégation. C'est un engagement en vertu duquel le délégant, qui est le client donneur d'ordre, demande au délégataire, en l'occurrence, le vendeur, d'accepter le banquier comme débiteur principal. Mais cette construction est aussi critiquable car le délégataire ne décharge pas son débiteur, l'acheteur, de ses propres obligations.

Le crédit documentaire irrévocable constitue un engagement original et autonome et doit être apprécié par rapport aux garanties qu'il présente puisque le bénéficiaire a un droit direct à l'égard du banquier nonobstant le contrat de base intervenu entre lui et l'acheteur<sup>156</sup>.

<sup>156</sup> Stoufflet : Ency. Dalloz, crédit documentaire, n°36 .

Le crédit documentaire irrévocable peut être confirmé. Dans ce cas, la banque émettrice du crédit assure l'obligation de paiement en même temps que la banque notificatrice qui s'oblige à confirmer le crédit et à en effectuer le paiement si la banque émettrice se trouverait défailtante.

Le crédit documentaire irrévocable présente plus de sécurité pour le vendeur ou le prestataire du service qui, en plus de la confirmation par la banque étrangère, peut exiger la confirmation par un banquier de son pays.

Généralement, les parties en présence prennent le soin de préciser la nature révocable ou irrévocable du crédit documentaire ouvert ; seulement, il peut arriver que cette nature ne soit pas spécifiée.

La solution serait dans ce cas de revenir aux dispositions auxquelles le crédit documentaire fait référence. Si le C.C. est déclaré applicable par les parties, l'article 722 alinéa deuxième prévoit que, « sauf stipulation contraire expresse, tout crédit est considéré comme irrévocable ».

Mais quelle est la solution si les parties ont fait référence aux règles et usances uniformes en matière de crédit documentaire ? Avec la révision 500, la solution était que, devant le silence des parties, le crédit devrait être considéré irrévocable<sup>157</sup>. Seulement, l'article 3 de la révision 600, entrée en

<sup>157</sup> Les tribunaux français exigeaient, auparavant, que le crédit documentaire irrévocable devait être, expressément, spécifié par les parties, Rec. Marseille, 2

vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2007, a levé toute équivoque puisque le crédit documentaire, précise-t-elle expressément, est irrévocable « même s'il n'y a aucune indication à cet effet ».

## §2 : LA DIVERSITE DES CREDITS DOCUMENTAIRES

209. Les crédits documentaires peuvent être employés à des fins différentes. Pour cela, des variantes sont apparues au fur et à mesure de l'épanouissement de cette technique. Les plus importantes sont le crédit à vue (A), le crédit d'acceptation (B), le crédit à clause rouge (C), le crédit renouvelable (D), la lettre de crédit commercial (E) et le crédit transférable (F).

### A- Le crédit à vue

210. Le crédit à vue est la forme de crédit documentaire la plus usitée. Elle est aussi la plus simple. Dans ce cas, le montant de l'accréditif se disponible entre les mains du banquier et le paiement sera effectué par ce dernier dès la remise des documents requis par le vendeur.

Seulement, il faut, tout de même, retenir que, lorsque le paiement est libellé en monnaie étrangère, quelques jours devraient s'écouler du fait de l'opération de transfert.

Juin 1925, S. 1926, p.269 .

- V. aussi, Doise (D.) : Revue de droit des Affaires Internationales, 2007, précitée.

### B- Le crédit d'acceptation

211. Dans le cadre du crédit d'acceptation, vendeur tire une lettre de change sur l'acheteur et lui accorde, de ce fait, des délais pour le paiement.

Cette lettre de change est, par la suite, remise pour acceptation par le vendeur à la banque émettrice ou à son correspondant en même temps que les documents. Le vendeur a ainsi entre les mains une traite acceptée qu'il peut endosser ou escompter s'il ne veut pas attendre l'échéance convenue.

### C-Le crédit à clause rouge « red clause »

212. Le vendeur, dès qu'il obtient l'accord de l'acheteur, peut demander le paiement d'avances sur le prix convenu. Il en est ainsi, du fabricant ou industriel qui doit se préparer pour la livraison d'une commande objet du crédit documentaire.

### D-Le crédit renouvelable

213. Il arrive que le vendeur et l'acheteur conviennent de la livraison de marchandises par tranches successives qui s'étendent dans le temps. Le crédit est renouvelable car le paiement se fait d'une manière automatique et par tranches correspondantes à la valeur de chaque partie livrée à l'acheteur.

Le crédit renouvelable peut revêtir deux formes différentes. Il peut être cumulatif si les montants qui n'ont pas été versés, parce que la marchandise n'a pas été livrée, sont ajoutés aux autres tranches livrées.

Mais le crédit renouvelable peut être spécifié non cumulatif, c'est-à-dire, que les parties peuvent convenir que les montants non utilisés ne peuvent plus être payés<sup>158</sup>.

### **E- La lettre de crédit commerciale**

**214.** La lettre de crédit commerciale est d'origine anglo-saxonne où elle continue à être fort pratiquée. Elle constitue une garantie de paiement. En vertu de cette lettre, la banque émettrice autorise le bénéficiaire à tirer une traite sur elle-même, sur le client donneur d'ordre ou sur toute autre personne. Cette lettre de change peut être présentée par le bénéficiaire, qui l'accompagne des documents exigés, à un banquier pour la négocier.

Cette technique, appelée « paiement par négociation », permet au bénéficiaire de se faire payer auprès de n'importe quelle banque de son pays, celle-ci conservant son droit d'être payée à l'échéance par le tiré. Mais, contrairement aux règles du droit cambiaire, elle ne peut agir contre le bénéficiaire tireur de la traite.

### **F-Le crédit transférable**

**215.** Le crédit documentaire transférable est entendu comme celui qui répond le mieux aux impératifs du commerce international. Généralement, le bénéficiaire n'est pas l'industriel ou le vendeur direct de la marchandise objet du contrat de base. Un intermédiaire s'interpose ainsi entre le vendeur et l'acheteur.

<sup>158</sup> Puech : Crédits documentaires, Les différents modes de réalisation selon les règles et usances 1983, Rev. Banque, 1984, p.581.

Cet intermédiaire obtient de l'acheteur donneur d'ordre un crédit documentaire spécifié transférable et irrévocable et, dès la confirmation du crédit, charge la banque de transférer le crédit au vendeur qui peut être, en même temps, son fournisseur. Cependant, il faut, tout de même, préciser qu'en pratique, les parties tiennent souvent à limiter le nombre des transferts. Ce type d'accréditif permet à l'intermédiaire de cacher l'identité de son fournisseur ; aussi, peut-il demander à ce dernier de ne pas révéler son identité dans les documents. Mais la pratique limite, tout de même, la multiplicité des transferts<sup>159</sup>.

On estime que le crédit n'est transférable qu'une seule fois, alors que le premier bénéficiaire peut transférer le crédit en montants fractionnés au profit de bénéficiaires différents à la condition que les livraisons partielles aient été prévues par les parties.

A ce propos, il convient de rappeler qu'alors que l'article 727 du C.C.T. n'admet la divisibilité du crédit documentaire que lorsqu'elle aura été autorisée par le donneur d'ordre, il ressort de l'article 38 des R.U.U. formule 600 que le fractionnement est possible sauf stipulations contraires du crédit.

<sup>159</sup> Lison, Crédits documentaires transférables, Rev. de la Banque (Belge), Janvier 1952.

- J. Stoufflet affirme que « si l'hésitation a été permise à une certaine époque, il est maintenant hors de discussion que le crédit documentaire n'est transférable que lorsqu'une clause en ce sens figure dans l'accréditif ». Jurisclasseur Banque, Fasc. 1080, n°122.

- V. aussi, Doise (D.) : Revue de Droit des Affaires Internationales, 2007, précitée.

## SECTION II : LE FONCTIONNEMENT DU CREDIT DOCUMENTAIRE

216. L'ouverture de crédit est faite par le banquier à la demande du client donneur d'ordre (§1) ; et, lorsque l'accord des parties a été échangé sur toutes les conditions de l'accréditif, vient la phase de la réalisation du crédit documentaire (§2).

### §1- L'OUVERTURE DU CREDIT DOCUMENTAIRE

217. Il convient d'étudier l'ordre d'ouverture (A) et la notification du crédit documentaire (B).

#### A- L'ordre d'ouverture

218. L'accréditif est ouvert suite à l'ordre donné par le client acheteur à son banquier. C'est que, généralement, le client conclut un contrat de vente avec son vis-à-vis étranger, le vendeur, et passe à la phase importante qui est celle de l'ouverture du crédit. Le banquier n'est pas partie au contrat de base et n'est pas appelé aux discussions et à la finalisation dudit contrat. Il ouvre au profit du vendeur un crédit sur l'ordre de son client ; mais en acceptant d'ouvrir l'accréditif, le banquier prend un double engagement, le premier envers son donneur d'ordre<sup>160</sup> et le second à l'égard du bénéficiaire.

<sup>160</sup> L'ordre d'ouverture du crédit documentaire est un contrat établi entre la banque et le donneur d'ordre précisant la forme du crédit documentaire, sa nature et les conditions du paiement.

En pratique, cet ordre est représenté par un formulaire délivré par le banquier à son client et qui est rempli et signé par les deux parties.

L'ordre doit être express, clair et sans équivoque. Cela veut dire que le banquier doit être mis au courant de toutes les conditions d'ouverture du crédit, et dès que l'accord entre celui-ci et le donneur d'ordre est conclu, une série d'obligations doivent être assurées par ce dernier et ce, avant même la réalisation du crédit documentaire.

Le banquier doit, ainsi, percevoir les commissions qui lui sont dûes au titre de l'ouverture de crédit. La commission dite «d'ouverture de crédit» est payable par le client avant la notification du crédit par le banquier. La pratique reconnaît que cette commission constitue un droit pour le banquier dès qu'il a consenti à l'ouverture de l'accréditif sans considération de son utilisation. En d'autres termes, si pour une raison quelconque le crédit n'est pas réalisé pour des raisons n'incombant pas au banquier, les commissions d'ouverture de crédit demeurent toujours payables.

219. Le banquier cherche aussi à se prémunir contre les risques de non remboursement du crédit qu'il a ouvert. Ainsi, demande-t-il souvent, des garanties à son client donneur d'ordre.

En premier lieu, le banquier bénéficie d'un nantissement sur les marchandises objet du crédit documentaire selon l'usage en la matière. La doctrine comparée estime que, contrairement

aux règles de droit commun, l'écrit n'est pas exigé pour la validité de ce gage commercial<sup>161</sup>. Ainsi, comme l'entiercement est une condition essentielle du gage commercial sur marchandises comme l'exigent les articles 599 et 600 du CC, on a pu admettre que le tiers détenteur des marchandises pour le compte du banquier gagiste soit le bénéficiaire lui-même<sup>162</sup>.

Il est aussi fréquent en pratique de voir le banquier exiger d'autres garanties ; et le donneur d'ordre constituera, au profit de la banque, des hypothèques ou des cautions ou même plus simplement le blocage d'une provision correspondant à la totalité ou à une partie du crédit octroyé en vue de garantir ses engagements.

## B- La notification du crédit documentaire

**220.** Avant de procéder effectivement à la notification de l'accréditif au bénéficiaire, le banquier se fait payer une autre rémunération appelée « commission de transfert ». Cette commission est à la charge du bénéficiaire du crédit documentaire.

Il faut tout de même reconnaître que lorsque le banquier a donné son accord au donneur d'ordre d'ouvrir le crédit documentaire et qu'il perçoit ses commissions, il ne contracte jusqu'à cette phase aucune obligation à l'égard du bénéficiaire.

<sup>161</sup> Stoufflet : *Ouvrage précité*, p.297 et suivantes.

<sup>162</sup> Tribunal de première instance de Tunis, 11274 du 3 octobre 2003, *Inédit*.

Celui-ci est étranger au rapport liant le client à sa banque ; et ces derniers peuvent d'un commun accord annuler l'accréditif sans que ne naisse aucun droit pour le bénéficiaire qui n'est pas autorisé à procéder à la résolution du contrat de vente établi entre lui et le donneur d'ordre.

On a, cependant, pensé à la stipulation pour autrui afin d'essayer de concrétiser l'engagement de la banque envers le bénéficiaire avant même la notification du crédit documentaire. Le donneur d'ordre conclut un contrat de crédit avec le banquier qui sera engagé directement à l'égard du vendeur bénéficiaire. Mais cette conception n'a pas eu d'échos en jurisprudence et la règle demeure, comme l'a affirmé la cour de cassation française depuis un arrêt de 1953, que tant qu'il n'a pas notifié l'accréditif, le banquier n'assume aucune responsabilité à l'égard du bénéficiaire<sup>163</sup>.

**221.** La notification du crédit documentaire est l'acte par lequel la banque, qui a ouvert l'accréditif, informe le bénéficiaire de cette ouverture.

La notification peut être directe ; cela veut dire que la banque du donneur d'ordre informe le bénéficiaire de l'accréditif et des conditions auxquelles il est soumis. Mais elle peut aussi

<sup>163</sup> Cette théorie a reçu, tout de même, les faveurs de la jurisprudence Belge, Cour d'Anvers, 27-1-1923, Jur, Port, Anv. 1923, p.43 — Bruxelles, 14-5-1924, Jur, com, Bruxelles, 1924, 1924 p.267. Marais : Des ouvertures en banque des crédits confirmés et non confirmés, Paris 1925. V. aussi Cass. Française, 20 oct. 1953.

être indirecte. Dans ce cas, la banque du donneur d'ordre charge une autre banque du lieu de résidence du bénéficiaire de notifier à ce dernier l'ouverture du crédit. Cette banque, appelée banque intermédiaire, n'a en principe, aucune obligation autre que d'informer le bénéficiaire et agit, dans cette perspective, comme simple mandataire de la banque du donneur d'ordre.

Seulement, cette banque peut être chargée par la banque du donneur d'ordre de la réalisation du crédit. Il ne s'agit donc plus de mandat d'informer mais d'une obligation de réaliser le crédit.

Cependant, même à ce titre, cette banque notificatrice et réalisatrice du crédit ne contracte aucune obligation directe envers le bénéficiaire. Cet engagement prend naissance, par contre, lorsque cette même banque se trouve chargée de confirmer le crédit<sup>164</sup>.

## §2- LA REALISATION DU CREDIT DOCUMENTAIRE

**222.** La réalisation du crédit documentaire est la phase la plus importante de l'opération. Celle-ci requiert l'examen de la présentation des documents par le vendeur (A) et les obligations en découlant à la charge du banquier face au bénéficiaire (B).

### A- La présentation des documents

**223.** Les documents servant à l'ouverture du crédit documentaire varient selon le contrat en question. On distingue

<sup>164</sup> Voir, Articles 7 et s des R.U.U.

généralement les documents essentiels (1) et certains (2) des documents conférant des droits éventuels (2) et les documents de preuve et d'accompagnement (3).

### 1- Les documents conférant des droits certains

**224.** Le connaissement figure parmi les documents les plus importants du crédit documentaire ; il a été désigné comme étant la « clé de voûte » de l'opération<sup>165</sup>. Le connaissement est l'écrit dressé par le capitaine du navire qui atteste le chargement de la marchandise objet du contrat de base et décrit ses spécificités, son embarquement ainsi que le port de débarquement et les conditions de son transport.

Le connaissement peut être à ordre ou au porteur. Il est réglementé par le code de commerce maritime et, spécialement, par les articles 206 à 218<sup>166</sup>.

Ce document comporte un droit sur la marchandise transportée, c'est « le titre de propriété de la marchandise... »<sup>167</sup>. Il constitue même un « papier valeur » dans le sens qu'il incorpore la marchandise et les droits qui naissent pour son titulaire.

<sup>165</sup> Du Pontavice : Connaissement maritime : clé de route de crédit documentaire, MOCI, n°542. 1983, p.25 .

<sup>166</sup> La Tunisie a ratifié la convention de Hambourg sur le transport de marchandises par mer du 31-3-1978, entrée en vigueur le 1-11-1992.

<sup>167</sup> Nasser : Le crédit documentaire, Beyrouth 1958, p.52.

- Concernant l'évolution marquée par la révision 600, relative aux documents, voir - Doise (D.) : Article précité à la Revue de Droit des affaires Internationales, 2007.

Le connaissement est souvent dressé en plusieurs exemplaires. L'ensemble des originaux est appelé « jeu complet » ; et aussitôt que l'un des exemplaires est présenté pour retirer la marchandise, tous les autres deviennent sans aucune valeur. Aussi, faut-il le remarquer, la banque exige que le bénéficiaire lui présente le jeu complet de connaissements. On connaît traditionnellement trois sortes de connaissements :

-Le connaissement à bord : Il est émis une fois que la marchandise est chargée à bord du bateau ; c'est lui qui donne la meilleure garantie à l'importateur et aux banques intéressées.

-Le connaissement reçu pour embarquement : Il confirme seulement que le transportateur a reçu la marchandise à embarquer.

-Le connaissement direct : c'est celui qui couvre le trajet entier d'une marchandise transportée par divers moyens (bateau, chemin de fer).

**225.** La lettre de change est aussi rangée parmi les documents essentiels. C'est un mandat ou un ordre de payer une somme déterminée à une date fixe. En matière de crédit documentaire, la lettre de change est tirée sur une banque et sert surtout à garantir des crédits à court terme et contient l'obligation de payer sans contestation le porteur, sans pouvoir exciper de moyens fondés sur le contrat de base.

En tant que titre littéral et abstrait, la lettre de change doit contenir les mentions obligatoires requises par l'article 269 du

C.C ; et il faut surtout vérifier que le montant de la lettre de change est conforme aux prescriptions du crédit documentaire car, en aucun cas, les sommes inscrites sur la lettre de change ne doivent dépasser le montant de la facture.

## **2- Les documents conférant des droits éventuels**

**226.** L'assurance constitue le document unique qui confère à son titulaire un droit éventuel. En matière de crédit documentaire, les parties sont souvent dans un rapport international. L'éloignement est générateur de risques multiples. Pour cela, les parties tiennent souvent à s'assurer contre les dangers du transport en exigeant l'assurance parmi les documents spécifiques au crédit documentaire.

A cet égard l'article 28 des R.U.U. prévoit que les documents d'assurance doivent présenter l'apparence d'être émis et signés par « une compagnie d'assurance, un underwriter ou leurs agents ou leurs mandataires ».

Aux termes de ces stipulations, il devient clair qu'aucun autre document ne peut remplacer la police d'assurance. Ainsi, une caution ou une garantie à première demande fournie par une autre institution, ne peut faire usage d'assurance.

## **3- Les documents de preuve et d'accompagnement**

**227.** Les documents de preuve et d'accompagnement se démarquent des « papiers valeurs » dans la mesure où ils ne représentent pas la marchandise ; et pour cela leur rôle est simple

et consiste à informer les parties concernées. Il en est ainsi de la facture commerciale, de la lettre de voiture et des documents de transport.

**228.** La facture commerciale est le document de preuve par excellence. L'article 18 des R.U.U. prévoit que ladite facture doit être rédigée par le bénéficiaire du crédit documentaire et doit contenir le détail sur la quantité, le prix et le montant à payer tels que spécifiés dans le crédit<sup>168</sup>.

**229.** La lettre de voiture internationale, la lettre de voiture ferroviaire et les documents de transport sont des documents qui intéressent l'expéditeur et le transport des marchandises. Leur rôle peut être important lorsqu'ils ont été requis par les parties dans le crédit documentaire. Mais ils demeurent, tout de même, des documents d'accompagnement comme il en est, d'ailleurs, d'autres documents, telles que les attestations phytosanitaires ou les attestations de non contamination radioactive, que l'on exige souvent dans les ventes internationales de denrées alimentaires comme le sucre et les céréales.

**230.** La présentation des documents doit obéir aux conditions du crédit documentaire ; cela veut dire aussi qu'ils doivent être présentés dans les délais et la date fixés par l'accréditif ainsi qu'aux lieux indiqués.

<sup>168</sup> La cour de cassation française a estimé que les marchandises doivent être décrites conformément aux documents du crédit contrairement aux autres documents qui peuvent être présentés sommairement. Cass. Com 12-12-1975, JCP 1976, éd.C.I.1976, n° 12129.

L'article 6 des R.U.U. prévoit que tout crédit doit stipuler une date extrême de validité et un lieu de présentation des documents pour paiement. La fixation d'un délai de validité est importante car le même article précise que les documents «doivent être présentés au plus tard à la date extrême pour la présentation des documents ». Ainsi, le bénéficiaire ne peut se présenter au-delà de cette date pour présenter les documents afin d'obtenir le paiement des montants du crédit et le banquier qui paie, après cette date, assume son entière responsabilité<sup>169</sup>.

Et dans le but d'éviter ces désagréments pour le banquier, une pratique s'est développée aux U.S.A., celle qui tend à généraliser l'insertion d'une clause prévoyant le renouvellement de la date de validité du crédit documentaire par tacite reconduction tant qu'une dénonciation expresse n'a pas émané de l'une des parties<sup>170</sup>.

**231.** Les documents doivent, en plus, être présentés au lieu indiqué dans le crédit documentaire et la détermination de ce lieu est même impérative. L'article 6 des R.U.U. prévoit que tout crédit doit stipuler un lieu de présentation. Ce lieu est généralement le lieu du paiement, dans la mesure où le bénéficiaire ne peut se faire payer qu'après présentation des documents exigés dans l'accréditif.

<sup>169</sup> Cass. Française, 20-11-1990, D.1990, Sommaires, p.222 .

<sup>170</sup> Ces clauses sont appelées « EVERGREEN clauses », V. Lamy des contrats Internationaux , n°591 .

Le principe en la matière est que la présentation doit être faite au banquier du pays de l'acheteur car, c'est ce dernier qui a émis le crédit. Mais il se peut aussi que le crédit prévoie que la présentation des documents soit faite auprès d'une banque autre que celle du donneur d'ordre lorsque le bénéficiaire veut se prémunir contre les risques de non paiement. Cette banque peut être la banque réalisatrice ou la banque confirmatrice du crédit documentaire. Toutefois, notons le, lorsqu'il s'agit d'une lettre de crédit confirmée, la négociation des documents n'a lieu que chez la banque confirmatrice.

### **B- L'examen des documents par le banquier**

232. Le paiement de l'accréditif peut, en fait, être conditionné par la présentation de plusieurs documents qui paraissent importants aux yeux des parties dont essentiellement l'acheteur donneur d'ordre. L'intérêt de ces documents exige leur examen par le banquier avant d'effectuer le paiement au bénéficiaire.

L'article 721 du CC prévoit que le banquier qui a ouvert le crédit s'engage à en exécuter les conditions dès lors que les documents sont conformes aux stipulations des parties. Dans sa mission d'examen des documents, le banquier doit s'arrêter à leur régularité formelle ; c'est-à-dire que sa responsabilité se limite à l'examen de l'apparence de conformité des documents au crédit ouvert par lui.

Bien que contestée, la règle de la conformité formelle, qui a été imposée par le législateur dans l'article 726 du CC, demeure de rigueur en la matière<sup>171</sup>. En effet, comme on a pu l'affirmer, le banquier n'est pas en mesure de vérifier le contenu du contrat de base qui lie le donneur d'ordre et le bénéficiaire et n'a pas, non plus, les moyens de vérifier en profondeur la véracité de son contenu.

Encore plus, on ne peut confier au banquier le devoir de s'immiscer dans la recherche de l'origine des documents et de pouvoir les discuter car cela pourrait introduire un « mécanisme de discrétion » qui ôterait l'efficacité du crédit documentaire<sup>172</sup>.

233. Le banquier est, ainsi, tenu de vérifier que les documents qui lui ont été remis par le bénéficiaire sont conformes aux exigences des parties. Cette conformité est simplement apparente. Cela veut dire que la banque est tenue d'examiner les documents stipulés quant à leur régularité formelle. Ces documents doivent, dans leur apparence, être réguliers.

Dans cette mission, la banque doit se conformer aux instructions du donneur d'ordre. Les juges du fond ont, depuis

<sup>171</sup> Bontoux : Limite du formalisme en matière de crédit documentaire, Rev. Banque, 1959, p.23.

De Beck : « Le soin raisonnable », Rev. Banque 1968, p.173.

Baudinot et FRABOT : Techniques et pratiques bancaires, 1978, p.435.

Idem, Crédit documentaires, du formalisme intransigeant au laxisme débilisant, Rev. Banque, 1981, p.74.

<sup>172</sup> Corten : L'utilisation du raisonnable par le juge international, Discours juridique, raison et contradiction, Bruxelles, 1997, p.113 et suivantes.

longtemps, affirmé ce principe en droit tunisien<sup>173</sup>. La cour d'appel de Tunis a eu aussi, à plusieurs reprises, l'occasion de le réitérer en affirmant que « le banquier doit exécuter les conditions de l'accréditif conformément aux stipulations des parties et doit notamment s'assurer qu'ils ont été présentés dans les conditions exigées par le donneur d'ordre ...»<sup>174</sup>.

L'apparence de conformité des documents engendre que ceux-ci soient concordants et qu'ils ne comportent pas de contradiction entre eux ou vis-à-vis de l'accréditif. Mais, quelle est l'étendue de la régularité apparente ?

L'article 14 (d) des R.U.U. prévoit que la conformité apparente des documents stipulés avec les termes et conditions du crédit sera déterminée en fonction « des pratiques bancaires internationales standard » ainsi qu'en considération « du contexte du crédit et du document lui-même ».

La référence aux pratiques internationales constitue des repères pour le banquier qui ne jouit pas d'une liberté d'appréciation sans limites des documents qui lui sont présentés. Le banquier est un professionnel et, à ce titre, il doit examiner les documents comme le ferait tout autre banquier avisé et diligent. Avant, l'article 13 (a) des R.U.U. révision 500 prévoyait que «

<sup>173</sup> Tribunal de première instance de Tunis, Jugement n°11006 du 11-7-1979, *Inédit*.

- Tribunal de première instance de Tunis, n°28382 du 9-5-1995, *Inédit*.

<sup>174</sup> Cour d'appel de Tunis, N° 34566, du 31/12/1997, *Inédit*.

- Cour d'appel de Tunis, N° 27895 du 5 décembre 2003, Bull. 2003 II, p. 224.

les banques doivent examiner avec un soin raisonnable tous les documents stipulés dans le crédit pour vérifier s'ils présentent ou non l'apparence de conformité... ».

Cependant, la référence à la raison a suscité des réactions multiples et divergentes. Certains l'ont vivement critiquée, estimant qu'il s'agit d'un terme évasif, alors que d'autres ont conclu à sa sagesse dans le sens où elle constitue « une synthèse extraordinaire entre la souplesse et la rigidité »<sup>175</sup>.

Le banquier ne peut, en effet, être confiné dans des limites précises et définies dans la mesure où il se trouve dans une situation de fait qui l'oppose à une multitude de situations presque jamais comparables. Ceci nous amène à dire que les termes « soin raisonnable » peuvent servir de paramètre pour juger si la banque a consacré l'attention nécessaire à la vérification et à l'examen des documents présentés. Ainsi, serait fautif le banquier qui paie en l'absence d'un document stipulé dans le crédit ou au vu de documents ne présentant pas l'apparence d'une signature régulière ou, s'il paie le bénéficiaire alors que les termes du crédit ont été modifiés sans l'accord de toutes les parties.

La révision 600 a supprimé la référence aux termes de «soin raisonnable » et le banquier, sur lequel pèse toujours une

<sup>175</sup> De Beck : Le soin raisonnable, *précité*, p. 173.

- K.S. Kawan : Le formalisme documentaire dans la lettre de crédit, thèse, Paris, 1990, p.207.

obligation de résultat, doit s'assurer de la conformité apparente des documents présentés aux exigences du crédit ouvert.

**234.** Lorsque le banquier aura examiné les documents de l'accréditif, il doit les remettre à son client donneur d'ordre. Cette condition subordonne, selon la cour d'appel de Tunis, « l'obligation de paiement du montant de l'accréditif<sup>176</sup> ».

Mais peut s'avérer lorsque les documents se révèlent non-conformes, deux situations peuvent se présenter. D'abord l'irrégularité peut s'avérer d'une faible importance. Dans ce cas, si les délais du crédit documentaire le permettent, le banquier est en droit de demander au bénéficiaire de prendre les mesures nécessaires afin de les régulariser avant l'expiration des délais ; sinon la banque rejette les documents et doit, dans ce cas, informer le donneur d'ordre.

**235.** Toutefois, l'obligation d'examiner les documents de l'accréditif avec le soin nécessaire à la charge du banquier doit être exécutée dans des limites temporelles. Avant la réforme des R.U.U. de 1993, la brochure 400 prévoyait que le banquier bénéficiait d'un délai raisonnable pour l'étude des documents qui lui sont remis. L'imprécision de cette formule a posé beaucoup de problèmes pratiques ; et la doctrine et la jurisprudence vacillaient selon qu'il s'agissait d'un délai très court ou d'un délai assez long.

Les crédits ouverts avant 1993 en Tunisie permettent de dire que les parties fixaient des délais pour l'information des clients par les banques. Les délais pratiqués étaient de cinq jours seulement.

Une banque de la place a été condamnée par la cour

Cependant, les règles et usances dans la brochure 600 n'ont, tout de même, pas écarté la « notion du délai raisonnable » ; et elles ont tenu à le limiter dans le temps afin, certainement, d'éviter les incertitudes qui pourraient surgir à partir des interprétations subjectives de chaque banque. A cet égard, l'article 14 des R.U.U. prévoit que « la banque qui examine les documents du crédit, dispose de cinq jours pour déterminer si une présentation est conforme ».

Et lorsqu'il s'avère que les documents n'étaient pas conformes aux stipulations de l'accréditif, le banquier les rejette et le crédit prend fin. Mais si les documents sont conformes et que la banque les accepte, il naît à la charge de celle-ci une obligation de paiement.

### SECTION III : LES OBLIGATIONS NEES DU CREDIT DOCUMENTAIRE

236. Lorsque le banquier juge que les documents sont conformes à l'accréditif, on dit, en pratique, qu'il lève les documents. La levée des documents engendre à la charge du banquier des obligations à l'égard des parties d'une manière automatique (§1) mais souvent arrive-t-on à admettre certaines exceptions à cet engagement direct (§2).

### §1. LES OBLIGATIONS DU BANQUIER DES PARTIES

237. La levée des documents est la phase la plus importante dans l'exécution des obligations stipulées dans le crédit documentaire. Le banquier se trouve tenu, à la fois, à l'égard du bénéficiaire (A) et du donneur d'ordre (B).

#### A- L'engagement du banquier face au bénéficiaire

238. Plusieurs théories ont été avancées pour expliquer les fondements du droit du bénéficiaire sur le banquier. La doctrine comparée a essayé de puiser, tour à tour, dans le droit commercial et dans le droit civil ; mais toutes les argumentations ont été rejetées car elles ne tiennent pas compte des spécificités de l'opération du crédit documentaire<sup>179</sup>.

La cour de cassation a, dans un arrêt du 21 novembre 1989, considéré que le crédit documentaire constitue une délégation dans le sens où le délégué, qui agit sur accord avec le délégant, accepte de s'engager personnellement envers le bénéficiaire appelé délégataire.

<sup>179</sup> Rousseau a considéré le crédit documentaire comme les lettres de change acceptées par acte séparé, note sous Trib. Com. De la Seine, 27-1-1920 S. 1922.2, p.17.

Sur l'application du mandat, Du Pasquier : Le crédit documentaire en droit suisse, Thèse 1990.

Sur l'application des crédits confirmés et non confirmés, Paris, 1925, p.25.

Sur l'application des règles de la délégation, DIERYCK : Les ouvertures de crédits, Bruxelles, 1945, p.295.

Ainsi, la cour suprême a-t-elle déclaré que « les juristes ont qualifié l'opération du crédit documentaire de délégation au sens des articles 229 à 231 du code de obligations et des contrats et l'arrêt critiqué a faussement interprété les articles 720 à 727 du C.O.C. quand il a qualifié l'engagement du banquier de cautionnement bancaire et quand il a considéré la demanderesse comme une caution obligée de payer »<sup>180</sup>.

Cette conception défendue par la cour de cassation a eu, à un certain moment, des échos en doctrine ; mais elle a été vivement critiquée et un juriste a écrit, à ce propos, que le fait que « deux choses soient difficiles à distinguer l'une de l'autre, ne signifie pas qu'il s'agisse des mêmes choses », alors qu'un autre a ajouté que les « institutions classiques dénaturent la fonction économique » que le crédit documentaire tend à assurer.

Le crédit documentaire est une institution juridique et un mécanisme spécifique ; et son étude a prouvé jusqu'à quel point les impératifs des affaires peuvent donner naissance à des techniques nouvelles. Ainsi, peut-on dire que le droit du bénéficiaire du crédit documentaire, qui n'est qu'éventuel, devient, à partir de la levée des documents par le banquier, une créance certaine. Le banquier prend alors un engagement direct<sup>181</sup> qui peut souffrir de quelques exceptions<sup>182</sup>.

<sup>180</sup> Cass., Arrêt n°22037 du 21-11-1989, RTL, 1991, p.79.

<sup>181</sup> Harfield : Uniform commercial code 1962, p.93, cité par COSTA dans sa thèse, précitée.

<sup>182</sup> COSTA : Thèse précitée, p.270.

239. Cet engagement direct que souscrit la banque à l'égard du bénéficiaire du crédit documentaire, et essentiellement dans le crédit irrévocable, fait que la banque n'a aucunement la possibilité de se rétracter. Ainsi, l'article 720 du C.C. dispose-t-il que « le crédit documentaire comporte un engagement ferme et direct de la banque à l'égard du bénéficiaire ». Le principe énoncé par cet article fonde en réalité toute l'efficacité du crédit documentaire.

De ce fait, le banquier se trouve définitivement tenu d'exécuter les obligations mises à sa charge personnellement et directement. Il ne peut ni annuler le crédit ni modifier ses conditions sans l'accord de toutes les parties concernées.

Dans certains cas, par contre, la doctrine a admis la possibilité de modification des termes du crédit documentaire chaque fois que les changements ont pour résultats l'augmentation des engagements du banquier et le renforcement des droits du bénéficiaire.

Mais il ne faudrait pas multiplier ces exceptions ou ces possibilités, car on pourrait dénaturer le crédit documentaire et diminuer son efficacité par les atteintes à sa fermeté. Le tribunal de première instance de Tunis a admis les modifications faites par le donneur d'ordre devant le silence du bénéficiaire et le défaut d'opposition de sa part<sup>183</sup>.

<sup>183</sup> Trib. de première instance de Tunis, 11006, 1977, 17-7-1979, Inédit.

Le crédit irrévocable donne naissance à un véritable droit au bénéficiaire, et ce en reste de l'engagement abstrait et indépendant des rapports de base liant le donneur d'ordre au banquier et le contrat de vente établi entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. Le banquier qui a levé les documents, rentre dans un rapport d'une nature particulière avec le bénéficiaire. Il ne peut révoquer le crédit sous aucun prétexte. Ainsi, la cour d'appel de Tunis a pu déclarer responsable la banque qui a ouvert un crédit documentaire dans le cadre d'une convention globale de crédit et qui a refusé de payer le montant de l'accréditif au bénéficiaire<sup>184</sup>.

240. L'indépendance du crédit documentaire par rapport au contrat de base enlève au donneur d'ordre toute possibilité de s'opposer au paiement des montants du crédit documentaire par le banquier au bénéficiaire ; quelque soit le motif invoqué, la banque ne peut se dérober à son obligation de paiement et ne peut donc révoquer le crédit. Les droits du bénéficiaire ne peuvent alors être remis en cause pour faillite, insolvabilité ou autre événement altérant la situation financière du donneur d'ordre.

La cour d'appel de Tunis a, depuis longtemps, affirmé ce principe d'autonomie en déclarant qu'il « n'appartient pas à l'acheteur donneur d'ordre de s'opposer, pour n'importe quelle

- Cassation, N° 4811, du 11 novembre 2004, Bull. 2004, II, p. 235, « *Le paiement est l'une des conditions essentielles du contrat d'ouverture du crédit documentaire* ».

<sup>184</sup> Cour d'appel de Tunis Arrêt n°39616 du 14-12-1997, *Inédit*.

raison, au paiement à effectuer au bénéficiaire puisque le juge qui l'oppose au vendeur relève du contrat de vente »<sup>185</sup>.

La cour de cassation a, à son tour, confirmé cette position dans son arrêt du 14 janvier 1998 déclarant que « le crédit documentaire est un engagement pris hors du contrat de base établi entre l'importateur et l'exportateur »<sup>186</sup>.

241. Il reste que, souvent, des considérations d'ordre public économique et social ont pesé dans certaines affaires portées par les entreprises tunisiennes par devant les juridictions des référés afin de demander l'injonction par le juge des référés aux banques tunisiennes de ne pas payer les montants des crédits.

En effet, suite à une importation d'une grande quantité de céréales une entreprise tunisienne a demandé l'interdiction de payer l'accréditif au bénéficiaire étranger car la marchandise livrée n'était pas conforme à l'objet du contrat de vente. Le président du tribunal de première instance de Tunis, siégeant en référé, a ordonné le blocage du paiement estimant que le bénéficiaire n'était pas en droit de recevoir les montants du crédit documentaire<sup>187</sup>.

Cependant, nous nous devons de remarquer que les banques tunisiennes, malgré les interdictions, assument leur

<sup>185</sup> Cour d'appel de Tunis, Arrêt n°41781 du 24 octobre 1977, *Inédit*.

<sup>186</sup> Cour de Cass., Arrêt n°62519 du 14 janvier 1998, Bull des arrêts de la cour de cassation, 1998-II, p.197.

<sup>187</sup> Tribunal de première instance de Tunis, Ordonnance n°20442 du 11 janvier 1995, *Inédite*.

- Ordonnance des référés, n°90809 du 12 septembre 1977, *Inédite*.

responsabilité afin de garder leur crédibilité vis-à-vis des banques étrangères et paient le montant des accreditifs.

242. Il faut, tout de même, noter que le crédit donne naissance, dans le patrimoine du bénéficiaire, à une créance qui est saisissable, selon le droit commun, par ses créanciers. Cette saisie n'a, toutefois, d'effet qu'à la date de la réalisation du crédit, si les documents nécessaires sont remis à la banque. Si la saisie du crédit par un créancier du bénéficiaire ne soulève pas d'objection, celle pratiquée par le donneur d'ordre est plus difficile à admettre, car elle est de nature à mettre en cause l'irrévocabilité du crédit<sup>188</sup>.

### **B- L'engagement du banquier face au donneur d'ordre**

243. A l'égard du donneur d'ordre, le banquier se doit d'exécuter les termes de l'accréditif et de se conformer aux instructions de son client. Dans la réalisation du crédit documentaire, le banquier est tenu d'observer toute l'attention et la diligence nécessaires afin de garantir au donneur d'ordre les résultats attendus. Ainsi, le banquier doit-il informer le client de la réception des documents. Et après leur examen, il doit veiller à les lui transmettre sans retard afin de lui permettre de retirer la marchandise objet du contrat de vente<sup>189</sup>.

<sup>188</sup> Epschtein, Saisie - arrêt au préjudice de l'acheteur ordonnateur d'un crédit documentaire, Banque, 1968, p.505.

-Cass. Française, 14 octobre 1981, JCP, 1982, 11.1981.

-Cass. Française, 18 mars 1986, Banque, 1986, p.610, Obs. Rives

<sup>189</sup> Cour d'appel de Tunis, n° 28421 du 14 juin 2006, *Inédit*.

Le banquier est aussi tenu de payer le bénéficiaire dans les délais requis par l'accréditif et doit se garder de réaliser le crédit après la date d'expiration<sup>190</sup>.

### **§2 : LES LIMITES A L'INDEPENDANCE DU CREDIT DOCUMENTAIRE**

244. L'interdiction d'opposer les exceptions tirées du contrat de base qui fonde et justifie l'engagement direct du banquier à l'égard du bénéficiaire ne saurait être admise sans limites. La rigueur du caractère abstrait du droit né du crédit documentaire est conçue pour la protection de tous les intérêts en présence. Pour cela, le recours à la maxime selon laquelle la fraude « corrompt tout » doit être appréhendé comme étant un renforcement des mécanismes du crédit documentaire dont la rigueur ne devrait pas être interprétée en faveur du bénéficiaire uniquement. Ainsi, serait-il utile d'examiner la notion de fraude en matière de crédit documentaire (A) et sa mise en œuvre (B).

#### **A- La notion de fraude**

245. Le banquier, qui est tenu d'exécuter le paiement au bénéficiaire, n'a pas, il est vrai, une mission primordiale de dépister la fraude. Mais sa présence est réconfortante pour toutes les parties et, essentiellement, pour l'examen des documents qui

- Cour de cassation, n° 7749 du 26 décembre 2006, *Inédit*.

<sup>190</sup> La cour d'appel de Tunis a condamné une banque à des dommages et intérêts pour retard dans la remise des documents au donneur d'ordre et pour paiement tardif, Arrêt n°39616 du 24-12-1997.

V. Tribunal de première instance de Tunis n° 25324 du 14-11-1995, *Inédit*.  
Sur la question du retard, Cass. n° 4811 du 11 novembre 2004, Bull. 2004, II, p.235.

lui sont soumis. Dans cette entreprise, la banque est tenue de vérifier la régularité apparente des documents exigés dans l'accréditif puisque certaines irrégularités peuvent occulter des fraudes préjudiciables pour le donneur d'ordre.

La fraude peut, en matière de crédit documentaire, revêtir plusieurs formes et se présenter sous plusieurs facettes. Pour cela, on ne saurait dégager une définition exacte capable de cerner définitivement cette notion.

Le législateur, dans le code de commerce, pas plus que les R.U.U., n'a pas défini la fraude et s'est contenté de prévoir dans l'article 724 C.C. que « le crédit documentaire irrévocable comporte un engagement ferme et direct à l'égard du bénéficiaire ou des porteurs de bonne foi des tirages émis... ».

La référence à la bonne foi permet de dire que le législateur écarte de la protection indiquée les coupables de fraudes et qu'ainsi, le principe de l'inopposabilité des exceptions, posé pour la confirmation du droit du bénéficiaire, ne joue pas dans ce cas.

**246.** L'examen de la jurisprudence et de la doctrine comparées prouve que deux définitions ont été défendues. On peut, ainsi, dégager une définition restrictive en la matière selon laquelle la fraude serait tout vice qui toucherait le contrat de base conclu entre le vendeur et l'acheteur, et une définition plus large qui admettrait la fraude commise au-delà du contrat de base,

c'est-à-dire que la fraude serait recherchée dans les documents de crédit documentaire et même dans la marchandise<sup>191</sup>.

Mais il faut, tout de même, rappeler que l'admission de l'exception de la fraude dans le contrat de base et dans la marchandise objet du contrat de vente nuirait beaucoup à l'efficacité du crédit documentaire et ouvrirait les portes à la chicanerie, bloquant ainsi le fonctionnement du crédit documentaire. Prévoir que le crédit documentaire pourrait être paralysé par toute fraude qui serait décelée dans le contrat de base ou, même, dans la marchandise, ôterait à ce mécanisme toute sécurité.

**247.** La fraude, dans le crédit documentaire, serait « le défaut de sincérité du document quelle qu'en soit la cause »<sup>192</sup>. Bien plus, c'est le défaut qui devrait être dégagé par un banquier moyen et averti. Pour cela, la fraude doit être évidente, c'est-à-dire qu'elle ne fait point de doute et partant manifeste<sup>193</sup>.

<sup>191</sup> Cour d'appel de Tunis, n° 28421, *précité*.

- Cour de cassation, n° 7749, *précité*.

<sup>192</sup> Mattout et Prim : *op.cit.*, p.108.

Amadou Yaro : La fraude en matière de crédit documentaire, Thèse, Chirmont Ferraud, 1988.

Auchter : La fraude maritime et le connaissance, DMF, 1983, n°409.

Sur l'indépendance du crédit documentaire, Cass. n° 62519 du 14 janvier 1998, Bull. 1998, II, p. 197.

Epstein : Le crédit documentaire et la fraude, Rev. Banque, 1978, p.587.

Karvan : La fraude dans le crédit documentaire confusion ou cohésion.

Pomerleau : La fraude du bénéficiaire de crédit documentaire irrévocable, Cahier de Jur. Fisc. Exper, 1984, p.13.

<sup>193</sup> Stouffiet : note sous CA de Paris 30-4-1985 et 28-5-1985, D. 1986, p.201.

Amadou Yavo : *op.cit.*

Auchter : *op. cit.*, n°409 et suivantes.

documents exigés par l'accréditif, et qui a été présenté au banquier, est faux ; mais elle peut être intellectuelle. Dans ce cas, le document n'est pas matériellement affecté mais contient de fausses mentions ou des énonciations erronées. Le faux est alors l'altération, non pas du document, mais des écritures qu'il comporte<sup>194</sup>.

Toutefois, si le banquier décèle une fraude, encore s'agit-il de déterminer de qui doit-elle émaner. Deux conceptions peuvent être défendues dans ce cas.

Selon la conception subjective d'origine anglo-saxonne et qui a ses défenseurs en France, la fraude doit être commise par le bénéficiaire ; et « l'exception de fraude ne devrait pas viser la fraude d'un tiers dont le bénéficiaire serait innocent »<sup>195</sup>. Mais cette conception, qui repose sur le désir d'assurer le maximum de justice, risquerait de perdre le banquier dans la recherche du fraudeur et l'entraînerait sur un terrain difficile.

Pour cela, la conception objective semble avoir, aujourd'hui, le plus d'échos. La personne auteur de la fraude importe peu ; ce qui compte le plus c'est le document lui-même. En effet, le crédit documentaire est fondé sur les documents et le banquier n'assume de responsabilité dans le paiement du bénéficiaire qu'à partir des documents spécifiés dans l'accréditif.

<sup>194</sup> Vasseur : Observations sous, Cour suprême du Canada, 5-3-1987, D. 1987, Sommaires, p.186.

<sup>195</sup> Martin : précité, RDAI, 1985, p.371.

Ainsi, « un document conforme mais dont il est établi avec certitude qu'il est faux ou falsifié doit être rejeté par la banque qui n'a pas à se préoccuper de savoir qui est l'auteur ou l'instigateur du faux ni à qui celui-ci profite »<sup>196</sup>.

## B- La mise en oeuvre de l'exception de fraude

248. La fraude peut constituer un motif pour le banquier de refuser le paiement au bénéficiaire. Seulement, elle doit être incontestable et évidente. Le banquier ne peut exciper d'aucun autre moyen pour se prévaloir de la fraude ; comme le donneur d'ordre ne peut reprocher au banquier de ne pas avoir découvert une fraude qu'il ne peut déceler facilement avec l'attention exigée d'un banquier diligent.

La Cour d'appel de Tunis a déclaré, depuis un arrêt du 24 octobre 1977, que le banquier doit payer le bénéficiaire sauf s'il découvre l'existence d'une fraude évidente et reconnue »<sup>197</sup>.

L'emploi des termes « évidente » et « reconnue » par la Cour de Tunis est voulu car la fraude doit être manifeste et incontestable ; ce qui revient à dire que ne saurait « constituer une fraude celle qu'une personne dotée d'un discernement et d'un professionnalisme raisonnables ne saurait découvrir »<sup>198</sup>.

Toutefois, on serait tenté d'ajouter que la fraude manifeste doit aussi être intentionnelle. L'exigence de l'intention

<sup>196</sup> *Idem*.

<sup>197</sup> Cour d'appel de Tunis, Arrêt n°90809 du 24-10-1977, *Inédit*.

<sup>198</sup> Kavan : *op.cit.*, p.808.

frauduleuse a été admise par certains auteurs<sup>199</sup>. Mais il existe aussi, en doctrine et en jurisprudence comparées, des manifestations du rejet de cette condition. La cour d'appel de Paris a affirmé, depuis un arrêt de 1985, « qu'il n'y a pas de place dans cette opération pour des analyses d'intention »<sup>200</sup>.

La fraude est, alors, un élément objectif et on ne saurait ouvrir la porte aux recherches sur les conditions dans lesquelles elle a été perpétrée, ni à celles de savoir si le bénéficiaire ou son complice avaient véritablement l'intention de nuire au donneur d'ordre.

Sachant lire intelligemment et étant un professionnel, le banquier doit savoir lire rapidement. Ainsi, se trouve-t-il tenu de trouver la fraude, mais encore est-il obligé de ne pas payer les montants de l'accréditif. Dans ce cas, le banquier rejette les documents, sinon, il va se trouver dans l'obligation de dédommager le donneur d'ordre envers lequel il a failli à son devoir de vigilance. Ainsi, le banquier qui s'est rendu compte de la fraude n'a pas besoin de recourir en justice pour se voir ordonner par n'importe quel moyen de paralyser le paiement.

Cependant, il arrive aussi que le banquier ne soit pas convaincu de la fraude et qu'il ne veuille pas se plier aux ordres du client d'arrêter tout paiement. Ce dernier peut alors s'adresser à la justice pour obtenir le blocage du paiement. Le Tribunal de

<sup>199</sup> Vasseur : Note sous Trib. De Bruxelles, 26-5-1988, D. 1989, IR, p.153.

<sup>200</sup> Cour d'appel de Paris, 30-4-1985, D.1986, p.196.

première instance de Tunis a ordonné le blocage sur des ordonnances sur requêtes ou sur des ordonnances de référé selon la demande du donneur d'ordre<sup>201</sup>.

248. L'essence de l'activité bancaire réside dans l'octroi des crédits sous toutes leurs formes. La diversification des opérations de crédit permet de les réunir sous deux grandes catégories qui sont l'ouverture de crédit (Section I) et les facilités de caisse (Section II).

## SECTION I: L'OUVERTURE DE CRÉDIT

250. L'importance du crédit a fait que les banques soient définies à partir de cette fonction. Le crédit a fait l'objet de plusieurs définitions. La doctrine l'a tout d'abord défini comme étant un prêt consenti par une banque. Mais cette définition si générale cache le particularisme de chaque opération de crédit. Pour cela, on a pensé à une classification des crédits selon le nombre de la durée qui tend à distinguer entre les crédits à moyen terme, à court terme ou à long terme.

Mais une autre ventilation a été proposée celle fondée sur les garanties accordées. Enfin, a-t-on pensé à retracer la date de réalisation du crédit pour séparer entre les avances de l'ouverture du crédit.

<sup>201</sup> Tribunal de première instance de Tunis, Ordonnance sur requête n° 20442 du 11 janvier 1995, *Inédite*.

- Ordonnance de référé, n° 90809 du 11 septembre 1977, *Inédite*.

## CHAPITRE III

### L'OCTROI DE CRÉDIT

**249.** L'essentiel de l'activité bancaire réside dans l'octroi des crédits sous toutes leurs formes. La diversification des opérations de crédit permet de les réunir sous deux grandes catégories qui sont l'ouverture de crédit (**Section I**) et les facilités de caisse (**Section II**).

#### SECTION I : L'OUVERTURE DE CRÉDIT

**250.** L'importance du crédit a fait que les banques soient définies à partir de cette fonction. Le crédit a fait l'objet de plusieurs définitions. La doctrine l'a tout d'abord défini comme étant un prêt consenti par une banque. Mais cette définition si générale cache le particularisme de chaque opération de crédit. Pour cela, on a pensé à une classification des crédits selon le critère de la durée qui tend à distinguer entre les crédits à moyen terme, à court terme ou à long terme.

Mais une autre ventilation a été proposée celle fondée sur les garanties accordées. Enfin, a-t-on pensé à retenir la date de réalisation du crédit pour séparer entre les avances de l'ouverture de crédit.

Alors que les avances sont des opérations qui se réalisent d'une manière instantanée, le banquier remettant immédiatement

les fonds au client qui les sollicite, l'ouverture de crédit consiste, pour le banquier, à mettre à la disposition du client des fonds qui peuvent être utilisés par ce dernier d'une façon continue.

En fait, la notion est loin d'être simple<sup>202</sup>. L'évolution de la pratique du crédit et le développement du droit bancaire et du monde des affaires rendent aujourd'hui toute distinction assez difficile et même, souvent, artificielle.

En droit tunisien, et jusqu'à la date de promulgation du code de commerce en octobre 1959, l'ouverture de crédit ne faisait l'objet d'aucune réglementation propre. Ce sont les règles prévues par les articles 1081 et suivants du code des obligations et des contrats relatives au prêt de consommation (Kardh) qui étaient applicables abstraction faite de la qualité du prêteur et de l'emprunteur.

Depuis l'entrée en vigueur du code de commerce, ce sont les articles 705 et 706 dudit code qui régissent désormais l'ouverture de crédit. Seulement, la pratique n'a pas manqué de révéler l'insuffisance de cette réglementation succincte et la Banque Centrale de Tunisie a dû intervenir pour essayer de surmonter quelques difficultés nées des ressemblances entre les différentes formes de crédits.

<sup>202</sup> Gavalda et Stoufflet : Droit bancaire, Edition Litec, 1994, p. 169.

- Gavalda et Bouloc : Le financement des entreprises, 1973.

- Petit Dutailis et Bernard : Le crédit et les banques, Paris, 1964.

**251.** Aux termes de l'article 705 du C.C., l'ouverture de crédit «a pour objet de mettre directement ou indirectement à la disposition du bénéficiaire des moyens de paiement à concurrence d'une certaine somme d'argent. L'ouverture de crédit est consentie pour une durée limitée ou illimitée...». A travers les dispositions de l'article 705 sus-visé, on ne manque pas de relever que le législateur ne donne pas de définition de l'ouverture de crédit ; et il se contente de la présenter à travers son objet. Non plus, on ne trouve nulle part l'affirmation de la nature juridique de cette institution ; ce qui impose l'étude de la notion d'ouverture de crédit (**Sous-Section I**), de sa révocation (**Sous-Section II**) et de la responsabilité du banquier dispensateur de crédit (**Sous-Section III**).

#### **SOUS-SECTION I : LA NOTION D'OUVERTURE DE CREDIT**

**252.** L'ouverture de crédit exige l'étude de sa nature juridique (§1), de sa preuve (§2) ainsi que celle de ses effets (§3).

#### **§1 : LA NATURE JURIDIQUE DE L'OUVERTURE DE CREDIT**

**253.** L'ouverture de crédit est un contrat (A) commercial (B) qui est marqué par l'intuitus personae (C).

#### **A - Le caractère contractuel de l'ouverture de crédit**

**254.** L'ouverture de crédit est réglementée par les articles 705 et 706 du C.C. qui constituent la section première du chapitre

huit du livre cinq dudit code intitulé «des contrats commerciaux». La position occupée par ces deux articles, dans le livre consacré aux contrats commerciaux, fait de l'ouverture de crédit un contrat et non pas une simple convention. Cette affirmation peut être confirmée par l'article 597 du C.C. qui dispose que «tous les contrats commerciaux sont régis par le présent code, à défaut par le code des obligations et des contrats, à défaut par l'usage».

Si l'ouverture de crédit est un contrat, sa validité exige la rédaction d'un écrit. Mais il arrive, en pratique, que les banquiers consentent à leur clientèle une multitude de formes de crédits avec ou sans avances et, souvent même, sans un accord préalable. Il ne faut donc pas confondre entre l'ouverture de crédit et les notions voisines dont essentiellement la facilité de caisse et le simple découvert qui seront étudiés ci-après.

### **B - La nature commerciale de l'ouverture de crédit**

255. La profession de banquier constitue une activité commerciale au sens de l'article 2 du C.C. De même, l'ouverture de crédit est un contrat commercial selon les termes du livre cinq du même code<sup>203</sup>. Mais ceci implique-t-il que toutes les ouvertures de crédit consenties par le banquier sont commerciales quelle que soit la personne du cocontractant ?

<sup>203</sup> Cour d'appel de Tunis, n° 20192 du 12 juillet 1995, *Inédit*.

Les ouvertures de crédit peuvent revêtir plusieurs formes. Ainsi, les particuliers et les ménages peuvent solliciter des crédits personnels pour des besoins spécifiques. Ces crédits ne peuvent avoir une nature commerciale, car l'ouverture de crédit n'est pas un acte de commerce par la forme. Pour que l'ouverture de crédit soit commerciale, il faut que le cocontractant soit un commerçant. Cette commercialité peut même être attribuée par accessoire.

Lorsqu'un non commerçant obtient un crédit de la part du banquier, ce contrat peut prendre la qualification d'acte mixte en ce sens qu'il est commercial vis à vis du banquier et civil à l'égard du client. Les règles régissant ce contrat sont celles du prêt et ne peuvent être celles prévues par les articles 705 et 706 du C.C.

En plus, les non commerçants n'ont pas besoin de moyens de paiement pour faire face aux exigences de leur vie quotidienne. Les prêts qui leurs sont consentis sont réalisables immédiatement et d'un trait. Pour toutes ces considérations, on peut conclure que l'ouverture de crédit est de nature commerciale dans les relations du client commerçant et du banquier.

### **C - L'ouverture de crédit est un contrat intuitu personae**

256. L'activité bancaire est fondée sur la confiance. La personnalité du banquier, qu'il soit promoteur, investisseur ou dirigeant, est très importante aux yeux des pouvoirs publics qui

veulent écarter tous les risques inhérents à cette profession. En effet, nul ne peut exercer la profession de banquier s'il n'a pas obtenu l'agrément préalable des autorités compétentes.

L'Etat ne peut se désintéresser de cette activité qui comporte, outre les risques économiques, des moyens d'assurer l'hégémonie et le contrôle des places financières. Outre l'honorabilité et la capacité financière des capitalistes, l'origine des fonds est très importante pour le pouvoir politique. C'est à ce dessein que la loi organisant la profession bancaire soumet l'exercice de la profession bancaire à la délivrance d'un agrément.

Cette exigence tenant à la personne du banquier influe sur les rapports de celui-ci avec sa clientèle. Certes, on pourrait rétorquer que l'intuitus personae doit être banni des rapports contractuels dans la mesure où le législateur intervient dans la réglementation des contrats, mais on ne peut oublier que le banquier court des risques certains dans l'octroi du crédit qui peut mettre sa responsabilité en jeu et lui faire perdre tout espoir pour récupérer les montants avancés.

