

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTE DE DROIT

U N I T E D E D R O I T E C O N O M I Q U E

SU.101

OUVERTURES DE CREDIT,

FACILITES DE CAISSE

ET CHEQUES SANS PROVISION

par Georges-Albert DAL
Assistant à la
Faculté Droit U.C.L.

- novembre 1977 -

X

1. La Cour de Cassation a rendu le 24 janvier 1977 un premier arrêt (1) sur la question fort délicate des facilités consenties par un banquier à son client lors du règlement par lui de chèques dépourvus de provision.

Il aura donc fallu 1977 pour que soit abordé par la Cour Suprême un problème qui a certes été étudié par la doctrine belge, mais sommairement, et qui n'a donné lieu qu'à quelques décisions publiées (2). La chose est paradoxale, lorsque l'on considère l'abondance de la doctrine et de la jurisprudence françaises : des textes et pratiques bancaires semblables y ont suscité une prise de position très ferme et maintes fois réaffirmée de la chambre criminelle de la Cour de Cassation.

Un "contentieux très irritant" (3), né d'un "dangereux hiatus entre le droit jurisprudentiel et la pratique quotidienne" (4) s'est développé car la formule traditionnelle de la Cour - qualifiée même de sacramentelle par Cabrillac et Rives-Lange (5) - s'est heurtée à des "manifestations d'insurrection" (6) des juridictions de fond.

2. Les faits qui sont à l'origine de l'arrêt commenté sont les suivants : titulaire d'un carnet de chèques et porteur d'une carte de chèques de la Kredietbank, le prévenu y disposait d'un crédit "automatique" de 25.000 F. Du 28 juin au 8 septembre 1972, il avait émis une série de chèques d'un montant total de 91.698 F, dépassant ainsi le crédit dont il disposait.

La banque a cependant payé durant un certain temps ces chèques non provisionnés, mais elle a, bien entendu, exigé le remboursement du débit du compte, ce qui fut fait le 23 mars 1973.

Le prévenu avait été condamné, par un arrêt du 18 octobre 1973 de la Cour d'Appel de Bruxelles, du chef d'émission de chèques sans provision, mais acquitté de la prévention d'escroquerie.

La Cour de cassation eut à connaître une première fois de l'affaire et, par un arrêt du 4 novembre 1974, elle cassa l'arrêt de la Cour de Bruxelles pour avoir érigé en principe que la remise d'un chèque sans provision ne peut être considérée comme une manoeuvre frauduleuse au sens de l'article 496 du Code pénal, lorsque le tireur n'utilise aucun artifice tendant à persuader le bénéficiaire de l'existence de la provision (7).

La cause fut renvoyée dans son ensemble à la Cour d'Appel de Liège qui, le 6 octobre 1976, acquitta le prévenu du chef d'émission de chèques sans provision et d'escroquerie : après avoir posé en principe que celui qui, sous le couvert d'une carte de chèque, émet un chèque pour un montant dépassant le montant du crédit automatique, se rend coupable d'émission de chèque sans provision (8), la Cour a ajouté que la banque peut accorder des dépassements de crédit, même tacitement, sans avoir recours aux formes usuelles de l'ouverture de crédit.

D'après l'arrêt, cette pratique serait d'usage courant dans l'établissement bancaire considéré et le prévenu en aurait profité : la banque, en lui accordant des "facilités de caisse", aurait provisionné les chèques émis par le prévenu.

Le pourvoi formé par le procureur général près la Cour d'Appel de Liège s'articule en deux moyens : le premier énonce que des facilités de caisse imprécises et discrétionnaires ne constituent pas la provision préalable, suffisante et disponible de l'article 61, 1° de la loi du 1er mars 1961 (première branche), et que le fait de payer le chèque après coup n'enlève rien au caractère délictueux de l'opération (deuxième branche).

Le second moyen se fonde sur ce que l'arrêt entrepris énonce "qu'en tout état de cause le prévenu a pu croire qu'il était autorisé à agir ainsi qu'il l'a fait", motivation ambiguë qui pourrait signifier que l'intéressé a agi de bonne foi, alors que l'erreur ne constitue une cause de justification que si elle est invincible (9).

