**Master 1 Droit notarial**

**Droit bancaire**

Semestre 1

TD : 2 devoirs ramassés (33%), 1 devoir sur table (33%), 1 note d'oral (33%)

Examen : cas pratique de 3h

Introduction

Définition du droit bancaire :

Il n'existe pas de définition dans la loi. On tente donc de définir ce droit par son objet : c'est l'ensemble des règles qui concernent les opérations de banque et ceux qui les accomplissent à titre professionnel. La notion d'opération de banque dépend de la qualification du statut d'établissement de crédit.

Il convient de se référer à l'article L 511-1 du Code monétaire et financier, qui définit l'établissement de crédit : *personne morale qui effectue à titre de profession habituelle des opérations de banque au sens de l'article L 311-1 du CMF*. L'article L 311-1 du CMF précise que les opérations de banque comprennent *la réception de fonds publics, les opérations de crédit, ainsi que la mise à disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement*.

Le droit bancaire s'applique d'abord sur le droit des obligations, cependant il va au delà de la matière et transcende l'opposition droit privé / droit public.

Relations avec le droit privé :

Le droit bancaire est considéré comme une branche du droit commercial (art 110-1 du Ccom : *sont réputés actes de commerce par nature toute opération de banque, change, et courtage*). Le droit bancaire relève donc du droit commercial car les opérations de banques sont des actes de commerce.

Si le banquier est de toute évidence un commerçant, il va entretenir des relations avec des professionnels du commerce (entreprises, commerçants, artisans), le droit bancaire deviendra alors commercial dans son intégralité.

Mais le banquier peut nouer des relations avec des particuliers (consommateurs). Dans cette perspective le droit bancaire de relèvera pas seulement du droit commercial, mais aussi du droit privé, du droit de la consommation. C'est donc le tribunal civil qui est compétent.

Par ailleurs, le droit bancaire noue des relations avec le droit civil. Par exemple, tous les crédits consentis par le banquier relèvent du contrat de prêt. De la même façon, le banquier va généralement solliciter des garanties pour couvrir le crédit octroyé (garanties personnelles : cautionnement, garanties réelles : hypothèque, gage, nantissement). Le droit bancaire est donc étroitement lié avec le droit des sûretés.

Enfin, le banquier pourra voir sa responsabilité mise en œuvre. Le droit bancaire est alors lié au droit de la responsabilité civile (art 1382 du CC). La loi de sauvegarde des entreprises a introduit un article L 650-1 au sein du Ccom, qui précise que « les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis sauf cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion, ou si les garanties prises en garantie de ces concours sont disproportionnées ». Cet article pose un principe d'irresponsabilité du banquier, sauf les 3 hypothèses prévues.

Relations avec le droit public :

Le droit bancaire est marqué par la relation forte qui existe entre les pouvoirs publics et la profession bancaire. La question monétaire est indissociable de la prise de décision économique. Dans le cadre d'une économie libérale, l'Etat a néanmoins délégué ses pouvoirs pour se désengager peu à peu et confié à des AAI le soin de réguler un secteur. Ainsi la loi de sécurité financière du 1er août 2003 a donné naissance à l'AMF (autorité des marchés financiers) qui veille à la régulation de ce marché et à la discipline des acteurs économiques sur ce marché. L'AMF se voit investie d'un pouvoir normateur qui s'impose à tout le secteur financier et boursier. Elle se voit également investie d'un pouvoir disciplinaire, au point qu'elle peut infliger des amendes qui sont souvent supérieures à celles prévues en droit pénal.

Le droit bancaire est donc un droit original, qui se caractérise tant par la diversité de ses sources que par la spécificité de ses règles.

Diversité des sources :

1) Sources nationales

Le droit bancaire a été codifié au sein du CMF, destiné à regrouper à droit constant tous les textes éparpillés. Le CC et le Ccom sont également des sources du droit bancaire.

2) Sources professionnelles

Outre les usages et les textes élaborés par les instances professionnelles, les magistrats ont reconnu valeur normative à certains usages bancaires. Par exemple, à l'issue d'un usage bancaire a été admis l'anatocisme du compte courant (il est prohibé par le droit civil, mais a été admis par la pratique bancaire). L'anatocisme consiste à faire produire des intérêts aux intérêts.

3) Sources internationales

Il existe plusieurs conventions internationales qui s'intéressent au droit bancaire. Par exemple, la convention d'Ottawa du 28 mai 1988 (ratifiée par la France en juillet 1991) définit les règles du crédit bail et d'affacturage international. De la même façon, de nombreuses directives communautaires ont obligé les états membres à modifier leur droit interne. Enfin, les institutions européennes ont été à l'origine de la création d'un système européen de banque centrale. Ce système n'a pas la personnalité morale, il n'est soumis à aucun contrôle juridique ou politique, mais a en charge la règlementation bancaire et l'émission de la monnaie dans l'UE.

Spécificité des règles :

Le droit bancaire met en œuvre des règles techniques juridiques qui lui sont propres. Le droit civil ne suffit pas toujours à expliquer les mécanismes du droit bancaire.

Le droit bancaire a pour objet d'organiser les crédits et de créer des valeurs. Mais cette vision est réductrice, car le droit bancaire permet également de fournir des instruments de paiement.

**La fonction de crédit** est liée à l'activité bancaire depuis des siècles, même si cette fonction a souvent été critiquée voire condamnée. La religion a condamné le prêt bancaire à intérêt, mais également les philosophes (Aristote : l'argent ne doit pas engendrer l'argent) et les politiques. Néanmoins, avec le temps et la nécessité, les besoins d'argent se sont fait plus exigeants, et les intermédiaires se sont multipliés. En effet, toute activité commerciale doit passer par le crédit. Le crédit de trésorerie est essentiel pour les entreprises, c'est pourquoi elles accordent à leurs clients des délais de paiement. Mais si l'entreprise fait crédit à ses clients, cela signifie qu'en amont elle a elle aussi besoin de crédit. L'entreprise va alors essayer d'obtenir des disponibilités auprès de sa banque par le biais des créances à terme dont elle dispose auprès de ses clients. Dans cette perspective elle va mobiliser ses créances, par le biais d'instruments de crédit. Par exemple, une entreprise qui a obtenu un marché de 50 000 euros, qui ne sera payé que dans 6 mois. Pour payer ses salariés, ses factures etc, elle va mobiliser cette créance chez son banquier : elle demande un prêt en prévision de rembourser le crédit par la somme qu'elle attend.

Les effets de commerce ont joué le rôle d'instruments de crédit. Ainsi la lettre de change, le billet à ordre, permettaient de mobiliser les créances. Le chèque quant à lui avait le rôle principal d'instrument de paiement. De ce fait on a longtemps douté de son appartenance à la catégorie des effets de commerce. Néanmoins sa réglementation a été en grande partie copiée sur celle de la lettre de change, dont il présente la majeure partie des caractéristiques. Les effets de commerce présentent un grand intérêt dans la mesure où ils sont sécurisés et où ils circulent facilement.

-> Sécurité des effets de commerce

La sécurité est liée aux conditions de constitution des effets de commerce, et à la rigueur de leur exécution. Les effets de commerce tirent leur validité du respect d'un formalisme cambiaire. Si le titre est irrégulier en la forme, il n'est pas nul, mais il ne vaut plus comme effet de commerce. Par exemple, si un chèque est incomplet, il pourra être un commencement de preuve de reconnaissance de dette, mais il ne s'agit pas d'un chèque en soi.

Dès lors qu'ils sont rédigés en la forme, ils présentent une grande sécurité. D'une part, aucun délai de grâce ne peut être demandé. De plus, la solidarité joue entre tous les signataires du titre. Enfin, il existe la règle d'inopposabilité des exceptions (on ne peut pas invoquer auprès de celui qui réclame le paiement de la créance une exception, un vice, que l'on pouvait invoquer auprès de son créancier pour ne pas s'acquitter de sa dette).

-> Circulation des effets de commerce

Les effets de commerce circulent librement et peuvent ainsi faire l'objet de plusieurs transmissions. C'est pourquoi ils jouent le rôle de monnaie. Mais leur circulation s'opère non pas par des procédés de droit civil mais par voie d'endossement.

Face à la multiplication des effets de commerce, les établissements de crédit ont dû lutter contre la dictature papier et le coût que cela impliquait. C'est pourquoi les lettres de change papier ont laissé la place à la LCR (lettre de change relevée, ou informatisée).

En ce qui concerne les chèques, on a limité leur circulation en introduisant le barrage du chèque, c'est-à-dire que l'endossement ne peut se faire qu'au profit d'une banque, et non d'un particulier.

Dorénavant la circulation se limite le plus souvent à une remise en compte (dépôt sur un compte), qui se fait soit par la voie de l'escompte, soit par la voie de l'encaissement.

Le législateur a également imaginé d'autres techniques de mobilisation de créance et d'autres instruments de crédit. La loi du 2 janvier 1981 a donné naissance au bordereau Dailly. Il s'agit de céder ou de nantir des créances professionnelles. L'intérêt est que l'on peut mobiliser plusieurs créances sur le bordereau. De plus, on a fait venir d'outre Atlantique la technique d'affacturage. Cette technique consiste pour une société d'affacturage à s'engager moyennant la perception d'une commission à acheter et à régler tout ou partie des créances que son client possède contre des tiers.

Enfin, le 19 février 2007, le législateur a introduit la fiducie. Il s'agit d'un instrument de crédit qui a vocation à servir 3 objectifs principaux : la gestion d'un patrimoine dans l'intérêt du constituant (il s'agit de la fiducie gestion), la constitution de sûretés au profit d'un créancier du constituant (fiducie sûreté), la transmission de bien au profit de tiers au constituant (fiducie mutation).

**Les instruments de paiement** sont nécessaires aux commerçants, pour éviter la manipulation des espèces. Pendant longtemps le chèque a été le plus répandu. Puis les banquiers ont inventé la carte de paiement à laquelle est associée un crédit, le télépaiement (TIP), les prélèvements, le paiement par internet (impôt etc). Cela nécessite un support technique, tel qu'un compte bancaire.

1. Partie 1 – Les instruments de crédit

Les entreprises utilisent le crédit de deux façons. Elles ont recourt au crédit à long terme et au crédit à court terme.

Le crédit à long terme

Il est représenté par le capital ou alors l'emprunt obligataire (la personne qui souscrit l'emprunt perçoit une rémunération). L'actionnaire ou l'obligataire peuvent céder leurs droits. Cette cession s'opère en principe sur le marché boursier.

Le crédit à court terme

Il est représenté par deux grandes catégories : le crédit commercial (le crédit fournisseur va consentir un délai de paiement à son client), le crédit bancaire (particulièrement large, il recouvre les prêts, les revolving [crédit qui se reconstitue continuellement], le découvert bancaire, l'escompte [permet à la banque de prendre des effets de commerce]...).

Il ne faut pas confondre ces opérations de crédit avec les instruments de crédit, définis à l'article L 313-1 du CMF ainsi : « 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 une garantie ». Donc un cautionnement est considéré comme une opération de crédit.

Les instruments de crédit supposent la création d'un titre lors d'une opération commerciale ou de crédit, permettant une mobilisation de ce crédit. Il est en effet possible pour le fournisseur de mobiliser son crédit commercial auprès d'une banque. On assistera alors à une cession de créance. L'intérêt pour le fournisseur est de se refinancer auprès de la banque. Et la banque à son tour ira se refinancer auprès de la BDF (banque de France).

Traditionnellement les effets de commerce représentaient la majorité voire l'intégralité des instruments de crédit. Mais le législateur a inventé de nouvelles techniques de mobilisation de créance (bordereau Dailly, qui n'est pas un effet de commerce).

* 1. Sous partie 1 – Les effets de commerce

Aucune définition n'existe concernant les effets de commerce. Mais il existe quelques dispositions éparses, comme l'article L 632-1 du Ccom qui emploie cette expression. La notion est très ancienne (Moyen-Age), à l'époque des foires pour éviter les transports de fonds.

L'effet de commerce peut se définir comme « un titre négociable qui constate l'existence au profit du porteur d'une créance à court terme et sert à son paiement » (traité de droit commercial). L'effet de commerce compte donc 5 éléments :

- titre négociable

La négociabilité est un caractère essentiel de l'effet de commerce. Il y puise sa différence avec la cession de créance civile (art 1690 du CC : cette cession de droit commun exige un formalisme lourd et un coût onéreux puisqu'elle doit se faire par acte authentique). L'effet de commerce se négocie par simple transmission de la main à la main. La cession de commerce peut se faire également par voie d'endossement, qui a un effet supérieur. En effet l'endosseur garantit non seulement l'existence de la créance mais aussi son paiement.

- objet monétaire

L'effet de commerce se rapproche de la monnaie puisqu'il représente une somme d'argent déterminée et payable à court terme. Cependant il se distingue de la monnaie, car il est émis lors d'une opération déterminée qui lui sert de support à l'inverse de la monnaie. Ainsi, derrière le rapport cambiaire se trouve le rapport fondamental (l'opération commerciale ou économique qui sou tend l'effet de commerce). Il offre une certaine sécurité car il est immédiat, alors que le paiement par effet de commerce est quant à lui différé.

- engagement de payer

Il s'agit d'un engagement formel de payer. Car il ne vaut que s'il contient la formule « payer contre ce chèque la somme de ».

- paiement à court terme

Il doit être payé à l'issue de 3 mois.

- consacre un usage de recevoir le titre en paiement

* + 1. Titre 1 – La lettre de change
       - 1. Chapitre préliminaire – Théorie générale du droit cambiaire

Section 1 – Définition et fonction de la lettre de change

Définition : la lettre de change est un écrit par lequel le tireur (celui qui émet le titre) donne mandat à une autre personne (tiré) de payer un tiers (preneur ou tiers bénéficiaire) une somme déterminée à une date donnée.

Il existe un rapport juridique entre ces 3 personnes.

Entre le tireur et le tiré : il existe une créance appelée provision.

Entre le tireur et le bénéficiaire : le rapport de dette s'appelle la valeur fournie

Entre le bénéficiaire et le tiré : il existe une obligation de payer par le biais de la cession de créance.

(fournisseur) (banque)

Tireur Tiers bénéficiaire

*valeur fournie*

*provision*

= rapport fondamental *paiement*

qui sou tend la lettre

de change

Tiré

(client)

Rôle originel (historique) : éviter les rapports de fonds.

Autre rôle : instrument de paiement (par voie d'endossement).

Pour conférer au système de paiement plus d'efficacité et de sécurité, la pratique a inventé l'acceptation du titre. En acceptant la lettre de change, le tiré s'engage à payer le titre à son échéance. De plus, par la règle d'inopposabilité des exceptions, il ne pourra pas opposer au bénéficiaire les exceptions qu'il peut invoquer à l'encontre du tireur pour ne pas le payer. Enfin, la solidarité des signatures consolide la sécurité de ce mode de paiement : on peut demander au signataire le plus solvable le paiement intégral du titre.

Pour finir la lettre de change peut être un instrument de crédit. A partir du moment où ce ne sont plus des commerçants mais des banquiers qui ont pris le titre, il a fallu imaginer l'escompte, qui a permis au commerçant tireur d'obtenir des fonds alors même que le titre n'est pas arrivé à échéance. Ce procédé est capital dans les affaires, car les entreprises sont obligées de concéder des crédits à leurs clients. En effet certaines dépenses ne peuvent pas attendre, telles que la TVA, l'URSAFF, les salaires... En mobilisant ses créances, le tireur va pouvoir honorer toutes ses échéances.

Section 2 – Rapports mis en œuvre par la lettre de change

La lettre est émise et transmise pour que le paiement éteigne le rapport fondamental (le rapport juridique qui sou tend l'opération cambiaire, autrement dit le contrat de fourniture). Il existe donc un lien juridique originel entre le tireur et le tiré, qui peut être une vente, une livraison, une prestation de service.

Chaque signataire qui appose sa signature sur le titre intervient soit en qualité de tireur, en qualité de tiré, ou encore en qualité d'avaliste ou avaliseur (celui qui donne son aval).

§1 Caractères spécifiques de l'obligation cambiaire

La lettre de change étant appelée à circuler, elle se caractérise par son formalisme, sa rigueur, et son autonomie.

A- Formalisme cambiaire

L'apparence joue un rôle essentiel dans le but d'assurer la sécurité des tiers. Ainsi, l'obligation cambiaire n'existe que si le titre renferme les mentions imposées. De même, la forme du titre est importante. En effet, les endossements se font au verso du titre alors que le recto est consacré à l'acceptation du tiré et à l'aval. Enfin toute stipulation extérieure n'a aucune valeur cambiaire. En revanche elle pourra relever du droit commun des obligations.

B- Rigueur

En principe, l'obligation cambiaire est une obligation chirographaire mais elle est assortie d'une grande sévérité dans son exécution. D'abord c'est une obligation dont la nature est toujours commerciale, et ce quelque soit la qualité des personnes qui y souscrivent et quelque soit la nature des rapports préexistants. C'est pourquoi il s'agit d'un acte de commerce par la forme (le tribunal de commerce est donc toujours compétent). Il nécessite la capacité commerciale.

L'obligation cambiaire est un engagement rigoureux, dans la mesure où aucun délai de grâce ne peut être accordé. Cela signifie que le paiement doit se faire impérativement à l'échéance. S'il ne se fait pas, les intérêts courent immédiatement. En cas de défaillance du tiré, il conviendra de la constater dans un acte solennel (le protêt). Si le tiré est défaillant, le bénéficiaire pourra se retourner contre l'un des signataires du titre puisque tous les signataires sont solidairement responsables du titre.

C- Autonomie

Elle se manifeste de deux façons.

1° Principe d'indépendance des signatures

L'engagement cambiaire doit être apprécié séparément. On dissocie chacun des souscripteurs. Ce principe résulte de l'article L 511-5 al 2 du Ccom. Si le titre comporte de fausses signatures (ex : signature d'un incapable, faux nom), le titre n'en est pas moins valable, et par conséquent les autres signataires sont engagés.

2° Principe d'inopposabilité des exceptions

L'engagement cambiaire est totalement indépendant du rapport fondamental : la provision existe même si le contrat qui la sou tend n'a pas été exécuté. Ce rapport fondamental sert de cause à la lettre de change qui, même s'il n'existe pas, reste valable à l'égard des porteurs de bonne foi (tiers bénéficiaire de bonne foi). C'est une protection économique qui trouve sa source dans la dissociation des rapports juridiques.

Exemple : l'entreprise A fournit des marchandises à l'entreprise B. Les marchandises sont avariées. La lettre de change a déjà été escomptée. La banque va donc aller voir le tiré à l'échéance du titre, en étant de bonne foi (ignorant le caractère avarié des marchandises) pour se faire payer.

§2 Les relations entre le rapport fondamental et l'obligation cambiaire

A l'origine, il existe 2 rapports juridiques fondamentaux qui sou tendent l'existence de la lettre de change : la provision (créance du tireur sur le tiré) et la valeur fournie (prestation du bénéficiaire en faveur du tireur).

A- Le principe d'indépendance

On pourrait faire dépendre la validité de la lettre de change de l'existence des rapports fondamentaux (provision et valeur fournie). Dans une telle conception, la lettre de change serait l'instrument d'exécution des obligations antérieures entre les parties. Mais en vertu de ce principe d'indépendance, l'absence de provision ou de valeur fournie n'est pas une cause de nullité du titre. Il existe cependant deux réserves à ce principe d'indépendance.

- le vice (notamment l'atteinte à l'ordre public) : si la lettre de change a été émise dans le seul but de constituer un crédit fictif, le titre est nul.

- la mauvaise foi (la connaissance par le tiers bénéficiaire de l'exception)

B- L'influence réciproque

1° Effets de la création ou de l'endossement de la lettre de change sur les rapports fondamentaux

On pourrait concevoir que l'émission du titre ou l'endossement du titre entraîne l'extinction des rapports préexistants par novation (le rapport fondamental originel disparaîtrait et se trouverait nové par un rapport de créance cambiaire). Pourtant le débiteur reste tenu envers son créancier par les deux liens d'obligation (le rapport contractuel originel et le rapport cambiaire lié à l'émission de la lettre de change). En effet, en droit français, conformément à l'article 1273 du CC, la novation ne se présume pas. Pour nover il faut exprimer clairement sa volonté de novation. Or il est permis de douter que cette volonté existe chez le créancier. En effet s'il y avait novation, il perdrait toutes les actions liées au rapport fondamental et éventuellement aux sûretés qui y sont afférentes (exemple : si le rapport fondamental est un contrat de vente de marchandises, une clause de réserve de propriété assortira souvent un tel contrat, c'est-à-dire que le transfert de propriété ne sera complet que lorsque le débiteur aura réglé la totalité de la dette ; s'il y a novation, le créancier perd cette sûreté).

L'article L 161-67 du CMF énonce que « la remise d'un chèque en paiement n'entraîne pas novation ». La créance originelle subsiste et se superpose à la créance cambiaire.

2° Les influences des rapports fondamentaux sur les obligations extra-cambiaires

Cette influence est limitée mais existe néanmoins. A l'égard des porteurs de bonne foi (tiers bénéficiaires) les rapports fondamentaux ne sauraient mettre en échec les obligations cambiaires (c'est ce qu'on appelle la purge des exceptions). D'autre part, entre les parties en relation juridique directe (tireur / tiré notamment), l'étanchéité entre le rapport fondamental et l'obligation cambiaire est moins marquée. Ainsi, si le tireur reste porteur du titre (donc bénéficiaire), il va de soi que le tiré pourra opposer au tireur les exceptions liées au rapport fondamental.

* + - * 1. Chapitre 1 – La création de la lettre de change

La lettre de change est créée en raison d'un rapport fondamental qui lie le tireur au tiré. Cependant la lettre de change est appelée à circuler. C'est pourquoi l'aspect formel du titre revêt une importance capitale. La convention de Genève a fait en sorte d'uniformiser tout le droit cambiaire des adhérents de ladite convention : elle a mis en place de nombreuses formalités qui se justifient par le fait que tout porteur doit pouvoir se fier à l'apparence du titre. Le formalisme apparaît donc comme un gage de sécurité.

A l'inverse l'engagement cambiaire est un engagement grave, c'est la raison pour laquelle de nombreuses conditions seront également exigées chez les signataires du titre. Le droit cambiaire requiert des conditions de forme mais aussi des conditions relatives aux personnes.

Section 1 – Les conditions de forme

L'article L 511-1 du Ccom énumère les mentions obligatoires. Toutefois il existe aussi des mentions facultatives, dont la présence ou l'absence n'a aucune incidence sur la validité du titre.

§1 Les mentions obligatoires

A- Le respect des mentions obligatoires

L'article L 511-1 du Ccom dresse la liste des mentions obligatoires qui doivent donc figurer sur la lettre de change.

* Nommer / dénommer le titre (« lettre de change ») dans la langue employée pour la rédaction du titre. La jurisprudence accepte que soit substitué à l'expression lettre de change le terme de traite.
* La traite doit comporter le mandat pur et simple de payer une somme déterminée. Cela signifie que le mandat doit comporter simplement l'ordre de paiement (« donne mandat de payer » ou « ordonne de payer tant »). L'ordre conditionnel de payer est exclu, qu'il s'agisse d'une condition suspensive ou d'une condition résolutoire. De plus, la somme doit être inscrite en chiffres et en lettres (en cas de contradiction entre les deux montants, c'est le montant en lettres qui est reconnu comme valable). En principe, la stipulation d'intérêts est prohibée mais rien n'interdit de les inclure dans le montant même de la traite au moment de son émission.
* Le nom de celui qui doit payer (le tiré). Il faut que le porteur puisse s'adresser à lui, c'est pourquoi son nom et son adresse doivent figurer dans un encadré au recto du titre. L'adresse du tiré est très importante dans la mesure où la dette cambiaire est quérable et non pas portable (elle doit être demandée au domicile du débiteur), c'est pourquoi il faut qu'elle figure même si le texte ne la considère pas comme mention obligatoire.
* L'indication de l'échéance. Le porteur doit savoir avec exactitude à quel moment il pourra demander le paiement du titre. L'article L 511-22 du Ccom prohibe à peine de nullité les lettres de change à échéance successive. L'échéance peut être fixée uniquement de 4 façons : la traite est payable à vue (sur présentation du titre, tout comme le chèque), la traite est payable à un certain délai de vue (délai prévu qui court à compter de la présentation du titre au tiré), la traite peut être payée à un certain délai de date (délai qui court à compter du tirage de la traite, cas le plus fréquent), enfin la traite peut être payable à jour fixe. Si aucune échéance n'est mentionnée sur le titre, l'article L 511-1 du Ccom prévoit que la traite est payable à vue.
* L'indication du lieu de paiement. Cette indication est fondamentale pour le porteur, car il est obligé de demander le paiement à l'échéance, donc il faut connaître le lieu de paiement (le plus souvent la banque du tiré). A défaut, c'est l'adresse située à côté du tiré qui servira de lieu de paiement. Le plus souvent la traite contiendra une clause de domiciliation qui vise le plus souvent le banquier du tiré. Cela ne rend pas pour autant le domiciliataire partie à la traite : le banquier domiciliataire du tiré ne se trouve pas engagé dans les liens cambiaires.
* Le nom du bénéficiaire. Contrairement aux pays anglo-saxons, la loi n'exclut pas l'émission d'une lettre de change en blanc (sans inscription du nom du bénéficiaire). Lorsque le nom du bénéficiaire figure sur le titre, la jurisprudence pose en principe que les initiales du bénéficiaire sont insuffisantes sauf lorsque le bénéficiaire est une personne morale. Toutefois l'emploi de ces initiales n'est possible que lorsque le tiré est certain du nom du bénéficiaire sans aucune ambigüité.
* L'indication de la date de création. La mention de la date est fondamentale pour deux raisons : elle permet de vérifier la capacité du tireur au moment de l'émission (qu'il soit bien majeur à l'époque par exemple), et cela permet de constituer le point de départ du délai de présentation de la traite ou du délai de paiement. La preuve de l'inexactitude de la date s'effectue par tout moyen. L'inexactitude de la date n'est donc pas sanctionnée par la nullité du titre.
* Le lieu de création du titre. Cette mention a été dictée par les impératifs de droit international. Dans l'hypothèse où un litige surviendrait à l'issue de l'émission de la lettre de change, ce lieu permet de déterminer la loi applicable aux engagements et aux recours cambiaires. Si le lieu n'est pas indiqué l'article L 511-1 du Ccom prévoit que le lieu mentionné à côté du nom du tireur est considéré comme le lieu de création ou d'émission du titre.
* La signature du tireur. En principe elle figure au recto du titre (si elle figure au verso elle est assimilée à un endossement). Elle est indispensable car elle matérialise l'engagement du tireur qui est le premier à souscrire une obligation cambiaire. La forme de cette signature a donné lieu à de vives discussions. La question qui s'est posée est celle de savoir si on peut assimiler à une véritable signature une griffe. La Cour de cassation a autorisé cette pratique : une griffe peut être apposée sur le titre et valoir signature manuscrite. Une loi du 16 juin 1966 est venue compléter l'article L 511-1 du Ccom et a autorisé l'emploi de tout procédé non manuscrit tel que le cachet, la griffe ou encore l'impression de la signature du tireur. Des difficultés sont apparues lorsqu'il y a eu des abus : il serait injuste d'engager dans les liens du change un tireur apparent qui n'aurait jamais émis la volonté de signer le titre. Le titre est donc tout de même valable (théorie de l'apparence) mais le tireur pourra prouver que sa signature a été utilisée frauduleusement. Il reste cependant que sa responsabilité civile pourrait être mise en jeu, dès lors qu'il n'aura pas apporté à la conservation des souches tout le sérieux nécessaire et tout le soin obligatoire que suscite un carnet de lettres de change (exemple du comptable qui utilise les lettres de change en blanc frauduleusement). En absence de faute du tireur (diligent, soigneux, consciencieux), une obligation cambiaire peut-elle se déduire de la théorie de l'apparence ? Il est probable que oui, car la théorie de l'apparence est indépendante de la responsabilité civile et constitue donc une source d'obligation.

La nécessité d'une véritable signature subsiste sur le titre. Dès lors, la seule indication du nom du tireur ne répond pas à cette exigence légale. De même un code chiffré ne peut pas être assimilé à une signature. Mais il faut tenir compte dans l'application de ces principes de la loi du 13 mars 2000 (article 1316-4 du CC sur la validité de la signature électronique) dès lors que la lettre de change est électronique.

B- La sanction des irrégularités

Il est classique de distinguer deux types d'irrégularités formelles d'une lettre de change : d'une part l'omission d'une mention obligatoire, d'autre part l'inexactitude d'une mention appelée généralement supposition.

1° L'omission d'une mention obligatoire

En principe, une lettre de change qui ne respecterait pas l'une des mentions obligatoires visées à l'article L 511-1 du Ccom est nulle. En effet cet article énonce : « le titre dans lequel une des énonciations indiquées fait défaut ne vaut pas comme lettre de change ». Toutefois ce principe de nullité va connaître quelques atténuations.

a- Restrictions à la nullité

* Les cas de suppléance légale

La loi prévoit 3 cas de suppléance légale. Le premier vise l'échéance : si l'échéance est absente, la traite est payable à vue (donc elle est valable). Le deuxième vise le lieu de paiement : le lieu de paiement sera alors le domicile du tiré. Enfin, s'il manque le lieu de création du titre, il s'agira du lieu mentionné à côté du nom du tireur.

* A côté de ces cas de suppléance légale, la jurisprudence a reconnu des hypothèses de formalisme par équivalent.

Cela consiste à considérer l'effet comme valable car une mention jugée équivalente existe. Par exemple si le nom du bénéficiaire est absent, on estime alors que le bénéficiaire est le premier endosseur.

b- Nullité de la lettre de change seule

Le texte signifie que si le titre ne vaut pas comme lettre de change, c'est qu'il n'a plus de valeur cambiaire. Mais cela ne signifie pas qu'il ne vaut rien. On pourra donc le requalifier en billet à ordre, en engagement civil ou commercial (reconnaissance de dette) ou encore en commencement de preuve par écrit.

c- Régularisation de la lettre de change

Les conditions de validité d'un acte juridique s'apprécient au moment de sa conclusion. En outre la lettre de change est un titre particulier car elle est appelée à circuler. Dès lors il est plus rationnel qu'elle soit régulière en la forme dès l'origine. Mais cela n'a pas empêché la jurisprudence d'admettre certaines régularisations. Ainsi, la régularisation la plus fréquente est celle de l'absence du nom du bénéficiaire. Dans cette hypothèse, les tribunaux se montrent assez libéraux et estiment que la régularité du titre s'apprécie non pas au moment de son émission ni même à sa date d'échéance, mais à sa présentation au paiement.