**257.** Le banquier, pour se garantir contre les risques de non paiement, doit demander à son client de lui fournir toutes les informations requises lui permettant de se faire une opinion éclairée sur la qualité des dirigeants de l'entreprise requérante ainsi que sur l'entreprise elle-même. En effet, les risques divergent selon que l'on se trouve face à une entreprise nouvelle

et une autre, confirmée, qui a seulement besoin d'applications financières punctuels.

Pour les crédits commerciaux, le banquier s'informe à partir des documents juridiques et comptables de l'entreprise concernée. Mais le banquier est aussi tenu de requérir les informations des incidents de paiement auprès de la Banque Centrale de Tunisie selon un système informatique mis en place depuis la circulaire du 25 juin 2002.

Le banquier peut aussi s'informer sur la situation de ses clients ainsi que sur l'étendue de leurs engagements vis à vis d'autres banques auprès de la Banque Centrale de Tunisie qui détient un fichier sur l'état des crédits accordés aux entreprises. A cet égard, la circulaire de la Banque Centrale de Tunisie n° 8747 du 23 Décembre 1987, ayant pour objet de fixer les modalités d'octroi, de contrôle et de refinancement des crédits, prévoit dans son article 36 que «les banques, chefs de file, communiqueront à la Banque Centrale de Tunisie un dossier pour crédit à court terme, à moyen et à long termes dans un délai d'un mois à compter de la date de l'octroi ou du renouvellement du crédit». Le même article ajoute que lorsqu'il s'agit d'un crédit accordé par un pool bancaire, «les banques, chefs de file, communiqueront à la Banque Centrale de Tunisie, dans le même délai d'un mois sus-visé, la répartition bancaire ainsi que le dernier bilan et les comptes annexes des entreprises dont les autorisations ou les encours des crédits à court terme autres

qu'agricoles sont compris entre cinq cents milles et deux millions de dinars».

Ces moyens d'information permettent aux banques de n'accorder des crédits qu'à des clients capables de rembourser et qui présentent les garanties adéquates. Un dirigeant d'une entreprise déjà déclarée en faillite ou d'une entreprise surendettée peut être une cause de rejet d'une demande de crédit de la part du banquier. L'article 2 de la circulaire du 23 décembre 1987 prévoit encore que «les banques sont invitées à respecter les normes d'octroi de crédits... Elles doivent en outre s'assurer que les concours consentis sont les mieux adaptés, en forme, volume et durée, aux besoins de la clientèle».

Afin de s'assurer sur la solvabilité et l'honorabilité du demandeur de crédit, le banquier peut même s'adresser à des tiers telles que les sociétés de recouvrement des créances et les sociétés de renseignements. Ces circulaires et cette intervention des pouvoirs publics par le truchement de la Banque Centrale de Tunisie marquent l'importance de l'ouverture de crédit et tracent, en même temps, les frontières de la liberté d'action du banquier. A cet égard, nous nous devons d'évoquer que le caractère obligatoire de ces circulaires vis à vis des banques de la place ne doit pas faire l'objet d'un doute même si la cour de cassation a pu déclarer, dans son arrêt du 27 janvier 2000, que «les circulaires émises par la Banque Centrale de Tunisie en exécution de la loi n° 90 de 1958 portant création de la Banque Centrale de Tunisie

revêtent un caractère organique et n'ont aucune influence sur les droits des tiers qui opèrent avec les banques et qui sont réglementés par le droit commun et le droit commercial en particulier»<sup>204</sup>.

Cette position de la cour de cassation a été confirmée par un arrêt du 16 mai 2013 dans lequel elle affirme que les circulaires émises par la Banque Centrale de Tunisie ne s'imposent qu'aux institutions soumises à son contrôle et la circulaire ne peut aller à l'encontre de la loi<sup>205</sup>.

L'activité bancaire ne constitue pas un service public et le banquier demeure libre de sélectionner parmi les postulants ceux avec qui il veut contracter. Ce caractère personnel de l'ouverture de crédit se trouve conforté par des critères objectifs ayant pour but d'asseoir la conviction du banquier.

## § 2 : LA PREUVE DE L'OUVERTURE DE CREDIT

**258.** En droit commun, deux principes régissent la preuve des actes juridiques. On ne peut prouver que par écrit lorsque l'acte conclu dépasse la somme de mille dinars et on ne peut prouver contre et outre le contenu aux actes que par écrit. Ces règles ne sont pas conformes aux impératifs du droit des affaires fondé sur la rapidité des transactions commerciales. C'est pour cela que l'article 478 du code des obligations et des contrats

<sup>204</sup> Cassation, Arrêt n° 76365-99 du 27 janvier 2000, *Inédit*.

<sup>205</sup> Cassation, n° 1549-2013 du 16 mai 2013, *Inédit*.

précise qu'entre commerçants on peut prouver par témoins «dans les affaires où il n'est pas d'usage d'exiger des preuves écrites»<sup>206</sup>.

L'article 598 du C.C. est plus explicite et consacre le principe de la liberté de la preuve en édictant que «les engagements commerciaux» peuvent être prouvés, sauf exceptions légales, par tous les moyens et essentiellement l'écrit, les correspondances, les présomptions et même les factures commerciales et le témoignage<sup>207</sup>.

259. L'absence d'écrit est en pratique la source de problèmes inextricables puisque, outre la difficulté de distinction entre l'ouverture de crédit et les notions voisines, se pose la question de la preuve de l'ouverture de crédit. Les circulaires de la Banque Centrale de Tunisie de 1978 et 1979 relatives à une question particulière et tendant à diminuer le nombre des victimes de la révocation intempestive des facilités de caisse et du découvert bancaire, exigeraient l'écrit, mais elles n'étaient pas ou peu suivies par les banques de la place.

Les juges du fond ont pris une position très acceptable puisqu'ils considèrent que, tant que le législateur n'a pas mis en place une forme particulière pour l'ouverture du crédit ou pour sa

<sup>206</sup> La cour de cassation a rejeté l'application de l'article 478 du C.O.C. si l'une des parties n'est pas commerçante, Arrêt n° 6286 du 4 juillet 1968. Bull. des arrêts de la cour de cassation, 1968, p. 66.

<sup>207</sup> Cour d'Appel de Tunis, 20192 du 12 juillet 1995, *Inédit*.

-Pour l'admission des livres de commerce, Cass. Arrêt n° 4135 du 13 octobre 1966, R.J.L., 1967, p. 99.

preuve, ce sont les règles de l'article 598 du C.C. qui doivent s'appliquer.

La Cour d'Appel de Médenine a même décidé que «les contrats commerciaux, qui sont essentiellement consensuels, sont soumis au principe de la liberté de la preuve édicté par l'article 598 du C.C. qui répond le mieux aux engagements des commerçants»<sup>208</sup>.

260. Toutefois, l'application de ces règles peut être génératrice de difficultés lorsque l'ouverture de crédit aura été consentie verbalement. Le bénéficiaire du crédit peut être confronté à un refus de paiement intempestif de la part du banquier qui peut arguer de l'existence d'une simple tolérance. C'est pour cela qu'une intervention législative serait opportune dans ce cas. En pratique, les tribunaux se trouvent souvent dans l'obligation de désigner des experts afin de se fixer sur la nature juridique véritable des sommes allouées.

### § 3 : LES EFFETS DE L'OUVERTURE DE CREDIT

261. L'ouverture de crédit peut revêtir des formes différentes. Les modes de réalisation du crédit consenti sont variés (A) ; ce qui ne manque pas de révéler l'intérêt de l'étude des obligations des parties en cause (B).

<sup>208</sup> Tribunal de première instance de Tunis, Jugement n° 28412 du 16 janvier 1996, *Inédit*.

-Cour d'appel de Médenine, Arrêt n° 2916 du 6 février 1996, R.J.L. 1996, p. 81. Cass., N° 2597 du 7 juillet 2004, Bull. des arrêts de la C. Cass., 2004, p. 225. «*En matière commerciale, la preuve est libre et on peut, même, exciper des livres commerciaux selon les principes de l'article 11 du C.C.* »

## A - Les modes de réalisation de l'ouverture de crédit

262. Selon l'article 705 du C.C., l'ouverture de crédit consiste à mettre des sommes d'argent à la disposition du client bénéficiaire. Devant la généralité des termes de cet article, le crédit, au sens du législateur, serait constitué par tous les moyens de paiement à condition qu'ils soient déterminés dans leur montant.

En fait, il serait difficile de cerner ces moyens constituant le crédit, car la pratique prouve qu'ils évoluent selon les besoins du commerce et des commerçants. Ces crédits sont prévus par des circulaires de la Banque Centrale de Tunisie qui les classe selon leur durée, leur destination ainsi que leur finalité économique. Aussi distingue-t-on les crédits à moyen terme, à l'exportation, les crédits à la production, les crédits acheteurs, les

L'ouverture de crédit peut donc consister en une mise à disposition directe (1) ou en un engagement par signature(2).

### 1 - La mise à disposition

263. Lorsque le banquier consent ce genre de crédit, il met à la disposition du bénéficiaire les montants objet de la convention. Le client peut user directement des sommes obtenues sous forme de crédit. Généralement, le crédit est versé dans un compte courant ouvert au nom du client qui est autorisé à tirer des effets sur ledit compte à hauteur du montant alloué. Le rapport entre le compte courant et l'ouverture de crédit est très étroit ; et le compte courant constitue la principale modalité d'utilisation et de réalisation du crédit. Par l'ouverture de crédit, le banquier autorise son client à porter au débit de son compte l'équivalent du montant du crédit octroyé.

montants objet du crédit sont logés dans un compte ouvert par le client auprès du banquier créateur<sup>210</sup>.

264. La convention du banquier et de son client doit comporter les conditions d'octroi du crédit et, notamment, le montant alloué et les rémunérations du banquier. Cette mise à disposition préalable constitue la caractéristique essentielle de l'ouverture de crédit. La disponibilité des fonds et la fixation de leur montant et de leur durée marquent la différence entre l'ouverture du crédit, la facilité de caisse et le découvert bancaire<sup>211</sup>.

Il arrive, en pratique, que le montant du crédit ne soit pas limité par les parties. Se pose alors la question de savoir comment les parties, et surtout la banque, peuvent-elles révoquer le crédit sans risque pour elles. La cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur la question en affirmant que lorsque les parties n'ont pas limité par écrit les montants du crédit, il faut se référer à leurs volontés et aux comptes ouverts pour fixer le plafond du crédit<sup>212</sup>.

<sup>210</sup> Cassation, n° 31000-2015 du 12 janvier 2016, *Inédit*.

<sup>211</sup> Tribunal de première instance de Tunis, n° 16544 du 2 octobre 2007, *Inédit*. «La banque qui a ouvert un crédit doit le mettre effectivement à la disposition du client et permettre à ce dernier de l'utiliser. La signature du contrat de crédit donne le droit au client d'agir contre la banque pour l'obliger à lui fournir les montants alloués ».

<sup>212</sup> Cassation, n° 690032-2011 du 8 mai 2012, *Inédit*.

265. L'article 6 de la loi bancaire de juillet 2016 prévoit que l'ouverture de crédit est « tout acte par lequel une personne, agissant à titre onéreux, met ou permet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend dans l'intérêt de celle-ci un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement ou toute garantie ». L'engagement par signature constitue une ouverture indirecte de crédit puisque le banquier s'engage à garantir son client auprès d'une tierce personne. A ce titre, le banquier donne son aval sur des lettres de change dans les limites de l'article 289 du C.C. ou donne sa garantie sous forme de caution ou de garantie à première demande à l'occasion de la conclusion par son client de marchés publics ou privés.

Mais le banquier peut aussi prendre à l'égard des tiers des engagements en vue de garantir son client par le biais de la lettre de crédit commerciale ou encore en vertu d'une lettre confirmée. Très utilisées dans le commerce international, ces lettres constituent une garantie donnée par le banquier qui devient directement engagé à l'égard du tiers à la place du client.

### **B - Les obligations des parties dans le contrat d'ouverture de crédit**

266. L'ouverture de crédit fait naître des obligations à la charge du créateur (1) et du crédit (2).

267. Le consentement du banquier à allouer le crédit convenu et même la signature de sa part du contrat d'ouverture de crédit ne suffisent pas pour le décharger de toute responsabilité. La banque doit mettre à la disposition du crédité les sommes objet du contrat. Cette mise à disposition se traduit par la possibilité donnée au bénéficiaire d'utiliser le crédit d'une manière effective. De la sorte, l'ouverture de crédit exige non seulement l'existence des consentements des parties mais aussi la remise du crédit qui constitue l'objet essentiel de l'obligation du banquier. Soutenir le contraire, et dire que le contrat d'ouverture de crédit est parfait par l'échange du consentement, viderait cet acte de toute son utilité.

Mais est-ce que le banquier qui a donné son accord pour l'octroi du crédit peut se raviser et refuser de permettre au client d'utiliser le crédit alloué ? Peut-il être forcé à exécuter son obligation ?

La doctrine estime que même lorsque le consentement a été exprimé, on ne peut parler de l'existence d'un contrat de crédit, mais d'une simple promesse de prêt. Le refus du banquier ne permettrait, dans ce cas, au crédité que de l'assigner pour le faire condamner à des dommages et intérêts<sup>213</sup> ; et le contrat

<sup>213</sup> Jobard-Bachelier, Est-il encore des contrats réels en droit français ?, RTDCI, 1985, p.1.

- Pour la promesse de prêt d'argent, Cass. Française, 20 juillet 1981.

d'ouverture de crédit ne serait définitivement formé qu'à la remise effective des montants alloués.

En droit des affaires, permettre au crédité d'agir en paiement de dommages et intérêts contre le banquier serait insuffisant. Le client a pu espérer et compter sur le concours du banquier qui faillit à sa parole ; ce qui lui cause un grave préjudice.

Pourtant, la cour d'appel de Monastir a confirmé le jugement de première instance qui débouta une société qui avait compté sur le concours du banquier qui s'est engagé à lui venir en aide par l'allocation de crédits pour assurer son redressement économique. La banque, s'étant rétractée après avoir donné son accord, le tribunal de première instance et la cour d'appel de Monastir ont jugé que la banque demeurait libre de refuser le crédit. Le pourvoi en cassation fût rejeté au motif qu'il s'agissait de questions de fait ; la cour suprême estimant que les juges du fond sont souverains en la matière<sup>214</sup>.

Cependant, tel n'est pas l'avis de la cour de cassation qui a déclaré que l'ouverture de crédit donne un droit acquis au client sur les sommes objet du crédit. Il en découle que sa révocation doit intervenir dans les conditions prévues par la loi tel que le prescrit l'article 705 du C.C.

<sup>214</sup> Cour d'appel de Monastir, Arrêt n° 15066 du 8 février 2001, *Inédit* ; Cass., Arrêt n° 12460 - 2001, du 21 février 2002, *Inédit*.

Toutefois, on ne peut invoquer la responsabilité du banquier en cas de rupture sans préavis lorsque la situation financière du client s'est détériorée et qu'il a artificiellement soutenu son activité commerciale<sup>215</sup>.

## 2- Les obligations du crédit

**268.** Le bénéficiaire de l'ouverture de crédit doit rembourser les sommes allouées (a) et payer les commissions au banquier (b).

### a) *Le remboursement du principal*

**269.** Le crédit doit rembourser les sommes allouées à titre d'ouverture de crédit selon l'échéancier et le calendrier préparé et convenu entre lui et le banquier. Généralement, la convention d'ouverture de crédit prévoit que le crédit est remboursé par une série d'effets de commerce, des lettres de change ou de billets à ordre qui sont tirés sur le bénéficiaire ou souscrits par lui et qui doivent être payés à leurs échéances<sup>216</sup>.

Ces effets représentent le principal et l'intérêt et si l'un d'eux n'est pas réglé à l'échéance prévue, tous les autres deviennent exigibles et le banquier sera en droit de demander le paiement du restant dû intégralement et exciper de la déchéance des termes.

<sup>215</sup> Cassation, n° 76504-2012 du 29 septembre 2012, *Inédit*.

<sup>216</sup> Tribunal de première instance de Tunis, n° 56208 du 4 juillet 2006, *Inédit*. «Pour pouvoir utiliser les montants alloués à titre de crédit, le client doit exécuter les obligations mises à sa charge, faute de quoi le banquier reste libre de se rétracter même après la signature du contrat ».

Selon la jurisprudence tunisienne, pour bénéficier de la déchéance des termes et pour pouvoir exiger le paiement de tous les effets de commerce échus et à échoir, il faut que les effets tirés comprennent une clause selon laquelle le non paiement d'une traite ou d'un billet à ordre engendre le droit d'exiger le paiement de tous les autres. La déchéance des termes n'est pas automatique ; elle doit être stipulée par les parties et cette clause doit, de ce fait, être mentionnée sur les effets.

Les contrats de crédit prévoient souvent la déchéance des termes en cas de non paiement d'une seule échéance aux termes convenus. Mais, lorsque les effets ne contiennent pas la dite clause, le banquier, qui veut demander le paiement de la totalité du crédit, doit agir en justice sur la base du contrat et non pas sur la base des effets lorsque ces derniers ne prévoient pas de clause de déchéance des termes<sup>217</sup>.

### b) *Le paiement des commissions au banquier*

**270.** Le banquier est un commerçant et l'argent a un prix. Celui-ci varie selon les fluctuations du marché monétaire et selon le temps. Ces considérations doivent être prises en compte pour le calcul de la rémunération du banquier. Cette rémunération est faite selon l'intérêt stipulé par les parties et calculé sur la base des sommes octroyées. Mais, si la fixation de l'intérêt est libre (α), elle ne doit pas être excessive (β).

<sup>217</sup> Cour d'appel de Tunis, N° 04627 du 25 novembre 2000, *Inédit*, Cour de cassation, n° 30064 du 30 mars 2004, *Inédit*.

*a) La liberté de stipulation des intérêts*

271. Le crédit coûte pour le banquier, car lui-même a souvent recours à l'emprunt pour faire face aux demandes de sa clientèle. Le crédit n'est pas gratuitement consenti et la banque doit, en ouvrant des crédits, penser à la couverture de ses frais et dépenses et à s'assurer des bénéfices sur l'opération.

De ce fait, les crédits doivent être rémunérés par des intérêts qui varient selon les capitaux avancés aux clients. Aux termes de l'article 1096 du C.O.C., les intérêts « sont présumés lorsque les contractants sont commerçants » ; ce qui confirme l'idée de la liberté de stipulation d'intérêts ainsi que la règle de la rémunération de l'argent entre commerçants.

Cependant, l'article 1096 sus-visé prévoit qu'entre non commerçants, les intérêts doivent être prévus expressément par écrit. Il s'avère que, malgré le principe de l'autonomie de la volonté cher aux rédacteurs du code des obligations et des contrats, la stipulation des intérêts ainsi, d'ailleurs forcément, que leurs taux doivent être prévus par écrit. Ce sont les considérations de l'ordre public de protection qui entrent en ligne dès le moment où il ne s'agit pas de commerçants. Ce passage de l'ordre public de protection à l'ordre public de direction est voulu dans le but de protéger les bénéficiaires de crédits à la consommation et de crédits immobiliers tendant à venir en aide pour l'acquisition de logements.

272. Mais il faut, cependant, s'arrêter sur les termes de l'alinéa 2 de l'article 1096 du C.O.C. qui dispose que la stipulation d'intérêt «est présumée lorsque les contractants sont commerçants». En effet, doit-on considérer l'acte ou la qualité des personnes en présence ? Une lecture attentive dudit article 1096 permet de répondre que le critère retenu par le législateur est un critère subjectif. Toutefois, la cour de cassation, dans un arrêt rendu le 7 juillet 1981, a déclaré que l'intérêt est présumé dès lors que la créance est fondée sur des contrats commerciaux<sup>218</sup>. Cette position de la cour de cassation est appréciable même si elle va à l'encontre de la lettre de l'article 1096 du C.O.C., car un commerçant peut recourir à un crédit non pas pour ses besoins commerciaux mais pour des exigences personnelles.

L'application de l'alinéa 2 de l'article 1096 du C.O.C. peut lui être préjudiciable dans ce cas.

273. Lorsque les parties n'ont pas stipulé d'intérêt du tout, ce dernier est présumé entre commerçants. Mais lorsqu'elles n'ont pas prévu de taux d'intérêt, quelle serait la solution ? L'article 1100 du C.O.C. prévoit qu'en matière commerciale, l'intérêt «est égal au taux maximum des découverts bancaires fixé par la banque centrale, majoré d'un demi-point».

<sup>218</sup> Cass., Arrêt n° 6166 du 7 juillet 1981, Bull. des arrêts de la cour de cass., 1982, p. 33.

L'existence de ce taux d'intérêt de substitution posé par l'article 1100 du C.O.C. simplifie les problèmes qui pourraient se poser à propos des solutions possibles dans les cas de défaut de stipulation d'intérêts.

274. En outre, la règle de la capitalisation des intérêts, ou anatocisme, selon laquelle les intérêts non payés sont capitalisés et produisent, eux-mêmes, des intérêts a été réglementée par le législateur de façon plus claire depuis la modification de l'article 1099 du C.O.C. par la loi n° 2000-57 du 13 juin 2000. L'alinéa premier de l'article 1099 nouveau prévoit, désormais, que «les intérêts non payés peuvent être capitalisés avec la somme principale et seront productifs d'intérêts si les parties l'ont prévu par écrit».

Cette capitalisation n'est pas automatique ; il faut, même en matière commerciale, que les parties l'aient prévue expressément ; et cette solution a mis fin à l'incertitude qui régnait avant la modification dont l'article 1099, sus-indiqué, a fait l'objet.

Les juges du fond ainsi, d'ailleurs, que la cour de cassation ont validé la capitalisation des intérêts avant la loi de juin 2000 modifiant les articles 1098 et suivants du code des obligations et des contrats, à la condition qu'elle soit expressément prévue<sup>219</sup>.

<sup>219</sup> Tribunal de première instance de Tunis, Jugement n° 23894 du 1-3-1993, *Inédit*.

275. La peur de laisser le créancier imposer ses conditions à l'emprunteur, souvent prêt à payer n'importe quel prix, a fait que le législateur intervienne depuis la promulgation du C.O.C. afin de limiter le taux d'intérêt qui peut conduire jusqu'à l'usure.

L'article 1103 du C.O.C. interdit l'usure dans les contrats de prêt au moment de leur conclusion et au moment de leur rééchelonnement ou de leur renouvellement.

Et, toujours dans ce même but, le législateur est intervenu par la loi n° 99-64 du 15 juillet 1999, modifiée par la loi n° 2008-56 du 4 août 2008 relative au taux d'intérêt excessif, en posant le principe du taux effectif global en matière de rémunération des prêts conventionnels<sup>220</sup>.

L'intérêt est excessif, selon l'article premier de cette loi modifié par la loi du 4 août 2008, lorsque le crédit est consenti à un taux effectif global qui dépasse, au moment où il a été alloué, « du cinquième du taux effectif moyen pratiqué au cours du semestre précédent par les banques et les établissements financiers pour des opérations de même nature ».

Il est, toutefois, utile de préciser que le taux d'intérêt effectif global (TIEG) n'est pas le taux que la banque annonce au

- Cour d'appel de Tunis, Arrêt n° 26473 du 17 avril 1996, *Inédit*.

- Cour de cassation, Arrêt n° 58406 du 26 octobre 1998, *Inédit*.

<sup>220</sup> Loi n° 99-64 du 15 juillet 1999, JORT du 16 juillet 1999 n° 57, p. 1178, modifiée par la loi n° 2008-56 du 4 août 2008, J.O.R.T. du 5 août 2008, n° 63, p.2380.

La circulaire de la Banque centrale de Tunisie N° 2000-03 dresse une liste des crédits soumis à l'application des règles concernant le taux d'intérêt effectif global. Il s'agit des crédits à court terme, des découverts mobilisés ou non mobilisés, des crédits consentis aux particuliers, des crédits à moyen et à long termes, des crédits pour le financement de l'habitat, des crédits universitaires et du leasing, qu'il soit mobilier ou immobilier.

De ce fait, tous les crédits ne sont pas soumis au TIEG. Seuls les crédits productifs d'intérêts sont pris en compte. Aussi, sont exclus du champ de calcul du TIEG, les crédits qui font l'objet d'un contentieux, les crédits gelés et les taux d'intérêts fixés par l'Etat.

Pour permettre aux autorités financières d'exercer leur contrôle, la circulaire de la Banque Centrale n° 2000-03 oblige les banques à communiquer à la BCT une déclaration comportant les taux d'intérêts effectifs globaux appliqués par catégorie de crédit et consenti pendant le semestre précédent.

Ces déclarations permettent à la Banque Centrale d'arrêter le taux effectif moyen qui sera appliqué pour les crédits octroyés pendant le semestre suivant.

Ainsi, tout crédit accordé à un taux supérieur sera considéré comme un crédit à taux d'intérêt excessif. Dans ce cas, le banquier prêteur risque des sanctions pécuniaires et des sanctions pénales.

L'article 4 de la loi 99 - 64 prévoit que lorsqu'il s'avère qu'un intérêt excessif a été appliqué à l'occasion de l'octroi d'un crédit, le banquier doit restituer les montants indûment perçus avec une majoration calculée sur la base du taux légal tel que le prévoit l'article 1100 du C.O.C.

Sur le plan pénal, l'article 5 de la loi 99-64 dispose, d'une manière on ne peut plus claire, que celui qui accorde un crédit à un taux d'intérêt excessif, encourt une peine d'emprisonnement de six mois et une amende de trois mille à dix mille dinars ou de l'une de ces deux peines uniquement. La récidive est punie du double de ces peines, précise le même article.

## **SOUS-SECTION II : LA REVOCATION DE L'OUVERTURE DE CREDIT**

**276.** L'ouverture de crédit peut-être révoquée dans des cas bien spécifiés (§1) et ne manque pas de produire certains effets (§3) si elle est régulièrement signifiée (§2).

### **§. 1 - LES CAS DE REVOCATION DE L'OUVERTURE DE CREDIT**

**277.** Etant un contrat, l'ouverture de crédit peut prendre fin pour des motifs divers. Ainsi en est-il de l'arrivée du terme du contrat ou de l'allocation des sommes convenues ou même par la renonciation au crédit par le bénéficiaire ou la révocation du crédit par le créancier. L'article 706 du C.C. dispose, à cet égard, que «l'ouverture de crédit peut être révoquée de plein droit avant le terme convenu en cas de décès du bénéficiaire, de survenance

chez lui d'une cause d'incapacité, de cessation notoire de ses paiements, même non constatée par un jugement et de faute lourde commise dans l'utilisation du crédit qui lui a été consenti».

L'étude de la révocation du crédit s'avère fort importante surtout lorsqu'on réalise que cette façon de mettre fin au contrat constitue l'un des cas de résiliation des contrats unilatéralement et qui «est, sans doute, l'une des questions les plus brûlantes du droit des obligations»<sup>221</sup>. Et, d'ailleurs, cet intérêt ne fait pas de doute aux yeux du législateur qui a tenu à fixer limitativement les cas dans lesquels la révocation avant terme de l'ouverture de crédit peut intervenir. Voulant encadrer ces possibilités de révocation sans risques pour chacune des parties, on pourrait regrouper celles-ci en deux catégories de cas. Il s'agit des raisons subjectives (A) et des raisons objectives justifiant la révocation de l'ouverture de crédit (B).

#### **A - Les raisons subjectives de révocation de l'ouverture de crédit**

**278.** Ce sont les cas qui tiennent à la personne du crédité. Selon l'article 706 du C.C., l'ouverture de crédit peut être révoquée en cas de décès du bénéficiaire (1) et en cas de survenance d'une incapacité (2).

<sup>221</sup> Krajewski: L'intuitu personae dans les contrats, thèse Toulouse, 1998, p. 13 et s.

#### **I- Le décès du bénéficiaire**

**279.** L'ouverture de crédit est un contrat intuitu personae. Le décès du bénéficiaire doit automatiquement entraîner sa révocation. Aucun transfert du contrat aux héritiers n'est donc possible malgré les dispositions de l'article 241 du C.O.C. selon lequel les héritiers continuent la personne du défunt. Les héritiers sont tenus de renoncer à la somme des crédits alloués à leur auteur sans pour autant pouvoir prétendre recevoir les montants restants du crédit convenu.

Au décès du crédité, on assimile souvent la dissolution d'une société bénéficiaire de crédit, étant donné que cette dissolution entraîne sa disparition. C'est ainsi que le règlement général des ouvertures de crédit édicté par la Banque Centrale de Tunisie en 1979 prévoit la révocation immédiate du crédit en cas de dissolution ou de transformation d'une personne morale.

Si, concernant la dissolution, le règlement général de la Banque Centrale de Tunisie est sans reproche, sa position est, en revanche, condamnable concernant la transformation. En effet, les banques, en tant que créanciers, n'encourent aucun risque par la transformation d'une société puisque l'effet de la transformation d'une personne morale n'engendre pas, en droit, la naissance d'une société nouvelle. C'est que, lorsque la transformation de la société a été régulièrement opérée, l'article 436 du code des sociétés commerciales dispose qu'elle

entraîne pas la perte de la personnalité morale qui subsiste sous la nouvelle forme».

Encore plus, l'article 437 du C.S.C. précise que « les contrats conclus avec la société à transformer sont transférés dans les mêmes conditions à la société issue de la transformation».

La transformation de la société bénéficiaire ne donne donc pas droit au banquier de révoquer le crédit octroyé à la société transformée. La situation du créancier est même renforcée dans certains cas puisque, selon l'alinéa dernier de l'article 437 du C.S.C., il est précisé que «lorsque la transformation entraîne des garanties nouvelles résultant de la nouvelle forme, les créanciers de la société transformée en bénéficient».

**280.** Tout autant que la transformation, la fusion n'altère pas les droits des créanciers autres que les obligataires et les porteurs de certificats d'investissement et de titres participatifs. La fusion opère, selon les termes de l'article 420 du C.S.C., un transfert de la créance de la société absorbée sur la société absorbante. Il y a un changement de débiteur sans pour autant qu'il y ait une véritable novation.

Le législateur permet, cependant, aux créanciers de la société absorbée de s'opposer à la fusion dans les trente jours qui suivent la publicité de la fusion, conformément à l'article 16 du C.S.C. Ayant fait leur opposition, les créanciers saisissent le président de la chambre commerciale, s'il en existe, car en Tunisie tous les tribunaux ne sont pas pourvus de chambre

commerciale, ou bien le président du tribunal de première instance qui peut décider le paiement des créanciers immédiatement ou la constitution de nouvelles garanties nécessaires à leur protection<sup>222</sup>.

## **2- La survenance d'une incapacité chez le crédité**

**281.** En application des règles de droit commun, l'incapacité peut résulter de la démence, de la faiblesse d'esprit et de la prodigalité (Articles 160 à 170 du code du statut personnel). De même, peut être frappée d'incapacité toute personne condamnée à 10 ans d'emprisonnement pour un fait constituant un crime au sens de l'article 30 du code pénal.

Ces cas d'incapacité permettent au banquier de révoquer le crédit alloué à l'emprunteur sans risque d'être condamné pour rupture abusive.

## **B - Les causes objectives de révocation du crédit**

**282.** Le législateur autorise le banquier dispensateur du crédit à le rompre en cas de cessation des paiements de l'emprunteur (1) et en cas de faute lourde dans l'utilisation du crédit (2).

<sup>222</sup> Taoufik Ben Nasr : Aspects de la fusion dans le code des sociétés commerciales, R.T.D. 2005, p. 67 et suivantes.

## 1) La révocation de l'ouverture de crédit en cas de cessation des paiements

283. La cessation des paiements fait partie de ces notions juridiques à contenu variable qui ont toujours irrité la doctrine et ébranlé la jurisprudence. Déjà avant la réforme du code de commerce entamée par la loi du 17 avril 1995 qui a institué un régime de redressement des entreprises en difficultés et qui a été changée par la loi du 29 avril 2016<sup>223</sup>, la cessation des paiements du commerçant a tardé à apparaître comme une notion pouvant être appréhendée globalement et unitairement<sup>224</sup>.

Depuis la loi du 17 avril 1995 modifiée en 1999 et en décembre 2003 et abrogée par la loi du 29 avril 2016, la notion de cessation des paiements a éclaté donnant lieu à une cessation des paiements autorisant l'introduction par le débiteur ou le créancier d'une procédure en règlement judiciaire et une cessation des paiements justifiant la déclaration du débiteur en faillite et, même, à l'émergence d'une situation d'avant cessation des paiements permettant au débiteur de solliciter le règlement amiable<sup>225</sup>.

<sup>223</sup> V. Loi n° 36-2016 du 29 avril 2016, JORT du 10 mai 2016, p. 1724.

<sup>224</sup> Houin : Permanence de l'entreprise à travers la faillite. Aspects économiques de la faillite, Sirey, p. 140.

-Paillusseau : Du droit des faillites au droit des entreprises en difficultés. Etudes offertes à Roger Houin, Dalloz, 1985, p. 109 et suivantes.

-Terré : Droit de la faillite ou faillite du droit, Rev. Jur. Com. 1991, p. 2.

-Champaud : La situation des entreprises en difficultés, Problèmes de droit économique perturbant le droit privé, Rev. Jur. Com. 1976, p. 253.

<sup>225</sup> Loi 34-95 du 17 avril 1995 modifiée par la loi 63-1999 du 15 juillet 1999 et la loi 79-2003 du 29 décembre 2003.

La cessation des paiements ne doit pas être assimilée à la situation financière irrémédiablement compromise dans le cadre de la loi sur le redressement des entreprises en difficultés économiques. C'est, désormais, le cas de toute entreprise qui ne peut faire face à son passif exigible par son actif disponible, comme le prévoit l'article 434 du C.C. tel que modifié par la loi du 29 avril 2016<sup>226</sup>.

Mais la situation se trouve est plus compliquée dans le cadre de l'article 706 C.C. qui offre la possibilité au banquier de révoquer le crédit lorsque le bénéficiaire est en «état de cessation notoire de ses paiements même non constatée par jugement...». Il s'agit, bien entendu, d'une situation de fait qui est laissée à la libre appréciation du banquier. Celui-ci en demeure le seul juge et peut rompre le crédit, même, si le client passe par une simple gêne momentanée qui l'empêche de payer quelques échéances.

Il semble, dans l'intention du législateur, que le banquier peut révoquer le crédit chaque fois que la confiance, sur laquelle l'ouverture du crédit a été consentie, est ébranlée. Les tribunaux jugeront s'il s'agit d'un cas de révocation préjudiciable; mais,

<sup>226</sup> Sur l'évolution jurisprudentielle, Jugement de 1<sup>ère</sup> instance de Tunis, n° 1153 du 16/1/1962, RJL 1962, p. 51 ; Cassation n° 3919 du 10 mars 1982, RJL 1982, p.146.

-Cour de cassation, Arrêt n° 71107 du 26 mai 1999, *Inédit*.

-Jugement n° 204 du 15 juillet 2002, Tribunal de 1<sup>ère</sup> instance de Tunis, *Inédit*. - Cour d'appel de Tunis, Arrêt n° 94364 du 4 décembre 2002, *Inédit*.

-Cour d'appel de Tunis, Arrêt n° 86112 du 11 juillet 2002, *Inédit*.

entre-temps, le client victime de la rupture peut souffrir de cette situation qui pourrait entraîner sa perte.

**284.** La révocation de l'ouverture de crédit pour cessation notoire des paiements par le bénéficiaire constitue aujourd'hui une raison dépassée. D'abord, le droit des entreprises en difficultés économiques a évolué de la sanction au redressement des entreprises. Ensuite, la loi relative aux procédures collectives, pose le principe de la continuation des contrats en cours dans le nouvel article 451 du C.C.. Les contrats sont donc continués de plein droit et, contrairement au droit français, l'administrateur judiciaire ainsi que le débiteur peuvent demander leur suspension.

Cette continuation du contrat d'ouverture de crédit constitue, au contraire, un moyen efficace pour le crédit de poursuivre son activité grâce au concours bancaire dont il bénéficie. L'article 706 du C.C. ne semble pas en harmonie avec la loi du 29 avril 2016 dont l'objet est le sauvetage des entreprises passant par des difficultés économiques. Dans ce cadre, il est évident que la rupture de la confiance fondée sur l'assiette financière du crédit ne peut être une cause pour la révocation du crédit. Et s'il se trouve face à un emprunteur qui n'est pas digne de son concours, le banquier est en droit de demander à l'administrateur judiciaire de solliciter la suspension du contrat d'ouverture de crédit auprès du juge compétent.

Toujours est-il que le banquier ne peut être contraint d'attendre la déclaration de la faillite du client pour pouvoir révoquer le crédit. A cet égard, la position du législateur mérite d'être retenue à double égards :

En premier lieu, elle présente le mérite de la souplesse. En effet, en se suffisant d'une cessation notoire des paiements, le législateur a étendu le domaine d'application de cette cause à tous les crédits. En second lieu, cette solution présente le mérite de vouloir restreindre, au minimum, l'étendue de la dégradation financière du bénéficiaire du crédit.

En n'attendant pas, en effet, que la cessation des paiements débouche sur la faillite pour permettre au créancier de révoquer le crédit, le législateur veut empêcher le crédit de contracter de nouvelles dettes et de diminuer les chances du banquier de se faire rembourser.

La cour de cassation a, en effet, déclaré que le banquier ne saurait être considéré en faute lorsqu'il a révoqué le crédit alors que le crédit était devenu notoirement insolvable à la suite de l'interdiction de détenir un carnet de chèques, dont il a fait l'objet, et les incidents de paiement auxquels il s'est confronté et, notamment, l'impossibilité de payer les traites tirées sur lui<sup>227</sup>.

<sup>227</sup> Cass., Arrêt n° 69510 du 16 février 2000, *Inédit*.

- Cour d'appel de Médenine, Arrêt n° 4025 du 3 juin 1998, *Inédit*.

- Cass., 30304 du 23 mars 2004, *Inédit*.

- Cass., 10510 du 9 novembre 2007, *Inédit*.

La cour suprême a aussi déclaré que la banque n'est pas responsable par le seul fait qu'elle n'ait pas envoyé un préavis avant la rupture du crédit dès lors qu'il s'avère que son client a maintenu sa situation financière par le recours aux manœuvres dilatoires et aux effets de complaisance. La cour suprême a tiré les véritables conséquences de la situation financière du client qui s'avèrent en cessation de ses paiements. Les règles de rupture prévues par l'article 706 du C.C. sont applicables d'après la cour de cassation sans référence à l'article 705 du même code<sup>228</sup>.

## 2) La faute dans l'utilisation du crédit

285. Le banquier, en accordant des crédits, remplit une mission économique. Le crédit aux entreprises permet à celles-ci de faire face aux besoins de financement et d'investissement. Vue de cet angle, l'ouverture de crédit n'est pas un simple contrat dont les effets n'intéressent que le crédité ; mais elle constitue surtout un moyen d'expansion économique. En outre, les crédits mettent à la charge de la banque des risques qui tiennent au coût de l'argent et à la possibilité de perdre les fonds prêtés du fait du non remboursement par l'emprunteur.

Pour cela, la banque tient, au moment de la conclusion des opérations financées, à obtenir le maximum d'informations à propos de la destination des crédits ; et ces renseignements lui donnent la possibilité de vérifier l'affectation des sommes octroyées. La cour d'appel de Tunis a déclaré que tant que le

<sup>228</sup> Cassation, n° 69003-2011 du 5 mai 2012, *Inédit*.

crédit est destiné à un objet déterminé et qu'il a été convenu entre les parties des conditions de sa libération et de sa mise à la disposition de l'emprunteur, la banque créditrice a, non seulement, le droit de contrôler l'affectation des sommes allouées pour que le bénéficiaire ne puisse pas s'écarter des objectifs fixés, mais aussi de subordonner la fourniture des liquidités à l'exécution par l'emprunteur de ses obligations quant à la réussite du projet<sup>229</sup>.

Ce droit de contrôle, qui implique même une obligation de surveillance de la part du banquier, est prévu de manière indirecte par le législateur qui permet la révocation du crédit en cas de faute lourde dans l'utilisation qui en est faite, selon l'article 706 C.C.

Le droit de surveillance du banquier se double par un devoir de conseil de sa part qui ne saurait constituer une immixtion dans les affaires de son client et ne peut, en aucun cas, déboucher sur un soutien artificiel pour prolonger abusivement l'activité de ce même client<sup>230</sup>.

Une question peut, tout de même, être posée à partir des dispositions de l'article 706 du C.C. qui prévoit que le crédit peut être révoqué «de plein droit avant le terme convenu...». Peut-on dire alors que ces conditions de révocation ne s'appliquent

<sup>229</sup> Cour d'appel de Tunis, Arrêt n° 26387 - 29109 du 30 avril 1997, *Inédit* ; Tribunal de première instance de Tunis, n° 21553 du 4 décembre 2007, *Inédit*. «Le banquier est libre de ne pas augmenter les montants du crédit lorsque le client a changé la nature de son activité et a augmenté les coûts de son projet ».

<sup>230</sup> Cassation, n° 73982-2012 du 22 janvier 2013, *Inédit*.

qu'aux ouvertures de crédit consenties pour une durée déterminée?

A priori, ce raisonnement est valable, puisque les ouvertures de crédit à durée indéterminée peuvent être rompus à tout moment. Mais le banquier peut, quand même, être poursuivi par le crédit pour toute rupture causant un préjudice à ce dernier. C'est, croyons-nous, afin d'éviter ces contestations que la circulaire de la Banque Centrale de Tunisie de 1979 a étendu la faute dans l'utilisation du crédit au contrat d'ouverture de crédit à durée indéterminée.

En tout état de cause, la cour suprême a déclaré que le banquier est en droit de rompre le crédit sans préavis dès lors qu'il est établi que le crédit passait par des difficultés financières qui ont amené celui-ci à prolonger son activité en recourant au tirage d'effets de commerce de complaisance<sup>231</sup>.

**286.** Toutefois, le banquier peut accorder des crédits à une entreprise sans pour autant que ne soit spécifié dans le contrat l'affectation ou les raisons du crédit. Peut-on dire alors que le banquier ne peut révoquer le crédit avant le terme convenu selon l'article 242 du C.O.C. qui prévoit que le contrat est la loi des parties ? Ainsi, le contrat n'ayant pas spécifié la destination du crédit, l'emprunteur demeure libre d'en disposer à toute fin et selon sa seule volonté.

<sup>231</sup> Cassation, n° 76504-2012, du 25 septembre 2012, *Inédit*.

Cette liberté a eu des échos en droit comparé ; mais la généralité des termes de l'article 706 du C.C. ne laisse, à notre avis, aucune place aux discussions, d'autant plus que personne ne tolérerait que des fonds prêtés pour financer un investissement commercial soit utilisés par l'emprunteur, personne physique ou morale, à des fins personnelles<sup>232</sup>. L'article 5 du règlement général de l'ouverture de crédit emploie, à juste titre d'ailleurs, les termes de «détournement de l'objet du crédit». Et à ce titre, les principes dégagés par la cour d'appel de Tunis, en termes on ne peut plus clairs, consacrent un droit et même une obligation générale de surveillance par le banquier sur l'utilisation faite par l'emprunteur des crédits octroyés.

Le devoir de surveillance découle du droit reconnu au banquier de contrôler l'utilisation du crédit. Ainsi, la banque qui accorde le crédit garde un droit de regard sur la destination des sommes allouées. La fonction du banquier n'est pas seulement celle d'une partie à un contrat de crédit mais elle est doublée d'un partenariat à objet économique qui dépasse le cadre d'une affaire commerciale. En vérité, la réussite de l'affaire financée par le banquier est une garantie de paiement du banquier par son client.

Mais cette attitude de simple surveillance s'est avérée insuffisante et la cour de cassation a déclaré que « s'il est acquis

<sup>232</sup> Rives-Lange : *Ouvrage précité*, p. 504.

Voir aussi, Tribunal de première instance de Tunis, n° 21553 du 4 décembre 2007, *Inédit*.

qu'il pèse sur le client une obligation d'information de son banquier sur sa véritable situation financière, il est du devoir du banquier de prodiguer les conseils utiles au crédit et de veiller à lui consentir les moyens nécessaires afin de parvenir aux résultats économiques et financiers escomptés »<sup>233</sup>.

Le devoir de conseil fondé sur l'obligation d'information qui pèse sur le banquier implique la reconnaissance de l'autre obligation qui pèse sur le banquier et qui consiste pour ce dernier à ne pas soutenir artificiellement son client.

L'abus de soutien peut, en effet, constituer une source de responsabilité du banquier qui peut aller jusqu'à la complicité dans la faillite<sup>234</sup>. L'article 588 nouveau du C.C. en est l'illustration.

## § 2 - LES CONDITIONS DE LA REVOCATION DU CREDIT

287. L'article 705 du C.C. prévoit que l'ouverture de crédit peut être à durée limitée ou à durée illimitée. Les conditions de la révocation ne sont pas les mêmes dans les deux cas de figure.

Lorsque l'ouverture de crédit est consentie pour une durée indéterminée, l'article 705 paragraphe 2 dispose que le banquier est libre de la révoquer «à charge de préavis de huit jours par lettre recommandée».

<sup>233</sup> Cassation, n° 73983-2012 du 22 janvier 2013, *Inédit*.

<sup>234</sup> *Idem*.

Cette condition de préavis est essentielle puisque le même article ajoute que «toute stipulation contraire est réputée non écrite». Le banquier engagerait, donc, sa responsabilité s'il rompt le crédit accordé sans limitation de durée avant d'informer son client dans les délais prévus par l'article 705 ci-dessus mentionné.

288. Telle n'est pas, cependant, la situation lorsque le banquier révoque le crédit pour la survenance de l'un des événements prévus par l'article 706 du C.C. Cette interprétation est confortée par la circulaire de la banque centrale de Tunisie du 23 mars 1979 qui prévoit que les ouvertures de crédit, à durée limitée ou illimitées, peuvent être révoquées de plein droit et sans préavis en cas de décès du bénéficiaire, de survenance chez lui d'une cause d'incapacité ou d'une cessation notoire de ses paiements dans le cadre de l'article 706 du C.C.

Il reste que l'attitude des tribunaux est incertaine et l'on ne peut dégager une position nette et définitive à ce propos.

Ainsi, remarque-t-on que, tantôt, ils décident que le banquier est tenu de la condition du préavis<sup>235</sup> et, tantôt ils reconnaissent la liberté totale du banquier. Le tribunal de première instance de Tunis a pu déclarer qu'en vertu de l'article 242 du C.O.C., le banquier est libre de rompre le crédit sans

<sup>235</sup> Tribunal de première instance de Tunis, n° 28412 du 16 janvier 1996, *Inédit*.

autres formalités lorsque cette liberté est prévue dans le contrat de crédit<sup>236</sup>.

La cour de cassation, quant à elle, en assimilant les facilités de caisse à l'ouverture de crédit, a déclaré que la rupture des facilités par la banque, de manière intempestive et sans un avis préalable au bénéficiaire, constitue une rupture abusive engageant la responsabilité du banquier<sup>237</sup>. Quelle est la portée de cet arrêt et peut-il constituer un principe ? Peut-être bien car les facilités de caisse ne font pas l'objet d'une réglementation spécifique en droit tunisien ; ce qui a poussé les tribunaux à leur appliquer les règles de l'ouverture de crédit<sup>238</sup>.

Toutefois, dans un arrêt récent, la cour suprême a déclaré que la révocation intempestive du crédit et non motivée peut causer un préjudice considérable pour le client. Aussi la cour de cassation a-t-elle pu déclarer que la responsabilité du banquier est établie dès lors que le crédit ayant été révoqué sans préavis, le client s'est retrouvé dans une situation financière détériorée du fait des difficultés rencontrées depuis la rupture du crédit<sup>239</sup>.

<sup>236</sup> Tribunal de première instance de Tunis, n° 82914 du 27 novembre 1993, *Inédit*.

- V. aussi, Cour d'Appel de Tunis, n° 78214 du 19 juin 2002, *Inédit*.

<sup>237</sup> Cass., Arrêt n° 16421 du 10 mai 2002, *Inédit*.

- V. aussi pour le cas de la cessation des paiements, Cass., n° 10510 du 9 novembre 2007, *Inédit*.

- Tribunal de première instance de Tunis, n° 13522 du 21 mai 2005, *Inédit*.

- Cour d'Appel de Tunis, n° 34040 du 24 mai 2006, *Inédit*.

<sup>238</sup> Voir, Jugement n° 28412 du 16 janvier 1996, *Inédit*, ci-dessus cité.

<sup>239</sup> Cassation, n° 76504-2012 du 25 septembre 2012, *Inédit*.

- Cour d'appel de Tunis, n° 22007 du 8 mai 2012, *Inédit*.

### § 3 : LES EFFETS DE LA REVOCATION DU CREDIT

289. La révocation de l'ouverture de crédit produit des effets tant à l'égard du crédit (A) qu'à l'égard du créancier (B).

#### A - Les effets de la révocation du crédit à l'égard du crédit

290. La révocation du crédit est une cause d'extinction du contrat. Les effets produits par le contrat avant la rupture demeurent valables. Le crédit doit payer la partie du crédit qu'il a utilisé ainsi que les commissions et les intérêts convenus.

#### B - Les effets de la révocation du crédit à l'égard de la banque

291. La révocation, fondée sur l'une des causes citées par l'article 706 du C.C., permet au banquier d'arrêter instantanément son concours. Il peut rejeter tous les effets tirés par son client.

Mais telle n'est pas la situation lorsque le banquier envoie à son client un préavis de révocation du crédit. Il doit, dans ce cas, continuer à honorer ses engagements vis à vis du créancier, payer les ordres de paiement et effectuer toutes sortes d'opérations, conformément au contrat d'ouverture de crédit au cours du délai du préavis. S'il ne s'y conforme pas, le banquier serait en faute, même s'il a avisé son client de sa volonté de révoquer le crédit.

### **SOUS-SECTION III : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER EN MATIERE DE CREDIT**

292. Dans l'exercice de son activité, le banquier court des risques certains. Souvent, il se laisse aussi abuser par une certaine apparence du client et regrette, après coup, d'avoir prêté son concours à un client en mauvaise situation financière ou à un client peu scrupuleux. Il préfère, ainsi, limiter les risques et rompt le crédit. Mais le banquier assume une responsabilité vis-à-vis des tiers qui ne tiendrait pas à la rupture du crédit et relèverait, surtout, de l'octroi du crédit.

Ce sont les deux volets les plus intéressants de la responsabilité du banquier en matière de crédit. Le banquier endosse une responsabilité à l'égard de son client (§1) et une responsabilité à l'égard des tiers (§2).

#### **§1. - LA RESPONSABILITE DU BANQUIER A L'EGARD DE SON CLIENT**

293. Le législateur n'a pas soumis la responsabilité civile du banquier vis-à-vis de ses clients à un régime juridique spécifique. Ce sont les règles de la responsabilité civile de droit commun qui s'appliquent en la matière. Toutefois, le banquier demeure libre d'accorder ou de refuser l'octroi d'un crédit, car le contrat d'ouverture de crédit est fondé sur l'intuitu personae. Le banquier est libre de ne contracter qu'avec des personnes dignes de confiance. Mais lorsqu'il aura ouvert un crédit, et que le client aura commencé à l'utiliser, le banquier perdra toute liberté et ne

pourra de son propre chef rompre le contrat sans motif valable. Ainsi, la banque encourt une responsabilité à l'occasion de l'octroi du crédit (A) ainsi que lors de sa rupture (B).

#### **A - La responsabilité du banquier dans l'octroi du crédit**

294. L'octroi du crédit est une décision qui suppose des discussions entre le banquier et son client. Des étapes sont souvent observées avant que n'intervienne l'accord définitif. Dans ce cadre, se pose la question de la responsabilité précontractuelle du banquier (1) ainsi que sa responsabilité contractuelle (2).

##### **1- La responsabilité précontractuelle du banquier**

295. Accorder un crédit n'est jamais une décision immédiatement prise par le banquier. La demande du crédit est généralement sujette à la fourniture d'un dossier justifiant la situation économique et juridique du client. Des discussions sont ouvertes concernant le montant des crédits sollicités, les modalités de leur remboursement, les garanties présentées ainsi que la commission du banquier et sa rémunération.

Ces discussions rentrent dans le cadre des négociations qui précèdent la conclusion définitive du contrat d'ouverture de crédit. Chacune des parties garde son entière liberté de donner la fin qu'elle souhaite aux pourparlers engagés. Le banquier demeure, pour ainsi dire, libre d'octroyer ou de refuser le crédit sollicité. Cette latitude constitue la contrepartie des risques

encourus par lui dans l'octroi du crédit. En outre, on pourrait être tenté de dire que le banquier est obligé d'accorder le crédit dès lors que le client aura satisfait à toutes les conditions exigées par la banque et que, de cette manière, les pourparlers engageraient la banque qui les rompt sans motifs légitimes<sup>240</sup>.

Cette affirmation méconnaîtrait certainement la réalité du droit des crédits dans lequel tout type de crédit et toute demande obéit à une solution différente<sup>241</sup>. Encore, faut-il préciser que le refus du banquier d'octroyer le crédit après l'engagement des pourparlers doit être fondé sur des motifs valables, c'est à dire de bonne foi. Mais, exiger la bonne foi du banquier revient à dire que la rupture des pourparlers devrait être motivée, ce qui engagerait trop loin la banque ; car toute rupture de discussions pourrait être taxée d'abus. Le banquier est un commerçant et, même, s'il applique la politique économique du pays, il ne constitue pas pour autant un service public.

Seulement, le banquier, libre de choisir son client, ne doit pas cacher sa décision ou la retarder de telle manière que le client perde du temps et l'attente sans résultat lui serait ainsi préjudiciable. Dans le traitement du dossier, le banquier doit tenir compte des intérêts du demandeur du crédit et veiller à lui éviter

<sup>240</sup> Selon la cour de cassation, le banquier devient engagé dès le moment où le client a satisfait à toutes les conditions énumérées par l'accord de principe.

-Cass., n° 74038 du 21 avril 2000, *Inédit*.

-Schmidt : La période précontractuelle en droit français, RTD.Com., 1990, p. 545.

<sup>241</sup> Deschanel : L'information du banquier sur la vie des entreprises et la distribution du crédit, Rev. Banque, 1977, p. 976.

les désagréments des expectatives nuisibles. Pour apprécier le comportement du banquier, il faudrait se placer dans la situation d'un individu loyal et diligent qui est tenu d'apporter les soins normaux dans la négociation et le traitement des demandes.

Toutefois, la rupture peut, aussi, être due à l'attitude du banquier qui impose des conditions extraordinaires pour l'allocation du crédit qui dépasseraient les moyens du client sollicitant. S'il arrive à prouver ces faits, le client pourrait engager la responsabilité du banquier, car la rupture, dans ce cas, serait fondée sur un élément purement vexatoire. Le client, dans cette situation, ne saurait exiger l'octroi du crédit, car il n'y a jamais eu d'accord express entre les parties, mais, pourrait demander le paiement de dommages et intérêts du fait de la rupture vexatoire des pourparlers.

## 2 - La responsabilité contractuelle du banquier

296. Dans le cadre contractuel, l'allocation des crédits exige l'examen de la responsabilité du banquier lorsque son client est «in bonis» (a) et lorsqu'il est aussi en difficultés économiques (b).

### a) La responsabilité du banquier lorsque le client est «in bonis»

297. La responsabilité du banquier à l'égard de son client bénéficiaire du crédit peut paraître «choquante»<sup>242</sup>. Comment le

<sup>242</sup> Veizian : La responsabilité du banquier en droit privé français, p. 190 et s.

client, qui a bénéficié d'une ouverture de crédit, peut-il reprocher à son banquier de l'avoir soutenu ?

En effet, c'est le client qui est l'unique fautif dans la mesure où il est le mieux placé pour juger de sa situation financière et économique. La banque n'est ni le mandataire du bénéficiaire des fonds, ni le chargé de ses affaires. En plus, l'utilisation des crédits alloués est du ressort du client qui demeure le seul juge et responsable de l'affectation des crédits.

Ces considérations, qui peuvent être fondées et qui reposent sur la liberté des parties et la responsabilité de chacune d'elles, ne résistent pas à un examen attentif des données du problème. Le banquier ne doit pas se refuser un droit de regard sur les montants alloués à son client. L'article 706 du C.C. lui accorde même un droit de révoquer le crédit lorsqu'il constate une «faute lourde commise dans l'utilisation du crédit qui lui a été consenti».

La Cour d'appel de Tunis a eu l'occasion d'affirmer que tant que le crédit convenu aurait, de l'accord des parties, une destination bien fixée, le banquier a, non seulement, le droit de surveiller l'utilisation du crédit, mais aussi le doit de contrôler et de lier les montants alloués à l'exécution par le bénéficiaire de ses obligations quant à la destination des fonds octroyés<sup>243</sup>.

<sup>243</sup> Cour d'appel de Tunis, n° 29109 - 26387 du 30 avril 1997, *Inédit*.

Le banquier est en mesure de surveiller son client et de suivre même, de très près, la destination des fonds alloués ainsi que la situation financière du même client. L'état des comptes du crédit, les incidents de paiement dont-il est l'auteur et les paiements effectués à travers la banque permettent à cette dernière de se faire une idée sur la situation du client. Dans l'affaire ci-dessus jugée par la cour d'appel de Tunis, la banque créditrice a arrêté de financer la société bénéficiaire du crédit car, cette dernière a cessé de présenter les justificatifs des dépenses, selon l'accord établi avec la banque qui, devant cette position négative, a pu déceler une malveillance des dirigeants de la société.

Le banquier contracte avec le client en considération de la personne de ce dernier. Ces raisons personnelles qui président à l'allocation du crédit, imposent pour le banquier de ne contracter qu'avec les personnes dignes de confiance et qui sont censées utiliser les fonds alloués à bon escient. Le banquier est, encore, dans l'obligation de s'informer sur la situation financière de ses clients. Dans ce domaine, sa bonne foi ne suffit pas pour dégager sa responsabilité. Le client peut agir à l'encontre de son banquier sur la base de l'obligation de conseil qui pèse sur lui. Ainsi, le banquier qui accorderait un soutien démesuré à son client, ne rend pas service à ce dernier. Et il est de l'essence même de son activité d'arrêter les crédits abusifs, qui tendent à détériorer la situation du crédit et à l'engager irrémédiablement vis-à-vis de la banque et, même, des tiers.