3. Après avoir rappelé les conditions de validité de la provision en matière de chèque (I), nous les appliquerons au cas particulier de l'ouverture de crédit et des facilités de caisse (II), avant d'examiner l'élément intellectuel de l'infraction d'émission de chèque sans provision (III).

I. LA PROVISION DU CHEQUE

4. Point n'est besoin de rappeler l'importance de la provision en matière de chèque : c'est l'existence de la provision qui justifie l'émission du chèque et l'ordre de paiement irrévocable donné à la banque.

Contrairement à la traite, instrument de crédit normalement accepté par le tiré, circulant souvent avant l'échéance, où la provision ne constitue qu'^{une} garantie qui s'ajoute à celles que procurent les signatures portées sur le titre, le chèque est instrument de paiement à vue ne portant généralement que la signature du tireur et circulant rarement. Il est essentiel que la provision existe au moment même de l'émission et soit toujours disponible jusqu'à l'expiration du délai de présentation.

Tel est du moins le contenu de la législation belge (10) sur ce problème capital, que la loi uniforme n'a pas voulu résoudre puisque, tout en admettant la nécessité de la provision, l'article 5 de l'Annexe II de cette loi laissa à chaque Etat participant la faculté "de déterminer le moment où le tireur doit avoir des fonds disponibles chez le tiré" (11). Il est d'autant plus capital que notre législateur a prévu et maintenu des sanctions pénales spécifiques qui frappent celui qui émet sciemment un chèque sans provision préalable suffisante et disponible, celui qui cède le chèque en sachant que la provision n'est pas suffisante et disponible, le tireur qui sciemment retire tout ou partie de la provision du chèque au cours du délai de présentation, le tireur qui, dans une intention frauduleuse ou à dessein de nuire, retire tout ou partie de la provision en dehors du délai de présentation, et le tireur qui, dans une intention frauduleuse ou à dessein de nuire, révoque le chèque ou en rend indisponible tout ou partie de la provision (12).

5. Quelles conditions doivent être réunies pour qu'il y ait provision ? (13)

a) la provision est une *créance d'argent* du tireur sur le tiré : à l'inverse de celle de la lettre de change, elle ne peut porter sur des marchandises et des titres (14). Il n'est pas nécessaire que cette créance figure dans un compte; en cas de pluralité de comptes, le tiré ne devra payer le chèque que si l'avoir du tireur en compte est au moins égal au montant du chèque; mais, dans cette hypothèse, il devra le payer même si la balance des comptes fait apparaître un solde insuffisant; ceci, sous réserve de

dispositions conventionnelles organisant l'interdépendance des comptes conduisant à une balance générale de ceux-ci (15).

La monnaie de la provision doit être prévue pour le paiement du chèque (16).

b) la provision doit être *disponible* : cela suppose l'existence d'une convention entre tireur et tiré et d'une créance certaine, liquide et exigible.

Convention entre le tireur et le tiré :

Le tireur doit pouvoir disposer des fonds par chèque en vertu d'une convention préalable, expresse ou tacite. Cette convention n'existe pas automatiquement, du seul fait que le tiré est un banquier, car l'autorisation de tirer des chèques n'est pas nécessairement donnée à tout titulaire de compte, en tout cas dès son ouverture. Il paraît de toute manière évident que la remise d'un carnet de chèques implique l'existence de cette convention, tout comme le fait que le banquier a déjà accepté de payer des chèques (17).

Créance certaine :

reconnue dans son principe et dans son montant, sans qu'elle puisse être discutée par le tiré, elle ne peut être simplement éventuelle ou soumise à une condition suspensive qui en affecterait l'existence (18).

Créance liquide :

au jour de l'émission, la provision doit se traduire par "une somme d'argent dont le calcul ne nécessite aucune opération" (19). Que la créance soit déterminable sur base de données indiscutables ne suffit pas; il faut qu'elle soit déterminée en un nombre précis d'unités monétaires.

Créance exigible :

la créance ne peut comporter aucun terme. Peu importe que l'inexigibilité soit due à la convention liant le tireur à son banquier, ou à une circonstance extérieure comme une saisie-arrêt (20).

c) la provision doit être *suffisante*, c'est-à-dire, simplement, qu'elle doit être d'un montant égal à celui du chèque, en permettant ainsi le paiement intégral (21).

d) la provision doit être *préalable* : elle doit exister au moment de l'émission du chèque (22). Beaucoup de commentaires ont été faits à ce sujet, qui sont soit inexacts soit irrelevants.