Il en résulte que lorsque la traite se trouve ainsi régularisée, elle produit plein effet et est réputée avoir été régulière ab initio (dès l'origine), et donc les débiteurs cambiaires sont tenus.

2° La supposition

Cela vise l'inexactitude d'une mention. C'est l'hypothèse où la lettre de change renferme toutes les mentions obligatoires mais certaines d'entre elles dissimulent la réalité. La loi est muette, il faut donc s'en remettre au droit commun pour dégager des principes et des solutions. C'est l'hypothèse de la simulation. En droit des contrats la simulation n'est pas une cause de nullité. Dès lors la supposition n'entraînera pas la nullité de la traite si elle n'est pas destinée à masquer l'absence d'une condition essentielle (ex : la capacité du tiré). Dans le cas contraire, la traite est nulle, mais cette nullité est inopposable au porteur de bonne foi (celui qui ignorait qu'une condition essentielle de la traite avait été falsifiée, telle que la capacité du tiré). A l'égard des porteurs de mauvaise foi et des parties à la simulation, elle pourra être invoquée.

§2 Formalités et mentions facultatives

A- La pluralité d'exemplaires

Ce sont des actes sous seing privé. En général la lettre de change n'est émise qu'en un seul exemplaire, et est issue d'un carnet à souche de formule numérotée et pré établie. Toutefois, l'article L 511-72 du Ccom prévoit que la lettre de change peut être tirée en plusieurs exemplaires. De même l'article L 511-75 du Ccom autorise les copies qui peuvent circuler comme l'original.

La loi soumet l'émission de la pluralité d'exemplaires à des conditions qui tendent à protéger les tiers contre des fraudes (il faut qu'elles aient le même contenu que l'original, les exemplaires doivent être numérotés, à défaut ils seraient considérés comme des lettres de change distinctes).

B- Les mentions facultatives

Certaines clauses sont admises, telle que la clause de domiciliation (en général on précise à côté du nom du tiré et du tireur leur banque respective), également la clause de valeur fournie ou de provision. La valeur fournie est la prestation fournie par le bénéficiaire du titre en contrepartie de l'émission de celui-ci par le tireur à son profit ; lorsqu'elle figure sur le titre, cette clause présente un double intérêt : elle renseigne sur la cause de la création du titre et donc sur le sérieux de l'effet, de plus si la créance du preneur sur le tireur est assortie de privilèges ou de sûretés on admet que son indication comme valeur fournie dans l'effet implique la transmission de ces garanties au porteur successif de l'effet. Par ailleurs la mention de la provision informe utilement le porteur sur le sérieux de l'effet et permet donc de se prémunir contre les effets de complaisance.

Enfin il est possible d'inclure une clause de retour sans frais ou sans protêt : le non paiement d'une traite ou le refus d'acceptation doit être constaté dans un protêt (acte rédigé par un officier ministériel donc coûteux). Cette clause évite de respecter cette obligation de rédiger un protêt.

Section 2 – Conditions relatives aux personnes

La lettre de change est un acte juridique, elle répond aux conditions de validité. Toutefois la lettre de change n'est pas un acte juridique commun, car c'est un titre qui circule, qui a plusieurs débiteurs et plusieurs créanciers. Dès lors, la question se pose de savoir si les conditions de validité sont appréciées globalement ou au regard de chaque signataire de la lettre de change. C'est vers cette solution que le législateur a penché.

§1 Le tireur

Au moment de la création du titre, seule la volonté du tireur intervient, et il donne au tiré un ordre de payer. Néanmoins, pour accomplir cet acte, il doit être capable, avoir des pouvoirs, et un consentement libre.

A- La capacité

La lettre de change est considérée comme un acte de commerce par la forme, donc le tireur doit avoir la capacité pour effectuer des actes de commerce. A cet égard, les règles de capacité sont strictes, et s'appliquent à tout signataire de la lettre de change.

1° L'hypothèse du mineur

Le mineur ne peut pas avoir la capacité commerciale même s'il est émancipé. Dès lors, en vertu de l'article L 511-5 du Ccom, les lettres de change souscrites par des mineurs non négociants sont nulles. Il s'agit d'une nullité de protection (donc d'une nullité relative), elle ne pourra être invoquée que par le mineur ou son représentant légal. Cette nullité sera opposable au porteur même s'il est de bonne foi. Toutefois le principe d'indépendance des signatures revêt une grande importance en l'occurrence : les autres signataires du titre restent tenus cambiairement.

2° Le majeur protégé

Même en l'absence de régime de protection, l'engagement du tireur pourra toujours être annulé s'il est prouvé qu'au moment où il a signé le titre il était sous l'empire d'un trouble mental.

Les majeurs sous tutelle et sous curatelle ne peuvent pas souscrire de lettre de change, ni seuls ni même par l'intermédiaire de leur tuteur ou curateur (car on ne peut pas faire de commerce par représentation).

Quant aux majeurs sous sauvegarde, ils ne sont pas frappés d'incapacité, ils peuvent donc émettre à priori des lettres de change. Toutefois, tous les actes qu'ils passent et qui leur sont préjudiciables pourront être révisés voire annulés dans les deux ans de leur passation.

3° Le consommateur

L'article L 313-13 du Cconso déclare nuls à l'égard du consommateur les lettres de change et billets à ordre souscrits ou avalisés par les emprunteurs même majeurs à l'occasion d'opérations de crédit à la consommation ou de crédit immobilier.

En matière cambiaire, le consommateur est considéré comme un mineur il est donc incapable. L'idée est d'éviter de soumettre le consommateur à la rigueur du droit cambiaire et notamment à la prohibition des délais de grâce et à la règle d'inopposabilité des exceptions.

Ainsi, seuls les majeurs non protégés qui ont la capacité de commerçant peuvent souscrire des engagements cambiaires.

B- Le consentement

1° Le consentement vicié

La lettre de change est un acte juridique, elle suppose donc un consentement non vicié. Ce consentement à l'acte se matérialise par la signature du tireur au recto du titre (mention obligatoire). Mais la question qui se pose alors est celle de connaître l'influence d'un vice ou d'un défaut de consentement sur le titre. Il va de soi que si le tireur a donné un consentement vicié, il n'est pas engagé dans les liens du change. Mais il faudra tenir compte de la règle d'inopposabilité des exceptions, selon laquelle il ne pourra pas invoquer ce vice du consentement à l'égard du porteur de bonne foi.

2° Le consentement absent

L'absence de consentement dans la pratique résulte du fait que la signature du tireur a été falsifiée ou encore de l'hypothèse où l'effet a été altéré.

a- Falsification

En cas de falsification, il va de soi que le tireur ne peut être engagé cambiairement puisqu'il n'a pas donné son consentement lors de l'émission du titre. Sa responsabilité civile pourra cependant être mise en jeu dans l'hypothèse où c'est par sa faute que le titre a été falsifié. Toutefois, la lettre de change sera considérée comme valable à l'égard des autres signataires de bonne foi, en raison de l'indépendance des signatures.

b- Altération

En cas d'altération de la lettre de change, il convient d'adopter une solution similaire. L'altération se définit comme « une modification apportée à une traite sans le consentement du tireur ou des autres signataires » (signataires antérieurs à l'altération). L'article L 511-77 du Ccom prévoit en effet que les signataires postérieurs à l'altération sont tenus dans les mêmes termes que ceux du texte altéré. Les signataires antérieurs sont tenus dans les termes originels du titre, et ce même à l'égard d'un porteur de bonne foi.

C- Les pouvoirs du tireur

Il est fréquent qu'un tireur souscrive une lettre de change pour le compte d'autrui, notamment quand la lettre de change est émise par le représentant d'une personne morale. On applique alors les règles du mandat et l'on parle de représentation classique. Mais parallèlement, il existe des hypothèses où le représentant agissant pour le compte d'autrui va se présenter comme le créateur même du titre. Cette hypothèse correspond au tirage pour compte.

1° L'hypothèse de la représentation classique

Il n'y a pas de formalisme strict. Il suffit que le mandataire fasse précéder sa signature d'une formule sans équivoque précisant sa qualité. Dans ce cas les pouvoirs s'apprécient au jour de l'émission du titre. La jurisprudence a parfois appliqué la théorie du mandat apparent. S'il s'agit d'une personne morale, la personne qui signe la traite doit préciser le titre en vertu duquel elle agit. A cet égard, l'usage bancaire prévoit que le banquier escompteur n'est pas tenu de vérifier l'étendue des pouvoirs des signataires. En cas d'absence de pouvoirs, ou de dépassement de pouvoirs, les dispositions de l'article L 511-5 al 3 du Ccom doivent alors recevoir application. En conséquence le prétendu représentant sera obligé cambiairement et le prétendu représenté ne le sera pas.

2° L'hypothèse du tirage pour compte

Cette hypothèse est prévue à l'article L 511-2 al 3 du Ccom : le tireur bien qu'agissant pour le compte d'autrui se présente vis à vis des tiers comme le véritable créateur du titre, alors que le donneur d'ordre reste dans l'ombre. Il s'agit d'une hypothèse de représentation imparfaite. Les effets du tirage pour compte s'apprécient en fonction des différentes relations qui vont s'instaurer dans le rapport triangulaire entre tireur, bénéficiaire, porteur, donneur d'ordre, tiré.

- Entre les tiers et le bénéficiaire

Les tiers ne connaissent que le tireur pour compte qui se trouve seul engagé dans les liens du change. Dès lors aucune action cambiaire ne peut être faite à leur initiative à l'encontre du donneur d'ordre.

- Entre le donneur d'ordre et le tireur pour compte

Ce sont les règles du mandat qui s'appliquent car leur convention est de nature extra cambiaire : le tireur est engagé dans les liens du change mais envers une autre personne

- Entre le donneur d'ordre et le tiré

L'article L 511-7 du Ccom prévoit qu'il appartient au donneur d'ordre de fournir la provision.

Donneur d'ordre Tireur pour compte Tiers bénéficiaire

mandat (émet un titre pour le compte (banque)

du donneur d'ordre)

provision

paiement à l'initiative du banquier

Tiré

§2 Le tiré et les personnes facilitant le paiement

A- Le tiré

Il doit payer la lettre de change à son échéance, c'est pourquoi son nom figure au recto du titre. En principe il se distingue du tireur. Mais il arrive que le tireur et le tiré ne fassent qu'un (art L 511-2 du Ccom).

B- Le domiciliataire

Il est mentionné dans l'article L 511-1 5° du Ccom qui précise que la lettre de change contient le nom du lieu où le paiement doit s'effectuer (le plus souvent la banque du tiré). La désignation du domiciliataire présente plusieurs avantages.

D'une part le tiré n'a pas le soucis du paiement. D'autre part le porteur pourra demander la désignation d'un domiciliataire proche dans l'hypothèse où le tiré se trouve éloigné.

Enfin, la domiciliation va faciliter le remboursement par compensation entre le banquier porteur chargé d'encaisser et le banquier domiciliataire chargé de payer. Toutefois en pratique il est rare de voir le tiré donner pouvoir à son banquier de payer tous les effets de commerce qui lui seront présentés et qui sont domiciliés chez ce banquier, cela pour plusieurs raisons. D'abord, l'acceptation qu'il a donné sur le titre peut être fausse ou encore le tiré peut invoquer une compensation (entre lui et le tiers bénéficiaire) qui serait ignorée de son banquier. Le banquier ne paiera donc que sur ordre du tiré. En général cet ordre se donne sur un avis de domiciliation détaillé.

§3 Le porteur

C'est à son profit que la lettre de change a été créée. En principe le porteur est créancier du tireur. C'est ce qu'on appelle la valeur fournie si c'est une prestation, ou l'escompte si le banquier a fait une avance au tireur. Le tireur peut néanmoins se désigner lui même comme bénéficiaire. En effet l'article L 511-2 du Ccom prévoit que la lettre de change peut être à l'ordre du tireur lui même.

* + - * 1. Chapitre 2 – Les garanties du porteur

Section 1 – La provision

La provision se définit comme la créance du tireur sur le tiré. Selon l'article L 511-7 al 2 du Ccom, 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 au moins égale au montant de la lettre de change.

§1 Le régime juridique de la provision

A- La notion de provision

L'article L 511-7 du Ccom exige la réunion de 3 conditions pour qu'il y ait provision.

* La provision doit exister au moment de l'échéance. A contrario elle n'est pas obligatoire au moment de l'émission de la lettre de change. Elle ne l'est qu'au jour du paiement. Ce phénomène s'explique par le fait que la lettre de change est un instrument de crédit, et pas seulement un instrument de paiement.
* La provision est une créance de somme d'argent. Dès lors il n'y a pas provision si la dette du tiré est inférieure à la somme indiquée (le tiré pourra refuser de payer s'il n'a reçu que provision partielle de la traite). Cette condition vient de l'origine de la provision qui peut être diverse : marchandise vendue par le tireur au tiré, ouverture de crédit consenti par le banquier à son client, prêt consenti par le tireur au tiré qui s'engage à le rembourser par des lettres de change présentées à échéances successives. (Remarque : depuis la loi de 1979, les traites ne peuvent plus être signées par des particuliers lors de crédits à la consommation).
* La provision doit être disponible au moment de l'échéance. La jurisprudence est venue préciser cette notion : la provision doit être certaine (elle doit exister en son principe), mais on n'exige pas qu'elle soit liquide et exigible. Elle ne doit donc pas avoir disparu entre l'émission du titre et l'échéance. Mais elle peut être affectée d'un terme ou d'une modalité.

B- Preuve de la provision

C'est le tireur qui doit fournir la provision (L 511-7 al 1 du Ccom : « la provision doit être faite par le tireur »). En conséquence, le tiré ne paiera le bénéficiaire que s'il doit réellement quelque chose au tireur. S'il s'oppose à payer le bénéficiaire il devra prouver l'absence de provision, et si le bénéficiaire se tourne alors vers le tireur, celui-ci devra prouver qu'il a fourni la provision pour ne pas payer.

Tous les modes de preuve sont acceptés pour établir l'existence de cette provision. Toutefois les modalités de preuve seront différentes selon que la lettre de change aura été acceptée ou non.

1° La lettre de change n'est pas acceptée

L'absence d'acceptation présume l'absence de provision. Or en vertu de l'article 1315 du Cciv, c'est à celui qui se prévaut de la provision d'établir la preuve de l'existence de celle-ci.

* Rapport tiré / tireur

Le tireur doit prouver au tiré qu'il a fourni provision.

* Rapport tiré / porteur

Le tiré peut opposer toutes les exceptions au porteur. C'est au porteur d'apporter la preuve de l'existence de la provision.

* Rapport porteur / tireur

C'est au tireur de prouver qu'il a fourni la provision au tiré.

2° La traite est acceptée

Art L 511-7 al 4 du Ccom : « L'acceptation suppose la provision ». L'acceptation présume donc l'existence de la provision.

* Rapport tiré / tireur

La présomption est simple.

* Rapport tiré / porteur

Une jurisprudence a affirmé qu'il s'agissait d'une présomption irréfragable.

Cette jurisprudence a été particulièrement critiquée, car mettre à la charge du tiré une présomption irréfragable présume aussi de façon irréfragable que le tiers porteur est de bonne foi (ce qui n'est pas forcément le cas). On peut considérer que la présomption est irréfragable quand le porteur est de bonne foi, mais qu'elle est simple lorsqu'il est de mauvaise foi (lorsqu'il a connaissance de l'absence de provision).

C- Droits du porteur sur la provision

L'article L 511-7 al 3 du Ccom précise que « la propriété de la provision est transmise de droit aux porteurs successifs de la lettre de change ». Le droit personnel conféré par la provision (créance du tireur sur le tiré) est contradictoire à la propriété de la provision (droit réel conféré par l'article L 511-7). En conséquence, la formule utilisée par cet article n'est pas tout à fait exacte. Il convient de préciser qu'il ne s'agit pas d'un transfert de propriété, et que la provision ne peut exister qu'à l'échéance (c'est un droit virtuel pendant la durée de vie de la traite). Il faut donc comprendre le texte ainsi : le porteur de la lettre de change acquiert un droit exclusif sur la créance qui appartient au tireur contre le tiré à l'échéance du titre. L'étendue du droit de créance variera selon que la lettre de change est acceptée ou non.

* La lettre de change a été acceptée

La provision une fois fournie est sortie définitivement du patrimoine du tireur qui ne peut plus en disposer librement. Après l'acceptation, il ne peut plus opposer au tiré le paiement de sa dette ni la lui opposer par compensation. De même, ses créanciers ne peuvent pas davantage opérer une saisie attribution sur cette créance qu'il possédait contre le tiré.

* La lettre de change n'a pas été acceptée

Cette situation est particulière du fait que les droits du porteur ont pour objet une créance éventuelle. Si la créance existe bien au moment où on lui transmet le titre, il reste qu'elle pourra disparaître entre la transmission du titre et son échéance. En outre le tireur conserve le droit de réclamer sa créance au tiré. De même, le tiré pourra refuser le paiement au porteur à l'échéance car sa dette envers le tireur sera compensée par une créance liquide et exigible qu'il possède contre ce dernier.

Une chose est certaine : la survenance de l'échéance rend le porteur propriétaire définitif et irrévocable de la provision dès lors qu'elle existe dans son principe (Cass com, 4 décembre 1984).

Le paiement par le tiré, accepteur ou non, à l'encontre d'une autre personne que le porteur après cette échéance ne serait pas libératoire. L'échéance verrouille les droits du porteur sur la provision en vertu de l'adage : « qui paye mal paye deux fois ». La Cour de cassation a eu l'occasion d'appliquer ces principes pour trancher le conflit opposant un banquier escompteur d'une traite tirée par l'entrepreneur principal sur le maître d'ouvrage et un sous traitant exerçant contre ce dernier l'action directe que lui ouvre droit la loi du 31 décembre 1975. L'action directe a été jugée inefficace à partir du moment où les droits du banquier escompteur sur la provision sont définitivement fixés. Il existe 3 possibilités de fixer les droits sur la provision : l'acceptation, la défense faite au tiré de payer (notification au tiré de l'existence de la lettre de change, et donc interdiction de payer un autre que le porteur), l'arrivée de l'échéance.

Sous traitant Entrepreneur principal Banquier

loi de 1975 (tireur)

Maître d'ouvrage

(tiré)

Le sous traitant doit se faire payer directement par le maître d'ouvrage (loi de 1975 qui interdit de céder des créances quand il y a sous traitance). Donc le tiré est sollicité par le banquier pour payer la traite, et également par le sous traitant qui lui réclamera directement son salaire (au lieu de le réclamer à l'entrepreneur principal). Or la traite, quand elle est payée, doit être payée dans son intégralité.

Le banquier peut utiliser les trois possibilités pour se réserver la propriété de la provision. Mais le sous traitant peut réclamer sans délai sa créance par une action directe. Tout se règle en fonction des dates (acceptation, notification, échéance c/ action directe). Si l'action directe est effectuée avant ces dates, c'est le sous traitant qui l'emporte. Mais si le tiré accepte la traite, puis paye le sous traitant, il sera obligé de payer aussi le porteur (puisque la traite doit être payée dans son intégralité).

§2 Les effets de complaisance

A- Définition

Les effets de complaisance sont destinés à tromper les tiers sur les relations qui existent entre les différents signataires ou entre ces derniers et les autres personnes indiquées sur le titre, et qui dans l'esprit des parties ne doivent pas contraindre le tiré accepteur à payer effectivement la somme indiquée sur la lettre de change.

Plus simplement, c'est un service d'ami par lequel le tiré consent à accepter une lettre de change alors même qu'il n'a pas reçu provision dans le but de procurer du crédit au tireur.

L'effet de complaisance se caractérise donc par une absence totale de provision, d'opération commerciale sous-jacente. Ce genre d'effet présente un réel danger dans la mesure où le tiré complaisant, s'il est solvable, devra payer le porteur à l'échéance. Certes il dispose d'un recours contre le tireur complu, mais ce recours reste illusoire dès lors que celui ci n'a pas respecté la promesse de payer l'effet avant l'échéance.

Ce procédé consiste en réalité à se procurer un crédit illusoire dans le but de faire face à ses difficultés et donc de retarder voire d'éviter un dépôt de bilan. Il faut souligner que les effets de complaisance sont assimilés à de l'escroquerie (car on se procure à un crédit fictif) et à de la cessation des paiements. On rencontre à cet égard plusieurs hypothèses de crédit fictif :

* le tirage croisé : 2 entreprises sont gênées financièrement, elles vont tirer l'une sur l'autre des lettres de change en les acceptant afin de faire croire à leur banquier respectif l'existence d'un crédit.
* l'effet de cavalerie : on tire une lettre de change sur un tiré complaisant puis une seconde plus tard et ainsi de suite. Le tiré peut être un particulier.

Le problème est celui de la sanction qu'ils doivent encourir : aucun texte n'envisage la question. Dans le silence de la loi, c'est la jurisprudence qui est venue apporter des solutions.

B- La nullité

Un courant doctrinal estimait que la nullité ne pouvait être encourue d'une part car il n'y avait pas vraiment d'argument permettant de militer pour la nullité et d'autre part en vertu du principe selon lequel il n'y a pas de nullité sans texte. A cela certains arguments ont été ajoutés : les effets de complaisance sont acceptés par le tiré et donc il est indispensable au nom de la sécurité juridique de valider ces effets car l'obligation cambiaire née de la signature doit demeurer totalement indépendante des rapports existants entre le tiré complaisant et le tireur complu. De plus, le titre est régulier en la forme, le tiers qui prend l'effet à l'escompte doit donc pouvoir se reposer sur l'apparence du titre. Enfin, la nullité serait dangereuse car elle entraîne le sacrifice du porteur, en outre elle est injuste, car si par hasard le complaisant a payé, il n'a plus de recours contre le complu.

Mais la jurisprudence a tout de même considéré que la sanction encourue était la nullité. Les arguments avancés par la doctrine ne pouvaient en effet pas être retenus. Notamment la nullité n'est pas opposable au porteur de bonne foi. Si le titre est nul et que le banquier escompter est de bonne foi, la nullité sera sans effet sur lui. De plus, la nullité, si le complaisant a payé, ne l'empêche pas de se retourner contre le complu, puisque la nullité a un caractère rétroactif et qu'on doit remettre les parties en l'état avant la conclusion du titre (le problème se pose si le complu ne peut pas payer).

La question qui se pose est celle du fondement de la nullité. Plusieurs fondements sont possibles :

* L'absence de provision (pas valable car il suffit que la provision existe à l'échéance).
* L'absence de cause (fondement contesté car la doctrine estime que l'engagement du tiré est causé par le service rendu, et le tiré complaisant trouve un avantage en cas de tirage croisé, quant au tireur son engagement est causé par la volonté d'obtenir du crédit). De plus dans l'avenir, la cause ne sera plus retenue en droit français (substituée par l'intérêt).
* Caractère immoral ou illicite de la cause (le mécanisme du change est détourné par l'effet de complaisance et induit les tiers en erreur). C'est cet argument qui doit perdurer pour fonder la nullité des effets de complaisance.

Article 1131 du Cciv : « l'obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet ».

1° Les bons effets de complaisance

L'appréciation du caractère de la cause conduit à valider les engagements dans lesquels le souscripteur ne cherche pas à tromper les tiers et entend honorer sa signature. Il s'agit des effets émis sur la base d'une ouverture de crédit consentis sérieusement par le tiré. Tel sera le cas des effets de cautionnement où le tiré s'engage à payer la traite en tant que garant alors qu'il sait qu'il ne sera jamais redevable à l'encontre du tireur ; tel sera également le cas des effets de renouvellement, c'est-à-dire à échéance lointaine. Normalement ces effets n'ont pas vocation à être réglés à leur échéance, néanmoins la jurisprudence comme la doctrine en ont admis la validité. Ils sont en effet créés pour assurer le règlement d'une créance réelle du tireur sur le tiré et ne correspondent donc pas à une opération fictive.

2° Les mauvais effets de complaisance

Il semble qu'au regard du droit positif, le domaine de la nullité se trouve circonscrit aux seuls mauvais effets. Ces effets n'ont d'autre but que de tromper les tiers sur les relations qui existent entre le tiré et le tireur. De même ils n'ont d'autre but que de tromper les tiers sur la situation réelle du tireur. En créant ainsi un crédit fictif, le tiré et le tireur font croire à l'existence d'une situation solvable du tireur alors même que la situation est totalement obérée.

Le problème est qu'il faut donc distinguer entre ces deux sortes d'effets de complaisance. Il va sans dire que la morale n'a pas sa place dans l'appréciation de l'effet de complaisance et sur sa validité. L'expert va être diligenté afin d'examiner les effets. Et donc il devra rechercher des indices qui auraient pu permettre de déceler le mal enraciné dans la lettre de change. Parmi ces indices figure une disproportion entre le montant de l'effet et l'importance de l'entreprise du souscripteur. Un autre indice peut être le lien de parenté existant entre le tiré complaisant et le tireur complu. Enfin, un troisième indice est l'absence de lien entre les activités du tiré et du tireur, ne justifiant pas de relations d'affaires suivies.

Au plan pénal, les mauvais effets de complaisance sont assimilés à de l'escroquerie. Au plan du DDE (droit des entreprises en difficultés) le recours aux effets de complaisance est considéré comme de la cessation des paiements, et est même assimilé à de la banqueroute (sanction pénale infligée au dirigeant d'une société qui aura été préalablement mis en liquidation judiciaire).

Section 2 – L'acceptation

L'acceptation est un engagement souscrit par le tiré de payer la lettre de change à l'échéance. Elle crée un engagement cambiaire, et ce indépendamment de toute provision (Cass com, 13 mai 1996).

§1 Présentation à l'acceptation

Lorsque le tiré n'a pas accepté la lettre de change, il appartient au porteur qui souhaite obtenir l'acceptation du tiré de lui présenter l'effet. Le porteur se présente donc au domicile du tiré (avant l'échéance). Le tiré peut refuser de signer, invoquant son droit à vérification de la provision, et dire au porteur de revenir plus tard (article L 511-16 du Ccom). Cette présentation à l'acceptation revêt un caractère facultatif, toutefois il est des hypothèses où la présentation est tantôt obligatoire, tantôt interdite.

A- La présentation est obligatoire

L'article L 511-15 al 2 du Ccom précise que « dans toute lettre de change, le tireur peut stipuler qu'elle devra être présentée à l'acceptation ». Il s'agit des hypothèses où la traite comporte une clause de contre-acceptation, qui oblige le porteur à présenter la lettre à l'acceptation. En effet, le tireur qui craint que le tiré ne se reconnaisse pas comme son obligé a tout intérêt à être fixé sur le sort du titre avant échéance, et donc à interroger le tiré. Dès lors le porteur qui ne satisfait pas à cette obligation est considéré comme porteur négligent, et il perd tous ses recours cambiaires.

B- L'acceptation est interdite

La lettre de change va contenir une clause de défense d'acceptation. Elle est imposée par le tireur qui n'a pas encore fait provision et qui doute de la volonté du tiré. Aussi il n'envisage pas de mettre en circulation les effets qu'il faudra ensuite contester. De même, dans certains secteurs d'activité économique, il est d'usage que les entreprises n'acceptent jamais les traites (notamment dans le secteur de la grande distribution). Enfin, lorsque la traite est d'un petit montant, l'acceptation étant incertaine, on peut introduire une clause d'interdiction d'acceptation.

Cette clause est interdite dans une hypothèse : celle où la lettre de change est payable à vue.

§2 Caractère et forme de l'acceptation

A- Caractère facultatif

En principe le tiré n'est pas obligé d'accepter la lettre de change, même s'il a reçu provision et qu'il se reconnaît débiteur du tireur. En effet, si le tiré est aussi créancier du tireur, l'acceptation du titre l'empêcherait de se prévaloir de toute compensation dans l'hypothèse où le tireur n'exécuterait pas lui même le paiement de sa dette.

Cependant, ce principe souffre de quelques atténuations :

* le tiré est tenu d'accepter parce qu'il en a pris l'engagement (hypothèse dans laquelle il a promis de faire bon accueil aux traites émises sur lui par le tireur)
* l'acceptation peut être obligatoire en vertu d'un usage commercial. Devant le refus de certains commerçants d'accepter les traites (refus qui porte atteinte au crédit), le législateur a rendu l'acceptation obligatoire pour les traites créées en exécution d'une fourniture de marchandises et entre commerçants (article L 511-15 al 9 du Ccom). Toutefois le tireur ne peut exiger cette acceptation que si lui même a satisfait à ses obligations. Si le tiré refuse d'accepter, il perd alors le bénéfice du terme pour le paiement du prix.

B- Forme de l'acceptation

Le titre va revéter la formule « accepté » suivie de la signature du tiré qui doit obligatoirement être manuscrite, pour qu'il prenne bien conscience en signant de l'engagement qu'il va prendre. Toutefois la formule « accepté » n'est pas obligatoire et la seule signature au recto du titre suffit pour considérer l'acceptation comme valable. En revanche si le tiré signe au verso, la formule est obligatoire, car à défaut, il s'agit d'un endossement.

L'article L 511-17 du Ccom exige que l'acceptation soit pure et simple car l'acceptation conditionnelle équivaut à un refus d'acceptation. Cet article prohibe toute modification apportée par l'acceptation aux énonciations de la lettre de change. La jurisprudence a condamné toutes les acceptations conditionnelles (qu'il s'agisse de conditions suspensives ou de conditions résolutoires, voire de simples réserves émises par le tiré). L'acceptation peut être partielle, et dans ce cas le tiré indique sur la lettre de change le montant pour lequel il s'engage (cas du schéma précédent, où le maître d'ouvrage paye sa part au sous traitant, et le reste à la banque).

Pendant longtemps la doctrine et la jurisprudence ont admis la validité de l'acceptation donnée par acte séparé, dès lors qu'elle était définitive et sans réserve. Toutefois cette pratique doit aujourd'hui être rejetée aux vues des dispositions de l'article L 511-8 du Ccom qui exige que « l'acceptation doit être écrite sur la lettre de change ». Cette disposition étant impérative, il est désormais interdit de faire l'acceptation par acte séparé. Néanmoins, cette signature par acte séparé, si elle n'a pas valeur cambiaire, aura toujours une valeur au regard du droit commun et sera considérée comme une promesse de paiement.

L'acceptation fait entrer dans les liens du change. La capacité pour accepter est d'être commerçant ou à défaut il faut avoir la capacité de faire un acte de commerce.

§3 Effets de l'acceptation

Selon l'article L 511-19 du Ccom, par l'acceptation, le tiré s'engage à payer la lettre de change à l'échéance. Il devient donc débiteur cambiaire principal. Cette qualité a des conséquences sur les caractéristiques de l'obligation, mais aussi sur la provision et elle entraîne la purge des exceptions.