Mais la cour suprême a, depuis longtemps, déclaré que la banque ne peut se dérober derrière les poursuites pénales engagées à l'encontre de ses agents coupables de détournement de fonds appartenant à sa clientèle.

La cour de cassation a affirmé que la responsabilité du banquier fondée sur la base de l'article 245 du C.O.C. implique que la banque assume à l'égard de son client une responsabilité découlant de la faute de ses agents<sup>244</sup>.

### *b) Le banquier et le client en difficultés économiques*

**298.** La question, préalable à toute discussion en la matière, consiste à s'interroger sur la position du banquier face à la détérioration de la situation économique de son client. Un banquier est-il dans l'obligation de prêter son concours à un client en dehors de tout contrat préétabli ?

Les arguments en faveur d'une position appelant pour l'intervention du banquier ne manquent pas en fait. S'il est vrai que les banquiers ne prêtent qu'aux riches, il faudrait, tout de même, qu'ils soutiennent les clients en difficultés lorsqu'ils sont en mesure de se redresser.

La cour de cassation a, quant à elle, déclaré que la banque garde une entière liberté d'accorder ou de ne pas accorder des crédits à une entreprise en difficultés économiques, même

<sup>244</sup> Cassation, n° 7302-2006, du 20 novembre 2006, *Inédit*.

lorsque la proposition est présentée par la commission du suivi des entreprises en difficultés économiques<sup>245</sup>.

La liberté du banquier est donc consacrée d'après cette position de la Cour suprême et la banque ne peut être contrainte de renflouer le client qui passe par des difficultés financières.

Cependant, le banquier est un créancier et s'il ne saurait être dans l'obligation de fournir des crédits supplémentaires, peut-il agir contre son client en paiement des créances impayées ?

Lorsque la période d'observation a été ouverte, l'article 449 du C.C., institué par la loi du 29 avril 2016 relative aux procédures collectives, prévoit que les poursuites individuelles et d'exécution concernant des créances antérieures à l'ouverture de cette période, sont suspendues. Il faut rappeler que la simple introduction d'une demande de règlement amiable reste insuffisante selon la Cour d'appel de Tunis<sup>246</sup>.

Si la créance que le banquier veut recouvrer est née après l'ouverture de la période d'observation, elle est payable par priorité aux autres créances «mêmes celles qui sont privilégiées»<sup>247</sup>.

**299.** Encore, faut-il préciser que le banquier n'a pas un statut propre et n'est qu'un créancier comme tous ceux envers lesquels l'entreprise en difficulté est débitrice. A ce titre, la

<sup>245</sup> Cass., n° 12460-200, du 2 février 2002, *Inédit*.

<sup>246</sup> Sur l'ancien régime légal, Cour d'appel de Tunis, n° 53384 du 2 février 1999, *Inédit*.

<sup>247</sup> Tribunal de première instance de Tunis, n° 102 du 11 juillet 2001, *Inédit*.

banque peut subir le rééchelonnement de la dette, l'abattement des intérêts et même leur abandon. Et le tribunal de Tunis a fondé cette position sur le fait que les banques connaissent, mieux que quiconque, la situation de leurs clients et qu'elles ont pour mission d'observer la prudence dans l'allocation des crédits et de ne financer les entreprises qu'après étude des projets soumis<sup>248</sup>.

Avant même de prendre la décision d'ouverture du crédit, la banque doit se comporter comme une partie prenante au projet et revoir toutes les études de financement car «devant les données objectives qui empêchent l'entreprise de continuer son activité ou le paiement de ses dettes, il est souvent impératif de limiter son endettement au principal de la dette sans les intérêts qui l'ont précipitée»<sup>249</sup>.

Les banques, qui ne peuvent pas être obligées d'octroyer de nouveaux crédits aux entreprises en difficultés économiques, assument, tout de même, le risque de voir leurs créances réduites dans la limite du principal octroyé ; ce qui n'est pas sans incidence financière sur leurs engagements.

Afin d'encourager les banques, qui sont à la fois les créanciers et les partenaires essentiels des entreprises, à venir en aide à celles-ci de façon spontanée, la loi des finances de 1999 a permis aux banques de déclarer les montants et les intérêts

<sup>248</sup> Tribunal de première instance de Tunis, n° 102, *op. cit.*

<sup>249</sup> Tribunal de première instance de Tunis, n° 13 du 12 juin 1997, *Inédit.*

abandonnés aux profits des entreprises en difficultés au moment de la déclaration annuelle des revenus.

Cette déclaration entraîne la déduction de ces montants de l'assiette imposable. Se fondant sur ces dispositions, le tribunal de première instance de Grombalia a décidé que «le refus par les banques du plan de continuation présenté par les experts qui s'appuie sur le rééchelonnement des dettes de l'entreprise en question et l'abattement des intérêts, ne peut constituer une position sérieuse favorisant le débiteur ou même les créanciers. Les banques ont la possibilité de récupérer une partie des montants sacrifiés sur la base de l'article 39 de la loi des finances de 1999, ci-haut citée»<sup>250</sup>.

**300.** Toutefois, le banquier, qui peut se voir imposer une décision de rééchelonnement de la dette principale ainsi que l'abandon des intérêts sur la dette échue, a-t-il la possibilité de résilier le contrat d'ouverture de crédit qui le lie encore au débiteur?

L'article 451 du C.C., ajouté par la loi d'avril 2016 relative aux procédures collectives, pose, dans son premier alinéa, le principe de la continuation des contrats en cours. Ainsi, le contrat d'ouverture de crédit qui n'a pas été résilié avant l'ouverture de la procédure, doit être continué. Cette position, prise par le législateur tunisien en faveur de la continuation

<sup>250</sup> Tribunal de première instance de Grombalia, n° 19 du 13 novembre 2000, *Inédit.*

forcée des contrats en cours, repose sur l'idée que ces contrats sont à la fois nécessaires pour la continuation et le maintien de l'activité économique de l'entreprise.

Le banquier ne peut donc rompre le contrat d'ouverture de crédit qui est forcément maintenu. Seulement, lors de la rédaction de cet article, il fallait penser à l'article 706 du C.C. qui permet au banquier de rompre le crédit en cas de cessation notoire des paiements du client crédité alors même que celle-ci n'est pas «constatée par un jugement».

En fait, nous croyons que cette contradiction peut être dépassée dans la mesure où la loi relative au redressement des entreprises en difficultés économiques constitue un texte spécial qui l'emporte sur le texte général qui est l'article 706 du C.C. Il ne faut pas aussi oublier que la loi sur le sauvetage des entreprises économiques est d'ordre public et que serait, alors, une entreprise demandant à être secourue sans le concours de son banquier ?

## **B - La responsabilité du banquier pour rupture de crédit**

**301.** La responsabilité de la banque à l'égard de son client en cas de rupture de l'ouverture de crédit doit être étudiée dans les cas d'allocation de crédit à durée déterminée (1) et à durée indéterminée (2).

### **1) La rupture du crédit à durée déterminée**

**302.** L'ouverture de crédit peut être octroyée pour une période déterminée lorsque le banquier s'engage à soutenir le client durant une période fixée dans le contrat. Mais, souvent, l'engagement du banquier à l'égard de son client est déterminé en fonction d'un montant précis. La responsabilité du banquier, dans ce cas, serait engagée lorsqu'il rompt le crédit alors que le client n'a pas épuisé les sommes objet du contrat. Cette rupture, même si elle n'est pas prévue de manière expresse par les articles 705 et 706 du C.C., devrait être rapprochée du cas de l'ouverture de crédit à durée déterminée.

La banque doit, ainsi, maintenir le crédit à la disposition du client qui peut en user tant qu'il continue à satisfaire aux exigences contractuelles.

A la rupture du crédit, il faudrait assimiler le retard dans l'octroi du crédit. Le banquier est tenu de permettre au client-créditeur d'utiliser le crédit selon les tranches et échéances convenues. Le retard dans cette mise à disposition peut être préjudiciable au client qui est dans l'obligation de faire face à ses créanciers et pour le paiement desquels il a pu compter sur l'ouverture de crédit qui lui a été allouée. Le tribunal de première instance de Tunis a pu juger que la banque est fautive lorsqu'elle met du retard dans la libération échelonnée du crédit<sup>251</sup>.

<sup>251</sup> Tribunal de première instance de Tunis, n° 82964 du 9 décembre 1993, *Inédit*.

La même juridiction a jugé que le banquier, qui s'est engagé dans le cadre d'un crédit documentaire, ne peut revenir sur son engagement lorsque le paiement du crédit documentaire a pour fondement un contrat d'ouverture de crédit<sup>252</sup>.

L'ouverture de crédit est un contrat à exécution successive et la banque ne peut, sans raison valable, mettre fin à ce contrat d'une manière unilatérale. Si l'accord du client n'est pas donné, le banquier ne peut rompre le crédit avant le terme convenu que dans l'un des cas explicitement cités par l'article 706 du C.C. ; et le préavis de rupture ne décharge pas le banquier de ses responsabilités.

## 2) La rupture du crédit à durée indéterminée

303. Les contrats à durée indéterminée, quant à leurs limites dans le temps ou dans les montants, permettent aux parties de se libérer par volonté unilatérale. En effet, admettre la solution contraire reviendrait à instaurer des engagements perpétuels qui sont par principe interdits par loi<sup>253</sup>.

L'article 705 du C.C. prévoit, dans son deuxième paragraphe, que lorsque l'ouverture de crédit a été consentie pour une durée indéterminée, le banquier peut révoquer le crédit à tout

<sup>252</sup> *Idem.*

<sup>253</sup> Simler : L'article 1134 du C.Civ. et la résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée, J.C.P., 1971. I. N°2413.

- Houin : La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques, Paris, 1973.

moment à charge, pour lui, d'informer le bénéficiaire du crédit de son intention, huit jours avant la révocation.

Cet avis constitue un préavis sans lequel le banquier serait responsable envers le client victime de la rupture. Toutefois, il est utile de se demander si cette rupture unilatérale devrait être ou non justifiée et si le client ne pourrait pas agir à l'encontre du banquier sur la base de l'article 103 du C.O.C. relatif à l'abus de droit ?

La logique voudrait que le client a pu valablement compter sur le soutien de son banquier et s'est engagé, en conséquence, envers les tiers fort de cet appui. Aussi la rupture du crédit à durée indéterminée serait abusive de la part du banquier qui, même, en usant de son droit, porterait préjudice au client. Mais cette position serait certainement nuisible au banquier qui serait perpétuellement engagé envers le client en vertu du contrat d'ouverture de crédit à durée indéterminée. De plus, l'article 705 du C.C. est clair puisqu'il permet au banquier de rompre le crédit, lorsqu'il est consenti à durée indéterminée, à tout moment, à charge pour lui, de respecter la formalité du préavis. Le banquier ne serait responsable que lorsqu'il aurait rompu le crédit sans l'information préalable du client ou lorsque ce dernier arriverait à prouver que cette rupture était fondée sur une volonté de nuire ou dans un but purement vexatoire.

La circulaire de la Banque Centrale de Tunisie du 23 mars 1979 numéro 79-15 est allée plus loin pour affirmer la liberté de

la banque de rompre le crédit. Selon cette circulaire, qu'il soit à durée limitée ou illimitée, le crédit peut être révoqué, réduit ou suspendu sans préavis lorsque l'une des circonstances ou l'un des événements prévus par l'article 5 de ladite circulaire s'est produit.

Les dangers de la circulaire sus-visée sont évidents. Non seulement qu'elle est contraire à l'article 706 du C.C., mais elle fait du banquier le seul juge de la situation du client. Pourtant, et malgré ces inconvénients, la cour d'appel de Tunis a confirmé un jugement autorisant la banque à exciper de l'article 5 de ladite circulaire et à rompre le crédit consenti sans préavis. La cour de cassation, épousant, à son tour, la position de la cour d'appel, a rejeté le pourvoi du client<sup>254</sup>.

## § 2 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER A L'EGARD DES TIERS

304. Il pourrait être inconcevable à première vue d'évoquer une quelconque responsabilité du banquier en matière d'ouverture de crédit vis-à-vis des tiers. La banque n'a, en effet, aucun engagement à leur égard et le contrat de crédit ne lie la banque qu'au bénéficiaire. Mais le comportement du banquier peut rejaillir sur les tiers qui peuvent, de ce fait, souffrir du soutien abusif par le banquier à son client (A) et du défaut de surveillance de l'utilisation des crédits (B).

<sup>254</sup> C.A. de Tunis, n° 34040 du 24 mai 2006, *Inédit*.

- Cour de cassation, n° 10510 du 9 novembre 2007, *Inédit*.

## A - Le soutien abusif du client

305. Le banquier doit observer toute la prudence et la diligence nécessaires dans l'octroi des crédits à sa clientèle. S'il est du devoir d'une banque de venir en aide à ses clients, il lui est interdit d'octroyer, en revanche, des crédits dont l'existence et le volume ne se justifient pas eu égard à la situation du client.

Le soutien est fautif lorsqu'il n'est pas en conformité avec l'activité du bénéficiaire. En vertu de son droit de regard, le banquier ne peut prêter son concours d'une manière illimitée. Ainsi, en serait-il par exemple du cas du banquier qui, tout en sachant que l'entreprise créditée est en phase de règlement judiciaire, continue à l'alimenter de telle manière que les tiers aient pu croire à sa situation florissante. Ces crédits n'ont, en effet, aucun mérite car ils prolongent, artificiellement, la vie de l'entreprise concernée et les tiers de bonne foi deviennent des victimes de cet artifice.

Bien au contraire, le banquier est autorisé par les dispositions de l'article 706 du C.C. à rompre le crédit lorsque le bénéficiaire est en cessation notoire des paiements, même si aucun jugement n'a constaté cette situation. La banque serait donc responsable si elle connaissait, ou qu'elle devait connaître, la véritable situation matérielle du crédit. Les tiers peuvent engager la responsabilité du banquier imprudent sur la base des articles 82 et 83 du C.O.C.

En outre, le banquier est un professionnel en matière de crédit et, à ce titre, il est placé mieux que quiconque pour connaître et mesurer les risques auxquels sont exposés les tiers du fait de l'apparence de solvabilité créée par les crédits abusifs. De même, les crédits accordés à des personnes indignes peuvent engager la responsabilité du banquier à l'égard des tiers. Les moyens dont dispose le banquier pour s'informer de l'état et de l'honorabilité de ses clients l'obligent à n'accorder des crédits qu'à des personnes physiques ou morales dignes de confiance.

Cette responsabilité pour soutien abusif du client par son banquier a été instituée par la loi du 29 avril 2016 relative aux procédures collectives. L'article 588 de cette loi prévoit que le syndic de la faillite et les créanciers peuvent agir contre le banquier qui a abusivement accordé des crédits à une entreprise tout en sachant qu'elle était en état de cessation de paiement.

Cette action en responsabilité contre le banquier tend à faire supporter à ce dernier la responsabilité de l'état de cessation des paiements du client dans la mesure où le soutien, sans raison, était à l'origine de la cessation de paiement.

Cependant, le même article 588 de la loi du 29 avril 2016 pose une condition essentielle pour la mise en jeu de cette action, celle qui veut que les demandeurs doivent prouver que le banquier poursuivi était en connaissance de la situation financière fâcheuse du client.

## **B - La responsabilité du banquier pour défaut de surveillance de l'utilisation des crédits**

306. La Cour d'appel de Tunis a pu affirmer le principe selon lequel le banquier se trouve dans l'obligation de surveiller l'affectation des montants alloués à son client à titre de crédit<sup>255</sup>. Cette même règle se dégage de l'article 706 du C.C. qui permet la révocation du crédit lorsque le banquier se rend compte que le client en a fait une mauvaise utilisation.

Cependant, ce droit de surveillance doit s'accommoder d'une autre règle qui interdit au banquier de s'immiscer dans les affaires du client. Le banquier n'est pas en droit d'orienter le crédit contre son gré, et ne peut l'obliger à un usage déterminé des sommes allouées sauf lorsque le contrat le prévoit.

L'immixtion est, pourtant, l'une des garanties de remboursement du banquier. Celui-ci cherche à intervenir dans les affaires du client afin d'assurer la bonne marche de son entreprise ; ce qui lui permet de sauvegarder ses intérêts. Seulement, à force d'intervenir, le banquier peut voir ses conseils prendre le caractère d'ordres et d'injonctions ; ce qui en fait un dirigeant de fait. En cette qualité, les tiers peuvent agir contre lui, dans la mesure où son influence à été importante sur le crédit, et le banquier peut, même, être poursuivi sur la base de l'action en

<sup>255</sup> Cour d'appel de Tunis, n° 26387 - 29109 du 30/4/1997, *Inédit*.

comblement du passif social ou de l'action en extension de la faillite sociale prévue par l'article 596 du C.C.<sup>256</sup>.

## **SECTION II : LA FACILITÉ DE CAISSE**

**307.** L'étude de la facilité de caisse répond en vérité à deux objectifs :

D'abord, elle permet de distinguer la facilité de caisse de l'ouverture de crédit ; ensuite, d'étudier dans quelle mesure le banquier, qui consent des facilités de caisse, peut se soustraire à son obligation sans pour autant voir sa responsabilité engagée. Aussi convient-il de définir la facilité de caisse (**Sous-Section I**) avant de se fixer sur l'étendue de la responsabilité du banquier en la matière (**Sous-Section II**).

### **SOUS-SECTION I: LA NOTION DE FACILITES DE CAISSE**

**308.** La présentation des facilités de caisse exige l'examen de leur nature juridique (§1) et de leur preuve (§2).

#### **§1 : LA NATURE JURIDIQUE DES FACILITES DE CAISSE**

**309.** En matière de facilités de caisse, le banquier s'engage à l'égard de son client en vue de permettre à ce dernier

<sup>256</sup> Stoufflet : L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ? J.C.P. 1965, n°1882.

- Vasseur : La responsabilité du banquier dispensateur de crédit, Rev. Banque, 1978.

d'effectuer des paiements à travers la banque, sans qu'il y ait eu au préalable un contrat justifiant cet accord.

Les facilités de caisse ont donné lieu à de vives controverses doctrinales concernant l'effet qu'elles engendrent à l'égard du banquier. Certains considèrent qu'elles n'engagent pas la banque (A) alors que d'autres estiment que cette dernière est tenue envers le bénéficiaire (B).

#### **A-La liberté du banquier dans l'octroi des facilités de caisse**

**310.** Les facilités de caisse naissent, souvent, de la seule initiative du banquier sans l'existence d'une convention ou même d'une demande antérieure du client. Il s'agit d'une déclaration unilatérale de volonté de la part de la banque qui vient secourir le client bénéficiaire. Seulement, les facilités de caisse demeurent source de difficultés provenant essentiellement de l'imprécision du terme. La doctrine, la jurisprudence et, même la pratique, plusieurs terminologies ont été utilisées pour les facilités de caisse. Afin de dépasser ces confusions, il convient de distinguer les facilités de caisse de l'avance (1) et de quelques autres pratiques bancaires qui lui sont proches (2).

##### **1- Les facilités de caisse et l'avance**

**311.** Il existe plusieurs modalités de mise à la disposition de la clientèle par le banquier de sommes d'argent à titre de crédit. A cet égard, il convient de citer les avances sur titres

réglementées par les articles 707 à 709 du C.C. Cette forme de crédit consiste pour le banquier de mettre à la disposition du client et immédiatement, dès la conclusion du contrat, les montants objet de la convention. Aux termes de l'article 707 du C.C., l'avance est «l'opération par laquelle la banque consent un crédit déterminé, garanti par un nantissement sur des titres appartenant, soit au bénéficiaire du crédit, soit à un donnant son consentement».

L'avance est un contrat en vertu duquel la banque accorde un crédit contre une garantie constituée sur des titres présentés au banquier. Il s'avère, ainsi, que le contrat d'avance sur titres est un contrat réel qui n'est valablement formé que par la remise des montants objets du contrat d'avance au client bénéficiaire et la mise par ce dernier en possession de la banque des titres garantissant le remboursement.

La différence essentielle entre l'avance et la facilité de caisse réside dans le fait que le banquier et son client fixent les conditions relatives aux montants des avances, à leur remboursement ainsi que celles relatives à la rémunération du banquier depuis la conclusion du contrat d'avance.

Tel n'est pas le cas des facilités de caisse dont l'objet n'est pas de mettre des sommes d'argent effectives à la disposition du client, le banquier se contentant de payer pour son compte des effets de commerce tirés sur lui<sup>257</sup>. Alors que dans le cas des

<sup>257</sup> Tribunal de première instance de Tunis, jugement n° 21553 du 4 décembre

avances, c'est de l'argent qui est versé au client, dans le cadre d'une facilité de caisse, il n'y a pas de remise effective de monnaie mais une simple inscription au débit du compte du bénéficiaire.

L'absence de discussion et d'accord préalable entre le banquier et le client sur le montant des facilités de caisse, ainsi que les conditions de remboursement et de leur durée, font des facilités un simple service rendu par le banquier. Ainsi, a-t-on pu affirmer que «l'accord du banquier est donné pour une seule opération» et le montant des facilités «correspond au découvert apparu à cette occasion»<sup>258</sup>.

Dès le moment où il s'agit d'une opération unique, le bénéficiaire des facilités de caisse doit procéder, immédiatement et sans attendre, à couvrir son débit en compte et payer le banquier. Cela ne dispense pas le banquier de consentir d'autres facilités selon sa seule volonté et conformément à l'idée qu'il se fait de son client du point de vue de sa solvabilité et de sa moralité. Le renouvellement des facilités ne saurait, en tout cas, pas faire naître à la charge du banquier une quelconque obligation d'accorder de nouvelles facilités de caisse à la demande du client ou, même, spontanément.

2007. « La banque n'a pas l'obligation d'accorder des facilités de caisse même le tribunal précisant à cet effet, lorsqu'elle a alloué des crédits à son client».

<sup>258</sup> Le Tortie : *op. cit.*, p. 143.

## 2) Les facilités de caisse et les avances en compte courant

312. Les avances en compte courant sont des sommes d'argent que le client est autorisé à retirer au delà de son solde disponible dans le compte courant. Le banquier peut, même sans retrait direct, payer des effets tirés sur son client, puisque l'avance en compte courant exige l'existence d'un compte préalablement ouvert au nom du client sur les livres de la banque<sup>259</sup>.

La différence essentielle entre l'avance en compte et la facilité de caisse réside dans l'existence d'un accord établi entre le banquier et son client dans le cadre des avances en compte courant. Dans la facilité de caisse, la couverture assurée par le banquier est un acte spontané de la part de ce dernier.

Ces avances sont, en réalité, un complément de crédit en ce qu'elles permettent au crédité de faire face à des circonstances qui exigent, de sa part, un effort de financement qu'il sollicite de son banquier. Mais encore est-il utile d'ajouter que la facilité de caisse se démarque des avances en compte courant dans la mesure où, dans ce dernier cas, il existe une convention entre les parties sur la durée et le montant des avances.

<sup>259</sup> Baudinot et Frahot : Technique et pratique bancaire, Sirey, Paris, 1978, p. 378.

## 3) La facilité de caisse et l'ouverture de crédit

313. La distinction de la facilité de caisse de l'ouverture de crédit présente des difficultés souvent inextricables en pratique. En effet, si l'on se place à la fin de l'opération, c'est à dire lorsque les fonds ont été utilisés par le bénéficiaire, on ne saurait faire la différence entre les deux institutions.

Toutefois, un élément de distinction peut toujours être présenté, c'est celui de l'existence d'une convention entre le banquier et le client qui est conclue au moment de l'ouverture de crédit. On a pu dire, en droit comparé, que la conclusion du contrat d'ouverture de crédit constitue le moyen de preuve et d'individualisation de cette dernière<sup>260</sup>.

Mais la situation est plus compliquée en droit tunisien, puisqu'une circulaire de la Banque Centrale de Tunisie en date du 6 janvier 1978 enjoint aux banques de constater par écrit les facilités de caisse consenties dans le cadre d'un compte courant. De ce fait, il devient difficile de distinguer l'ouverture de crédit de facilités de caisse. En effet, dès le moment où il y a eu un accord préalable écrit comprenant les conditions d'octroi des montants et les conditions de leur remboursement, on ne peut plus affirmer l'existence d'une facilité de caisse.

Cette complication se rencontre en pratique et les juges, se trouvant en face d'une facilité de caisse allouée par écrit, se

<sup>260</sup> Cabrillac et Rives-Lange, obs., sous Orléans, 26 octobre 1971 et Nices, 21 novembre 1971, R.T.D.Com. 1972, p. 433.

-Stoufflet : Obs., sous, Orléans, 26 octobre 1971, J.C.P. 1971, n° 17082.

fondent sur les articles 705 et 706 du C.C. pour donner une base légale à leur position et pour affirmer la responsabilité du banquier pour révocation abusive des facilités<sup>261</sup>.

Pourtant, la distinction doit être faite car, alors que l'ouverture de crédit est un contrat fondé sur l'échange des consentements et des discussions préalables, la facilité de caisse est un engagement unilatéral de la part du banquier qui, dans un élan de solidarité avec son client, accepte de payer des effets de commerce tirés sur lui. Et si un accord intervient entre les parties, il n'est que verbal car l'ouverture de crédit est un contrat réfléchi au sens de l'article 705 du C.C. C'est en partant de ces différences que l'on peut comprendre l'étendue de l'engagement du banquier à l'occasion de chacune des opérations<sup>262</sup>.

La cour de cassation a essayé de relever la différence entre la facilité de caisse et l'ouverture de crédit. Elle a affirmé que l'ouverture de crédit doit être distinguée de la facilité de caisse qui est simplement occasionnelle et de ce fait n'engendre aucun droit acquis pour le client.

Cependant, la cour suprême n'oublie pas de déclarer que les facilités répétées peuvent être considérées comme un crédit

<sup>261</sup> Tribunal de première instance de Tunis, jugement n° 28412 du 16 juin 1996, *Inédit*.

-Tribunal de première instance de Tunis, jugement n° 8052 du 8 février 2003, *Inédit*.

<sup>262</sup> Cour d'appel de Tunis, Arrêt n° 53554-53555, du 20 février 2008, *Inédit*. La cour déclare, dans cet endroit «Il ne peut exister de facilités de caisse s'il n'y a pas habitude et répétition de la part du banquier dans la couverture du client ».

qui ne peut être révoqué par le banquier de manière unilatérale et intempestive<sup>263</sup>.

Dès lors que le banquier est tenu par le contrat d'ouverture de crédit et qu'il ne peut révoquer le crédit que dans les cas énumérés par l'article du 706 C.C., il demeure libre dans le cadre des facilités de caisse à la condition, bien entendu, qu'il n'y ait pas de contrat établi dans le cadre de la circulaire de la Banque Centrale de Tunisie en date du 6 janvier 1978.

En vertu de cette circulaire, les banques sont obligées de notifier à leurs clients les facilités qui leurs sont consenties. Il reste que la force obligatoire de cette circulaire est assez limitée et il paraît, même, qu'elle a été peu suivie. Les banquiers n'ont pas, en effet, intérêt à garder une preuve écrite de ces facilités pour la simple raison que leur responsabilité peut être mise en jeu par un client qui, à l'origine, ne bénéficiait d'aucun engagement et la facilité, qui lui a été accordée, n'était qu'un service de la part du banquier.

Cette circulaire, suivie par une autre en 1979, était, en fait, une réaction des autorités financières face aux nombreux titulaires de comptes qui se sont écriés devant les rejets intempestifs de chèques par les banquiers après avoir habitué ces derniers à une couverture, c'est-à-dire, à une facilité de caisse. Les personnes poursuivies pour délits d'émission de chèques sans provision se présentaient devant les chambres

<sup>263</sup> Cassation, Arrêt n° 69003-2011 du 8 mai 2012, *Inédit*.

correctionnelles comme des victimes du comportement des banquiers. Excipant de leurs relevés de comptes, ils estimaient avoir bénéficié d'une facilité de caisse rompue brutalement et sans préavis quelconque de la part des banquiers.

Ces circulaires ont été appliquées par les juges du fond en matière correctionnelle et ont connu des fortunes diverses devant la cour de cassation. Dans un premier temps, celle-ci a déclaré qu' «attendu qu'après la publication du contenu de la circulaire de la Banque Centrale de Tunisie, les accords verbaux en matière de contrats de compte courant n'engagent plus les banques, en fait de quoi l'accusé ne peut pas se prévaloir de l'absence de la notification de la révocation de la couverture bancaire»<sup>264</sup>.

Mais cette position a été révisée plus tard, lorsque la cour de cassation a affirmé qu' «attendu qu'il ressort des motifs de l'arrêt attaqué qu'il a été fondé sur des relevés fournis par le banquier, tiré, prouvant que le prévenu bénéficiait d'une couverture bancaire au moment de l'émission du chèque et même avant ..., que le tireur était de bonne foi, lorsqu'il a émis le chèque objet des poursuites, et qu'en l'absence de l'élément moral, les conditions du délit d'émission de chèque sans provision ne se trouvent pas réunies»<sup>265</sup>. Il reste, cependant, que ces circulaires doivent être ramenées à leur juste valeur car

<sup>264</sup> Cass., Arrêt n° 6981 du 4 Mai 1983, *Inédit*.

<sup>265</sup> Cass., Arrêt n° 9035 du 17 Juillet 1985, *Inédit*.

l'écrit, en matière de facilité de caisse, pourrait conduire à sa confusion avec l'ouverture de crédit<sup>266</sup>.

Ceci, bien entendu, en tenant compte du fait que pour la cour de cassation, les circulaires émises par la Banque Centrale de Tunisie ne s'imposent qu'aux institutions soumises à son contrôle ; et la circulaire ne peut aller à l'encontre de la loi<sup>267</sup>. Cette position a été adoptée par le législateur qui affirme, dans la loi relative au statut de la Banque Centrale de Tunisie, que les circulaires de celle-ci s'imposent aux institutions et à tous ceux qui sont concernés par ces circulaires.

## **B - La liberté du banquier dans la révocation des facilités de caisse**

**314.** La facilité de caisse ne constitue pas une obligation pour le banquier qui peut ne pas la consentir. Ne faisant pas, en principe, l'objet d'accord, elle est, souvent assimilée à une simple tolérance<sup>268</sup>. Cependant, deux critères permettent de distinguer entre la simple tolérance du banquier et les facilités qui engagent ce dernier.

D'abord, un critère psychologique qui est, il est vrai, insuffisant puisque difficile à prouver, en ce sens que c'est la volonté du banquier d'accorder une facilité ou une tolérance.

<sup>266</sup> Cass., Arrêt n° 2916 du 6 février 1996, RJL. 1996, n° 4, p. 81. La cour précisant que « La circulaire ne peut aller à l'encontre de la loi ».

<sup>267</sup> Cassation, Arrêt n° 1549-2013 du 16 mai 2013, *Inédit*.

<sup>268</sup> Cour d'appel de Versailles, Arrêt du 9 Mai 1984, Rev. Juris. Com. 1986, p.224.

Ensuite, un élément matériel qui est fondé sur la répétition et l'habitude du banquier à accorder des facilités de caisse à son client.

Il reste que, comme on a pu l'affirmer, «la frontière juridique est incertaine entre la facilité de caisse consentie pour une durée déterminée et la simple tolérance. C'est-à-dire, le paiement à découvert lors d'une échéance volontaire et renouvelé tant que la situation du client débiteur est saine»<sup>269</sup>.

Ce qu'il faudrait plutôt retenir, c'est que l'habitude, caractéristique des facilités de caisse, crée l'engagement du banquier et permet de distinguer celles-ci de la tolérance. La répétition fait naître à la charge du banquier une obligation de maintien des facilités en l'absence d'un accord exprès, car cette habitude prouve l'existence d'un accord tacite entre les parties en cause.

## § 2 : LA PREUVE DES FACILITES DE CAISSE

**315.** Prouver les facilités de caisse par le client revient à prouver leur existence (A) et leur étendue (B).

### A - La preuve de l'existence des facilités de caisse

**316.** Le client, qui s'est vu refuser les facilités, est tenu de prouver que l'engagement du banquier à son égard était ferme et qu'il consistait à lui accorder des facilités de caisse. Mais la

<sup>269</sup> Gavalda et Stoufflet : *Ouvrage précité*, p. 207.

preuve de l'existence de cet engagement dans le passé est-elle suffisante ?

Dès le moment où il ne s'agit pas d'une ouverture de crédit, le client «évincé doit prouver, non pas que le banquier lui a accordé des crédits dans le passé, mais qu'il s'était engagé, expressément ou tacitement, à lui accorder le crédit refusé»<sup>270</sup>. La facilité de caisse, analysée comme un soutien du banquier, ne saurait, pour ainsi dire, engager le banquier que lorsqu'elle a été octroyée à titre habituel et que l'engagement du banquier d'accorder à l'occasion de chaque opération une facilité de caisse à son client, est sans équivoque.

### B - La preuve de l'étendue de l'engagement du banquier

**317.** Le client, prétendant avoir bénéficié d'une facilité de caisse, doit prouver le montant dont il a disposé à ce titre ainsi, d'ailleurs, que la période sur laquelle s'est étalée cette facilité. L'étude des limites de l'engagement du banquier est importante pour le client car elles lui permettent de se fixer dans ses engagements à l'égard des tiers et du banquier.

Le montant des facilités accordées est, contrairement à l'ouverture de crédit, et en l'absence d'un accord préétabli, à la discrétion du banquier qui peut se rétracter à tout moment.

<sup>270</sup> Rives-Langes et Contamine Raynaud : *Ouvrage précité*, n°437. Cass., Arrêt n° 2916 du 6 février 1996 : R.J.L. 96, p. 81. Il précise dans cet arrêt qu'«il est contraire à la loi d'affirmer que le découvert bancaire doit être prouvé par écrit conformément aux circulaires de la B.C.T. et ceci pour deux raisons : La première est tirée du fait que le crédit est un acte consensuel et la seconde tient au principe selon lequel la circulaire ne peut aller à l'encontre de la loi ».

Seulement, ces facilités dont l'objet et le montant sont variables posent le problème de savoir comment délimiter le plafond des facilités accordées.

La jurisprudence comparée a adopté deux positions différentes. D'abord, celle de la moyenne des soldes qui prend en compte le solde débiteur moyen le considérant comme le montant accordé au titre de facilités de caisse. Ensuite, la solution qui consiste à tenir compte du plus fort découvert pour limiter le montant des facilités. Cette seconde solution, estime-t-on, protège le client qui ne peut être mis sous la volonté du banquier<sup>271</sup>. La Cour de cassation française a, toutefois, condamné cette position depuis son arrêt du 16 janvier 1990 et la doctrine l'a saluée dans la mesure où le plus fort découvert peut être le fruit d'un simple incident passager<sup>272</sup>.

**318.** Le législateur a, semble-t-il, adopté la position fondée sur la moyenne des soldes débiteurs même si elle ne lui correspond pas exactement.

L'article 411 du C.Com. a consacré une solution particulière qui pourrait guider l'interprète dans la recherche d'une issue au problème, même, s'il s'agit d'un texte d'ordre répressif. Le dernier alinéa dudit article dispose qu'est puni d'une amende égale à 40% du montant du chèque ou de l'insuffisance

<sup>271</sup> Gavalda et Stoufflet : J.C.P. 1978, I. 2902.

- Cabrillac et Teyssier : R.T.D.C.M. 1990, p. 440.

<sup>272</sup> Cass. com., Arrêt du 16 janvier 1990, R.T.D.C.M., 1990, p. 440.

- Rives-Lange : Rev. Banque, 1990.

de provision sans qu'elle puisse dépasser trois mille dinars, le banquier qui refuse de payer un chèque émis par le tireur compte tenu de l'existence «de facilités de caisse que cet établissement bancaire a pris l'habitude de lui consentir pour des montants dont la moyenne est au moins égale au montant du chèque ou de l'insuffisance de provision...».

La répétition des facilités de caisse peut aussi servir pour la preuve de l'existence des facilités. L'article 411 du C.C. insiste, en effet, sur l'habitude. Celle-ci supposant la répétition ; le droit du client d'être couvert par le banquier ne naît qu'à partir de la fréquence des facilités de caisse.

Ces éléments peuvent être prouvés par tous les moyens de preuve conformément à l'article 598 du C.C. alors même que le bénéficiaire des facilités ne serait pas commerçant, puisqu'il s'agit, dans ce dernier cas, d'un rapport mixte. Mais en plus des moyens cités par l'article 598 du C.C., le client peut exciper des relevés du compte, du paiement des commissions au banquier ainsi que des mouvements du compte<sup>273</sup>.

Dans un arrêt récent, la cour de cassation a affirmé que les relevés de comptes imposés par la loi et l'usage bancaire sont un

<sup>273</sup> Cass. Arrêt n° 2916 du 6 février 1996, *Inédit*. Il est précisé, dans cet arrêt, que « Les contrats commerciaux sont des contrats consensuels soumis au principe de la liberté de la preuve excepté quelques contrats pour la validité desquels le législateur a imposé l'écrit ».

moyen de preuve entre les parties tant qu'ils n'ont pas fait l'objet de faux ou de réserves<sup>274</sup>.

## **SOUS-SECTION II - LA RESPONSABILITE DU BANQUIER EN MATIERE DE FACILITES DE CAISSE**

**319.** Dans l'allocation des facilités de caisse, le banquier rend un service à sa clientèle. Souvent, il s'agit d'un acte volontaire et délibéré de la part de la banque qui vient secourir le client en lui assurant la couverture nécessaire.

Mais une question ne manque pas de se poser à ce niveau. Le banquier, dont la liberté d'accorder des facilités de caisse est établie, jouit-il de la même latitude dans leur révocation ?

Deux conceptions, totalement contradictoires, s'affrontent à cet égard. La première consacre l'idée de la liberté du banquier dans la révocation des facilités de caisse (§1), alors que la seconde défend l'existence d'un droit du client puisé dans l'ouverture du crédit et estime que la révocation des facilités de caisse doit être soumise à certaines conditions, à défaut desquelles la responsabilité du banquier serait engagée (§2).

### **§1 : LA LIBERTE DU BANQUIER DANS LA REVOCATION DES FACILITES DE CAISSE**

**320.** Le banquier s'est engagé de lui-même et en toute liberté dans la couverture qu'il a entendu fournir à son client. Cet

<sup>274</sup> Cassation, Arrêt n° 64716 di 20 novembre 2012, *Inédit*.

acte est délibéré et ne peut faire naître à la charge du banquier aucune obligation de maintien des facilités.

Celles-ci constituent un engagement du banquier pour une durée indéterminée et cet engagement à caractère individuel peut être révoqué unilatéralement. Seuls les engagements synallagmatiques doivent faire l'objet d'une révocation par les deux parties au contrat. Et ce qui confirme cette position, c'est que le législateur permet au banquier de révoquer l'ouverture de crédit sans le consentement du client dans le cas du contrat de crédit à durée indéterminée.

**321.** En outre, il ne faut pas perdre de vue le caractère intuitu personae des facilités de caisse. En fait, le banquier s'engage, unilatéralement et souvent même, sans le consentement du bénéficiaire, sans accord préalablement établi, et en fonction de critères personnels qui tiennent essentiellement à la confiance qu'il place dans son client. La considération de la personne du bénéficiaire équivaut pour le banquier à la certitude d'être payé dans les meilleurs délais.

Si cette confiance est rompue, le banquier peut, de son côté, rompre les facilités de caisse à tout moment. Dans ce cadre, le parallélisme entre l'ouverture de crédit et les facilités de caisse permet de militer en faveur de la liberté du banquier. Ainsi, la notion de dignité du crédit, dégagée par la doctrine comparée, peut commander la relation du banquier avec son client<sup>275</sup>.

<sup>275</sup> Escarra et Rault : *Ouvrage précité*, n° 648.

Toutefois, la comparaison entre l'ouverture de crédit et les facilités de caisse doit être limitée et ramenée à sa juste valeur. Les facilités constituent un service de la part du banquier. On a pu dire, à juste titre, qu'en matière de facilités de caisse, la rupture de la part du banquier ne saurait constituer une révocation mais plutôt un défaut de renouvellement des facilités<sup>276</sup>. Pour ainsi dire, la question de la révocation des facilités de caisse ne devrait pas se poser et la cour d'appel de Versailles a délimité les contours de la responsabilité de la banque en la matière depuis son arrêt du 9 Mai 1984 dans lequel elle a consacré le principe de la liberté du banquier de rompre les facilités de caisse<sup>277</sup>.

**322.** Le renouvellement des facilités de caisse représente, selon certains, un engagement nouveau et indépendant de la part du banquier envers le bénéficiaire. À ce titre, ce dernier ne peut engager la responsabilité de la banque qui ne peut pas accorder à son égard un engagement nouveau<sup>278</sup>.

Ce courant doctrinal, qui s'est prolongé, pousse la liberté du banquier jusqu'à dire que ce dernier n'est pas obligé d'envoyer un préavis de rupture au client bénéficiaire. Certains ont, même, écrit que « l'exigence d'un préavis aboutirait à des conséquences particulièrement graves, voire même, absurdes »<sup>279</sup>;

<sup>276</sup> Vasseur : *op. cit.*, p. 576

- Fonhressim : R.J.Com. 1986.

<sup>277</sup> Cour d'appel de Versailles, Arrêt n° 9 Mai 1984, R.J. Com., 1986, p. 224.

<sup>278</sup> Vasseur : *op. cit.*, p. 150.

<sup>279</sup> Le Tortie : *op. cit.*, p. 339.

et ceci confirme la liberté du banquier de révoquer les facilités de caisse et n'engendre à la charge de celui-ci aucune obligation d'information du client.

## §2 : LES LIMITES A LA LIBERTE DU BANQUIER DANS LA REVOCATION DES FACILITES DE CAISSE

**323.** L'absence d'engagement de la banque envers le client sur la base des facilités de caisse ne devrait pas conduire à la reconnaissance d'une liberté absolue du banquier. En effet, le client a souvent pu compter sur le soutien de la banque et continue à tirer sur elle des chèques croyant qu'elle allait les payer à découvert. Pour cela, la rupture intempestive des facilités peut causer un dommage considérable pour le client bénéficiaire. C'est, d'ailleurs, dans ce cadre que s'inscrivent les deux circulaires de la Banque Centrale de Tunisie de 1978 et de 1979.

Dans sa circulaire du 23 Mars 1979, la Banque Centrale de Tunisie, s'adressant aux banques, précise que « dans le but de tirer au clair les relations des banques avec leurs clients et d'éviter de traîner devant la justice pénale des tireurs de chèques de bonne foi, surpris par un refus de paiement sans préavis de la part du banquier » il est mis à la charge des banquiers, l'obligation « de notifier par écrit les ouvertures de crédit qu'elles consentent à leurs clients ».

C'est d'ailleurs, la position qui a été adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt n° 73362 du 27 février 2001. Bull. des arrêts de la cour de cassation 2001, p. 112. La cour affirme dans cet arrêt que « Le banquier est libre de rompre une facilité de caisse sans préavis préalable ».

Ce sont donc des considérations claires qui ont poussé la Banque Centrale de Tunisie à prendre cette position. Les refus sans préavis de la part des banques ont multiplié les victimes poursuivies pour des délits d'émission de chèques sans provision. Le préavis est, donc, la condition essentielle mise à la charge des banquiers pour révoquer les facilités de caisse consenties à leurs clients. Le banquier serait responsable chaque fois que les facilités sont révoquées sans une information préalable du bénéficiaire.

Toutefois, la lecture attentive des circulaires de la Banque Centrale de Tunisie de 1978 et de 1979 impose certaines observations.

D'abord, les deux circulaires sus-visées mettent à la charge du banquier une obligation d'informer les bénéficiaires par écrit des « ouvertures de crédit » qui leurs sont accordées. Mais s'agit-il des facilités de caisse ou des ouvertures de crédit ? Et la Banque Centrale de Tunisie considère-t-elle que les facilités de caisse représentent une ouverture de crédit ?<sup>280</sup>.

Si la facilité de caisse est une ouverture de crédit, ces circulaires sont inutiles puisque l'ouverture de crédit est réglementée dans les articles 705 et 706 du C.C.

Ensuite, ce qui est constaté, en pratique, c'est que ceux qui se présentent en qualité de victimes des rejets de chèques sans provision font état de listes de chèques rejetés par le banquier. La

<sup>280</sup> La circulaire du 6 février 1978 emploie les termes de crédits pour désigner les découverts consentis aux clients.

question qui se pose serait alors de savoir pourquoi ces clients ont continué à émettre des chèques après le premier refus du banquier. Comptaient-ils sur un changement de position de la part du banquier entre le premier et le deuxième chèques ?

Les juges du fond ne tiennent pas compte de ces données, pourtant essentielles, dans la détermination de la bonne foi des clients et condamnent les banquiers à des dommages et intérêts même lorsque le client a tiré plusieurs chèques après le rejet du premier<sup>281</sup>.

Le banquier est tenu, tout de même, de notifier son intention de révoquer les facilités de caisse ; et si ces dernières sont rompues sans préavis, sa responsabilité est établie, à la condition de prouver l'existence d'un préjudice et d'un lien entre celui-ci et la faute du banquier. Et le préjudice a été défini par la jurisprudence tunisienne comme étant le dommage subi par la victime du fait du rejet des chèques. Ces dommages sont essentiellement les pénalités, l'amende et les frais avancés par le client tireur du chèque retourné sans provision<sup>282</sup>.

**324.** Il arrive aussi que, conformément aux circulaires de la Banque Centrale de Tunisie de 1978 et de 1979, certaines banques consentent des facilités de caisse à leurs clients par écrit. Ces crédits sont déterminés dans la durée ou dans le montant.

<sup>281</sup> Tribunal de première instance de Tunis, Jugement n° 8052 du 8 février 2003, *Inédit*.

- Cass., Arrêt n° 52743 du 6 novembre 2001, *Inédit*.

<sup>282</sup> Tribunal de première instance de Tunis, Jugement n° 28412 du 16 janvier 1996, *Inédit*. - Tribunal de première instance de Tunis, Jugement n° 33703 du 29 mars 1996, *Inédit*.

Le tribunal de première instance de Tunis a décidé que dans ce cas le banquier n'est nullement obligé d'envoyer un préavis annonçant la révocation des facilités de caisse<sup>283</sup>.

Notons, tout de même, que le législateur a prévu une responsabilité pénale particulière à la charge du banquier qui, selon l'article 411 nouveau du C.C. tel que modifié par la loi du 5 juin 2007, peut être condamné à une amende dont le montant est équivalent à 40% du montant du chèque ou de la différence du montant de la provision et ne dépassant pas trois milles dinars, lorsqu'il a pris l'habitude de consentir des facilités de caisse qu'il a rompues sans préavis<sup>284</sup>.

Il demeure certain, depuis la réforme introduite par la loi du 5 juin 2007, que le banquier qui aurait consenti des facilités de caisse de manière habituelle et répétée, ne peut refuser le paiement des chèques émis sur lui par son client qu'après un préavis de rupture dûment établi. Il reste, tout de même, que le banquier peut révoquer les facilités sans préavis lorsque le bénéficiaire est décédé ou est devenu incapable ou lorsqu'il a fait un mauvais usage des fonds qui lui ont été octroyés ou encore en cas de pertes enregistrées ou altération des garanties concédées à la banque<sup>285</sup>.

<sup>283</sup> Tribunal de première instance de Tunis, Jugement n° 82914 du 27 novembre 1993, *Inédit*.

<sup>284</sup> Article 411 du C.C. modifié par la loi 37-2007 du 5 juin 2007, J.O.R.T. 2007, p. 1937.

<sup>285</sup> Circulaire de la B.C.T., n° 78-05 du 6 février 1978.

## CHAPITRE IV

### L'ESCOMPTE

325. Le commerçant, l'industriel, ou, même, l'artisan ne peuvent, par les moyens et les ressources dont ils disposent, faire face aux impératifs imposés par les délais qu'ils doivent eux-mêmes accorder à leur clientèle. De même, le renouvellement des stocks et la continuation de leur exploitation exigent des efforts de liquidités et la disponibilité de moyens de paiement. Pour ce faire, le recours aux crédits bancaires est nécessaire ; et l'escompte permet d'avoir des liquidités ou d'effectuer des paiements avant l'échéance fixée dans les créances qu'ils ont à l'égard de leurs clients<sup>286</sup>.

L'escompte est l'opération par laquelle un client porteur d'effets de commerce les endosse au profit de son banquier, en pleine propriété, qui met immédiatement à sa disposition les sommes qui y sont inscrites après déduction de sa commission.

Il est certain que tout endossement ne constitue pas une opération d'escompte car, lorsque l'endossement est fait pour encaissement, le banquier ne devient pas propriétaire des effets qui lui sont remis mais agit, dans ce cas, comme un simple mandataire.

<sup>286</sup> Rives-Lange : Les problèmes juridiques posés par l'opération d'escompte, Paris, 1962.

- Vasseur : Le contrat d'escompte, Nature et portée, Banque, 1984, p. 1458.

L'escompte est une opération fort pratiquée malgré les risques qu'elle comporte pour le banquier qui peut se retrouver, à l'échéance, face à des personnes insolvables. Mais le banquier étudie généralement ses risques et ne prend à l'escompte que les effets dont il connaît plus ou moins bien les débiteurs. Ainsi, selon l'article 743 du C.C., l'escompte « est la convention par laquelle le banquier s'oblige à payer, par anticipation, au porteur, le montant d'effets de commerce ou autres titres négociables à échéance déterminée que ce porteur lui transmet à charge d'en rembourser le montant à défaut de paiement par le principal obligé... ».

L'escompte est une opération de crédit qui exige l'étude de sa réalisation (**Section I**) et celle de son dénouement (**SectionII**).

## **SECTION I : LA REALISATION DE L'OPERATION D'ESCOMPTE**

**326.** Il convient d'étudier les conditions de validité du contrat d'escompte (§1), ses modalités (§2) et ses effets (§3).

### **§1 : LES CONDITIONS DE VALIDITE DU CONTRAT D'ESCOMPTE**

**327.** Le rapport des parties, dans un contrat d'escompte, est fondé sur des titres que le client remet au banquier. Aussi convient-il d'examiner les conditions relatives aux parties (**A**) et celles relatives aux titres (**B**).

## **A- Les conditions relatives aux parties**

**328.** L'article 743 du C.C., dans sa rédaction arabe, précise que l'escompte est un contrat passé entre le client remettant et son banquier. La lecture de cet article, dans sa rédaction arabe qui, seule fait foi, dégage tous les doutes qui peuvent découler du texte français de cet article qui se contente de prévoir que l'escompte est une simple convention. La différence est de taille, puisque si on considère que l'escompte est une convention, la rédaction d'un écrit n'est pas exigée.

Le contrat d'escompte doit mettre en exergue la volonté des parties de travailler dans le cadre de l'escompte. Il faut, donc, prévoir, expressément, que le remettant, c'est à dire le client, s'engage à remettre à son banquier les effets de commerce, objet du contrat, en pleine propriété. Le banquier, à son tour, s'engage à accepter, en qualité de propriétaire, lesdits effets et à avancer les sommes portées sur les effets au client remettant.

Cette condition est essentielle puisqu'elle permet de démontrer la véritable intention des parties, car les remises peuvent, parfois, être faites à titre d'encaissement par simple endossement. A ce titre, l'article 281 du C.C. dispose que l'endossement peut être fait avec les mentions « valeur en recouvrement » ou « par procuration » ou encore « toute mention indiquant un simple mandat ».

L'escompte se distingue, donc, de la remise à l'encaissement dans la mesure où le banquier, qui devient

propriétaire des effets remis, doit en payer le montant au client. Il est débiteur, envers ce dernier, des montants portés sur les effets et doit les mettre immédiatement à la disposition du client. Lorsqu'il est mandataire, le banquier ne doit les montants des effets qui lui sont remis qu'au moment de leur encaissement.

En pratique, malgré l'existence du contrat d'escompte, des problèmes d'interprétation de l'intention des parties peuvent se poser. Comment, en effet, devant l'absence de spécification expresse des parties, peut-on distinguer entre les remises à l'escompte et les remises en recouvrement ? Généralement, il y a escompte dès le moment où il est établi que les sommes inscrites sur les effets ont été immédiatement mises à la disposition du client.

Il reste que ces situations sont peu fréquentes, car la remise des effets à l'escompte se fait par des bordereaux dans lesquels les parties fixent les conditions de l'opération et sa nature.

Le contrat d'escompte comporte, dès sa signature, une obligation à la charge du banquier. Mais malgré la rigueur de l'engagement du banquier d'accepter les effets remis par son client à l'escompte, il lui revient de refuser le paiement de certains effets dès lors qu'il lui apparaît qu'ils ont été tirés par simple complaisance pour soutenir le client d'une manière artificielle<sup>287</sup>.

<sup>287</sup> Cassation, n° 76056-2012 du 2 février 2013, *Inédit*.

L'escompte constitue une opération de crédit qui s'exprime par un versement des montants des effets au profit du client, étant entendu que ce paiement peut se réaliser par une mise à disposition de ces sommes après déduction par le banquier de ses commissions.

Evoquant l'article 743 du C.C., la cour de cassation a pu déclarer que le contrat d'escompte donne naissance à une obligation à la charge du banquier de payer par anticipation les montants des effets de commerce remis par son client.

Ce dernier a, à son tour, l'obligation de payer les effets escomptés et n'ayant pas été provisionnés par les débiteurs signataires des effets<sup>288</sup>.

**329.** Cependant, le contrat d'escompte exige la réunion des conditions de fond relatives à la validité des contrats de droit commun. En plus du consentement des parties exprimé dans le contrat, il faut que la condition concernant la capacité du client soit remplie. Cette condition est, cependant, plus théorique, car la banque n'accepte, en fait, à l'escompte que les effets de commerce des personnes avec lesquelles elle est déjà en relation en vertu d'un contrat de compte courant. Ainsi, lorsque le client est un mineur émancipé ou âgé de plus de dix huit ans et ayant l'autorisation de faire le commerce, le contrat d'escompte est valablement formé. Mais s'il s'agit d'un non émancipé ou d'une personne non autorisée, non seulement son engagement

<sup>288</sup> Cassation, n° 76056-2012 du 5 février 2013, *Inédit*.

cambiaire est nul, mais le contrat d'escompte encourt la même sanction.

## B- Les conditions relatives aux effets remis

330. Le titre remis par le client à un banquier doit représenter une créance de somme d'argent. L'escompte doit concerner un effet tiré en contrepartie d'une créance liquide et dont l'échéance est fixée. Le banquier serait, autrement, dans l'impossibilité de se faire payer si l'une des deux conditions énoncées fait défaut<sup>289</sup>. L'escompte ne saurait constituer une opération incertaine, mais peut porter sur des titres déjà échus à condition, bien entendu, que les droits attachés à ces titres ne soient pas prescrits.

Le tribunal de première instance de Tunis a adopté une position restrictive en déclarant que « l'objet de l'escompte est de permettre au porteur de la lettre de change de se procurer des liquidités avant l'échéance ; le banquier qui a accepté d'escompter la traite échue assume seul sa responsabilité découlant de l'irrégularité de l'opération d'escompte »<sup>290</sup>.

Toutefois, tous les titres ne peuvent être donnés à l'escompte dès le moment où il doit s'agir uniquement de créances. L'article 743 du C.C. prévoit que peuvent faire l'objet de convention d'escompte, « les effets de commerce ou autres

<sup>289</sup> Les juges du fond se reconnaissent le droit de contrôler la régularité formelle des titres remis à l'escompte, V. Tribunal de première instance de Tunis, jugement n° 2759 du 16 janvier 1996, *Inédit*.

<sup>290</sup> Tribunal de première instance de Tunis, n° 1969 du 26 janvier 1999, *Inédit*.

titres négociables à échéance déterminée ». Ne sont, donc, pas escomptables, les titres fournis en représentation de marchandises, les connaissements, les lettres de transport ni même d'ailleurs, les valeurs mobilières émises par les sociétés anonymes.

331. Les effets remis à l'escompte doivent être la propriété du remettant, mais peuvent, aussi, appartenir à des tiers, et le remettant doit justifier, aux termes de l'article 279 C.C., lorsqu'il s'agit d'une lettre de change par exemple, qu'il a acquis la dite traite « par une suite ininterrompue d'endossements ».

Le tribunal de première instance de Tunis a estimé, dans l'affaire ci-dessus citée, que le banquier était complaisant et donc de mauvaise foi, lorsqu'il a accepté à l'escompte une lettre de change échue avant sa remise à l'escompte et qu'il ne cherchait qu'à mettre le tiré en difficulté<sup>291</sup>.

Mais le banquier peut être tenté d'escompter des titres sans cause ou fondés sur une cause illicite ou immorale ; et lorsqu'il a payé le remettant, peut-il se retourner contre lui pour se faire rembourser ? La réponse à la question peut être trouvée dans l'article 77 du code des obligations et des contrats disposant que « ce qui a été payé pour une cause contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes moeurs peut être répété »<sup>292</sup>.

<sup>291</sup> Jugement n° 2759, précité.

<sup>292</sup> Sur la notion de mauvaise foi et de complaisance en matière de lettre de change, V. Cour d'Appel de Tunis, Arrêt n°50406 du 20 janvier 1998, R.T.D. 1999 p. 226, Note Lakhoua.

332. Il est, cependant, utile de se demander si le chèque peut être escompté. La réponse dépend de la qualification attribuée au chèque. En d'autres termes, si on estime que le chèque constitue un effet de commerce, il peut être admis à l'escompte ; mais s'il ne s'agit que d'un moyen de paiement, le chèque ne peut être escompté et ne répond donc pas à la lettre de l'article 743 du C.C.

En vérité, le chèque ne peut être considéré comme un instrument de crédit ; et en tant que tel, il ne peut servir à mobiliser les montants qui y sont inscrits avant l'échéance. L'essence de l'escompte est de procurer des crédits au remettant des effets de commerce. Or, au sens de l'article 371 du C.C., le chèque est payable à vue et peut être présenté au paiement, même, avant le jour « indiqué comme date d'émission ».

Ensuite, il faut préciser que la provision du chèque devant être préalable, celui qui accepte un chèque alors qu'il est en connaissance de l'inexistence de la provision au moment de son émission, peut être poursuivi pénalement selon l'article 411 du C.C. Ainsi, et malgré la généralité des termes de l'article 743 du C.C., nous estimons que le chèque ne peut être escompté, alors même que, dans certains cas, les juges du fond ont appliqué, sans réserve, les règles gouvernant l'escompte au chèque<sup>293</sup>.