Inexactes les affirmations selon lesquelles "préabilité" (23) (et disponibilité) de la provision sont des questions de fait dans l'appréciation desquelles "on devra se conformer aux usages et ne pas se montrer trop rigoureux" (24).

Même si l'on peut parfaitement concevoir la thèse selon laquelle la provision ne doit exister qu'à la présentation du chèque, car "le meilleur critère de la validité du chèque, c'est encore l'accueil que le porteur a reçu du tiré au moment de la présentation" (25), encore faut-il constater qu'elle est contraire au prescrit légal.

Par ailleurs, est-il vraiment sans grand intérêt pratique de dire que la constitution de la provision entre l'émission du chèque et sa présentation est irrégulière, puisque le bénéficiaire qui perçoit le montant du chèque à la présentation "n'a ni le moyen, ni un intérêt quelconque à rechercher si la provision existait déjà au moment de l'émission" (26) ?

Outre qu'une telle irrégularité apparaîtra dans certains cas, comme la faillite (27), il est essentiel qu'elle soit établie puisqu'elle est susceptible de fonder une répression pénale.

L'exigence d'une provision préalable à l'émission du chèque est d'ailleurs telle qu'elle est maintenue même lorsque le chèque est postdaté (28).

La preuve de l'existence de la provision au moment de l'émission du chèque appartient, en cas de dénégation, au tireur (29).

6. L'ensemble des conditions qui précèdent sont *de rigueur*. Comment, sous l'empire de l'ancienne loi, Lévy Morelle et Simont ont-ils pu écrire qu'il ne fallait en cette matière "être trop épris de logique et d'harmonie, à peine de tomber dans le byzantisme et la chinoiserie" (30), alors que de telles conceptions (elles n'ont plus cours aujourd'hui en doctrine) sont à la base de certaines motivations laxistes et erronées de juridictions répressives, qui ont une curieuse tendance, dans ce domaine très particulièrement, à faire foi aux thèses de certains prévenus tentant d'échapper à la sanction ?

Les conditions d'existence de la provision en matière de chèque étant rappelées, il faut bien voir que *la cause* de la créance-provision peut revêtir des formes diverses : cette cause importe d'ailleurs peu dès lors que les éléments constitutifs de la provision sont réunis. Ainsi, peuvent constituer la provision, le prix de marchandises vendues (s'il y a eu accord sur la chose et sur le prix fixé en une somme d'argent précise et si, la marchandise ayant été agréée, ce prix est exigible (31), plus fréquemment le solde créditeur en faveur du tireur d'un compte courant (lorsqu'il ne risque pas d'être absorbé par les conséquences d'opérations antérieures et que le banquier a autorisé son client à en disposer par chèque), ou encore une ouverture de crédit.

II. OUVERTURES DE CREDIT ET FACILITES DE CAISSE

7. Il est unanimement admis qu'une ouverture de crédit peut constituer la provision d'un chèque lorsque, selon les termes de Van Ryn et Heenen, "Le chèque a été émis en vertu d'un crédit réalisable en argent, ouvert "par le tiré (...), pour autant que la convention autorise le tireur à "en disposer par chèque et qu'il y ait au moment de l'émission un crédit "disponible au moins égal au montant du chèque". (32).

Les difficultés surgissent lorsque le contrat d'ouverture de crédit n'a pas encore été constaté par écrit et, surtout, lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a eu ouverture de crédit véritable ou simple tolérance du banquier.

A. La controverse française

8. En France également, doctrine et jurisprudence admettent que l'ouverture de crédit constitue la provision préalable et disponible qui autorise le client à émettre des chèques jusqu'à épuisement de son compte augmenté du montant de l'ouverture de crédit (33).

La pratique bancaire ne se pliant pas, dans de nombreux cas, à l'établissement d'une convention écrite, se multiplient les conventions expresses mais verbales (dont il est souvent fait mention sur la fiche du client), celles qui reposent sur un accord tacite, voire un engagement unilatéral tacite du banquier (élargissement en fait du crédit à la suite de sollicitations du client), et les facilités de caisse, qui n'impliquent aucun octroi ou élargissement du crédit et où le banquier accepte d'honorer un chèque non provisionné.