A- Caractéristiques de l'obligation cambiaire

Selon l'article L 511-44 al 1 du Ccom, le tiré sera solidairement tenu avec les autres signataires. Il pourra donc être condamné à verser une provision, se voir appliquer une procédure d'injonction de payer ou faire l'objet de mesures conservatoires (ex : saisie conservatoire).

Il devient débiteur commercial alors même qu'il n'est pas commerçant.

Il se trouve soumis à la rigueur cambiaire (prohibition des délais de grâce et inopposabilité des exceptions).

B- Acceptation et provision

L'article L 511-7 al 4 et 5 du Ccom énonce que l'acceptation suppose la provision, elle établit la preuve à l'égard des endosseurs.

Le porteur est ainsi en droit d'agir directement contre lui, sans avoir à prouver l'existence de la provision. Par ailleurs, le texte semble limiter la présomption de l'existence de la provision aux seules relations existant entre le tiré et les endosseurs. Cependant la jurisprudence n'a pas fait une lecture limitée du texte et a étendu cette présomption à la relation entre le tiré accepteur et le tireur resté porteur.

C- Purge des exceptions

L'acceptation produit donc un effet essentiel. En effet, en apposant sa signature, le tiré ne pourra plus invoquer au porteur les exceptions qu'il détenait à l'encontre du tireur pour refuser de payer sa dette. C'est ce qu'on appelle la purge des exceptions.

Le tiré ne pourra plus refuser de payer au porteur de bonne foi (celui qui ignore les exceptions du tiré à l'encontre du tireur). Il ne pourra donc plus invoquer les exceptions au porteur sauf si celui ci en acquérant le titre a agit à son détriment (art L 511-12 du Ccom).

§4 Le refus d'acceptation

Le tiré peut refuser d'accepter, mais dans ce cas le titre est suspect. Ce refus peut être exprès ou implicite. Ainsi on assimile au refus d'acceptation l'acceptation sous condition ou avec réserve. Le tiré qui refuse d'accepter ne sera pas tenu par la traite mais la créance du tireur sur le tiré sera alors immédiatement exigible. Toutefois l'échéance de la traite subsistera et à l'échéance si le tiré a reçu provision, il devra payer le montant de la lettre de change. L'acceptation verrouille le paiement de la lettre de change.

Section 3 – L'aval

Plus il y a de signatures sur le titre, plus le porteur a de chances d'être payé. Au delà des garanties intrinsèques du titre (provision, acceptation, solidarité entre les signataires), il existe donc une garantie extrinsèque (l'aval). L'aval est un engagement personnel de paiement du titre donné en la forme cambiaire (s'il n'est pas donné en la forme cambiaire il sera qualifié de cautionnement). L'aval est donné par une personne appelée donneur d'aval, avaliste ou avaliseur. L'avaliste s'engage à garantir le paiement du titre à son échéance en cas de défaillance de l'un des débiteurs cambiaires. L'avaliste peut donc être considéré comme la caution cambiaire de l'avalisé (celui pour lequel l'aval a été donné). Comme tout engagement cambiaire, l'aval va devoir répondre à des conditions de fond et de forme.

§1 Conditions de fond

Les conditions de fond portent généralement sur les personnes sujets de l'aval (avaliste et avalisé), mais également sur l'objet de l'aval.

A- L'avaliseur ou l'avaliste

L'aval est un engagement cambiaire. En conséquence, toutes les règles de capacité requises pour s'engager cambiairement (avoir au minimum la capacité commerciale) doivent être réunies chez l'avaliste. L'avaliste peut être une personne physique (pas de mineur même émancipé...) ou une personne morale (ex : la société mère va s'engager cambiairement en donnant son aval à toutes les lettres de change tirées sur la société fille). Mais lorsqu'il s'agit d'une personne morale, l'engagement doit alors répondre aux conditions générales de validité des autres signataires (il faudra vérifier que celui qui signe pour la personne morale a non seulement la capacité de le faire mais également le pouvoir d'engager la personne morale dans le droit cambiaire).

B- L'avalisé

C'est celui pour le compte duquel l'aval est donné. L'avaliste peut garantir l'engagement d'un des débiteurs cambiaires (le tireur, le tiré accepteur, le donneur d'aval [double garantie], un endosseur). C'est la raison pour laquelle l'article L 511-21 al 6 du Ccom précise : « l'aval doit indiquer pour le compte de qui il est donné ; à défaut l'aval est réputé donné pour le tireur ». En effet c'est le tireur qui est à l'origine de la lettre de change. Pour des raisons d'équité, les juges du fond ont décidé qu'il s'agissait d'une présomption simple. Lorsque la lettre de change est tirée par le tireur, à son ordre et est signée par un donneur d'aval qui intervient pour cautionner la signature du tiré accepteur mais sans le dire expressément, il serait injuste de poser une présomption irréfragable car ce serait empêcher le tireur porteur d'établir la véritable intention de l'avaliste. Cela reviendrait à le priver de tout recours en cas de défaillance du tiré à l'encontre de l'avaliste. En outre dans cette hypothèse la lettre de change n'est pas appelée à circuler, donc on ne voit pas l'intérêt de garantir la défaillance du tireur resté porteur (et donc bénéficiaire). Pourtant, la Cour de cassation en chambres réunies a décidé que la présomption posée à l'article L 511-21 al 6 était une présomption irréfragable. L'idée est que le droit cambiaire est un droit dangereux (car il engage énormément) et qu'il est nécessaire pour la sécurité juridique de poser des certitudes. Cela évite de plus toute éventualité de conflit.

La jurisprudence s'est efforcée d'atténuer les inconvénients du principe posé par la Cour de cassation. En effet, la solution contrevient et méconnaît la volonté réelle des parties. Aussi sa portée doit-elle être strictement limitée aux exigences du formalisme cambiaire qu'il convient de combiner avec le droit commun du cautionnement. C'est pourquoi il a été décidé que lorsque l'aval ne figure pas sur le titre, mais est donné par acte séparé, la détermination de la personne garantie peut se faire par tout moyen. De la même façon, la jurisprudence, en se fondant sur l'absence d'effet novatoire de l'engagement cambiaire, a distingué le droit cambiaire qui traite de l'aval et le droit commun qui traite du cautionnement. Sur le terrain extra cambiaire il sera alors possible de démontrer par tout moyen que l'avaliste a bel et bien voulu se porter caution pour le tiré accepteur. Cela amène d'autres difficultés liées au formalisme important du droit du cautionnement (application du droit de la consommation pour protéger le consommateur).

C- L'objet de l'aval

En principe, l'avaliste garantit la dette dans son intégralité. Toutefois il est possible de limiter son engagement à une partie de la somme à condition de le mentionner expressément. Il en résulte donc que l'aval peut être total ou partiel.

L'article L 511-21 al 1 du Ccom précise que : « le paiement d'une lettre de change peut être garanti pour tout ou partie de son montant par un aval ». Dès lors la question se pose de savoir si l'aval est limité au seul paiement ou bien s'il a une portée plus élargie. En effet, considérant l'article L 511-6 du Ccom, « le tireur est garant de l'acceptation et du paiement », et l'article L 511-10 du Ccom « l'endosseur est garant de l'acceptation et du paiement », alors une interprétation stricte de l'article L 511-21 al 1 du Ccom laisse à penser que l'avaliste ne garantit que le paiement. Pourtant une doctrine majoritaire estime que l'avaliste garantit le paiement de la traite mais aussi son acceptation. Cette opinion est fondée sur deux arguments. En effet l'article L 511-21 du Ccom précise « le donneur d'aval est tenu de la même manière que celui dont il s'est porté garant » (or l'aval peut être donné pour le tireur ou l'endosseur, et vu les textes précités, ces derniers sont garants de l'acceptation et du paiement). En outre, l'article L 511-38 du Ccom énonce que « le porteur peut exercer ses recours contre les endosseurs, le tireur, et les autres obligés ». Donc le recours contre les autres obligés ne peut pas être lié qu'au paiement. Donc l'avaliste devrait garantir le paiement et l'acceptation.

§2 Conditions de forme

L'aval peut être donné ou sur la lettre de change elle-même ou sur une allonge, soit par acte séparé indiquant le lieu où il est intervenu.

A- L'aval donné sur une lettre de change

L'article L 511-21 al 4 précise que : « l'aval est exprimé par la formule « *bon pour aval* » ou toute autre formule équivalente ». Il en résulte que l'aval doit être donné par écrit. A contrario, un aval donné par oral ne vaut rien au plan cambiaire. Il y a donc une dérogation au droit de la preuve commerciale (dans lequel tous les modes de preuve sont admis). Un aval à l'oral, à défaut d'avoir valeur cambiaire, pourra avoir valeur de droit commun. On pourra prouver par tout moyen qu'il y a un cautionnement. Un aval donné oralement aura cependant beaucoup de mal à être requalifié en cautionnement, car il ne sera pas régulier en la forme en tant que cautionnement.

Néanmoins l'identification de l'avaliste doit être certaine. Le problème se pose quand la personne qui a signé est le représentant d'une personne morale : elle peut signer un double titre, soit en tant que représentant de la personne morale (donc c'est la personne morale qui est engagée), soit en tant que dirigeant (en tant que personne physique). Lorsque le représentant n'a pas manifesté clairement sa volonté, la jurisprudence estime que les deux engagements produiront des effets (le dirigeant engagera la société s'il en a le pouvoir, et il sera également engagé personnellement dans le cas où la société serait défaillante).

Un autre problème s'est posé lorsqu'il n'y a qu'une signature sur le titre. Vaut-elle pour acceptation ou pour aval, ou même pour les deux ? Cass com, 2 février 1981 : cette signature unique vaut tant pour l'aval que pour l'acceptation. Cette position de la Cour de cassation a été critiquée. En effet, cela signifie qu'une seule signature unique peut alors valoir pour deux personnes juridiques distinctes (pour la personne morale qui a accepté sous la signature de son dirigeant et pour le dirigeant personne physique qui par la même signature est devenu avaliste). Autant la solution est justifiée lorsqu'il y a deux signatures, autant dans cette hypothèse d'une signature unique elle est critiquable. Quelque part cette solution entraîne la négation de la personnalité morale.

B- L'aval donné par acte séparé

Sa validité a été discutée lors de la convention de Genève. Il a alors été admis que chaque État aurait la possibilité d'admettre sur son territoire la validité d'un aval donné par acte séparé. La France a retenu cette option. En droit français, un tel aval (donné par acte séparé) est similaire à celui qui est donné sur le titre. L'intérêt est qu'il ne circule pas contrairement au titre, et il permet ainsi d'avaliser de nombreuses traites émises ou à émettre. En général, son auteur s'engage uniquement pour garantir un porteur déterminé. Ainsi le PDG s'engagera pour le compte de sa société. Par l'acte séparé on peut également prévoir un plafond pour le montant de l'engagement.

Outre les conditions de forme exigées pour l'aval donné sur la lettre de change, l'article L 511-21 al 3 du Ccom exige que l'aval donné par acte séparé indique le lieu où il est donné. Cette indication est nécessaire en raison de la diversité des législations en la matière. A défaut, l'aval ne constituerait pas un engagement cambiaire, il pourrait alors être considéré comme un cautionnement (sous réserve du respect du formalisme du cautionnement), ou valoir commencement de preuve par écrit de ce cautionnement. Par ailleurs, l'aval donné par acte séparé mentionne les traites garanties, le montant et la durée. L'avaliste s'engagera pour tel montant et pour telle durée, tout cela étant précisé dans l'acte séparé. Enfin, l'aval donné par acte séparé ne peut être donné par fax car la signature doit impérativement être manuscrite. Donc on peut penser que la signature électronique ne serait pas valable.

§3 Les effets de l'aval

Qu'il soit sur le titre ou donné par acte séparé, il produit les mêmes effets. Cependant l'avaliste par acte séparé n'est tenu qu'envers la personne à qui il a donné sa garantie. Il ne sera donc pas tenu à l'égard des porteurs successifs. Aussi, convient-il d'étudier les rapports de l'avaliste avec le porteur, avant d'envisager les recours dont il dispose.

A- Les rapports de l'avaliseur avec le porteur

Les effets de l'aval sont ici liés à la nature hybride de son mécanisme. En effet, l'avaliste souscrit un engagement cambiaire et un cautionnement solidaire. Ce dualisme se trouve marqué par les alinéas 7 et 8 de l'article L 511-21 du Ccom.

1° L'application du droit du cautionnement solidaire

L'application du droit du cautionnement solidaire entraîne deux conséquences.

* L'avaliste ne pourra pas invoquer ni le bénéfice de discussion ni le bénéfice de division.

Il est donc poursuivi pour le tout et ne peut pas contraindre le porteur à diviser ses recours (bénéfice de division), il ne peut pas demander au porteur d'exercer ses recours prioritairement contre le débiteur principal (bénéfice de discussion).

* L'avaliste est débiteur accessoire, puisque le cautionnement est une sûreté accessoire de la dette principale.

Il est donc tenu de la même façon et dans les mêmes termes que la personne pour laquelle il s'est porté garant. Il pourra dès lors invoquer à l'encontre du porteur les exceptions dont dispose le débiteur principal, outre ses propres exceptions telles que la prescription ou encore la négligence du porteur (par exemple : ne dresse pas protêt alors qu'il n'obtient pas paiement). De la même façon il pourra invoquer le bénéfice des dispositions de la loi de sauvegarde. En effet, la loi de sauvegarde permet aux cautions de se prévaloir dans certaines circonstances des dispositions qui bénéficient au débiteur principal.

2° L'application du droit cambiaire

En premier lieu le donneur d'aval est soumis au principe d'indépendance des signatures. En effet l'article L 511-21 al 8 du Ccom énonce que « son engagement est valable alors même que l'obligation qu'il a garanti serait nulle pour toute autre cause qu'un vice de forme ». Ce principe découle directement du formalisme cambiaire. Si l'obligation du débiteur principal est nulle pour vice de consentement ou illicéité de la cause, l'aval produira alors ses effets. Toutefois cet engagement de l'avaliste pourra trouver son terme dans l'hypothèse de la mauvaise foi du porteur (celui-ci sachant qu'en acquérant le titre il avait porté préjudice à l'avaliste).

En revanche dès lors que la régularité du titre formelle fait défaut, aucune signature ne peut valablement produire d'effets aux obligations cambiaires. Si le titre n'est pas régulier en la forme, il ne vaut pas comme lettre de change. Il n'en demeure pas moins que l'avaliste pourra se voir engagé sur le terrain du cautionnement.

En second lieu l'engagement du donneur d'aval est régi par le principe d'inopposabilité des exceptions. En conséquence il ne pourra donc pas opposer au porteur de bonne foi les exceptions qu'il détient à l'encontre d'un autre signataire. Il devra donc payer.

B- Les rapports de l'avaliseur et de l'avalisé

Il va de soi que dans l'hypothèse où le débiteur garanti (l'avalisé) a payé, l'avaliseur n'est plus tenu au paiement. En revanche dans l'hypothèse où le débiteur ne s'acquitte pas de sa dette, l'avaliseur doit payer. Il dispose alors à l'encontre de l'avalisé de recours, qui en tant que caution relèvent du droit commun, et en tant qu'avaliste relèvent du droit cambiaire.

1° Les recours de droit commun

Le droit commun prévoit essentiellement deux recours ouverts à la caution qui a payé en cas de défaillance du débiteur garanti.

* L'action personnelle en remboursement

Article 2305 du Cciv. Cette action est une action extra cambiaire fondée sur des rapports personnels existant entre l'avaliseur et le débiteur. Certains auteurs (notamment P. Ancel) estiment que ce recours personnel ne doit pas bénéficier à l'avaliseur car il est incompatible avec le mécanisme cambiaire. Pourtant il est incontestable que ce recours qui appartient à toute caution (civile ou commerciale) puisse également s'appliquer à l'aval (opinion d'une autre partie de la doctrine, notamment P. Simler). Cette solution est indirectement prévue à l'article L 511-46 du Ccom qui indique que le donneur d'aval ayant exécuté son engagement peut recourir pour la somme payée des intérêts légaux depuis le versement et les frais qu'il a engagé (cela rappelle l'article 2305 du Cciv : « ce recours a lieu tant pour le principal que pour les intérêts et les frais »).

* L'action subrogatoire

Elle est prévue à l'article 1251-3 du Cciv et à l'article 2306 du même Code. L'article 1251-3 du Cciv énonce : « la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette avait intérêt à l'acquitter ». Quant à l'action subrogatoire de la caution prévue à l'article 2306 du Cciv, elle se résume à cette expression : « la caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur ». Il va de soi que ce recours ne peut s'exercer qu'à hauteur des sommes effectivement payées au créancier. Mais la caution bénéficiera des sûretés et accessoires de la créance qui étaient ceux du créancier. En conséquence, l'avaliseur bénéficiera des mêmes recours contre les débiteurs cambiaires de l'avalisé et éventuellement de l'action extra cambiaire de provision contre le tiré.

2° Les recours cambiaires

Au terme de l'article L 511-21 al 9 du Ccom, l'avaliseur acquiert les droits résultant de la lettre de change contre le garanti et contre ceux qui sont tenus envers ce dernier en vertu de la lettre de change. En conséquence, lorsque l'avaliseur paye à la place du débiteur garanti, il récupère le titre. En acquérant ainsi la lettre de change, il va alors disposer des droits résultant du titre contre le tireur et contre les autres débiteurs cambiaires. On a pu voir ici une manifestation de l'action subrogatoire de l'article 2306 du Cciv. En réalité la jurisprudence a choisi une solution très favorable à l'avaliseur. En effet, elle estime qu'il dispose d'un troisième recours, c'est-à-dire d'un recours cambiaire qui lui est personnel. La Cour de cassation a posé le principe selon lequel (Cass com, 23 novembre 1959) : « l'avaliseur, lorsqu'il agit contre les débiteurs cambiaires de l'avalisé, acquiert un droit propre et personnel que l'article L 511-21 al 9 définit dans les mêmes termes que celui du tiers porteur de bonne foi ». Cela signifie donc qu'à titre personnel il bénéficie de l'inopposabilité des exceptions et la personne qu'il poursuit ne peut lui opposer des exceptions dont elle pouvait se prévaloir vis à vis de l'avalisé.

Section 4 – Transmission de la lettre de change

La lettre de change (instrument de crédit et de paiement) joue le rôle de monnaie. C'est la raison pour laquelle elle doit circuler librement. Elle doit être totalement sécurisée.

En droit commun, il est possible de céder des créances (art 1690 du Cciv prévoit la cession de créances). Dans ce cas il faut que le débiteur cédé soit averti solennellement de la cession de créance dont il est tenu. Certes son consentement n'est pas requis, mais cette information est nécessaire en vertu de l'effet relatif des contrats. Donc il est capital que le débiteur cédé sache à qui il doit payer. Cette cession n'est pas très pratique dans la mesure où elle exige un lourd formalisme qui se révèle totalement inadapté au monde des affaires et à la rapidité que cela exige.

Aussi la cession de créances en droit des affaires se fait-elle tout simplement par tradition (transmission de la main à la main) et par endossement. La technique de l'endossement permet donc la transmission de la propriété du titre, on parle alors d'endossement translatif. Mais à côté de cet endossement translatif, il existe des endossements d'une toute autre nature, qui constituent en quelque sorte des variétés particulières d'endossements.

§1 L'endossement translatif

Il permet la transmission du titre. Cette opération sauf clause statutaire contraire peut se faire plusieurs fois. L'article L 511-8 du Ccom énonce que « toute lettre de change même non expressément tirée à ordre est transmissible par voie d'endossement ».

A- Les conditions de l'endossement

A partir du moment où on va endosser le titre, on va entrer dans les liens du change. C'est pourquoi cela requiert des conditions de forme et des conditions de fond.

1° Conditions de forme

Elles sont définies à l'article L 511-8 du Ccom et sont strictes, car l'endossement translatif opère un paiement.

L'endossement doit être pur et simple. En conséquence l'endossement partiel est nul, et toute condition inscrite sur le titre sera réputée non écrite. L'article L 511-8 al 7 du Ccom prévoit que l'endossement peut être fait sur le titre ou sur une feuille qui s'y trouve attachée (une allonge).

La date de l'endossement a longtemps été exigée, mais elle est désormais facultative. Cependant elle doit être antérieure à l'échéance du titre.

L'endossement se manifeste par la signature de l'endosseur, manuscrite ou non. Le législateur a admis que la signature puisse être aposée par des procédés mécaniques ou grâce à une griffe. En revanche un endossement simplement biffé est nul et donc réputé non écrit.

L'endosseur a le choix entre plusieurs formules.

* Soit ce n'est qu'une simple signature, et alors l'endossataire n'est pas désigné, on dit alors que l'endossement est réalisé en blanc. Cet endossement offre une grande liberté à l'endosseur qui peut mettre son nom ou endosser en blanc ou endosser au profit d'un tiers. Il peut ne rien inscrire sur le titre et le faire circuler par tradition, ou encore inscrire le nom d'une autre personne comme endossataire.
* L'endossement peut être au porteur. L'article L 511-8 al 6 du Ccom l'assimile alors à un endossement en blanc.
* L'endossement peut être nominatif et désigner l'endossataire.

Par ailleurs, certaines clauses facultatives peuvent limiter la portée de l'endossement.

* La clause non endossable prévue à l'article L 511-10 al 2 du Ccom. Par cette clause l'endosseur interdit tout nouvel endossement. Donc dans l'hypothèse où d'autres endossements suivraient néanmoins, il ne serait pas tenu à l'égard de ces signataires.
* La clause de non garantie prévue à l'article L 511-10 al 1 du Ccom. Cette clause permet à l'endosseur de s'exonérer de tout ou partie de la garantie qu'il doit à l'endossataire et au porteur ultérieur (la garantie de l'acceptation et la garantie du paiement).
* La clause de retour sans frais par laquelle il exclut tout protêt à son encontre.

2° Conditions de fond

Par l'endossement, l'endosseur souscrit un engagement cambiaire. Aussi son consentement doit être libre, éclairé, sa capacité doit être réelle et répondre aux exigences du droit cambiaire, et enfin ses pouvoirs doivent être suffisants (si c'est un dirigeant de société, ses pouvoirs doivent être vérifiés, il doit être capable de procéder à l'endossement).

Conditions de fond relatives à l'endosseur :

Pour valablement transmettre une lettre de change encore faut-il justifier du fait que l'on est porteur légitime. Cette notion est très particulière et propre au droit cambiaire. En effet, elle est sans rapport avec la détention du titre ou sa propriété au sens du droit commun. Dès lors le porteur légitime n'est pas seulement celui qui a le titre entre les mains (ce n'est pas une condition suffisante). Ce n'est pas non plus uniquement le véritable propriétaire du titre.

Le porteur légitime est celui dont la signature figure à la dernière place sur la lettre de change et qui peut se prévaloir d'une suite ou d'une chaîne non interrompue d'endossements. La théorie de l'apparence revêt une grande importance. En effet, l'endossataire (celui qui reçoit le titre suite à l'endossement et qui va peut être lui même endosser le titre) doit pouvoir vérifier si l'endosseur peut valablement lui transmettre la lettre de change. Dès lors celui à qui le titre est remis (l'endossataire) n'a pas à vérifier l'authenticité de la signature de l'endosseur. L'apparence suffit. Ainsi, la jurisprudence a décidé que la chaîne d'endossements ne peut être rompue par une fausse signature que si celle-ci est apparente.

Conditions de fond relatives à l'endossataire :

L'endossataire doit consentir au transfert du titre (comme un donataire qui doit accepter le don). Cependant au moment où il prend le titre, il ne souscrit pas d'engagement cambiaire. En conséquence, son consentement n'apparaît pas sur le titre, et n'est donc soumis à aucune condition particulière. Toutefois, dans l'hypothèse où l'endossataire envisage d'endosser à son tour le titre, et donc de devenir endosseur, il devra veiller à réunir toutes les qualités requises vues précédemment. Toute personne, le tireur comme le tiré, accepteur ou non, peut être endossataire et endosser à son tour le titre. Le débiteur principal de l'effet (soit le tireur soit le tiré accepteur) peut ainsi devenir porteur sans que l'obligation cambiaire s'éteigne. En droit commun il peut y avoir confusion entre le débiteur et le créancier et du coup extinction de l'obligation, ce qui n'est pas le cas en droit cambiaire.

Moment de l'endossement :

Le plus souvent, le titre quand il circule est transmis entre sa création et son échéance. Pourtant, l'article L 511-14 du Ccom prévoit que l'endossement postérieur à l'échéance est possible si on répond à des exigences. L'endossement doit intervenir impérativement avant le défaut de paiement (ex : dresser protêt). Au delà l'endossement ne produira que les effets d'une cession ordinaire, ce qui signifie que le cessionnaire peut se voir opposer les moyens de défense du tiré pour ne pas payer.

B- Les effets de l'endossement translatif

L'endossement est donc un mode de transmission de droits. Il est lié d'ordinaire à l'inscription dans le titre d'une clause à ordre. Dès lors il permet de transmettre et de transférer les droits sans recourir au formalisme de l'article 1690 du Cciv. Mais au delà de cette cession de droits, l'endossement est aussi une opération juridique qui est liée à l'émission du titre et qui produit des effets bien différents de ceux conférés par la cession civile.

1° Transmission des droits attachés au titre

La cession du titre emporte cession du droit. C'est une opération juridique qui ne se fait pas sans cause entre l'endosseur et l'endossataire, mais à l'égard des tiers la cause est totalement indifférente. L'endossement consiste donc à changer de bénéficiaire du titre et le nouveau porteur va bénéficier de tous les droits attachés à la détention du titre. Ainsi, il acquiert contre chaque débiteur du titre la créance qui résulte de celui ci. En effet, il y a solidarité, et le nouveau bénéficiaire porteur du titre, en cas de défaillance du dernier débiteur pourra se retourner contre n'importe lequel signataire et lui demander l'intégralité de la créance, car cette créance lui appartient en vertu de la transmission des droits.  
Il acquiert en outre la créance et tous ses accessoires, c'est-à-dire les sûretés réelles mais aussi les sûretés personnelles qui s'y trouvent attachées pour garantir le paiement. Ainsi, si la vente originelle qui sous tend l'émission du titre a été faite avec une clause de réserve de propriété (CRP), celle ci désormais sûreté va être transmise de droit avec la créance de provision. Le porteur qui se heurte à un défaut de paiement du tiré pourra néanmoins actionner le tiré en vertu de la CRP, et récupérer dans son patrimoine les marchandises vendues.

La CRP est une clause qui subordonne le transfert de propriété des marchandises au complet paiement du prix. Le fournisseur même s'il a livré les marchandises reste propriétaire de celles ci jusqu'à ce qu'il soit payé. Le fournisseur qui a transmis la lettre de change au banquier, ce dernier pourra aller chez le tiré débiteur s'il ne paye pas pour récupérer les marchandises, car en acquérant le titre, il a acquis les accessoires, et donc la CRP.

2° L'obligation de garantie des endosseurs

Si l'endossement n'était qu'une simple cession de créance, l'endosseur serait garant de l'existence de celle ci (la créance) mais pas de la solvabilité du débiteur. Or l'article L 511-10 du Ccom précise que « l'endosseur en acquérant le titre est garant de l'acceptation et du paiement ». En conséquence, tous les endosseurs sont solidairement tenus envers le porteur. C'est un cas de solidarité légale, mais de solidarité imparfaite. En effet, les endosseurs ne se connaissent pas et n'ont pas d'intérêt commun (ce qui n'est pas le cas dans le cas de la solidarité civile du mariage par exemple).

Il est donc nécessaire de les poursuivre tous si l'on veut interrompre la prescription et faire courir les intérêts à l'encontre de chacun.

3° L'inopposabilité des exceptions

Dans tout transfert de droit, le cessionnaire n'a pas plus de droits que le cédant. Il s'agit d'une règle non écrite, mais exprimée dans de nombreux adages juridiques : *nemo dat quod non habet* (on ne peut transmettre plus de droits qu'on a), *nemo plus juris* (personne ne peut transférer plus de droits qu'il n'a lui même). Si l'endossement opérait une simple cession de créance, le nouveau porteur ne saurait avoir une meilleure créance que l'endosseur. Il pourrait alors se voir opposer toutes les exceptions que le débiteur pouvait précédemment opposer à son endosseur. Or le droit du change connaît un principe opposé. Il décide en effet que la personne tenue du paiement ne peut opposer au porteur les exceptions qu'elle pouvait opposer au tireur ou aux porteurs antérieurs. Ce principe d'inopposabilité se trouve inscrit à l'article L 511-12 du Ccom. Cette règle est indispensable à la bonne circulation de la lettre de change. Si elle ne jouait pas, plus la lettre aurait de porteurs successifs plus les exceptions se multiplieraient. Aussi, pour que le porteur ne soit pas exposé à un refus de paiement, il est nécessaire qu'à chaque émission s'opère une purge des exceptions. Cependant cette règle est soumise à certaines conditions et connaît des limites.

a- Les conditions de l'inopposabilité des exceptions

Certaines de ces conditions sont liées à la qualité des parties, d'autres à la nature de l'exception.

* Conditions liées à la qualité des parties

-> Seul le débiteur cambiaire y est soumis.

Seul le débiteur cambiaire subit la règle d'inopposabilité des exceptions. En effet l'article L 511-12 du Ccom emploie la formule suivante : « les personnes actionnées en vertu de la lettre de change ». Il faut donc en conclure que le tiré non accepteur n'est pas frappé par la règle (puisqu'il n'est pas engagé dans les liens du change).

-> Seul le porteur légitime est protégé

La règle d'inopposabilité des exceptions ne pourra jouer ni pour le porteur illégitime (celui qui ne justifie pas d'une chaîne ininterrompue d'endossements), ni pour le porteur qui aura acquis le titre par une cession de droit commun (art 1690 du Cciv, en effet dans ce cas il n'y a pas purge des exceptions). La règle ne jouera pas non plus en cas d'endossement postérieur au protêt faute de paiement. En effet, le paiement doit intervenir à l'échéance du titre, et s'il est refusé, le porteur doit immédiatement dresser protêt sinon il devient porteur négligent.

-> Seul le porteur de bonne foi peut l'invoquer

L'article L 511-12 du Ccom prévoit que le porteur de mauvaise foi est celui qui en acquérant le titre a agi sciemment au détriment du débiteur. La jurisprudence est venue préciser que la mauvaise foi réside dans la conscience du préjudice que l'endossement cause au débiteur cambiaire, en plaçant celui ci dans l'impossibilité de se prévaloir à l'égard du tireur ou de l'endosseur d'un moyen de défense issu de ses relations avec ce dernier (Cass 26 juin 1956 *Worms*). Par cet arrêt, la Cour de cassation a associé la mauvaise foi du banquier à la conscience du dommage. Mais la distinction entre connaissance de l'exception, conscience du dommage et intention de causer un dommage est délicate à faire. Il faut que le porteur ait une connaissance précise de cette exception, qu'il ait su qu'à l'échéance du titre cette exception subsisterait, et qu'il ait enfin conscience qu'en prenant le titre il va priver le débiteur de se prévaloir d'un moyen de défense que constituait cette exception.