<sup>293</sup> Tribunal de première instance de Tunis, jugement n°2759 du 16 janvier 1998, *Inédit*.

La cour de cassation a pu affirmer qu'il ressort de l'article 743 du C.C. que l'escompte ne couvre que les effets de commerce dont la lettre de change est l'exemple-type. Mais, malgré la convention d'escompte, le banquier peut refuser l'escompte de certains effets, lorsque les informations recueillies à propos de certains signataires dévoilent l'existence de risques pour le banquier de se faire payer<sup>294</sup>.

## §2 : LES MODALITES DE L'OPERATION D'ESCOMPTE

333. Il y a deux formes essentielles d'escompte. L'escompte isolé (A) et le crédit d'escompte (B).

### A- L'escompte isolé

334. Il arrive qu'un client convienne avec son banquier de l'escompte d'un effet de commerce ou d'un autre titre de manière isolée. Selon les termes de l'article 743 du C.C., cette opération est possible. Dès le moment où les deux parties se sont mises d'accord sur les conditions de l'escompte, il n'y a pas lieu à affirmer, comme certains le soutiennent, que, dans ce cas, l'opération est régie par les règles du droit commun des contrats<sup>295</sup>.

<sup>294</sup> Cassation, n° 76056-2012 du 5 février 2013.

<sup>295</sup> Rives - Lange : Les problèmes juridiques posés par l'opération d'escompte, Paris, 1962, p.151.

## B- Le crédit d'escompte

**335.** L'escompte est une forme de crédit et, dans ce but, le client convient avec son banquier qui s'engage à accepter à l'escompte tous les titres qui lui sont présentés. Généralement, un plafond est fixé, de telle manière que le crédit alloué par la banque soit déterminé dans le montant et le banquier demeure libre de refuser d'escompter des titres au delà de la somme indiquée dans le contrat.

L'escompte peut aussi être convenu pour une durée limitée ou illimitée. Lorsque le banquier s'est engagé pour une période déterminée, il se trouve dans l'obligation d'accepter à l'escompte tous les titres qui ont été prévus dans le contrat d'escompte ; et quels que soient leurs montants, le banquier ne peut révoquer son concours que sur la base de l'article 706 du C.C. et pour des raisons bien déterminées.

La banque demeure, toutefois, libre de révoquer son engagement d'escompte lorsque celui-ci a été pris à durée indéterminée ou lorsque le montant n'a pas été fixé. Le banquier, ou le client, doit tout de même observer un préavis de huit jours comme l'exige l'alinéa second de l'article 705 du C.C.

**336.** Mais le banquier est-il en droit de refuser certains titres ou effets à l'escompte ? Selon l'article 743 du C.C., le banquier est dans l'obligation d'accepter tous les titres qui lui sont remis par le client. Seulement, on ne saurait donner à ces dispositions une étendue aussi large, car elles seraient

génératrices d'une lourde responsabilité à la charge du banquier qui peut, parfois, se retrouver victime de tirage d'effets de complaisance.

En pratique, même dans le cas du crédit d'escompte, le contrat conclu entre la banque et le client prévoit une certaine liberté au banquier. Celui-ci reçoit l'effet du client seulement en «vue de l'escompte ». Après les vérifications nécessaires, il peut accepter ou remettre l'effet concerné au remettant.

Jusqu'à son acceptation, la banque ne peut être considérée que comme un simple détenteur du titre. Avec l'acceptation, l'engagement en vertu du contrat d'escompte est né. La preuve de cette acceptation dérive du bordereau remis au client, lequel bordereau, doit comporter la liste des effets ainsi que les commissions du banquier.

Il demeure, en effet, intolérable d'admettre une obligation pour le banquier d'accepter tous les effets, car l'opération d'escompte comporte des risques qui tiennent, à la fois, à la personne du remettant, à sa position financière ainsi qu'à la situation du débiteur de l'effet.

### §3 : LES EFFETS DE L'OPERATION D'ESCOMPTE

**337.** L'escompte engendre le transfert de la propriété des effets au banquier (A) et le paiement d'une rémunération à celui-ci (B).

## A- Le transfert de la propriété du titre remis

338. Aux termes de l'article 743 du C.C., le titre est transmis au banquier par le remettant à l'occasion de l'opération d'escompte. Ce transfert se fait grâce à l'endossement apposé sur le titre, par le client, au profit de la banque.

L'endossement peut être nominatif, en blanc ou, même, au porteur. Dans ce dernier cas, l'article 276 du C.C. prévoit, dans son alinéa 7, que l'endossement au porteur équivaut à un endossement en blanc.

Dès qu'il a acquis le titre, le banquier peut exercer ses prérogatives en tant que propriétaire. Seulement, des problèmes sont soulevés lorsque l'escompte est effectué en compte courant. Certains ont pu estimer que les droits du banquier ne naissent qu'à partir de l'inscription du montant du titre au compte du remettant. Mais cette solution est fondée sur la confusion entre la remise à l'escompte, c'est-à-dire l'endossement en pleine propriété, et la remise pour encaissement à titre de mandataire<sup>296</sup>.

A partir du moment où il a accepté le titre, le banquier est propriétaire de l'effet ; et, en tant que tel, il peut le présenter à l'acceptation du tiré ou le remettre en réescompte s'il ne veut pas attendre l'échéance indiquée.

Il est, toutefois, nécessaire de remarquer que pour devenir véritablement propriétaire du titre qui lui est remis, le banquier

doit payer immédiatement son montant au client remettant. Il est, en effet, de l'essence même de l'escompte, selon l'article 743 du C.C., de « payer, par anticipation » au client, les montants des effets ou des titres « escomptés ».

Pratiquement, le paiement se fait soit par le versement du montant des titres escomptés, soit par la mise à disposition de ces sommes. Dans ce dernier cas, le montant des effets est inscrit sur le compte du client qui peut en disposer en toute liberté. Cette mise à disposition constitue, en vérité, la caractéristique principale de l'escompte en tant qu'opération de crédit qui permet au remettant de bénéficier des montants des titres escomptés avant l'échéance.

## B- La rémunération de la banque

339. L'escompte n'est pas une opération gratuite. Le banquier qui accepte des effets avant leur échéance avance leurs montants et, à ce titre, il achète lui-même de l'argent. Dans ce but, l'article 743 du C.C. prévoit que le banquier escompteur perçoit des intérêts et même des commissions. A cet effet, l'article 744 du même code dispose que « l'intérêt est calculé compte tenu du temps à courir jusqu'à l'échéance des titres ou pour une durée plus courte dans les opérations qui comportent remboursement avant l'échéance par le bénéficiaire de l'escompte ». Ces deux modes de calcul des intérêts constituent la rétribution principale et essentielle du banquier. Cependant, ce dernier peut convenir avec le remettant d'une commission qui

<sup>296</sup> Cass. Fr., Arrêt du 20/3/1984, Revue Banque 1984, observations Martin.

peut être fixe ou proportionnelle comme le prévoit l'alinéa 2 de l'article 744 du C.C.

## **SECTION II : LE DÉNOUEMENT DE L'OPERATION D'ESCOMPTE**

**340.** L'escompte peut paraître comme une opération instantanée. Elle prend, ainsi, fin dès que le banquier, acceptant le titre, paie le remettant. Par ce paiement effectué après déduction des intérêts et des commissions, le contrat d'escompte prend fin.

Seulement, en pratique, le contrat d'escompte n'est établi par le banquier qu'avec un client dont il est sûr et avec lequel il est en relation de compte courant. Dans ce cadre qui constitue presque le principe, le dénouement de l'escompte soulève beaucoup de difficultés (§1) ; mais ceci n'exclut pas l'intérêt de l'étude du dénouement du contrat d'escompte hors l'existence d'un compte courant (§2).

### **§1 : LE DENOUEMENT DE L'ESCOMPTE DANS LE CADRE DU COMPTE COURANT**

**341.** Dans le cadre du compte courant, la contre-passation se présente comme le droit du banquier d'exercer ses recours fondés sur le droit cambiaire en vue d'obtenir le paiement du montant des effets impayés.

Le banquier qui a accepté à l'escompte des effets de commerce, devient porteur de ces effets ; et il peut se voir

opposer toutes les exceptions opposables à tout porteur ou tout signataire des titres escomptés. Dans l'exercice de son droit de contre-passer, le banquier doit observer toutes les règles du droit cambiaire et essentiellement celles relatives à l'échéance des effets. Il doit, lorsque le titre n'a pas été payé par les autres débiteurs, attendre l'échéance pour le contre-passer dans le compte courant.

Il arrive, aussi, que le banquier, en sa qualité de porteur, consente au tireur de l'effet des délais de paiement. Une nouvelle échéance est alors portée sur le titre et le banquier ne peut, dans ce cas, contre-passer avant cette nouvelle date puisque le tiré peut payer. Mais hormis le cas de prorogation d'échéance, le banquier ne peut contre-passer le montant des effets impayés avant leur échéance.

Toutefois, aux termes de l'article 306 du C.C., la contre-passation est possible avant l'échéance lorsque le porteur est confronté à un refus d'acceptation total ou partiel ou lorsque le tiré a été déclaré en faillite ou en cessation de paiement même non constatée par un jugement ou enfin lorsque le tireur d'une lettre de change non acceptable a été déclaré en faillite.

Il faut, tout de même, préciser que l'article 740 du C.C. prévoit la possibilité pour le banquier, en cas de faillite du remettant, d'effectuer la contre-passation de tous « les effets restés impayés à la date de leur échéance... ».

Cependant, le banquier n'est pas obligé de contre-passer les effets dans le cadre du compte courant. C'est pour cela qu'il est admis que la contre-passation constitue une faculté pour le banquier qui demeure, par la combinaison des articles 729 et 740 du C.C., libre de contre-passer les effets ou d'exercer les recours qui lui semblent utiles. Cette position, malgré une contradiction apparente entre les articles 729 et 740 du C.C., a été adoptée par la jurisprudence tunisienne depuis une longue date<sup>297</sup>.

Cette contre-passation facultative est, quand même, irrévocable ; cela veut dire que lorsque le banquier a choisi d'inscrire le montant de l'effet dans le débit du compte du remettant, il ne peut, en même temps, agir à son encontre en paiement de l'effet.

**342.** La contre-passation, dans le cadre du compte courant, pose le problème de savoir si le banquier, après avoir contre-passé un effet, peut en conserver la propriété. Lorsque le remettant est en faillite, le compte courant ne peut plus fonctionner et un solde dégageant une situation provisoire du compte doit être arrêté selon l'article 741 du C.C. Mais lorsque le solde dégage un crédit au profit du remettant en état de faillite, «le récepteur est tenu de restituer les effets contre- passés ».

Ainsi, peut-on affirmer qu'aux yeux du législateur, la contre-passation vaut, dans ce cas, paiement ? Si, par contre, le

<sup>297</sup> Tribunal de première instance de Tunis, Jugement n°1024 du 17/3/1964, R.J.L., 1964, p. 148.

solde du compte courant révèle un débit à la charge du client remettant, l'article 741 du C.C., dans son deuxième alinéa, prévoit que « le récepteur est autorisé à conserver les effets quelle qu'en soit la date d'échéance... ».

## **§2 : LE DENOUEMENT DE L'ESCOMPTE HORS COMPTE COURANT**

**343.** Le banquier peut exercer les recours fondés sur le titre (A) et ceux nés du contrat d'escompte (B).

### **A- Les recours fondés sur le titre escompté**

**344.** Aux termes de l'article 746 du C.C., « le banquier a, vis-à-vis des débiteurs principaux des effets, du bénéficiaire de l'escompte et des autres coobligés, tous les droits attachés aux titres qu'il a escomptés ». Référence est, ainsi, faite au principe de la solidarité cambiaire prévue par l'article 310 du C.C. Selon cet article, le porteur d'une lettre de change peut agir contre n'importe quel signataire de la dite traite, soit à titre individuel soit, même, collectivement, sans être obligé d'observer les conditions dans lesquelles ils se sont engagés, pour obtenir paiement du montant de la traite<sup>298</sup>.

Cette solidarité, constituant une garantie de paiement, permet au banquier de recouvrer le montant des effets escomptés en agissant indifféremment à l'encontre du client remettant ou de

<sup>298</sup> Tribunal de première instance de Tunis, Jugement n° 15 I du 25 décembre 1962, R.T.D. 1963- 1965, sommaires, p. 129 ; Rapporté aussi, R.J.L. 1964, p.759.

tout autre signataire de l'effet escompté. Il n'est pas question d'obliger le banquier escompteur, porteur du titre, de s'adresser au tiré même accepteur ou tout autre signataire avant d'agir contre celui qui demande le paiement.

Ensuite, dès l'instant où il justifie le transfert régulier du titre à son profit, le banquier ne peut se voir opposer aucune exception conformément aux règles spécifiées par l'article 280 du C.C.

La Cour d'appel de Tunis a affirmé, dans un arrêt en date du 10 juillet 1996, que « dès le moment où il a été prouvé que la traite en question revêt toutes les conditions requises pour sa validité conformément à l'article 269 du C.C. et que le banquier l'a escomptée en faveur d'une autre banque, l'escompteur a le droit d'agir contre le débiteur principal et le bénéficiaire de l'escompte et tous les coobligés en vertu de l'article 746 du C.C.»<sup>299</sup>.

S'il a des droits pour se faire payer le montant des traites ou tout autre titre escomptés, le banquier doit observer les règles du droit cambiaire et, essentiellement, l'obligation de faire dresser protêt faute de paiement ou d'acceptation conformément aux conditions prévues par l'article 318 du C.C., sinon sa négligence peut lui être opposée<sup>300</sup>. En effet, sauf les cas de dispenses légales ou conventionnelles prévues par les articles

<sup>299</sup> Cour d'appel de Tunis, Arrêt n° 35860 du 10 juillet 1996, *Inédit*.

<sup>300</sup> Cour d'appel de Tunis, Arrêt n° 24445 du 24 mars 1965, R.J.L., 1969.

307 et 316 du C.C., le banquier peut être déchu de ses droits, surtout que l'article 320 du C.C. précise que « nul acte... ne peut suppléer l'acte de protêt hors les cas prévus par les articles 300 et suivants du présent code ».

## **B- Le recours fondé sur le contrat d'escompte**

**345.** L'article 746 du C.C. dispose, dans son second alinéa, que le banquier a, « à l'égard du bénéficiaire de l'escompte, un droit distinct au remboursement des sommes mises à la disposition de celui-ci, augmentées des intérêts et commissions perçus ».

Cette action fondée sur le contrat d'escompte est une action de droit commun indépendante de l'action cambiaire exercée sur la base des effets de commerce escomptés ; elle ne peut être intentée que contre le client remettant désigné par l'alinéa second, ci-dessus, comme étant le bénéficiaire. Ceci se justifie d'autant plus que le contrat d'escompte n'engage que le client et le banquier. Les autres signataires des effets escomptés ne font pas partie de la convention d'escompte et le banquier ne peut en aucun cas agir à leur encontre en vertu de cette convention puisqu'ils sont tiers à la relation remettant — escompteur.

Cette possibilité pour le banquier de demander le paiement des effets escomptés et retournés impayés est consacrée par l'article 743 du C.C. qui prévoit que sur le porteur, pèse une

charge de rembourser le montant de ces effets lorsque le principal obligé ne paie pas.

Cette disposition consacre, en vérité, une pratique assez ancienne dite « garantie de bonne fin ». En vertu de cette clause, le banquier avertit son client remettant que, si le paiement ne lui est pas effectué, il se réserve le droit de se retourner contre lui pour obtenir le paiement des titres ou effets impayés. De la sorte, le banquier a le droit d'exiger le remboursement des sommes avancées au remettant ainsi que les intérêts et les commissions sur la base des articles 743 et 746 du C.C.

## CHAPITRE V

### LE FINANCEMENT ISLAMIQUE

346. Le législateur a mis en place, dans la loi du 11 juillet 2016, un ensemble de dispositions relatives au financement islamique. L'examen de ces règles impose l'étude du cadre général dans lequel elles interviennent (**Section I**) ainsi que la spécificité des opérations de financement islamique (**Section II**).

#### SECTION I : LE CADRE DU FINANCEMENT ISLAMIQUE

347. La loi bancaire du 11 juillet 2016 comporte une innovation sans précédent. Pour la première fois en Tunisie, les pouvoirs publics font une place franche et nette aux opérations de financement islamique.

Tirées de la « chariàa », ces opérations étaient pratiquées, en Tunisie, par deux banques qui étaient agréées à ce titre et spécialisées dans la pratique financière musulmane.

Avant Janvier 2011, ces banques ne pouvaient offrir à leur clientèle les opérations financières et bancaires classiques et pratiquées par les autres banques de la place.

Ce n'est qu'à partir de cette date, que ces banques ont pu obtenir les autorisations nécessaires pour avoir le statut de banques universelles et d'exercer toutes les activités et les services offerts par les banques commerciales de la place.

De ce fait, les banques islamiques doivent, désormais, tout simplement, être constituées selon les exigences de la loi applicable à toutes les banques voulant exercer leurs activités en Tunisie. Ainsi, sont-elles soumises à l'agrément et au contrôle de la Banque Centrale de Tunisie ainsi qu'à celui des organismes de surveillance. Elles sont dans l'obligation de respecter les conditions relatives au capital social, aux organes de direction, de gestion et de contrôle interne.

Leurs spécificités tiennent à leurs activités, c'est-à-dire les produits et les services qu'elles peuvent offrir à leurs clients.

**348.** Voulant rattraper les faits et la pratique qui se sont développés depuis longtemps, le législateur a tenu à définir, dans la loi de juin 2016 relative aux banques et aux établissements financiers, un certain nombre de moyens de financement islamique.

En vérité, ces produits, pratiqués depuis longtemps en Tunisie, ne sont pas nouveaux et les juges tunisiens ont pu développer des précédents remarquables démontrant leur connaissance de ces produits pourtant nouveaux dans l'activité bancaire. Ainsi, le « tawaed et la mourabaha ont-ils pu être interprétés et validés malgré l'absence d'une réglementation spécifique à l'époque<sup>301</sup>.

<sup>301</sup> Tribunal de 1<sup>ère</sup> instance de Tunis, Jugement n° 77578, du 6 juillet 1992, *Inédit*.

-Cour d'appel de Tunis, Arrêt n° 9860, du 5 octobre 1993, *Inédit*.

-Cour de cassation, Arrêt n° 42417, du 11 décembre 1996, *Inédit*.

Parler de l'activité des banques islamiques, exige l'étude inévitable des relations que la religion musulmane entretient avec l'argent.

Ce dernier, étant considéré comme toute richesse apportée à la fortune, pose la question essentielle de la conception de l'intérêt dans l'activité financière en droit musulman.

Aussi se pose, alors, le problème de la rémunération de la banque.

La banque n'est pas un service public et n'est pas, non plus, une institution de charité. En effet, l'activité bancaire est commerciale par essence et la banque, dans le sens classique du terme, entreprend le commerce de l'argent. En prêtant, le banquier s'attend à une contrepartie. Mais la rémunération du banquier ne doit pas être usuraire. L'usure, ou « le riba », est condamnée par la religion musulmane. Cette affirmation est la pierre angulaire des rapports de la religion musulmane avec l'argent. Dans la conception commune, l'argent doit produire de l'argent ; or, dans la « chariàa », l'argent est « improductif et a seulement la valeur d'une unité d'échange »<sup>302</sup>.

L'interdiction de l'intérêt, qui est la base même de l'activité des banques classiques ou conventionnelles, amène à réfléchir sur le fondement de l'activité des banques islamiques.

<sup>302</sup> Voir, Tavasoli Mohamed Ismail : Etudes critiques sur les pensées islamiques, à propos

Pour cela, il faut partir du fondement sur lesquels s'appuient ces banques qui, dans leur essence, ne cherchent pas à accumuler le gain mais s'appuient sur l'idée force qui est le partage des profits et des pertes. Le rapport de ces banques avec leur clientèle est un rapport de partenariat et n'est pas antagoniste dans la mesure où il ne met pas en confrontation le crédit et le créancier.

Au contraire, ce partenariat permet aux deux parties d'œuvrer pour concilier leurs intérêts au contrat islamique. L'intérêt calculé sur l'étendue des échéances, c'est-à-dire sur le temps, est banni parce que, pour la religion musulmane, l'intérêt ne représente pas un profit réel et augmente le risque d'investissement<sup>303</sup>.

349. L'intérêt étant condamné, les rapports entre la banque et son client sont régis par la règle du partage des risques et la collaboration active des deux parties au contrat de financement.

Dans les opérations bancaires conventionnelles, dès qu'une opération de crédit aura été effectuée, c'est le crédit qui assume le risque. Désormais, il y a un transfert total du risque.

Les moyens de financement islamiques engendrent, au contraire, un partage de risques entre la banque et le client. Ainsi, la perte et le profit sont partagés entre crédit et créancier<sup>304</sup> dès

<sup>303</sup> Abou Hamed Al Ghazali : Ihia Ouloum Eddine, p. 20 et suivantes.

<sup>304</sup> Karich Imène : Le système financier islamique cahiers financiers, 2002, p. 62.

lors que la religion musulmane interdit le transfert immédiat des risques et veille sur la proportionnalité du profit.

D'ailleurs, cette règle constitue le pilier des opérations financières islamiques qui ne tolèrent pas que l'on s'écarte des principes de la chariâa et de la Sunna. Toutes les transactions doivent reposer sur le « permis » et condamner l'interdit. Pour tout dire, seul le « halal » doit commander les transactions.

## SECTION II : LA SPÉCIFICITÉ DES OPÉRATIONS DE FINANCEMENT ISLAMIQUE

350. Les opérations de financement islamique sont nombreuses et très variées ; chacune a ses règles et ses particularités. Il serait difficile de les citer. D'ailleurs, le législateur en a cité quelques unes dans la loi relative aux banques et aux établissements financiers de juillet 2016.

L'article 11 de ladite loi se contente de prévoir que les opérations de financement islamique comprennent notamment... et le législateur cite sept opérations qui sont : la Mourabaha, El Ijara, la Moudharaba, la Moucharaka, Al Istissnâa, Assalam et El Wadaa d'investissement.

Toutes ces opérations ainsi que celles des finances islamiques qui ne sont pas énumérées peuvent être pratiquées par les banques de la place.

351. Seulement, l'article 22 de la loi de juillet 2016 prévoit que les banques qui veulent inclure dans leurs activités

des opérations de financement islamiques doivent, au préalable, présenter une demande circonstanciée à la Banque Centrale de Tunisie. Dès lors, on peut dire que toutes les banques de la place peuvent effectuer des opérations de financement islamique.

Il reste que les banques qui exercent en tant que banques islamiques avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle peuvent continuer leurs activités sans présenter la demande ci-dessus indiquée.

352. L'examen attentif des opérations de financement citées par l'article 11 de la loi bancaire permet de relever qu'elles sont assises sur les règles de la « Chariàa » qui exigent la solidarité entre les parties au contrat ainsi que leurs efforts communs pour la réussite de l'opération. Ainsi, non seulement l'intérêt est interdit, mais aussi faut-il observer que le financement doit intéresser des domaines « Halal ».

Cela a donné, en pratique, que les banques islamiques rejettent tout financement dans les commerces de l'alcool sous toutes ses formes ainsi, d'ailleurs, que dans le tourisme.

Depuis la nouvelle loi bancaire de juillet 2016, les banques conventionnelles peuvent pratiquer le financement islamique. Les profits de ces opérations peuvent se mêler aux bénéfices de leur activité traditionnelle. Comment distinguer alors l'argent provenant de l'activité « Halal » du profit d'autres activités ? La spécialisation des banques islamiques aurait dû

persister d'autant plus que l'expérience a montré que ces banques ont réussi au sein du tissu financier tunisien.

La déspecialisation introduite par la loi de juillet 2016 peut conduire à la consécration d'une spécialisation de fait. Aussi, ceux qui recourent à l'investissement islamique vont se tenir à leur choix en s'adressant aux Banques islamiques classiques et « chassez le naturel, il revient au Galop ».

A ce titre, un auteur a écrit que « les banques islamiques sont basées sur une philosophie et une vision différentes de l'économie et de la finance conventionnelle. Elles sont construites sur les principes islamiques de justice sociale, d'équité et d'équilibre. Ces principes sont reconnus comme étant la chariàa ou loi islamique »<sup>305</sup>.

Il est aussi vrai que les principes guidant l'investissement islamique interdisent d'occulter l'origine des fonds servant au financement et à l'investissement. La spécialisation en la matière est donc fondamentale.

353. L'étude des opérations de financement révèle que celles-ci sont construites autour de deux techniques traditionnelles qui sont la vente, comme il en est dans le contrat de Mourabaha, et la location, comme c'est le cas de l'Ijara.

Mais le concept de solidarité apparaît dans certains contrats dans lesquels le financement n'est pas rémunéré ; c'est

<sup>305</sup> Amine Jafari : Droit Bancaire Islamique, édition l'Harmattan, 2014, p. 40.

le cas du « Kardh al Hassan » qui est généralement consenti à des personnes dans le besoin.

Un juriste a écrit à juste titre que le « Kardh el Hassan » est « un prêt sans contrepartie effectué dans un but humanitaire ou de bienfaisance. Il est accordé occasionnellement à des particuliers dans le besoin, à des clients en difficultés... Il peut être utilisé pour financer des projets dans le domaine social, économique éducatif et religieux »<sup>306</sup>.

La solidarité, qui est l'un des piliers de la religion musulmane, doit être garantie par des fonds dont l'origine est acquise avec certitude ; et pour cela, les banques islamiques doivent être les seules à pratiquer ces opérations de financement.

<sup>306</sup> François Guéranger : « Finance islamique, une illustration de la finance éthique, Dynode, Paris, 2009, p. 259.

## TITRE II

### LA TENUE DES COMPTES

**354.** Le développement des comptes en banques est dû, essentiellement, au fait que beaucoup d'opérations de paiement et de crédit se font dans le cadre de comptes ouverts auprès des banques et des bureaux de poste. Le mouvement enregistré par les remises et les retraits permet de dégager la véritable nature du compte en question. Ainsi, peut-on remarquer, qu'entre le compte de dépôt et le compte courant, la différence essentielle réside dans l'interdiction faite par le législateur d'autoriser ou de permettre les débits en compte de dépôt.

Le compte en banque est une caractéristique de la vie ; on ne peut aujourd'hui imaginer pour n'importe quel agent économique et même pour les ménages la possibilité d'exister et de faire face aux exigences quotidiennes en s'adressant uniquement aux guichets des banques et en profitant directement des services de caisse<sup>307</sup>. L'existence d'un compte en banque

<sup>307</sup> Belot : Compte de dépôt et compte courant en matière bancaire (de I l'unité), Rev.Jur.Com., 1985, p. 41.

-Stoufflet : Comptes ordinaires de dépôt, Jurisclasseur, banque et crédit.

-Vasseur : Droit et économie bancaires, Les opérations de banque, Fasc. I.

-Trouch-Doerflinger : La distinction entre compte de dépôt et compte courant, Petites affiches, 12 juin 1982, p. 4.

-Calais : Le compte courant en droit français, 1969.

-Coriat : La reconnaissance d'un contrat bancaire, Le compte courant 1989, p. 598.

-Legrand : Les comptes bancaires dits spéciaux et les principes du compte courant, JCP, 1991, 1. n° 3517..

permet aux clients d'opérer à distance par l'intermédiaire des chèquiers et des cartes bancaires pour effectuer les paiements et les retraits qui leurs sont nécessaires.

Mais qu'est ce qu'un compte en banque ? Il est difficile de donner une définition générale du compte bancaire tant sa nature est complexe. Il s'agit d'un tableau qui représente matériellement les opérations effectuées par le banquier et son client. Ainsi, il apparaît, tout d'abord, comme un document relevant de la technique comptable ; mais ceci est certainement insuffisant pour les comptes de dépôt et comptes courants car, sous l'apparence d'un document comptable, se cache une convention. Cependant, si on parle de compte de dépôt et de compte courant seulement, c'est parce que cette classification est la plus importante, sachant qu'il existe diverses sortes de comptes en banque.

En droit tunisien, le recours aux articles 670 et 728 du Code de commerce permet d'affirmer que l'ouverture d'un compte se fait soit par un contrat soit par une convention établis entre les parties en cause. Cela veut dire que, parfois, le contrat est exigé (article 670 du C.C.), mais, souvent, le simple accord suffit pour l'ouverture d'un compte courant. C'est que, dans ce second cas, le fonctionnement du compte suffit à prouver son existence et sa nature<sup>308</sup>.

<sup>308</sup> En pratique, les banques tunisiennes, dans leur grande majorité, font signer leurs clients des contrats-types d'ouverture de comptes. Ces contrats définissent les limites des engagements de chacun, la nature du compte et même la fourniture de garanties permettant au banquier de se faire rembourser les débits enregistrés par ces comptes.

Généralement, c'est le client qui demande au banquier l'ouverture du compte ; mais il arrive que le banquier sollicite personnellement telle personne ou telle société de se faire ouvrir un compte. En effet, «le goût du profit et le désir d'accroître la clientèle inclinent à l'ordinaire le commerçant à traiter avec le plus de personnes possibles. La règle est valable pour banquier»<sup>309</sup>.

S'il est vrai que la politique des banques en matière de ressources porte sur l'accroissement de la masse des dépôts, même la variété des formes des dépôts permet à chacun de trouver la formule qui lui convient le mieux car, il faut le dire, l'intérêt des banquiers n'est pas dans l'ouverture de toutes sortes de comptes à tous les clients.

Le développement des comptes en banques est aussi la conséquence des efforts des pouvoirs publics qui encouragent l'essor de l'épargne bancaire sous toutes ses formes. L'épargne est, en effet, l'un des meilleurs moyens de financement des investissements et une méthode de lutte contre la thésaurisation. Ainsi, le législateur exige-t-il, dans le cadre de la comptabilité publique que les salaires doivent être obligatoirement versés dans un compte postal ou bancaire.

**355.** Cependant, le banquier demeure libre du choix de sa clientèle. Et, dans l'exercice de son activité, il a le droit de

<sup>309</sup> Rives-Lange (J.) : *Ouvrage précité*, p. 225.  
- Gavalda et Stoufflet : *Droit bancaire, précité*, p. 95.

refuser l'ouverture d'un compte à toute personne qui ne lui inspirerait pas la confiance dont il a besoin.

Mais, si le banquier est libre de refuser d'ouvrir un compte, ce refus ne doit pas être opposé sans raison valable, sinon il pourrait être poursuivi, par le sollicitant, en responsabilité, à condition, bien entendu, qu'il justifie d'un dommage qui lui aurait été causé par ce refus. De toute façon, un droit au compte, prévu par la loi du 3 Avril 1996 modifiant l'article 410 du Code de commerce, a été reconnu. Selon cet article, «tout établissement bancaire doit ouvrir un compte de chèques pour tout client qui le lui demande ». Et, afin de protéger les banques contre les risques de cette ouverture, l'alinéa 5 de ce même article prévoit que la banque sollicitée peut refuser de «délivrer au titulaire des formules de chèques autres que celles utilisables pour un retrait direct ou pour un retrait à provision certifiée». Ainsi, peut-on remarquer que le problème du droit au compte reste posé même si le législateur l'a résolu en partie ; car, on n'a pas toujours le droit de se faire ouvrir un compte courant ni le droit de se faire remettre des chéquiers. Cette solution, dictée par la prudence, trouve son fondement dans les risques engendrés par l'ouverture du compte courant et la nécessité de reconnaître la liberté du banquier dans le choix de ses clients<sup>310</sup>.

<sup>310</sup> Sur l'évolution de la question en droit comparé, voir Cabrillac et Becqué, obs. sous trib. de Com. de la Seine, Jugement du 27/6/1960, RTD.Com, 1960, p. 864.

**356.** Les comptes en banque sont très variés et on ne peut donner une définition qui engloberait toutes sortes de comptes. Ce que l'on pourrait avancer, dès à présent, c'est que le compte est un tableau récapitulatif des opérations entreprises par le banquier et son client. C'est, donc, un document comptable ayant pour base une convention conclue entre les correspondants et régissant leurs relations. Celles-ci ne sont pas de la même nature selon que l'on se trouve en présence d'un compte courant (**Chapitre I**) ou d'un compte de dépôt (**Chapitre II**).

## COURANT

358. La nature juridique du compte courant a été très débattue en doctrine et en jurisprudence comparées<sup>311</sup>. Le législateur romain a eu le mérite d'être plus clair puisque le compte courant est considéré comme un contrat. L'article 7 du code de commerce prévoit, en effet, qu'il « y a contrat de compte courant quand deux personnes dites correspondants conviennent de faire entrer dans un compte ... les opérations résultant des opérations qu'elles feront entre elles ... ». Cette nature contractuelle se confirme malgré la rédaction à l'abrévié de l'article 728 du même code qui emploie le terme « convention » à travers l'intitulé du chapitre IX du titre II dans « code consacré au « contrat de compte courant »<sup>312</sup>.

<sup>311</sup> Voir, ainsi que l'auteur, les obligations, op. cit. 1996, p. 55.

<sup>312</sup> Cass. n° 15714-2007 du 21 mars 2007, *Journal de droit de la banque*, en ce qui concerne principalement le contrat de prêt et de crédit ainsi que les opérations de banque et de crédit. En conséquence, la limitation de la responsabilité en vertu du contrat d'ouverture de compte n'a d'effet que

## CHAPITRE I

### LE COMPTE COURANT

**357.** L'étude du compte courant passe par la détermination de sa nature juridique (**Section I**), de son fonctionnement (**Section II**) et de sa clôture (**Section III**).

#### SECTION I : LA NATURE JURIDIQUE DU COMPTE COURANT

**358.** La nature juridique du compte courant a été très débattue en doctrine et en jurisprudence comparées<sup>311</sup>. Le législateur tunisien a eu le mérite d'être plus clair puisque le compte courant est considéré comme un contrat. L'article 7 du code de commerce prévoit, en effet, qu'il « y a contrat de compte courant quand deux personnes dites correspondantes conviennent de faire entrer dans un compte ... les créances résultant des opérations qu'elles feront entre-elles ... ». Cette nature contractuelle se confirme malgré la rédaction arabe de l'article 728 du même code qui emploie le terme « convention » à travers l'intitulé du chapitre IX du titre II dudit code consacré au «contrat de compte courant »<sup>312</sup>.

<sup>311</sup> Terré, Simler et Lequette : les obligations, 6ème Dalloz 1996, p. 55.

<sup>312</sup> Cass., n° 15718-2002 du 25 mars 2002, *Inédit* : « Il pèse sur le banquier, en sa qualité de professionnel, un devoir de prudence et de diligence étant donné les moyens technologiques et humains dont il dispose. En conséquence, la limitation de sa responsabilité en vertu du contrat d'ouverture de compte n'a d'effet que

Mais même s'il s'agit d'un contrat, le compte courant a des spécificités qui l'éloignent du droit commun, car ce contrat ne saurait être rangé dans les catégories traditionnelles des contrats (§1) et comporte des remises réciproques qui ne peuvent être ignorées dans la recherche de sa nature juridique (§2).

### §1 : LES DIFFICULTES DE RANGEMENT DU CONTRAT DE COMPTE COURANT PARMIS LES CONTRATS DE DROIT COMMUN

359. Le compte courant échappe à la classification des contrats de droit commun. Il ne peut être considéré comme un contrat synallagmatique et ne peut, non plus, être appréhendé comme un contrat unilatéral. Un contrat synallagmatique est, en effet, un contrat qui fait naître à la charge des parties des droits des obligations échangées<sup>313</sup>. Or, au moment de l'ouverture du compte courant, il n'existe pas d'obligations réciproques, puisque, à ce moment là, les remises peuvent se succéder mais ne sont pas concomitantes.

De même, le contrat de compte courant ne peut être considéré comme un contrat unilatéral puisque les parties sont engagées en même temps, le contrat faisant naître à leurs charges respectives des obligations de remises réciproques<sup>314</sup>.

---

dans le cas des fautes simples commises par lui ».

<sup>313</sup> Terré, Simler et Lequette : Les obligations, 6ème éd., Dalloz, 1996, p. 55.

<sup>314</sup> Cass., n° 53129 du 25 juin 1997, Bull. des arrêts de la C.Cass. 1997, p. 145. Dans cet arrêt, la Cour suprême déclare que le compte courant peut exister en l'absence d'un contrat dès lors que les relations ont existé entre les parties et qu'elles se sont étendues dans le temps.

Mais en tout état de cause, la cour de cassation a déclaré que la responsabilité du banquier sur la base du contrat d'ouverture de compte est une responsabilité contractuelle. A ce titre, le banquier répond de la faute de son préposé<sup>315</sup>.

Mais une question se pose aussi à ce stade : le compte courant a-t-il un caractère commercial ? La réponse à la question revêt une importance capitale au niveau de la preuve du contrat ainsi qu'à celui de la preuve des éléments du compte.

La cour de cassation a pu déclarer que la nature commerciale du compte courant peut être dégagée à partir de la qualité des parties au contrat. Pour la cour suprême, c'est l'activité des parties qui détermine le caractère commercial ou non du contrat du compte courant. Ainsi, « en application de l'article 7 du code des sociétés commerciales, la banque, étant une société anonyme, est commerciale par la forme ; le client titulaire du compte exerçant une activité de transport soumise aux articles 2 et 3 du C.C. est aussi commerçant ».

Il est donc certain que le compte courant peut être civil ou commercial selon l'activité du client ; et la preuve sera rapportée par tous les moyens lorsque les parties sont commerçantes<sup>316</sup>.

---

<sup>315</sup> Cassation, n° 59742-2011 du 8 août 2011, *Inédit*.

<sup>316</sup> Cassation, n° 382 du 24 avril 2014, *Inédit*.

## §2 : LA NATURE JURIDIQUE DES REMISES EN COMPTE COURANT

360. Considérer le compte courant comme un contrat de droit commun, c'est oublier le problème de la nature juridique des remises qui constituent l'essence même du contrat<sup>317</sup>.

La remise en compte courant peut être appréhendée comme étant une simple exécution du contrat d'ouverture du compte. Ainsi, le compte courant aurait, pour seule finalité, de créer un mouvement de compensation entre les différentes créances enregistrées avec la précision que cette compensation ne dégage des résultats qu'à la clôture du compte courant.

Cette idée de règlement global ne répond pas, en vérité, à la définition et à l'utilité du compte courant. Le terme compensation peut, en effet, entraîner des conséquences graves dans le cadre du fonctionnement et de la clôture du compte. C'est pour cela que la compensation globale devrait être entendue comme un simple droit de rétention qui n'est pas générateur d'une compensation véritable et qui permet de maintenir l'individualité de chaque créance donnant le droit au créancier d'agir, au moment du solde, en vertu des créances individuelles<sup>318</sup>.

Ces remises sont considérées comme des actes-conditions en ce sens qu'elles correspondent à une situation juridique

<sup>317</sup> La Cour de cassation a eu l'occasion de déclarer que le compte courant ne constitue pas un moyen de preuve authentique et que les relevés de compte produits font foi même lorsqu'ils ne sont pas authentifiés. Cass., Arrêt n° 9181, du 31 janvier 19674, Bull. C.C. 1974, III, p. 11.

<sup>318</sup> Escarra et Rault : Principes de droit commercial, T. VI, n° 437 et suivantes

spécifique, mais ne donnent pas naissance à des situations nouvelles. Il faut, ainsi, admettre que les remises, dès leur entrée en compte, opèrent un effet novatoire et cette novation ne constitue pas, pour autant, un effet propre aux remises mais, plutôt, une conséquence du contrat de compte courant.

La Cour de cassation a déclaré, depuis son arrêt du 7 janvier 1982, qu'il «suffit que le compte présente des positions tantôt débitrices tantôt créditrices qui sont représentatives des opérations des dépenses et des recettes pour qu'il soit qualifié de compte courant»<sup>319</sup>.

Cette position de la Cour de cassation s'inscrit totalement dans le cadre de la doctrine et de la jurisprudence comparées qui, depuis longtemps, ont estimé que l'absence de remises réciproques doit être considérée comme l'absence de la volonté des parties de travailler dans le cadre d'un compte courant parce qu'il est de la nature, même, de ce compte de permettre l'enregistrement de créances réciproques par l'intermédiaire de ces remises<sup>320</sup>.

Récemment, la cour de cassation a déclaré que l'absence de remises réciproques peut conduire à la clôture du compte

<sup>319</sup> Cass., Arrêt n° 18945 du 7 janvier 1982. RJL n° 3, Mars 1983, p. 75.

<sup>320</sup> Cass. Com., 26 novembre 1974, Bull. IV, p. 250, RTD.Com., 1975, p. 571, observations Cabrillac.

Cass. Com., 5 janvier 1965, J.C.P. 65, II, 14177, Note Netoux.

Banque 1965, p. 894 obs. X. Marin.

Hamel, T. 1, n°36, *Ouvrage précité*.

courant de manière tacite même si les règles de clôture prévues par l'article 732 du C.C. ne sont pas respectées.

La cour suprême continue que, dès lors qu'il est prouvé que l'une des caractéristiques du compte courant est inexistante, le banquier, en qualité de professionnel, doit entreprendre toutes les démarches relatives à la clôture du compte<sup>321</sup>.

**361.** Il est aussi nécessaire de préciser que ces remises constatant des créances doivent être liquides, exigibles et certaines. Ces conditions ont permis à la doctrine classique d'admettre que les créances, objet de remises, peuvent être éventuelles ou assorties de conditions<sup>322</sup>.

Ces remises, réciproques et enchevêtrées, doivent permettre aux parties d'être remettant récepteur. Cela veut dire que, si les parties conviennent que les remises peuvent n'être que d'une seule partie ou que l'une d'elles seulement est autorisée à effectuer des remises ou bien, encore, que l'une n'est redevable de remises que si l'autre a remis des créances en compte, on ne peut être dans le cadre d'un compte courant comme le prévoit, d'ailleurs, l'article 728 paragraphe 2 du C.C. qui dispose que « les règles relatives au contrat de compte courant... ne sont pas applicables s'il a été stipulé que les remises de l'une des parties ne devront commencer que lorsque les remises de l'autre seront terminées ». Les remises ne peuvent, ainsi, faire l'objet d'aucun

<sup>321</sup> Cassation, n° 55521 du 27 décembre 2013, R.J.L., 2013, p. 159.

<sup>322</sup> Crédot et Gérard : Rev. De droit bancaire et bourse, 1992, p. 114, n°5.

arrangement qui pourrait les soumettre à des conditions autres que celles définies par la loi<sup>323</sup>.

## SECTION II : LE FONCTIONNEMENT DU COMPTE COURANT

**362.** Le compte courant est un contrat particulier et son fonctionnement doit obéir à des conditions spécifiques. Ainsi, pour qu'il y ait un compte courant, certains éléments doivent être dégagés (§1) pour que les entrées en compte soient analysées comme des remises en compte courant (§2).

### §I : LES ELEMENTS CARACTERISTIQUES DU FONCTIONNEMENT DU COMPTE COURANT

**363.** Certes, l'analyse de la place qu'occupe le compte courant dans le code de commerce ne laisse aucun doute sur sa nature juridique puisque le chapitre IX du titre II, dans lequel s'insère le compte courant, s'intitule « des règles particulières à certains contrats commerciaux ». Mais l'existence d'un contrat établi entre le banquier et son client ne suffit pas à attribuer au rapport juridique existant la qualification de compte courant.

Pour qu'il y ait compte courant, il faut vérifier l'existence d'un élément intentionnel (A) et d'un élément objectif (B).

<sup>323</sup> La Cour de cassation a déclaré que les remises en compte courant sur la base de l'article 728 du C.C. n'exigent pas l'existence d'un crédit ouvert, Cass. n° 18945, du 7 janvier 1982, R.J.L., Mars, 1983, p. 75.

**364.** Peut-on imaginer l'existence d'un compte courant sans l'existence d'une intention réelle des parties de travailler dans ce cadre spécifique ? En d'autres termes, l'intention des parties est-elle suffisante ou faut-il que les parties formalisent leur accord par écrit ?

La réponse à la question n'est pas aisée en droit tunisien. Si le compte courant est un contrat, l'intention des parties doit être confirmée par le contrat d'ouverture du compte, mais s'il s'agit d'une convention, le simple accord des parties suffit pour l'existence du compte courant.

En vérité, la position du législateur n'est pas claire dans la mesure où l'article 728 du code de commerce dispose qu' « il y a compte courant quand deux personnes, dites correspondants conviennent de faire entrer dans un compte... les créances résultant des opérations qu'elles feront entre elles ... ». L'écrit n'est donc pas exigé pour l'existence d'un compte courant et qu'ainsi, celui-ci, étant une convention, sa formation est parfaite dès l'échange des consentements dans ce sens<sup>324</sup>. Il en résulte que le compte courant peut exister sans qu'il y ait contrat et ce, même, dans les relations entre commerçants, c'est-à-dire en dehors des rapports banque-client<sup>325</sup>.

<sup>324</sup> Cass., n° 5312 du 25 juin 1997, Bull. des arrêts de la C.Cass. 1997, I, p. 145.  
« Le compte courant peut exister en l'absence d'un *contrat dès lors que les relations ont existé entre les parties et qu'elles se sont étendues dans le temps.* ».

<sup>325</sup> La Cour de cassation française estime que le compte courant est un instrument

Cette souplesse dans l'appréhension du compte courant se prolonge dans la preuve de l'élément intentionnel puisque la Cour de cassation a admis, depuis longtemps, la preuve de l'existence du compte courant par les relevés de compte adressés par le banquier à son client estimant même que de simples copies non certifiées conformes à l'original peuvent suffire pour l'établissement des comptes<sup>326</sup>. Il faut, de ce fait, reconnaître qu'en l'absence d'un contrat d'ouverture d'un compte courant, l'élément intentionnel peut être dégagé à travers le fonctionnement du compte ; et l'élément objectif venant alors au secours de l'élément intentionnel<sup>327</sup>.

## **B- L'élément objectif**

**365.** L'élément objectif, ou matériel, est constitué, dans le cadre du compte courant, par les remises effectuées par les correspondants. La remise dont il s'agit est la créance destinée à être réglée en compte comme le prévoit l'article 728 du C.C. Il convient, alors, de passer en revue l'objet de la remise et son origine (1) ainsi que ses caractéristiques (2).

---

bancaire et pour qu'il puisse exister, il faut une convention ; et quand deux personnes sont en relations d'affaires et chacune d'elles tient le compte de ce qui lui est dû, il n'y a pas pour autant compte courant. Cass., 13 juin 1970, Bull. C.Cass., 1970, n° 16.

La jurisprudence tunisienne a adopté une position contraire : C.A. de Tunis, Arrêt n° 73584 du 15 décembre 2000, *Inédit*. C.A. de Tunis, Arrêt n° 73585 du 15 décembre 2000, *Inédit*. Cour de Cass., Arrêt n° 9474 du 2 novembre 2001, *Inédit*.

<sup>326</sup> Cour de Cass., Arrêt n° 9181 du 31/1/1974, Bull. des arrêts de la Cour de cassation, 1975, III, p. 31.

<sup>327</sup> Cour de Cass. Arrêt n° 11848 du 17 juin 1985, Bull. C.C. 1985, II, p. 285.

## 1- Objet et origine de la remise

366. En droit tunisien, l'objet de la remise ne semble pas poser les problèmes rencontrés par la doctrine et la jurisprudence comparées<sup>328</sup>. L'article 730 du Code de commerce prévoit, dans son alinéa 1, que « si certaines créances portent, soit, sur des sommes d'argent qui ne sont pas exprimées dans la même monnaie, soit, sur des choses non fongibles entre elles, les correspondants peuvent les faire entrer en compte courant à condition, d'une part, d'inscrire les remises qui en font l'objet dans des chapitres distincts à l'intérieur desquels la fongibilité sera obligatoire et, d'autre part, de stipuler que le compte courant gardera son unité malgré cette division matérielle en plusieurs chapitres... ».

Il apparaît de cet article que le législateur impose l'existence d'un objet fongible pour toutes les créances et donne à cet effet la possibilité d'y arriver par la fusion des créances en un solde unique parce qu'il prévoit, dans le même article, que, « dans ce cas, tous les soldes de ces différents chapitres devront pouvoir être convertis pour être fusionnés à tout moment fixé par les correspondants et, au plus tard, lors de la clôture du compte courant de manière à faire apparaître alors un solde unique ».

<sup>328</sup> Voir, Rives - Lange : Rev. Banque, 1985, p. 1071. V. aussi, Rev. Banque 1986, p. 86, note sous cass. Arrêt du 9 juillet 1985. Cass., Arrêt n° 1996-2006, du 20 octobre 2006, Infos juridiques, 26-27 juin 2007, p. 24. « Un fonctionnaire ne peut avoir de compte courant et la preuve de l'existence de ce compte incombe au banquier ».

367. Toujours est-il que ces remises doivent revêtir les caractéristiques requises pour être admises en compte. Mais faut-il exclure les remises, effectuées au différé ? Nous ne le pensons pas. Ces remises par le fait des conditions de l'article 730 du C.C., constituent de véritables remises puisque, même, si elles ne sont pas exigibles au moment de leur inscription, elles peuvent l'être avant le solde du compte et fusionneront au moment de leur encaissement par le banquier et leur inscription au compte.

Le compte courant, étant un mode de règlement des créanciers, a, désormais, un domaine élargi. Toutes les créances des correspondants peuvent être réglées en compte ; et on ne peut soutenir que seules les créances ayant fait l'objet d'un transfert préalable de propriété peuvent être remises en compte. La seule limite demeure constituée par la convention des parties qui peuvent exclure certaines créances de leur rapport en compte courant.

## 2) Caractéristiques de la remise

368. Selon l'article 728 du C.C., les remises doivent être enchevêtrées. Cet enchevêtrement est confirmé par l'alinéa 2 du même article qui prévoit qu'il n'y aurait pas compte courant « s'il a été stipulé que les remises d'une des parties ne devront commencer que lorsque les remises de l'autre seront terminées ». De la sorte, les remises effectuées par les parties au contrat doivent observer la règle de l'alternance. Mais celle-ci n'est-elle pas la réciprocité ? Au sens de l'article 728 du C.C., il s'agit de

deux conditions distinctes et la Cour de cassation française a, depuis longtemps, consacré l'indépendance de l'enchevêtrement par rapport à la réciprocité<sup>329</sup>.

Toutefois, il demeure certain que ces deux conditions se rapprochent à un tel point qu'elles se confondent. Cette possibilité d'absorption de l'une par l'autre a donné naissance à une appréhension souple par le juge qui se contente de vérifier qu'il y a réciprocité dès lors que la possibilité est ouverte aux parties au contrat de compte courant et qu'elle n'ait pas été «exclue par la convention des parties»<sup>330</sup>.

La réciprocité et l'enchevêtrement permettent, chaque fois que l'une d'elles est vérifiée, de distinguer le compte courant du compte de dépôt. Dans ce dernier cas, le compte sert uniquement à enregistrer les dépôts effectués par le client déposant, alors que, dans le cadre d'un compte courant, on ne peut, grâce aux conditions d'alternance et de réciprocité, arrêter un résultat définitif en cours de fonctionnement du compte. La Cour de cassation a déclaré que « parmi les caractéristiques du compte courant, l'impossibilité de savoir si son résultat est débiteur ou créateur avant sa clôture, comme le prévoit l'article 732 du CC.»<sup>331</sup>.

<sup>329</sup> Cass.Com., Arrêt du 29 février 1984, Bull. civ. IV, n°84, p. 68.

- Cass.Com., Arrêt du 17 décembre 1991, Bull. civ. IV., n°389, p.269, Rapporté, RTD.Com. 1992, p.651 obs. Cabrillac et Teyssie.

<sup>330</sup> Belot : Compte de dépôt et compte courant en matière bancaire, Rev. de jurisprudence commerciale, 1985, p.41.

<sup>331</sup> Cass. Arrêt n°52040 du 4-4-1996, Bull. des arrêts de la C. cass. 1996, p. 34.

Ces remises réciproques permettent, d'ailleurs, de relever une autre caractéristique qui est celle de la possibilité de remises indéfinies en compte courant.

Mais l'absence de remises, ou l'existence de remises effectuées par une seule partie, ne prouve nullement l'existence d'un compte courant même si un contrat d'ouverture a été établi entre le banquier et le client. En droit comparé, un auteur a pu écrire, à ce propos, que « ce n'est donc pas, en définitive, l'absence de remises réciproques que devraient révéler les arrêts qui ont trait à la clôture du compte courant, mais l'absence d'un nombre indéfini de remises »<sup>332</sup>. La Cour de cassation a, depuis longtemps, affirmé que le compte courant ne saurait exister sans la réunion de deux éléments : « l'élément intentionnel et l'élément matériel qui consiste en un ensemble d'opérations enregistrées par le compte »<sup>333</sup> ; l'intention de travailler en compte courant ou l'éventualité de remises n'est donc pas suffisante pour la définition de la relation des parties.

## §2 : L'ENTREE EN COMPTE DES REMISES

**369.** Les remises en compte courant représentent des créances de l'une des parties sur l'autre. Il est utile d'étudier le mode d'entrée en compte de la créance (A) et le moment de son entrée en compte (B).

<sup>332</sup> Rives Lange, *Ouvrage précité*, p. 241.

<sup>333</sup> Cass., Arrêt n°11848 du 17 juin 1985, Bull. des arrêts de la C. Cass., 1985, 11, p.285.

## A- Le mode d'entrée en compte de la créance

370. Les créances faisant partie de la convention d'ouverture du compte courant entrent automatiquement dans le compte à partir de leur remise. La liberté est reconnue aux parties de choisir les créances qui doivent entrer en compte. Ainsi, peuvent-elles en exclure quelques unes à condition que ce soit prévu d'avance. A défaut de précision dans le contrat d'ouverture, le principe est que toutes les créances entrent dans le compte courant en vertu de la règle d'affectation générale des créances.

Les parties peuvent, tout de même, convenir de l'affectation spéciale d'une créance sur la base de l'article 729 du C.C. ; et la volonté de l'une des parties ou des deux à la fois peut servir pour faire entrer en compte une créance qui n'est pas prévue par le contrat de compte courant. En effet, les créances qui ne figurent pas sur le contrat peuvent, du fait de la volonté unilatérale ou bilatérale des correspondants, entrer en compte. Seulement, un problème pourrait se poser ; il consiste à savoir si l'acceptation d'une créance par une partie l'oblige à admettre l'inscription de toutes les créances futures non prévues par le contrat.

## B- Le moment de l'entrée en compte de la créance

371. Lorsque la créance entre en compte (1), elle produit, inévitablement, des effets (2).

## 1- L'entrée en compte de la créance

372. Même lorsque la créance fait partie de celles convenues, elle n'entre en compte que si elle présente les caractères qui lui permettent d'être payée. L'entrée en compte d'une créance emporte sa fusion dans un solde qui peut être payé immédiatement ; et cette fusion ne peut avoir lieu que si la créance est payable. La créance doit donc être certaine, non soumise à aucune condition, car la créance soumise à une condition suspensive ne peut figurer dans le solde disponible du compte.

Certains pensent, en revanche, que la créance soumise à une condition résolutoire peut faire partie du solde à titre provisoire dans la mesure où une rectification du compte est possible ultérieurement<sup>334</sup>. Cependant, dès l'instant où la créance a existé et que son montant a été fixé, elle doit être inscrite au compte et figurer sur celui-ci. Avant son entrée en compte, la créance obéit au principe d'indisponibilité des créances individuelles auquel est joint le régime d'indisponibilité du solde provisoire du compte.

## 2- Les effets de l'entrée en compte des créances

373. L'entrée en compte se concrétise par l'incorporation de la créance au solde du compte ; et de ce fait, les créances

<sup>334</sup> Rives-Lange, *Ouvrage précité*, p. 219.

- Hamel : *op. cit.*, T. 1, n°356.

disparaissent et se trouvent remplacées par un solde disponible. Aux termes de l'article 729 alinéa 1 du C.C., « toutes les créances résultant des relations d'affaires des correspondants et qui ne sont pas garanties par des sûretés légales ou conventionnelles font, de plein droit, l'objet de remises en compte courant... ». Les créances réciproques sont, ainsi, éteintes, à l'exclusion de celles spécialement créées pour servir de garanties, et perdent leur individualité ce qui donne naissance à une novation quelque peu particulière<sup>335</sup>.

En matière de novation, la création d'un nouveau droit est la cause essentielle de l'extinction du droit ancien. C'est ce que prévoient l'article 737 du C.C., qui dispose que « les créances entrant en compte cessent d'être soumises aux règles qui leur sont propres en matière de prescription et d'intérêts », et l'article 735 du même code selon lequel, «... l'effet de la sûreté attachée originairement à une créance entrée en compte courant est reporté à due concurrence sur le solde éventuel de ce compte, sans égard aux variations pouvant survenir dans la position dudit compte jusqu'à sa clôture ».

La novation peut être avancée comme un fondement de l'extinction de la créance remise en compte, d'autant plus que l'article 357 du C.O.C. prévoit que « la novation est l'extinction d'une obligation par la création d'une autre obligation qui remplace la première ». Certes, il y a un effet extinctif qui se

<sup>335</sup> Cour d'appel de Tunis, Arrêt n°55015 du 12 décembre 1988, R.J.L. 1989, p.96.

produit en matière de compte courant, mais il n'y a pas, à vrai dire, naissance d'une nouvelle obligation ; ce qui rend la novation en matière de remise en compte courant assez particulière.

La remise entraîne pour la créance la perte de son caractère ; les intérêts de retard cessent, ainsi, d'être dus et la prescription n'atteint plus les créances qui sont passées en compte. De même, par la remise, les actions attachées aux créances originaires disparaissent dans le sens où la créance passée en compte ne peut plus faire l'objet d'action de recouvrement individuelle.

**374.** Il est loisible de penser que lorsque la créance entre en compte, elle peut être analysée comme un paiement de cette créance. Cependant, il ne peut s'agir d'un paiement libératoire mais, plutôt, d'une transformation d'exigibilité puisque le droit du créancier est reporté sur le solde du compte courant.