Les motivations du banquier sont nombreuses, soit qu'ayant peur de mécontenter un client qui connaît des difficultés passagères, il préfère prendre le risque de dépassements, quitte à mettre fin à cette pratique quand les choses tournent mal (34), soit que le paiement à découvert ait été accompli dans l'ignorance de la situation réelle du compte (35), soit encore que le banquier eût été tenu au paiement à la suite d'engagements pris à l'égard des tiers (36).

Les juridictions de fond ont souvent fait preuve d'indulgence à l'égard des prévenus qui avaient compté - parié, pourrait-on dire - que leur banquier honorerait le chèque non provisionné qu'ils émettent, et la Cour de Cassation de France mit un terme à cette jurisprudence, libérale ou laxiste, selon l'opinion qu'on peut en avoir.

Deux arrêts des 4 janvier 1951 (37) et 30 décembre 1952 (38) de la chambre criminelle ont décidé que le tireur ne pouvait s'en remettre légitimement à la bonne volonté habituelle de son banquier, dès lors que celui-ci n'était engagé à son égard par aucune convention et demeurait libre d'arrêter ses avances sans préavis.

9. Mais l'arrêt de principe en cette matière date du 19 décembre 1957 (39); la chambre criminelle y a précisé pour la première fois les conditions qui doivent être remplies par une ouverture de crédit pour réaliser la provision indispensable lors de l'émission du chèque :

"Attendu (...) que c'est à bon droit que l'arrêt (attaqué) a retenu à la charge des deux prévenus le délit d'émission de chèque sans provision, encore bien qu'en fait les chèques aient été en définitive payés, du moins dans leur majorité, par la banque X...";

"Qu'en effet le chèque, qui est un instrument de paiement, et non un instrument de crédit, suppose essentiellement, au moment où il est émis, l'existence chez le tiré, au nom du tireur, d'une provision préalable et disponible; que son émission est délictueuse par le seul fait qu'opérée en connaissance de cause, elle a lieu sans que le tireur dispose, chez le tiré, d'une telle provision;

"Qu'il n'importe qu'il soit ultérieurement payé, lors de sa présentation, soit à l'aide d'un crédit obtenu postérieurement à l'émission, soit même par l'effet du bon vouloir ou de la complaisance du tiré;

"Que sans doute la provision peut résulter d'un prêt ou d'une ouverture de crédit consentie par le tiré, sous sa responsabilité, au tireur, mais qu'il ne peut en être ainsi que si cet engagement du tiré est formel et préalable et a pour effet de constituer, dans les comptes de la banque, au profit du tireur, un avoir dûment constaté, dont il puisse disposer comme d'un avoir propre au bénéfice des tiers ou de lui-même".

D'emblée, cette décision, née de circonstances de fait très particulières (40), a suscité la controverse, non que les considérations relatives aux éléments constitutifs de la provision puissent être contestées, bien au contraire, mais à cause de l'exigence d'un engagement formel et préalable qui "ait eu pour effet de constituer dans les comptes de la banque, au profit du tireur, un *avoir dûment constaté*, dont il puisse disposer comme d'un avoir propre".

Cette formule répétée à plusieurs reprises par la chambre criminelle (41), a été approuvée par ceux qui assimilent l'ouverture de crédit verbale à la simple facilité de caisse parce qu'elle n'a pas "la solidité suffisante" pour constituer la provision préalable exigée par la loi. Mais elle a également été critiquée, et le meilleur porte-parole des "opposants" est certainement M. Derrida, dans un article remarquable intitulé : "Ouvertures de crédit et chèques sans provision" (42). Nous voudrions en rappeler quelques idées-force.

10. Une question de terminologie importante se pose tout d'abord : en pratique bancaire, la notion de "facilités de caisse" est purement pragmatique et elle est utilisée tantôt lorsque le banquier règle un chèque par pure complaisance, tantôt lorsqu'il octroie véritablement un crédit au départ d'un engagement ferme et définitif de sa part, mais d'une durée brève et d'une périodicité limitée.