La question qui se pose alors est celle de savoir si le banquier est animé d'une intention de nuire, il doit agir sciemment. Cette action peut s'interpréter de deux façons : soit celui qui prend le titre a une attitude passive, soit il a une réelle intention de causer un dommage (à la connaissance s'ajoute la volonté).

Dès lors, l'appréciation de la mauvaise foi est très difficile. Car si l'article L 511-12 du Ccom envisage le caractère volontaire de l'acte, il ne vise pas pour autant la volonté délibérée de causer un dommage. Il faut donc sonder l'âme du banquier pour savoir quelle était sa réelle intention (par un faisceau d'indices).

A cet égard, la jurisprudence a tendance à élargir la définition de la mauvaise foi à l'égard des banquiers escompteurs qui disposent de plus de renseignements que le simple porteur qui ne peut se fier qu'à l'apparence du titre. Le banquier a presque le devoir de vérifier la situation du tireur avant d'acquérir le titre par la voie de l'escompte (vérifier sa situation financière).

* Conditions liées à la nature de l'exception

L'article L 511-12 du Ccom précise que les personnes actionnées en vertu de la lettre de change ne peuvent pas opposer au porteur les exceptions fondées sur leur rapport personnel avec le tireur ou avec les porteurs antérieurs. L'exception se définit donc comme un moyen de défense que le signataire poursuivi peut faire valoir à l'échéance contre un signataire antérieur. Il peut s'agir tantôt de la nullité du rapport extra cambiaire (nullité du contrat qui sous tend la lettre de change), tantôt du vice qui affecte l'obligation cambiaire (l'obligation cambiaire est sans cause ou repose sur une cause illicite, hypothèse des effets de complaisance), tantôt de faits postérieurs à l'obligation cambiaire (la dette extra cambiaire a été payée).

Le tiré accepteur ne peut opposer au porteur de bonne foi ces exceptions.

L'intérêt est d'assurer une circulation rapide du titre et de le sécuriser : l'acquéreur qui prend un titre accepté a la certitude qu'à l'échéance il sera payé.

b- Les limites de l'inopposabilité des exceptions

Certaines limites ont été apportées pour répondre à une triple préoccupation.

* Le soucis de protection d'une personne peut l'emporter sur la sécurité du titre pourtant régulier en apparence. Aussi l'incapable ou son représentant pourra invoquer cette exception pour se soustraire à son obligation cambiaire de paiement, et ce même à l'égard du porteur de bonne foi.
* L'apparence du vice. Le porteur n'est pas protégé contre les vices apparents de la traite, qui pourront lui être opposés par le débiteur. En effet dès lors qu'un examen sommaire du titre permet de prendre connaissance du vice, le porteur ne sera plus protégé. On vise ainsi les hypothèses où une mention obligatoire fait défaut.
* La mauvaise foi du porteur.

C- L'escompte du banquier

D'une manière générale, l'opération d'escompte se définit comme une opération par laquelle un client remet un effet de commerce à un banquier qui en paie le montant au remettant ou en crédite son compte sous déduction d'une somme représentant le service rendu et les intérêts à courir jusqu'à l'échéance.

Le mot escompte désigne à la fois l'opération juridique qui consiste en une remise d'un effet de commerce contre un paiement, et la somme déduite du montant de l'effet (cette somme correspond à la rémunération du banquier).

L'escompte est donc un procédé de crédit. En effet, par cette opération, le bénéficiaire va obtenir le paiement d'une dette non échue. On se trouve donc en présence d'un crédit à court terme qui permet une aide à la trésorerie des entreprises.

1° Caractéristiques de l'escompte

L'opération d'escompte peut être appréhendée à la fois sous l'angle juridique mais aussi sous l'angle économique.

a- d'un point de vue juridique

Il existe ici deux théorie pour déterminer la nature juridique de l'escompte.

- La première consiste à dire que l'escompte doit être assimilé à un contrat classique. Ainsi on a pu assimiler l'escompte à un contrat de prêt. En effet le banquier, au moment de la prise de l'effet, remet immédiatement le montant de celui ci alors même qu'il n'est pas échu. Il s'agit donc bien d'un prêt à court terme (l'échéance du prêt coïncide avec l'échéance de la lettre de change), les deux dettes s'éteignent par confusion. La remise du titre représenterait alors la garantie du banquier. Mais en réalité quand le banquier prend un titre à l'escompte, il le prend sous réserve d'encaissement, ou avec une clause qui précise « sauf bonne fin ». Il le prend donc sous condition. Ce n'est plus un prêt mais une avance que le banquier fait à son client.

- deuxième consiste à dire que l'escompte s'analyse en un achat de titre. Les fonds qui correspondent au montant sont remis en échange de la propriété du titre. Cependant là encore le titre est pris à l'escompte avec la mention « sous réserve d'encaissement ». Ce qui signifie que le banquier n'a pas l'intention de devenir purement et simplement propriétaire du titre, car s'il le devenait, il deviendrait propriétaire des risques du titre, dont celui de ne pas être payé à l'échéance.

- Il existe également une théorie mixte, qui consiste à dire qu'il faut combiner le prêt et l'achat. Ce qui signifie que que le banquier accepterait d'échanger deux valeurs en propriété, à savoir le titre et sa valeur en argent. Cela revient à rejeter l'aléa, or tout contrat de prêt est un contrat aléatoire.

En réalité l'opération d'escompte est une opération de droit cambiaire, et donc une opération spécifique (difficile à expliquer avec le droit commun), qui s'analyse comme une translation du titre au banquier par le biais de l'endossement lui permettant ainsi de fournir un crédit garanti par l'action cambiaire dont il devient titulaire en prenant le titre.

b- d'un point de vue économique

La lettre de change présente un intérêt économique tant pour le remettant que pour le banquier.

Pour le remettant, il va obtenir une avance de fonds sur un effet qui n'est pas échu, cela génère donc une trésorerie pour son entreprise.

Pour le banquier (celui qui prend l'effet à l'escompte), c'est une source de rémunération, car l'escompte n'est pas un service rendu gratuitement. Le banquier prélève une commission sur le montant de l'effet.

Par ailleurs, le banquier peut ré-escompter l'effet, auprès de la Banque de France le plus souvent.

2° Déroulement de l'opération d'escompte

Il s'agit d'une opération cambiaire, même si elle emprunte des règles au droit commun.

a- Les conditions de l'opération d'escompte

* Conditions de fond

Elles sont relatives au consentement (le consentement doit être donné en vue de l'escompte). Ainsi le consentement du banquier pourra parfois présenter certaines particularités. Le banquier pourra prendre l'effet en précisant « en vue de l'opération d'escompte », ou pour examen. Dans cette hypothèse, l'opération d'escompte est réalisée sous condition suspensive. En effet, le banquier se réserve la faculté de renoncer à l'opération d'escompte si l'examen de la traite se révélait insatisfaisant. Dans l'hypothèse où l'opération d'escompte se réalise, il est fréquent qu'une clause « sauf bonne fin » ou « sous réserve d'encaissement » confère à l'opération d'escompte un caractère relatif et temporaire. Elle démontre en effet que le banquier entend par cette clause s'assurer contre le risque d'impayé à l'échéance. Il se réserve ainsi la possibilité d'exercer un recours contre le remettant si le tiré ne paye pas (ce recours s'appelle la contrepassation de l'effet).

Le consentement doit être donné par les parties en vue de l'opération d'escompte. Cette exigence permet ainsi de distinguer l'escompte d'opérations voisines, tels que par exemple une simple avance en compte courant sur un effet remis pour encaissement.

Dans le premier cas (opérations voisines) on se trouve en présence d'un endossement de procuration, qui confère simplement au banquier le mandat de percevoir l'effet à son échéance (ex remise de chèque à l'encaissement). Le banquier ne fait que consentir une avance sur le titre dont son client est bénéficiaire. Si le chèque revient impayé, ce qui a été inscrit au crédit du compte se retrouvera inscrit au débit du compte.

Dans le second cas (escompte), le banquier va devenir propriétaire de l'effet. Il va acquérir le titre et tous ses accessoires notamment ses garanties. Si parmi les garanties figure une clause de réserve de propriété, le banquier pourra actionner directement l'acheteur des marchandises (le tiré) voire le sous acquéreur pour se faire payer directement sur les marchandises.

* Conditions de forme

Elles sont relatives aux remises que doivent faire les parties au contrat d'escompte. Le remettant doit en effet transférer le titre au banquier. Ce transfert s'opère par des procédés cambiaires. Le banquier peut ainsi être nommément désigné bénéficiaire de la traite. Par ce procédé le client opère une mobilisation de créance et il obtient directement des liquidités. Le banquier va transférer le montant de la lettre de change au remettant en inscrivant au crédit du compte courant de celui ci le montant de l'effet.

b- Les conséquences de l'opération d'escompte

* Rémunération du banquier

L'opération d'escompte se présente sous deux formes : soit on parle d'escompte par caisse (dans ce cas, le banquier acquiert un effet déterminé qu'il va payer), soit on parle de crédit d'escompte (ou encore de ligne d'escompte, dans ce cas le banquier s'engage à acquérir pendant un certain délai toutes les lettres de change qui se présenteront à lui dans la limite d'un certain montant). Dans les deux cas, le banquier va se rémunérer et percevoir une commission et des intérêts.

* Taux d'intérêts représentant le loyer de l'argent qu'il avance en faisant crédit à son client. Le taux d'intérêts en général est conventionnel et doit être fixé par écrit et accepté par le client. A défaut de précision du taux d'intérêts, c'est le taux d'intérêts légal qui s'appliquera.
* Commission : prendre un effet à l'escompte consiste à faire le traitement et le recouvrement de l'effet. La principale commission est la commission d'endos, proportionnelle au montant de l'effet, mais qui ne tient pas compte de sa durée. On y ajoute une commission fixe de traitement, pour la présentation de l'effet à l'encaissement. Le banquier pourra prévoir également d'autres commissions, qui ne font l'objet d'aucune réglementation.
* Risque d'impayé pour le banquier

Le banquier qui se retrouve propriétaire de l'effet par la voie de l'escompte va pouvoir à son tour le ré-escompter auprès de la Banque de France. Cela lui permet de se refinancer. Mais le problème est qu'il est possible que le banquier escompteur ne soit pas payé à l'échéance du titre. Donc si l'effet a été ré-escompté, la Banque de France va se retourner sur le précédent signataire, le banquier.

Le banquier dispose de plusieurs recours.

* Recours cambiaires contre les signataires de la traite (la Banque de France se retourne contre le banquier, qui se retourne contre le tireur).
* Recours fondé sur le contrat d'escompte, qui l'autorise à demander au remettant le remboursement de l'avance qu'il lui a faite. Dès lors le banquier étant lié à son client par la convention de compte courant, il pourra alors procéder à une opération de contre passation de l'effet (il inscrira au débit du compte le montant de l'effet qu'il avait inscrit au crédit du compte). Cette contre passation apparaît comme l'expression de la créance cambiaire du client. En effet le banquier ne pourra contre passer qu'en cas de défaut de paiement par le tiré à l'échéance. Mais dans la mesure où la contre passation est l'expression de la créance cambiaire, cela signifie que si le banquier s'est montré négligent (par exemple il n'a pas dressé protêt pour défaut de paiement à l'échéance) il ne pourra plus contre passer. S'il a été diligent, il ne pourra contre passer que dans la limite du montant de l'effet. Des problèmes se posent quand le tireur est déjà en débit voire même en redressement judiciaire (on accroît la dette du débiteur).

§2 Les endossements non translatifs

Ces endossements ne se limitent pas à transférer à un porteur l'ensemble des droits résultant de la lettre de change. Ces endossements sont particuliers et sont prévus aux alinéas 1 et 4 de l'article L 511-13 du Ccom. Ils ne sont pas translatifs, donc pas de transfert de propriété. Il en existe deux sortes.

A- L'endossement par procuration

C'est l'endossement par lequel l'endosseur donne mandat à l'endossataire de recevoir ou de procéder à l'obtention du paiement du titre au nom et pour le compte de l'endossataire.

L'endossataire reste propriétaire du titre car l'endossement n'est pas translatif.

1° Conditions de l'endossement par procuration

Les conditions de fond de cette opération exigent que l'endosseur ait la capacité et le pouvoir de conclure un contrat de mandat. Ce mandat sera nécessairement par acte séparé, et ne sera pas soumis aux règles de droit cambiaire.

Les conditions de forme sont prévues à l'article L 511-13 al 1 du Ccom qui précise que l'endossement par procuration doit contenir la mention « valeur en recouvrement » ou encore « pour encaissement » ou enfin « par procuration » : une mention qui fait état de l'existence d'un mandat.

Ainsi par exemple la jurisprudence a estimé que la formule valeur en compte était insuffisante pour caractériser l'endossement par procuration. Elle a alors requalifié cet endossement en endossement translatif. Lorsque l'endossement porte seulement la signature de l'endosseur sans aucune mention, on dit qu'il s'agit d'un endossement en blanc. Dans ce cas il est difficile de savoir si la traite a été remise à l'encaissement, ou si la traite a été remise à l'escompte. La jurisprudence a estimé que l'endossement était considéré comme translatif et que la traite avait donc été remise à l'escompte. L'idée est de conférer à l'opération une certaine sécurité juridique. Toutefois, il s'agit d'une présomption simple. La jurisprudence admet que dans les rapports entre les parties à l'endossement (endosseur et endossataire) la preuve est libre. En revanche dans les rapports avec les tiers, on applique la même règle qu'en matière de simulation : les tiers et en l'occurrence le tiré pourront soit choisir de s'en tenir à l'apparence du titre (dire donc qu'il s'agit d'un endossement translatif) soit au contraire prouver par tout moyen que l'endossement a été donné par procuration.

2° Effets de l'endossement par procuration

Lorsque l'endossement par procuration est régulier, qu'il ne laisse aucun doute sur sa nature, il va alors produire des effets entre les parties mais aussi à l'égard des tiers.

* Effets entre les parties

Il s'agit des effets du mandat. En tant que mandataire, le plus souvent rémunéré, l'endossataire doit exécuter sa mission avec diligence et conformément aux ordres reçus. En effet il agit au nom, pour le compte et dans l'intérêt de l'endosseur. Ainsi, il lui appartient de vérifier la régularité formelle du titre qui lui a été transmis. De même il doit présenter le titre au paiement à l'échéance. A défaut il engage sa responsabilité. Enfin s'il obtient le paiement, il doit le transmettre à l'endosseur (à défaut c'est de l'abus de confiance). Il doit également rendre compte de sa mission à l'endosseur. Et l'endossataire engage sa responsabilité contractuelle dans l'hypothèse où tout manquement à son mandat aurait causé préjudice à l'endosseur.

* Effets vis à vis des tiers

L'endossataire peut exercer tous les droits résultant de la traite à l'échéance de celle ci. On le considère en effet comme véritable porteur de l'effet. Il a donc tous les pouvoirs nécessaires pour agir au nom et pour le compte de l'endosseur. Mais il ne peut pas consentir d'endossement translatif : dans la mesure où il s'agit d'un endossement non translatif il n'a pas acquis la propriété du titre, il ne peut donc pas transférer plus de droits qu'il n'en a. En revanche il peut transférer un nouvel endossement par procuration. Il peut se voir opposer par les tiers toutes les exceptions opposables à son endosseur parce qu'il n'exerce pas les droits inhérents à la traite en son nom propre mais au nom de son mandant l'endosseur.

B- L'endossement pignoratif

Il s'agit d'un endossement par lequel l'endosseur donne la traite en gage. L'intérêt est que le titulaire de la lettre de change (l'endosseur) peut ainsi obtenir des fonds grâce à elle, tout en en gardant la propriété. Il pourra ainsi obtenir un prêt, ou une ouverture de crédit. Il pourra cumuler les prêts sur une même lettre de change et obtenir du crédit plus qu'elle n'en garantit.

Si la traite a une échéance de 3 mois, ce type d'endossement permet d'obtenir du crédit à court terme. Une telle affectation est réalisée en utilisant les règles du droit commun du gage, ou alors au moyen de l'endossement pignoratif.

1° Conditions

La validité de cet endossement est soumise à certaines conditions prévues par les textes. La formule doit être sans équivoque et contenir la mention soit « valeur en garantie », soit « valeur en gage », ou tout autre formule voisine qui suppose que la lettre de change a été gagée. A défaut de cette mention, l'endossement serait considéré comme translatif. Dans la mesure où l'endosseur va devenir garant du titre, il doit avoir la capacité de s'engager cambiairement.

2° Effets

Le créancier gagiste peut exercer tous les droits qui appartiennent au porteur. Ainsi, à l'échéance il doit procéder au recouvrement du montant du titre. En revanche il n'a pas le droit de disposer du gage. Qui plus est cette obligation d'exercer des droits cambiaires relève du droit commun (et plus précisément du droit de gage). En effet le Code civil prévoit que le créancier gagiste répond de la perte, de la détérioration du gage qui serait survenue par sa négligence. A défaut de paiement il doit dresser protêt (sinon il fait perdre à l'endosseur ses recours cambiaires). L'article L 511-13 du Ccom indique que les obligés ne peuvent pas invoquer contre l'endossataire les exceptions fondées sur leur rapport personnel avec l'endosseur. De même, il bénéficie de prérogatives inhérentes au créancier gagiste. Si la dette garantie n'est pas payée à l'échéance, il peut alors réaliser le gage. Dans ce cas, il va simplement procéder au recouvrement du paiement du titre et prélever sur ce montant la somme qui lui est due (le reliquat reviendra à l'endosseur). L'intérêt de cet endossement pignoratif est la facilité pour l'endossataire (créancier gagiste) de réaliser son gage.

Section 5 – Le paiement et les recours

Le paiement doit se faire à l'échéance. Dès lors il appartient au porteur de présenter au moment de l'échéance la traite au tiré. L'article L 511-26 du Ccom prévoit que la dette cambiaire est quérable et non pas portable (il faut la réclamer). Si le tiré refuse de payer, alors le porteur disposera de recours issus du droit cambiaire.

§1 Le paiement de la lettre de change

A- Le caractère impératif de l'échéance

La présentation au paiement s'effectue au jour de l'échéance par la production de l'original du titre au tiré. En aucun cas le porteur ne peut présenter le titre par anticipation (s'il veut être payé il fait une opération d'escompte). En revanche à l'échéance c'est une obligation.

1° Obligation pour le porteur

Cette obligation révèle la différence du droit cambiaire et du droit commun (dans lequel il n'y a pas d'obligation de demander le paiement au débiteur, le créancier est libre de ne pas se faire payer à l'échéance). En droit cambiaire c'est une obligation que de demander le paiement (L 511-26 du Ccom). Le porteur doit présenter la lettre de change au paiement soit le jour où elle est payable soit l'un des deux jours ouvrables qui suivent. Si la traite est payable à vue, l'échéance n'est pas définie, alors le principe susvisé ne joue pas. Le porteur d'une lettre de change payable à vue peut présenter le titre dès son émission et au plus tard dans le délai d'un an à compter de sa création.

2° Absence de délais de grâce

En principe, la lettre de change n'admet aucun délai de grâce sauf si la présentation est empêchée par un événement de force majeure. En dehors de cette exception l'article 1244-1 du Cciv n'a donc pas vocation à s'appliquer. L'article L 511-81 du Ccom pose effectivement cette interdiction de principe et l'applique à tout délai légal ou judiciaire. La justification de cette règle rigoureuse est que le porteur doit être certain d'être payé à jour fixe.

Il existe cependant des exceptions qui font état de prorogations de délai. Certaines sont légales, d'autres conventionnelles.

* Les prorogations légales

Il peut arriver que la présentation soit rendue impossible par l'effet de la force majeure (la force majeure s'entend ici dans le sens que lui donne le droit civil : obstacle insurmontable, imprévisible et irrésistible à l'exécution de l'obligation). Les délais légaux pourront alors être protégés, mais dans une certaine limite. Si la force majeure dure moins de 30 jours, le porteur doit présenter la lettre au paiement sans retard dès que l'obstacle a disparu. Si la force majeure dure plus de 30 jours, les recours peuvent alors être exercés après 30 jours sans que la présentation au paiement ou la confection du protêt soit nécessaire.

* Les prorogations conventionnelles

Malgré la rigueur de l'article L 511-81 du Ccom, il n'est pas rare que le débiteur bénéficie d'un sursis pour le paiement qui provient d'une convention entre les parties. La prorogation résulte alors d'un accord entre le porteur et le tiré pour faire bénéficier celui ci d'un délai de paiement. Dans cette hypothèse il conviendra d'émettre un nouvel effet qui sera établi pour remplacer le précédent arrivé à échéance, l'effet est alors un effet de renouvellement. Une nouvelle échéance sera fixée et on retombera dans la rigueur du droit cambiaire dès lors que l'effet de renouvellement arrivera à son tour à échéance.

La question qui se pose alors est la suivante : ce délai s'impose-t-il aux signataires de la lettre de change ? Il convient de distinguer deux hypothèses en fonction de la forme donnée à cet effet de renouvellement.

* La nouvelle échéance est consacrée par un nouvel effet. Elle n'oblige que ceux qui la souscrivent.
* L'échéance est modifiée sur le titre originel. Il est délicat d'admettre que cette nouvelle échéance consentie par le porteur au tiré va s'imposer au tireur et autres endosseurs.

En principe, la prorogation d'échéance accordée par le créancier au débiteur principal ne décharge pas la caution. Ce principe est issu du droit civil et n'est qu'une application du caractère accessoire du cautionnement, qui plus est le cautionnement ne relève pas du droit cambiaire.

En matière cambiaire, les signataires du titre sont garants du titre mais ils ne sont pas pour autant caution. Et la rigueur de leur engagement est tel qu'elle ne saurait être prolongée contre leur gré sauf exception pour le donneur d'aval en raison de la nature de son engagement (et à condition que l'aval soit donné pour le tiré). En effet, cette prorogation conventionnelle résulte d'un accord passé entre le porteur et le tiré. Et si les autres signataires sont parties au titre, ils ne sont pas pour autant parties à l'accord conventionnel de prorogation. Or la prorogation aggrave l'engagement des signataires dans la mesure où le droit cambiaire aura vocation à s'appliquer plus longtemps.

C'est la raison pour laquelle la jurisprudence estime que les signataires du titre ne seront pas débiteurs cambiaires au delà du terme originel. La Cour de cassation (20 novembre 1990) a décidé que les signataires du titre ne sont pas tenus par la nouvelle échéance sauf s'ils l'ont accepté.

3° Paiement avant échéance

En principe le porteur ne peut pas présenter la lettre de change avant échéance. C'est une application du droit commun (de la règle de droit civil sur l'effet du terme). En effet, l'article 1186 du Cciv énonce : « ce qui n'est dû qu'à terme ne peut être exigé avant l'échéance du terme ». Il existe des exceptions.

* Lorsque le titre contient une clause expresse qui va donner cette possibilité de payer avant l'échéance = la faculté d'escompte, c'est-à-dire la possibilité de payer avant échéance sous déduction de l'intérêt.
* Lorsque le porteur accepte ce paiement avant échéance. Mais dans ce cas, le tiré fait le paiement à ses risques et périls (article L 511-28 al 2 du Ccom). Dans l'hypothèse où il payerait un porteur illégitime (celui qui ne peut justifier d'une chaîne ininterrompue d'endossements), il s'expose à payer une deuxième fois au moment de l'échéance du titre.

4° Paiement effectué en période suspecte

La période suspecte est la période qui s'écoule entre la date de cessation des paiements (CDP) et la date du jugement d'ouverture de redressement ou de liquidation judiciaire. En effet en procédure de sauvegarde, il n'y a pas de période suspecte. On dit que cette période est suspecte car le débiteur, compte tenu des difficultés qu'il éprouve, peut avoir été enclin à favoriser un créancier plutôt qu'un autre. Ce type d'acte risque d'être annulé, on parle ainsi de nullité de la période suspecte, qui vise notamment les donations, les paiements de créance avant échéance, les prises de garantie pour garantir une créance antérieure à la prise de garantie (pour favoriser le créancier qui était chirographaire).

On détermine rétroactivement la période suspecte à partir de la date du jugement d'ouverture du redressement ou de la liquidation judiciaire. On regarde si l'entreprise était en CDP, et on fixe une date. La période suspecte peut aller jusqu'à 18 mois. Si on trouve des actes suspects au delà de 18 mois, on pourra allonger la période suspecte.

Les lettres de change étant à la fois des instruments de crédit et de paiement, ces paiements pouvant être accomplis en période suspecte, il convient de déterminer la validité de ces paiements. On ne peut pas reprocher au porteur d'avoir présenté l'effet au paiement durant la période suspecte puisque c'est une obligation qui pèse sur lui. L'article L 632-3 du Ccom précise que les nullités de la période suspecte ne s'appliquent pas aux paiements des lettres de change. Toutefois il existe des exceptions. Le principe ne reçoit pas application lorsque le bénéficiaire du paiement est de mauvaise foi. La mauvaise foi se définit comme la connaissance de l'état de CDP. Dans cette hypothèse, l'effet n'est pas nul, en revanche celui qui a tiré l'effet en connaissance de cause (en connaissant l'état de CDP du tiré) et qui a tiré profit de la mise en circulation de l'effet (qui a porté l'effet à l'escompte et qui a obtenu du crédit) pourra faire l'objet d'une action en rapport : il pourra être condamné à rapporter dans le patrimoine du débiteur le montant de l'effet.

Plusieurs situations peuvent se présenter. Si ce n'est plus le tiré qui est en CDP, mais le tireur, alors c'est le banquier qui est de mauvaise foi et qui sera sanctionné.

S'agissant du moment de l'appréciation de la bonne foi : la bonne foi s'apprécie au jour de la prise à l'escompte. Si le banquier ultérieurement apprend que le tiré ou le tireur se trouve en état de CDP, cela importe peu, l'action en rapport ne pourra pas perdurer.

B- Le droit au paiement pour le porteur

Ce droit se manifeste par la présentation du titre au paiement au domicile du tiré ou chez le banquier domiciliataire.

1° Modalités de paiement

En principe, ce paiement doit se faire en espèce. Toutefois d'autres modes de paiement peuvent être utilisés, tel que le chèque, ou le virement. En cas de paiement par chèque, il y a un risque dans la mesure où à l'origine le porteur détient une lettre de change (qui relève du droit cambiaire). In fine il détient un chèque, qui peut se révéler sans provision. Dans ce cas, l'effet n'est pas considéré comme payé. En effet l'article L 131-67 du CMF précise « la remise d'un chèque en paiement accepté par un créancier n'entraîne pas novation. En conséquence, la créance originaire subsiste avec toutes les garanties y attachées jusqu'à ce que ledit chèque soit payé ». En conséquence la dette cambiaire subsistera jusqu'au paiement du chèque. Pour sauvegarder ses droits à défaut de paiement de celui ci, le porteur devra dresser protêt dans les 10 jours, le tiré devra alors lui restituer la lettre de change. Dans l'hypothèse où le tiré ne restitue pas la lettre de change, on qualifie cet acte d'abus de confiance (sanction pénale).

Désormais l'ensemble de la procédure est totalement dématérialisée, mais on peut rencontrer encore des créances papiers.

Lorsque le titre comporte une clause de domiciliation, la jurisprudence décide que cette clause ne vaut pas mandat de payer, même si la lettre de change est acceptée.

S'agissant du paiement partiel, le droit commun précise que sauf clause contraire, le paiement est indivisible (article 1244 du Cciv). En droit cambiaire, le paiement partiel est admis. Le porteur ne peut refuser un paiement partiel. En effet, l'intérêt de ce paiement partiel est que corrélativement il libère partiellement les autres signataires du titre.

2° La libération du tiré

Le paiement de la lettre de change a un caractère doublement libératoire.

* L'extinction de la dette cambiaire

Pour que la dette cambiaire soit éteinte, certaines conditions doivent néanmoins être réunies. En premier lieu ce paiement doit être opéré rapidement par le tiré. En second lieu, ce paiement doit être effectué de bonne foi. Le tiré ou son mandataire doit vérifier la régularité de la suite des endossements.

* L'extinction du rapport juridique pré-existant

C'est le rapport qui avait causé l'engagement du tiré. Si en réalité le tiré n'a rien reçu de la part du tireur il dispose d'un recours à son encontre, s'il a payé l'effet sans avoir reçu provision. Mais s'il a accepté l'effet, il devra payer auprès du porteur, et les autres signataires se trouvent également libérés par ce paiement.

3° Preuve du paiement

L'article L 511-27 al 1 du Ccom indique que le tiré peut exiger en payant la lettre de change qu'elle lui soit remise avec la mention acquittée, ou toute autre formule équivalente. La remise du titre entre les mains du tiré revêt une grande importance probatoire. En effet l'article 1282 du Cciv précise que la remise volontaire du titre original sous signature privée par le créancier au débiteur fait preuve de la libération. Dans un premier temps la Cour de cassation a estimé qu'il s'agissait d'une présomption simple (le porteur pouvait apporter la preuve contraire que même en cas de remise du titre le paiement n'a pas encore eu lieu). Puis elle a affirmé que la présomption de l'article 1282 du Cciv était péremptoire tant à l'égard des obligations civiles que des obligations commerciales (Cass Com, 30 juin 1980).

Il est toujours possible de contester le caractère volontaire de la remise du titre. En effet cette remise n'est pas obligatoire, puisque l'article L 511-27 al 1 du Ccom précise que le tiré peut exiger que lui soit remis le titre.

4° L'opposition au paiement

En droit commun, les créanciers ont la possibilité de pratiquer entre les mains d'un tiers une opposition au paiement des sommes dues à leur débiteur. En effet l'article 1242 du Cciv précise que le paiement fait par le débiteur à son créancier au préjudice d'une saisie ou d'une opposition n'est pas valable à l'égard des créanciers saisissant ou opposant. Ce principe n'est pas repris en matière cambiaire. L'article L 511-31 du Ccom fait au contraire application d'un principe inverse qui s'applique à l'ensemble des signataires de la traite en interdisant les oppositions.