De ce fait, des conséquences doivent être tirées :

D'abord, en vertu de la règle de l'indivisibilité du compte courant, les articles du compte ne peuvent plus être distingués par leur individualité. Les créances perdent leur autonomie et forment un tout indivisible<sup>336</sup>. Pour la Cour de cassation, cela constitue une caractéristique du compte courant. Elle a déclaré

<sup>336</sup> Gavalda et Stoufflet : *Ouvrage précité*, p. 140 et suivantes.

Thérèse - Rives- Lange : *Le compte courant en droit français*, Sirey, Paris, 1969 ; Vasseur et Marin : *Ouvrage précité*, n°255.

que parmi les éléments déterminants du compte courant, «l'impossibilité de savoir si son résultat est débiteur ou créditeur avant sa clôture comme le prévoit l'article 731 du C.C. »<sup>337</sup>.

A cet égard, il est utile de préciser que la cour de cassation a déclaré que le compte courant constitue une unité d'opérations inscrites comme l'exige l'article 731 du C.C. Le titulaire du compte ne peut, de ce fait, discuter séparément les éléments du compte et cela en vertu du principe de l'indivisibilité du compte courant<sup>338</sup>.

Il est, toutefois, utile de préciser que seules entrent en compte les créances qui ne sont pas garanties par des sûretés réelles. Celles-ci peuvent, cependant, entrer en compte si la convention des parties le prévoit, sinon, c'est la solution de l'article 735 du C.C. qui s'applique et la sûreté attachée à la créance remise trouve son effet reporté.

L'indivisibilité du compte courant est prévue indirectement par le législateur tunisien à l'occasion de la définition du compte courant qui repose sur cette idée. C'est ce que prévoit l'article 728 du C.C. qui affirme que : «... et de substituer, ainsi, à des règlements particuliers et successifs de ces opérations un règlement unique devant porter sur le solde du compte lors de sa clôture ». L'article 736 du C.C. consacre aussi ce principe à travers l'admission d'une de ses conséquences, à

<sup>337</sup> Cour de cassation, Arrêt n°51040 du 4 Avril 1996, Bull. des arrêts de la Cour de cassation 1996, p. 34.

<sup>338</sup> Cass., n° 73322-2012 du 10 octobre 2013, *Inédit*.

savoir qu'aucun paiement séparé n'est concevable et qu'aucune remise ne peut être considérée comme le paiement d'une remise faite en sens inverse. Le compte courant est un tout indivisible qu'on ne peut décomposer, ni scinder. Il en découle qu'il n'y a point d'exigibilité immédiate et qu'il y a un avoir d'une partie sur l'autre.

La Cour de cassation a même affirmé que tant que « la relation des parties se poursuit et que le compte enregistre des opérations de débit et de crédit réciproques, la banque n'a pas le droit d'agir contre son client pour se faire payer séparément sur l'un des articles du compte »<sup>339</sup>. Ce solde provisoire n'est pas exigible parce que le règlement du compte est différé pour la clôture, et ce report d'exigibilité peut expliquer l'absence de prescription du solde provisoire ; et il a même été affirmé qu'une remise pendant la période suspecte n'est pas un paiement et qu'elle est inopposable à la masse des créanciers<sup>340</sup>.

**375.** Le solde provisoire peut permettre de dégager un crédit en faveur de l'une des parties et un débit à la charge de l'autre. Il constitue, tout de même, un avoir pour la partie créditrice. Cette idée a été consacrée par le législateur dans l'article 733 du C.C. qui prévoit que, « sauf convention contraire, chaque correspondant à la libre disposition à tout moment du crédit que la position du compte fait apparaître en sa faveur ».

<sup>339</sup> Cass., Arrêt n°5308 du 3 février 1982, Bull. des arrêts de la Cour de cassation, 1982, p. 278.

<sup>340</sup> Cass., 25 novembre 1974, R.T.D.Com., 1975, p. 572 obs. Cabrillac.

Cette disponibilité du solde provisoire permet à la partie créditrice d'émettre des effets de commerce dont le solde dégagé provisoirement constitue la provision valable. Mais il reste que ce principe de disponibilité pose le problème de la saisissabilité du solde du compte courant.

Alors que la question a été tranchée en France par la Cour de cassation après un long débat doctrinal et des hésitations jurisprudentielles, le législateur a pris une nette position depuis longtemps en Tunisie<sup>341</sup>. L'article 739 du code de commerce dispose, en termes on ne peut plus clairs, que « la saisie - arrêt d'un compte courant est possible à tout moment sur la position créditrice de ce compte, selon la procédure de droit commun ».

Il est donc certain que la position du législateur est incompatible avec le principe d'indivisibilité du compte courant qui affirme que la créance n'est constituée qu'au moment du solde définitif. Mais, en tout état de cause, la saisie du compte courant demeure incontestable en droit tunisien et la pratique prouve qu'elle est, non seulement, très usitée, mais beaucoup appréciée car d'une grande efficacité. Cette saisie est effectuée en vertu des articles 330 et suivants du code de procédure civile et commerciale relatifs aux saisies - arrêts ; et l'effet de surprise lui donne un intérêt certain.

<sup>341</sup> Vasseur et Marin, *Ouvrage précité*, T. 1, n°267 et suivantes ; M. Th. Rives-Lange : Le compte courant, p. 153.

Rives-Lange : La saisissabilité du compte courant, D. 1974, Ch. 102.

Cass. Fr., Arrêt du 13 novembre 1973, Rev. Banque, 1974, p. 311, obs. L.M. Martin ; G. P. Ars ; 1974, note Blancher.

Cette position peut paraître choquante puisque la Cour de cassation reconnaît que « parmi les caractéristiques du compte courant, l'impossibilité de savoir si son résultat est débiteur ou créateur avant sa clôture »<sup>342</sup>. Mais cette règle, déjà prévue par l'article 732 du C.C. avant sa modification, ne doit pas constituer un obstacle devant les créanciers du client titulaire du compte courant pour se faire payer. Encore est-il utile de préciser que la saisie du solde provisoire ne peut en aucun cas geler le fonctionnement du compte, car le législateur permet, dans le code de procédure civile et commerciale, au banquier de cantonner la saisie à concurrence de la somme due au saisissant ; ce qui laisse au saisi la possibilité de faire fonctionner son compte et de gérer ses affaires.

La saisie - arrêt pratiquée sur le compte ne correspondant nullement à une clôture du compte, la Cour de cassation a depuis longtemps affirmé le principe selon lequel « le compte courant continue de remplir sa fonction jusqu'à la date de sa clôture, même si celle-ci intervient après le décès de son titulaire »<sup>343</sup>.

376. Les sommes remises par le client en compte courant produisent des intérêts qui obéissent, de plein droit, aux taux convenus par les parties ou selon les taux pratiqués et fixés périodiquement par la Banque Centrale de Tunisie. Ces taux commencent à courir à partir de la date de la constatation de la

<sup>342</sup> Cour de cassation, Arrêt n°51040 du 4 avril 1996, Bull. des arrêts de la Cour de cassation, 1996, p. 34.

<sup>343</sup> Cour de cassation, Arrêt n°6829 du 25 juin 1970, RJL, 1971, p. 282.

remise. La Cour de cassation a depuis 1965 consacré le principe de rémunération des remises en compte. Aussi a-t-elle décidé que « le titulaire du compte courant a le droit de demander les intérêts produits par ses dépôts conformément aux articles 728 et 734 du Code de commerce... »<sup>344</sup>.

Ces intérêts sont calculés périodiquement selon l'accord des parties inséré dans le contrat d'ouverture du compte courant. Si rien n'a été prévu par les parties, l'article 1098 du C.O.C. prévoit « qu'ils peuvent être calculés au mois ». Mais ces intérêts peuvent-ils être capitalisés ; en d'autres termes produisent-ils des intérêts ?

Le premier paragraphe de l'article 1099 du C.O.C. prévoit que « les intérêts non payés peuvent être capitalisés avec la somme principale et seront productifs d'intérêts si les parties l'ont prévu par écrit ».

Toutefois, en matière de compte courant, la solution dégagée dans le premier paragraphe ci-dessus est aménagée par le dernier alinéa du même article 1099 qui énonce que, « contrairement aux dispositions du premier paragraphe et en matière de compte courant, les intérêts non payés sont capitalisés avec la somme principale et seront productifs eux mêmes d'intérêts tout en respectant les délais qu'exige l'usage et ce, jusqu'à la clôture du compte à moins qu'il n'y ait une stipulation contraire ». Le principe est donc que la capitalisation des intérêts

<sup>344</sup> Cour de cassation, Arrêt n°25218 du 2 mars 1965, RJL, 1969, p. 321.

est de droit et que les prévisions des parties ne sont valables que pour la fixation du délai dans lequel doit jouer cette capitalisation qui ne peut être éternelle.

377. L'effet novatoire peut être paralysé dans certains cas. En effet, certaines créances sont nulles ou sont passées en compte par erreur et une contre-passation est, ainsi, nécessaire. L'article 740 du C.C. consacre cette possibilité au banquier qui peut, « même après la faillite du remettant, contre-passer » les effets qui lui ont été remis. La contre-passation permet au banquier de porter au débit du compte du client qui a été crédité, le montant des effets qui n'ont pas été payés, augmentés des frais et des intérêts.

La doctrine actuelle estime que l'opération de contre-passation est un recours de change exercé par le banquier porteur d'un effet dont il n'a pu recouvrer le montant ; alors que, depuis son arrêt du 11 mars 1970, la Cour de cassation française considère la contre-passation comme, simplement, un « droit de remboursement »<sup>345</sup>. En réalité, la qualification retenue par cet arrêt répond mieux à la nature de l'opération, car le banquier peut se faire remettre par son client des effets de commerce, des créances de droit commun ; de même que la contre-passation peut être la suite du retrait d'effet, c'est-à-dire, qu'elle est effectuée après la résiliation du contrat d'escompte.

<sup>345</sup> Voir Gavalda et Stoufflet : *Ouvrage précité*.  
Cass. française, Arrêt du 11 mars 1970, J.C.P. 1970, 16490, obs. J.L.Rives - Lange.

L'article 740 du C.C. prévoit que « le banquier peut contre-passer » ; ce qui affirme l'existence d'une option au profit de celui-ci. Aussi, peut-il choisir entre les recours cambiaires quand il s'agit d'effets de commerce ou la renonciation à ceux-ci, et dans ce cas, il est tenu de remettre les effets au client remettant. S'il choisit de contre-passer le montant des effets, le banquier doit aussi remettre les effets au client, car la contre-passation équivaut à un paiement. S'il ne remet pas les effets, il peut être considéré comme ayant l'intention de se faire payer deux fois.

L'option résulte de l'attitude du banquier suite aux recours qu'il a engagés. La contre-passation est exercée à l'échéance de l'effet et dans un délai raisonnable. L'article 740 alinéa deux du code de commerce considère que toute convention contraire est nulle en cas de faillite du remettant.

Le tribunal de première instance de Tunis a jugé que «lorsque le banquier s'est fait remettre par un client titulaire d'un compte courant des lettres de change par endossement en vue de les escompter, il demeure libre de choisir entre engager les recours cambiaires à l'encontre de tous les signataires des effets ou de contre-passer par leur inscription dans la rubrique concernée du compte du client »<sup>346</sup>.

<sup>346</sup> Tribunal de première instance de Tunis, Jugement n°1024, du 17-3-1964, R.J.L., 1964, p.780.

La jurisprudence française estime que cette option est irrévocable, c'est-à-dire, que lorsque le banquier a choisi de contre-passer l'effet, il ne peut plus se rétracter ; et a même décidé que l'écriture rectificative ne peut équivaloir à une contre-passation, car celle-ci constitue un acte juridique dépendant de la seule volonté du banquier<sup>347</sup>.

378. Le compte courant peut fonctionner à découvert, ce qui pose le problème de détermination de la limite de celui-ci, d'une part, et de la fixation du client titulaire du compte quant au maintien de découvert, d'autre part. Comme il a été démontré à l'occasion de l'étude de l'ouverture du crédit, le client qui ne dispose pas d'une convention avec le banquier, peut souffrir de la situation incertaine dans laquelle il peut se trouver, puisque le banquier peut, à tout moment, mettre fin à cette « tolérance ».

Un certain formalisme doit être observé dans ce cas. Depuis la circulaire de la Banque Centrale de Tunisie n°78-05 du 6 janvier 1978, il est recommandé aux banques de notifier par écrit les crédits par découvert consentis à leurs clients.

Les banquiers doivent établir par écrit les conditions dans lesquelles elles entendent accorder des découverts dans le cadre du compte courant ouvert à leurs clients. L'écrit doit préciser le montant du découvert, les conditions de son utilisation ainsi que les conditions de son renouvellement. La dite circulaire ajoute, même, que la révocation des découverts doit être faite après un

<sup>347</sup> Montpellier, 11 février 1964, J.C.P. 1964, 13643, note Rivers-Lange.

préavis de huit jours adressé au client bénéficiaire par lettre recommandée avec accusé de réception.

La Cour de cassation s'est référée aux conditions de cette circulaire et a déclaré « qu'après la publication des dispositions de la circulaire de la Banque Centrale de Tunisie, les conventions verbales prises dans le cadre d'un compte courant n'engagent plus les banques et qu'en l'espèce, l'inculpé (il était question d'émission de chèques sans provision) ne peut plus se prévaloir de l'absence de notification de la révocation du découvert »<sup>348</sup>. Il est, ainsi, établi que la tolérance du banquier accordée sous forme de découvert dans le cadre d'un compte courant n'engage point le banquier qui demeure libre de se rétracter à tout moment et sans besoin de préavis.

### SECTION III : LA CLOTURE DU COMPTE COURANT

379. La clôture constitue la fin de la convention de compte courant. Cette fin ne coïncide pas toujours avec la liquidation effective et le règlement des comptes qui peuvent être reportés dans le temps. La lecture de l'article 732 du C.C. impose l'étude des causes de clôture du compte courant (§1) et de ses effets (§2).

<sup>348</sup> Cass., Ch. Correctionnelle, Arrêt n°6981, Mai 1983, Bull. des arrêts de la Cour de cassation, 1984.

### §1 : LES CAUSES DE CLOTURE DU COMPTE COURANT

380. Les causes de clôture du compte courant varient selon qu'il est ouvert à durée déterminée ou à durée indéterminée.

Dans le premier cas, le compte courant est clos par l'arrivée du terme, conformément à l'article 732 du C.C. modifié par la loi du 28 avril 2016 relative aux procédures collectives, ou par anticipation en cas d'accord des parties. Ce n'est là qu'une application pure et simple de l'article 242 du C.O.C. qui prévoit que la convention constitue la loi entre les parties qui l'ont passée.

Selon certains, le terme ne semble pas être appliqué à la convention de compte courant mais au recouvrement du solde. Dès lors, la présence d'un terme ne s'oppose pas, en principe, à la clôture du compte<sup>349</sup>. Il en découle que la banque serait responsable au cas où elle procéderait à la Clôture de compte courant avant l'arrivée du terme ou la survenance de l'un des événements prévus par l'al.3 de l'article 732 du C.C. récemment modifié. Mais en pratique, on remarque qu'il est rare que les banques ouvrent des comptes courants à durée fixe et ceci pour garder la liberté de clôturer le compte courant<sup>350</sup>.

<sup>349</sup> Besrou (N), Responsabilité de la banque en cas de clôture du compte courant R.T.D. 1986.

<sup>350</sup> Besrou : précité.

Dans la seconde hypothèse, celle où le compte courant est à durée indéterminée, et qui est la plus fréquente<sup>351</sup>, le compte courant est clos par l'effet de la volonté de rupture unilatérale de l'un des correspondants, sous réserve de respecter un<sup>352</sup> délai de préavis convenu ou déterminé par l'usage (art. 732 al.1). Ainsi, la volonté unilatérale de l'une des parties suffit à clôturer le compte. Cette clôture volontaire trouve son fondement dans la théorie classique qui prévoit la liberté de résilier le contrat à durée indéterminée à tout moment par l'une des parties.

Mais il est difficile de déterminer le délai de préavis en se référant à l'usage ; et le législateur aurait pu éviter les controverses en prévoyant le même délai prévu pour la révocation de l'ouverture de crédit, c'est-à-dire, huit jours, vu le lien entre le compte courant et l'ouverture du crédit.

Ce droit de résiliation, accordé d'une manière égalitaire aux parties, cache plusieurs dangers du moment où ce droit est, dans presque la quasi-totalité des cas, utilisé par la banque qui représente la partie économiquement la plus forte. Pour cela, le préavis de clôture ainsi que les formes qui doivent l'entourer posent un problème des plus épineux. Hormis le cas du décès du client, l'article 732 du C.C., même dans sa nouvelle version, prévoit que le compte courant «ouvert sans détermination de durée» peut être clôturé par la volonté des parties, à charge pour elles, de respecter les délais de préavis préalablement fixés,

<sup>351</sup> *Idem.*

<sup>352</sup> *Ibidem.*

sinon, observer les délais d'usage, avec la précision que la Cour de cassation a depuis longtemps affirmé que le compte courant peut fonctionner entre les correspondants même après le décès de l'un des associés et n'est clôturé que par la volonté expresse de l'une des parties<sup>353</sup>.

Il est aussi nécessaire de préciser que la jurisprudence tunisienne a entrepris une distinction fondamentale entre le compte courant et le compte de dépôt. De ce fait, les juges du fond ont toujours contrôlé les formalités de clôture du compte courant et exigé, dans le cas du compte courant ouvert pour une durée indéterminée, que soit observée la condition relative au préavis de clôture du compte<sup>354</sup>. Un délai d'usage égal à huit jours est consacré par la pratique bancaire et la volonté de mettre fin au contrat de compte courant est signifiée soit par lettre recommandée, soit par exploit d'huissier.

C'est ainsi que le tribunal de première instance de Tunis a pu juger que le préavis de clôture d'un compte courant adressé aux titulaires du compte à leur adresse habituelle, ne peut être considéré comme régulièrement fait dans la mesure où, les titulaires du compte avaient élu domicile dans une autre adresse au moment de l'ouverture du compte courant clôturé<sup>355</sup>.

<sup>353</sup> Cass., Arrêt n° 6829 du 25 juin 1970, RJL, 1971, p. 282.

<sup>354</sup> V., Tribunal de première instance de Tunis, Jugement n° 28031 du 2/1/1996, *Inédit.*

<sup>355</sup> Tribunal de première instance de Tunis, Jugement n° 7965 du 28/6/2004, *Inédit.*

Le préavis, qui peut être considéré comme une mise en demeure, constitue un avertissement envoyé au titulaire du compte afin, non seulement de prendre les dispositions adéquates pour ne plus émettre de chèques ou ne plus compter sur le concours du banquier, mais aussi pour établir les provisions nécessaires pour couvrir son solde débiteur.

Toutefois, par un arrêt du 27 février 2001, la Cour de cassation a mis fin à une longue polémique sur la nécessité du préavis de clôture du compte courant en déclarant que «le législateur n'a prévu aucune sanction dans l'article 732 du C.C. pour la clôture du compte courant de la part du banquier sans préavis préalablement adressé au titulaire du compte ; le banquier exerçant son droit au paiement et le débiteur, étant en connaissance du débit enregistré par son compte, s'était engagé auparavant à payer le banquier»<sup>356</sup>.

L'article 732 du C.C., même après sa modification par la loi d'avril 2016 prévoyant le préavis avant la clôture du compte courant, ne prévoit pas de sanctions pour le défaut du préavis, ce qui ôte toute utilité à cette exigence, d'autant plus que le délai d'usage imposé est très court et ne permet pas au titulaire du compte courant de faire face, dans ce laps de temps, à des sommes souvent très élevées. Désormais, nous sommes loin du principe dégagé par la cour de cassation depuis son arrêt du 8

<sup>356</sup> Cass, Arrêt n° 73362 du 27/2/2001, Bull. des arrêts de la Cour de cassation, 2001, II, p. 112. Cet arrêt va dans le sens de la position prise par la cour d'appel de Tunis dans son arrêt n° 22353 du 11 octobre 1995.

mars 1982 dans lequel elle affirmait le droit du titulaire d'un compte courant abusivement clôturé parce que sans préavis à se retourner contre le banquier en réparation des dommages subis par ce fait.

**381.** En outre, l'article 732 du C.C. prévoit que le compte courant est clôturé par le décès de son titulaire. Cette cause est, certes, fondée sur le caractère *intuitu personae* du compte courant, mais les héritiers du défunt peuvent-ils continuer à faire fonctionner le compte ?

Un arrêt de la cour d'appel de Saigon l'a admis depuis 1952 et une partie de la doctrine française estime que les héritiers d'un commerçant peuvent continuer l'exploitation commerciale<sup>357</sup>. Mais cette position a été vivement critiquée, car la poursuite de l'exploitation commerciale aboutirait à la reconnaissance de la personnalité juridique au fonds de commerce. C'est la raison pour laquelle nous estimons, tout de même, que le compte courant, dont le titulaire est une personne physique, doit être clôturé par le décès de cette dernière. Le banquier a toute la liberté de choisir son client et, sauf certaines considérations, il ne peut être tenu de continuer avec ses héritiers après le décès du titulaire, même, si l'on affirme que l'héritier continue la personne de son auteur<sup>358</sup>.

<sup>357</sup> Cour d'appel de Saigon, Arrêt du 26 décembre 1952, RTD.Com., 1953, p. 715, obs., Bequé et Canillac - Rives-Lange : *Ouvrage précité*, p. 266.

<sup>358</sup> La Cour de cassation semble admettre la continuation du contrat de compte courant après le décès de son titulaire en affirmant que le compte ne peut être

**382.** La faillite du titulaire du compte courant, commerçant, et la déclaration du titulaire, non commerçant, en déconfiture, mettent fin au fonctionnement du compte courant. Il ne suffit pas que la cessation des paiements ou l'endettement aient été révélés, mais un jugement déclarant cet état doit être rendu.

**383.** L'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou le dépôt d'une demande de règlement amiable, même s'ils ne sont pas prévus par l'article 732 du C.C. modifié par la loi du 29 avril 2016 relative aux procédures collectives, ne représentent pas des cas de clôture du compte courant. En effet, l'article 451 de la loi du 29 Avril 2016 sus-indiquée prévoit le principe selon lequel les contrats en cours sont continués. L'idée est que le compte courant, étant un instrument économique important pour le redressement de l'entreprise, doit continuer de fonctionner tout au long de la procédure, puisque des paiements en compte courant et des crédits peuvent être accordés à l'entreprise objet du redressement. En plus, les rapports personnels et de confiance liant le commerçant en redressement à son banquier ne sont pas pour autant ébranlés. Mais ce principe de continuation n'a pas, tout de même, la même rigueur. S'il est certain que le contrat s'impose au banquier, le titulaire du compte ou l'administrateur judiciaire peut y mettre fin.

---

clôturé que par le préavis prévu par l'article 732 du C.C., Arrêt n° 6829, du 25 juin 1970, RJL, 1971, p. 282.

A l'occasion de la loi n° 36-2016 du 29 avril 2016, relative aux procédures collectives, le législateur a été attentif à l'anachronisme des dispositions de l'article 732 du code de commerce qui évoquait, avant cette loi, le concordat préventif.

Ce dernier a été supprimé depuis la loi du 17 avril 1995 relative au redressement des entreprises en difficultés économiques, mais l'article 732 du code de commerce est resté inchangé.

Aussi le législateur a-t-il tenu à mettre à jour l'article 732 du code de commerce et à remplacer le « concordat préventif » par le terme « Issar ». Cependant, il nous semble que les problèmes ne sont pas pour autant résolus ; « Al Issar » pouvant avoir pour signification l'insolvabilité du titulaire du compte. Or, l'insolvabilité est un simple gêne momentané ; et comment admettre alors la clôture du compte à cause d'une difficulté passagère ?

Nous estimons que le terme employé est impropre ; et le banquier ne peut clôturer le compte que lorsque le client, titulaire du compte, est en état notoire de cessation des paiements.

**384.** L'interdiction, en revanche, est une cause d'extinction du contrat de compte courant. Pour déterminer ces cas, il faut se référer aux articles de 160 à 170 du code du statut personnel et à l'article 30 du code pénal relatif à l'emprisonnement pour une période de dix ans pour un crime commis.

## §2 : LES EFFETS DE LA CLOTURE DU COMPTE COURANT

**385.** Les créances portées au différé du compte courant doivent, du fait de la clôture du compte, entrer en compte dans la mesure où le maintien des droits acquis par chaque correspondant nécessite qu'elles soient comprises dans une liquidation commune avec le solde. De cette affirmation découlent certaines conséquences.

D'abord, un droit de compensation des créances du différé avec le solde provisoire est né.

Ensuite, le banquier peut procéder à la contre-passation des effets escomptés avant la clôture du compte dont l'échéance est fixée avant la clôture mais dont le sort n'a été connu qu'après.

Enfin, et conformément à l'article 732 du C.C., le banquier peut inscrire en compte les créances provenant des remises à l'encaissement effectuées avant la clôture du compte.

**386.** La clôture du compte courant a aussi pour conséquence de mettre un terme à l'effet novatoire des créances remises en compte puisqu'il n'y a plus de projection des relations entre les correspondants dans l'avenir. De ce fait, on ne peut plus parler de solde disponible. Ainsi, dans le cadre du compte courant, c'est, en définitive, la fin de la convention de compte courant qui explique l'absence d'effet novatoire après clôture.

La formation du solde définitif par la voie de la compensation successive est l'effet le plus important

qu'engendre la clôture du compte courant. Le solde est établi par le jeu des compensations effectuées sur la dernière remise<sup>359</sup>.

L'article 732 al. 4 du C.C. met en relief cet effet en disposant que «la clôture du compte courant transforme en solde la position du compte existant au jour de cette clôture». Le solde, ainsi déterminé, peut être créateur ou débiteur. Lorsqu'il est créateur, il constitue la créance de l'une des parties sur l'autre. Ce solde est immédiatement exigible, sauf convention contraire des parties ou lorsque certaines opérations sont encore en cours, leur exigibilité restant alors suspendue jusqu'à ce qu'elle soit terminée.

**387.** A la clôture du compte, le solde devient une créance régie par les règles de droit commun. Ainsi, s'il est créateur, ce solde peut faire l'objet d'une saisie-arrêt. De même, et conformément à l'article 737 al. 2 du C.C., la prescription du solde du compte courant est celle prévue par le droit commun, c'est-à-dire la prescription de 15 ans en application de l'article 402 du C.O.C.

Relativement aux intérêts du solde, l'article 1099 du C.O.C. prévoit que, dans le cadre du compte courant, les intérêts qui n'ont pas été payés peuvent être «capitalisés avec la somme

<sup>359</sup> M. Thérèse Rives-Lange : « Le solde est appelé définitif en comparaison avec le solde provisoire », *op. cit.*, p. 164.

principale et seront eux-mêmes productifs d'intérêts» et ce, jusqu'à la clôture du compte courant<sup>360</sup>.

388. Il reste que, concernant les effets de la contre-passation, en cas de faillite du remettant, une distinction doit être faite. Si le solde est créditeur au profit du remettant en état de faillite et après que la contre-passation soit faite, le banquier est alors tenu, par application de l'article 741 du C.Com., de restituer les effets contre-passés au remettant. Mais, si le solde s'avère débiteur après la contre-passation, le banquier récepteur conserve les effets quelle qu'en soit la date d'échéance, déclare l'article 741 du C.Com., et bénéficie, même, d'un cumul pour le recouvrement de sa créance.

Il est, ainsi, possible au banquier d'exercer les recours permis grâce aux droits et sûretés attachés aux effets qu'il a contre-passés, contre tous les signataires et les coobligés de ces effets selon les règles du droit cambiaire et produire à la faillite en vertu du solde débiteur révélé après l'opération de contre-passation.

Cependant, le législateur a prévu dans l'article 742 du C.C. une limite à cette possibilité de cumul. D'abord, le cumul ne doit pas permettre au banquier de bénéficier de sommes

<sup>360</sup> Tribunal de première instance de Grombalia, Jugement n° 32008, du 27 octobre 2008, Rev. Info. Juridique, n° 63/62 janvier 2009, p. 27, avec les commentaires de Taoufik Ben Nasr : « Les intérêts débiteurs s'arrêtent de courir à la date de la dernière opération enregistrée par le compte ». Il y aurait ainsi deux clôtures, l'une est légale et l'autre est judiciaire.

supérieures à ce que doit le remettant. Ensuite, si « la balance du compte est, telle, au jour de la faillite, que le solde du compte soit déjà débiteur à la charge du remettant avant la contre-passation des effets, le récepteur ne peut recevoir, par suite du cumul prévu au même article, une somme totale supérieure au montant contre-passé, augmenté du dividende calculé sur le solde débiteur du compte avant contre-passation, son droit à dividende dans la faillite du remettant se trouvant réduit de plein droit en conséquence ». Force est de constater que le droit tunisien est muet sur le problème du cours des intérêts. L'article 737 du C.C. ne s'applique que dans le cadre du fonctionnement du compte. Après la clôture de celui-ci, il n'y a point de solution légale.

Quant à la jurisprudence, elle est hésitante et son examen révèle l'existence de deux positions<sup>361</sup>.

Une première position peut être retenue à partir de l'arrêt de la Cour d'appel de Tunis du 30 novembre 1988 dans lequel la dite cour estime que les intérêts commencent à courir à partir du premier jour suivant la clôture et sans besoin de mettre en demeure le titulaire du compte<sup>362</sup>. La seconde position est celle développée par la Cour d'appel de Sousse qui, dans son arrêt du 18 avril 1994, a jugé que les intérêts ne commencent à courir que depuis la date de la mise en demeure du débiteur<sup>363</sup>.

<sup>361</sup> Cour de Cass. n° 2387, du 22/1/1992, Bull. des arrêts de la Cour de cass., 92, p. 266. « La capitalisation des intérêts est possible dans le cadre de l'article 737 C.C. ».

<sup>362</sup> Cour d'appel de Tunis, Arrêt n° 80804, du 30/11/1988, RJL, 1993, p. 108.

<sup>363</sup> Cour d'appel de Sousse, Arrêt n° 20339, du 18 avril 1994, *Inédit*.

389. La clôture du compte permet, après la période de liquidation, au créancier d'agir contre son correspondant en paiement du solde du compte. Aux termes de l'article 732 du C.C. dernier paragraphe, «la clôture du compte courant transforme en solde la position du compte...; et ce solde est immédiatement exigible...»<sup>364</sup>.

A cet instant, se pose le problème de la validité des sûretés consenties ainsi que celui de leur opposabilité. Le solde du compte peut être garanti par des sûretés avancées soit à l'occasion de l'ouverture du compte, soit en cours de fonctionnement de ce même compte.

Si la sûreté a été constituée au cours de la période suspecte pour garantir un solde qui s'avère débiteur à la clôture du compte, elle est déclarée inopposable à la masse des créanciers et ce, en vertu des articles 728 al. 1. et 462 du C.C.

L'article 738 al.1 du même code ajoute une autre hypothèse d'inopposabilité, à savoir le fait de constituer une sûreté alors que la position du compte est débitrice à la charge du correspondant qui a consenti la sûreté. Cette disposition semble être fondée sur une présomption de mauvaise foi du correspondant intéressé. Mais, si la dite sûreté excède le solde débiteur, elle est déclarée par l'article 738 al.2 du C.Com. opposable à la masse pour l'excédent, à moins que le banquier en

<sup>364</sup> Cour de Cass., Arrêt n° 48203 du 27 Janvier 1998, Bull. C.C., 1998, II, p.211.

acceptant la sûreté n'ait eu connaissance de la cessation des paiements de son correspondant.

Lorsque le compte courant est clôturé suite à l'un des évènements ci-dessus indiqués, le solde devient exigible<sup>365</sup>. Chacune des parties peut en demander le règlement. Selon la cour de cassation, le débiteur est tenu de payer le solde débiteur à sa charge s'il n'a pas contesté les articles du compte<sup>366</sup>; et lorsqu'il a été mis en demeure, le débiteur, régulièrement saisi, doit payer le solde du compte.

Cependant, alors que le solde arrêté encourt la prescription de droit commun, le solde provisoire est imprescriptible, car il ne peut, en aucun cas, constituer une dette définitive et exigible. Après la clôture, aucune opération ne peut être portée ou inscrite sur le compte sauf les créances remises avant la clôture et dont le sort a été connu après la clôture du compte<sup>367</sup>.

<sup>365</sup> Cour de Cass., Arrêt n° 11236 du 15 Avril 1985, Bull. C.C., 1986, I, p. 106.  
- Cour de Cass., Arrêt n° 11424 du 4 novembre 1985, Bull. C.C., 1986, II, p. 175.

<sup>366</sup> Cour de Cass., Arrêt n° 7425 du 14 Mars 1983, Bull. C.C., 1984, I, p.126.

<sup>367</sup> Cours de Cass., Arrêt n° 48203 du 27 janvier 1998, Bull. C.C., 1998, II, p.211.

## CHAPITRE II

### LE COMPTE DE DÉPÔT

**390.** Il est de l'essence même de l'activité du banquier de recevoir des dépôts de la part de sa clientèle. Cette fonction de dépositaire assumée par la banque distingue l'établissement bancaire des autres établissements de crédit tels les sociétés de leasing et les institutions d'affacturage. L'étude du compte de dépôt passe par l'examen de sa nature juridique (**Section I**) et de son régime juridique (**Section II**).

#### SECTION I : LA NATURE JURIDIQUE DU COMPTE DE DÉPÔT

**391.** La nature juridique du compte de dépôt ne peut être analysée qu'à travers les mécanismes du droit commun des contrats. Mais si le compte de dépôt présente l'apparence d'un contrat (§1), il ne faut pas oublier qu'il peut cacher des particularités en tant que technique de droit bancaire ; ce qui, en fait, un contrat spécifique (§ 2).

##### § 1 : LE COMPTE DE DEPOT EST UN CONTRAT

**392.** L'article 670 du C.C. ne donne pas de définition du compte de dépôt et se contente de disposer qu'il est un contrat. Le recours à la doctrine comparée permet d'affirmer que cette dernière n'insiste pas sur le caractère contractuel de ce compte ; et, bien au contraire, le compte de dépôt est individualisé par

rapport au volume des dépôts et des retraits effectués sur la base du dépôt initial<sup>368</sup>. Etant un contrat, le compte de dépôt doit obéir à toutes les conditions requises pour la formation et la validité des contrats.

393. Ainsi, l'ouverture d'un compte de dépôt requiert le consentement des deux parties en cause qui sont le client déposant et la banque dépositaire. Cet échange de consentements implique que le banquier n'est pas obligé d'accepter tous les dépôts présentés par le client et garde l'entière liberté de refuser de contracter avec un client qui ne lui inspirerait pas confiance. Le banquier peut choisir sa clientèle et ceci explique le caractère intuitu personae du contrat d'ouverture du compte de dépôt. En effet, l'ouverture d'un compte de dépôt peut donner lieu à la délivrance d'un carnet de chèque ou d'une carte bancaire et même des deux à la fois. La mauvaise utilisation de ces moyens de paiement et de retrait peut être préjudiciable à la banque et aux tiers.

Il est, toutefois, utile de remarquer que le banquier est non seulement en droit de sélectionner ses clients mais qu'il se trouve aussi dans l'obligation de surveiller l'origine des fonds déposés.

Dans ce but, a été publiée la loi organique n° 2015-26 du 7 août 2015 relative à la lutte contre le terrorisme et à la répression du blanchiment d'argent, qui prévoit qu'est puni

<sup>368</sup> Rives-Lange et Contamine Raynaud : *préc.*, p. 262.  
- Bonneau, *op. cit.*, p. 211.

d'emprisonnement, toute personne qui dissimule directement ou indirectement la véritable origine des biens meubles ou immeubles, revenus ou bénéfiques<sup>369</sup>. Cependant, la même loi étend ces sanctions aux dirigeants des personnes morales, alors qu'elle écarte la réserve du secret professionnel et oblige toute personne à signaler les faits et les « informations relatifs aux infractions terroristes.

Le banquier doit donc se conformer à la législation anti-terroriste et s'interdire toute immixtion dans les circuits financiers illicites. En outre, étant un contrat, l'ouverture du compte de dépôt doit obéir aux autres conditions de validité du droit commun des contrats tels la capacité et l'objet.

## § 2 : LE COMPTE DE DEPOT EST UN CONTRAT SPECIFIQUE

394. Le compte de dépôt a été défini par le législateur à partir de son objet. Selon l'article 670 du C.C., c'est un contrat en vertu duquel la banque devient propriétaire des fonds déposés par le client «à charge de les restituer...».

En vérité, le compte de dépôt est un contrat qui porte sur des opérations intervenues entre le déposant (le titulaire du compte) et le dépositaire (le banquier) ; il crée des engagements

<sup>369</sup> V. La loi organique n° 2015-26 du 7 août 2015 relative à la lutte contre le terrorisme et à la répression du blanchiment d'argent, JORT n° 63 du 7 août 2015, p1735.

de dépôt à la charge du client et une fourniture de services de caisse par le banquier.

A ce titre, le compte de dépôt est un simple cadre matériel et n'a aucune existence propre en dehors des engagements de dépôt et de restitution. En plus clair, ce qui caractérise ce contrat, c'est l'existence de deux contrats superposés qui sont le contrat d'ouverture du compte, d'abord, et le contrat de dépôt lui-même, ensuite, qui consiste pour le client à se décharger de ses fonds au profit du banquier qui en devient propriétaire comme l'indique l'article 670 du C.C. Cette dernière précision constitue la caractéristique principale du compte de dépôt bancaire par rapport au contrat de dépôt du droit commun. En effet, aux termes de l'article 995 du C.O.C., le contrat de dépôt engendre une obligation essentielle à la charge du dépositaire. Celui-ci doit garder la chose et «la restituer dans son individualité». Le dépositaire ne peut faire usage de la chose déposée qu'avec l'autorisation du déposant. Et dans ce cas, il ne s'agit plus de dépôt mais d'un prêt de consommation, comme le précise l'article 996 du C.O.C.

A cet effet, la cour de cassation a déclaré que le banquier est tenu d'une obligation de restitution des sommes déposées par son client comme, l'affirme l'article 670 du code de commerce. Cette restitution doit être effectuée immédiatement et le banquier

ne peut opposer aucune exception dérivant de la faute de son préposé, comme le prévoit l'article 245 du C.O.C.<sup>370</sup>.

Contrairement à ces principes, l'essence du contrat de compte de dépôt est de permettre à la banque, en devenant propriétaire des fonds déposés, de participer à l'activité économique et de placer ces fonds sur le marché afin de les faire fructifier et d'en faire profiter les agents économiques<sup>371</sup>.

Cette fonction du compte de dépôt est une conséquence de la règle posée par l'article 672 du C.C. qui dispose que «le contrat de dépôt de fonds ne comporte par la faculté de découvert». Ainsi, contrairement au compte courant, le compte de dépôt ne peut à aucun moment enregistrer de solde débiteur. Le banquier est, même, obligé, dans ce cas, «d'aviser, sans retard, le déposant qui est tenu de régulariser, aussitôt, sa situation», comme l'exige l'article 672 du C.C.

**395.** Cependant, si la banque ne demande pas au déposant de régler le solde débiteur de son compte de dépôt, ce dernier peut-il changer de nature et devenir, de ce fait, un compte courant?

La jurisprudence tunisienne est partagée sur la question. La cour d'appel de Tunis a estimé que c'est le contrat d'ouverture du compte qui doit régir la relation des parties. Si

<sup>370</sup> Cour de Cass., Arrêt n° 7302-2006, du 20 novembre 2006, *Inédit*.

<sup>371</sup> Cour de Cass., Arrêt n° 46749, du 15 mars 1995, RJL, 1995, p. 108.

« La tenue du compte de dépôt de la part du banquier s'inscrit dans le cadre d'un mandat spécial qui se distingue du contrat de dépôt du droit commun ».

celles-ci ont entendu travailler dans le cadre d'un compte de dépôt, leur rapport devrait être régi par les articles 672 et suivants du C.C. relatifs au compte de dépôt<sup>372</sup>.

La cour de cassation a pourtant eu l'occasion d'affirmer que c'est le fonctionnement matériel du compte qui doit déterminer sa nature et son régime juridiques. Mais malgré cela, la cour de Tunis continue, du moins jusqu'à présent, à faire de la résistance<sup>373</sup>.

Continuer à appliquer au compte ouvert le régime juridique d'un compte de dépôt alors que le fonctionnement du compte prouve l'évolution de l'intention des parties vers un compte courant enregistrant des dépôts réciproques et enchevêtrés, constitue une méconnaissance totale de la volonté des parties et de la pratique des affaires. Au lieu de se figer au niveau du contrat établi au moment de l'ouverture du compte, il serait plus judicieux de s'arrêter sur les opérations effectuées par les parties surtout lorsqu'elles se sont multipliées. Un compte de dépôt peut donc devenir, par la volonté tacite des parties, un compte courant soumis aux règles des articles 728 et suivants du C.C.

<sup>372</sup> C.A. de Tunis, Arrêt n° 9415, du 18 mai 2004, *Inédit*.

-V. aussi Arrêt n° 80357, du 24 avril 2002, *Inédit*.

<sup>373</sup> Cour de cassation, Arrêt n° 56002, du 23 octobre 1997, *Inédit*.

-Cour de cassation, Arrêt n° 82621, du 10 février 2003, *Inédit*.

## SECTION II : LE RÉGIME JURIDIQUE DU COMPTE DE DÉPÔT

396. Le compte de dépôt a un régime juridique propre quant à son fonctionnement (§1) et à sa clôture (§2).

### §1 : LE FONCTIONNEMENT DU COMPTE DE DEPOT

397. L'étude du fonctionnement du compte de dépôt exige l'examen de l'alimentation du compte (A) et les retraits effectués par le client (B).

#### A - L'alimentation du compte par le client

398. Selon l'article 670 alinéa 2 du C.C., le compte de dépôt peut être alimenté par toutes sortes de fonds qui proviennent directement du titulaire du compte ou de tout tiers qui opère un virement à son profit.

Ces dépôts peuvent être directs ou indirects. Alors que les dépôts directs sont les plus simples, puisqu'ils sont constitués par les versements en espèces effectués par le titulaire du compte ou par l'intermédiaire d'autres personnes physiques ou morales, les dépôts indirects sont constitués par les montants des chèques, des effets de commerce et des titres de créances recouvrés et portés dans le compte du client.

#### B - Les retraits effectués par le client

399. Le banquier établit, à l'occasion de chaque inscription en compte, l'état du compte de dépôt. L'article 673 du

C.C. prévoit que, «sauf stipulation contraire, le compte de dépôt de fonds est à vue, le titulaire ayant le droit de disposer à tout moment d'une partie ou de la totalité du solde ». Le crédit dégagé par le solde du compte est à la disposition du titulaire. Le banquier, qui devient propriétaire des fonds déposés, doit, malgré cela, mettre à la disposition du client les fonds qu'il réclame dès que ce dernier le lui demande, à moins qu'un délai «de préavis ou une échéance» ait été fixé par les parties.

Le client peut donc se faire remettre les fonds figurant au crédit du compte directement aux guichets de la banque ou par tout autre moyen indirect tel que le virement, étant précisé que ces retraits peuvent être opérés par le client qui se présente à la banque ou par toute autre personne qui peut être porteuse d'un effet ou d'un mandat qui lui aurait été délivré par le titulaire du compte.

Pour la cour de cassation, l'obligation de restituer les fonds à la demande du client est une obligation de résultat. Aussi a-t-elle déclaré qu'aux termes de l'article 995 du C.O.C., le banquier est tenu, dans le cadre des dépôts de ses clients, d'une obligation de restitution dont, notamment, l'exécution sans retard des ordres de virement.

Pour la cour suprême, l'exécution immédiate des ordres de virement à la demande du client constitue une restitution des fonds<sup>374</sup>.

<sup>374</sup> Cour de Cass., Arrêt n° 51662-2010, du 23 novembre 2010, *Inédit*.

## § 2 : LA CLOTURE DU COMPTE DE DEPOT

**400.** La clôture du compte de dépôt met fin définitivement aussi bien au contrat qu'au fonctionnement du compte.

Le compte peut être clôturé par l'arrivée du terme, par la volonté de l'une des parties ou même en dehors de leurs volontés dans le cas de décès du titulaire, de sa faillite ou même par la dissolution lorsque le titulaire du compte est une personne morale<sup>375</sup>.

La clôture du compte donne le droit au banquier d'arrêter les comptes et d'établir le solde définitif. Mais, par l'effet de sa clôture, le compte de dépôt ne donne pas lieu au versement d'intérêts au profit du client sauf lorsque la convention d'ouverture le prévoit, alors que le banquier perçoit des commissions en rémunération des services qu'il rend à sa clientèle.

<sup>375</sup> Le compte de dépôt n'est pas un mécanisme de garantie, V., Gavalda et Stoufflet : *Ouvrage précité*, n° 338 et suivantes.

## TITRE III

# LA GESTION DES MOYENS DE PAIEMENT

401. Détenteur des comptes de ses clients, le banquier est, souvent, chargé par ses derniers de recouvrer certaines créances et d'effectuer des paiements. Dans sa gestion des moyens des paiements, la banque est sollicitée de procéder à des virements (**Chapitre I**), à gérer les paiements par cartes bancaires (**Chapitre II**), à encaisser les lettres de change (**Chapitre III**), les billets à ordre (**Chapitre IV**) et les chèques (**Chapitre V**) pour le compte de ses mandataires.

## CHAPITRE I

### LE VIREMENT BANCAIRE

402. Le virement est un procédé de paiement qui s'effectue sans remise d'argent et ce, par la seule inscription d'une écriture au débit d'un compte et l'écriture corrélative au crédit d'un autre compte<sup>376</sup>. Ce mécanisme de transfert de fonds peut servir à d'autres fins. Il peut, notamment, être appliqué à tout bien fongible susceptible de figurer sur un compte. En pratique, et sauf le cas de virement de titres<sup>377</sup>, le transfert de fonds trouve son terrain d'élection dans le virement et, principalement, le virement bancaire. Celui-ci a été défini comme étant « une opération bancaire qui réalise un transfert de fonds par un simple jeu d'écriture : l'inscription d'un débit en compte du donneur d'ordre et d'un crédit en compte du bénéficiaire »<sup>378</sup>.

403. Le virement ne date pas de nos jours. Il a été pratiqué depuis l'antiquité. Certains historiens soutiennent que les Grecs

<sup>376</sup> Michel Cabrillac : Virement, n° I, p. 2, in Jurisclasseur commercial, Annexe banque et crédit, volume I.

<sup>377</sup> En France, au début (dans les années 50), seulement les titres au porteur pouvaient faire l'objet d'un virement sur des comptes détenus par une société appelée SICOVAM, mais, suite à des réformes législatives (dans les années 80) qui ont dématérialisé les valeurs mobilières, le virement est devenu un mode de transmission de tous les titres qu'ils soient au porteur ou nominatifs.

<sup>378</sup> H. et M. Cabrillac : Le chèque et le virement, 4<sup>e</sup> édit., 1967, n° 275, p. 161.

et les Babyloniens ont connu de véritables virements bancaires<sup>379</sup>.

Cependant, «à l'époque actuelle le virement a accédé au premier rang des modes de paiement »<sup>380</sup> suite à la propagation de l'utilisation des comptes en banques. Le développement du traitement des opérations bancaires par le procédé informatique a contribué à encourager, davantage, les agents économiques à recourir au virement bancaire.

En effet, certaines législations imposent le règlement par virement de certaines opérations de paiement notamment celles effectuées par les organismes publics. C'est le cas en droit tunisien où les institutions étatiques et les établissements et collectivités publics sont obligés de payer leurs dettes par des virements bancaires ou postaux (art 140 et 141 du code de la comptabilité publique).

**404.** En incitant à l'utilisation du virement, le législateur voulait - et veut encore - atteindre deux objectifs : l'un est juridique et qui consiste à laisser des traces des opérations de transfert de fonds, l'autre est économique et il a trait à la lutte contre l'inflation. Bien qu'il soit aujourd'hui moins évident<sup>381</sup>, les pouvoirs publics considèrent que le recours à la technique du

<sup>379</sup> M. Cabrillac et J. L. Rives-Lange : Virement, in Encyclopédie Dalloz, Droit commercial, (1975), n° 3, p.1.

<sup>380</sup> M. Cabrillac : Virement, *op. cit.* n° 4, p. 3.

<sup>381</sup> Le virement nécessite l'existence d'un compte ; et celui-ci facilite les paiements à crédit.

virement réduit la masse monétaire (fiduciaire) disponible et, partant, a un effet désinflationniste<sup>382</sup>.

Le virement, au sens strict, signifie, en fait, l'opération de virement. Celle-ci doit être distinguée de l'ordre de virement qui déclenche ladite opération. Cet ordre est un mandat donné par le client à son banquier pour procéder à la réalisation du virement<sup>383</sup>.

La distinction entre l'ordre de virement et l'opération de virement est défendue par la quasi-totalité de la doctrine<sup>384</sup>, car l'ordre de virement peut ne pas aboutir à une opération de virement, d'une part, et cette opération de virement peut se faire sans qu'il y ait un ordre de virement, d'autre part (tel le cas de l'encaissement d'un chèque...).

**405.** Le virement bancaire se distingue aussi du chèque barré par les règles générales rigoureuses auxquelles il est soumis en tant que chèque ainsi que par ses règles spécifiques (art. 383 à 385 du C. Com.). Mais les deux institutions peuvent converger. D'abord, l'ordre de virement peut être émis sous la forme d'un chèque barré. Ensuite, le chèque barré aboutit au même jeu d'écriture applicable à l'opération de virement (inscription au débit du compte de l'émetteur, le tireur, et inscription au crédit du compte du bénéficiaire).

<sup>382</sup> M. de Juglart et B. Ippolito : Traité du droit commercial, T. 7, Banques et bourses, 3<sup>ème</sup> édition, par L.M. Martin, Montchrestien, 1991, n° 494, p. 554

<sup>383</sup> M. Cabrillac et J.L. Rives-Lange : Virement *op. cit.*, n° 11, p. 2.

<sup>384</sup> Voir, par exemple, l'ouvrage de L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud : Droit bancaire, 4<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1986, p. 301, note n° 3.

406. Il n'est pas, non plus, l'avis de prélèvement. Ce dernier a été créé en vue de faciliter les « virements permanents » et de régler les paiements périodiques (eau, électricité, téléphone ...). Le procédé d'avis de prélèvement est précédé par la conclusion d'une « convention de prélèvement » entre trois personnes (le débiteur, le créancier et le banquier). Mais c'est le créancier qui émet l'avis de prélèvement dans les dates ou les délais convenus. C'est là un critère essentiel de distinction entre l'ordre de virement qui est émis par le débiteur et l'avis de prélèvement qui est un mandat d'encaissement « comparable au mandat d'encaissement d'effets de commerce et soumis aux mêmes obligations, notamment, de diligence »<sup>385</sup>.

407. Le virement revêt une grande importance. L'emploi de ce procédé est « en pleine expansion » dans tous les pays en raison des possibilités d'utilisation très diverses qu'il offre. En effet, il permet de faire des paiements sans même avoir besoin de tirer des chèques<sup>386</sup>. Il permet aussi, non seulement, le règlement entre deux personnes différentes, mais encore d'opérer des transferts de fonds entre deux comptes différents ouverts chez le même banquier ou dans des banques différentes.

Le développement du virement après la promulgation du code de commerce tunisien n'a pas remis en cause les règles légales contenues dans les articles 678 à 688 du C.C.. Au

<sup>385</sup> L. M. Martin : Banques et Bourses, *op. cit.*, n° 512, p. 567.

<sup>386</sup> La réforme du régime juridique du chèque a limité la délivrance des carnets de chèques et relancé l'utilisation des ordres de virement.

contraire, des questions controversées en droit français dans les années 50 ont été tranchées par la jurisprudence française ainsi que par la doctrine dominante dans le même sens que celui de la solution prévue par le code de commerce<sup>387</sup>. Ainsi présenté, le virement appelle l'étude de l'opération de l'ordre de virement émis par le donneur d'ordre (**Section I**) et de son exécution (**Section II**).

## SECTION I : L'ANALYSE DE L'OPERATION DE VIREMENT

408. Le virement est un procédé scriptural qui permet de réaliser un mouvement de fonds entre des comptes bancaires<sup>388</sup>.

Il revêt un aspect technique qui se manifeste au niveau de ses conditions (§ 2) et qui ne manque pas de marquer sa nature juridique (§ 1).

### §1 : LA NATURE JURIDIQUE DE L'OPERATION DE VIREMENT

409. La nature juridique du virement a suscité avant les années 1970 une vive controverse doctrinale et jurisprudentielle en France. Face aux théories classiques (A), s'est illustrée une conception moderne (B).

<sup>387</sup> A titre d'exemple, Le problème de la date et du lieu de la réalisation du virement.

<sup>388</sup> Ency. Dalloz Virement *op. cit.*, n° 67m p. 6.

## A - Les théories classiques

410. Les théories classiques sont nombreuses ; mais les plus importantes sont la théorie de la cession de créance (1) et la théorie de la délégation (2).

### 1) La théorie de la cession de créance

411. Selon les tenants de la théorie de la cession de créance, le virement équivaldrait à une opération de cession de créance. Celle-ci est constituée par le solde positif du compte du donneur d'ordre. Ce dernier serait le cédant d'une créance et le bénéficiaire le cessionnaire, alors que le banquier serait le débiteur. Cette analyse a été adoptée par une partie de la jurisprudence française et, notamment, depuis un arrêt devenu célèbre en la matière. C'est l'arrêt de la cour de Douai du 1<sup>er</sup> Mai 1931<sup>389</sup>.

Mais cette analyse se heurte à plusieurs objections. L'adoption de cette théorie aurait pour conséquence d'exiger les formalités requises par la loi en matière de transport de créance (art. 199 à 218 du C.O.C. et, notamment, l'art. 205 du même code). En outre, l'analyse du virement comme étant une cession de créance ne peut jamais correspondre au cas où le virement est réalisé entre deux comptes appartenant au même propriétaire. Enfin, et c'est là la troisième faiblesse, en conférant au banquier la qualité de débiteur en vertu d'une convention de cession de

<sup>389</sup> Cour d'appel de Douai, S. 1932, II, p. 57.

créance conclue entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire, on accorde, du même coup, à ce banquier le droit de se prévaloir contre le bénéficiaire de toutes les exceptions qu'il aurait pu opposer au donneur d'ordre ; et il s'agit là d'une conséquence inadmissible<sup>390</sup>. Ces critiques ont abouti à l'abandon de cette théorie et à l'émergence de la conception de la délégation.

### 2) La théorie de la délégation

412. Selon les défenseurs de la conception qui se fonde sur la théorie de la délégation, dans l'opération de virement, le donneur d'ordre est le délégant, le banquier est le délégué, alors que le bénéficiaire est le délégataire. Mais le principal grief adressé à cette théorie provient de l'art 230 du C.O.C. qui prévoit que « la délégation ne se présume pas ; elle doit être expresse ». De ce fait, pour qu'il y ait une délégation parfaite produisant un effet novatoire, il faut que le délégataire (le bénéficiaire) décharge expressément le délégant (le donneur d'ordre) ; ce qui ne se vérifie pas dans les opérations de virement.

En outre, le banquier, contrairement au délégué, ne s'engage pas personnellement à l'égard du bénéficiaire, mais il est tenu en raison du dépôt qui lui a été confié et du mandat qu'il a reçu de l'émetteur de l'ordre de virement<sup>391</sup>.

<sup>390</sup> Hamel, Lagarde et Jauffret : Traité de droit commercial, T. II, par Jauffret, n°1735.

<sup>391</sup> Michel Cabrillac. Jurisclasseur, Virement, *op. cit.*, n° 14, p. 4.

Enfin, la délégation ne se vérifie pas dans le cas du virement réalisé entre deux comptes ouverts au nom de la même personne<sup>392</sup>.

## **B - La nouvelle conception**

**413.** Le virement, estime-t-on aujourd'hui, est un procédé scriptural de transfert de fonds. Cette conception a été adoptée, dans un premier temps, par les économistes, puis elle a été retenue par la plupart des juristes. Elle consiste à attribuer la nature de monnaie scripturale au solde disponible d'un compte en banque. On met, ainsi, l'accent sur le caractère scriptural du solde qui n'est plus considéré comme étant une simple créance.

En tant que mode de transmission de fonds, le virement est assimilé à la traduction manuelle d'argent. Il s'apparente étroitement à une remise matérielle de billets de banque<sup>393</sup>. La créance, pour jouer son rôle de monnaie, s'est incorporée dans l'écriture en compte<sup>394</sup>. Par cette écriture, un véritable transfert de fonds s'opère<sup>395</sup> entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. Le code de commerce, notamment dans son article 678, semble adhérer à cette thèse en disposant que le virement « est l'opération par laquelle le compte d'un donneur d'ordre... est

<sup>392</sup> Cabrillac : *op. cit.*.

<sup>393</sup> Idem, n° 16, p. 4.

- Cour de Cass., Arrêt n° 23376, du 18 avril 2008, Revue Infos-juridiques, n° 58-59, Décembre 2008, p. 22. Avec les commentaires de Taoufik Ben Nasr.

L'ordre de virement est un mandat révocable tant que la banque n'a pas débité le compte du donneur d'ordre.

<sup>394</sup> Ency. Dallozm Virement, *op. cit.*, n° 23, p. 3.

<sup>395</sup> Cour d'appel mixte de Saïgon, 13-3-1954, R.T.D. Com., 1954, p. 686.

débité pour un montant destiné à être porté au crédit d'un autre compte... ».

## **§ II : LES CONDITIONS DE VALIDITE DE L'ORDRE DE VIREMENT**

**414.** La validité de l'ordre de virement dépend de la réunion de deux séries de conditions. Ce sont les conditions tenant à la forme de l'ordre (A) et celles relatives au fond (B).

### **A - Les conditions de forme**

**415.** Il y a plusieurs modalités d'émission de l'ordre de virement dont certaines sont prohibées par la loi (3). Mais dans tous les cas, du moins en droit tunisien, l'ordre de virement doit toujours être fait par écrit (1) et comprendre des mentions précises (2).