Il ne faut donc pas confondre, par exemple, le "crédit de caisse", qui est une forme d'ouverture de crédit, avec les simples facilités de caisse dépendant du bon vouloir du banquier (43); seules ces dernières ne comportent pas d'engagement préalable du banquier et ne suffisent donc pas à provisionner un chèque.

11. Si l'engagement préalable du banquier de verser la somme convenue avec le client existe de façon expresse, il y a provision. Mais cet engagement doit-il être écrit, alors précisément que l'écrit n'est qu'un mode de preuve dans une matière où, à l'égard du banquier, la preuve est libre ? Cabrillac et Rives-Lange (44) font état d'un arrêt du 12 novembre 1974 de la chambre commerciale de la Cour de Cassation française (45) qui condamnent implicitement mais avec netteté l'exigence d'un avoir au compte du tireur.

Ils ajoutent : "A la rigueur, on peut admettre, sacrifiant à l'autonomie du droit pénal, que les nécessités de la répression justifient une dérogation au principe de la liberté des preuves en droit commercial et qu'ainsi le découvert verbal ne puisse faire figure de provision; mais il est manifestement excessif d'aller au-delà et d'exiger une formalité qui est étrangère à la pratique bancaire".

12. Selon les tenants de la thèse critique, en l'absence d'écrit, il appartiendrait au tireur d'établir la réalité de l'engagement préalable de son banquier : il pourrait faire état de la perception par la banque d'une commission de découvert de la création d'effets de mobilisation, ou d'une sûreté qu'il a dû constituer (46). Dans la grande majorité des cas, il tenterait d'apporter cette preuve en invoquant le caractère habituel de la tolérance, circonstance équivoque non déterminante par elle-même, et qui ne pourra manquer d'être - elle aussi - à la source de controverses nombreuses.

B. En droit belge

13. Les décisions étant fort rares dans notre pays avant que n'intervienne l'arrêt annoté : il en est ainsi pour l'ensemble de la matière du chèque, qui ne connaît que depuis peu un développement jurisprudentiel.

Aurions-nous eu vraiment moins de problèmes que nos voisins du Sud? (47)

Indépendamment d'un arrêt du 20 janvier 1910 de la Cour de Cassation (48) et d'un jugement du 30 avril 1970 du tribunal correctionnel de Bruges (49) qui n'apportent rien à la solution du problème qui nous occupe, deux arrêts en sens contraire peuvent être cités.

Le premier, inédit, a été rendu le 10 avril 1974 par la 14ème chambre de la Cour d'appel de Bruxelles (50). Il est conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation française :

"Attendu qu'il est indifférent qu'en l'espèce, le gérant de l'agence de Ganshoren ait accordé, le 1er juin 1970, à ..., "des facilités de caisse de 50.000 F";

"Que le refus de payer le chèque litigieux émane de la banque et fut constaté par un acte de protêt dressé le 10 décembre 1970;

"Attendu que la provision préalable, disponible et suffisante ne peut résulter d'une ouverture de crédit consentie au tireur par le tiré, sous la responsabilité de ce dernier que si cet engagement est formel et préalable et a pour effet de constituer dans les comptes de la banque, au profit du tireur, un avoir dûment constaté dont il peut disposer comme d'un avoir propre;

"Qu'il ne peut en être ainsi d'une ouverture orale de crédit présentant un caractère précaire et révocable, à laquelle le banquier peut mettre fin sans préavis".

Le second arrêt, rendu le 8 octobre 1975 par la Cour d'Appel d'Anvers (51), s'il rappelle que l'octroi de facilités de caisse n'implique pas en soi l'existence d'un crédit permettant de provisionner un chèque, acquitte les prévenus au départ de l'existence entre eux et la banque "d'une ouverture de crédit tacite et d'une promesse de crédit".

On comprend que, dans ces conditions, les auteurs qui ont abordé ce problème (52) l'aient fait par référence à la jurisprudence et à la doctrine françaises.

14. S'ils admettent communément qu'il n'existe d'ouverture de crédit susceptible de servir de provision à un chèque "que lorsque le titulaire du compte et le banquier ont stipulé l'obligation pour ce dernier de mettre à la disposition du premier des sommes d'un montant déterminé" (53) ils ne se sont guère prononcés sur l'exigence de l'existence de l'avoir dûment constaté dans les comptes de la banque.