Cela signifie que d'une manière générale la saisie est exclue. Même avec l'autorisation d'un juge, les créanciers du tireur ou d'un endosseur ne peuvent pratiquer de saisie entre les mains du tiré. En outre, est également exclue l'opposition par laquelle un débiteur cambiaire essayerait d'échapper à son engagement en invoquant par exemple l'absence de cause. En effet, la prohibition de saisie porte non seulement sur la créance cambiaire mais aussi sur la créance de provision. Cette interdiction d'opposition lèse gravement les créanciers du porteur, mais se justifie par la rigueur du droit cambiaire.

Il existe deux exceptions à cette interdiction d'opposition.

* La sauvegarde, le redressement et la liquidation judiciaire du porteur sont une exception à cette interdiction d'opposition. L'administrateur judiciaire ou le mandataire judiciaire peuvent effectivement faire opposition entre les mains du tiré pour que le paiement soit accompli entre leurs mains.
* La perte est assimilée à une dépossession involontaire du porteur. La dépossession du porteur par la perte ou le vol n'entraîne pas extinction de la créance. Si essentiel que soit le titre cambiaire, la créance conserve une existence juridique, et si elle est prouvée le porteur dépossédé pourra en obtenir le paiement. Le problème vient de ce que la perte ou le vol peuvent intervenir pendant la durée de vie du titre (3 mois, 6 mois voire 1 an). Dès lors il faut que le porteur préserve ses droits sur la créance : il doit faire opposition au paiement. A défaut d'opposition, le paiement fait par le tiré entre les mains du porteur actuel (qui a volé le titre ou l'a trouvé) est libératoire. Il ne faudrait pas sacrifier les droits d'un porteur de bonne foi lorsqu'il n'y a pas opposition (ce serait une atteinte à la sécurité juridique). L'opposition va permettre de régler les conflits entre le porteur actuel et le porteur dépossédé (qui prétend avoir perdu le titre). Cependant, pour être préféré au porteur dépossédé, le porteur actuel doit remplir certaines conditions.
* il doit être légitime (justifie d'une chaîne ininterrompue d'endossement)
* il ne doit pas avoir acquis le titre de mauvaise foi (connaissance de la perte ou du vol du titre) ; la bonne foi est toujours présumée, c'est à celui qui l'invoque de prouver la mauvaise foi
* il ne doit pas avoir commis de faute lourde en acquérant le titre, il ne doit avoir négligé aucune circonstance révélant un vol, un détournement ou une perte ; ainsi par exemple, si les montants inscrits sur le titre sont suspects à l'œil nu, ou si l'une des signatures semble avoir été falsifiée, ces anomalies matérielles si elles n'ont pas été relevées par le porteur actuel l'empêcheront d'être préféré au porteur dépossédé. Il en va de même pour les anomalies intellectuelles (aucun lien commercial direct ou logique entre deux signataires).

L'opposition n'est soumise à aucune forme particulière. Il suffit que le porteur dépossédé puisse apporter la preuve de sa diligence. Une fois réalisée, l'opposition n'a que des effets conservatoires. Le tiré n'a pas à se faire juge. Il doit juste s'abstenir de payer à tout porteur qui se présenterait. S'il paye quand même, il ne serait pas libéré à l'égard de l'opposant. Dans cette hypothèse il appartient à l'opposant d'établir la preuve que le paiement du tiré a été fait au porteur actuel postérieurement à l'opposition.

C- Le protêt faute de paiement

Le protêt se définit comme la constatation par un officier public, le plus souvent un huissier, à la demande du porteur que le tiré refuse de payer. Autrement dit il constate le non paiement.

1° Nécessité du protêt

L'article L 511-39 du Ccom pose le principe du caractère obligatoire du protêt, puisqu'il énonce : « le refus d'acceptation ou de paiement doit être constaté par un acte authentique dénommé protêt ». Ce principe comporte des dérogations.

* Les dérogations légales

Cet acte est inutile en cas de redressement ou de liquidation judiciaire du tiré ou du tireur d'une lettre de change non acceptée. La production du jugement d'ouverture suffit pour permettre au porteur d'exercer ses recours. En second lieu, il est inutile quand un protêt faute d'acceptation a déjà été dressé. Enfin, si un événement de force majeure dure plus de 30 jours, les recours pourront être exercés sans que la confection d'un protêt soit nécessaire.

* Les dérogations conventionnelles

Le porteur est dispensé de faire dresser protêt faute de paiement s'il a stipulé une clause de retour sans frais ou une clause sans protêt.

2° Forme et délais

* Les délais

Alors que le protêt faute d'acceptation peut être dressé jusqu'à l'échéance, le protêt faute de paiement est soumis à des conditions de délai plus strictes. Ainsi selon l'article L 511-39 du Ccom, les lettres de change payables à jour fixe ou un certain délai de date doivent être contestées l'un des deux jours ouvrables suivant l'échéance. Dans le cas des lettres de change payables à vue, le protêt doit être dressé dans le délai fixé pour la présentation à l'acceptation (délai d'un an). Enfin, en cas de force majeure, ce délai pourra être prorogé en application de l'article L 511-50 du Ccom.

* La forme

Le protêt est un acte qui ne peut être dressé que par un huissier ou un notaire. Il est adressé au domicile du tiré ou chez le domiciliataire. Le contenu du protêt est déterminé par l'article L 511-53 du Ccom, qui exige une transcription littérale de la lettre de change. Une copie exacte est adressée au tiré ou au domiciliataire, et le protêt doit être enregistré dans le mois de son établissement. Les irrégularités sont sanctionnées par la nullité de l'acte et la nullité de l'acte équivaut à une absence d'acte. Ce qui signifie que le porteur qui pourtant a été diligent à l'origine se verra assimilé à un porteur négligent et ne pourra plus exercer ses recours cambiaires.

3° Effets du protêt

* Effet probatoire

Le protêt constate de façon certaine et officielle le refus de payer du tiré. Il prouve en plus que le porteur a demandé le paiement et qu'il a été diligent.

* Effet d'information

Le protêt faute de paiement des lettres de change acceptées fait l'objet de plusieurs mesures de publicité afin d'informer les tiers de la situation financière du tiré et de ses difficultés. Ainsi l'huissier ou le notaire doit transmettre au greffe du tribunal de commerce deux copies du protêt. Cela permettra au président du tribunal de commerce de prendre connaissance des difficultés que traverse l'entreprise et demander au dirigeant les mesures qu'il compte prendre pour la redresser.

De plus, une autre mesure de publicité est faite auprès de la Banque de France. Car le protêt correspond à un incident de paiement, qui doit à ce titre être mentionné à la Banque de France.

* Mesure conservatoire

Le porteur est déclaré diligent. Il va donc conserver tous ses recours cambiaires.

§2 Recours cambiaires

Le porteur qui se heurte à un refus de paiement et qui a dressé protêt pourra exercer tous ses recours à l'encontre des autres signataires. Il est déclaré en effet porteur diligent et il conviendra d'envisager les actions qu'il peut faire contre les garants.

A- Droit du porteur diligent

1° Moment du recours

Le recours du porteur diligent apparaît comme une conséquence de la solidarité cambiaire. Ainsi l'article L 511-38 du Ccom prévoit que les recours cambiaires peuvent être exercés avant l'échéance en cas de refus total ou partiel d'acceptation si un protêt faute d'acceptation a été versé ou en cas de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire du tiré accepteur ou non. En dehors de ces hypothèses les recours cambiaires ne peuvent s'exercer qu'à l'échéance.

2° Montant du recours

L'article L 511-45 du Ccom détaille l'ensemble des sommes qui peuvent être exigées par le porteur diligent à l'encontre des débiteurs solidaires : le montant de la lettre (éventuellement augmenté d'intérêts), les frais de protêt ainsi que les avis envoyés aux autres signataires pour les informer du défaut de paiement du tiré, et ce qu'il aura engagé pour obtenir le paiement de la lettre de change.

3° Nature du recours

Les recours peuvent être de deux sortes : amiables ou judiciaires.

* Les recours amiables

C'est le cas le plus fréquent. Le porteur va alors actionner les garants du titre (soit l'avaliste, soit les autres signataires) en vue d'obtenir le paiement. Si le montant de l'effet a été passé en compte par la voie de l'escompte, il conviendra alors de procéder à une contre passation de l'effet auprès du tireur, si les signataires ne payent pas.

* Les recours judiciaires

Ils consistent en l'exercice d'une action judiciaire en garantie contre les garants de la lettre de change en usant de la liberté qu'offre la solidarité. Celui qui fait l'action pourra introduire une seule action à l'encontre d'un seul garant, et lui demander l'intégralité du paiement. Il pourra également avoir recours aux voies d'exécution classiques, tant à l'encontre des garants que du tiré accepteur. Ainsi, l'article 1405 du CPC prévoit que le recouvrement d'une lettre de change acceptée peut être effectué par la procédure d'injonction de payer. De même, l'article L 511-51 du Ccom permet au porteur de la lettre de change avec autorisation judiciaire de pratiquer une saisie conservatoire sur les effets des tireur, endosseurs et accepteur. Enfin, la voie du référé provision est également possible.

Une fois qu'un garant a été actionné il va à priori se trouver subrogé dans les droits du créancier, il disposera alors d'une action récursoire.

B- Action récursoire du garant ayant payé la lettre de change

Le débiteur cambiaire qui a payé le porteur n'a pas toujours à supporter définitivement la dette. Il dispose donc à son tour d'un recours contre les autres débiteurs cambiaires. Le tireur qui a payé dispose d'un recours contre le tiré accepteur si celui ci a reçu provision. A défaut d'acceptation, seule l'action extra cambiaire subsiste entre le tireur et le tiré (l'action fondée sur le rapport fondamental qui sous tend l'émission de la lettre de change). L'endosseur qui a désintéressé le porteur peut à son tour exercer ces recours contre les autres endosseurs : le tireur, le tiré accepteur, les avaliseurs.

Le recours contre le tireur qui appartient au tiré qui a payé sans avoir reçu provision est un recours de nature extra cambiaire.

Le garant qui agit contre un signataire de la lettre de change tenu envers lui se présente comme un porteur légitime. Il exerce donc cette action en cette qualité et bénéficie par conséquent de la règle d'inopposabilité des exceptions.

C- Actions du porteur négligent

Le porteur qui n'agit pas dans les délais pour obtenir l'acceptation, exiger le paiement, ou dresser protêt, est déclaré porteur négligent. Il encourt alors la perte de certains recours cambiaires. Il conserve cependant certains droits cambiaires, notamment les droits liés au rapport fondamental qui le lie à un signataire du titre.

La perte des recours cambiaires laisse intactes les éventuelles actions extra cambiaires. Ainsi par exemple le banquier escompteur qui a perdu ses recours faute de protêt dispose d'une action en remboursement du crédit de l'escompte.

§3 Prescription

A- Délais de prescription : article L 511-78 du Ccom

Les délais de prescription sont fondés sur une présomption de paiement. Ils ont un effet libératoire. L'article L 511-78 du Ccom vise toutes les actions résultant de la lettre de change contre l'accepteur, les actions du porteur contre les endosseurs et contre le tireur, et les actions récursoires des endosseurs les uns contre les autres et contre le tireur.

Le délai est de 3 ans pour les actions cambiaires contre l'accepteur à compter de la date d'échéance. Le recours de l'avaliseur contre le tiré accepteur se prescrit également par 3 ans (car l'avaliseur se présente comme porteur dans cette hypothèse).

Un délai de 1 an est appliqué en ce qui concerne les actions du porteur contre le tireur et les endosseurs. Il court à compter de la date d'échéance ou de la date du protêt.

Enfin un délai de 6 mois est appliqué pour les actions des endosseurs les uns contre les autres et contre le tireur. Ce délai court à compter du jour où l'endosseur a remboursé la lettre de change ou au jour où une action a été introduite contre lui.

Dans le silence de la loi il faut admettre par analogie que le recours de l'avaliseur contre le débiteur garanti et contre les endosseurs et le tireur est soumis à cette même prescription de 6 mois.

Le calcul des délais de prescription se fait selon des règles de droit commun. Le délai pourra être suspendu ou interrompu. Ainsi, la prescription est interrompue par l'exercice d'une action en justice. De même, la prescription est interrompue par l'ouverture d'une procédure collective, ou encore par la déclaration de créance toujours dans le cadre d'une procédure collective. La prescription recommencera à courir à compter de l'issue de la procédure collective.

Par ailleurs la reconnaissance de dette faite par le débiteur interrompt également la prescription conformément à l'article 2248 du Cciv.

Enfin, le commandement et la saisie constituent également des causes d'interruption. En revanche le protêt est considéré comme une sommation de payer et n'est donc pas une cause d'interruption.

B- Effets de la prescription abrégée

La prescription libère le débiteur cambiaire. Toutefois, elle doit être opposée par le débiteur qui serait poursuivi en paiement. Selon les dispositions de l'article 2223 du Cciv, le juge ne peut pas soulever cet argument d'office.

Le créancier peut en application de l'article L 511-78 du Cciv échapper aux conséquences de la prescription en déférant le serment au débiteur qui va alors affirmer qu'il n'est plus redevable de la somme qu'on lui réclame. Le serment a pour effet de renverser la charge de la preuve et notamment de la présomption de paiement sur laquelle repose les courtes prescriptions. La jurisprudence assimile au serment l'aveu fait par le débiteur que sa dette existe encore.

L'extinction de l'action par la prescription cambiaire (L 511-78 du Ccom) ne fait donc qu'arrêter les poursuites fondées sur la créance cambiaire. En revanche les actions fondées sur la créance extra cambiaire peuvent être initiées et ne sont pas interrompues car les délais de prescription ne sont pas les mêmes.

Section 6 – La lettre de change relevée

La circulation des lettres de change et leur traitement entraîne un lourd travail de manipulation papier pour les banquiers escompteurs. Aussi, afin de réduire les coûts d'une telle manipulation et d'alléger le travail, les banquiers ont décidé de recourir aux moyens informatiques. La pratique a ainsi donné naissance à la LCR (lettre de change relevée), naissance entérinée par une loi de juillet 1973. L'effet peut être papier et le recouvrement s'effectuer grâce à des techniques informatiques. On est donc en présence d'un effet de commerce parfait. En revanche dans l'hypothèse où la LCR est seulement et exclusivement informatique, il en va différemment. En effet le papier étant supprimé il s'agit alors d'un effet exclusivement informatique. Une réponse ministérielle (JCP E 2000 p 2026) a à cet égard précisé qu'ils ne peuvent être considérés comme des effets de commerce.

§1 La lettre de change relevée papier

Dans le cadre de la LCR papier, les caractéristiques de la lettre de change papier ne se retrouvent pas totalement compte tenu du fait que l'on combine une version papier et une version informatique. C'est la raison pour laquelle il y a des formalités supplémentaires à respecter, telles que par exemple les coordonnées bancaires du tiré, la clause de retour sans frais (il est difficile de dresser protêt si la version papier n'a pas circulé et n'est pas dans les mains du bénéficiaire), la domiciliation du tireur chez un banquier. Comme c'est un effet de commerce parfait, on peut penser que l'acceptation est possible, mais ce n'est pas dans l'esprit de la LCR papier. En effet, l'acceptation exige une circulation du titre (présenter la lettre de change au tiré en vue d'obtenir son acceptation), donc a priori les LCR papiers ne seront pas acceptées.

Ce formalisme est d'ailleurs requis pour favoriser le traitement informatique non pour assurer à la lettre de change sa validité. Toutes ces données vont être produites sur une bande magnétique par le banquier lequel conservera le support papier qui ne circulera plus. Ce titre est important pour le banquier escompteur car il lui permettra d'exercer ses recours en cas de non paiement ou de contestation du titre.

Intérêt : la LCR papier peut servir de titre de recouvrement, elle est alors émise à l'ordre du tireur et endossée par lui à son banquier pour encaissement. Elle peut également être le support d'une opération de crédit. Dans cette hypothèse elle est directement libellée à l'ordre du banquier et ne sera pas endossée. La banque qui a reçu la bande magnétique la transmet 6 jours avant l'échéance à l'ordinateur de compensation de la Banque de France qui l'adressera ensuite au banquier domiciliataire. Ce dernier, le dernier jour ouvrable avant échéance, envoie alors à son client un relevé comportant un bon à payer. Le paiement s'effectue par le renvoi de ce bon (si le bon n'est pas renvoyé cela équivaut à un refus de paiement).

§2 La lettre de change relevée magnétique

Dans ce cadre, le papier fait entièrement défaut, tout est informatisé. Si d'un point de vue technique les progrès sont importants, d'un point de vue juridique les inconvénients sont considérables. En effet, le banquier va renoncer aux garanties traditionnelles du droit cambiaire puisque le formalisme requis ne pourra pas être respecté. Par conséquent il n'y aura ni transfert de la propriété de la provision, ni règle d'inopposabilité des exceptions, ni garantie de paiement.

La LCR magnétique est donc un instrument de recouvrement qui s'apparente à un avis de prélèvement. Mais en aucun cas elle ne peut être assimilée à un effet de commerce.

* + 1. Titre 2 – Le billet à ordre

Le billet à ordre se définit comme un écrit par lequel une personne (souscripteur) s'engage à payer à une échéance déterminée une autre personne (bénéficiaire) ou à son ordre. Il constitue donc une promesse de paiement. Le billet à ordre se range dans la catégorie des effets de commerce dont il présente les principales caractéristiques. En effet, c'est un titre négociable, il se transmet par la voie de l'endossement et non par le formalisme particulièrement lourd prévu pour les cessions de créances de droit commun (art 1690 du Cciv), il porte l'indication de sa valeur et il constate une créance de somme d'argent à court terme.

Mais il s'agit d'un effet de commerce particulier. Contrairement à la lettre de change qui établit un rapport triangulaire, le billet à ordre au moment de sa création ne fait intervenir que 2 personnes (le souscripteur et le bénéficiaire : le souscripteur s'engage à payer au bénéficiaire une certaine somme, à une échéance déterminée). Néanmoins les dispositions afférentes au billet à ordre s'apparentent énormément aux dispositions de la lettre de change. C'est la raison pour laquelle une traite qui ne comporterait pas toutes les mentions exigées pour être une lettre de change mais qui comporterait celles conformes aux dispositions du billet à ordre pourra être requalifiée en billet à ordre.

L'utilisation du billet à ordre a été restreinte par une loi du 11 juillet 1985. En effet, l'article L 512-8 du Ccom prévoit désormais que le règlement par billet à ordre n'est permis au débiteur que s'il a été expressément prévu par les parties et mentionné sur la facture.

Le billet à ordre présente des avantages dans la mesure où il s'agit d'un moyen de mobilisation de créance. Le CMF permet aux établissements de crédit ayant acquis des créances professionnelles par voie Dailly de se refinancer par des titres de mobilisation qui prennent souvent la forme du billet à ordre.

Le billet à ordre présente certaines différences avec la lettre de change dans la mesure où l'acceptation n'existe pas (le tiré se confond avec le tireur), de même il n'y aura pas provision. En revanche billet à ordre et traite sont similaires en matière d'aval. Ainsi l'aval doit préciser pour le compte de qui il est donné, à défaut on retrouve la même règle que pour la traite.

* + - * 1. Chapitre 1 – Caractéristiques du billet à ordre

Le billet à ordre est un acte juridique en tant que tel. De ce fait il est soumis au formalisme requis pour tous les actes juridiques (consentement, capacité, cause, objet). En outre, le billet à ordre s'apparente à la lettre de change à laquelle il emprunte certaines règles formelles. Mais à la différence de celle ci le billet à ordre n'est pas forcément un acte de commerce. Il pourra avoir un caractère sibylle ou commercial, aussi les conditions de fond seront-elles différentes de celles requises en matière de traite.

Section 1 – Conditions de forme

§1 Les mentions obligatoires

Elles sont assez semblables à celles rencontrées pour l'émission de la traite, prévues à l'article L 511-1 du Ccom. Ainsi, le billet à ordre comporte obligatoirement :

* une clause à ordre (celle ci est de l'essence même du titre, c'est la raison pour laquelle les clauses non acceptables sont exclues de même que les clauses dispensant de protêt faute d'acceptation)
* la dénomination du titre dans le texte dans la langue utilisée pour rédiger le titre
* une promesse pure et simple de payer (il ne peut y avoir de condition)
* une échéance (cependant il peut être souscrit à vue, à un certain délai de vue, à un certain délai de date ou à jour fixe), si l'échéance n'est pas indiquée, le billet à ordre est présumé avoir été réputé à vue
* le lieu de paiement (le plus souvent un banquier), à défaut il s'agira du domicile du souscripteur
* le bénéficiaire
* la date et le lieu de souscription
* la signature du souscripteur (obligatoirement manuscrite)

En cas de non respect d'une de ces mentions obligatoires, le billet à ordre ne vaut pas comme tel. Si le nom du bénéficiaire est absent, le billet à ordre est considéré comme un titre au porteur, mais dans cette hypothèse il ne sera plus considéré comme effet de commerce. Le bénéficiaire ne disposera plus de l'inopposabilité des exceptions, mais ce titre vaudra comme promesse de paiement ou comme commencement de preuve par écrit de cette promesse.

Enfin, l'article L 512-2 al 1 du Ccom prévoit des hypothèses de suppléance légale.

§2 Les mentions facultatives

Il est possible d'insérer dans le billet à ordre toutes les mentions facultatives prévues pour la lettre de change, tel que par exemple une clause de domiciliation, ou encore une clause de retour sans frais.

Section 2 – Conditions de fond

Le billet à ordre présente deux caractéristiques par rapport à la traite, qui tiennent à la fois à la nature même du billet à ordre mais aussi à l'absence de provision de celui ci.

§1 Nature du billet à ordre

Les principes applicables à la lettre de change quant aux conditions de fond demeurent dans l'ensemble valables avec une réserve. En effet, le signataire du billet à ordre ne contracte pas forcément un engagement commercial. Par conséquent, la qualité de la capacité de commerçant requise en matière de lettre de change n'est donc pas exigée ici.

Il conviendra de rechercher si le billet à ordre a une nature civile ou une nature commerciale. Si le billet à ordre a une nature civile, la capacité civile suffira pour en signer un (ex : mineur émancipé), sinon la capacité commerciale sera exigée (cf : lettre de change).

C'est l'opération juridique qui sous tend l'émission du billet à ordre qui va déterminer la nature civile ou commerciale de ce billet à ordre (car il est considéré comme accessoire de cette opération juridique) : l'accessoire suit le principal.

*Exemples : pour procéder à des cessions d'actions on a recours pour le paiement à l'émission de billets à ordre, l'opération est civile donc les billets à ordre auront une nature civile ; tandis que dans le cas d'une cession de la totalité des actions, c'est une cession globale, assimilée à une cession de fonds de commerce donc c'est une opération commerciale : les billets à ordre seront de nature commerciale.*

Dans ce cas, le tribunal compétent sera différent. Les prescriptions seront également différentes, de même pour les règles de capacité et les règles de preuve.

Toutefois, cette distinction présente aujourd'hui moins d'intérêt dans la mesure où l'article L 313-13 du Cconso interdit la souscription de billets à ordre à l'occasion d'opérations de crédit à la consommation ou de crédit immobilier.

§2 Absence de provision

Le billet à ordre met en scène deux personnes : un souscripteur et un bénéficiaire, mais il ne met pas en scène un tiré, dès lors il n'y a pas de provision. En effet, le souscripteur s'engage à payer lui même le titre. Cet engagement trouve sa cause dans le rapport fondamental qui lie ce souscripteur au bénéficiaire (par exemple : l'achat d'actions, les billets à ordre permettant un paiement à échéances successives).

* + - * 1. Chapitre 2 – La circulation du billet à ordre

Le billet à ordre étant un effet de commerce, il est censé pouvoir circuler (par la voie de l'endossement). Toutefois, à l'instar de la lettre de change pour éviter les manipulations papier, on a inventé le billet à ordre relevé (informatisé).

Section 1 – L'endossement du billet à ordre

Tout comme la lettre de change, le billet à ordre peut faire l'objet d'un endossement translatif, pignoratif ou à titre de procuration. Dans ce cas, les règles vue pour la lettre de change vont recevoir application pour le billet à ordre. En effet, l'article L 512-3 renvoie aux articles L 511-8 à L 511-14 du Ccom. Par conséquent, l'endosseur souscrit un engagement cambiaire, il est donc garant du paiement. Le porteur (bénéficiaire) est protégé par la règle d'inopposabilité des exceptions, sauf mauvaise foi (volonté délibérée d'agir sciemment contre les intérêts du débiteur). De même le souscripteur peut invoquer à l'encontre du bénéficiaire resté porteur l'extinction de la créance née du rapport fondamental.

Toutefois, l'endossement translatif présente certains traits particuliers. En absence de provision, il ne peut exister de transfert de la propriété de la provision. En conséquence, en matière de redressement ou de liquidation judiciaire du souscripteur, il est impossible de réclamer la créance de provision. Le porteur ne pourra que déclarer sa créance au passif du souscripteur et se trouvera en concours avec les autres créanciers.

Section 2 – Le billet à ordre relevé

Il obéit aux mêmes règles que la LCR. Le bénéficiaire qui reçoit le titre va le transmettre à son banquier qui transférera alors l'ensemble des informations que recèle le titre sur une bande magnétique. Ce billet à ordre mentionne alors une clause de retour sans frais et une clause de domiciliation chez le banquier (le paiement s'effectue par l'intermédiaire de l'ordinateur de compensation).

* 1. Sous partie 2 – Autres moyens de mobilisation de créance

L'escompte, technique de mobilisation de créance, a été victime de son succès. En effet, les lettres de change escomptées se sont montrées beaucoup plus nombreuses, et les opérations bancaires ont été de ce fait beaucoup plus coûteuses. Aussi les banquiers ont inventé d'autres théories de mobilisation de créance, notamment l'affacturage mais aussi le bordereau Dailly.

* + - * 1. Chapitre 1 – L'affacturage

Il a longtemps été appelé factoring. Il est né en France en 1964 avec la création de la société française de factoring (SFF). Il est défini par la Banque de France comme une opération qui consiste en un transfert de créance de leur titulaire à un factor qui se charge d'en opérer le recouvrement et qui en garantit la bonne fin même en cas de défaillance momentanée ou permanente du débiteur. L'affacturage est donc à la fois un procédé de recouvrement mais aussi une technique de garantie des risques et éventuellement un moyen de financement de créance.

L'affacturage se présente donc comme un procédé ou une technique de gestion financière par laquelle dans le cadre d'une convention, un organisme spécialisé gère les comptes clients (entreprises) en acquérant leurs créances et en assurant le recouvrement de celles ci à leur échéance pour son propre compte, assumant ainsi les risques d'impayés éventuels face à un débiteur insolvable. Ce service offre donc aux entreprises de nombreux avantages : les entreprises n'ont pas besoin de recourir au crédit bancaire lors de l'exécution d'un marché ; ce service permet aux entreprises d'améliorer leur trésorerie et de réduire leurs frais de gestion (la société factoring se rémunère par une commission fixe sur le montant de la facture) ; l'affacturage évite les risques d'un nouveau recours au crédit en cas de difficulté de règlement par le débiteur.

Section 1 – La convention de factoring

§1 Caractéristiques du contrat

* Contrat innomé

La loi ne le règlemente pas sous une dénomination propre. Dès lors, il doit répondre aux conditions de droit commun des contrats.

* Contrat synallagmatique

La cause de l'obligation de chacune des parties réside dans l'obligation de l'autre. L'obligation de l'adhérent (l'entreprise qui va céder ses créances à la société de factoring) est de transférer des créances à la société et de s'acquitter de la commission, l'obligation du factor est de prendre et de recouvrer les créances pour son propre compte.

* Contrat à titre onéreux

Il s'agit d'un acte intéressé. L'engagement des parties a sa raison d'être dans la contrepartie reçue ou attendue par l'autre partie.

* Contrat très emprunt d'intuitu personae

Il faut une grande confiance entre le factor et l'adhérent. Le factor va agir dans un esprit de collaboration et s'engager à racheter à peu près toutes les créances, toutes les factures de son client. L'adhérent ne doit pas avoir que des créances douteuses, et s'engage à ne céder ses créances qu'au factor.

Par cette convention, le client s'engage à transférer ses créances ou une partie de celles ci à la société de factoring. En principe les conventions contiennent une clause d'exclusivité ou un principe de globalité. Ces clauses peuvent être totales ou partielles.

* clause totale : le client s'engage à céder toutes ses créances à la société de factoring.
* clause partielle : le client ne s'engage à remettre au factor qu'une certaine catégorie de créances.

§2 Obligations des parties

* Obligation du client

Compte tenu du coût élevé du contrat, il faut éviter que le client ne transmette que ses créances douteuses. Sinon, le risque d'impayés pour le factor serait trop important et donc le contrat serait déséquilibré. Par ailleurs, le client s'engage à fournir au factor les renseignements qu'il possède sur son débiteur. Il y a donc une obligation d'information (notamment sur les risques éventuels qui pèsent sur le débiteur). Ce devoir de sincérité suppose que le client ne remette pas au factor des fausses factures, ni des factures périmées (qui auraient déjà été payées).

* Obligations du factor

Il règle les factures. Pour les factures qui sont approuvées, il doit régler le montant. Pour les factures non approuvées, il agit alors en tant que mandataire, c'est-à-dire qu'il ne paiera son client que s'il a lui même été payé par le débiteur. La société de factoring se transforme donc en organisme de recouvrement de créance.

Le factor peut procéder à une sélection de créances. Il ne doit pas se limiter à sélectionner les factures sans risque. Toute l'économie du contrat repose sur un juste équilibre entre les factures sans risque et les factures à risque. Dans la pratique l'équilibre correspond à 90% de factures sans risque (et 10% de factures à risque).

Section 2 – Le mécanisme de la convention de factoring

Le contrat conclu entre le factor et le client prévoit toujours un mécanisme de transfert des créances. La pratique a consacré la technique de la subrogation conventionnelle, qui n'est pas sans conséquence pour le factor. Le procédé est simple. Il consiste en un paiement avec subrogation des créances commerciales du client par la société de factoring qui en assume le recouvrement et garantit la bonne fin (il couvre le risque d'impayé moyennant commission). L'opération est donc bien un moyen de mobilisation de créance et s'apparente en ce sens au bordereau Dailly ou à l'escompte. La spécificité réside dans la garantie de bonne fin.

§1 Le principe du transfert par subrogation conventionnelle

Selon les dispositions de l'article 1250 du Cciv, la subrogation conventionnelle peut résulter d'un accord entre le solvens et selon le cas ou les circonstances soit le créancier soit le débiteur. L'affacturage est donc un cas de subrogation conventionnelle consentie par le créancier, c'est-à-dire que le client du factor est créancier d'un débiteur et va subroger dans ses droits le factor. L'intérêt est que le créancier client du factor va ainsi pouvoir rapidement rentrer dans ses fonds alors même que la créance n'est pas arrivée à échéance. Le factor le paye (puisqu'il rachète la facture) avant l'échéance mais va se trouver ensuite subrogé dans les droits de son client contre le débiteur. Le règlement de cette créance non échue s'inscrit par une inscription au crédit du compte courant du client, cette inscription équivalant à un paiement.