#### **1 - L'exigence d'un écrit**

**416.** D'après l'article 678 al. 1 du C.C., l'ordre de virement doit être donné par écrit. Cet écrit peut être une lettre missive, un télégramme ou un acte sous-seing privé. Il peut s'agir, même, d'un acte authentique. Mais, le plus souvent, cet écrit se présente sous la forme de formules imprimées délivrées par la banque à ses clients. L'utilisation de formulaires types peut soulever certaines questions, notamment, celle de savoir si les imprimés qui sont sous la forme de carnets à souches, semblables aux carnets de chèques, peuvent être considérés comme des écrits.

L'exclusivité de l'émission des ordres de virement par ces formules imprimées peut-elle être imposée au client ? L'article 678 al. 3 du C.C., prévoit que les parties peuvent convenir sur les conditions de l'émission des ordres de virement. Le banquier est en droit d'exiger que les ordres de virement soient émis uniquement par la voie de ses imprimés qui facilitent d'ailleurs leur traitement informatique.

Par l'exigence d'un écrit, le législateur a épargné la survenance des problèmes épineux soulevés en France par la reconnaissance de la validité des ordres de virement donnés verbalement soit lors d'un contact direct entre le banquier et son client, soit par le biais du téléphone. En effet, le droit français n'exige aucune condition de forme relative à la validité de l'ordre de virement. La doctrine française, se fondant sur le principe du consensualisme, soutient qu'il n'y a pas lieu, sauf convention contraire entre les parties, de soumettre l'émission de l'ordre de virement à l'existence d'un écrit. Celui-ci n'est pas exigé, ne serait-ce que comme moyen de preuve, notamment, si le montant inscrit sur l'ordre de virement ne dépasse pas la somme exigée pour la preuve par écrit. De son côté, la Cour de cassation française a eu l'occasion d'affirmer le caractère purement consensuel du mandat de virement. Dans son arrêt du 23 janvier 1985, elle a pu déclarer qu'« aucune disposition n'impose qu'un ordre de virement, même d'un non commerçant, soit rédigé par

écrit»<sup>396</sup>. Ainsi, l'ordre de virement peut être donné verbalement ou par un procédé informatique. En pratique, les banquiers en France, au cas où l'ordre n'est pas donné par écrit, exigent souvent qu'une confirmation écrite soit envoyée ensuite à la banque<sup>397</sup>.

La jurisprudence tunisienne est, quant à elle, partagée sur la forme que doit revêtir l'ordre de virement ainsi que sur sa nature.

La Cour d'appel de Tunis a admis l'ordre de virement donné par le client à son banquier et adressé par la voie d'huissier<sup>398</sup>. Plus rigoureuse, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour de Tunis au motif qu'il est contraire aux prescriptions de l'article 678 du code de commerce»<sup>399</sup>. Si la cour d'appel considère que le virement est consensuel, la cour suprême voit, au contraire, qu'il est d'une nature formaliste.

Le tribunal de première instance de l'Ariana, dans un jugement rendu le 18 juin 2015, a adopté une position des plus rigides à l'encontre du banquier qui a exécuté un ordre de virement qui lui a été donné par télécopie. L'ordre n'étant pas venu du client titulaire du compte et la signature s'avérant peut

<sup>396</sup> C. Cass. fr., ch. Com., 29-1-1985, D.S., 1986, info rapide, p. 328, note Vasseur.

<sup>397</sup> L. M. Martin : Banque et bourse, *op. cit.*, n° 496 p. 556.

<sup>398</sup> Cour d'appel de Tunis, Arrêt n° 31260, du 9 Février 1996, *Inédit*.

<sup>399</sup> Cour de Cass., Arrêt n° 53093, du 6 Juin 1996, *Inédit*.

conforme à celle de ce dernier, le tribunal a condamné la banque à restituer au client les sources décaissées au tiers bénéficiaire.

Or, une question s'impose. Quelle est la responsabilité du banquier dans la vérification et l'authentification de la signature du donneur d'ordre ?

Selon la position du tribunal dans le jugement précité, le banquier semble tenu d'une responsabilité sans limites.

En vérité, il faut tenir compte du fait que le banquier n'est pas un expert en graphologie. Pour cela, il est tenu de vérifier la régularité apparente de la signature du client et, de toutes façons, il n'a pas les moyens nécessaires de se prononcer fermement sur cette signature dans tous ses détails<sup>400</sup>. D'ailleurs, dans cette affaire, le tribunal a ordonné une expertise qui a conclu que la signature figurant sur l'ordre de virement ressemble à celle du titulaire du compte, donneur d'ordre.

Toutefois, il est rare qu'un banquier accepte d'exécuter un ordre verbal comme il est rare aussi que le titre de l'ordre de virement se présente sous la forme d'un titre négociable. Dans ce dernier cas, le titre donne au porteur droit à la propriété de l'équivalent du montant qui y est inscrit comme s'il s'agit d'un chèque, mais le défaut de provision n'entraîne pas une sanction pénale<sup>401</sup>.

<sup>400</sup> Tribunal de première instance de l'Ariana, Jugement n° 24326, du 18 juin 2015, *Inédit*.

<sup>401</sup> Roblot : Traité précité, T. 2, édition 1990, n° 2307.

Mais la nature de l'écrit n'a pas été discutée auparavant devant les tribunaux. La cour de cassation a simplement déclaré, dans son arrêt du 27 mai 2010, que, conformément à l'article 678 du C.C., l'ordre de virement ne peut être donné que par écrit<sup>402</sup>.

## 2 - Les mentions figurant sur l'ordre de virement

417. Le législateur tunisien n'a pas prévu de règles de forme relatives à la rédaction de l'ordre de virement. Toutefois, il y a des mentions qui doivent figurer sur l'ordre pour que le banquier puisse exécuter l'opération. Il s'agit, notamment, des indications suivantes :

1 - Le nom du donneur d'ordre et son numéro de compte.

2 - Le nom du bénéficiaire, son numéro de compte et l'indication de la banque ou de la succursale où le compte du bénéficiaire est ouvert et ce, dans le cas où le bénéficiaire ne détient pas de compte chez la banque ou la succursale de celle du donneur d'ordre.

3 - La signature du donneur d'ordre.

4 - Le montant objet du virement.

5 - La date et le lieu d'émission de l'ordre de virement.

## 3 - Les modalités de l'émission de l'ordre de virement

418. Il faut signaler, à cet égard, que deux règles sont prévues par la loi :

<sup>402</sup> Cassation, n° 43020 du 27 mai 2010, *Inédit*.

La première concerne l'interdiction de l'émission des ordres de virement au porteur (art. 678 al. 3 du C.C.). L'ordre de virement ne peut donc être que nominatif et à personne déterminée.

En droit français, une partie de la doctrine considère que l'ordre de virement peut être négociable, puisqu'il porte sur une somme d'argent. Rien n'empêche donc d'émettre des ordres de virement à ordre ou au porteur. C'est, d'ailleurs, une pratique répandue en France grâce aux mandats rouges de la Banque de France<sup>403</sup>.

La seconde règle consacre la liberté des parties dans le choix des modalités d'émission (art. 678 al. 3 du C.C.). Parmi les choix possibles, on peut citer les cas suivants :

1/ Les parties peuvent convenir que les ordres de virement soient présentés par le bénéficiaire (art. 682 al. 1 du C. com.).

2/ Elles peuvent, aussi, stipuler que le banquier n'exécutera les ordres de virement qu'en fin de journée et non dès leur réception (art. 682 al. 2 du C. Com.).

3/ Elles peuvent, de même, convenir que les ordres de virement seront conditionnels ou suspendus jusqu'à un terme donné (art. 680 C. Com.). Dans ce cas, le banquier doit être plus diligent<sup>404</sup>.

<sup>403</sup> Ippolito et De Juglart : *Ouvrage précité*.

<sup>404</sup> Ency- Dallozm Virementm *op. cit.* m n° 51, p. 8.

4/ Les ordres de virement pourront être « permanents ». Dans ce cas, le banquier exécute les ordres de virement jusqu'à l'expiration d'un terme ou jusqu'à concurrence d'un montant donné<sup>405</sup>.

## **B - Les conditions de fond**

**419.** Les conditions de fond sont de deux ordres. Il y a des conditions de droit commun (1) et des conditions particulières au virement bancaire (2).

### **1 - Les conditions de droit commun**

**420.** Les conditions de droit commun sont essentiellement le consentement (a), la capacité et le pouvoir (b) et la cause (c).

#### **a) Le consentement**

**421.** L'émission d'un ordre de virement nécessite, évidemment, le consentement du donneur d'ordre. Ce consentement « se déduit de l'émission même de l'ordre de virement »<sup>406</sup>. Le virement fait sans ordre ou non conforme aux conditions stipulées dans l'ordre est nul. Cependant, faut-il exiger le consentement du bénéficiaire ? Le consentement de celui-ci est, le plus souvent, tacite et il se déduit de l'absence de refus ; Mais ce consentement s'exprime explicitement dans le cas où c'est le bénéficiaire, lui-même, qui présente l'ordre de virement au banquier.

<sup>405</sup> S. Knani : *Le virement bancaire, op. cit.*, p. 23 et 24.

<sup>406</sup> M. L. Martin : *Banque et bourse, op. cit.*, p. 564.

Quant au consentement du banquier, il se manifeste à travers l'exécution de l'ordre de virement ; mais il peut être plus exprès s'il a été préalable à l'émission de l'ordre de virement et ce, dans le cas où il y a un accord antérieur sur le virement (art. 678 al. 3 du C. Com.).

Le consentement du banquier peut être vicié par l'erreur. La jurisprudence tunisienne a eu l'occasion de se prononcer sur le cas où un banquier a inscrit par erreur une somme dans le compte d'un bénéficiaire sans qu'il y ait une provision suffisante dans le compte du donneur d'ordre. Le tribunal cantonal de Tunis a refusé de reconnaître l'existence d'un vice du consentement et a justifié sa position en se basant sur l'art. 547 du C.O.C. qui déclare que « nul ne peut venir contre son fait si la loi ne le permet expressément »<sup>407</sup>. Dans une telle situation, il est possible, pour le banquier, de se retourner contre le donneur d'ordre par une action en paiement de l'indu.

#### **b) La capacité et le pouvoir**

422. La capacité et le pouvoir du donneur d'ordre sont vérifiés par le banquier lors de l'ouverture du compte. La qualité des personnes agissant au nom des personnes morales doit être également vérifiée, car la révocation des représentants n'a d'effet à l'égard du banquier que du moment où celui-ci en a eu

<sup>407</sup> Jug. du Trib. can. de Tunis, n° 77048, du 1 - 3 - 1984, *Inédit*.

- Cour d'Appel de Tunis, Arrêt n° 39702, du 14 janvier 1998, *Inédit*, « Le banquier est tenu de vérifier l'authenticité de l'ordre de virement ».

connaissance suivant les règles du droit commun (art. 1163 du C.O.C.).

#### **c) La cause**

423. La cause de l'ordre de virement est liée à l'opération fondamentale qui existe entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire<sup>408</sup>. Mais puisque l'opération de virement a un caractère abstrait, l'illicéité de la cause du rapport fondamental ne saurait avoir de répercussions sur la validité de l'ordre de virement. Cependant, le défaut et l'illicéité de la cause peuvent servir de fondement juridique pour annuler l'opération fondamentale<sup>409</sup>.

### **2 - Les conditions particulières**

424. Pour qu'il y ait virement, il faut qu'il y ait des fonds disponibles (a) et deux comptes différents (b).

#### **a) La disponibilité des fonds**

425. L'ordre de virement reste valable même s'il n'y a pas de fonds suffisants et disponibles pour exécuter le virement. Seulement, « s'il n'y a pas provision suffisante, la banque peut rejeter les ordres de virement » (art. 683 alinéa 1 du C.C.). Le banquier peut aussi, conformément à l'art. 680 du C.C.,

<sup>408</sup> Roblot et Ripert : *Traité de droit commercial, op. cit.*, n° 2306.

<sup>409</sup> M. Cabrillac : « Le virement », *op. cit.*, n° 32 p. 6.

suspendre l'exécution de l'ordre de virement jusqu'à ce qu'il y ait des fonds suffisants dans le compte à débiter<sup>410</sup>.

Il faut encore préciser que l'ordre de virement émis sans qu'il y ait des fonds disponibles n'est pas un acte illicite car il n'est pas sanctionné pénalement ; et tel ordre peut être exécuté s'il y a eu préalablement un accord entre le banquier et son client, notamment, si ce dernier a bénéficié de l'ouverture d'un crédit ou d'une facilité de caisse.

De même, l'ordre de virement n'est pas nul si l'indisponibilité des fonds est due à la nature du compte du donneur d'ordre ou en raison d'une saisie ou d'une opposition. Dans ces cas, l'exécution de l'ordre de virement devra être suspendue jusqu'à ce que la somme indiquée par l'ordre de virement soit disponible.

Mais l'insuffisance des fonds disponibles donne au banquier le droit de rejeter les ordres de virement, mais à charge par lui d'informer sans délai le donneur d'ordre de ce rejet si c'est lui-même qui aurait présenté le titre. En revanche, si l'ordre de virement a été présenté par le bénéficiaire, celui-ci aura le droit d'être payé partiellement à moins qu'il ne refuse le paiement, comme le prévoit l'alinéa 3 de l'article 683 du C.C.<sup>411</sup>.

<sup>410</sup> Cour d'Appel de Tunis, Arrêt n° 78631, du 28 novembre 2001, *Inédit*, « Le banquier est tenu d'exécuter l'ordre de virement avec toute la diligence nécessaire à condition qu'il existe entre ses mains une dette au profit du donneur d'ordre, c'est-à-dire qu'il existe des fonds appartenant à ce dernier entre les mains du banquier ».

<sup>411</sup> Cour d'Appel de Tunis, Arrêt n° 78631, du 28 novembre 2001, *Inédit*.

## *b) L'existence de deux comptes*

426. Le donneur d'ordre et le bénéficiaire devront avoir chacun un compte. Le virement peut se faire d'un compte de dépôt à un compte courant ou inversement ; mais le compte dit bloqué ne peut que recevoir des fonds. Les Comptes tenus chez une entreprise non bancaire ou un particulier ne peuvent pas servir pour une opération de virement transférant des fonds. Le solde d'un tel compte n'est qu'une créance et non une monnaie scripturale<sup>412</sup>. Ces comptes peuvent, bien entendu, être ouverts auprès d'une même banque ou de banques différentes.

## **SECTION II : L'EXECUTION DE L'ORDRE DE VIREMENT**

427. L'étude de l'exécution de l'ordre de virement passe, inévitablement, par l'examen de son régime juridique (§1) et de ses effets (§2).

### **§ I : LE REGIME JURIDIQUE DU VIREMENT**

428. Le virement peut être exécuté selon des modalités différentes (A). Mais, dans cette exécution, le banquier doit observer certaines précautions (B).

<sup>412</sup> Jurisclasseur ; Virement, *op. cit.*, n° 33, p. 6.

## A) Les modalités d'exécution du virement

429. Selon l'art. 679 du C.C., il y a deux modalités d'exécution : Le virement sur place (1) et le virement déplacé (2).

### 1 - Le virement sur place

430. Il y a virement sur place, si le banquier du donneur d'ordre est, lui-même, le banquier du bénéficiaire. Alors, outre la qualité de dépositaire de fonds, le banquier assume, aussi, la qualité de mandataire du donneur d'ordre.

### 2 - Le virement déplacé

431. Le virement est dit déplacé lorsque le compte à débiter et le compte à créditer sont ouverts dans deux agences différentes d'une même banque ou dans deux banques différentes. Le législateur tunisien assimile les deux agences appartenant à une même banque au cas où les banques sont différentes et ce, bien que dans le premier cas il y ait des relations directes entre les agences. Le droit tunisien ne prend pas en considération la distinction que fait la doctrine française entre le cas des banques qui sont en relation directe et le cas où les banques sont entièrement distinctes l'une de l'autre<sup>413</sup>.

Mais quel est l'intérêt de la distinction entre virement sur place et virement déplacé ? Concernant le virement sur place, un seul banquier intervient ; il supporte donc l'entière responsabilité

<sup>413</sup> Jurisclasseur, Virement, *op. cit.*, n° 81, p. 12.

dans l'exécution du virement. Par contre, dans le cas de virement déplacé, le banquier du donneur d'ordre n'est pas, en principe, responsable de la défaillance ou des fautes commises par la banque du bénéficiaire. Le donneur d'ordre dispose à l'encontre de ce dernier d'une action directe puisqu'il est un mandataire substitué (art. 1130 du C.O.C.). Mais est-ce que l'émetteur d'ordre peut agir aussi contre son propre banquier ? La doctrine française est divisée.

Certains considèrent que le banquier du donneur d'ordre n'est pas responsable d'un mandataire substitué qui lui a été imposé<sup>414</sup>.

Pour d'autres auteurs,<sup>415</sup> il ne s'agit que d'un rapport de gestion d'affaires, car la ratification de l'opération par le bénéficiaire est nécessaire ; et cette ratification (tacite ou expresse) se réalise lorsque l'avis de crédit lui aura été parvenu.

Ceux qui défendent la thèse du banquier mandataire du bénéficiaire considèrent que ce bénéficiaire peut, lui-même, se trouver exposé à une action directe intentée par le donneur d'ordre. S'agissant d'un mandat, le bénéficiaire doit répondre des fautes de son banquier<sup>416</sup>.

Enfin, on doit souligner que l'opération de virement déplacé peut exiger l'intervention d'un troisième banquier. Ce

<sup>414</sup> J.L. Rives-Lange et Contamine Raynaud : Droit bancaire, *op. cit.*, n° 251, p.318.

<sup>415</sup> Tels que, Hamel, Lagarde et Jauffret.

<sup>416</sup> Ency Dallozm Virement, *op. cit.*, n° 74, p. 7.

banquier aura la qualité de mandataire substitué et contre lequel le donneur d'ordre peut agir directement<sup>417</sup>.

## **B - Le mécanisme de l'exécution du virement**

432. Selon l'art. 678 du C.C., l'opération de virement se réalise suivant un mécanisme assez simple : par l'écriture au débit du compte du donneur d'ordre (1) et l'écriture au crédit du compte du bénéficiaire (2).

### **1 - L'écriture au débit**

433. La cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur les obligations à la charge du banquier dans l'exécution des ordres de virement. Dans un arrêt rendu le 23 novembre 2010, elle a déclaré qu'aux termes de l'article 995 du C.O.C., le banquier est tenu, à l'occasion des dépôts effectués par ses clients, d'une obligation de résultat. Pour ces considérations, la banque est tenue d'exécuter les ordres de virement de son client sans retard<sup>418</sup>.

434. Le banquier du donneur d'ordre inscrit sur le compte de ce dernier le montant des fonds destinés à être transférés au compte à créditer. En principe, dès qu'il y a inscription au compte de l'émetteur d'ordre, celui-ci est dessaisi de la somme virée (art. 681 al. 1 du C.C.). Bien que le bénéficiaire ne soit pas encore en « possession matérielle » du montant viré, il en a

<sup>417</sup> Cabrillac : Virement, *op. cit.*, n° 76, p. 11.

<sup>418</sup> Cour de Cassation, Arrêt n° 51662, du 23 novembre 2010, *Inédit*.

pourtant la propriété (art. 681 al. 2, du C.C.). Mais il faut préciser que, si le bénéficiaire a des droits sur la monnaie à transférer, il n'a pas encore la monnaie elle-même<sup>419</sup>.

Ce principe souffre, tout de même, d'une exception. Ainsi, et lorsque l'opération nécessite l'intervention d'un troisième banquier, celui-ci aura la qualité de mandataire substitué ; ce qui implique que l'émetteur d'ordre peut s'adresser directement à ce banquier et lui demander de suspendre ou, même, d'annuler l'exécution du virement tant que ce troisième banquier n'a pas encore crédité le compte du banquier du bénéficiaire<sup>420</sup>.

### **2 - L'écriture au crédit**

435. Avec l'inscription de la somme virée au crédit du compte du bénéficiaire, la remise de la somme objet du virement est réalisée et le donneur d'ordre est libéré de son obligation. A cet égard, l'article 686 du C.C. dispose que « la créance «subsiste» jusqu'au moment où le compte du bénéficiaire est effectivement crédité du montant de ce virement ». Cette solution légale va à l'encontre d'un courant doctrinal et jurisprudentiel français qui estime que le paiement ne serait considéré effectif que par la réception par le bénéficiaire de l'avis de crédit, car

<sup>419</sup> Cour de Cass., Arrêt n° 291, du 3 octobre 2005, Bull. des arrêts de la C.Cass., 2006, p. 173, « La propriété des montants objet de l'ordre de virement n'est transmise au bénéficiaire qu'à compter du moment où les sommes en question ont été effectivement mises à la disposition de ce dernier. Il en découle que la simple inscription en compte ne peut donner droit au bénéficiaire de disposer des montants faisant l'objet de l'ordre de virement ».

<sup>420</sup> Cabrillac : *op. cit.*, n° 93.

l'acceptation d'être payé par virement doit être une condition de la réalisation du paiement<sup>421</sup>.

**436.** Pour le lieu et la date de réalisation du virement, il faut, cependant, rappeler la règle consacrée par l'art. 686 du C.C. qui prévoit que la créance du bénéficiaire subsiste jusqu'au moment où le compte de celui-ci est effectivement crédité. La date et le lieu de la réalisation du virement sont ceux qui correspondent à la date et au lieu où l'inscription au compte du bénéficiaire a été réalisée. Cette règle est consacrée également en droit français par la jurisprudence et par la partie dominante de la doctrine<sup>422</sup>.

Mais comment concilier cette solution avec l'exigence de l'acceptation du bénéficiaire ainsi que de celle de son banquier ? Concernant ce dernier, on considère, à juste titre, que son acceptation est acquise tant qu'il n'a pas rejeté le virement. Quant à l'acceptation du bénéficiaire, elle se réalise le jour où il reçoit l'avis de crédit sans protestation ; et cette acceptation est considérée comme étant une ratification ayant un effet rétroactif<sup>423</sup>.

En tout état de cause, la cour de cassation a depuis longtemps, déclaré qu'aux termes de l'article 686 du C.C., les

<sup>421</sup> Le paiement constitue, selon la doctrine dominante en droit français, une convention et non un fait juridique. N. Catala (La nature juridique du paiement, *op. cit.*) a essayé de démontrer le contraire.

<sup>422</sup> G. Ripert et R. Roblot : *Traité de droit commercial, op. cit.*, n° 2310, p. 362.

<sup>423</sup> J. L. Rives-Lange et M. Contamine - Raynaud : *Droit bancaire, op. cit.*, n° 253, p. 320.

sommes objet de l'ordre de virement ne sont définitivement acquises par le bénéficiaire qui ne peut en disposer que lorsque lesdites sommes sont effectivement inscrites à sa disposition sur son compte<sup>424</sup>.

## §II : LES EFFETS JURIDIQUES DE L'ORDRE DE VIREMENT

**437.** Les effets juridiques de l'ordre de virement diffèrent selon que l'on se place du côté des parties à l'opération fondamentale (A) ou du côté du banquier (B) ou même lorsque l'une des personnes ayant rapport avec le virement est tombée en faillite (C).

### A - Les effets à l'égard du donneur d'ordre et du bénéficiaire

**438.** Etant un mandat, l'ordre de virement est-il révocable (1) et produit-il un effet libératoire (2) ?

#### 1 - La révocation de l'ordre de virement

**439.** L'ordre de virement est un mandat spécial révocable tant que la banque n'a pas débité encore le compte du donneur d'ordre. Mais s'il y a eu un accord préalable entre le banquier et son client sur la présentation des ordres de virement par le bénéficiaire, le donneur d'ordre sera tenu de renoncer à la faculté de révocation (682 du C.C.)<sup>425</sup>.

<sup>424</sup> Cour de Cassation, Arrêt n° 291-2005, du 3 octobre 2005, *Inédit*.

<sup>425</sup> Cour de Cassation, Arrêt n° 23376, du 18 avril 2008, *Infos juridiques*, n° 58-59, décembre 2008, avec les commentaires de Taoufik Ben Nasr.

En droit français, la révocation de l'ordre de virement n'est pas réglementée et certains auteurs<sup>426</sup> soutiennent une position semblable à la règle posée par l'art. 681 al. 2 du C.C., alors que d'autres<sup>427</sup> considèrent que la révocation est possible tant que le compte du débiteur n'a pas été crédité. Toujours est-il qu'en application des règles du droit commun, l'ordre de virement devient caduc en cas de survenance d'une incapacité survenue au donneur d'ordre ou encore en cas de son décès<sup>428</sup>.

Toutefois, la cour de cassation a pu faire une bonne interprétation des articles 681 et 682 du C.C., affirmant que, lorsque l'ordre de virement comporte la mention « irrévocable », il n'est plus possible au donneur d'ordre d'en demander la révocation<sup>429</sup>.

## 2 - L'effet libératoire

440. L'émission de l'ordre de virement ne libère pas le donneur d'ordre. La créance, prévoit l'art. 686 du C.C., « subsiste jusqu'au moment où le compte du bénéficiaire est effectivement crédité du montant de ce virement ». Cette règle semble en contradiction avec celle de l'art. 681 al. 2 du C.C. qui attribue au bénéficiaire la propriété de la somme à transférer dès que le banquier en débite le compte du donneur d'ordre. Mais cette

<sup>426</sup> C. Gavalda et J. Stoufflet : Droit bancaire, édition litec, 1992, n° 241, p. 109.

<sup>427</sup> J. L. Rives Lange et M. Contamine Raynaud : Droit bancaire, 4<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 1986, n° 253, p. 320.

<sup>428</sup> M. Cabrillac : Virement, Jurisclasseur, n° 45, p. 8.

<sup>429</sup> Cour de Cassation, Arrêt n° 23376-2008, du 18 avril 2008, *Inédit*.

contradiction n'est qu'apparente. Le bénéficiaire acquiert, en effet, un droit sur les fonds dès le moment où le compte du donneur d'ordre aura été débité ; mais le paiement effectif ne se fera qu'au moment de l'inscription du virement dans le compte du bénéficiaire. Entre l'écriture au débit et l'écriture au crédit, les fonds font partie du patrimoine du bénéficiaire ou, du moins, ce dernier a une créance contre le banquier.

Le défaut de l'effet libératoire explique la règle défendue par une partie de la doctrine en France selon laquelle si le banquier reçoit un chèque et un ordre de virement, il doit payer le porteur du chèque, même si le chèque porte une date postérieure à l'ordre de virement<sup>430</sup>. Ceci s'explique par le fait que le chèque est payable à vue et qu'il donne au porteur un droit sur la provision, tandis que l'ordre de virement ne transmet la propriété des fonds à virer qu'après l'exécution de l'opération de virement. Dans le même sens, si plusieurs ordres de virement ont été présentés le même jour, le banquier ne doit pas, contrairement à la règle admise en matière de chèque, épuiser le solde du compte en payant dans l'ordre des dates d'émission, mais il doit demander des précisions à l'émetteur sauf s'il en a été convenu autrement. En effet, l'art. 684 du C.C. prévoit que, s'il a été stipulé que les ordres de virement seront présentés par les bénéficiaires et que ces derniers ont présenté simultanément des ordres de virement dont le montant total excède la somme

<sup>430</sup> Tel M. Cabrillac : Virement, *op. cit.*, n° 41, p. 7.

disponible, les présentateurs auront droit à la répartition de cette somme au marc le franc.

441. Mais est-ce que l'émission d'un ordre de virement avant la date de l'exigibilité d'une dette déterminée, libère le donneur d'ordre, même, si le virement n'a été exécuté qu'à une date postérieure à l'échéance de cette dette?

Lorsqu'il s'agit d'un chèque, sa remise au bénéficiaire met le tireur à l'abri des pénalités liées aux termes. Cette solution est transposable en matière de virement puisque l'émission de l'ordre de virement pour payer une dette est le seul acte requis du débiteur pour effectuer un paiement par virement<sup>431</sup>. Mais il y a une différence de taille entre la remise d'un chèque à un bénéficiaire et l'émission d'un ordre de virement.

D'abord, celui-ci peut être révocable jusqu'à l'inscription au débit du compte de l'émetteur.

Ensuite, le bénéficiaire d'un ordre de virement n'est pas au courant de l'émission de l'ordre et ne sait pas, avant la date fixée, que le débiteur a déclenché le processus de paiement<sup>432</sup>. Cependant, si l'ordre de virement a été remis au bénéficiaire, il produit généralement le même effet que la remise du chèque. Dans les autres cas, les tribunaux français n'exigent

<sup>431</sup> Nicole Catala : La nature juridique du paiement, LGDJ, 1961, n° 81, p. 146 et 148.

<sup>432</sup> M. Cabrillac et J.É. Rives Lange : Virement, *op. cit.*, n° 47, p. 4 et 5.

l'encaissement effectif avant l'échéance de la dette que si l'ordre de virement n'a pas été payé<sup>433</sup>.

## B - Les effets à l'égard du banquier

442. Le banquier doit exécuter l'ordre de virement (2) ; mais il doit, avant tout, procéder à des vérifications (1).

### 1 - Le devoir de vérification

443. L'ordre de virement doit être établi par écrit et un minimum de mentions doivent y figurer. Le banquier doit vérifier l'authenticité du titre et la conformité de la signature du donneur d'ordre à celle du spécimen déposé par ce dernier au moment de l'ouverture du compte. Cette signature doit être manuscrite ; mais les parties peuvent convenir qu'une signature à la griffe ou imprimée soit acceptée. On peut aussi convenir que l'ordre de virement doit porter, non seulement, une signature mais deux ou plusieurs signatures de responsables différents d'une personne morale<sup>434</sup>. La non conformité de la signature ne peut être reprochée à la banque que si elle est manifeste, car le banquier n'est pas tenu de se comporter comme un expert. Il lui suffit de s'assurer de la conformité apparente au spécimen<sup>435</sup> déposé chez lui.

<sup>433</sup> N. Catala : La nature juridique du paiement, *op. cit.*, p. 148.

<sup>434</sup> C. Gavalda et J. Stoufflet : Droit bancaire, *op. cit.*, n° 246, p. 111.  
- Cour d'Appel de Tunis, Arrêt n° 39702, du 14 janvier 1998, *Inédit*.

<sup>435</sup> Gavalda et Stoufflet : *op. cit.*, p. 111.

Cour d'Appel de Tunis, Arrêt n° 39702, du 14 janvier 1998, *Inédit*. « Le banquier est dans l'obligation de vérifier l'authenticité des ordres de virement émis par son client ».

En outre, le banquier doit appliquer, minutieusement, les instructions de son client. Au cas où le banquier doute de la régularité de l'ordre de virement ou s'il soulève un problème d'interprétation, il doit, se référer au client. Le banquier est dégagé de toute responsabilité dès qu'il constate une apparence de régularité ; mais il doit tout de même, être vigilant et attentif à certains faits.

Le banquier du bénéficiaire, quant à lui, n'est pas tenu de vérifier la régularité de l'ordre de virement ; son rôle est réduit à la substitution au banquier du donneur d'ordre dans l'exécution de la passation au crédit du montant débité par le premier banquier, c'est-à-dire celui du donneur d'ordre.

## 2 - L'obligation d'exécuter l'ordre de virement

444. L'exécution de l'ordre de virement résulte, certes, de l'engagement que le banquier avait tacitement promis d'effectuer en faveur du client lors de l'ouverture du compte ; mais l'étendue de cet engagement d'exécuter les ordres de virement peut être limitée conventionnellement.

En effet, chaque opération de virement nécessite l'existence du consentement du banquier ; il ne suffit donc pas qu'il y ait eu consentement au départ, au moment de l'ouverture du compte. Mais s'il accepte, le banquier doit éviter l'exécution tardive (a) et aviser son client (b).

### a) L'exécution tardive

445. Aucune disposition légale n'impose la rapidité dans l'exécution de l'ordre de virement ; mais la doctrine admet unanimement que l'obligation d'exécution doit être faite avec promptitude, car l'exécution tardive peut nuire au donneur d'ordre et au bénéficiaire.

Le banquier répond envers le donneur d'ordre des conséquences fâcheuses du retard<sup>436</sup>. Ainsi, par exemple, le bénéficiaire peut émettre des chèques en pensant que son compte a été crédité ; le retard dans l'exécution de l'ordre de virement alors que le compte est débiteur, le soumet à des poursuites pénales pour émission de chèques sans provision<sup>437</sup>. Il reste que, dans certains cas, le législateur prévoit une exécution rapide. Dans ce cadre, l'article 682 al. 2 du C.C. dispose qu'« il peut être également stipulé que certains virements ne seront point passés en écriture dès réception des ordres directs de l'émetteur ou présentation des titres...»<sup>438</sup>. Mais, outre ce cas, l'exécution de l'ordre de virement reste à la discrétion du banquier qui doit, tout de même, être diligent<sup>439</sup>.

<sup>436</sup> C. Gavalda et J. Stoufflet : Droit bancaire, *op. cit.*, n° 241, p. 109.

<sup>437</sup> Gavalda et Stoufflet : *Ouvrage précité*.

<sup>438</sup> Cour de Cass., Arrêt n° 15718-2002, du 25 mars 2002, *Inédit*. « Le retard dans l'exécution des opérations bancaires constitue une faute de la part du banquier au sens de l'article 244 du C.O.C. ».

<sup>439</sup> La jurisprudence tunisienne consacre cette obligation de diligence dans l'exécution du virement et n'hésite pas à retenir la responsabilité du banquier, V., Tribunal Cantonal de Tunis, Jugement n° 77048, du 1/3/1984, *Inédit*. Tribunal de première instance de Tunis, Jugement n° 47580, du 15/12/1984, *Inédit*. Cour d'appel de Tunis, Arrêt n° 61628, du 24/7/1984, *Inédit*.

En droit français, « Il est acquis qu'au-delà de 8 jours, le banquier est en faute »<sup>440</sup>. Le délai a été consacré par des décisions jurisprudentielles et il est admis généralement par la doctrine. Cependant, l'exécution du virement à l'étranger peut exiger plus de temps, mais un délai de vingt-quatre jours a été jugé excessif<sup>441</sup>.

### **b) L'obligation d'informer le donneur d'ordre**

**446.** Mandataire, le banquier doit informer le donneur d'ordre « dès que la mission est accomplie » et lui fournir les détails nécessaires comme l'exige l'article 1135 du C.O.C..

L'obligation d'informer comporte une obligation de reddition des comptes prévue par l'art. 1136 du C.O.C. qui dispose que « tout mandataire doit rendre compte au mandant de sa gestion, lui présenter le compte détaillé de ses recouvrements avec toutes les justifications que comporte l'usage ou la nature de l'affaire ».

<sup>440</sup> M. Cabrillac : Virement, *op. cit.*, p. 13.

<sup>441</sup> *Idem.*

-Dans un jugement du 19/5/1982, n° 38910, Le tribunal de première instance de Tunis a déclaré qu'un banquier est responsable lorsqu'il n'a pas observé les règles prévues par la législation en matière de change dans l'exécution d'un virement international. Et ce même jugement a retenu la responsabilité de la banque lorsqu'elle a tardé dans l'exécution de l'ordre de virement.

-Cour d'Appel de Tunis, Arrêt n° 39702, du 14 janvier 1998, *Inédit.* « *L'exécution des ordres de virement ne peut être tardive et le banquier est responsable des dommages causés au donneur d'ordre du fait de ce retard.* »

-Cour de Cass, Arrêt n° 23376, du 18 avril 2008, Infos juridiques n° 58-59, décembre 2008, avec les commentaires de Taoufik Ben Nasr.

S'il y a accord entre la banque et son client sur la présentation des ordres de virement par le bénéficiaire, le donneur d'ordre est tenu de renoncer à la faculté de renonciation en vertu de l'article 682 du C.C.

L'obligation de rendre compte est renforcée par l'obligation de restituer les fonds au déposant ou aux personnes désignées par ce dernier.

En pratique, le banquier se borne à adresser au donneur d'ordre un avis de débit, mais ce document est insuffisant. En cas de contestation, le banquier doit fournir un document prouvant qu'il a accompli sa mission conformément aux instructions du donneur d'ordre. Si le banquier n'a pas établi la preuve qu'il avait exécuté l'ordre de virement, il ne serait plus en droit de maintenir l'écriture au débit du compte du donneur d'ordre puisqu'il n'aura pas justifié qu'il a restitué le dépôt à la personne désignée.

### **C - Les effets en cas de faillite**

**447.** Il s'agit essentiellement d'étudier la faillite du donneur d'ordre (1) et la faillite du bénéficiaire (2).

#### **1 - La faillite du donneur d'ordre**

**448.** S'il y a faillite du donneur d'ordre, les ordres de virement émis par lui avant le jugement déclaratif de faillite restent valables et le banquier doit les exécuter conformément à l'article 688 du C.C. Le paiement par virement pendant la période suspecte n'est pas opposable à la masse des créanciers et cette position correspond à la lettre de l'article 462 du C.C.

## 2 - La faillite du bénéficiaire

449. Selon l'article 687 du C.C., « Le donneur d'ordre peut valablement s'opposer à l'exécution de l'ordre de virement, même constaté par un titre délivré au bénéficiaire, à compter du jour du prononcé du jugement déclarant la faillite de celui-ci ». Cette solution est, bien entendu, consacrée dans l'intérêt du donneur d'ordre qui peut se retrouver dans une situation délicate s'il paie un fournisseur en faillite ; ce qui ne lui garantit pas la contrepartie.

## CHAPITRE II

### LES PAIEMENTS PAR CARTES BANCAIRES

450. L'évolution technologique n'a pas manqué de marquer l'activité bancaire qui ne pouvait demeurer en reste du développement des communications électroniques. La monnaie métallique laisse de plus en plus place à la monnaie électronique faisant ainsi éclater les moyens classiques de paiement. De ce fait, la gestion des comptes s'est développée face à la monnaie immatérielle qui se trouve représentée simplement à travers les écritures comptables et les inscriptions en comptes des utilisateurs des cartes bancaires.

L'obligation pour les banques tunisiennes de s'inscrire dans l'orbite du développement des instruments de paiement a généré le recours aux cartes bancaires. Devant le vide législatif, la Banque Centrale de Tunisie a publié une circulaire en date du 1<sup>er</sup> décembre 1986 donnant l'autorisation aux banques de la place d'émettre de nouveaux produits financiers tels que définis par l'article 19 de la circulaire en question<sup>442</sup>.

Cependant, aucune définition législative précise des cartes bancaires n'est prévue exceptée celle de la loi du 9 août 2000 qui dispose que le paiement électronique est «le moyen qui permet

<sup>442</sup> Circulaire n° 86L42, du 1<sup>er</sup> décembre 1986.  
Circulaire n° 86L42, du 1<sup>er</sup> décembre 1986.

d'effectuer les opérations de paiement direct à distance à travers les réseaux publics de télécommunications»<sup>443</sup>.

451. Devant cet état de fait, l'étude des cartes bancaires ne peut être entreprise qu'à travers les contrats conclus entre les banques et les clients titulaires et appelés « les contrats porteurs ». Ces contrats régissent les relations entre les parties concernées ainsi que la responsabilité de chacune d'elles.

Les cartes bancaires sont des moyens pratiques qui, en plus de la sécurité qu'elles offrent, puisqu'elles évitent le transport de sommes d'argent, permettent en même temps d'effectuer à distance plusieurs opérations de paiement, de retrait ou même de crédit<sup>444</sup>.

452. L'étude des cartes bancaires nécessite l'examen du rapport entre la banque et le titulaire de la carte (**Section I**), les relations du créancier avec sa banque (**Section II**) ainsi que la protection de l'utilisation des cartes bancaires elles-mêmes (**Section III**).

<sup>443</sup> La loi n° 2000-83, du 9 avril 2000 relative aux échanges et au commerce électronique, JORT du 11 août 2000, p. 1887.

<sup>444</sup> Bertrand : La pratique des cartes, Paris, 1988.

–Gavalda : Les cartes de paiement, Economica, Paris, 1980. - Huet : Droit de l'informatique et des télécommunications, Litec – Paris, 1989.

–Munoz : Quelques interrogations sur le paiement électronique, Petites affiches, 20 août 2000, n° 171.

## SECTION I : LE RAPPORT ENTRE LA BANQUE ET LE TITULAIRE DE LA CARTE

453. Les relations entre la banque et le client détenteur de la carte de paiement sont régies par un contrat appelé « contrat porteur ». Ce contrat a pour objet de définir les services de paiement et les conditions dans lesquelles le porteur de la carte doit l'utiliser.

Le contrat porteur est un contrat intuitu personae dans lequel la confiance mutuelle prend une part importante dans sa conclusion. L'importance de la personne du vis-à-vis fait que l'établissement de crédit demeure libre de délivrer la carte.

Ces considérations subjectives commandent aussi les conditions de la résiliation du contrat. Le banquier peut, chaque fois où sa confiance est ébranlée, résilier le contrat et demander la restitution de la carte bancaire. Généralement, la résiliation du contrat est matérialisée par la clôture du compte du client.

Une même personne peut bénéficier de plusieurs cartes appelées à opérer sur un même compte. C'est le cas, surtout, des personnes morales dont les dirigeants peuvent être porteurs de cartes et sont, dans ce cas, solidaires avec la personne morale titulaire du compte.

454. Le contrat porteur est constaté par écrit, car l'établissement de crédit est tenu d'informer le titulaire de la carte des modalités juridiques et financières de l'utilisation de

celle-ci. La délivrance de cette carte crée des obligations à la charge de l'émetteur (§1) et d'autres à la charge du porteur (§2).

## **§1 : LES OBLIGATIONS A LA CHARGE DE L'EMETTEUR**

**455.** L'organisme émetteur de la carte assume l'obligation essentielle de permettre au créancier de se faire payer. Le paiement par carte assure au créancier le paiement par son banquier qui se retourne, par la suite, contre le banquier du titulaire de la Carte pour se faire rembourser. Le banquier émetteur agit en qualité de mandataire de son client porteur de la carte. Cette qualité est importante dans la présentation du mécanisme de paiement ainsi que dans l'exécution des obligations de l'établissement émetteur de la carte.

En effet, l'établissement émetteur n'est tenu de payer que dans la mesure où le titulaire de la carte dispose d'un solde créditeur suffisant sur le compte auquel la carte de paiement est rattachée.

Toutefois, l'utilisation de la carte peut être accompagnée d'une garantie de paiement accordée par le banquier ou l'établissement émetteur. Cet accord oblige le banquier à payer les montants des paiements jusqu'à la limite autorisée par lui dans le cadre de l'ouverture de crédit ou des facilités de caisse accordées.

**456.** Le banquier a l'obligation d'effectuer un paiement valable et libératoire pour lui ainsi que pour son client. Il doit, de

ce fait, vérifier la conformité de la signature de l'utilisateur de la carte. Ainsi, le banquier ne saurait valablement assumer son obligation et ne saurait être considéré libéré que lorsqu'il aura procédé aux vérifications nécessaires.

Cette signature est aujourd'hui remplacée par le code confidentiel qui autorise le banquier à payer à condition pour lui d'avoir vérifié l'absence d'opposition. Aussi, lorsque le client a informé le banquier de l'avènement d'une circonstance viciant le mandat, la banque doit s'abstenir de payer et si elle le fait c'est à ses risques et périls. Informé, le banquier doit arrêter le paiement en vertu de la carte et le mandat de payer devient caduc<sup>445</sup>.

## **§ 2 : LES OBLIGATIONS DU PORTEUR**

**457.** Le porteur de la carte bancaire est tenu d'un certain nombre d'obligations qui peuvent être classées en deux catégories. Il assume, en effet, du fait de la carte, des obligations morales (A) et des obligations matérielles (B).

### **A - Les obligations morales du porteur de la carte**

**458.** Le porteur d'une carte bancaire établit un contrat vis-à-vis de la banque émettrice. En vertu de ce contrat, il s'oblige à utiliser la carte, non seulement, selon les stipulations contractuelles, mais aussi, de bonne foi comme le prévoit l'article 243 du C.O.C.

<sup>445</sup> En France, Tribunal de Toulouse, Jugement du 15 février 1981, D. 1981, I.R., Observations, Vasseur.

A ce titre, l'article 72 du «contrat porteur» de la banque de l'Habitat prévoit que le porteur de la carte de paiement internationale est tenu de respecter la législation de change en vigueur au moment de son utilisation.

Le titulaire de la carte a aussi la charge de la signer dès le moment où elle lui aura été remise. Cette signature, dont l'objet est la limitation des usages frauduleux de la carte, doit être conforme à la signature déposée auprès de la banque<sup>446</sup>.

Cette obligation de signature de la carte par son titulaire engendre celle de l'utilisation personnelle de celle-ci. Le principe est que la carte bancaire ne peut être cédée et toute cession opère un changement du porteur ; ce qui impose la conclusion d'un nouveau contrat, puisque l'une des parties aura changé. Cette règle reconnue par la pratique des cartes bancaires en Tunisie prouve que le contrat entre la banque et le client-porteur est un contrat intuitu-personae ; et la considération de la personne du cocontractant constitue un élément important aux yeux de la banque et préside pour la délivrance de la carte.

Le client se doit, afin de préserver ses relations de confiance avec la banque émettrice, de fournir à celle-ci les renseignements demandés sur son identité, sa situation professionnelle et matérielle et de veiller à ce que ces

---

<sup>446</sup> Cour d'appel d'Aix, Arrêt du 25 février 1980, D. 1981, IR, p. 506. La Cour a jugé que « doit être considéré fautif le porteur d'une carte qui n'y appose pas sa signature ».

renseignements soient fiables et vérifiables. L'obligation de diligence dans l'utilisation de la carte commande que le porteur tienne le banquier au courant de tous les changements dans sa situation et, de même, de tous les incidents qui pourraient entacher la sécurité de l'utilisation de la carte tels le vol et la perte<sup>447</sup>.

## **B - Les obligations matérielles du porteur**

**459.** Le titulaire porteur de la carte doit rembourser les montants payés avec la carte (1) et payer des commissions au banquier (2).

### **1) Le remboursement des paiements effectués par carte bancaire**

**460.** La carte bancaire peut être considérée comme un moyen de crédit. La convention entre le porteur et la banque peut, en effet, être fondée sur une autorisation pour le titulaire de payer des sommes d'argent jusqu'à un montant déterminé ou indéterminé. L'article 705 du C.C. prévoit que le crédit consiste en une mise à la disposition du crédit de moyens de paiement. De ce fait, la banque du porteur, dès l'instant où elle reçoit les factures du créancier du titulaire, débite le compte de ce dernier et paie le bénéficiaire.

Le porteur se doit donc de rembourser le banquier lorsque le compte, sur lequel la carte est autorisée de fonctionner,

---

<sup>447</sup> Voir par exemple, Art. 7-2 Carte, S.T.B. Visa Electron.

enregistre un solde débiteur. En effet, la banque agit dans le cadre du contrat porteur en qualité de mandataire de son client. Ce dernier est donc tenu de rembourser toutes les sommes qui ont été payées pour son compte par la banque ; et il ne saurait échapper à cette obligation que dans le cas où il aura formulé une opposition de manière régulière.

Certains contrats prévoient que, lorsqu'une carte est délivrée à une personne morale, la personne physique autorisée à l'utiliser est solidairement responsable du remboursement des montants payés par la banque<sup>448</sup>.

## 2) Le paiement des commissions

461. La délivrance d'une carte bancaire et la gestion de son utilisation constituent un service rendu par la banque au client-porteur de la carte. Le service, qui comporte des risques pour le banquier, n'est pas gratuit. En plus de la cotisation payée par l'utilisateur, ce dernier doit payer des commissions diverses se rattachant à la nature des services proposés et rendus par la banque. Il en est ainsi des commissions d'interbancabilités relatives aux cartes opérant sur des guichets autres que celui de la banque émettrice, des frais de retrait ainsi que les frais enregistrés par le solde débiteur du compte sur lequel la carte est émise.

<sup>448</sup> Par exemple, L'article 9-9 du contrat porteur de la Banque de l'Habitat.

Afin d'éviter tout malentendu entre le banquier et son client, une autorisation est souvent signée par le client permettant au banquier de prélever directement les frais concernés.

Qu'il s'agisse du paiement des frais ou des montants payés par la banque, le client ne peut opposer à son banquier aucune exception opposable à son créancier. Le mandat conféré par le client à la banque est irrévocable et le porteur ne peut opposer à son client la faute commise par lui dans les vérifications et la diligence qui lui incombent au moment du paiement.

## SECTION II : LES RAPPORTS DU CRÉANCIER AVEC SA BANQUE

462. Entre le créancier du porteur de la carte et sa propre banque est conclu un contrat appelé «le contrat fournisseur». Cette convention a pour objet de prévoir les obligations de celui qui accepte de recevoir paiement par carte.

Ce rapport est régi par une convention intuitu personae et concerne essentiellement les contreparties financières et les modalités de l'utilisation de la carte ; il met également en évidence les obligations de l'établissement bancaire du fournisseur (§1) et les obligations du fournisseur lui-même (§2).

## § 1 : LES OBLIGATIONS DE LA BANQUE DU FOURNISSEUR

463. La banque du fournisseur a la charge de verser à ce dernier le montant des sommes qui lui ont été payées au moyen des différentes cartes bancaires. Toutefois, une distinction doit être faite entre les sommes dont le paiement est garanti par la banque du fournisseur et celles dont le paiement n'est pas garanti et qui font généralement l'objet d'une avance.

La convention conclue entre les parties en présence peut prévoir l'engagement par la banque de garantir le paiement de certaines sommes relatives à une seule opération ou à des opérations cumulées. En l'absence d'un tel accord, il n'existe aucune obligation pour le banquier de garantir le paiement au fournisseur. La banque ne se trouve tenue à l'égard de celui-ci que dans le cas où un accord aura été conclu et, en vertu duquel, elle s'engage à effectuer le paiement au fournisseur jusqu'à des montants fixés d'avance.

Il arrive aussi que le banquier du fournisseur demande au banquier émetteur d'honorer le paiement par la carte de son client. Aucun problème ne se pose s'il accepte, sinon aucun paiement n'est effectué et le client fournisseur se retrouve dans l'obligation de rembourser les montants qui lui ont été avancés.

## § 2 : LES OBLIGATIONS DU FOURNISSEUR

464. Le fournisseur affilié au système électronique de paiement par carte est dans l'obligation d'avertir le public de son

affiliation et de son acceptation d'être payé par cartes bancaires. Selon certains «contrats-commerçants», cette signalisation doit revêtir les caractères d'apparence et de permanence aussi bien «à l'intérieur qu'à l'extérieur» des établissements affiliés<sup>449</sup>.

Cette obligation tenant à la publicité engendre une seconde plus importante qui est celle d'accepter d'être payé par carte bancaire. C'est que le commerçant affilié ne peut refuser de recevoir paiement pour quelque motif que ce soit et cela en vertu des contrats conclus, ni même exciper de la modicité de la somme à payer. Il reste, cependant, possible à l'affilié de refuser lorsque certaines circonstances lui permettent de douter de la régularité du paiement.

Il est certain que les commerçants affiliés aux réseaux bancaires courent des risques du fait du paiement par cartes. Aussi peuvent-ils avoir tendance à hausser les prix de leurs services ou de leurs produits lorsqu'ils se font payer par cartes bancaires. Ces pratiques, ayant pour finalité de dissuader l'utilisation et le développement des cartes bancaires, sont interdites par l'ensemble des «contrats commerçants» en Tunisie. A titre d'exemple, nous citerons le cas du contrat commerçant B.H. qui prévoit expressément que le commerçant s'engage à ne pas hausser les prix et tarifs «des produits réglés par cartes».

<sup>449</sup> Par exemple, L'article 2-1 du «contrat commerçant» Banque de Tunisie.

En outre, le fournisseur est tenu d'effectuer les contrôles et les vérifications nécessaires quand il est payé par carte. En dehors de l'identité du porteur de la carte qu'il n'est pas obligé de vérifier, le fournisseur doit s'assurer de la régularité de la carte. Aussi est-il dans l'obligation de vérifier l'acceptabilité formelle de la carte et sa validité. Ce devoir implique pour le commerçant de s'informer sur les oppositions et les fraudes éventuelles et faire signer par le client les factures afin de confronter cette signature avec celle apposée sur la carte.

### **SECTION III : LA PROTECTION DE L'UTILISATION DES CARTES BANCAIRES**

**465.** Les cartes bancaires constituent un moyen simple de retrait, de paiement ou de crédit. Les risques pour le banquier et les tiers sont élevés. Il serait donc intéressant d'étudier la protection de l'utilisation des cartes bancaires sur le plan pénal (§ 1) et ses incidences civiles par rapport au banquier (§ 2).

#### **§ 1 : LA PROTECTION PENALE DE L'UTILISATION DES CARTES BANCAIRES**

**466.** Les abus de l'utilisation des cartes bancaires peuvent revêtir plusieurs formes. Le titulaire de la carte peut dépasser les montants fixés et payer un créancier qui, après avoir accepté ce mode de paiement, reste impayé, la carte pouvant être volée ou falsifiée. Ces manœuvres peuvent constituer des infractions pénales mais aucun texte spécial n'est prévu. Pour cela, et dans le

but de donner une qualification juridique à ces agissements, il faut se référer au droit pénal classique dans la mesure où il n'existe pas de réglementation spécifique pour les cartes bancaires.

L'étude des différents «contrats-porteurs» proposés par les banques tunisiennes permet de relever qu'ils se contentent de stipuler que l'abus est punissable des sanctions prévues par la loi; à titre d'exemple, l'article 13 des conditions générales de fonctionnement de la carte de paiement U.I.B. prévoit que «tout usage abusif ou frauduleux de la carte U.I.B. est passible des sanctions prévues par la loi concernant l'utilisation des moyens de paiement».

Ainsi, les délits d'escroquerie, d'abus de confiance, de vol ou même d'abus de blanc seing peuvent être retenus contre toute personne qui utiliserait abusivement une carte bancaire.

Il reste que le recours au droit pénal classique a été critiqué par la doctrine étrangère qui s'est insurgée contre l'application du droit commun aux mauvaises utilisations des cartes bancaires<sup>450</sup>. Il en découle que la référence à la loi relative à la fraude par le biais des moyens informatiques du 2 août 1999 pourrait être utile afin d'encadrer au mieux les cartes bancaires et assurer leur efficacité.

<sup>450</sup> Lucas de Leyssac, Note sous cass., 14 novembre 1983, D. 1984, p. 465. - Hervé Groze, J.C.P., 1985 -II- 20450.

## § 2 : LA RESPONSABILITE CIVILE DU BANQUIER

467. En remettant une carte bancaire à un client, le banquier crée un risque et une éventualité d'abus dérivant de l'utilisation de la carte. A ce titre, la banque est tenue d'observer une certaine prudence pour la délivrance (A) et la gestion des moyens de paiement et de retraits électroniques (B).

### A - L'obligation de prudence du banquier

468. Lors de la fourniture des cartes bancaires, le banquier est tenu de s'assurer de l'identité du client ainsi que de son assiette financière et de sa moralité. Le banquier est dans l'obligation de vérifier les documents présentés par le client mais ne voit pas, pour autant, sa responsabilité dérogée si ceux-ci apparaissent réguliers quant à leur forme. En pratique, les cartes ne sont délivrées qu'après une période plus ou moins longue qui permettrait au banquier de s'assurer du fonctionnement du compte appartenant à son client.

Mais le banquier assume une obligation de diligence après la délivrance de la carte. Il doit, ainsi, veiller à l'exécution des ordres du client et surtout ceux relatifs à l'opposition formulée à temps par le titulaire victime d'un vol ou d'une fraude. Le banquier qui omet de bloquer le paiement par carte, alors que l'opposition du client est formulée à temps, peut être poursuivi par ce dernier. La jurisprudence française estime, en effet, que la

banque est responsable de la gestion et du bon fonctionnement des moyens techniques offerts à la clientèle<sup>451</sup>.

Il est, au demeurant, utile de se demander si l'opposition doit obéir à certaines formalités. En d'autres termes, cette opposition doit-elle être formulée par écrit ? La jurisprudence comparée permet de dégager des solutions rigoureuses qui alourdissent la charge de responsabilité qui pèse sur le banquier<sup>452</sup>.

Le risque de vol et de perte sont effectifs et le préjudice pour le titulaire de la carte peut s'avérer très élevé. Pour cela, certains contrats porteurs, tel le contrat «carte STB CIB Nationale», prévoient que l'opposition peut être effectuée par tous les moyens électroniques, tels la télécopie, le télex ou le télégramme, mais n'évoque pas le téléphone. En effet, ceci peut être compréhensible dans la mesure où le problème de preuve qui pourrait se poser ici viendrait du fait qu'il serait difficile pour le client de prouver un appel téléphonique, comme il est peu concevable pour la banque de se fier à un client qui déclare avoir formulé une opposition par téléphone<sup>453</sup>. Il demeure que le banquier, en tout état de cause, se doit d'être à l'écoute de son client et répond de son imprudence vis-à-vis de celui-ci.

<sup>451</sup> Cour de Cass., Arrêt du 8 octobre 1991, D. 1991, p. 581, note Vasseur.

- La Cour de cassation française a même déclaré que pèse sur la banque l'obligation de mettre en œuvre les moyens nécessaires pour éviter les fraudes, Cour de Cass. com., Arrêt du 22 octobre 1998, J.C.P., 1999, éd. E, 1101.

<sup>452</sup> Cour d'Appel de Caen, Arrêt du 24 juin 1993, J.C.P., éd. E., 1993, 1283.

<sup>453</sup> Article 7-2 du contrat-porteur indiqué.

## B - La responsabilité du banquier du fait de la gestion des moyens électroniques

469. Les moyens techniques permettant le fonctionnement des cartes bancaires sont tenus par les banques qui en assurent la maintenance et la fiabilité. Cependant, la pratique a prouvé que des pannes importantes dues à la qualité ou même à l'utilisation du système peuvent être à l'origine de graves préjudices pour les titulaires de cartes. Le mauvais fonctionnement peut, en effet, causer de faux paiements et permettre l'appauvrissement injuste des porteurs. L'examen des contrats-porteurs en Tunisie permet de relever que les banques prévoient des clauses limitatives de responsabilité des banquiers. A titre d'exemple, le contrat-porteur «STB-CIB Nationale» stipule que la banque «n'assume aucune responsabilité en cas d'arrêt technique ou de mauvais fonctionnement des équipements ... ou de coupure électrique. La responsabilité se limite à remettre dans les meilleurs délais en service les équipements».