Van Ryn et Heenen (54) soulignent le manque de clarté de cette notion et ils s'interrogent sur sa portée.

Peut-on, comme Henry Bosly (55) trouver la réponse dans l'article 16 de la loi du 18 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale ?

Aux termes de cette disposition, "lorsque l'infraction se rattache à l'exécution d'un contrat, dont l'existence est déniée où dont l'interprétation est contestée, le juge de répression, en statuant sur l'existence de ce contrat ou sur son exécution, se conforme aux règles du droit civil".

La Cour de Cassation a admis que cette règle trouve son application non seulement lorsque l'infraction se rattache à l'exécution d'un contrat antérieur, mais aussi lorsqu'elle se rattache à un fait juridique préexistant à l'infraction, c'est-à-dire lorsque ce fait est une "condition préalable et nécessaire de l'infraction" et non un élément de celle-ci (56). Son objet est d'éviter qu'une partie lésée ne puisse éluder les règles du droit civil en matière de preuve en portant devant le juge pénal une question de droit civil.

En l'espèce, cette éventualité n'est pas à redouter - et la question de l'éventuelle application de l'art. 16 est sans incidence pratique - puisque les règles d'admissibilité des modes de preuve applicables au contrat d'ouverture de crédit sont, à l'égard du banquier, celles du droit commercial.

L'ouverture de crédit n'étant pas un contrat solennel, la preuve de son existence pourra être rapportée par le tireur par toute voie de droit, au commercial comme au pénal.

III. LA MAUVAISE FOI, ELEMENT INTELLECTUEL DE L'INFRACTION

15. L'article 61 de la loi du 1er mars 1961 punit celui qui *sciemment* émet un chèque sans provision : la loi n'exige donc aucun dol spécial, les fondements de notre droit pénal étant la connaissance du caractère illicite de l'acte et la volonté de commettre celui-ci (dol général se trouvant à la base de tout crime et, en principe, de tout délit) (57).

L'intention frauduleuse ou le dessein de nuire sont donc indifférents, et il y aura délit, même si le bénéficiaire est au courant de l'absence de provision. Sont également indifférents les mobiles qui ont pu pousser l'agent.

L'élément intellectuel de l'infraction réside dans la connaissance qu'avait *ou que devait avoir* le tireur de l'absence ou de l'insuffisance de provision : il en est ainsi de ceux qui s'en remettent à la complaisance et à la bonne volonté du tiré, faute d'un crédit certain, ou qui spéculent sur de tels comportements, voire sur des absences de contrôle ou des erreurs.

Certes, il n'y aura pas de dol général quand le crédit existe de façon certaine, quand le tireur s'est trouvé en présence d'un blocage autoritaire du compte dont on ne l'avait pas avisé au moment de l'émission ou lorsqu'il a été mis irrégulièrement ou brutalement fin au contrat d'ouverture de crédit.

Certes encore, l'appréciation de l'existence du dol général par le juge du fond est souveraine, encore faut-il qu'elle ne soit pas en contradiction avec la qualification légale des faits retenus (58).

Ce point est essentiel, car il faut être tout aussi précis dans l'appréciation de la connaissance qu'a eu ou qu'aurait dû avoir l'émetteur du chèque de l'absence de provision que dans la recherche de l'existence de cette dernière. Il y va de l'intérêt commun des banques et de leurs clients que les situations soient nettes.

L'arrêt annoté a parfaitement sanctionné l'ambiguïté du motif de la Cour de Liège selon lequel "en tout état de cause le défendeur a pu croire qu'il était autorisé à agir ainsi qu'il l'a fait".

De deux choses l'une : ou bien il y avait réellement ouverture de crédit et la motivation de la Cour d'Appel était superflue, le problème ne se posant pas. Ou il n'y avait, comme en l'espèce, que des facilités de caisse et donc absence de provision. Le prévenu *devait le savoir*, sauf à invoquer la cause de justification qu'est l'erreur invincible (59) que tout homme de bonne foi et raisonnable, placé dans les mêmes circonstances, aurait commise, sans qu'elle lui soit imputable. Cette erreur s'apparente à la force majeure.