La subrogation doit être expresse : il ne doit faire aucun doute sur les volontés et particulièrement sur celle du créancier de subroger dans ses droits et actions le tiers qui l'a réglé. Pratiquement le paiement du client nécessairement concomitant à la remise de la facture va entraîner la remise d'une quittance subrogative. Ce procédé de transfert de créance par voie de subrogation est particulièrement avantageux. En effet, les formalités sont simples et dès lors qu'elles sont respectées la subrogation est valable entre les parties mais aussi à l'égard des tiers. Néanmoins, le factor doit informer le débiteur cédé, cette notification n'est soumise à aucune exigence particulière de forme. En revanche elle permet de faire preuve de la mauvaise foi du débiteur qui payerait à une autre personne que le factor. Si le factor parvient à établir que le débiteur a été averti avant de payer le tiers il pourra alors exiger un double paiement (en vertu de l'adage « qui paye mal paye deux fois »). Des problèmes interviennent lorsque les entreprises mobilisent plusieurs fois leurs créances (soit par plusieurs sociétés d'affacturage, soit par l'affacturage et également l'émission d'un autre autre titre, tel qu'une lettre de change : il faudra rechercher qui est devenu propriétaire le premier de la créance).

De son côté le débiteur cédé n'a pas à informer le factor qu'il s'est acquitté du paiement avant la notification. Cass Com 18 mars 2007 : précise que le débiteur n'est pas tenu d'informer le créancier subrogé du paiement qu'il a effectué au profit du créancier subrogeant avant d'avoir eu connaissance de la subrogation.

*Exemple : la société Avalon a livré des marchandises à la société Valon pour un montant de 50 000 €. La société Avalon tire une lettre de change sur Valon le 15 octobre 2008 qu'elle fait escompter auprès de la Caisse d'épargne le 26 octobre 2008. La société Avalon est adhérente auprès de la société Finaref (société de factoring) et lui remet la facture le 18 octobre 2008. Le 10 novembre 2008, la caisse d'épargne présente à l'acceptation à la société Valon la lettre de change qui est retournée acceptée le 13. Le 14 novembre 2008 la société Finaref signifie à la société Valon qu'elle est subrogée dans les droits de la société Avalon.*

*Faits : Une société a cédé deux fois la créance : une fois par lettre de change escomptée le 26/10 et acceptée le 13/11 et une autre fois par voie de factoring cédée le 18/10 et signifiée le 14/11. Le problème est de savoir qui est propriétaire de la créance à l'échéance de celle ci.*

*Problème : Il convient donc dans un premier temps de chercher à quelle date la caisse d'épargne et la société de factoring ont acquis des droits définitifs sur la propriété de la créance.*

*Solution (rapide) : En l'occurrence l'acceptation équivaut à un paiement, elle a été faite antérieurement à la notification de cession par la société factoring, le débiteur cédé n'avait pas à la prévenir qu'il avait déjà payé, donc à l'échéance, la propriété de la créance revient à la caisse d'épargne.*

§2 Les conséquences de la subrogation pour le factor

Par le mécanisme de la subrogation, le factor prend la place du créancier originaire. Le débiteur cédé ne peut plus valablement se libérer qu'entre les mains du factor, sauf s'il n'a pas été informé de la subrogation. Cette libération se produit également s'il a accepté une lettre de change avant d'avoir été informé (Cass Com 26 avril 2000).

Le factor acquiert les créances telles qu'elles existent dans le patrimoine du client avec leurs avantages et leurs vices. Certaines exceptions pourront donc lui être opposées par le débiteur et il pourra rentrer en conflit avec d'autres cessionnaires de la même créance.

A- Transmission de la créance et de ses accessoires

Le factor acquiert par l'effet de la subrogation la créance et ses accessoires. Ainsi la jurisprudence a décidé que la clause de réserve de propriété, accessoire de la créance, était transmise au factor (Cass Com 15 mars 1988 : « *la subrogation conventionnelle a pour effet d'investir le subrogé non seulement de la créance primitive mais aussi de tous les avantages et accessoires de celle ci, il en est ainsi de la réserve de propriété assortissant la créance du prix de vente et affectée à son service exclusif pour en garantir le paiement* »). Cet accessoire qui permet au créancier subrogeant d'obtenir une situation super privilégiée est un élément essentiel de la valeur de la créance.

B- Les exceptions opposables par le débiteur cédé

Le débiteur cédé va pouvoir opposer au factor toutes les exceptions de fait ou de droit inhérentes à la dette qu'il pouvait opposer au créancier originaire. C'est une manifestation de l'adage « nemo dat quad non abet » (on ne peut donner que ce qu'on a). Le fait que l'exception se soit déclenchée avant ou après la subrogation ne change rien et la solution reste la même. La créance est transmise avec tous ses vices et aléas réalisés ou virtuels.

La question de la compensation reste délicate. Il convient de distinguer plusieurs situations.

* La compensation légale

Elle joue de plein droit dès lors que les conditions requises pour sa mise en œuvre se trouvent réunies : les créances doivent être réciproques (créancier / débiteur et débiteur / créancier), liquides, exigibles et certaines. Dans ce cas, la compensation ne pourra pas être invoquée par le débiteur si la créance a acquis les qualités requises postérieurement à la subrogation.

En effet, dès le transfert de la créance le créancier cédant n'est plus titulaire de celle ci puisqu'il n'est plus créancier (à partir du moment où la société de factoring vire sur le compte courant du client le montant de la facture déduction faite de la commission cela équivaut à un paiement). Le fait que le débiteur du client du factor devienne son créancier n'a aucune influence car il n'y a plus la condition de réciprocité.

* La compensation pour dettes connexes

Il faut qu'il y ait un lien de connexité entre les dettes : la connexité existe dès lors que les créances sont nées au cours d'un même contrat, ou bien si elles sont nées au cours d'une opération économique globale (voir 2e semestre). Dès lors qu'il y a connexité, la Cour de cassation a estimé que « si en principe la compensation légale ne joue qu'autant qu'elle s'est produite antérieurement à la subrogation, le débiteur peut opposer au créancier subrogé une créance postérieure dès lors qu'elle est connexe à celle que le créancier subrogeant avait contre lui ».

* + - * 1. Chapitre 2 – Le bordereau Dailly

L'évolution du droit bancaire révèle à la fois l'attachement des professionnels à la transmission de créance en tant que technique de crédit et un effort permanent pour simplifier les techniques. De fait, si le recours aux effets de commerce en tant qu'instrument de crédit a l'avantage de procurer une grande sécurité au créancier (notamment par l'endossement qui opère purge des exceptions à chaque endos), il présente néanmoins l'inconvénient d'être une procédure lourde et très onéreuse pour les banquiers. En effet, chaque opération d'escompte suppose une lettre de change, laquelle en principe ne recèle qu'une seule créance. C'est la raison pour laquelle la loi Dailly du 2 janvier 1981 désormais codifiée au sein des articles L 313-23 et suivants du CMF a inventé un procédé susceptible d'opérer la cession de plusieurs créances : le bordereau Dailly. En effet, ce bordereau Dailly permet de céder ou de nantir plusieurs créances professionnelles. Une multitude de créances envers plusieurs débiteurs et à des échéances diverses pourront ainsi être cédées en une seule fois au moyen d'un bordereau. Le système procède de la même technique, mais permet surtout de lutter contre la tyrannie du papier et le coût engendré par cela pour les banques. Dès lors les avantages sont indéniables (regrouper sur un même document plusieurs créances, réaliser la cession des créances mentionnées sans procéder à un quelconque endossement, éviter les formalités de l'article 1690 du Cciv).

Section 1 – Réalisation de la cession de créance

§1 Conditions

A- Conditions de forme

Le bordereau Dailly est un titre très formaliste. Selon l'article L 313-23 dernier alinéa du CMF le titre dans lequel une des mentions indiquées fait défaut ne vaut pas comme acte de cession ou de nantissement de créances professionnelles au sens de la présente loi. Indéniablement cette formule rappelle celle de l'article L 511-1 du Ccom. L'acte de cession ou de nantissement de créances professionnelles doit donc revêtir la forme d'un écrit dont la validité est subordonnée au respect de mentions obligatoires prévues à l'article L 313-23 du CMF, parmi lesquelles figurent les signatures et d'autres mentions.

1° Les signatures

Il convient d'envisager deux types de signature.

* Signature du cédant

Le bordereau Dailly doit obligatoirement être signé par le cédant puisqu'il transmet sa créance à titre de propriété ou à titre de gage. A l'origine, cette signature devait être manuscrite. En 1993, le législateur est intervenu : L 313-25 du CMF précise que la signature est apposée soit à la main soit par tout procédé non manuscrit. L'absence de signature emporte la nullité (même si le législateur ne prévoit pas cette hypothèse), puisque c'est par la signature que le cédant manifeste sa volonté de céder sa créance.

* Signature du cédé

La signature du débiteur cédé n'est pas obligatoire, il n'a pas besoin de manifester sa volonté d'être cédé, sauf lorsqu'il accepte le bordereau Dailly. (Pour verrouiller le bordereau Dailly on peut l'accepter, ce qui équivaut à un engagement cambiaire).

2° Les autres mentions

Elles sont prévues à l'article L 313-23 du CMF :

* la dénomination « acte de cession de créances professionnelles » et l'indication que l'acte est soumis aux dispositions du CMF
* le nom ou la dénomination sociale de l'établissement de crédit bénéficiaire (le cessionnaire)

En conséquence, le bordereau Dailly ne peut pas être établi au porteur. Il peut être stipulé à ordre mais sa transmission n'est possible qu'à un autre établissement de crédit.

* la désignation ou l'individualisation des créances cédées, ou les éléments susceptibles d'y procéder (notamment l'indication du débiteur, du lieu de paiement, du montant des créances ou de leur évaluation, ou s'il y a lieu de leur échéance)

La datation du bordereau Dailly n'est pas requise, cependant l'article L 313-25 du CMF indique que la date doit être apposée par le cessionnaire.

Depuis la loi du 24 janvier 1984 il est possible de transmettre les créances cédées ou nanties par procédé informatique. Le but est d'associer le bordereau Dailly avec la lettre de change relevée. Dans ce cas, il suffit que le bordereau Dailly indique le moyen par lequel les créances sont transmises, leur nombre et leur montant global. En cas de contestation, le cessionnaire devra prouver par tout moyen que la créance contestée est comprise dans le montant global porté sur le bordereau. L'allègement du formalisme trouve sa contrepartie dans la dévolution de la charge de la preuve. Dès lors que les mentions requises ne se retrouvent pas sur le bordereau Dailly, on retrouvera les mêmes sanctions que celles étudiées pour la lettre de change. En effet, le titre dans lequel l'une des mentions obligatoires fait défaut ne vaut pas comme bordereau Dailly. L'opération n'est pas nulle, elle sera requalifiée. Au lieu d'avoir une cession de créances professionnelles, on aura une cession de droit commun. Mais dans cette hypothèse son efficacité sera limitée entre les parties. En effet, la cession de droit commun pour être efficace doit répondre aux exigences posées par l'article 1690 du Cciv (ce qui ne sera a priori pas le cas pour un bordereau Dailly). L'opération de cession sera valable entre les parties, mais elle ne sera pas opposable aux tiers.

B- Conditions de fond

1° Les personnes

L'article L 312-23 du CMF indique que le cédant doit être une personne morale de droit privé ou de droit public ou une personne agissant dans le cadre de son activité professionnelle. Pour les personnes morales, il n'est semble-t-il pas nécessaire qu'elles agissent dans le cadre de leur activité professionnelle.

En ce qui concerne le cessionnaire, il ne peut être qu'un établissement de crédit. L'expression s'entend au sens de la loi bancaire, désormais codifiée à l'article L 511-1 du CMF. Ce cessionnaire doit avoir consenti un crédit à court, moyen ou long terme.

Quant au débiteur cédé : la possibilité d'acceptation du bordereau opère un renforcement des obligations du débiteur cédé. En outre, elle présume que le débiteur cédé, personne morale de droit privé, de droit public, ou personne physique, a souscrit sa dette lors d'une activité professionnelle.

2° Les créances transmissibles

La loi Dailly a été conçue pour permettre la cession et le nantissement des créances commerciales. La loi bancaire du 24 janvier 1984 a quant à elle supprimé cette exigence. En effet désormais l'article L 313-23 du CMF vise toute créance qu'un créancier peut détenir sur un tiers. Il demeure que les créances cédées par les personnes physiques doivent avoir un caractère professionnel. En revanche, pour les personnes morales, aucune restriction n'est posée.

La créance cédée peut avoir une nature contractuelle ou une nature délictuelle. Elle doit être liquide, exigible, mais elle peut être assortie d'un terme. Elle peut également porter sur une créance future dont on ne connait pas le fondement juridique. L'article L 312-23 du CMF énonce que « peuvent être également cédées ou données en nantissement les créances résultant d'un acte déjà intervenu ou à intervenir mais dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés ». La cession Dailly peut également porter sur une créance échue.

On peut constater que la cession Dailly présente une grande souplesse et constitue un mode de mobilisation de créance particulièrement intéressant. En effet, en matière d'escompte il faut impérativement que le montant et l'échéance de la créance soient connus, tandis qu'en matière de bordereau Dailly, la cession de créances futures est autorisée. Cependant cela confère certains inconvénients : cela risque d'augmenter les possibilités de fraude et les cessions de créance fictives qui sont sanctionnées pénalement au titre de l'escroquerie ou encore au titre du faux en écritures privées et usage de faux.

Il existe cependant une exigence qui vient restreindre le domaine de la cession Dailly. Il faut que la créance soit cessible. Or, toutes les créances ne peuvent pas être cédées. En effet, certaines créances sont protégées en vertu d'une disposition législative. C'est le cas de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous traitance. En effet cette loi prévoit en son article 13-1 que l'entrepreneur ne peut céder ou nantir les créances résultant du marché et du contrat passé avec le maître de l'ouvrage qu'à concurrence des sommes qui lui sont dues au titre des travaux qu'il effectue personnellement. L'idée est de protéger le sous traitant qui travaille pour l'entrepreneur principal mais qui, dans l'hypothèse où celui ci viendrait à disparaître économiquement, ne serait pas payé. C'est pourquoi ces créances ne peuvent pas être cédées et le sous traitant dispose d'une action directe qui lui permet de solliciter directement auprès du maître de l'ouvrage le paiement. Une exception : si l'entrepreneur principal dispose d'un cautionnement préalable et écrit garantissant le paiement au sous traitant il peut alors céder l'ensemble des créances du marché.

§2 Modalités

A- Notification au débiteur cédé

Il s'agit d'une défense faite au débiteur cédé de payer entre les mains du cédant. L'établissement de crédit cessionnaire se fait ainsi connaître auprès du débiteur cédé et lui interdit de payer entre les mains du signataire du bordereau (le cédant). En conséquence à compter de cette notification (qui s'apparente à la défense faite au tiré de payer), le débiteur cédé ne se libère valablement qu'entre les mains du cessionnaire.

Si le débiteur cédé a payé le cédant avant la notification, il s'est valablement libéré. Et même s'il n'avertit pas le cessionnaire, il ne commet aucune faute (même principe que pour l'affacturage). En revanche si le débiteur cédé paye postérieurement à la notification le cédant, il ne s'est pas valablement libéré et il devra payer le cessionnaire (qui paye mal paye deux fois).

La cession Dailly n'opère pas purge des exceptions et le débiteur cédé en dépit de la notification pourra toujours opposer au cessionnaire les exceptions dont il peut se prévaloir à l'égard du cédant (ex : existence d'un sous traitant, absence de marchandise, ou marchandises non conformes).

La notification peut se faire par tout moyen. Mais comme elle permet de verrouiller la créance au profit du cessionnaire, le plus souvent il s'agira d'une lettre RAR (faciliter la preuve de la date), voire un exploit d'huissier.

B- Acceptation

Le bordereau Dailly conformément aux effets de commerce peut être accepté par le débiteur cédé. Dans cette hypothèse le bordereau Dailly aura des effets similaires à ceux d'une lettre de change acceptée. Mais dans ce cas les modalités d'acceptation vont être rigoureuses.

1° Les modalités d'acceptation

Sur la demande du bénéficiaire du bordereau Dailly, le débiteur cédé peut accepter la cession d'une ou plusieurs créances contenues dans le bordereau. Dans cette hypothèse, l'article L 319-29 du CMF prévoit que cet engagement doit être constaté à peine de nullité par un écrit intitulé « acte d'acceptation ou de nantissement d'une créance professionnelle ».

La forme de l'acceptation se manifeste obligatoirement par une signature manuscrite. Néanmoins la jurisprudence a atténué ce formalisme en indiquant que l'écrit constitutif de l'acte d'acceptation au sens de l'article L 313-29 du CMF peut être établi et conservé sur tout support y compris par télécopie dès lors que son intégrité et l'imputabilité à l'auteur ont été vérifiées et ne sont pas contestées. Cette solution a été consacrée par la loi du 13 mars 2000 qui a reconnu la validité de la signature électronique sous réserve de certaines conditions d'authenticité et d'imputabilité qui ne permettent pas de mettre en doute ladite signature.

L'acceptation contrairement à la solution prévue à l'article L 511-17 du Ccom en matière de lettre de change peut être conditionnelle ou comporter des réserves. La jurisprudence a ainsi admis qu'une acceptation puisse avoir lieu sous condition que le cédant exécute ses obligations envers le cédé. Elle a alors décidé que l'exception d'inexécution pourrait être opposée par le débiteur cédé acceptant au cessionnaire.

Il va de soi que cette acceptation ne peut exister qu'à partir de la datation du bordereau (c'est à partir de cette date que le banquier devient cessionnaire). Et comme c'est le cessionnaire qui doit solliciter l'acceptation, il est logique d'en déduire que l'acceptation ne peut être sollicitée qu'après la datation du bordereau.

L'acceptation qui ne respecterait pas ce formalisme ne produirait aucun effet. Une question s'est cependant posée de savoir si une acceptation irrégulière en la forme pourrait être assimilée à une notification. La Cour de cassation a répondu par la négative et la doctrine s'accorde pour appuyer cette décision dans la mesure où la notification et l'acceptation n'ont pas la même finalité.

2° Les effets

L'acceptation est assez rare en pratique, d'autant que le bordereau Dailly comporte plusieurs créances, donc le débiteur devrait vérifier toutes les créances avant de les accepter ou de les biffer. Cependant lorsque cela arrive, les effets sont similaires à ceux produits par l'acceptation d'une lettre de change. Dans ce cas le débiteur s'engage à payer directement l'établissement financier, et l'article L 319-29 al 2 du CMF prévoit que : « il ne peut opposer à l'établissement de crédit les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le signataire du bordereau à moins que l'établissement de crédit en acquérant ou en recevant la créance n'ait agit sciemment au détriment du débiteur ». On retrouve bien le mécanisme de la règle de l'inopposabilité des exceptions, qui ne peut être mis en échec que par la mauvaise foi du banquier. La Cour de cassation a même assimilé l'acceptation d'un bordereau Dailly à un engagement cambiaire.

Section 2 – Effets de la cession

§1 Dans les rapports cessionnaire-cédant

A- Transfert de la créance au cessionnaire

En vertu de la cession et dès la date apposée sur le bordereau Dailly, le cessionnaire acquiert la propriété de la créance cédée. En conséquence, dès la datation du bordereau Dailly, il devient titulaire exclusif de la créance cédée. Il va acquérir les sûretés dont la créance cédée se trouve assortie (*accessorium principale sequitur* : l'accessoire suit le principal). A cet égard la loi du 1er août 2003 dite loi Sécurité Financière a modifié l'article L 313-27 du CMF et est venu améliorer le sort du cessionnaire. En effet, auparavant l'opposabilité de la cession aux tiers se faisait dès la datation du bordereau Dailly. Désormais l'article L 313-27 du CMF précise que la cession ou le nantissement prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à compter de la date portée sur le bordereau lors de sa remise. En conséquence même si en cas de contestation sur la date apposée sur le bordereau par le cessionnaire, la charge de la preuve pèse toujours sur ce dernier, et même si cette preuve peut être apportée par tout moyen, elle se révèlera sans doute plus facile en prouvant la remise du bordereau par les dates inscrites en compte courant.

L'article L 313-27 du CMF précise désormais que la remise du bordereau entraîne de plein droit le transfert des sûretés, des garanties et des accessoires attachés à chaque créance, y compris les sûretés hypothécaires, et son opposabilité aux tiers sans qu'il soit besoin d'autres formalités. Auparavant, seul le transfert des sûretés s'opérait, et il pouvait être remis en cause par convention. Aujourd'hui, le doute n'est plus permis, la remise du titre opérant transfert immédiat et de plein droit des garanties, de toutes les garanties y compris la CRP. Donc renforcement des droits du cessionnaire.

B- Rôle du cédant dans le recouvrement de la créance

1° La cession n'a pas été notifiée

En général, la cession par bordereau Dailly n'est pas notifiée. Le recouvrement des créances professionnelles est assuré par le cédant pour le compte du cessionnaire en vertu d'un mandat tacite ou exprès. Le plus souvent un contrat cadre lie le cédant et le cessionnaire et prévoit ce mandat. Dans ce cas le débiteur cédé se libère entre les mains du cédant, son paiement est libératoire et sa créance est éteinte. Le cédant remet alors le montant de la créance au cessionnaire.

2° La cession a été notifiée

La cession par bordereau Dailly peut être notifiée à tout moment. A compter de la notification, le débiteur cédé ne se libère plus valablement qu'entre les mains du cessionnaire. C'est la raison pour laquelle la notification a pour effet de révoquer le mandat de recouvrement de créance qui existe entre le cédant et le cessionnaire. Elle n'entraîne en revanche aucune autre obligation nouvelle de la part du débiteur cédé.

C- Cession de créances consentie en période suspecte

La période suspecte dure 18 mois maximum.

La cession par bordereau Dailly constitue un procédé normal de paiement. En conséquence, un tel paiement est exclu des nullités de droit de la période suspecte qui visent les paiements faits par des procédés anormaux (ex : dation en paiement).

La question s'est posée de savoir si un bordereau Dailly ne pouvait pas tomber sous le coup des nullités dans la mesure où il peut également constater un nantissement constitué sur les biens du débiteur. En effet, la Cour de cassation a estimé que la cession de créance par voie Dailly qui transfère la propriété de la créance cédée pour garantir le paiement du solde du compte courant n'est pas constitutive d'un droit de nantissement sur les biens du débiteur. De même la Cour de cassation a également écarté le prononcé de nullité facultative dès lors que la convention de cession de créance est conclue antérieurement à la cessation des paiements. En effet, parmi les nullités facultatives on compte le paiement des dettes échues par paiement normal mais avec mauvaise foi, et qui ne présentent aucun intérêt pour l'entreprise, opérant ainsi une rupture du principe d'égalité des créanciers. Ces paiements peuvent donc être nuls de manière facultative (libre appréciation du juge). La Cour de cassation estime qu'il n'y a pas de nullité si la convention de cession est antérieure à la cessation des paiements (pas de mauvaise foi).

D- Garantie du cédant

Depuis la loi bancaire du 24 janvier 1984, le cessionnaire bénéficie en principe de la garantie solidaire du cédant pour le paiement des créances cédées. Le cédant est désormais tenu de payer si le débiteur cédé ne s'acquitte pas de ce paiement auprès du cessionnaire. Et le cessionnaire bénéficie de la solidarité. C'est la raison pour laquelle les juges n'exigent pas que le cessionnaire poursuive d'abord le débiteur cédé dès lors qu'il a procédé à une demande amiable de paiement à l'échéance au débiteur cédé.

§2 Dans les rapports entre cessionnaire et débiteur cédé

A- Libération du débiteur

Sa protection est assurée par l'application a contrario de l'article L 313-38 du CMF. En ce sens tant que la cession ne lui a pas été notifiée, le débiteur cédé effectue valablement le paiement entre les mains du cédant et se trouve par conséquent libéré, alors même que le débiteur cédé aurait eu connaissance de la cession de la créance au profit du cessionnaire. Seule la notification l'oblige, la connaissance non.

En revanche une fois la notification effectuée la libération ne peut se faire qu'entre les mains du cessionnaire.

B- Exceptions opposables au cessionnaire

Le débiteur cédé va pouvoir opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il pouvait opposer au cédant, et ce peu importe que la cession ait été ou non notifiée. En effet, la notification n'opère pas purge des exceptions. En conséquence le cessionnaire acquiert la créance avec tous ses vices à compter de la datation et de la prise du bordereau, même si ces vices se révèlent après la cession. Le dol, la non conformité des marchandises, le retard dans la livraison, la cause illicite, le paiement, sont autant d'exceptions que le cédé pourra opposer au cessionnaire à condition qu'elles soient inhérentes à la créance : les exceptions personnelles entre le débiteur cédé et le cédant ne pourront pas être opposées au cessionnaire.

Il est certain que si les conditions de compensation légale (exigibilité, liquidité, certitude de la créance) se trouvent réunies avant la datation, comme cela équivaut à un paiement le débiteur cédé pourra l'opposer au cessionnaire. En revanche, la compensation légale ne pourra plus jouer après la notification. Le débiteur cédé ne sera pas fondé à refuser de payer au cessionnaire puisque la notification équivaut à une défense de payer en d'autres mains que celles du cessionnaire.

Concernant les dettes connexes, la Cour de cassation a admis que la compensation pouvait intervenir même après la notification de la cession. On considère en effet que l'exception inhérente à la dette (paiement) existe au moins déjà de façon virtuelle avant le transfert de la propriété de la créance et donc le cédé pourra l'opposer au cessionnaire.

§3 Conflits entre cessionnaire et tiers invoquant un droit sur la créance cédée

Il arrive que le cessionnaire Dailly ne soit pas le seul à invoquer des droits sur la créance cédée. Il entre alors en conflit avec un tiers qui le plus souvent se règlera par la recherche du moment de l'acquisition de droits sur la propriété de la créance. En ce qui concerne la cession Dailly il s'agit le plus souvent de la recherche de la datation du bordereau et de sa remise. En effet, c'est la datation et la remise qui rendent la cession opposable aux tiers.

A- Entre deux cessionnaires de la même créance

Lorsque la créance a été cédée deux fois par bordereau Dailly à deux cessionnaires différents, il conviendra bien sûr de comparer les dates apposées sur les bordereaux et plus précisément les dates de remise. Cette comparaison permettra de résoudre le conflit entre deux cessionnaires successifs d'une même créance. Le cessionnaire qui sera préféré sera celui qui a la date la plus ancienne. On comprend l'importance de cette disposition dans la mesure où si l'on peut contester la datation du bordereau la date de remise en compte courant est quant à elle difficilement contestable.

La solution rendue sera en revanche différente s'il y a eu notification. Si le débiteur cédé n'a reçu qu'une seule notification, il doit payer prioritairement l'auteur de la notification, quand bien même un banquier cessionnaire se présenterait avec une date antérieure de cession.

Si le débiteur cédé a reçu notification de la part de chaque banquier, on retrouve la règle précédente (prio temporis prio juris) : celui qui aura notifié le premier qui l'emportera.

B- Entre cessionnaire et porteur d'une lettre de change

Il convient de distinguer si la lettre de change a été acceptée ou non.

* La lettre de change a été acceptée
* Si le banquier cessionnaire n'a pas notifié au débiteur cédé, le tiré accepteur n'est tenu de payer que le porteur de la lettre de change et ce paiement le libère à l'égard du cessionnaire, et ce peu importe que la cession soit antérieure à l'acceptation.
* Si en revanche le bordereau Dailly a été notifié, il faudra alors regarder les dates.
* Si la notification est antérieure à l'acceptation, s'il a accepté cela équivaut à un paiement, il devra donc payer deux fois. Une exception : si le porteur de la lettre de change est de mauvaise foi (connaissance de la notification), le débiteur cédé tiré accepteur se libérera valablement entre les mains du cessionnaire et n'aura pas à payer le banquier porteur bénéficiaire de la lettre de change acceptée parce qu'il est de mauvaise foi.
* Si la notification a lieu après l'acceptation, l'acceptation équivaut à un paiement, la notification faisant défense au tiré de payer à un autre, elle ne vaut rien. Le débiteur cédé tiré accepteur se libérera valablement entre les mains du porteur.
* Si le bordereau Dailly a été accepté, il conviendra de regarder les dates respectives du bordereau et de la lettre de change. Celui qui a eu un titre accepté prioritairement sera prioritaire sur la créance. Mais le tiré débiteur cédé accepteur est engagé dans les liens du change et devra payer les deux : par l'acceptation il s'engage à payer le titulaire du titre.
* La lettre de change n'est pas acceptée

Le cessionnaire a notifié le bordereau Dailly avant l'échéance de la lettre de change. Dans ce cas, le bordereau Dailly l'emporte sur la lettre de change, sauf si le bénéficiaire de la lettre de change a fait défense au tiré de payer avant la notification.

C- Entre le cessionnaire et le vendeur réservataire

C'est l'hypothèse où des marchandises ont été vendues avec CRP et l'acheteur de ces marchandises a lui même revendu ces marchandises, alors qu'il n'en était pas propriétaire, à un sous acquéreur avant d'avoir réglé le vendeur. Cependant l'acheteur revendeur a cédé le prix de revente des marchandises par voie Dailly, il devient donc cédant. S'il dépose son bilan, il devient acheteur revendeur cédant débiteur. Dans ce cas, la loi permet au titulaire de la CRP d'exercer une action en revendication chez le sous acquéreur du prix de revente, voire des marchandises à condition que le sous acquéreur n'ait pas payé l'acheteur revendeur cédant débiteur. Le cessionnaire Dailly et le vendeur réservataire vont alors se trouver en conflit pour obtenir paiement chez le sous acquéreur. La Cour de cassation donne ici la préférence au vendeur réservataire car elle considère qu'il a été subrogé le jour de la revente par l'acquéreur initial et donc avant la cession de créance Dailly.

1. Partie 2 – Les instruments de paiement

Dans une économie moderne il va de soi que les paiements ne peuvent plus être effectués en espèces. On fait donc intervenir des moyens de paiement, qui font intervenir 3 personnes : créancier débiteur et banquier. Selon l'article L 313-3 du CMF, sont considérés comme moyens de paiement tous les instruments qui permettent de transférer des fonds quelque soit le support ou le procédé technique utilisé. Pendant longtemps le chèque a prévalu. Mais il coûte cher au banquier. On a donc créé les cartes bancaires, et d'autres instruments tels que les TIP (titre interbancaire de paiement), les TUP (titre universel de paiement), les virements.