Cette clause couvre, d'une manière irréfutable, le banquier au détriment du client qui assumerait une lourde responsabilité due à un fonctionnement defectueux des machines électroniques dont le banquier est le seul gardien. Comment concevoir alors qu'un propriétaire gardien de la chose puisse dégager sa responsabilité?

La doctrine comparée a, depuis longtemps, appelé à la reconnaissance d'une présomption à la charge du banquier qui

doit être considéré comme le seul responsable de sa technique puisqu'il est, de surcroît, un professionnel<sup>454</sup>.

Cette responsabilité se confirme dans la mesure où il existe à la charge de la banque émettrice l'obligation de mise à la disposition des utilisateurs du matériel nécessaire au bon fonctionnement des cartes. Ces équipements sont utilisés, à la fois, par les titulaires des cartes et les commerçants affiliés.

Toutefois, pour la cour de cassation, la banque n'encourt aucune responsabilité dès lors que le retrait de sommes d'argent a été effectué normalement avec la mention « autorisé » et sans aucun incident, d'autant plus que le demandeur au fond n'a pas rapporté la preuve qu'il n'a pas reçu les sommes débitées sur son compte<sup>455</sup>.

<sup>454</sup> Vasseur : Le paiement électronique, Aspects juridiques, JCP, 1985, 3206.

- Cette position a été même adoptée par la recommandation européenne du 17 novembre 1988;

<sup>455</sup> Cour de Cassation, Arrêt n° 43122-2009, du 2/3/2010, *Inédit*.

## CHAPITRE III

### LA LETTRE DE CHANGE

**470.** Connue aussi sous le vocable «traite», la lettre de change constitue l'instrument de crédit par excellence. Mettant en rapport trois parties, le tireur, créancier, le tiré, débiteur, et un tiers bénéficiaire, la lettre de change permet à son porteur d'obtenir des liquidités avant l'échéance qui y est portée.

Le banquier est souvent sollicité par son client qui, en dehors de l'escompte, le mandate pour recouvrer, à l'échéance, le montant de la lettre de change. Etant un titre purement formaliste, la lettre de change ne vaut que par sa forme et obéit à certaines conditions lors de son émission (**Section I**) qui assurent sa circulation (**Section II**) et son paiement (**Section III**).

#### SECTION I : LES CONDITIONS D'ÉMISSION DE LA LETTRE DE CHANGE

**471.** La lettre de change est un écrit qui doit obéir à des conditions de forme (§1) et à des conditions de fond (§2).

##### §1 : LES CONDITIONS DE FORME

**472.** L'article 269 du C.C. prévoit que la lettre de change doit revêtir certaines mentions obligatoires nécessaires à sa validité (**A**) tout en laissant aux parties le soin de convenir d'autres conditions (**B**).

## A- Les mentions obligatoires de la lettre de change

473. Des sanctions frappent la lettre de change (2) si elle ne remplit pas les conditions de forme requises (1).

### 1) Les mentions requises pour la validité de la lettre de change

474. Les conditions de validité formelle de la lettre de change sont énumérées par l'article 269 du C.C. qui prévoit pas moins de huit mentions devant figurer sur le dit effet.

#### a) La dénomination de la lettre de change

475. L'appellation de la lettre de change doit être indiquée, expressément et sans équivoque, sur le titre émis. Le formalisme caractérisant le droit de la lettre de change exige que la nature du titre soit indiquée en toutes lettres.

#### b) Le mandat pur et simple de payer

476. Bien qu'employé par le législateur, le terme «mandat» requis pour la validité de la lettre de change ne doit pas être pris dans le sens du mandat de droit civil. Le mandat de payer représente un ordre donné par le tireur et beaucoup plus qu'une invitation ou une prière de payer. Cet ordre consiste en plus à payer une somme d'argent indiquée sur la lettre de change en chiffres et en lettres et cette indication en lettres l'emporte sur le libellé en chiffres tel que le prévoit l'article 272 du C.C.

La lettre de change peut être libellée en monnaie étrangère et le paiement s'effectue selon la monnaie du pays du lieu de

paiement selon le cours qui y est pratiqué au moment du paiement.

#### c) Le nom du tiré

477. Selon l'article 269 du C.C., la lettre de change doit comporter le nom de celui qui doit payer. Ce dernier est le tiré et comme il est, en principe, le véritable obligé, c'est à lui que le porteur de la lettre de change devrait s'adresser pour demander le paiement.

Toutefois, et puisque l'article 270 du C.C. prévoit que la lettre de change «peut être tirée sur le tireur lui-même», le tiré peut être en même temps le tireur.

#### d) L'indication de l'échéance

478. L'échéance est très importante en matière de lettre de change, car elle permet à tout obligé de se fixer sur son engagement et permet au porteur de demander le paiement à la date indiquée. Il reste, aussi, que l'intérêt de l'échéance est de permettre l'exercice des recours cambiaires et la détermination des délais de prescription.

Cette importance se vérifie à travers l'article 293 du C.C. qui dispose que la lettre de change ne peut être tirée qu'à vue, à un certain délai de vue, à un certain délai de date ou à jour fixe. Le tireur n'a donc aucune liberté pour fixer d'autres échéances en dehors de ces cas expressément prévus puisque l'article 290 du

C.C. précise que «les lettres de change, soit à d'autres échéances, soit à échéances successives, sont nulles».

#### **e) Le lieu de paiement de la lettre de change**

**479.** La lettre de change est payable au domicile du tiré qui est tenu de son paiement. Toutefois, l'article 270 du C.C. permet au tireur d'indiquer un autre lieu et celui-ci correspond généralement à l'adresse d'un tiers. Ce dernier n'est pas pour autant un obligé en vertu de l'existence de son domicile sur la lettre de change.

En pratique, la domiciliation est faite chez un banquier qui tient les comptes du tiré et qui doit payer lorsque la traite est présentée au paiement à l'échéance. Le banquier ne paie que lorsqu'il aura reçu en même temps l'ordre de payer la lettre de change domiciliée et lorsque le compte du client le permet.

Il en serait de même lorsque le tiré bénéficie d'une ligne de crédit de la part du banquier domiciliataire ou lorsque celui-ci consent à lui accorder des facilités de caisse ou se trouve engagé, vis-à-vis de lui, par des engagements par signature.

Mais lorsque le lieu du paiement n'est pas spécifié sur le titre, l'article 269 du C.C. prévoit que le lieu désigné à côté du tiré est réputé être celui du paiement ainsi que celui du domicile du tiré.

#### **paiement doit être fait**

**480.** La condition du nom de celui auquel ou à l'ordre duquel le paiement doit être fait est relative au bénéficiaire de la lettre de change. Par cette exigence, le législateur veut éviter l'émission des lettres de change au porteur.

#### **g) La date et le lieu de création de la lettre de change**

**481.** La date de création de la lettre de change est importante en la matière, car c'est de celle-ci que dépendra le décompte de la prescription du titre. La date doit se composer du jour, du mois et de l'année afin de permettre à tous les signataires d'être à même de mesurer l'étendue de leur engagement et de vérifier, s'il en est, la capacité du tireur.

Quant au lieu de création de la traite, nous pensons qu'il ne présente aujourd'hui un intérêt pratique que lorsqu'il s'agit d'une lettre de change internationale et qu'un problème de conflits de lois dans l'espace est posé.

#### **h) La signature du tireur**

**482.** Le tireur est à l'origine de la création de la lettre de change. Sa signature exprime son engagement sur le terrain cambiaire ; et il devient le principal obligé à partir de ce moment puisque l'article 275 du C.C. précise, dans son dernier alinéa, «qu'il y ait ou non acceptation, le tireur seul est tenu de prouver, en cas de dénégation, que ceux sur qui la lettre de change était

tirée avaient provision à l'échéance, sinon il est tenu de la garantie, quoique le protêt ait été fait après les délais fixés».

## 2) Les sanctions des mentions obligatoires

483. L'article 269 du C.C. précise que la lettre de change dans laquelle l'une des mentions citées ci-haut fait défaut ne vaut pas comme telle. Le titre auquel manque l'une des conditions de forme exigées par l'article 269 du C.C. est déclassé et peut, à la limite, servir comme une reconnaissance de dette ou même comme une présomption simple de créance<sup>456</sup>.

Devant la rigueur de cette sanction, le législateur est intervenu pour suppléer les défauts de forme frappant la lettre de change. L'intervention s'est dessinée à un triple niveau. D'abord, le cas de l'absence d'indication de l'échéance, ensuite, celui du défaut d'indication du lieu de paiement et, enfin, celui de l'absence d'indication sur la lettre de change du lieu de son paiement.

Cette intervention du législateur en vue de reconstituer le titre est commandée par la volonté de sauvegarder la lettre de change à travers son caractère formel.

<sup>456</sup> Tribunal de première instance de Tunis, Jugement du 31 décembre 1963, R.J.L., 1964, p.778.

- Tribunal de première instance de Tunis, Jugement du 8 mai 1972, R.J.L., 1974, p. 13.

- Cour d'appel de Tunis, Arrêt n° 31133, du 2 février 1972, R.J.L., 1972, p. 953.

- Cour de cassation, Arrêt n° 2469, du 27 février 1964, R.J.L., 1965, p. 454.

484. Les parties peuvent convenir de certaines conditions lors de l'émission de la lettre de change. En plus des mentions obligatoires, la traite peut être stipulée non endossable, non acceptable ou comporter les mentions sans frais ou être revêtue de la mention à intérêts.

### 1) La lettre de change non endossable

485. La lettre de change peut voir sa circulation limitée ou même interdite grâce à la mention «non endossable». Tirée au profit du seul tireur, celle-ci étant nominative, elle ne peut être payée qu'à la personne dont le nom y est indiqué.

### 2) La lettre de change non acceptable

486. Il est aussi possible de tirer une lettre de change en stipulant qu'elle est non acceptable. Cette mention interdit au porteur de présenter la traite à l'acceptation du tiré avant de la présenter au paiement. Mais comme on sait qu'une lettre de change circule mieux et plus facilement lorsqu'elle est acceptée ou acceptable, la mention non acceptable est très rare en pratique.

### 3) La lettre de change sans frais ou sans protêt

487. Le principe énoncé par l'article 307 du C.C. est que le refus du paiement ou d'acceptation de la lettre de change doit obligatoirement être constaté par un protêt. Ce dernier étant un acte dressé par huissier, permet au porteur d'exercer ses recours contre les garants. Lorsque la traite est

stipulée sans protêt, le porteur qui se heurte à un refus peut entamer les procédures en paiement sans faire dresser protêt.

Aux termes de l'article 309 du C.C., la clause sans protêt peut être inscrite à la demande du tireur, d'un endosseur ou même d'un avaliseur. Les effets de cette clause diffèrent selon qu'elle a été insérée par l'un de ces signataires. Si elle a été stipulée par le tireur, elle produit «ses effets à l'égard de tous les signataires» de la traite ; mais si c'est un endosseur ou un avaliseur qui l'a inscrite, elle n'a d'effets qu'à l'égard de ce dernier.

#### 4) La stipulation d'intérêts

488. L'article 271 du C.C. prévoit que les parties peuvent convenir, à la demande du tireur, que les montants de la lettre de change sont productifs d'intérêts. Toutefois, ceci ne peut avoir lieu que dans les cas des lettres de change payables à vue ou à un certain délai de vue. Cette clause doit donc être réputée non écrite dans les autres cas.

## §2 - LES CONDITIONS DE FOND

489. La lettre de change est un acte de commerce par la forme. En tant que tel, elle est un acte juridique qui doit obéir aux conditions de fond prévues par les articles 2 à 7 du code des obligations et des contrats. Seulement, l'application de ces conditions ne doit pas occulter les spécificités de la lettre de change au niveau de la capacité (A) et de la cause (B).

## A- La capacité

490. L'étude de la capacité exige de passer en revue le mineur qui n'exerce pas d'activité commerciale (1) et le failli (2).

### 1) Le mineur non commerçant

491. L'article 213 du C.C. est formel sur la question. Un mineur non commerçant ne peut souscrire valablement des lettres de change. Ainsi, selon les dispositions de cet article, les traites *souscrites par des mineurs non commerçants sont nulles à leur égard sauf les droits respectifs des parties conformément à l'article 13 du code des obligations et des contrats*».

Le mineur ne peut faire le commerce au sens de l'article 6 du code de commerce que s'il est âgé de dix huit ans ou qu'il a obtenu l'émancipation absolue.

Seulement, la nullité ne frappe que le titre et, l'obligation restant valable, le mineur doit restituer les sommes dont il a profité au titre de la lettre de change et ceci, en vertu des dispositions de l'article 13 du code des obligations et des contrats qui ne permet pas au mineur de s'enrichir injustement.

Il est, cependant, important de remarquer que la nullité de l'engagement du mineur n'atteint pas les engagements valablement pris par les autres signataires de la lettre de

change en vertu du principe de l'indépendance des signatures sur lequel repose le droit cambiaire.

## 2) Le failli :

492. Aux termes de l'article 457 du C.C., le jugement déclarant la faillite d'un commerçant entraîne, à partir de sa date, la perte des droits d'administration et de disposition de ses biens par le failli. Ce dernier est donc frappé d'incapacité. Cette règle est aussi prévue par l'article 6 du C.O.C. C'est le syndic de la faillite qui entreprend les actes et les procédures nécessaires au lieu et place du failli qui peut engager les actions rentrant dans le cadre de la conservation de ses droits, mais ne peut signer une lettre de change, car le jugement déclaratif de faillite le déchoit de ses droits<sup>457</sup>.

## B- La cause

493. La lettre de change, comme tout engagement juridique, doit être pourvue de cause. Comme on a pu le déclarer, «sauf insanité d'esprit, il n'y a point d'engagement sans cause»<sup>458</sup>. Si la cause n'existe pas, on ne saurait parler d'existence d'obligation à la charge de celui qui s'engage. Mais la lettre de change pose un problème particulier qui

<sup>457</sup> Tribunal de première instance de Tunis, Jugement n° 149, du 3 mai 1965, R.J.L., 1965, p.147.

<sup>458</sup> M. Contamine Raymond : Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base, *op. cit.*, p. 413 et suivantes.

concerne la cause illicite. La pratique a développé la notion d'effets de complaisance dont il faut cerner les contours (1) et la sanction (2).

### 1) La notion de lettre de change de complaisance

494. Une lettre de change peut être tirée sur la base d'une cause illicite ou immorale et en l'absence de tout rapport de droit valable.

En réalité, la doctrine comparée a distingué entre deux définitions des lettres de change de complaisance. Les bons effets de complaisance, dont l'objet est de procurer du crédit à une personne dans le besoin, et les mauvais effets destinés «à tromper les tiers sur les relations existant entre les signataires et qui, dans l'esprit des parties, ne doivent pas contraindre le complaisant à décaisser effectivement la somme indiquée»<sup>459</sup>.

Cette distinction n'a aucun mérite à notre sens, car, même en l'absence d'illicéité de la cause, l'effet de complaisance est dans, tous les cas, appelé à circuler et à tromper les tiers sur le crédit que représente la lettre de change tirée sans cause<sup>460</sup>.

Cette notion d'effet de complaisance est appréciée différemment selon le système juridique dans lequel on se situe. En effet, dans les systèmes germaniques et les systèmes anglo-saxon, la notion de cause n'existe pas puisque les

<sup>459</sup> Ripert et Roblot, *précité*, p. 190.

<sup>460</sup> Idem, même page.

premiers ignorent la cause et les seconds tiennent compte de la «considération» ; et il n'existe donc pas de discussion sur la notion d'effets de complaisance<sup>461</sup>. C'est pour cela que, dans les systèmes juridiques causalistes, comme le notre, il ne peut exister de lettre de change valable sans l'existence d'une cause licite aux termes de l'article 67 du code des obligations et des contrats.

Le danger des effets de complaisance est de donner une apparence trompeuse de crédit, comme le banquier qui, en connaissance de cause, ou, qui, au vu des circonstances, ne pouvait ignorer la situation de son client, accepterait à l'escompte des lettres de change à titre de complaisance.

## 2) La sanction des effets de complaisance

495. L'effet de complaisance constitue un engagement sans cause ou fondé sur une cause illicite ou immorale. A ce titre, il doit être sanctionné par la nullité, dans la mesure où il «est contraire à l'ordre public parce qu'il détourne l'outil cambiaire de sa fonction en en faisant l'instrument d'une tromperie à l'égard des tiers afin d'obtenir un crédit sur la base d'une opération fictive»<sup>462</sup>.

Cette nullité ne peut, en tout cas, être opposée aux tiers de bonne foi qui, en vertu du principe de la solidarité des

<sup>461</sup> Dabin (Jean) : Fondements du droit cambiaire Allemand, collection scientifique de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 1959, p. 13 et suivantes.

<sup>462</sup> Cabrillac : La lettre de change dans la jurisprudence, Bib. tech., 1974, p. 136.

signatures, peuvent agir contre n'importe quel signataire de la lettre de change. Serait alors de bonne foi, tout porteur qui n'a pas eu connaissance de la complaisance au moment où il a reçu le titre<sup>463</sup>.

Il reste utile de préciser que la jurisprudence française a admis le droit au porteur de mauvaise foi d'agir contre son endosseur sur la base de l'action en enrichissement sans cause<sup>464</sup>.

Cette solution serait acceptable en droit tunisien sur la base de cette même action ou sur le fondement de l'article 77 du code des obligations et des contrats qui prévoit que «ce qui a été payé» pour une cause contraire à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs, peut être répété»<sup>465</sup>.

## SECTION II : LA CIRCULATION DE LA LETTRE DE CHANGE

496. La circulation de la lettre de change lui confère sa caractéristique principale en tant qu'instrument de crédit. Elle est garantie par des mécanismes prévus par le législateur qui sont la provision (§1), l'acceptation (§2) et l'endossement (§3).

<sup>463</sup> Lescot et Roblot, *Ouvrage précité*, p. 975.

<sup>464</sup> Cour de Cass. Com., Arrêt du 11/3/1959, B. civ., 1959, III, n° 133.

- Cour de Cass. com., Arrêt du 26/6/1977, B. civ., 1977, IV, n° 177.

<sup>465</sup> Tribunal de première instance de Tunis, Jugement n° 1323, du 20/10/1963, R.J.L., 1964, p.792.

- Tribunal de première instance de Tunis, Jugement n° 69, du 8 mars 1973, R.J.L., 1974, p. 39.

## §1 : LA PROVISION DE LA LETTRE DE CHANGE

497. L'étude de la provision de la lettre de change exige l'examen de ses sources (A) et de sa preuve (B).

### A- Les sources de la provision

498. La provision de la lettre de change est la créance du tireur à l'encontre du tiré. Etant une créance de somme d'argent, la provision peut n'exister qu'à l'échéance de la lettre de change. Aux termes de l'article 275 du C.C., «il y a provision si, à l'échéance de la lettre de change, celui sur qui elle est fournie est redevable au tireur ... d'une somme d'argent au moins égale au montant de la lettre de change». En vérité, les sources de la provision peuvent être d'origines diverses.

La lettre de change peut être tirée contre une fourniture de marchandises, et la créance représente alors le prix de vente, ou résulte d'une prestation de services, d'une ouverture de crédit, d'un solde d'un compte courant ou même d'une remise d'effets de commerce.

Cette créance qui peut n'exister qu'au jour de l'échéance, doit être certaine, liquide, disponible, exigible et au moins, selon l'alinéa 2 de l'article 275 du C.C., égale au montant de la lettre de change.

Ces caractéristiques ne peuvent être vérifiées qu'au jour de l'échéance et non pas au jour de l'émission de la traite. Cette

exigence tire son fondement du rôle de la lettre de change qui est un instrument de crédit beaucoup plus qu'un instrument de paiement.

### B- La preuve de la provision

499. L'article 275 du C.C. prévoit que « l'acceptation suppose la provision. Elle en établit la preuve à l'égard des endosseurs ». Cette présomption pose le problème de savoir si elle peut souffrir de la preuve contraire. En d'autres termes, est-elle une présomption irréfutable?

Après une certaine hésitation, la jurisprudence tunisienne ainsi, d'ailleurs, que la jurisprudence comparée sont arrivées à considérer que cette présomption doit être appréciée différemment selon que l'on se place dans le cadre du rapport tiré-tireur ou dans celui du porteur-tiré<sup>466</sup>.

Lorsqu'il s'agit des relations tiré-tireur, la présomption est simple, et le tiré peut exciper de tous les moyens de défense pour prouver le défaut de provision. La solution serait contraire lorsque le tiré est actionné en paiement par le porteur. Ce dernier ne peut se voir opposer aucun moyen de défense de la part du tiré, car la présomption est irréfutable dans ce cas<sup>467</sup>. Il n'en demeure pas moins que c'est le tireur qui

<sup>466</sup> Req., Arrêt du 13 février 1928, D. 1929, 1. p. 13, Note, Cheron.

- Cour de Cass. Com., Arrêt du 12 juillet 1971, J.C.P., 1971, 2. p. 759.

<sup>467</sup> Cour d'appel de Tunis, Arrêt n° 227698, du 29 novembre 1967, R.J.L., 1969, p.369. - Tribunal de première instance de Tunis, Jugement n° 356, du 26 avril 1973, R.J.L., 1974, p.445.

est tenu de prouver qu'il a fourni provision. Seul responsable de la création de la traite, l'alinéa dernier de l'article 275 du C.C. en fait le véritable garant de la provision.

En cas de contestation et même s'il y a eu acceptation de la lettre de change, le tireur est tenu, pour se décharger de la garantie qui pèse sur lui, de prouver qu'il a fourni provision et ceci, même, lorsqu'il se trouve face à un porteur négligent qui a fait dresser le protêt «après les délais fixés».

**500.** La provision se transmet en même temps qu'est transférée la lettre de change ; et le nouveau porteur acquiert un droit sur la provision dès que la lettre de change lui est transmise. La remise de l'effet emporte, donc, le transfert de la propriété de la lettre de change au nouvel endossataire. Le banquier qui accepte un effet à l'escompte devient propriétaire de la provision dès la remise du titre par le client et non pas à partir de l'inscription de son montant sur le compte du client<sup>468</sup>. Il reste, tout de même, que ce principe et, essentiellement, dans les relations du banquier avec son client remettant, n'est pas d'ordre public, et les parties peuvent convenir d'une autre date<sup>469</sup>.

- Tribunal de première instance de Tunis, Jugement n° 1416, du 13 mars 1974, R.J.L., 1975, p.293.

<sup>468</sup> Cour de Cass. com., Arrêt n° 20 mars 1962, J.C.P., 1962, 2, 12747.

<sup>469</sup> Ripert et Roblot, *op. cit.*, n° 1978.

- Cour de Cass. com., Arrêt du 14 décembre 1970, Rev. Banque, 1971, p. 411.

## §2 : L'ACCEPTATION DE LA LETTRE DE CHANGE

**501.** L'acceptation est l'acte par lequel le tiré prend l'engagement de payer la lettre de charge à son échéance. Elle fait naître une présomption à la charge du tiré qui reconnaît avoir reçu provision de la part du tireur. Cette signature, manifestant l'engagement cambiaire du tiré, appelle l'étude de la présentation de la lettre de change pour acceptation (A) et les effets de celle-ci (B).

### A- La présentation à l'acceptation

**502.** L'article 283 du C.C. prévoit dans son paragraphe 1 que la lettre de change «peut être, jusqu'à l'échéance, présentée à l'acceptation du tiré». Ces dispositions prouvent que la lettre de change n'est pas soumise obligatoirement à l'acceptation. Celle-ci reste en principe facultative.

Cependant, la présentation à l'acceptation peut être obligatoire dans certains cas du fait de la loi ou par la volonté des parties. Ainsi, le paragraphe 5 de l'article 283 du C.C. dispose que la traite à un certain délai de vue doit obligatoirement être présentée dans «le délai d'un an» à partir de sa date.

Le tireur ou tout autre endosseur peut ajouter sur la lettre de change une stipulation rendant la présentation de la lettre de change pour acceptation par le tiré obligatoire.

La présentation à l'acceptation peut être interdite puisque le tireur peut prévoir une clause interdisant la présentation de la lettre de change pour acceptation. Toutefois, cette clause n'est pas valable dans tous les cas, dans la mesure où l'article 283 al. 3 du C.C. la déclare nulle lorsque la lettre de change est payable chez une tierce personne domiciliée en dehors de la localité dans laquelle le tiré a son domicile.

### B- Les effets de l'acceptation

503. L'acceptation, qui est l'engagement du tiré sur le terrain cambiaire, est une garantie importante pour les signataires de la lettre de change, puisqu'elle renforce les droits des porteurs successifs et permet une circulation facile de l'effet<sup>470</sup>.

En vertu de cette signature, le tiré devient le principal obligé de la lettre de change, car l'acceptation suppose la provision et purge les exceptions que le tiré pouvait opposer aux porteurs. Ces derniers voient aussi leurs droits sur la provision définitivement fixés, puisque le tireur ne peut plus disposer librement de sa créance qui est, irrévocablement, sortie de son patrimoine.

<sup>470</sup> Cour de Cass., Arrêt n° 2006/1295, du 29 septembre 2006, *Inédit*. Dans les rapports porteur-tiré accepteur, le défaut du protêt n'a aucune influence sur les droits du porteur de la lettre de change.

## § 5 : L'ENDOSSEMENT DE LA LETTRE DE CHANGE

504. L'endossement est le moyen de faire circuler la lettre de change qui lui permet de jouer pleinement son rôle d'instrument de crédit. Cependant, il convient de préciser que l'endossement peut revêtir trois formes différentes dont les effets varient selon que l'on soit en face d'un endossement translatif (A), d'un endossement pignoratif (B) ou d'un endossement de simple procuration (C).

### A- L'endossement translatif

505. Par l'effet de l'endossement translatif, l'endosseur transmet à l'endossataire tous les droits qu'il détenait en vertu de la lettre de change. Cet endossement, qui peut être à personne nommément désignée, en blanc ou, enfin, au porteur, n'est valable que lorsque le dernier porteur justifie qu'il est porteur légitime et qu'il a acquis la lettre de change suite à une chaîne ininterrompue d'endossements, comme l'exige l'article 279 du C.C.

Contrairement à l'acceptation, l'endossement ne peut pas être partiel ni soumis à aucune condition. A ce titre, l'article 276 du C.C. est clair et considère toute condition stipulée non écrite.

Devant intervenir à tout moment et jusqu'aux délais pour faire dresser protêt, l'endossement effectué après est considéré comme une cession de créance ordinaire<sup>471</sup>.

<sup>471</sup> Cour d'Appel de Tunis, Arrêt n° 51824, du 16 Janvier 1960, R.J.L., 196 ; p. 303.

L'endossement régulièrement fait transmet à l'endossataire tous les droits nés de la lettre de change. Celui-ci devient porteur de l'effet ; et aucun des signataires à l'égard desquels il peut agir en paiement ne peut lui opposer une exception quelconque. L'endosseur, quant à lui, s'engage aussi cambiament à l'égard des autres signataires de la lettre de change par l'effet de l'endossement translatif de propriété.

### **B- L'endossement pignoratif**

**506.** L'endossement consiste à remettre la traite à un créancier sous forme de gage. Cette technique est très utilisée par les banquiers, car elle tend à garantir les crédits à court terme. C'est que ce dernier, porteur de la lettre de change, l'endosse à son banquier à titre de garantie. Mais en acquérant ledit effet, celui-ci n'en devient pas, pour autant, propriétaire. Ainsi, il n'est pas autorisé à le réendosser en pleine propriété à un tiers, même, s'il conserve le droit d'être payé par le tiré lorsque le client endosseur ne lui rembourse pas la créance garantie par la lettre de change.

En sa qualité de gagiste, l'endossataire doit conserver l'effet, et assume sa responsabilité en cas de perte, détérioration ou de négligence découlant de la perte des délais de protêts ou de prescription.

### **C- L'endossement a titre de procuration**

**507.** La lettre de change peut être remise par le porteur à l'endossataire dans le but d'en recouvrer le montant. Il s'agit d'un mandat de recouvrement qui est confié à l'endossataire. Ce mandat doit figurer sur le titre endossé, même si la jurisprudence a, depuis longtemps, affirmé que, dans les rapports de l'endosseur et de l'endossataire la procuration peut être prouvée par tous les moyens et même au delà des stipulations portées sur le titre<sup>472</sup>.

L'endossataire agit en qualité de mandataire et ne peut prétendre être le propriétaire de l'effet. En cette qualité, il peut endosser le titre et peut se voir opposer, par tout signataire, les exceptions opposables à l'endosseur. En sa qualité de mandataire, l'endossataire assume la responsabilité de tout mandataire selon les règles du droit commun ; mais, s'agissant du banquier dont le service est rémunéré, sa responsabilité doit être appréciée par rapport à celle du mandataire salarié conformément à l'article 1132 du code des obligations et des contrats.

<sup>472</sup> Cour d'appel de Tunis, Arrêt n° 27707, du 17 Janvier 1968, R.J.L., 1969, p. 375.  
- Cour d'appel de Tunis, Arrêt n° 2662, du 9 novembre 1966, R.J.L., 1969, p. 349.

### SECTION III : LE PAIEMENT DE LA LETTRE DE CHANGE

**508.** Les droits au paiement du porteur sont assurés dès le moment où il se présente à l'échéance (§1) et qu'il est de bonne foi ; ce qui lui permet de se prévaloir du principe de l'inopposabilité des exceptions (§2).

#### §1 : LE RESPECT DE L'ECHEANCE

**509.** La rigueur du droit cambiaire commande pour le porteur de présenter la lettre de change au paiement à l'échéance portée sur celle-ci. Le tiré n'est pas obligé de payer par anticipation et ne peut, non plus, imposer au porteur un paiement avant l'échéance. Bien plus, l'article 296 du C.C. prévoit que « *le tiré qui paie «avant l'échéance le fait à ses risques et périls»* ».

La rigueur de l'échéance se fonde aussi sur les principes de l'article 338 du C.C. qui prévoit dans son alinéa 2 que les délais de grâce sont interdits.

Il reste, cependant, admis qu'un report conventionnel d'échéance peut intervenir dans le but de proroger l'exigibilité de la traite. Ainsi, les parties peuvent, soit prévoir une nouvelle date d'échéance sur l'effet, soit convenir de l'émission d'un nouveau titre appelé effet de renouvellement.

### §2 : LE PRINCIPE DE L'INOPPOSABILITE DES EXCEPTIONS

**510.** Le porteur de la traite se trouve protégé à l'égard de tous les signataires de la lettre de change qui ne peuvent, en vertu de l'article 280 du C.C., lui opposer aucun moyen qui paralyserait son droit au paiement. En effet, selon ledit article, «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».

Le porteur a droit au paiement dès lors qu'il est de bonne foi et qu'il n'a pas, au moment de l'acquisition de l'effet, l'intention de mettre le tiré en difficulté. Mais il n'en est pas ainsi des vices apparents du titre comme le cas de manque d'une des mentions obligatoires rendant l'effet irrégulier en la forme. La connaissance du vice affectant la lettre de change ou toute entente frauduleuse met en échec le droit au paiement du porteur<sup>473</sup>.

<sup>473</sup> Cour de Cass., Arrêt n° 2005/1294, du 21 septembre 2007, *Inédit*. Les personnes actionnées en paiement d'une lettre de change ne peuvent se prévaloir d'aucune exception à l'égard du porteur de bonne foi.

## CHAPITRE IV

### LE BILLET A ORDRE

**511.** Le billet à ordre se distingue de la lettre de change dans la mesure où il constitue un effet de commerce mettant en rapport deux personnes seulement. En effet, le billet à ordre est un titre par lequel une personne, appelée souscripteur, s'engage envers une autre, dénommée bénéficiaire, à payer à cette dernière ou à son ordre une somme d'argent déterminée à une date déterminée.

Il est utile de signaler que le billet à ordre ne constitue pas un acte de commerce par la forme. De la nature de l'engagement dépendra la nature civile ou commerciale du billet à ordre ; ce qui constitue, une différence fondamentale avec la lettre de change qui constitue par la volonté du législateur, un acte de commerce par la forme.

**512.** Par ailleurs, le billet à ordre se distingue de la lettre de change, car il ne peut pas faire l'objet d'une acceptation. En effet, par l'émission du billet à ordre, le souscripteur s'engage à payer la somme déterminée à l'échéance. Cette règle résulte de l'article 344 du Code de commerce qui dispose que « *le souscripteur d'un billet à ordre est obligé de la même manière que l'accepteur d'une*

*lettre de change* ». Telles sont les principales différences entre le billet à ordre et la lettre de change.

513. Cependant, il existe un point sur lequel demeure une controverse doctrinale. Il s'agit de la provision. En effet, certains auteurs<sup>474</sup> estiment que le billet à ordre, à l'instar de la lettre de change, comporte une provision. D'autres auteurs<sup>475</sup> pensent, au contraire, que le billet à ordre ne comporte pas de provision.

Le premier courant doctrinal fonde sa position sur la situation du souscripteur du billet à ordre. Selon l'article 344 du Code de commerce, « *le souscripteur d'un billet à ordre est obligé de la même manière que l'accepteur de la lettre de change* ». Ainsi, la situation du souscripteur du billet à ordre serait comparable à celle du tiré de la lettre de change plutôt qu'à celle du tireur.

La dette du souscripteur envers le bénéficiaire constitue le rapport fondamental. Ce rapport de droit constitué par la dette du souscripteur envers le bénéficiaire serait la provision d'après ces auteurs. Ainsi, cette provision (la dette du souscripteur envers le bénéficiaire) pourrait faire l'objet d'une transmission, par le bénéficiaire, par le biais de l'endossement. Le bénéficiaire pourrait la transmettre au premier endossataire qui la transmettra à son tour.

<sup>474</sup> Hamel, Lagarde et Jauffret : *op. cit.*, n° 1496.

<sup>475</sup> Gavalda et Stoufflet : *op. cit.*, n° 139.

Le second courant doctrinal qui s'oppose à celui que l'on vient de présenter milite en faveur de l'inapplicabilité de la théorie de la provision au billet à ordre. Tout d'abord, les articles régissant le billet à ordre ne font aucun renvoi ni mention aux dispositions traitant de la provision en matière de lettre de change. Ensuite, ce courant doctrinal estime que la théorie de la provision est exclue pour le billet à ordre en raison de l'assimilation du souscripteur du billet à ordre au tireur d'une lettre de change. La provision étant la créance du tireur envers le tiré en matière de lettre de change, il ne peut y avoir de provision dans le billet à ordre puisque les qualités du tireur et du tiré se trouvent alors confondues. Il ne peut donc y avoir de créance d'une personne sur l'autre.

514. Au-delà de ces différences non négligeables avec la lettre de change, force est de constater que le billet à ordre reste, tout de même, soumis aux dispositions applicables à la lettre de change. En effet, l'article 341 du C.C. renvoie à plusieurs articles se rapportant au régime de la lettre de change et ce, tant que ces dispositions sont compatibles avec la nature du billet à ordre. Il convient donc de consacrer notre étude aux particularités relatives à l'émission (**Section I**) ainsi qu'à celles concernant le paiement et les recours (**Section 2**).

## SECTION I : L'EMISSION DU BILLET A ORDRE

515. La création du billet à ordre nécessite le respect de certaines conditions. Il convient donc d'étudier les conditions de

forme (§1) puis les conditions de fonds nécessaires à la validité de cet effet de commerce (§2).

### §1 : LES CONDITIONS DE FORME

516. Le législateur ne fait pas de référence explicite à l'exigence de l'écrit. Malgré cela, l'écrit s'impose pour le billet à ordre comme pour la lettre de change. Le billet à ordre peut-être un acte sous seing privé, ce qui est le plus souvent le cas, ou un acte authentique.

Par ailleurs, les conditions de forme du billet à ordre sont prévues par articles 339 et 340 du C.C. On constate une quasi-similitude avec les dispositions de l'article 269 du C.C. applicable à la lettre de change à l'exception de la mention du tiré qui est remplacé (à quelques différences près) par le souscripteur. Comme pour la lettre de change, le législateur a mis en place des dispositions supplétives concernant certaines mentions.

Ainsi, lorsque l'échéance n'est pas indiquée, le billet à ordre est considéré comme étant payable à vue. S'agissant du lieu de paiement, l'article 340 alinéa 3 du C.C. dispose qu'à défaut d'indication, « *le lieu de création du titre est réputé être le lieu du paiement, et en même temps, le lieu du domicile du souscripteur* ».

Concernant le lieu de création, l'article 340 « in fine du C.C. vient suppléer le défaut de son indication en prévoyant

que « *le billet à ordre, n'indiquant pas le lieu de sa création, est considéré comme souscrit dans le lieu désigné à côté du nom du souscripteur* ». L'intérêt du lieu de création du billet à ordre réside dans la détermination, entres autres, du tribunal territorialement compétent en cas de litige (art. 36-4° du C.P.C.C.).

### §2 : LES CONDITIONS DE FOND

517. Les conditions de fond applicables à la lettre de change sont valables pour le billet à ordre sauf les règles applicables à la capacité.

Le billet à ordre n'étant pas un acte de commerce par la forme, son signataire ne doit pas nécessairement disposer de la capacité requise en matière commerciale.

La capacité exigée est alors celle prévue par le droit commun.

## SECTION II : LE PAIEMENT ET LES RECOURS

518. Plusieurs dispositions prévues pour la lettre de change sont encore applicables au billet à ordre. Ceci se vérifie au niveau des garanties de paiement (§1) ainsi qu'au niveau des recours (§2).

### §1 : LES GARANTIES DE PAIEMENT

519. A l'exclusion des mécanismes incompatibles avec la nature du billet à ordre (acceptation, provision), les garanties

présentent pas de spécificité par rapport à la lettre de change.

Aussi à propos de l'endossement, l'article 311 du C.C. se contente de renvoyer à l'article 277 du même code applicable à la lettre de change.

Il en est de même pour les règles relatives à la solidarité et à l'inopposabilité des exceptions, puisque l'article 341 du C.C. renvoie à l'article 310 du même code. Chaque signataire du billet à ordre reste tenu solidairement envers le porteur.

S'agissant de l'aval, nous nous devons de préciser que les règles qui le régissent en matière de lettre de change sont applicables au billet à ordre. A cet égard, l'article 343 du C.C. renvoie aux dispositions de l'article 289 dudit code relatives à l'aval de la lettre de change.

## §2 : LES RECOURS EN CAS DE DEFAULT DE PAIEMENT

**520.** La situation du porteur d'un billet à ordre impayé est comparable à celle du porteur de la lettre de change.

Face au souscripteur, le porteur impayé d'un billet à ordre bénéficie des mêmes prérogatives que celles du porteur d'une lettre de change à l'égard du tiré accepteur. De plus, si le porteur est le bénéficiaire du billet à ordre, il peut exercer, outre les recours de droit cambiaire, l'action fondée sur le rapport de base appelé rapport fondamental.

521. Concernant les délais, il faut préciser que les recours contre le souscripteur se prescrivent par trois ans à partir de l'échéance du billet à ordre, alors que les recours en paiement du porteur contre les endosseurs se prescrivent par le délai d'un an à compter du protêt ou de l'échéance si le billet à ordre est stipulé sans frais.

En outre, le délai de prescription est ramené à six mois seulement s'agissant des recours des garants entre eux.

Le chèque peut être défini comme étant l'ordre donné par le tiré au porteur, qui est le banquier ou l'établissement financier, d'acquiescer, de payer au bénéficiaire une somme d'argent déterminée.

Celle-ci devant être disponible au moment de l'émission du chèque, fait de celui-ci un moyen de paiement et une preuve instrumentaire de crédit. Le développement du chèque a vu le rôle du banquier ainsi que sa responsabilité évoluer tout au long de la

<sup>17</sup> Ibid., in: *op. cit.*, p. 106.  
<sup>18</sup> Ibid., in: *op. cit.*, p. 106.  
<sup>19</sup> Ibid., in: *op. cit.*, p. 106.

## CHAPITRE V

### LE CHEQUE

**522.** Le chèque, réglementé par les articles 346 à 412 ter du C.C., n'a pas été défini par le législateur. Ayant une fonction économique considérable, il est en liaison étroite avec l'activité bancaire. Etant à la fois un instrument de paiement et de retrait de sommes d'argent, le chèque présente un intérêt certain pour les agents économiques et même pour l'Etat. En plus de l'avantage qu'il présente en ce qu'il évite le transport des sommes d'argent, il permet d'agir sur l'inflation.

Le chèque peut être défini comme étant l'ordre donné par le tireur au tiré, qui est la banque ou l'établissement financier assimilé, de payer au bénéficiaire une somme d'argent déterminée<sup>476</sup>.

Celle-ci devant être disponible au moment de l'émission du chèque, fait de celui-ci un moyen de paiement et non pas un instrument de crédit. Le développement du chèque a vu le rôle du banquier ainsi que sa responsabilité évoluer tant au niveau de la

<sup>476</sup> Hirsh : Le centenaire du chèque bancaire. Banque, 1996, p. 195.

-Jeantin : Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, 6ème édition, 1992.

-Kovarik Que faut-il savoir sur le chèque bancaire, P.A. 4,5,7 et 14 août 1989.

création de ce moyen de paiement (**Section 1**) qu'au niveau son paiement (**Section II**).

## **SECTION I : LE BANQUIER ET LA CREATION DU CHÈQUE**

**523.** Le chèque doit remplir des conditions de forme (§1) et de fond essentielles pour sa validité (§2).

### **§ 1 : LES CONDITIONS DE FORME**

**524.** Le chèque est un écrit (A) qui doit comprendre certaines mentions obligatoires (B).

#### **A- L'écrit**

**525.** Il ressort des articles 346 alinéa 1 et 347 du C.C. que le chèque est un «titre». De ce fait, et même si la loi ne le spécifie pas d'une manière plus explicite, le chèque est un écrit. Cette obligation reste de rigueur même devant le développement de la gestion électronique des moyens de paiement. L'essor des techniques virtuelles ne devrait pas supprimer le support matériel du chèque<sup>477</sup>.

L'écrit est valable, a-t-on pu dire depuis un arrêt rendu par la Cour d'Aix en France, même s'il est rédigé par les parties ou l'une d'elles sur un papier libre<sup>478</sup>. Mais cette liberté

<sup>477</sup> L'article 373 du C.C. prévoit que «la présentation du chèque à une chambre de compensation ou par un moyen électronique d'échanges informatiques qui dispense de la présentation matérielle, équivaut à une présentation au paiement».

<sup>478</sup> Cour d'Appel d'Aix, Arrêt du 14 novembre 1958, D. 1959, 1. p. 154.

n'existe pas en pratique dans la mesure où le chèque a pris de l'importance et est devenu un instrument important dont les effets sur l'économie peuvent être néfastes dans le sens où le chèque est assimilé à la monnaie.

Préparé par les banques, sur des formulaires préétablis, le chèque contient un numéro de série et le numéro du compte sur lequel il est tiré et qui appartient au tireur. Ces références servent de preuve de paiement à la fois pour le tireur, le tiré et le bénéficiaire. Aussi faut-il admettre que cette liberté de rédiger les formules de chèques par les parties ne peut plus être admise puisque l'article 410 du C.C., modifié depuis la loi du 3 avril 1996, prévoit que le banquier doit «mettre à la disposition des titulaires de comptes des formules de chèques» qui peuvent être d'un montant plafonné. Cette obligation de fournir les chèques n'incombe qu'au banquier qui, seul, est tenu de juger de l'opportunité de permettre au client bénéficiaire du compte de tirer des chèques comme le prévoit l'alinéa 5 de l'article 410 du C.C., qui n'a pas été modifié par la loi n° 2007-37 du 4 juin 2007 modifiant et complétant certains articles du code de commerce<sup>479</sup>.

#### **B- Les mentions obligatoires du chèque**

**526.** La validité du chèque requiert, selon l'article 346 du C.C., la réunion de six conditions cumulatives.

<sup>479</sup> Voir la loi n° 2007-37, du 4 juin 2007, JORT, 6 juin 2007, p. 1857.

## 1) La dénomination du chèque

527. Le titre émis par le tireur doit obligatoirement comporter la mention indiquant qu'il s'agit d'un chèque. L'article 347 du C.C. dispose clairement que le défaut de l'une des mentions prévues par l'article 346 du même code fait perdre au chèque toute valeur et ne vaut pas comme tel<sup>480</sup>.

Cependant, les formules sont préparées par le banquier qui les délivre au client pour les utiliser. Et si la dénomination de « chèque » ne figure pas sur le formulaire, la responsabilité du client dérivant de ce défaut ne saurait être engagée.

En effet, l'article 410 du C.C. prévoit que « tout établissement bancaire doit ouvrir un compte de chèques pour tout client qui le lui demande. Il doit mettre à la disposition des titulaires de comptes de chèques des formules de chèques devant comporter les mentions fixées par circulaire de la Banque Centrale de Tunisie ». Le banquier a le devoir de préparer les formulaires de chèques ; et l'absence d'une mention ne peut servir de prétexte pour ne pas payer le chèque ou le rejeter.

Le tribunal de première instance de Tunis a jugé, pourtant, dans le sens contraire en déboutant le porteur d'un titre dans lequel il manquait la dénomination de « chèque »

<sup>480</sup> Cour de Cass., Arrêt n° 43746, du 5 mars 1992, Bull. des arrêts de la C.Cass., 1992, p. 108.

sur la base des articles 346 et 347 du C.C.<sup>481</sup>. Estimant qu'en vertu de l'article 410 dudit code et 547 du C.O.C., la banque est seule habilitée à préparer les formules de chèques et qu'elle ne peut se prévaloir de sa faute, la Cour de cassation a déclaré que « la banque n'est pas en droit d'opposer les insuffisances qui lui incombent »<sup>482</sup>.

Mais la Cour suprême a vite opéré un revirement et a déclaré que la banque n'assume aucune responsabilité du fait de l'absence d'une mention obligatoire et a fait une application pure et simple des articles 346 et 347 du C.C.<sup>483</sup>. Elle a, en effet, déclaré que « le chèque ne peut être considéré comme tel si l'une des mentions obligatoires fait défaut ».

## 2) Le mandat pur et simple de payer

528. Le chèque doit indiquer que le tireur donne au tiré le mandat de payer le montant du chèque au bénéficiaire. Le banquier agit en tant que mandataire du client, tireur, et tenant la gestion du compte de celui-ci.

Seulement, le terme mandat ne devrait pas être pris dans le sens pur du droit civil, car le banquier agit à la place du tireur et paie la dette de ce dernier à l'égard du bénéficiaire,

<sup>481</sup> Tribunal de première instance de Tunis, Jugement n° 927 du 21 novembre 1997, *Inédit*. Dans le même sens, Cour d'appel de Tunis, Arrêt n° 55251, du 27 avril 1999, *Inédit*.

<sup>482</sup> Cour de cassation, Arrêt n° 2117, 2004, du 21 octobre 2004, *Inédit*.

<sup>483</sup> Cour de cassation, Arrêt n° 1380, du 27 septembre 2006, *Inédit*.

- Grua, Contrats bancaires, Economica, Paris, 1990. p 126.

mais accomplit en même temps son obligation de restitution de fonds à l'égard de son client tireur du chèque et titulaire d'un compte auprès de lui.

Ce mandat, qui ne peut souffrir d'aucune condition, peut être révoqué par le tireur dans certains cas bien précis énumérés à l'article 354 du C.C. Cette révocation, qui se présente sous forme d'opposition au paiement effectuée par le tireur, ne peut intervenir que pour les motifs spécifiés par le législateur et toute opposition irrégulière peut être levée par le juge à la demande du porteur du chèque.

Le mandat de payer doit préciser, en outre, le montant que le banquier doit honorer. En pratique, ce montant est mentionné en chiffres et en lettres et, si une contradiction entre les deux s'est avérée, c'est le montant en lettres qui devrait être pris en considération et ce, aux termes de l'article 355 du C.C.

### 3°) Le nom du tiré

529. En matière de chèque, le tiré est le banquier qui doit payer le montant du chèque au bénéficiaire en exécution du mandat qui lui est confié. Le tiré est, obligatoirement, une banque ou un centre postal ou tout établissement financier qui leur est assimilé par la loi. Selon l'article 348 du C.C., ne peut être considéré comme un chèque tout titre tiré sur une personne ou institution autre que celles désignées par la loi.

### 4) La désignation du lieu où doit s'effectuer le paiement

530. Le chèque doit comporter le lieu où son paiement doit être effectué. C'est, en principe, l'adresse ou les références de l'agence bancaire ou l'institution financière dans laquelle est tenu le compte du tireur.

Si ce lieu n'est pas indiqué, selon l'article 347 du C.C., *«le lieu indiqué à côté du nom du tiré est réputé être le lieu de paiement ; si plusieurs lieux sont indiqués à côté du nom du tiré, le chèque est payable en premier lieu indiqué... et à défaut le chèque doit être payé au lieu où le tiré a son adresse principale».*

### 5) L'indication de la date et du lieu de création du chèque

531. Il s'agit, en fait, de deux conditions différentes qui sont la date de création du titre de paiement et son lieu. Ces deux mentions sont différemment appréciées.

Le lieu de création est important pour le règlement des conflits de lois lorsqu'il s'agit d'opérations de paiement internationales, mais sert aussi pour le contrôle des changes. Un résident ne peut, par exemple, tirer librement un chèque libellé en monnaie étrangère sur une banque tunisienne au profit d'un bénéficiaire résident.

Mais malgré cela, le législateur intervient pour suppléer les lacunes éventuelles en indiquant que, lorsque le lieu de

création n'est pas indiqué, le lieu désigné à côté du nom du tireur est censé être le lieu de création du chèque.

**532.** La date d'émission du chèque doit s'entendre du jour, du mois et de l'année. Elle permet, d'une part, de se fixer sur la capacité du tireur, d'apprécier l'existence de la provision et sert de référence pour le calcul de la prescription, d'autre part. Ce qui montre l'intérêt de ces mentions, c'est leur protection de la part du législateur puisqu'une amende est prévue par l'article 409 du C.C. qui interdit aussi la post-date des chèques.

#### **6) La signature du tireur du chèque**

**533.** L'ordre de payer donné par le client à son banquier ne vaut que par la signature du premier qui est le tireur. Un chèque non revêtu de la signature du tireur n'a aucune valeur juridique. Cette signature doit être apposée de la main du tireur, contrairement aux autres mentions du chèque qui sont aujourd'hui imprimées sur les formules de chèques faites sur des tirages en séries. Elle doit être manuscrite ; et le tiré n'est libéré que lorsque le paiement aura été fait au bénéficiaire sur la base d'une signature conforme à celle qui est déposée chez lui par le tireur.

### **§ 2 : LES CONDITIONS DE FOND**

**534.** Le chèque met en présence trois parties. Le tiré (A), le tireur (B) et le bénéficiaire (C).

**535.** Le tiré ne peut être qu'une banque ou un établissement financier qui lui est assimilé. L'importance du chèque, en tant que monnaie scripturale, explique cette exigence.

L'article 409 du C.C. prévoit une amende dont le montant est de 6% du montant du chèque contre toute personne qui tirerait un chèque sur un établissement autre que ceux indiqués par la loi.

#### **B- Les conditions relatives au tireur du chèque**

**536.** Le tireur du chèque doit être capable au sens du droit civil dans la mesure où le chèque n'est pas un acte de commerce. Le mineur âgé de moins de dix huit ans et qui n'a pas obtenu l'émancipation ne peut pas émettre de chèque. D'ailleurs, même s'il dispose d'un compte courant, celui-ci ne peut fonctionner que par l'intermédiaire et sous la seule signature de son tuteur légal.

La majorité civile étant requise, l'interdit et le failli ne sont pas autorisés à émettre des chèques. A ce titre, l'article 457 du C.C. prévoit que le jugement déclaratif de faillite dessaisit le failli de l'administration ainsi que de la disposition de ses biens.

Lorsque le titulaire du chéquier est une personne morale, le chèque doit être signé par son représentant doté des pouvoirs nécessaires à cet effet. L'établissement financier, tiré, détient, en plus des documents sociaux, le spécimen de signature ainsi que

les pouvoirs de représentation et de signature engageant la personne morale concernée.

### **C- Les conditions relatives au bénéficiaire du chèque**

537. Le bénéficiaire du chèque ne pose aucun problème particulier. Le chèque peut comporter le nom du bénéficiaire ou être libellé au porteur ou même sans indication du bénéficiaire. Le nom de celui-ci n'est pas indiqué parmi les conditions de validité du chèque et n'est donc pas une mention obligatoire.

## **SECTION II : LE BANQUIER ET LE PAIEMENT DU CHEQUE**

538. Le paiement du chèque est une opération fort délicate et présente beaucoup de risques pour le banquier. Celui-ci peut, en effet, voir sa responsabilité engagée lors du paiement du chèque (§1) ainsi qu'à l'occasion du refus de paiement du chèque (§2).

### **§ 1 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS LE PAIEMENT DU CHEQUE**

539. En délivrant des formules de chèques, le banquier crée une apparence de solvabilité et de confiance en la personne du titulaire du chéquier. Pour cela, il se doit d'être diligent et averti dans la délivrance des formules de chèques (A) et d'effectuer un paiement régulier et libératoire pour dégager sa responsabilité (B).

## **chéquiers**

540. La banque n'est pas obligée d'ouvrir un compte à tous les clients qui le demandent ; elle est libre de choisir son client auquel elle doit remettre le chéquier (1) qu'elle prend le soin de préparer (2).

### **1) Le choix du client**

541. Comme il a été exposé ci-dessus, le banquier est libre d'ouvrir ou de refuser l'ouverture d'un compte au client qui le sollicite. Cette liberté ne se retrouve pas au niveau de la délivrance du carnet de chèques. Afin de se prémunir contre toute action en responsabilité, le banquier doit, tout de même, se renseigner sur son client demandeur de chéquier. En effet, la délivrance de formules de chèques est un droit pour tout client titulaire d'un compte ouvert auprès de tout établissement bancaire. Ce droit est tempéré lorsqu'il s'agit de délivrer le chéquier pour la première fois au client demandeur, car une obligation de renseignement pèse sur la banque.

Aux termes du paragraphe 2 de l'article 410 du code de commerce, tel que modifié par la loi du 3 avril 1996, la banque doit, avant toute remise de chéquier pour la première fois, «s'informer auprès de la Banque Centrale de Tunisie sur la situation du titulaire de compte conformément à l'article 411 sexties du présent code et en conserver justification ».

542. La Banque Centrale de Tunisie est, en effet, détentrice de tous les renseignements ayant trait aux utilisateurs de chèques. Elle est dépositaire de toutes les informations par l'intermédiaire du service de la centrale des chèques impayés. La demande de renseignement présentée par la banque doit être écrite et doit recevoir une réponse de la Banque Centrale de Tunisie dans les deux jours ouvrables dans les banques à partir de la date de son dépôt et ce, conformément aux dispositions de l'article 411 sexties nouveau du C.C. tel que modifié par la loi du 4 juin 2007. La Banque Centrale de Tunisie est, ainsi, obligée de donner les informations concernant les interdictions provisoires et judiciaires de détention et d'utilisation de formules de chèques ainsi que les incidents de paiement.

La banque avertie doit assumer ses responsabilités et peut, malgré les informations recueillies, délivrer des chéquiers au client interdit. Mais une question ne manque pas de se poser à ce niveau. Quelle est, en effet, la nature juridique de cette interdiction ?

S'il s'agit d'une incapacité, tout chèque tiré malgré l'interdiction ne peut pas être payé par la banque. Seulement, cette solution serait préjudiciable pour les bénéficiaires de chèques et servirait de « couvertures » pour les banquiers négligents. Il ne peut s'agir, en fait, que d'une déchéance ; et le banquier doit, conformément à la circulaire de la Banque

Centrale de Tunisie numéro 96/5, payer les chèques émis par un tireur ayant fait l'objet d'une interdiction.

Cette solution est plus conforme à la loi puisque l'article 410 ter alinéa 3 nouveau du code de commerce prévoit que le banquier doit également demander au tireur, faisant l'objet d'enregistrement d'un incident de paiement, de lui remettre les formules de chèques qui lui ont été précédemment délivrées.

Cette injonction faite au banquier de reprendre les chéquiers auprès de son client indélicat est sanctionnée par l'obligation faite à ce dernier de payer les chèques émis sur lui par le client dès le moment où la situation du compte permet le paiement.

Cependant, la pratique a prouvé que les banques tunisiennes demandent automatiquement aux clients tireurs de chèques sans provision de leur remettre les formules de chèques restées entre les mains.

Et de surcroît, l'article 412 bis du code de commerce met à la charge du banquier l'obligation de payer « jusqu'à concurrence de 5.000 dinars, même en cas de défaut ou d'insuffisance de provision, le montant de tout chèque tiré sur lui au moyen de formules remises au tireur après l'interdiction *qui lui a été faite d'utiliser les formules de chèques en blanc et malgré la notification qui lui a été faite par la Banque Centrale* ».

Le banquier, qui a payé le chèque émis dans ces conditions, conserve le droit d'agir contre le bénéficiaire éventuel de ce chèque et peut se substituer dans toute action possible à son client, conformément à l'article 412 bis du code de commerce.

## 2) La remise de formules de chèques

543. Lorsqu'elle a entrepris les démarches nécessaires pour obtenir les renseignements concernant son client, la banque doit, selon les termes de l'article 410 du code de commerce, remettre «des formules de chèques devant comporter » les mentions légales prévues par l'article 346 du même code.

Il reste que, si le banquier est dans l'obligation de délivrer un chéquier au client, il garde une liberté entière quant à la nature des chèques qu'il entend lui remettre. Ainsi, peut-il ne délivrer que des formules « utilisables pour un retrait direct » ou seulement des chèques barrés ou encore des chèques non endossables ou autres chèques à provision plafonnée.

Cette liberté laissée au banquier est fondée sur les risques que peut comporter l'utilisation du chèque qui constitue une arme économique dont les conséquences peuvent être redoutables. En plus, la responsabilisation du banquier et le choix qui lui est reconnu permettent de prévenir les incidents de paiement et, partant, de diminuer les dommages causés par l'émission de chèques sans provision.

544. La préparation des formules de chèques est de l'apanage du banquier qui, seul, est tenu, selon l'article 410 du code de commerce, de les mettre à la disposition des clients.