* + - * 1. Chapitre 1 – Le chèque

Le chèque est un titre par lequel une personne (tireur) donne l'ordre à une banque (tirée) de payer à vue une somme d'argent au profit d'une 3e personne (bénéficiaire). Il s'introduit en France par une loi du 14 juin 1865. Des conventions ont été adoptées, notamment celle de Genève le 11 mars 1931 et un décret loi le 30 octobre 1935. Ces dispositions sont codifiées au sein du CMF.

Une loi du 3 janvier 1972 est venue renforcer les sanctions en matière de chèque sans provision. Cette loi n'a pas été vraiment appliquée. Donc par une loi du 3 janvier 1975 on a modifié la loi précédente dans le but de renforcer le système pour lutter contre les chèques sans provision. Cette loi mettait l'accent sur les obligations du tiré sans pour autant supprimer les sanctions infligées au tireur, qui à l'époque étaient des sanctions pénales. Ces sanctions étant totalement irréalistes tant elles étaient importantes, le législateur est encore intervenu par une loi du 30 décembre 1991 opérant le remplacement de nombreuses sanctions pénales en sanctions civiles mais surtout en sanctions fiscales. Cette loi a également prévu une faculté de régularisation mais il reste que le phénomène des chèques sans provision se révèle sans cesse croissant (et qui s'accentue avec la crise actuelle).

Le chèque est avant tout un moyen de paiement mais il reste que ce paiement n'est pas garanti pour le bénéficiaire. Dès lors que le chèque est sans provision, il restera impayé et le créancier ne recevra pas le paiement promis. Afin de lutter contre les fraudes et notamment les fraudes fiscales, le législateur a décidé en 1978 de modifier l'article L 131-71 du CMF en imposant que les formules de chèque soient barrées d'avance et rendues par une mention expresse non endossable sauf au profit d'une banque, d'un établissement de crédit, d'une caisse d'épargne ou d'un établissement assimilé.

Le paiement par chèque peut être refusé par un créancier. En effet l'article L 131-15 du CMF précise que toute personne qui remet un chèque en paiement doit justifier de son identité au moyen d'un document officiel portant sa photographie. Le créancier peut refuser le chèque dès lors que le tireur ne justifie pas de son identité. Parfois cependant le législateur impose le paiement par chèque (voir l'article L 112-6 du CMF, idem pour les traitements et salaires et le non respect de ces dispositions est sanctionné par une amende fiscale dont le montant est fixé à 5% des sommes indument réglées en numéraire). Ces règles ne s'appliquent pas aux règlements effectués par des particuliers non commerçants. En effet selon l'article L 112-8 al 1 du CMF, ils sont tenus de payer un service ou un bien par chèque pour les sommes dépassant 3000 €. Cette disposition est en parfaite harmonie avec les dispositions fiscales qui prévoient au sein de l'article 1649 du CGI que « tout règlement d'un montant supérieur à 3000 € effectué par un particulier non commerçant en paiement d'un bien ou d'un service doit être réglé soit par chèque, soit par tout moyen inscrit dans la somme au débit d'un compte ». Tous les paiements pour un montant inférieur peuvent donc être payés en espèce dès lors qu'ils lient un particulier à un commerçant. Seuls les particuliers non commerçants n'ayant pas leur domicile fiscal en France peuvent continuer d'effectuer le règlement de tout bien ou service d'un montant supérieur à 3000 € en espèces.

La question s'est posée de savoir ce qu'il advenait du paiement par chèque effectué en période suspecte. La loi prévoit que le paiement par chèque échappe aux nullités de la période suspecte. Mais la personne qui, en connaissance de cause, aura tiré profit de ce paiement (le bénéficiaire) pourra faire l'objet d'une action en rapport.

La remise du chèque se fait par simple tradition. Dès lors, il permet de réaliser un don manuel par la remise du titre au bénéficiaire.

La question s'est posée de savoir si le chèque avait valeur probatoire en cas de contestation du paiement du montant inscrit sur le chèque. Peut-il en cas de litige constituer un commencement de preuve par écrit rendant vraisemblable la créance invoquée par le bénéficiaire à l'encontre du tireur ? La Cour de cassation (Civ1 18 juillet 1995) a estimé que le chèque endossé ou non ne constituait pas un commencement de preuve par écrit. Cela a été jugé en matière civile (en matière commerciale la preuve peut être apportée par tous moyens).

Enfin il convient de déterminer la nature juridique du chèque. La chèque doit être considéré comme un effet de commerce. Cependant, s'il en présente les principales caractéristiques en tant qu'instrument de paiement, il n'est pas en revanche un instrument de crédit. En effet il est interdit de fractionner un paiement par chèque.

Le chèque n'est pas un acte de commerce par la forme. C'est donc l'objet (l'opération qui a causé le chèque) qui lui confèrera sa nature civile ou commerciale. En conséquence, le chèque ne sera commercial que s'il a été créé par un commerçant pour les besoins de son commerce.

Section 1 – Émission du chèque

Le chèque est un titre. Il répond donc à des conditions de fond et de forme.

§1 Conditions de forme

Le chèque est matériellement créé sur une formule détachable d'un carnet à souche, prétendument délivré gratuitement. Le banquier doit se soumettre à certaines vérifications auprès du demandeur : il doit vérifier qu'il n'est pas fiché à la Banque de France (s'il n'a pas créé des incidents bancaires et a fortiori s'il n'est pas interdit bancaire). Dans l'hypothèse où le demandeur est fiché, le banquier a interdiction de délivrer des formules de chèque. Et dans l'hypothèse où il viendrait à être fiché, le banquier a obligation de demander la restitution des formules de chèque.

Le chèque est assimilé à un effet de commerce, il est donc soumis à un lourd formalisme.

A- Les mentions obligatoires

L 131-2 du CMF. Le formalisme est très important. L'article L 131-3 du CMF précise que le titre dans lequel une des énonciations indiquées à l'article L 131-2 fait défaut ne vaut pas comme chèque. Toutefois, il est possible de sauver le chèque par le biais des suppléances légales.

1° Les mentions imprimées

Il existe des formules classiques ou des formules portefeuilles. La question s'est posée de savoir si un chèque rédigé sur papier libre et respectueux des mentions obligatoires vaut comme chèque. En effet, le CMF ne mentionne pas l'exigence des formules délivrées par le banquier ni l'existence de mentions imprimées. La majorité de la doctrine et de la jurisprudence se prononcent pour la validité d'un chèque sur papier libre, sauf dans l'hypothèse où le papier en raison de sa fragilité empêcherait l'encaissement du chèque (il s'agissait en l'espèce d'un chèque rédigé sur du papier toilette).

Les chèques sur papier libre sont donc valables et ils sont notamment particulièrement courants dans les casinos. Le problème est qu'en vertu de l'article 1965 du Cciv, la loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari. En conséquence, les rapports entre le tireur et le bénéficiaire sont donc entachés de nullité pour cause illicite. Toutefois la Cour de cassation a adopté une position nuancée mais contradictoire. En effet, elle admet un tel chèque de casino qui représente une dette de jeu illicite pour la simple et bonne raison que la loi autorise et règlemente ces établissements. En revanche, elle estime qu'un tel chèque est illicite dès lors qu'il est émis pour consentir une avance au joueur et lui permettre de continuer à jouer. En effet dans cette hypothèse la Cour de cassation estime que ce chèque est illicite car il représente une dette qui se rapporte à des prêts consentis pour alimenter le jeu et qui ont donc une cause illicite. Les juges peuvent ainsi rejeter l'exception de jeu s'ils relèvent qu'il n'y a pas eu prêt mais simple accord de commodité. Par ailleurs les clauses incluses dans les conventions de compte bancaire selon lesquelles le client s'oblige à utiliser les formules de chèque délivrées par le banquier sont inopérantes. En effet, si elles sont valables entre les parties, elles sont inopposables aux tiers en vertu de l'effet relatif des contrats.

La banque tirée sera donc obligée de payer le chèque qui se présentera à elle. Le risque pour le tireur qui commet une faute en ne respectant pas ses obligations contractuelles est de voir le banquier lui retirer son chéquier. Mais le retrait des instruments de paiement doit être justifié.

L'article L 131-2 du CMF impose quant à lui le respect de plusieurs mentions obligatoires.

* la dénomination « chèque » sur le titre dans la langue employée pour la rédaction du titre
* le mandat pur et simple de payer une somme déterminée (le chèque ne doit avoir ni conditions, ni réserves), la somme ne peut être assortie d'intérêts (car le chèque n'est pas un instrument de crédit mais un instrument de paiement), à cet égard l'article L 131-8 du CMF répute non écrite toute stipulation d'intérêts sur le chèque
* le nom du tireur, et en général l'adresse de son domicile
* l'indication du lieu où le paiement va s'effectuer
* le lieu de domiciliation (le banquier du tireur, l'agence de paiement)
* le numéro de compte, à défaut le chèque n'en reste pas moins valable semble-t-il

2° Les mentions manuscrites

* la signature du tireur, elle doit être faite à la main ; en principe la banque est censée comparer les signatures qui figurent sur les chèques avec la signature qui a été déposée par le titulaire du compte lors de l'ouverture de celui ci. En 2006, le législateur a autorisé la signature des effets de commerce par des procédés non manuscrits (griffe) mais qui ne s'appliquent pas au chèque. Toutefois, lorsqu'il existe une convention entre le tireur et sa banque, la signature par griffe peut être admise
* le montant de la somme à payer (L 131-10 du CMF : impose qu'elle soit inscrite en chiffres et en lettres, en cas de contradiction la somme en lettres est retenue, en cas de plusieurs montants c'est la plus faible des sommes qui sera retenue)
* la date et le lieu d'émission. Si le lieu n'est pas précisé, on lui supplée le lieu inscrit à côté du nom du tireur. De même la date peut être inscrite de n'importe quelle manière du moment qu'elle précise le jour le mois et l'année. Elle permet d'apprécier la capacité et les pouvoirs du tireur au moment de l'émission. Elle porte ainsi le point de départ du délai de présentation et du délai de prescription. En outre c'est à cette date en principe que s'opère le transfert de provision ; en conséquence un chèque non daté est nul. Par ailleurs la fausseté de la date n'est pas sanctionnée par la nullité. Ainsi un chèque post daté n'est pas nul. Cette pratique est souvent fréquente car elle permet d'empêcher la présentation immédiate du chèque, ce qui permet au tireur de se constituer provision ou bien d'obtenir un crédit. La loi a donc trouvé une autre sanction que la nullité : selon l'article L 133-31 al 2 du CMF, le chèque présenté au paiement avant le jour indiqué comme date d'émission est payé le jour de sa présentation. Cela suppose que le chèque post daté est tout à fait valable. Néanmoins des sanctions pénales peuvent être prononcées en matière de faux, des sanctions civiles en matière de crédit à la consommation, ou encore des sanctions fiscales (6% du montant du chèque). En ce qui concerne les chèques anti-datés, ils sont valables, les sanctions sont les mêmes. L'intérêt est de faire croire qu'au moment de l'émission on était encore en crédit sur le compte. Ces chèques se rencontrent généralement chez les tireurs en difficulté financière qui veulent faire échapper aux nullités de la période suspecte et notamment à l'action en rapport le chèque en l'anti-datant.

B- Les mentions facultatives

* Le nom du bénéficiaire

Il est possible que le chèque comporte plusieurs noms de bénéficiaires. En cas de désignation alternative, le paiement pourra être effectué par le tiré pour tous les bénéficiaires ou pour l'un d'entre eux avec l'accord des autres. La banque qui créditerait le compte d'un des bénéficiaires sans avoir obtenu l'accord des autres s'expose à voir sa responsabilité engagée en raison de sa faute. Si le nom du bénéficiaire est absent, le porteur peut inscrire son nom en tant que tel.

* La clause de non endossement

En principe les banques inscrivent sur leurs formules de chèques la mention non transmissible par voie d'endossement [...]. Cette mention est facultative, l'article L 131-71 du CMF précisant qu'il peut être délivré des formules de chèques barrés d'avance et rendues par une mention expresse du banquier non transmissibles par voie d'endossement. La transmission ne se fait plus par endossement mais par tradition.

* Le barrement du chèque

Il est prévu aux articles L 131-44 et L 131-46 du CMF. Le chèque barré ne peut être payé par le tiré qu'à un banquier, ou un client du tiré. Théoriquement facultatif, le barrement du chèque est désormais la règle. Il est interdit de le biffer.

* L'aval

Selon l'article L 131-28 du CMF, le paiement du chèque peut être garanti pour tout ou partie de son montant. Cette garantie est extrêmement rare en pratique. L'aval peut être donné sur le chèque ou sur une allonge, ou encore par acte séparé. Il est exprimé par les mots bon pour aval, ou toute autre formule équivalente, et signé par l'avaliste. Il doit indiquer le nom de celui pour le compte duquel il a été donné, à défaut il est réputé donné pour le tireur.

* La clause de retour sans frais

§2 Les conditions de fond

A- Les différents intervenants

Pour pouvoir être tireur et bénéficiaire, il faut être titulaire d'un compte bancaire. Le banquier n'est jamais obligé d'ouvrir un compte. Cependant compte tenu de l'importance pratique des comptes, l'article L 312-1 du CMF indique que toute personne physique résidant en France dépourvue d'un compte de dépôt a droit à l'ouverture d'un tel compte dans l'établissement de crédit de son choix auprès des services financiers de la poste ou du trésor public.

Au moment de l'ouverture, le banquier doit procéder à des vérifications obligatoires : le domicile du futur client (c'est pourquoi on demande une quittance de loyer, une quittance d'électricité), son identité. Toutefois le banquier n'est pas obligé de délivrer tous les instruments de paiement. En effet l'article L 131-71 du CMF précise que tout banquier par décision motivée peut refuser de délivrer au titulaire d'un compte les formules de chèque autres que celles qui sont remises pour un retrait de fond par le tireur auprès du tiré ou pour une certification.

1° Le tireur

C'est celui qui prend l'initiative de la création du titre en vue de sa remise à un tiers dont il se reconnaît débiteur afin d'éteindre sa dette par ce paiement. Le chèque pourra représenter éventuellement une donation (nécessité de le déclarer selon le montant auprès des services fiscaux). L 131-67 du CMF : la remise d'un chèque en paiement accepté par le créancier n'entraîne pas novation. En conséquence la créance originaire subsiste avec toutes ses garanties jusqu'à ce que le chèque soit payé. Le débiteur ne sera valablement libéré qu'au paiement réel du chèque.

L'émission d'un chèque est un acte juridique qui par conséquent requiert des conditions préalables comme tout acte juridique.

a- Consentement

Il doit être donné à l'émission du chèque. Or il existe parfois des situations où le consentement n'a pas été donné : vol, falsification.

* Le vol

Le voleur en émettant le chèque n'a pas pu revêtir celui ci de la signature du tireur. Dès lors le titre ne peut pas constituer un chèque au sens de l'article L 131-2 du CMF. En effet cette mention essentielle qu'est la signature du tireur faisant défaut, le chèque est nul. Le chèque est donc dans cette hypothèse considéré comme faux dès l'origine. Néanmoins si le banquier a payé le chèque (majorité des cas), la jurisprudence considère que le banquier est dépositaire et donc qu'il a payé sur un faux ordre. En conséquence il n'a pu se dessaisir des fonds puisqu'il n'a jamais reçu d'ordre de payer. Il n'est donc pas libéré à l'égard de son client même si le faux était indécelable. Cette solution est certes sévère pour le banquier mais se trouve justifiée au regard des règles régissant le contrat de dépôt. On peut voir un exemple de responsabilité sans faute à l'égard du banquier. Toutefois il est possible pour le banquier de s'exonérer de cette responsabilité en établissant la preuve d'une négligence fautive de son client. Ainsi, s'il parvient à prouver que son client n'a pas apporté à la surveillance de ses formules de chèques la diligence nécessaire, ou qu'il n'a pas contrôlé ses relevés bancaires, il pourra éventuellement être relevé de sa responsabilité. Le banquier pourra alors se libérer en engageant la responsabilité du commettant sur le fondement de 1384 al 5 du Cciv. Encore faut-il que le client ait eu un comportement fautif, et la Cour de cassation le rappelle en précisant que « lorsque l'établissement du faux ordre de paiement n'a été rendu possible que par la faute du client ou l'un de ses préposés indélicats, le tiré n'est alors tenu que dans la mesure où la preuve de sa faute est rapportée » (Cass 9 juillet 1996, Cass 31 mai 2005).

Parfois la faute du tiré pourra être recherchée puisqu'il a obligation de vérifier l'identité du tireur, à défaut il pourra y avoir partage de responsabilité entre le tireur et le tiré.

* La falsification

Le chèque est valable dès l'origine, mais une fois créé des mentions ont été rajoutées (mentions relatives au montant du chèque, au bénéficiaire). Dans ce cas le banquier tiré est valablement libéré s'il n'a commis aucune faute. En effet, il agit en tant que mandataire qui a reçu l'ordre de son mandant de payer le chèque. Dès lors le titre a une apparente régularité et le tiré sera valablement libéré. En effet l'article L 131-38 du CMF prévoit que celui qui paye un chèque sans opposition est présumé valablement libéré.

b- Capacité

La capacité commerciale n'est pas requise car il ne s'agit pas d'un acte de commerce par la forme. Et donc la capacité du droit commun suffit. Une question peut se poser à propos des majeurs sous l'emprise d'un trouble mental au moment de l'émission du chèque : l'article 489 du Cciv prévoit que pour qu'un acte soit valable, il faut être sain d'esprit, mais c'est à ceux qui agissent en nullité de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte. Dans cette hypothèse le chèque pourra alors être frappé de nullité. Cette nullité sera opposable même au porteur de bonne foi.

L'interdiction bancaire ne protège pas l'interdit (celui ci n'est pas assimilé à un incapable).

Lorsque le majeur est placé sous un régime de protection, l'acte en général sera annulé dans la mesure où il ne peut pas agir sans son tuteur ou son curateur et dans la mesure où les actes qui lui sont préjudiciables pourront être rescindés pour lésion (ou réduits en cas d'excès). Les chèques se trouvent visés par ces dispositions.

Le mineur n'a pas la capacité civile et ne peut pas a priori émettre un chèque. Les banques peuvent délivrer avec autorisation des parents des instruments de paiement. Le mineur émancipé ayant pleine capacité civile pourra se voir délivrer tout instrument de paiement.

c- Pouvoirs

Il faut distinguer selon que le compte a un ou plusieurs titulaires.

* Le compte n'a qu'un seul titulaire

Le titulaire peut donner procuration à un tiers (le nom du mandataire ne figure pas sur le chéquier). La situation est fréquente en pratique (ex : le dirigeant de la personne morale, enfants vis à vis de leurs parents). Ce mandat est révocable à tout moment et la révocation ne produira ses effets qu'à compter de la notification au tiré. Dans ce cas le mandataire agirait alors sans pouvoir, et engagerait sa propre responsabilité conformément à l'article L 131-12 du CMF. Le mandant de son côté ne serait plus tenu des sommes ainsi débitées sur le compte par le mandataire.

Il va de soi que si le banquier paye alors qu'il a eu connaissance de la révocation du mandat ou du dépassement de pouvoir, ce paiement n'est pas libératoire.

Pour les époux la situation se trouve réglée par les dispositions afférentes aux régimes matrimoniaux. En effet selon l'article 221 du Cciv, chaque époux peut se faire ouvrir un compte sans le consentement de l'autre. Dans ce cas, à l'égard du dépositaire (le banquier), le déposant est réputé avoir la libre disposition des fonds.

En procédure collective, la question est de savoir si les pouvoirs du tireur n'ont pas été modifiés dans le cadre de la procédure. Le tireur peut en effet être totalement dessaisi, voire en interdit bancaire.

* Le compte a plusieurs titulaires

Cas des comptes joints.

Si le compte est indivis (assez rare), il faudra l'accord de tous les indivisaires pour émettre un chèque.

Si le compte est simplement joint, chaque co-titulaire a le pouvoir de faire fonctionner le compte et d'émettre des chèques. Chaque titulaire peut disposer librement de la totalité des fonds. C'est une des principales applications de la solidarité active. En cas de solde débiteur, le banquier s'adresse à n'importe lequel des co-titulaires.

2° Le tiré

a- Personnes habilitées

A l'origine toute personne pouvait avoir la qualité de tiré. Cependant le décret loi de 1935 a décidé que le chèque ne pouvait être tiré que sur une banque ou un établissement assimilé (L 131-4 du CMF). L'idée est que le tiré doit être solvable. A cet égard la banque ne pourra pas avoir à la fois la qualité de tireur et la qualité de tiré. Il existe cependant une exception : les chèques de banque. En conséquence, un chèque tiré sur une personne non mentionnée dans l'énumération de l'article L 131-4 du CMF serait nul, et son tireur s'expose à une amende fiscale s'élevant à 6% du montant du chèque.

b- Rôle du tiré

Il joue un rôle essentiel car c'est lui qui paye le chèque. En revanche il ne peut jamais accepter de chèque (au sens du droit cambiaire), en effet une mention d'acceptation sur le chèque est réputée non écrite. En effet, alors qu'en matière de lettre de change l'acceptation crée une présomption de provision, en matière de chèque en revanche, la provision doit exister dès l'émission du chèque. Ce qui signifie que lorsque le porteur porte le chèque à l'encaissement, c'est pour être payé, et il est en principe déjà propriétaire de la provision. Toutefois, la pratique bancaire a développé des techniques d'engagement du tiré qui, sans aller jusqu'à l'acceptation, garantissent dans une certaine mesure l'existence de la provision (visa ou certification).

* Visa

Le visa est peu utilisé car son effet est limité. L'article L 131-5 du CMF ne fait que constater l'existence de la provision à la date où le visa est donné. En conséquence il n'a pas pour effet d'immobiliser la provision au profit du porteur et ne crée donc pas à l'encontre du banquier un devoir de blocage de la provision.

* Certification

L 131-14 du CMF : beaucoup plus efficace que le visa. Elle a pour rôle de bloquer la provision au profit du porteur jusqu'à l'expiration du délai de présentation du chèque fixé par l'article L 131-32 du CMF (8 jours à compter de l'émission). Au delà de ces 8 jours le banquier n'est plus responsable et la garantie expire. La demande de certification émane soit du porteur soit du tireur. En la forme, le chèque comporte la mention « chèque certifié », la somme, la désignation du tiré, la date et la signature du tiré.

c- Devoirs du tiré

Ces obligations se trouvent essentiellement énoncées aux articles L 131-81 et suivants du CMF. Le tiré est tenu de payer le chèque dans la mesure de la provision disponible. L'article L 131-82 du CMF prévoit à cet égard que le tiré doit payer nonobstant l'absence, l'insuffisance ou l'indisponibilité de la provision tout chèque établi sur une de ses formules dont le montant est inférieur ou égal à 15 euros, dès lors qu'il est présenté dans le délai de 1 mois à compter de son émission. Le fondement de cette obligation serait une convention portant ouverture de crédit irrévocable, consentie par le tiré au profit du tireur dès lors qu'il lui délivre des formules de chèques. Donc dans l'hypothèse où un découvert autorisé serait dépassé, le banquier serait fondé à refuser de payer tous les chèques dont le montant est supérieur à 15 euros, mais pas ceux qui seraient inférieurs à ce montant.

3° Le bénéficiaire

a- Capacité

Le bénéficiaire doit avoir la capacité de recevoir un paiement. Un mineur non émancipé ou un majeur en tutelle ne peuvent être désignés comme tels.

b- Désignation

L 131-6 du CMF. Le chèque peut être nominatif (le nom du bénéficiaire est spécifiquement énoncé), il peut être au porteur (se transmet par tradition), il peut être établi en blanc (on ne mentionne pas le nom du bénéficiaire, il vaut comme chèque au porteur).

Une même personne peut être tireur et bénéficiaire, c'est ce qu'on appelle les chèques à soi même, par exemple on dépose de l'argent d'un compte à un autre (évite un virement, qui entraîne des frais).

c- Conséquence de la remise du chèque

La remise du chèque entraîne le paiement de la dette pour laquelle le chèque a été émis. En réalité ce paiement n'est effectif que lorsque le chèque sera encaissé. Or parfois le chèque est sans provision et reviendra impayé. La remise du chèque laisse subsister la créance du bénéficiaire contre le tireur qui n'est pas libéré.

Le paiement n'est réalisé qu'à la date de l'encaissement.

Un créancier peut refuser un paiement par chèque sauf cas légaux. Cependant, la pratique et la jurisprudence ont consacré des solutions moins rigoureuses quand le débiteur doit s'exécuter dans un certain délai. Ainsi par exemple en matière d'assurance, le point de départ de la garantie a été défini par la jurisprudence au moment de la date de la remise du chèque et non à celle de l'encaissement. En matière fiscale, les pénalités de retard ne sont pas dues quand le chèque a été envoyé à la date limite de paiement (application de la théorie de l'émission). En matière sociale, pour les dettes d'URSAFF on retient la date d'envoi du chèque et non pas l'encaissement du chèque.

B- La provision

Elle n'est pas définie par le Ccom mais elle s'analyse comme la créance du tireur contre le tiré. Quand on tire un chèque, on a une créance vis à vis du banquier dans la mesure où il y a de l'argent sur le compte. Il ne faut pas la confondre avec la créance du bénéficiaire sur le tireur.

Cette somme correspond au montant inscrit sur le chèque, qui doit être à la disposition du tireur chez le tiré. La remise du chèque est censée avoir le même effet que la remise d'espèces. C'est la raison pour laquelle le bénéficiaire acquiert immédiatement des droits sur la provision.

Mais pour que ces règles soient respectées, le banquier va jouer un rôle de gendarme dans l'hypothèse d'absence de provision et il devra infliger des sanctions.

1° Obligations du tireur relatives à la provision lors de l'émission du chèque

Le tireur doit s'assurer qu'il dispose au moment de l'émission du chèque d'une provision suffisante mais préalable, disponible, certaine et liquide.

a- Préalable

Le chèque est un effet de commerce payable à vue, c'est pourquoi la provision est exigée dès l'émission du chèque. En cas d'envoi du chèque, l'émission se réalise avec l'envoi. Ces exigences sont beaucoup plus théoriques que pratiques. Ainsi par exemple si le salaire est viré sur le compte le 29 de chaque mois, à compter du 27 on peut commencer à signer des chèques. L'absence de provision préalable ne peut être sanctionnée. C'est le refus de payer par le banquier tiré qui va concrétiser cette absence de provision préalable.

b- Certaine

Une créance éventuelle ou assortie de conditions ne saurait être constitutive de provision. La provision se caractérise donc par un dépôt de fonds chez le banquier, la remise d'effet de commerce à l'escompte, l'octroi d'un crédit par le banquier (découvert autorisé, crédit revolving, prêt, facilité de caisse). Un problème s'est posé avec les facilités de caisse régulièrement renouvelées : le banquier consentait à honorer des effets alors que le tireur n'avait pas de crédit, mais sans l'avertir. Cass : il convient de faire une moyenne et de ne pas tenir compte des pics de découvert.

c- Disponible et liquide

La provision doit être disponible : elle doit être maintenue sur le compte jusqu'à l'encaissement du chèque ou jusqu'à l'expiration du délai de prescription. Elle a donc un caractère irrévocable. En conséquence il est interdit de retirer la provision ou de la bloquer après l'émission du chèque.

Lorsque le tireur a plusieurs comptes chez le banquier tiré, certaines difficultés peuvent apparaître. Le banquier peut-il tenir compte des soldes créditeurs, la provision consiste-t-elle dans le solde global du tireur ou seulement dans le solde du compte chèque utilisé ? La jurisprudence de façon rigoureuse (Cass Com 14 avril 1975) s'est prononcée pour l'indépendance des comptes.

La provision doit être liquide, il doit s'agir d'une somme d'argent.

2° Les droits du bénéficiaire sur la provision

La remise du chèque fait acquérir au bénéficiaire un droit de propriété sur la provision. La solution est donnée par l'article L 131-20 du CMF qui précise que l'endossement transmet tous les droits du chèque et notamment la propriété de la provision. La créance contre le tiré quitte le patrimoine du tireur pour entrer dans celui du porteur. La solution est particulièrement avantageuse pour le porteur. En effet, peu importe les événements qui vont affecter le tireur dès lors qu'ils surviennent après l'émission. Ainsi, l'incapacité du tireur, le décès du tireur, une procédure collective ouverte à l'encontre du tireur n'affectent en rien les droits du porteur. Cela signifie que le porteur va pouvoir encaisser le chèque dès lors qu'il prouve que l'émission est antérieure à l'événement.

Dans le cas d'une procédure collective, il arrive que des chèques soient antidatés pour favoriser un créancier. Mais cela est difficile à prouver (faisceau d'indices) donc généralement les chèques sont honorés (sauf à être soumis à une action en rapport quand on prouve que le bénéficiaire avait connaissance de l'état de cessation des paiements du tireur).

Le preneur acquiert plus de droits que le tireur. Il bénéficie en effet de la règle d'inopposabilité des exceptions. Le tiré ne peut pas invoquer ses rapports personnels avec le tireur pour refuser de payer le porteur. Les droits du porteur reposent essentiellement sur l'honnêteté du tireur et sa crainte d'être sanctionné pour chèque sans provision.

3° Les sanctions du chèque sans provision

L'un des inconvénients essentiels du chèque réside dans le nombre d'incidents de paiement dus à une absence de provision. A l'origine, le chèque sans provision était pénalement réprimé. Il s'agissait d'un délit susceptible d'entraîner l'emprisonnement de celui qui avait émis le chèque sans provision. C'est la raison pour laquelle le législateur a décidé, face à l'inefficacité des sanctions pénales, de supprimer le délit spécifique de chèque sans provision en 1991. L'originalité de la loi de 1991 ne réside pas seulement dans la dépénalisation du chèque, mais aussi dans le rôle confié au banquier tiré qui devient une sorte de collecteur d'impôt. Ce rôle est à la fois préventif et répressif. En effet, le banquier tiré doit procéder à des vérifications préalables à la remise des formules de chèque. En outre, l'article L 131-72 du CMF interdit au banquier de délivrer des formules de chèque au titulaire du compte tant qu'il n'a pas régularisé sa situation.

a- Le rôle du banquier tiré

Dans l'hypothèse où le banquier tiré constate l'émission d'un chèque sans provision, il doit alors envoyer une lettre d'injonction. L'article L 131-73 du CMF enjoint le banquier à demander au titulaire du compte de restituer au banquier émetteur de la lettre mais aussi à tous les autres banquiers où le tireur a un compte toutes les formules de chèques ainsi que celles détenues par son ou ses mandataires. Il va de soi que cette mesure n'affecte que les chèques de paiement, mais pas les chèques de retrait de fonds ni les chèques certifiés (sur le compte du tireur arrivent quand même des virements, tels que salaires etc, donc il peut disposer de chèques établis par la banque).