Ces chèques doivent remplir les conditions de forme requises par l'article 346 du code de commerce ; et le banquier ne peut exciper de sa faute ou de sa négligence pour refuser le paiement d'un chèque au motif qu'il ne comporte pas l'une des conditions énumérées par ledit article<sup>484</sup>.

## B- Le paiement du chèque

545. Le banquier est tenu de payer tous les chèques émis par le titulaire du compte dès l'instant où la situation du compte l'y autorise. Cependant, dans certains cas, le banquier se trouve obligé de payer les chèques tirés sur lui même en l'absence de provision et ceci, lorsqu'ils sont d'un certain montant (1) ou quand le chèque a été émis conformément à une convention d'ouverture de crédit ou de facilités de caisse (2).

### 1- Le paiement de chèques d'un certain montant

546. Selon le paragraphe 4 de l'article 374 du code de commerce, la banque est dans l'obligation de payer tous les chèques tirés sur elle par ses clients dont le montant est « inférieur ou égal à 20 dinars ». Cependant, cette obligation

<sup>484</sup> Cour de cassation, deuxième arrêt, Gattar.

demeure soumise à deux conditions essentielles. La première concerne l'exigence d'un montant égal ou inférieur à 20 dinars ou à une valeur équivalente lorsque le chèque est libellé en devises, alors que la seconde dérive de l'article 374 sus-visé lui-même, qui dispose, dans son cinquième paragraphe, que « l'effet de cette obligation de payer prend fin un mois après l'expiration du délai de présentation du chèque au paiement prévue par l'article 372 du code de commerce ».

Il va de soi que ces chèques que la banque doit payer par la volonté du législateur ne font pas l'objet de la procédure prévue pour les chèques sans provision. En effet, cette obligation à la charge des banquiers de payer les chèques dont le montant est égal ou inférieur à vingt dinars, constitue une présomption légale d'ouverture d'un crédit irrévocable au profit de tout client qui se fait délivrer un chéquier.

La banque qui a payé a, en vertu du dernier paragraphe de l'article 374 du code de commerce, le droit de débiter le compte du tireur et ce, dans les limites des montants qu'elle a pu avancer aux bénéficiaires.

Cette obligation de payer à la charge du banquier connaît des limites et ceci, essentiellement, dans le cas d'une opposition au paiement formulée par le tireur. Dans ce cas, il faut considérer que la provision, qui est fournie en vertu de la présomption légale d'ouverture de crédit, est indisponible. Il est, tout de même, entendu que l'opposition ne peut être

valable que dans les cas limitativement énumérés par le paragraphe 1 de l'article 374 du code de commerce, à savoir la perte, le vol du chèque ou encore la faillite du porteur.

## **2- Le paiement des chèques fondé sur un crédit ou des facilités de caisse**

547. L'émission d'un chèque sur un établissement bancaire ou assimilé suppose l'existence d'une provision disponible, c'est-à-dire liquide. Cette liquidité se résume dans le fait que le montant de la provision du chèque est, à la date de son émission, à la portée du bénéficiaire sans que le tiré n'accomplisse aucune formalité quelconque pour matérialiser son existence ou la confirmer.

La provision peut résulter de l'existence d'une somme d'argent équivalente au montant du chèque ou de tout engagement de la part du banquier d'honorer les chèques tirés sur lui par le client titulaire du compte. L'article 348 du code de commerce prévoit, en termes clairs, que le chèque ne peut être tiré que sur un banquier ou une institution assimilée *« ayant, au moment de la création du titre, des fonds à la disposition du tireur et conformément à une convention expresse ou tacite d'après laquelle le tireur a le droit de disposer de ces fonds par chèques »*.

La provision doit donc exister à la date de l'émission du chèque même si la cour de cassation semble avoir opté pour une solution souple et pratique en estimant que la

provision doit être vérifiée à la date de la présentation du chèque car, c'est à ce moment que le délit d'émission de chèque sans provision est constitué<sup>485</sup>.

Selon l'article 411 nouveau du code de commerce, le banquier est passible d'une amende égale à 40% du montant du chèque ou du « *reliquat de la provision sans qu'elle ne puisse dépasser trois mille dinars* », lorsque le tireur du chèque retourné par la banque disposait d'une ouverture de crédit (a) ou bénéficiait d'une facilité de caisse(b).

#### *a) Le chèque et l'ouverture de crédit*

548. Nous avons pu exposer que l'ouverture de crédit est un contrat selon les termes de l'article 705 du code de commerce et selon la place qu'elle occupe parmi les contrats commerciaux<sup>486</sup>.

La révocation du crédit a été réglementée dans l'article 706 du même code et le banquier qui ne respecte pas les procédures établies pour dénoncer le crédit consenti, encourt une responsabilité pénale aux termes de l'article 411 nouveau du code de commerce. Dans ce cas, l'écrit joue un rôle important dans la preuve du crédit et dans la justification de la rupture, par la banque, du crédit initialement alloué ; ce qui ne peut être le cas des facilités de caisse.

<sup>485</sup> Cour de Cass. Crim., Arrêt n° 5659, du 10 avril 2004, *Inédit*.

<sup>486</sup> Voir, *Infra*.

549. La Banque Centrale de Tunisie a émis une circulaire, depuis 1978, enjoignant aux banques de la place de faire constater par écrit les facilités de caisse consenties dans le cadre d'un compte courant. Il est, ainsi, certain que l'écrit exigé change la nature des facilités de caisse qui ne sont, en fait, qu'une tolérance ou un service rendu par la banque aux clients.

La condamnation que risque le banquier, en cas de rupture abusive des facilités de caisse, est justifiée par la répétition et l'habitude de celui-ci de rendre service à son client en payant les chèques émis sur lui par ce dernier.

Devant l'amalgame provoqué par l'article 411 nouveau du code de commerce entre crédit et facilités de caisse, deux positions peuvent être prises. Considérer que la banque est responsable même si la facilité n'est pas accordée par écrit ou bien alors se retrancher derrière la circulaire de 1978 et maintenir que la banque ne peut être poursuivie que dans le cas d'une facilité de caisse consentie par écrit.

La jurisprudence de la Cour de cassation est établie et demeure constante depuis 1983, même si au niveau des juges du fond des flottements sont décelés. En effet, pour la Cour suprême, le tireur d'un chèque retourné sans paiement pour défaut de provision, ne peut se prévaloir de l'existence d'une couverture que lorsqu'il arrive à prouver que la banque lui a

alloué des facilités de caisse par écrit. C'est donc la circulaire de 1978 qui doit prévaloir dans l'administration de la preuve d'une facilité de caisse.

Les juges du fond, ont souvent essayé de venir en aide aux clients poursuivis pour délits d'émissions de chèques sans provision en ordonnant, en matière pénale, des expertises ou en se basant sur des relevés de comptes produits par les clients<sup>487</sup>.

Dans l'un des arrêts rendus le 14 juin 2001, la Cour de cassation a déclaré qu' « attendu que le délit d'émission de chèque sans provision est un délit formel et que, de surcroît, la facilité de caisse dont bénéficiait le prévenu n'était pas consentie par écrit... »<sup>488</sup>.

Force est donc de constater que la Cour suprême a le souci, à travers cette position, de rappeler que le chèque est un

<sup>487</sup> Tribunal de première instance de Tunis, Jugement n° 28412, du 16 janvier 1996, *Inédit*.

-Cour d'Appel de Tunis, Arrêt du 6 mai 1997, *Inédit*.

<sup>488</sup> Cour de Cass. com., Arrêt n° 6981, du 4 mai 1983, Bull. crim., 1983, p. 268.

-Cour de Cass. com., Arrêt n° 10464, du 14 juin 2001, *Inédit*.

-Cour de Cass. com., Arrêt n° 10466, du 14 juin 2001, *Inédit*.

- Cour de Cass. com., Arrêt n° 10465, du juin 2001, *Inédit*.

V. : Cour d'Appel de Monastir n° 2928 du 4 janvier 2001, *Inédit*.

Il faut aussi noter que la jurisprudence des chambres criminelles de la Cour de cassation a connu quelques errements. V. : Cour de Cass. crim., Arrêt n° 9035, du 17 juillet 1985.

Bull. crim. 1985, p. 150. Cour de Cass. crim., Arrêt n° 11799 du 20 juillet 1977, Bull. crim. 1977, I. p. 33. Cour de Cass. crim., Arrêt n° 15850, du 6 janvier 1989 Bull. crim. 1989, p. 219.

instrument économique important et qu'il conviendrait, en même temps, de favoriser la stabilité et la sécurité en matière de crédit.

Cependant, le banquier ne peut être libéré vis-à-vis de son client tireur du chèque que s'il effectue un paiement régulier. Il ne peut se tromper sur la personne du bénéficiaire, par exemple, ou sur le montant du chèque. Ainsi, une banque a été condamnée à des dommages et intérêts pour avoir rejeté des chèques pour absence de provision et entrepris les procédures de non paiement à l'encontre du représentant d'une personne morale qui n'avait plus cette qualité après avoir quitté la société<sup>489</sup>.

La Cour de cassation n'a pas manqué de déclarer, en outre, que le banquier est soumis à un devoir de diligence qui l'oblige à prendre les précautions nécessaires et à vérifier l'identité de ses clients ainsi que leurs prérogatives à l'occasion des opérations de paiement<sup>490</sup>.

<sup>489</sup> Tribunal de première instance de Tunis, Jugement n° 3573, du 26 octobre 1998, *Inédit*.

- Cour d'appel de Tunis, Arrêt n° 64125, du 30 Mai 2000, *Inédit*.

<sup>490</sup> Cour de cassation, Arrêt n° 6700, du 5 juin 2001, Bull. des arrêts de la Cour de cassation 2005, Partie civ. p. 146.

V. aussi Cour de cassation, Arrêt n° 52743, du 6 novembre 2001, *Inédit*.

V. aussi, Cour de Cassation, Arrêt n° 54188, du 26/3/2011, *Inédit*. Selon la cour de cassation, le banquier est investi d'un mandat de recouvrement des titres qui lui sont remis par ses clients, et aux termes de l'article 691 et 1021 du C.O.C. sa responsabilité est élevée au rang d'une garantie.

550. Dans l'accomplissement de son devoir de mandataire dans le cas des chèques barrés devant être présentés à travers la compensation, le banquier assume aussi une responsabilité à l'égard de son client. Le tribunal de première instance de Tunis a jugé que la banque ne saurait se soustraire à ses responsabilités que lorsqu'elle prouve qu'elle a présenté le chèque au paiement selon les procédures requises et que le non paiement est dû à des circonstances étrangères au comportement du banquier<sup>491</sup>.

Le banquier, doit dans le cas de paiement d'un chèque, s'assurer de la régularité de celui-ci et il est responsable, selon la cour de cassation, lorsque ses agents paient un chèque non endossable à une personne autre que le bénéficiaire<sup>492</sup>.

551. Le banquier doit être vigilant et ne doit payer le chèque qu'au véritable bénéficiaire ; s'il est tenu d'une obligation de vérification de la régularité apparente de la signature, il est aussi tenu de s'assurer que le porteur du chèque présenté à l'encaissement en est le véritable propriétaire.

Selon l'article 365 du Code de commerce, « le détenteur d'un chèque endossable est considéré comme porteur légitime s'il justifie de son droit par une suite ininterrompue d'endossements ». De ce fait, le banquier a le devoir de vérifier

<sup>491</sup> Tribunal de première instance de Tunis, Jugement n° 32279, du 18 février 1997, *Inédit*. - Cour d'appel de Tunis, Arrêt n° 49779 -50209, du 7 octobre 1998, *Inédit*.

<sup>492</sup> Cour de Cassation, Arrêt n° 20916-2007, du 8 mars 2007, *Inédit*.

que le chèque présenté au paiement a été transmis au dernier détenteur, c'est-à-dire celui qui demande le paiement par une série d'endossements continus. Autrement dit, à chaque endossement doit correspondre une signature qui justifie la transmission du chèque d'un endosseur à un autre.

Ce devoir, qui pèse sur le banquier, équivaut à une obligation de ne payer le chèque qu'à son véritable détenteur. Celui-ci est le porteur qui a acquis le chèque par une chaîne d'endossements non interrompus.

Le problème s'était posé devant la cour d'appel de Tunis qui a rendu un arrêt des plus remarquables. Les faits en étaient des plus simples.

Une dame a vendu un immeuble dans la banlieue de Tunis et le prix de vente lui a été payé par un chèque barré libellé en son nom. Mais l'un de ses enfants a pu acquérir ledit chèque et l'a endossé au profit d'une société de placement de valeurs mobilières qui, à son tour, l'a versé dans son compte couvert auprès d'une banque de la place qui l'a présenté au paiement sans se rendre compte que le chèque n'était pas endossé par la mère au profit de l'enfant non porteur.

La mère étant décédée son autre enfant a introduit une affaire en responsabilité civile contre sa sœur, la société de placement et la banque de celle-ci au motif que le chèque n'était pas endossé par la maman décédée et que les porteurs successifs n'étaient pas des porteurs légitimes parce qu'une signature

manquait à l'endos du chèque et la fille détentrice du chèque n'était pas en droit d'en réclamer le paiement.

Deux problèmes juridiques étaient posés. Qui est responsable ? Et où réside la faute ?.

Pour la banque, il était clair qu'elle n'assumait aucune responsabilité dans la mesure où l'article 377 du code de commerce prévoit dans son deuxième paragraphe que « le tiré qui paye un chèque endossable est obligé de vérifier la régularité de la suite des endossements ». Il était certain que, pour la banque présentatrice, seule la banque sur laquelle le chèque a été tirée est responsable.

Seulement, la cour d'appel de Tunis, même si elle ne le déclare pas expressément, a eu recours à l'article 384 du code de commerce qui dispose dans son dernier paragraphe que « le tiré ou le banquier qui ne respecte pas les dispositions ci-dessus, est responsable du paiement jusqu'à concurrence du montant du chèque ».

La cour a aussi déclaré que « la transmission de la provision du chèque est sujette à la preuve de la transmission du chèque par voie d'endos. Le transfert n'ayant pas eu lieu faute d'endossement de la part de la venderesse, les défendeurs n'avaient pas acquis le chèque d'une façon légitime.

La faute de la société de placement et de sa banque réside dans l'acceptation d'un chèque en paiement alors que la présentatrice (le porteur) dudit chèque n'a pas justifié ses droits

sur le chèque par une chaîne ininterrompue d'endossements. Pour la cour de Tunis, n'eut été la faute de la société de placements de valeurs mobilières et de la banque, la dame porteur du chèque n'aurait pas pu en encaisser le montant<sup>493</sup>.

## §2 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER EN CAS DE REJET DU CHEQUE

**552.** Le banquier tiré est dans l'obligation de payer les chèques émis par son client, même, après les délais de présentation prévus par l'article 372 du code de commerce. L'article 374 du même code fait, en effet, échec aux délais fixés qui n'ont plus de raison car, l'obligation de payer est expressément posée par le paragraphe premier de cet article.

Cependant, cette obligation est sujette à certaines conditions. Outre les conditions de forme et l'absence d'opposition, il faut que la provision existe entre les mains du banquier. Cette provision peut dériver d'une convention de crédit, de facilités de caisse ou de la volonté du banquier qui veut couvrir son client et le faire bénéficiaire de sa tolérance.

**553.** Le défaut de provision autorise, pour ainsi dire, le banquier à rejeter le chèque sans payer le bénéficiaire. Encore est-il utile de préciser que l'on se trouve face à un incident de paiement qui met à la charge du banquier d'autres obligations

<sup>493</sup> Cour d'appel de Tunis, Arrêt n° 71707, du 20/11/2015, *Inédit*.

Cour de Cass., Arrêts n° 38324 - 38020 - 38308, du 1/7/2016, *Inédits*.

La cour de cassation a repris les motifs de la cour d'appel de Tunis et a rejeté les trois pourvois.

relevant du rejet faute de provision ou lorsque la provision est insuffisante. Dans ces cas, le banquier doit établir un certificat de non paiement (B) et aviser le tireur du chèque mais se doit, avant toute procédure, d'adresser à ce dernier une invitation à fournir la provision (A).

#### **A- L'invitation adressée au tireur**

554. L'article 410 ter du code de commerce prévoit que le banquier n'est obligé d'adresser cette invitation à reconstituer la provision que dans les cas où le rejet du chèque est dû ou est en rapport avec la provision. Cela veut dire que, dans les autres cas de rejet, comme celui de la signature non-conforme ou celui de l'absence d'une mention obligatoire devant figurer sur le chèque, le banquier n'adresse l'invitation que lorsqu'en plus de ces cas, il y a absence ou insuffisance de provision.

Se trouvant face à un problème lié à la provision, le banquier doit payer la partie de la provision existante ou la laisser au profit du bénéficiaire et adresser au tireur, par tout moyen de communication usuel, une invitation en vue de régulariser la situation du compte ; cette invitation, n'ayant pas une valeur de préavis de rejet, doit être adressée dans le délai de trois jours ouvrables dans les banques à compter du jour du refus.

En vérité, cette invitation, qui constitue en même temps un constat de l'absence de provision par le banquier, a été instituée au profit du bénéficiaire qui peut espérer un

paiement et une fourniture de la provision par le tireur qui peut- être de bonne foi.

Pour cela, la Cour de cassation a pu déclarer que l'absence d'invitation au paiement ne peut donner aucun droit au bénéficiaire d'agir en responsabilité contre la banque pour la simple raison qu'il ne s'agit que d'un geste accompli par le banquier pour préserver sa clientèle<sup>494</sup>.

#### **B- L'établissement de l'avis de non-paiement**

555. Le législateur, à partir de la loi d'avril 1996 modifiée par la loi du 4 juin 2007, a voulu opérer un tri parmi les tireurs de chèques. Ainsi, si, dans le délai de trois jours sus-indiqué, le tireur ne procède pas à la régularisation de la provision, le banquier doit établir un avis de non-paiement et l'adresser au tireur par exploit d'huissier selon un modèle dressé par la Banque Centrale de Tunisie.

L'huissier ayant reçu l'avis de la part de la banque constatant l'incident, doit le notifier au tireur dans les quatre jours calendaires suivants. Cet avis est signifié à l'adresse du client déclarée à la banque ; et tout changement d'adresse du client doit être signalé par ce dernier à son banquier.

Lorsque le client tireur du chèque réside à l'étranger, la circulaire 96/3 de la Banque Centrale de Tunisie prévoit que

<sup>494</sup> Cour de cassation, Arrêt n° 8847, du 22 janvier 1998, Bull. C.Cass., 1998, p.193.

l'avis est notifié par les soins de l'huissier par lettre recommandée sans préciser si cette dernière doit être ou non adressée avec accusé de réception.

**556.** Dans l'établissement du certificat de non paiement, le banquier est tenu d'observer toute la diligence nécessaire afin de ne pas commettre d'erreur ou d'omission quelconque. Toutefois, le tribunal de première instance de Tunis a considéré que la banque ne peut être tenue pour responsable du fait de l'oubli par son agent de consigner l'identité du deuxième tireur d'un chèque. Et le bénéficiaire ne saurait se retourner contre la banque dans la mesure où cette omission ne lui porte aucun préjudice, d'une part, et en considération du principe de l'autonomie de l'action pénale par rapport à l'action civile, d'autre part.

Les mentions et les renseignements qui doivent être portés sur le certificat de non paiement par le banquier tiré n'intéressent donc que l'action pénale sans plus, dès lors, bien entendu, qu'elles ne causent aucun préjudice au bénéficiaire<sup>495</sup>.

La Cour de cassation a adopté une position souple quant aux délais impartis au banquier pour dresser le certificat de non paiement. Elle a estimé, en effet, que le fait pour le banquier de rédiger le certificat de non paiement après les délais légaux ne peut donner droit au bénéficiaire d'agir en responsabilité contre

<sup>495</sup> Tribunal de première instance de Tunis, Jugement n° 20327, du 29 mai 2007, *Inédit*.

la banque dans la mesure où ces délais, prolongés par le fait du retard du banquier, ont été prévus dans le seul intérêt du tireur<sup>496</sup>.

<sup>496</sup> Cour de cassation, Arrêt n° 50512, du 10 avril 2004, Bull. Ar. C.Cass., 2004, p.106.  
- Cour de Cass., Arrêt n° 41098, du 23 octobre 2003. Bull Ar C. Cass. 2004, p. 307.

## Index Alphabétique

### A

absence de remises, 329, 337  
accès au statut bancaire, 41  
acte disciplinaire préventif, 103  
activité bancaire, 4, 5, 7, 9, 15, 16, 23, 36,  
37, 38, 41, 42, 86, 103, 118, 129, 211,  
215, 219, 312, 313, 411, 461  
activité commerciale réelle, 62  
activité de transport, 327  
activité traditionnelle, 316  
activités connexes, 48, 49  
activités d'octroi de crédit, 48  
affacteur, 52, 53, 54, 60, 61, 62, 63  
affectation générale, 338  
agents économiques, 6, 8, 11, 12, 95, 369,  
378, 461  
agios, 53, 58  
agrément en cas d'infraction, 40  
Al Istissnâa, 315  
allocation des crédits, 26, 255, 260  
apanage du ministre des finances, 42  
apparence trompeuse de crédit, 440  
Assalam, 315  
assistance financière, 26  
autorité administrative, 105, 106, 107  
avals d'effets de commerce, 29  
avis du médiateur, 127

### B

Banque Centrale de Tunisie, 10, 14, 32,  
39, 40, 41, 43, 55, 66, 85, 86, 87, 88,  
89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98,  
99, 100, 101, 102, 103, 105, 107, 111,  
112, 117, 121, 123, 130, 212, 217,  
218, 219, 220, 222, 237, 246, 279,  
287, 288, 312, 316, 345, 350, 411,  
464, 471, 472, 473, 479, 487  
banque d'affaires, 45, 46, 47, 48, 49, 116  
Banque d'Algérie en Tunisie, 10  
banque non résidentes, 113

Banques Islamiques, 117  
banques off shore, 129, 130  
banques spécialisées, 14  
baux commerciaux, 74, 76  
biens immobiliers, 32, 65, 66, 77  
billet à ordre, 229, 453, 454, 455, 456,  
457, 458, 459  
blanchiment d'argent, 16, 366, 367  
but humanitaire, 318

### C

cabinets professionnels, 71  
capital social des sociétés anonymes, 33  
caractère abstrait, 148, 161, 203, 393  
caractère d'ordre public, 74  
cartes de paiement, 30, 412  
cause de l'ordre, 393  
cause illicite ou immorale, 297, 439,  
440  
caution solidaire, 136  
certificats d'investissements, 49  
cessation notoire, 236, 241, 242, 243,  
249, 262, 267  
cession de créance, 56, 63, 382, 447  
cession des créances, 56  
chaîne ininterrompue, 485  
Chambre de Commerce Internationale,  
138, 139  
chambre des députés, 47, 96, 122  
Chariaa, 316  
chèque barré libellé, 483  
circonstances économiques, 96  
circulation de la lettre de change, 441  
classification des contrats, 326  
clôture du compte, 328, 329, 330, 334,  
337, 345, 346, 350, 351, 353, 354,  
356, 357, 358, 359, 360, 362, 363,  
373, 413  
commission des agréments, 40, 41, 55  
commission des sanctions, 85, 104, 105,  
106, 107, 108, 109

composition hybride, 107  
compte d'autrui, 55  
compte de pertes et profits, 91  
concentration de capitaux, 38  
conclusion du contrat, 67, 77, 272, 275  
conditions de fond, 23, 155, 295, 391, 429, 436, 457  
conditions de forme, 23, 385, 429, 430, 434, 456, 462, 475, 485  
conditions extraordinaires, 255  
conditions objectives, 23  
conditions subjectives, 23  
conseil de surveillance, 35  
constatation d'une dissimulation, 91  
contrat à hauts risques, 62  
contrat de base, 142, 143, 145, 148, 150, 151, 158, 159, 160, 161, 164, 165, 173, 174, 178, 180, 185, 186, 191, 200, 201, 203, 204, 205, 438

contrat synallagmatique, 326  
contrôle de la gestion, 36  
controverse doctrinale, 381, 454  
création, de montage, 49  
crédit sans préavis, 246  
crédit sans protestation, 400  
Crédit-bail adossé, 70  
crédits à court et à moyen terme, 29  
crédits à long terme, 29  
crises économiques, 9, 14

## D

dangers de l'entreprise, 37  
débiteur principal, 146, 151, 152, 174, 308  
déblocage des fonds, 49  
décès du crédit, 237  
décret d'Avril 1989, 147  
décret n° 2006-1881, 126  
délégation imparfaite, 140  
désignation des parties, 150  
désécialisation des banques, 116, 117  
deuxième guerre mondiale, 119  
dispensateur de crédit, 62, 213, 270  
disposition du crédit, 28, 226, 417  
division matérielle, 334  
divisions traditionnelles, 17

doctrine comparée, 24, 47, 81, 154, 161, 163, 181, 197, 285, 365, 426, 439  
doctrine française, 82, 355, 386, 396, 397  
donneur d'ordre, 135, 139, 140, 141, 143, 144, 146, 148, 149, 150, 151, 153, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 169, 172, 173, 174, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 190, 191, 194, 195, 197, 199, 200, 202, 203, 204, 207, 208, 209, 377, 381, 382, 383, 384, 388, 389, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 401, 402, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410

droit commun du bail, 77  
droits de vote, 48

## E

échéance de la garantie, 150, 153  
échéances payées, 78  
échelle macroéconomique, 67  
écriture au crédit, 398, 399, 403  
écriture au débit, 377, 398, 403, 409  
effet libératoire, 401, 402, 403  
effets juridiques, 401  
El Ijara, 315  
El Wadaa d'investissement, 315  
élasticité nécessaire, 95  
emprunteurs des fonds, 26  
enchevêtrement, 335, 336  
endos du chèque, 484  
endossement, 159, 291, 293, 302, 348, 441, 447, 448, 449, 454, 458, 482, 483, 484, 485  
enfant non porteur, 483  
engagement du délégué, 140  
engagement express, 148  
enrichissement sans cause, 441  
entente frauduleuse, 451  
entrée en compte de la créance, 337, 338, 339  
entreprise dépositaire, 27  
entreprises préexistantes, 116  
équilibre des prestations, 149  
établissements de factoring, 49  
établissements financiers, 11

Etat moderne, 12  
étude de l'affacturage, 52  
étude du compte courant, 325  
évolution des mentalités, 17  
évolution historique, 9  
exécution de l'ordre, 392, 394, 395, 406, 407, 408, 410  
exploit d'huissier, 157, 353, 487

## F

facilités de caisse, 211, 220, 250, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 279, 280, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 414, 432, 475, 477, 478, 479, 480, 485  
factures cessibles, 52  
faillites retentissantes, 13  
faute de la société, 484  
fille détentrice du chèque, 484  
force obligatoire, 97, 141, 168, 277  
forme sociétaire, 38, 46  
fourniture des liquidités, 245

## G

Galop, 317  
garantie à première demande, 8, 17, 135, 136, 137, 139, 140, 141, 143, 146, 147, 148, 149, 151, 152, 153, 155, 157, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 167, 187, 225, 438  
généralité des dispositions légales, 29  
*gestion du poste client*, 54  
globalisation financière, 15  
grandes pertes matérielles, 117  
guichets des banques, 31, 319

## H

Halal, 316  
honorabilité des requérants, 34

## I

illicéité de la cause, 393, 439  
insuffisance de provision, 283, 473, 486  
intérêts des déposants, 101

intermédiation de change, 48  
intuitu personae, 6, 62, 64, 215, 236, 237, 252, 285, 355, 366, 413, 419  
invitation au paiement, 487

## J

jeunes Etats, 9

## K

Kardh el Hassan, 318

## L

leasing immobilier, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 75, 76, 77, 78  
leasing mobilier, 66, 79, 82  
législateur de l'époque, 11  
législateur tunisien, 23, 75, 90, 93, 261, 325, 342, 389, 396  
libéralisation du marché, 98  
limites du contrat, 26  
loi bancaire de 1967, 39  
loi du 10 juillet 2001, 4, 14, 15, 25, 29, 45, 48, 100, 111, 116  
loi du 11 juillet 2016, 10, 11, 14, 15, 20, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 31, 32, 33, 34, 36, 38, 39, 43, 45, 46, 48, 49, 55, 57, 62, 90, 92, 93, 97, 98, 99, 104, 107, 108, 119, 121, 122, 123, 311  
loi du 2 février 1998, 55, 56  
loi du 25 mai 1977, 74, 75  
loi du 3 novembre 2000, 13, 35  
loi du 7 décembre 1967, 10, 24, 36, 98  
loi n° 65-2001, 14  
lutttes sauvages et marginales, 98

## M

matière d'ingénierie financière, 31  
médiateur bancaire, 125  
mission périodique, 35  
mobilisation des créances, 52, 57  
mobilisation des crédits, 133  
monnaie scripturale, 384, 395, 469  
monopole, 26  
montant d'indemnisation, 123

Moucharaka, 315  
Moudharaba, 315  
Mourabaha, 315, 317  
mouvement de compensation, 328  
moyens de défense, 61, 149, 443  
moyens de financement islamique, 312

## N

nature juridique, 26, 43, 52, 55, 59, 68,  
71, 78, 104, 105, 106, 141, 147, 173,  
213, 221, 325, 326, 328, 331, 365,  
381, 400, 404, 405, 472  
normes prudentielles, 89, 93  
notification de la cession, 57

## O

opération de leasing, 64, 78, 82  
opérations bancaires, 5, 8, 11, 12, 18, 25,  
26, 29, 39, 117, 314, 378, 407  
**opérations connexes**, 49  
opérations de factoring, 52  
optique de protection, 122  
organes consultatifs, 109  
Organisation Mondiale du Commerce, 15  
organismes de surveillance, 312  
outil cambiaire, 440

## P

paiement des sommes garanties, 151, 163  
par voie d'endos, 484  
perception d'intérêts créditeurs, 98  
pilier des opérations financières  
islamiques, 315  
politique monétaire, 90, 94, 98  
porteur de mauvaise foi, 441  
porteurs successifs, 446, 483  
possession matérielle, 398  
possibilités de révocation, 236  
pouvoir d'organisation, 87, 88, 89  
pouvoir disciplinaire, 87, 99  
pouvoir réglementaire, 87, 93  
première demande du bénéficiaire, 150,  
153, 160

présomption irréfragable, 443  
profession bancaire, 10, 14, 21, 23, 41,  
43, 89, 92, 110, 117, 118, 216, 219  
promesse synallagmatique, 67  
promesse unilatérale de vente, 78, 83  
prorogation conventionnelle, 77  
protectorat français, 9  
provision certifiée, 322  
publicité foncière, 78

## Q

qualité d'intermédiaire, 108  
quasi-majorité des systèmes, 15

## R

raisons objectives, 236  
rapports de droit, 141, 142, 143, 144, 159  
rapprochements d'entreprises, 33  
rapprochements économiques, 13  
recours aux manœuvres dilatoires, 244  
réemploi de fonds, 32  
régime d'indisponibilité du solde, 339  
régime fiscal avantageux, 130  
règle séculaire, 47  
réglementation des marchés publics, 137,  
142, 150  
règles de conduite, 96  
régularisation de la provision, 487  
rejet du chèque, 486  
relations internationales, 138  
religion musulmane, 313, 314, 315, 318  
réserves internationales du pays, 90  
résiliation des contrats, 236  
responsabilité précontractuelle, 253  
responsable de la défaillance, 397  
risques de gestion, 118  
rouage de l'Etat, 88  
rupture abusive, 62, 239, 250, 479  
rupture des pourparlers, 254

## S

sanctions pénales, 43, 234  
secret bancaire, 15, 16

signature non-conforme, 486  
simple procuration, 447  
sociétés anonymes à directoire, 35  
sociétés de factoring, 45, 50, 55  
sociétés de leasing, 45, 66, 69, 365  
solvabilité des établissements, 47  
souci de protection, 25, 42, 141  
soutien artificiel et financier, 62  
spécialisation bancaire, 17, 115, 119  
stabilité des prix, 88, 90, 99  
structure permanente d'audit, 91  
succursales étrangères, 123  
**survenance d'une incapacité**, 236, 239,  
402  
système monétaire tunisien, 10  
systèmes Anglo-saxon, 439  
systèmes germaniques, 439  
systèmes juridiques causalistes, 440

technologies électroniques, 29  
télématique, 5, 31  
transferts de fonds, 31, 380  
types de dépôts, 118, 119

## V

validité de l'ordre de virement, 385, 386,  
393  
venderesse les défendeurs, 484  
virement déplacé, 396, 397  
virement sur place, 396  
vocation mondiale, 13  
volonté unilatérale ou bilatérale, 338

# Table des matières

<b>INTRODUCTION</b> .....	3
<b>I- DEFINITION ET HISTORIQUE DU DROIT BANCAIRE TUNISIEN</b> .....	3
<b>II-SOURCES ET SPÉCIFICITÉS DU DROIT BANCAIRE TUNISIEN</b> .....	11
<b>III- METHODOLOGIE</b> .....	17
<b>IV- PLAN DE L'OUVRAGE</b> .....	18
<b>PREMIERE PARTIE :</b>	
<b>LE CADRE JURIDIQUE DE L'EXERCICE DE LA PROFESSION DE BANQUE ET D'ETABLISSEMENT FINANCIER</b> .....	19
<b>TITRE I :</b>	
<b>L'ORGANISATION DE LA PROFESSION DE BANQUE ET D'ETABLISSEMENT FINANCIER</b> .....	21
<b>CHAPITRE I :</b>	
<b>L'EXERCICE DE LA PROFESSION BANCAIRE</b> .....	23
<b>SECTION I : LES CONDITIONS DE FOND</b> .....	23
<b>§1 - LES CONDITIONS OBJECTIVES D'EXERCICE DE LA PROFESSION BANCAIRE</b> .....	23
<b>A- Les conditions tenant à l'activité bancaire</b> .....	23
1) La réception des fonds du public .....	26
2) L'allocation de crédit .....	27
3) La gestion des moyens de paiement.....	29
4) Le conseil et l'assistance en matière de gestion financière et de gestion de patrimoine.....	31
<b>B- Les conditions tenant à l'élément financier</b> .....	33
<b>§2- LES CONDITIONS SUBJECTIVES</b> .....	34
<b>SECTION II : LES CONDITIONS DE FORME</b> .....	36
<b>§1- LA FORME DE L'ENTREPRISE BANCAIRE</b> .....	36
<b>§2- L'AGRÉMENT</b> .....	39
<b>SECTION III : LES SANCTIONS DES RÈGLES DE CONSTITUTION</b> .....	42
<b>§1- LES SANCTIONS CIVILES</b> .....	42

§2- LES SANCTIONS PENALES.....	43
CHAPITRE II :	
L'EXERCICE DE LA PROFESSION D'ÉTABLISSEMENT FINANCIER.....	45
SECTION I : LA BANQUE D'AFFAIRES.....	45
§1 : LES RÈGLES DE CONSTITUTION DE LA BANQUE D'AFFAIRES.....	46
A- La forme de la banque d'affaires.....	46
B- L'agrément.....	47
§2 : L'ACTIVITÉ DE LA BANQUE D'AFFAIRES.....	48
A- Les opérations de banques.....	48
B- Les opérations connexes.....	49
SECTION II : LES SOCIÉTÉS DE FACTORING.....	49
§1 : LES OPÉRATIONS DE FACTORING.....	52
A- Les opérations financières de factoring.....	52
B- Les prestations de services par l'affactureur.....	53
1-Le recouvrement des créances.....	54
2) La gestion du poste client.....	54
§2 : LA NATURE JURIDIQUE DE L'AFFACTURAGE.....	55
A- L'inadaptation des règles du droit commun à la détermination de la nature juridique de l'affacturage.....	55
B - La spécificité de l'affacturage :.....	57
§3 : LE RÉGIME JURIDIQUE DE L'AFFACTURAGE..	60
A - Les obligations du factor.....	61
B- Les obligations de l'adhérent.....	63
SECTION III : LES SOCIÉTÉS DE LEASING.....	64
§1 : LE LEASING IMMOBILIER.....	66
A- Le contrat de leasing immobilier.....	68
1) L'immeuble objet du leasing.....	69
2) L'activité financée par le contrat de leasing.....	70
3) La formation du contrat de leasing immobilier.....	72
4) La fin du contrat de leasing immobilier.....	76
a) Les causes de la fin du contrat de leasing immobilier.....	76
b) Les conséquences de la fin du contrat de leasing immobilier.....	77
B- La nature juridique du contrat de leasing immobilier.....	78
§2 : LE LEASING MOBILIER.....	79

A- L'originalité de l'opération du leasing mobilier lors de sa conclusion.....	79
1) Le rapport de la société de leasing avec le fournisseur.....	79
2) Les rapports de la société de leasing avec son client.....	81
B- L'originalité du dénouement de l'opération de leasing mobilier.....	82
CHAPITRE III :	
LE CONTROLE DE LA PROFESSION DE BANQUE ET D'ETABLISSEMENT FINANCIER.....	85
SECTION I : LES ORGANES DE DECISION.....	85
§1 : LE MINISTRE DES FINANCES.....	85
§2 : LA BANQUE CENTRALE DE TUNISIE.....	86
A - La mission de la Banque Centrale de Tunisie.....	87
1) Le pouvoir d'organisation de la Banque Centrale de Tunisie.....	88
2) Le rôle réglementaire de la Banque Centrale de Tunisie.....	93
a - Le contrôle de la profession :.....	94
b) Le contrôle et la direction du crédit.....	94
c) La réglementation du commerce extérieur et des changes.....	96
3) Le pouvoir disciplinaire attribué à la Banque Centrale de Tunisie.....	99
B - Les organes de la Banque centrale de Tunisie.....	100
1) Le rôle préventif attribué au gouverneur de la Banque Centrale de Tunisie.....	101
2) Le rôle sanctionnateur du gouverneur de la banque centrale de Tunisie.....	103
§3 : LA COMMISSION DES SANCTIONS.....	104
A-Nature juridique et composition de la commission des sanctions.....	104
1) La nature juridique de la commission des sanctions.....	105
2) La composition de la commission des sanctions..	107
B- Les attributions de la commission des sanctions.....	107

1) Les attributions administratives de la commission des sanctions.....	108
2) Les attributions juridictionnelles de la commission des sanctions.....	108
SECTION II : LES ORGANES CONSULTATIFS DE LA PROFESSION D'ETABLISSEMENT DE CREDIT.....	109
§I - LE CONSEIL NATIONAL DU CREDIT.....	109
§ II : L'ASSOCIATION PROFESSIONNELLE DES BANQUES ET DES ETABLISSEMENTS FINANCIERS.....	110
TITRE II:	
LES CARACTÉRISTIQUES DU SYSTÈME BANCAIRE TUNISIEN.....	113
CHAPITRE I :	
LA DESPECIALISATION BANCAIRE.....	115
SECTION I: LA SPÉCIALISATION : CADRE FAVORABLE AU DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE	115
SECTION II : LA SPECIALISATION : HANDICAP AU DEVELOPPEMENT DES BANQUES .....	119
CHAPITRE II :	
LE MECANISME DE GARANTIE DE DEPOTS.....	121
SECTION I : LES RAISONS DE LA CREATION DU MECANISME DE GARANTIE DE DEPOTS.....	121
SECTION II : LE FONCTIONNEMENT DU MECANISME DE GARANTIE DE DEPOTS.....	122
CHAPITRE III :	
LE MEDIEUR BANCAIRE .....	125
SECTION I : LA DESIGNATION DU MEDIEUR BANCAIRE.....	125
SECTION II : LA MISSION DU MEDIEUR BANCAIRE .....	126
CHAPITRE IV :	
LES BANQUES NON RESIDENTES .....	129
DEUXIEME PARTIE	
LES PRESTATIONS FOURNIES PAR LES BANQUES .....	131
TITRE I :	
LES OPERATIONS DE CREDIT .....	133

CHAPITRE I :	
LA GARANTIE A PREMIERE DEMANDE.....	135
SECTION I : L'EMISSION DE LA GARANTIE	
INDEPENDANTE .....	141
§1 : LA NATURE JURIDIQUE DE LA GARANTIE ....	141
A- L'indépendance de l'engagement du banquier.....	142
B- La cause de l'engagement du garant .....	144
§ 2 : LE CONTENU DE LA GARANTIE.....	150
A- La désignation des parties .....	150
B- L'objet de la garantie.....	151
C- Le montant garanti.....	152
D- La date d'échéance de la garantie .....	153
SECTION II : LA MISE EN JEU DE LA GARANTIE	
INDEPENDANTE .....	156
§1 : L'OBLIGATION DE PAYER DU GARANT.....	158
§2 : LES LIMITES A L'OBLIGATION DU GARANT .	160
A - L'abus manifeste .....	161
B - La fraude.....	162
C- La procédure en référé.....	163
CHAPITRE II :	
LE CREDIT DOCUMENTAIRE.....	167
SECTION I : LES MODALITES DU CREDIT DOCUMENTAIRE .....	170
§ 1 : LES FORMES DU CREDIT DOCUMENTAIRE... ..	170
A- Le crédit documentaire révocable .....	170
B- Le crédit documentaire irrévocable .....	172
§2 : LA DIVERSITE DES CREDITS DOCUMENTAIRES .....	176
A- Le crédit à vue .....	176
B- Le crédit d'acceptation .....	177
C- Le crédit à clause rouge « red clause ».....	177
D- Le crédit renouvelable.....	177
E- La lettre de crédit commerciale .....	178
F- Le crédit transférable .....	178
SECTION II : LE FONCTIONNEMENT DU CREDIT DOCUMENTAIRE .....	180
§1- L'OUVERTURE DU CREDIT DOCUMENTAIRE. ....	180
A- L'ordre d'ouverture .....	180

B- La notification du crédit documentaire.....	182
§2- LA REALISATION DU CREDIT DOCUMENTAIRE	
.....	184
A- La présentation des documents .....	184
1- Les documents conférant des droits certains.....	185
2- Les documents conférant des droits éventuels .....	187
3- Les documents de preuve et d'accompagnement.	187
B- L'examen des documents par le banquier .....	190
SECTION III : LES OBLIGATIONS NEES DU CREDIT	
DOCUMENTAIRE .....	196
§1 : LES OBLIGATIONS DU BANQUIER A L'EGARD	
DES PARTIES .....	197
A- L'engagement du banquier face au bénéficiaire .....	197
B- L'engagement du banquier face au donneur d'ordre	202
§2 : LES LIMITES A L'INDEPENDANCE DU CREDIT	
DOCUMENTAIRE .....	203
A- La notion de fraude .....	203
B- La mise en oeuvre de l'exception de fraude.....	207
CHAPITRE III :	
L'OCTROI DE CRÉDIT.....	211
SECTION I : L'OUVERTURE DE CRÉDIT .....	211
SOUS-SECTION I : LA NOTION D'OUVERTURE DE	
CREDIT.....	213
§1 : LA NATURE JURIDIQUE DE L'OUVERTURE DE	
CREDIT.....	213
A - Le caractère contractuel de l'ouverture de crédit.....	213
B - La nature commerciale de l'ouverture de crédit.....	214
C - L'ouverture de crédit est un contrat intuitu personae	
.....	215
§ 2 : LA PREUVE DE L'OUVERTURE DE CREDIT ...	219
§ 3 : LES EFFETS DE L'OUVERTURE DE CREDIT...	221
A - Les modes de réalisation de l'ouverture de crédit..	222
1 - La mise à disposition.....	223
2- Les engagements par signature .....	225
B - Les obligations des parties dans le contrat d'ouverture	
de crédit .....	225
1) Les obligations à la charge du créancier.....	226
2- Les obligations du crédité .....	228

a) Le remboursement du principal.....	228
b) Le paiement des commissions au banquier .....	229
α) La liberté de stipulation des intérêts .....	230
β) L'intérêt ne doit pas être excessif.....	233
SOUS-SECTION II : LA REVOCATION DE	
L'OUVERTURE DE CREDIT .....	235
§. 1 - LES CAS DE REVOCATION DE L'OUVERTURE	
DE CREDIT .....	235
A - Les raisons subjectives de révocation de l'ouverture	
de crédit .....	236
1- Le décès du bénéficiaire.....	237
B - Les causes objectives de révocation du crédit.....	239
1) La révocation de l'ouverture de crédit en cas de	
cessation des paiements.....	240
2) La faute dans l'utilisation du crédit.....	244
§ 2 - LES CONDITIONS DE LA REVOCATION DU	
CREDIT.....	248
§ 3 : LES EFFETS DE LA REVOCATION DU CREDIT	251
A - Les effets de la révocation du crédit à l'égard du	
crédité .....	251
B - Les effets de la révocation du crédit à l'égard de la	
banque.....	251
SOUS-SECTION III : LA RESPONSABILITE DU	
BANQUIER EN MATIERE DE CREDIT.....	252
§1. - LA RESPONSABILITE DU BANQUIER A	
L'EGARD DE SON CLIENT .....	252
A - La responsabilité du banquier dans l'octroi du crédit	
.....	253
1- La responsabilité précontractuelle du banquier....	253
2 - La responsabilité contractuelle du banquier.....	255
a) La responsabilité du banquier lorsque le client est	
«in bonis» .....	255
b) Le banquier et le client en difficultés économiques	
.....	258
B - La responsabilité du banquier pour rupture de crédit	
.....	262
1) La rupture du crédit à durée déterminée.....	263
2) La rupture du crédit à durée indéterminée .....	264

§ 2 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER A L'EGARD DES TIERS .....	266
A - Le soutien abusif du client .....	267
B - La responsabilité du banquier pour défaut de surveillance de l'utilisation des crédits.....	269
SECTION II : LA FACILITE DE CAISSE .....	270
SOUS-SECTION I : LA NOTION DE FACILITES DE CAISSE .....	270
§1 : LA NATURE JURIDIQUE DES FACILITES DE CAISSE .....	270
A-La liberté du banquier dans l'octroi des facilités de caisse.....	271
1- Les facilités de caisse et l'avance.....	271
2) Les facilités de caisse et les avances en compte courant .....	274
3) La facilité de caisse et l'ouverture de crédit.....	275
B - La liberté du banquier dans la révocation des facilités de caisse.....	279
§ 2 : LA PREUVE DES FACILITES DE CAISSE .....	280
A - La preuve de l'existence des facilités de caisse .....	280
B - La preuve de l'étendue de l'engagement du banquier .....	281
SOUS-SECTION II - LA RESPONSABILITE DU BANQUIER EN MATIERE DE FACILITES DE CAISSE .....	284
§1 : LA LIBERTE DU BANQUIER DANS LA REVOCATION DES FACILITES DE CAISSE .....	284
§ 2 : LES LIMITES A LA LIBERTE DU BANQUIER DANS LA REVOCATION DES FACILITES DE CAISSE .....	287
CHAPITRE IV :	
L'ESCOMPTE .....	291
SECTION I : LA REALISATION DE L'OPERATION D'ESCOMPTE .....	292
§1 : LES CONDITIONS DE VALIDITE DU CONTRAT D'ESCOMPTE .....	292
A- Les conditions relatives aux parties .....	293
B- Les conditions relatives aux effets remis.....	296

D'ESCOMPTE .....	299
A- L'escompte isolé .....	299
B- Le crédit d'escompte .....	300
§3 : LES EFFETS DE L'OPERATION D'ESCOMPTE .....	301
A- Le transfert de la propriété du titre remis .....	302
B- La rémunération de la banque .....	303
SECTION II : LE DÉNOUEMENT DE L'OPERATION D'ESCOMPTE .....	304
§1 : LE DENOUEMENT DE L'ESCOMPTE DANS LE CADRE DU COMPTE COURANT .....	304
§2 : LE DENOUEMENT DE L'ESCOMPTE HORS COMPTE COURANT.....	307
A- Les recours fondés sur le titre escompté .....	307
B- Le recours fondé sur le contrat d'escompte.....	309
CHAPITRE V :	
LE FINANCEMENT ISLAMIQUE.....	311
SECTION I : LE CADRE DU FINANCEMENT ISLAMIQUE .....	311
SECTION II : LA SPÉCIFICITÉ DES OPÉRATIONS DE FINANCEMENT ISLAMIQUE .....	315
TITRE II :	
LA TENUE DES COMPTES .....	319
CHAPITRE I :	
LE COMPTE COURANT .....	325
SECTION I : LA NATURE JURIDIQUE DU COMPTE COURANT.....	325
§1 : LES DIFFICULTES DE RANGEMENT DU CONTRAT DE COMPTE COURANT PARMI LES CONTRATS DE DROIT COMMUN .....	326
§2 : LA NATURE JURIDIQUE DES REMISES EN COMPTE COURANT.....	328
SECTION II : LE FONCTIONNEMENT DU COMPTE COURANT.....	331
§1 : LES ELEMENTS CARACTERISTIQUES DU FONCTIONNEMENT DU COMPTE COURANT .....	331
A- L'élément intentionnel .....	332
B- L'élément objectif .....	333

Objet et origine de la remise .....	334
2) Caractéristiques de la remise .....	335
§ 2 : L'ENTREE EN COMPTE DES REMISES .....	337
A- Le mode d'entrée en compte de la créance .....	338
B- Le moment de l'entrée en compte de la créance .....	338
1- L'entrée en compte de la créance .....	339
2- Les effets de l'entrée en compte des créances .....	339
SECTION III : LA CLOTURE DU COMPTE COURANT	350
§ 1 : LES CAUSES DE CLOTURE DU COMPTE COURANT .....	351
§ 2 : LES EFFETS DE LA CLOTURE DU COMPTE COURANT .....	358
CHAPITRE II :	
LE COMPTE DE DÉPÔT .....	365
SECTION I : LA NATURE JURIDIQUE DU COMPTE DE DÉPÔT .....	365
§ 1 : LE COMPTE DE DEPOT EST UN CONTRAT .....	365
§ 2 : LE COMPTE DE DEPOT EST UN CONTRAT SPECIFIQUE .....	367
SECTION II : LE RÉGIME JURIDIQUE DU COMPTE DE DÉPÔT .....	371
§ 1 : LE FONCTIONNEMENT DU COMPTE DE DEPOT .....	371
A - L'alimentation du compte par le client .....	371
B - Les retraits effectués par le client .....	371
§ 2 : LA CLOTURE DU COMPTE DE DEPOT .....	373
TITRE III :	
LA GESTION DES MOYENS DE PAIEMENT .....	375
CHAPITRE I :	
LE VIREMENT BANCAIRE .....	377
SECTION I : L'ANALYSE DE L'OPERATION DE VIREMENT .....	381
§ 1 : LA NATURE JURIDIQUE DE L'OPERATION DE VIREMENT .....	381
A - Les théories classiques .....	382
1) La théorie de la cession de créance .....	382
2) La théorie de la délégation .....	383
B - La nouvelle conception .....	384

§ II : LES CONDITIONS DE VALIDITE DE L'ORDRE DE VIREMENT .....	385
A - Les conditions de forme .....	385
1 - L'exigence d'un écrit .....	385
2 - Les mentions figurant sur l'ordre de virement .....	389
3 - Les modalités de l'émission de l'ordre de virement .....	389
B - Les conditions de fond .....	391
1 - Les conditions de droit commun .....	391
a) Le consentement .....	391
b) La capacité et le pouvoir .....	392
c) La cause .....	393
2 - Les conditions particulières .....	393
a) La disponibilité des fonds .....	393
b) L'existence de deux comptes .....	395
SECTION II : L'EXECUTION DE L'ORDRE DE VIREMENT .....	395
§ I : LE REGIME JURIDIQUE DU VIREMENT .....	395
A) Les modalités d'exécution du virement .....	396
1 - Le virement sur place .....	396
2 - Le virement déplacé .....	396
B - Le mécanisme de l'exécution du virement .....	398
1 - L'écriture au débit .....	398
2 - L'écriture au crédit .....	399
§ II : LES EFFETS JURIDIQUES DE L'ORDRE DE VIREMENT .....	401
A - Les effets à l'égard du donneur d'ordre et du bénéficiaire .....	401
1 - La révocation de l'ordre de virement .....	401
2 - L'effet libératoire .....	402
B - Les effets à l'égard du banquier .....	405
1 - Le devoir de vérification .....	405
2 - L'obligation d'exécuter l'ordre de virement .....	406
a) L'exécution tardive .....	407
b) L'obligation d'informer le donneur d'ordre .....	408
C - Les effets en cas de faillite .....	409
1 - La faillite du donneur d'ordre .....	409
2 - La faillite du bénéficiaire .....	410

CHAPITRE II :

LES PAIEMENTS PAR CARTES BANCAIRES ..... 411

SECTION I : LE RAPPORT ENTRE LA BANQUE ET LE  
TITULAIRE DE LA CARTE ..... 413

§1 : LES OBLIGATIONS A LA CHARGE DE  
L'EMETTEUR..... 414

§ 2 : LES OBLIGATIONS DU PORTEUR..... 415

A - Les obligations morales du porteur de la carte..... 415

B - Les obligations matérielles du porteur ..... 417

1) Le remboursement des paiements effectués par carte  
bancaire..... 417

2) Le paiement des commissions..... 418

SECTION II : LES RAPPORTS DU CRÉANCIER AVEC SA  
BANQUE ..... 419

§ I : LES OBLIGATIONS DE LA BANQUE DU  
FOURNISSEUR..... 420

§ 2 : LES OBLIGATIONS DU FOURNISSEUR..... 420

SECTION III : LA PROTECTION DE L'UTILISATION DES  
CARTES BANCAIRES ..... 422

§ 1 : LA PROTECTION PENALE DE L'UTILISATION  
DES CARTES BANCAIRES..... 422

§ 2 : LA RESPONSABILITE CIVILE DU BANQUIER 424

A - L'obligation de prudence du banquier ..... 424

B - La responsabilité du banquier du fait de la gestion des  
moyens électroniques ..... 426

CHAPITRE III :

LA LETTRE DE CHANGE ..... 429

SECTION I : LES CONDITIONS D'ÉMISSION DE LA  
LETTRE DE CHANGE ..... 429

§1 : LES CONDITIONS DE FORME ..... 429

A- Les mentions obligatoires de la lettre de change..... 430

1) Les mentions requises pour la validité de la lettre de  
change..... 430

a) La dénomination de la lettre de change..... 430

b) Le mandat pur et simple de payer ..... 430

c) Le nom du tiré ..... 431

d) L'indication de l'échéance ..... 431

e) Le lieu de paiement de la lettre de change ..... 432

f) Le nom de celui auquel ou à l'ordre duquel le  
paiement doit être fait..... 433

g) La date et le lieu de création de la lettre de change  
..... 433

h) La signature du tireur ..... 433

2) Les sanctions des mentions obligatoires ..... 434

B- Les mentions conventionnelles de la lettre de change  
..... 435

1) La lettre de change non endossable..... 435

2) La lettre de change non acceptable ..... 435

3) La lettre de change sans frais ou sans protêt ..... 435

4) La stipulation d'intérêts..... 436

§2 - LES CONDITIONS DE FOND ..... 436

A- La capacité..... 437

1) Le mineur non commerçant ..... 437

2) Le failli : ..... 438

B- La cause ..... 438

1) La notion de lettre de change de complaisance.... 439

2) La sanction des effets de complaisance ..... 440

SECTION II : LA CIRCULATION DE LA LETTRE DE  
CHANGE ..... 441

§1 : LA PROVISION DE LA LETTRE DE CHANGE... 442

A- Les sources de la provision ..... 442

B- La preuve de la provision ..... 443

§2 : L'ACCEPTATION DE LA LETTRE DE CHANGE 445

A- La présentation à l'acceptation..... 445

B- Les effets de l'acceptation ..... 446

§ 3 : L'ENDOSSEMENT DE LA LETTRE DE CHANGE  
..... 447

A- L'endossement translatif ..... 447

B- L'endossement pignoratif..... 448

C- L'endossement à titre de procuration ..... 449

SECTION III : LE PAIEMENT DE LA LETTRE DE  
CHANGE ..... 450

§1 : LE RESPECT DE L'ECHEANCE..... 450

§2 : LE PRINCIPE DE L'INOPPOSABILITE DES  
EXCEPTIONS..... 451

CHAPITRE IV :

LE BILLET A ORDRE .....	453
SECTION I : L'EMISSION DU BILLET A ORDRE .....	455
§ 1 : LES CONDITIONS DE FORME .....	456
§ 2 : LES CONDITIONS DE FOND .....	457
SECTION II : LE PAIEMENT ET LES RECOURS .....	457
§ 1 : LES GARANTIES DE PAIEMENT .....	457
§ 2 : LES RECOURS EN CAS DE DEFAUT DE PAIEMENT .....	458
CHAPITRE V :	
LE CHEQUE .....	461
SECTION I : LE BANQUIER ET LA CREATION DU CHEQUE .....	462
§ 1 : LES CONDITIONS DE FORME .....	462
A- L'écrit .....	462
B- Les mentions obligatoires du chèque .....	463
1) La dénomination du chèque .....	464
2) Le mandat pur et simple de payer .....	465
3°) Le nom du tiré .....	466
4) La désignation du lieu où doit s'effectuer le paiement .....	467
5) L'indication de la date et du lieu de création du chèque .....	467
6) La signature du tireur du chèque .....	468
§ 2 : LES CONDITIONS DE FOND .....	468
A- Les conditions relatives au tiré .....	469
B- Les conditions relatives au tireur du chèque .....	469
C- Les conditions relatives au bénéficiaire du chèque ..	470
SECTION II : LE BANQUIER ET LE PAIEMENT DU CHEQUE .....	470
§ 1 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS LE PAIEMENT DU CHEQUE .....	470
A- La responsabilité du banquier dans la remise de chéquiers .....	471
1) Le choix du client .....	471
2) La remise de formules de chèques .....	474
B- Le paiement du chèque .....	475
1- Le paiement de chèques d'un certain montant .....	475

2- Le paiement des chèques fondé sur un crédit ou des facilités de caisse .....	477
a) Le chèque et l'ouverture de crédit .....	478
b) Le chèque et la facilité de caisse .....	479
§ 2 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER EN CAS DE REJET DU CHEQUE .....	485
A- L'invitation adressée au tireur .....	486
B- L'établissement de l'avis de non-paiement .....	487
Index Alphabétique .....	491
Table des matières .....	497