Une loi du 11 décembre 2001 est venue modifier l'article L 131-73 du CMF. Désormais le banquier est tenu d'informer préalablement le tireur sur les conséquences de l'absence de provision avant de refuser de payer. Une fois cette information faite, le paiement peut être refusé. Pour les chèques d'un montant inférieur à 50 euros, un décret est venu plafonner les intérêts bancaires à 30 euros en cas de chèque sans provision.

Les frais sont censés couvrir la facturation de l'envoi de la lettre d'injonction ainsi que les différentes commissions d'incidents. Dans le cas d'un compte collectif, faut-il frapper tous les titulaires du compte ou seulement la personne qui a émis le chèque ? L'article L 131-80 du CMF règle la question : dans cette hypothèse un des titulaires peut être désigné d'un commun accord et devenir le bouc émissaire. C'est donc lui qui connaîtra l'interdiction bancaire, tant sur le compte visé que sur ses autres comptes. En revanche les co titulaires ne seront interdits que sur le compte sur lequel le chèque sans provision a été émis. La loi de décembre 1991 avait prévu une interdiction de 10 ans. La loi de 2001 atténue en la portant à 5 ans.

Après la lettre d'injonction le banquier doit déclarer l'incident à la Banque de France. En effet, dès lors que le banquier constate un refus de paiement pour défaut de provision, procède à une clôture de compte, ou encore enregistre une opposition pour perte ou vol, il doit en aviser la Banque de France. Celle ci informe alors les établissements dans lesquels le titulaire du compte a des comptes. Dans l'hypothèse où le tireur voudrait ouvrir un compte ailleurs, l'interdiction bancaire l'en empêcherait.

En cas de dysfonctionnement du mécanisme de l'interdiction, une contestation peut être faite par le tireur, si cette interdiction a été faite à tord par le tiré. Le tiré doit alors demander à la Banque de France l'annulation de l'interdiction. Si le tiré estime qu'il n'a pas fait d'erreur, le litige est porté devant le tribunal civil. Mais ce recours n'a pas d'effet suspensif. C'est la raison pour laquelle le tireur a plutôt tendance à saisir le juge des référés afin qu'il suspende l'interdiction lorsqu'il existe une contestation sérieuse.

b- La situation du tireur

Le tireur a une possibilité de régulariser la situation, pendant toute la durée de l'interdiction. L'idée du législateur est qu'en réalité il ne faut pas pénaliser les tireurs négligents ou imprudents. Le titulaire du compte retrouve ainsi la possibilité d'émettre des chèques lorsqu'il justifie suite à l'injonction de deux choses. D'une part il doit justifier avoir réglé le montant du chèque impayé (soit il va directement voir le bénéficiaire du chèque et le paye par un autre mode de paiement, soit il a remis la provision sur le compte afin que le bénéficiaire puisse présenter à nouveau le chèque en paiement). L'article L 131-74 du CMF précise que tout versement effectué par le tireur est affecté en priorité à la constitution d'une provision suffisante pour honorer le chèque. D'autre part il faut payer une pénalité libératoire, qui s'élève à 22 euros (s'ajoutant aux 30 euros vu précédemment) par tranche de 150 euros du montant du chèque. Pour les petits chèques, la loi prévoit une pénalité de 5 euros pour les chèques d'un montant inférieur à 50 euros.

Par ailleurs il faut distinguer si le tireur a déjà eu des incidents de paiement dans l'année qui précède l'incident constaté. Si aucun incident n'est survenu l'année précédente, dans ce cas et par exception la pénalité n'est pas due si le titulaire ou son mandataire n'ont pas eu d'incidents et s'ils justifient avoir réglé l'impayé dans les deux mois de l'injonction. S'il s'agit d'un récidiviste, le montant de la pénalité libératoire est double (44 euros par fraction de 150) lorsque le titulaire du compte ou son mandataire a déjà procédé à 3 régularisations dans les 12 mois précédents. Par ailleurs, le titulaire d'un compte à qui il a été notifié une injonction mais qui n'a pas procédé à la régularisation ne pourra à nouveau émettre des chèques qu'après un délai de 5 ans.

Enfin la loi de 1991 a fortement dépénalisé le chèque. Mais il n'en demeure pas moins que certaines infractions pénales subsistent.

* En cas de retrait ou blocage de la provision, dans l'intention de porter atteinte aux droits d'autrui, l'article L 163-2 du CMF prévoit une peine de 5 ans d'emprisonnement et une amende pouvant aller jusqu'à 375 000 €.
* En cas de falsification et de contrefaçon de chèque, l'article L 163-3 du CMF prévoit 7 ans d'emprisonnement et une amende de 750 000 €.

Section 2 – Transmission du chèque

Le chèque ne circule pas puisqu'il est payable à vue. Il s'apprécie donc comme un instrument de paiement. En outre, le barrage du chèque a limité sa transmission par voie d'endossement (uniquement au profit d'un établissement de crédit).

§1 Transmission en propriété

A- Conditions

Les conditions de transmission sont variables selon la nature du chèque. Ces conditions sont prévues au sein de l'article L 131-16 du CMF. La transmission du chèque peut se faire : soit par tradition, soit à une personne dénommée avec une clause non à ordre (le chèque sera cédé selon les modalités de cession de créance civile), soit à une personne dénommée (indication du bénéficiaire) transmis par voie d'endossement (constitué par la signature du bénéficiaire au dos du chèque).

B- Effets

Les effets de l'endossement translatif de propriété sont similaires à ceux prévus en matière de lettre de change. Il transmet à l'endossataire tous les droits résultant du chèque, à savoir :

* transfert de la propriété de la provision (dans l'hypothèse d'une procédure collective ouverte à l'encontre du tireur, il conviendra d'honorer le chèque dès lors qu'il aura été émis avant l'ouverture de la procédure),
* règle d'inopposabilité des exceptions (article L 131-25 du CMF, en conséquence le porteur de bonne foi va se trouver investi d'un droit purgé des vices qui pouvaient affecter le titre et qui étaient opposables au tireur),
* tous les endosseurs sont solidairement responsables du paiement du chèque.

§2 Transmission pour encaissement

Il s'agit d'un endossement par procuration. C'est l'hypothèse selon laquelle le client transmet à sa banque un chèque dont il est bénéficiaire pour qu'elle en assure le recouvrement.

A- Conditions

L'endossement est caractérisé par une mention qui indique un mandat d'encaissement. Le plus souvent la banque se contente de demander une signature du chèque au dos. En réalité cette attitude n'est pas neutre, cette simple signature qui ne se distingue pas de celle précédemment étudiée (endossement par propriété) peut permettre au banquier de choisir la solution la plus avantageuse en cas de difficulté. Ainsi par exemple, si le client dépose le bilan après l'endossement, la banque soutiendra qu'il s'agit d'un endossement translatif de propriété et qu'elle est devenue propriétaire de la propriété de la provision. La preuve est cependant délicate à apporter, et le problème se complique car le banquier en général crédite le compte avant même d'avoir encaissé le chèque. Or en créditant le compte, cela signifie qu'il accorde un crédit à son client même à très court terme et que ce crédit sera remboursé par l'encaissement du chèque.

B- Effets

L'endossement pour encaissement n'est pas translatif de propriété du chèque. Le banquier endosseur n'est donc qu'un simple mandataire. Il n'est donc pas propriétaire de la provision. En tant que mandataire, le banquier endosseur est responsable même de ses fautes légères conformément aux dispositions de l'article 1192 du Cciv. Dès lors, le banquier pourra voir sa responsabilité engagée et être condamné à verser des dommages intérêts.

Section 3 – Le paiement et les recours faute de paiement

§1 La présentation et le paiement du chèque

A- La présentation

1° Le délai

Le chèque est payable à vue et toute mention contraire est réputée non écrite. Aussi l'article L 131-32 du CMF précise que le chèque émis et payable en France doit être présenté dans les 8 jours à compter de son émission. La question qui se pose est celle de savoir ce qu'il advient en cas de présentation hors délai. Si le délai est écoulé, le tiré est obligé de payer s'il a la provision. Mais le porteur négligent perd ses recours cambiaires contre les signataires du chèque.

2° Lieu de présentation

Le chèque doit être présenté au paiement au lieu indiqué sur le titre. Mais cette présentation se fait en réalité en chambre de compensation. L'article L 131-34 du CMF précise que la présentation à une chambre de compensation équivaut à la présentation au paiement.

3° Vérification

Le chèque est payable au porteur légitime. Si le titre est à une personne dénommée, le banquier doit vérifier l'identité du présentateur. Si le titre est au porteur, il doit payer à tout présentateur. Le banquier doit surtout vérifier la régularité du chèque (montant en chiffres qui correspond au montant en lettres, signature du tireur). La question se pose de savoir quand le banquier engage sa responsabilité en cas de chèque falsifié. Lorsque la falsification est facilement décelable (rature, surcharge, encre différente...) le banquier doit vérifier l'identité et il peut refuser le chèque. En revanche si l'apparence ne démontre pas la falsification, on ne saurait engager la responsabilité du banquier.

B- Le paiement

1° En absence d'opposition

Si le chèque n'est pas frappé d'opposition, le banquier est tenu de payer dans la mesure où il y a provision sur le compte. Si la provision n'est que partielle, il doit payer partiellement le chèque. Dans cette hypothèse il rajoute une mention sur le titre (il s'agit d'un incident de paiement), on renvoie le chèque au bénéficiaire qui pourra exercer ses recours pour le solde qui n'aura pas pu être payé. Normalement le paiement s'effectue en numéraire (par inscription au crédit du compte du bénéficiaire après compensation entre le banquier tiré et le banquier présentateur).

2° Le tiré a reçu une opposition

L'opposition est un ordre donné au tiré de ne pas payer le chèque qui émane du tireur. Elle se fait par téléphone mais doit être confirmée par écrit. Et le banquier doit informer le tireur des sanctions encourues pour une opposition en dehors des cas légaux. En effet la loi ne prévoit que 4 hypothèses d'opposition sur un chèque (article L 131-35 du CMF) :

* la perte
* le vol
* l'utilisation frauduleuse du chèque
* le redressement ou la liquidation judiciaire du porteur (l'idée est d'éviter que le porteur n'encaisse la somme et ne parte avec, l'argent est réservé à l'entreprise).

L'opposition faite pour un autre motif que ces 4 hypothèses est interdite. Et le tireur qui s'est volontairement dessaisi d'un chèque au profit d'un tiers ne pourra pas invoquer qu'il a été victime d'une escroquerie, d'un dol ou tout simplement d'un achat qu'il regrette.

Si malgré tout le tireur fait opposition, le juge des référés pourra à la demande du porteur ordonner la main levée judiciaire de l'opposition.

L'opposition si elle est valable produit alors des effets : le tiré qui est avisé de l'opposition n'a pas à s'en faire juge. Il ne doit donc pas payer le chèque, à défaut il engage sa responsabilité civile. Il devra rembourser la somme au tireur. Le banquier est tenu de bloquer la provision du chèque litigieux, ainsi la provision est immobilisée jusqu'au dénouement de l'affaire.

§2 Défaut de paiement et recours

A- Constatation du défaut de paiement

La plupart du temps c'est une certification bancaire de non paiement qui est établie, gratuitement à la demande du porteur. Cette contestation est transmise à la Banque de France.

B- Les recours

Il existe des recours cambiaires à condition que le chèque soit présenté à l'encaissement dans les 8 jours. Ces recours sont perdus en cas de négligence ou de prescription. L'action du porteur contre le tireur se prescrit par un délai de 6 mois qui court à compter de l'expiration du délai de présentation (8 jours).

* + - * 1. Chapitre 2 – La carte bancaire

Aujourd'hui de plus en plus de paiements se font par carte, et les banquiers incitent de plus en plus à ce mode de paiement. Les banques ont ainsi élaboré leur système de carte bancaire et le premier grand réseau a été le réseau carte bleue, organisé en GIE. Ultérieurement a suivi le réseau mastercard. La loi du 30 décembre 1991 a inséré un nouvel article (L 132-1 du CMF) qui distingue les cartes de paiement et les cartes de retrait. Ces cartes sont également des cartes de crédit.

Section 1 – Les différentes cartes

La classification des cartes consiste à les distinguer d'après leur fonction. C'est la raison pour laquelle l'article L 132-1 du CMF distingue d’un côté les cartes de paiement qui visent toutes les cartes émises par un établissement de crédit et qui permettent à leur titulaire de retirer ou de transférer des fonds, et d’un autre côté les cartes de retrait qui permettent uniquement de retirer des fonds. Cette définition donnée par les textes est insuffisante dans la mesure où elle néglige l'aspect crédit que confèrent certaines cartes. En réalité, les cartes remplissent 3 fonctions, voire 4 pour les plus sophistiquées.

* Le retrait de fonds (permettre d'utiliser les Distributeurs Automatiques de Billets, ou les Guichets Automatiques de Billets)
* Le paiement (le banquier s'engage à payer les fournisseurs qui deviendront créanciers du titulaire de la carte du fait de l'utilisation de celle ci ; cependant le débit peut être immédiat ou différé)
* Le crédit (permettre au porteur de la carte de bénéficier d'un revolving : une ligne de crédit permanente qui se reconstituera automatiquement au fur et à mesure des remboursements ; l'intérêt pour les fournisseurs est la certitude d'être payés, même en cas de défaillance du porteur de la carte)
* L'assistance (associer de l'assurance au crédit)

Section 2 – Le mécanisme de la carte

Il s'agit d'une opération triangulaire : fournisseur, émetteur de la carte, porteur. Préalablement, le fournisseur conclut un contrat avec la banque émettrice de la carte. Le porteur conclut également un contrat avec le banquier émetteur.

§1 Le cadre contractuel

L'utilisation des cartes dans leur double fonction de paiement et de crédit est à l'origine d'un double contrat entre fournisseur / banque (contrat fournisseur) et porteur / banque (contrat adhérent).

A- Le contrat adhérent

1° Droits et obligations de l'émetteur

Ce contrat est conclu intuitu personae. Le client formule donc une demande d'adhésion, et en général les clauses ne sont pas discutables. Le contrat n'est formé qu'après acceptation du dossier par l'émetteur. L'émetteur se réserve le droit de modifier unilatéralement les clauses contractuelles. Cette modification vise à s'adapter tantôt à l'évolution technologique, tantôt aux besoins du client, tantôt encore au profil de celui ci. L'émetteur s'engage à régler les dépenses effectuées sur présentation de la carte. Jusqu'à concurrence d'un certain montant, il garantit le paiement. Au delà, il agit comme un mandataire chargé d'effectuer des règlements pour le compte du titulaire. Lorsque la carte permet d'accéder à des crédits, il convient de respecter les dispositions du Cconso (délai de réflexion). Le contrat est en général conclu pour une durée d'un an, renouvelable ensuite tacitement.

2° Droits et obligations du titulaire de la carte

Le titulaire de la carte ne doit utiliser celle ci que pour des besoins personnels et ceux de sa famille. Il verse en principe une cotisation annuelle, prélevée de façon automatique sur son compte. Le titulaire de la carte bancaire a obligation de la signer au dos et d'utiliser la carte conformément à son usage (conformément aux clauses du contrat). La carte ayant pour support un compte, il va de soi que les titulaires de ce compte sont solidairement et indivisiblement responsables des conséquences financières résultant de la responsabilité du titulaire de la carte. La question de cette solidarité est susceptible de se poser dans deux hypothèses : d'une part la carte dite de société (carte qui désigne nommément une personne physique mais dont les dépenses sont réglées par la personne morale qui est titulaire du compte), dans ce cas il y a engagement solidaire entre la personne morale et la personne physique, ainsi le dirigeant est codébiteur solidaire des engagements souscrits par la personne morale ; d'autre part le compte joint, les co titulaires du compte sont alors solidairement responsables des conséquences financières de l'action du titulaire de la carte. En effet le titulaire de la carte a une obligation de prudence vis à vis de celle ci et il est responsable de l'utilisation et de la conservation de sa carte.

Enfin, le client doit s'assurer avant tout retrait d'espèces qu'il dispose d'un solde suffisant et disponible.

B- Le contrat fournisseur

Il s'agit du contrat commerçant (contrat conclu intuitu personae, car la banque se réserve le droit d'agréer ou non le commerçant). Le contrat est conclu pour une durée d'un an, renouvelable par tacite reconduction. Une clause permet aux deux parties de mettre fin au contrat sans justification ni préavis par LRAR.

Les conditions du contrat peuvent être modifiées unilatéralement par la banque, sous réserve d'un délai laissé au commerçant pour résilier son adhésion. Le fournisseur s'engage alors à faire honneur à toutes les cartes qui lui seront présentées et à payer à son banquier une commission sur tous les paiements effectués par carte.

Le banquier s'engage à mettre à disposition du matériel de paiement électronique (le terminal) et à régler les factures. A cet égard dans la mesure du montant garanti, il assume un engagement personnel et irrévocable auquel il ne peut se soustraire en invoquant le défaut de provision ou l'insolvabilité du client. En revanche, au delà du montant garanti (prévu au contrat), il ne paye que sous réserve de bonne fin d'encaissement auprès de son client. Il ne fait donc que consentir une avance au fournisseur sur les factures remises à l'encaissement.

§2 Le paiement

A- Le paiement sur présentation de la carte

Le paiement par carte repose sur une technique de mandat. La matière étant essentiellement conventionnelle, aucun formalisme n'est imposé en ce qui concerne l'ordre de paiement. S'agissant d'un ordre de paiement, celui ci doit être donné par le titulaire de la carte, soit de façon manuscrite, soit de façon informatique (taper le code confidentiel), soit de façon dictée (achats par internet ou téléphone). Toutefois, le porteur légitime pourra apporter la preuve qu'il n'est pas le donneur d'ordre et qu'il n'a commis aucune négligence.

Conséquences du principe d'irrévocabilité du paiement : inopposabilité des exceptions (la banque émettrice doit rester étrangère à tout conflit qui pourrait naître entre le titulaire de la carte et le fournisseur, le titulaire ne peut pas invoquer un litige pour refuser de rembourser le paiement effectué par la banque), limitation des oppositions. Toutefois l'article L 132-2 du CMF permet au titulaire de la carte de faire opposition au paiement en cas de perte, de vol, d'utilisation frauduleuse de la carte (ou de ses données), ou encore en cas de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire du bénéficiaire. L'opposition est également possible si le paiement litigieux a été fait sans support matériel de la carte. Le banquier de son côté n'a pas à juger du bien fondé de l'opposition qui emporte révocation immédiate du mandat de payer. L'opposition illicite est bien évidemment sanctionnée civilement par l'octroi de dommages intérêts versés au fournisseur qui a subi un préjudice. Quant au fournisseur, il doit de son côté vérifier que la signature de la facture est identique à celle de la carte. Il adresse la facture à l'émetteur (banquier), qui paye, et se retourne ensuite contre le porteur pour se faire rembourser (soit à la fin du mois, soit parfois dans des délais encore plus longs...).

Le législateur s'est préoccupé des conséquences pour le porteur d'une utilisation frauduleuse. En effet l'utilisateur n'est pas en mesure de faire une opposition immédiate car il ne s'aperçoit pas toujours qu'on utilise sa carte de façon frauduleuse. En effet ce n'est généralement qu'au moment de la réception du relevé carte bleue qu'on pourra s'apercevoir des prélèvements illicites.

Le contrat qu'il a conclu avec l'émetteur prévoit qu'il sera tenu pour les paiements ou retraits effectués avant l'opposition. Toutefois certaines cartes comportent des assurances, il n'aura alors à assumer aucun frais sur les utilisations frauduleuses. Ainsi l'article L 132-3 du CMF fixe à 150 euros le montant maximum que l'utilisateur peut supporter en cas d'utilisation frauduleuse avant opposition à condition d'être assuré. Il va de soi que ce plafond ne s'applique pas dans deux hypothèses : la faute lourde du titulaire, l'opposition tardive. A cet égard certains contrats prévoient même qu'en cas de perte ou de vol l'opposition doit être faite dans les 2 jours du vol ou de la perte.

B- Le paiement à distance sans présentation de la carte

Il présente le particularisme d'être effectué sans utilisation physique de la carte. L'article L 132-4 du CMF prévoit que la responsabilité de l'utilisateur ne pourra être engagée si le paiement contesté a été effectué frauduleusement à distance et sans utilisation physique de la carte.

Il en va de même en cas de contrefaçon de la carte si au moment du paiement litigieux le titulaire de la carte est toujours en possession de celle ci.

Dans les deux cas, il convient de faire une contestation par écrit, un dépôt de plainte, et les sommes contestées seront alors restituées dans un délai d'un mois à compter de la réception de la contestation.

Le paiement à distance (internet ou téléphone) soulève de nombreuses difficultés. C'est la raison pour laquelle le législateur a décidé de prendre des mesures favorables aux porteurs de cartes. Cependant la question se pose de savoir quelles preuves le porteur devra apporter. La banque devra apprécier la pertinence des arguments de son client. Souvent les juges décident qu'il y a presque une présomption irréfragable de bonne foi du client.

§3 L'utilisation abusive

A- L'abus par le titulaire

C'est l'hypothèse où le titulaire retire des espèces au delà de la provision de son compte. Il ne s'agit pas de vol.

B- L'abus par un tiers

C'est l'hypothèse de la perte ou du vol. Le détournement de la carte peut donc déboucher sur une incrimination de droit commun (vol, escroquerie, abus de confiance). En outre, l'article L 163-4 du CMF prévoit une incrimination spécifique aux cartes de crédit et punit d'un emprisonnement de 7 ans et/ou d'une amende de 750 000 € ceux qui en connaissance de cause auront fait usage ou tenté de faire usage d'une carte de paiement ou de retrait contrefaite ou falsifiée ou ceux qui auront accepté en connaissance de cause un paiement effectué par une telle carte.

Sous réserve que le titulaire prévienne par téléphone et par écrit la banque, l'utilisation frauduleuse est en général couverte par une assurance mais une franchise peut être prévue au contrat (150 euros max). A l'instant où l'émetteur est prévenu, le titulaire de la carte ne court plus aucun risque. Celui ci va être supporté par la banque émettrice tant qu'elle n'a pas prévenu les fournisseurs agréés. Une fois les fournisseurs prévenus les commerçants sont alors seuls responsables des achats qu'ils auront acceptés avec la carte opposée. Le commerçant peut être déclaré responsable avant cette information s'il a commis une faute, mais la jurisprudence est assez clémente et estime que le commerçant n'a pas à se substituer un expert.

* + - * 1. Chapitre 3 – Le compte courant

Le législateur a renoncé à définir le compte courant. Dès lors, la jurisprudence et la doctrine sont venues définir ce terme. Selon Ripert et Roblo, le compte courant est une convention par laquelle deux personnes décident de porter réciproquement en compte toutes les opérations juridiques qu'elles feront entre elles, de manière à ce qu'il y ait des compensations successives et de ne procéder en principe au règlement qu'à la clôture du compte par le paiement du solde. Selon la jurisprudence le compte courant est une convention par laquelle deux personnes affectent des créances réciproques nées de leurs relations courantes d'affaires à un règlement par incorporation ou novation, en un solde à tout moment exigible. Le solde d'un compte courant est alors assimilé à un dépôt, s'il est en faveur du client c'est assimilé à un crédit, sinon il s'agit d'un débit (avance accordée par la banque). En réalité deux parties vont faire masse de leurs créances réciproques et vont renvoyer à plus tard le règlement global par compensation. C'est donc une compensation in futurum qui interviendra à la clôture du compte. En attendant, chaque créance est considérée comme payée et éteinte puisque transformée en article de compte par l'effet de la novation. Le solde ne devient exigible qu'à la clôture du compte. Ce compte courant est donc un mode de règlement simplifié des créances réciproques, soumises à une discipline commune en devenant des articles de compte.

Section 1 – Définition du compte courant

Le compte courant est un contrat qui présente les caractères suivants : contrat général (toutes les opérations existant entre les parties doivent y figurer), contrat réciproque (les remises s'alternent et s'enchevêtrent), contrat intentionnel (contrat intuitu personae : intention de constituer un compte courant), contrat sui generis.

§1 L'élément matériel : les remises réciproques

A- Les remises

Ces remises peuvent être matérielles. Si le compte courant lie une banque à un client, des effets de commerce seront remis, ainsi que des espèces, qui feront naître une créance au profit du remettant. Mais il peut exister également des comptes courants entre deux entreprises (et donc les remises sont constituées par des marchandises).

Les remises peuvent aussi être juridiques. Elles peuvent être constituées de travaux (issus d'un contrat), de services.

Ces remises peuvent être indirectes (ex : virement encaissé par le banquier pour le compte de son client).

Le mécanisme du compte courant va jouer chaque fois qu'une créance naît pour le compte de l'une des parties, à condition que cette créance soit certaine, liquide, exigible.

B- La réciprocité des remises

Elles consistent dans le fait de pouvoir prendre pour chacune des parties tantôt la qualité de remettant, tantôt la qualité de récepteur. Ces remises doivent être réciproques et alternées. Cet enchevêtrement de remises est nécessaire. Car si les remises unilatérales se poursuivent trop longtemps, il ne pourra plus y avoir compensation.

§2 L'élément intentionnel

La nécessite de l'élément intentionnel ne fait aucun doute. Il ne peut y avoir de compte courant sans volonté constatée. En effet l'objet du compte courant est d'organiser le règlement des créances et des dettes entre les parties. La créance disparaît dès son entrée sur le compte pour se trouver incorporée immédiatement à un solde à tout moment exigible. C'est un des effets novatoires du compte courant. L'intention des parties joue donc un rôle considérable car à défaut de volonté, le compte sera un compte de dépôt.

Section 2 – Effets du compte courant

En entrant dans le compte courant, les créances perdent leur valeur individuelle. Il n'y a plus créance ou dette mais seulement article de compte, inscrit tantôt au crédit, tantôt au débit. L'inscription en compte courant opère donc novation, et la créance perd son identité pour se fondre immédiatement dans un solde et s'y incorporer. C'est ce solde qui est indivisible.

§1 L'effet novatoire

Le remettant perd sa qualité de créancier au moment de la remise sur le compte courant. Il ne redeviendra créancier qu'à la clôture du compte, et seulement dans l'hypothèse où son solde est créditeur. C'est la raison pour laquelle la théorie classique voit dans le compte courant un effet novatoire (la créance est éteinte, les sûretés qui y étaient attachées disparaissent). Cependant, une autre théorie plus récente entend assurer la promotion de la compensation.

A- La novation

Lors de l'inscription en compte courant, l'effet extinctif de la novation se produit. Et l'effet novateur n'est pas la naissance d'une nouvelle créance, mais la contribution apportée à un solde créditeur ou la diminution d'un solde débiteur. Comme dans toute novation il y a à chaque entrée en compte disparition d'une créance et apparition d'un droit nouveau qui se traduit par la modification du solde en compte courant. Pour qu'il y ait novation, il faut qu'une obligation disparaisse donnant ainsi naissance à une obligation nouvelle. En réalité, aucune obligation nouvelle ne se crée vraiment car si le compte est débiteur on assistera à une diminution du solde débiteur (le client sera toujours débiteur), en outre s'il y avait véritablement novation, il ne serait pas possible de contre passer. En effet, si la créance est passée en compte et que cette créance est ensuite annulée ou réduite le banquier contre passe. Il identifie donc la créance. C'est la raison pour laquelle certains auteurs plus modernes envisagent plutôt la théorie de la compensation.

B- La compensation

Cette théorie fait appel à l'extinction de la créance par la compensation. Chaque opération inscrite en compte courant vient s'incorporer au solde et il s'opère une fusion entre les articles de crédit et les articles de débit. Dans le prolongement de cette fusion s'opère alors une compensation qui fait que la créance disparaît. Cette théorie n'est pas exempte de critiques. En effet, pour compenser il faut qu'il y ait des créances réciproques : chacune des deux parties doit être à la fois créancière et débitrice. Or si le compte courant est débiteur, la compensation ne peut pas jouer (le client ne sera que débiteur et ne pourra pas être créancier, on ne pourra donc pas compenser).

§2 L'indivisibilité du compte courant

Les différents articles font partie d'un tout, le remettant n'a pas le droit de se réclamer créancier. Ce n'est qu'à la clôture du compte que l'on saura s'il est créancier ou débiteur.

A- Principe d'indivisibilité

Le mécanisme du compte courant est semblable à un creuset au sein duquel fusionnent les matières. Mais il est par conséquent impossible d'extraire un article du compte sauf éventuellement consentement des deux parties. C'est pourquoi la saisie est inefficace, et le saisissant ne pourra se payer que sur le solde du compte lors de sa clôture. La Cour de cassation a ainsi précisé qu'en matière de compte courant les engagements des parties sont réciproques et indivisibles et donc le créancier de l'une d'elle ne peut par saisie détourner des valeurs qui ont été inscrites en compte et qui sont conformes à leur affectation convenue. Vu sous cet angle le compte courant n'est pas seulement un instrument de paiement mais également un instrument de garantie.

B- Le solde provisoire

Le principe d'indivisibilité faisant obstacle à toute saisie, on a imaginé l'utilisation du solde provisoire. Tant que le principe d'indivisibilité du compte courant triomphait, seul le solde définitif pouvait être saisi (cela supposait donc de clôturer le compte). Mais pendant le fonctionnement du compte, il n'y avait ni créances ni dettes. Le solde provisoire n'était qu'un renseignement comptable de la situation du compte (aucune conséquence juridique). La pratique bancaire a admis ainsi l'arrêt momentané du compte pour établir des balances provisoires (qui servent également en comptabilité). C'est ainsi que le banquier par le biais de ces balances peut déterminer si l'ouverture de crédit consentie est épuisée ou pas. La jurisprudence quant à elle a admis tardivement la reconnaissance du solde provisoire (Cass 1973). L'intérêt de l'admission du solde provisoire est que ce solde peut être saisi (dès lors qu'il est créditeur) alors même que le compte fonctionne. Dès lors, en admettant ce solde provisoire comme disponible, on admet bien évidemment sa saisissabilité. Cette solution, même si elle heurte le concept intellectuel du compte courant, est juste et équitable. En effet, un débiteur qui dispose d'un solde créditeur en banque ne pouvait pas se voir saisir ce solde et retirait ainsi un gage à ses créanciers. A partir du moment où on analyse le solde créditeur provisoire comme une créance (du titulaire du compte sur la banque), cela signifie que cette créance est saisissable, comme n'importe quelle créance.