Elle est certes appréciée souverainement en fait par le Juge du fond, mais celui-ci encourt la censure de la Cour de cassation quant à la réunion des éléments de l'erreur invincible et aux effets qui lui sont attribués (60).

Il faudrait donc admettre que le client "raisonnable et de bonne foi" d'une banque, qui a bénéficié du crédit automatique de 25.000 F attaché à la remise d'une carte de chèque, a pu déduire du seul paiement par sa banque de chèques non provisionnés qu'il était autorisé à en émettre de nouveaux. Dans quelles conditions et à concurrence de quel montant un crédit complémentaire *préalable* lui aurait-il été accordé ?

Sous réserve des circonstances de fait propres à chaque espèce, nous ne voyons pas comment une telle thèse pourrait être admise, en raison du caractère particulier de la provision en matière de chèques, et des conditions qu'elle doit remplir.

IV. CONCLUSION

16. La formule adoptée, pour la première fois dans notre pays, par la Cour de cassation dans son arrêt du 24 janvier 1977 doit être approuvée : elle nous indique clairement les caractéristiques que *doit* (61) présenter un contrat d'ouverture de crédit pour servir de provision à un chèque.

Il faut "une obligation, contractée par le tiré envers le tireur (*créance*) avant l'émission du chèque (*préalable*), de constituer un avoir d'un montant au moins égal (*suffisante*) dont le tireur pourra disposer par chèque (*et disponible*)."

La Cour précise fort opportunément que les facilités de caisse (qui excluent tout octroi de crédit) ne peuvent former cette provision, même si elles constituent *une pratique usuelle* de la part du banquier : il est à espérer que, désormais, les juridictions de fond n'en tireront plus argument, et qu'elles s'attacheront uniquement à déterminer s'il y a, ou non, un engagement antérieur du banquier.

Les crédits tacites n'étaient pas en cause et l'arrêt ne se prononce dès lors pas sur la question de savoir si cet engagement doit constituer dans les comptes de la banque "un avoir dûment constaté" dont peut disposer le client.

La motivation donnée nous semble suffisante : l'existence d'un écrit ou d'une inscription en compte est certes souhaitable mais elle n'est pas indispensable à la validité d'une ouverture de crédit, dont le tireur devra prouver l'existence préalable.

Georges-Albert DAL

Avocat au barreau de Bruxelles

Assistant à la Faculté de Droit

de Louvain

- (1) Publié in J.T. 1977, p. 410
- (2) Voir les références infra, n° 13.
- (3) in CABRILLAC, *Le Droit pénal du chèque*, p. 11, n° 14. Le même auteur, dans la chronique qu'il tient avec RIVES-LANGE dans la *Revue Trimestrielle de droit commercial*, parle du "dossier, aussi volumineux qu'irritant, du problème des découverts informels consentis par un banquier", 1974, p. 132.
- (4) DERRIDA, *Ouvertures de crédit et chèques sans provision*, D. 1960, p. 221. Formule reprise par LEVASSEUR, *Les ouvertures de crédit verbales et le délit d'émission de chèques sans provision*, Rec. dr. pén. 1968, p. 275.
- (5) *Rev. tr. dr. com.*, 1975, p. 324.
- (6) *Rev. tr. dr. com.*, 1975, p. 788.
- (7) *Pas.* 1975, I, 265; J.T. 1975, p. 27 avec nos observations; *Rev. dr. pén. crim.* 1974-75, pp. 751 à 755 et note H. Bosly.
- (8) voy. MESSINE, *Chèque sans provision, carte de banque et escroquerie*, obs. sous Bruxelles, 29 avril 1971, J.T. 1973, p. 237; du même auteur, *Aspects nouveaux de l'émission de chèques sans provision*, *Rev. dr. pén. crim.* 1973-1974, p. 135.
- (9) Nous n'examinerons pas ici la question connexe et importante de l'existence du délit d'escroquerie, que nous avons déjà évoquée dans "la constitution de partie civile de la victime de l'émission de chèque sans provision", J.T., 1975, p. 22, n° 7, et dans les observations déjà citées sous Cass. 4 novembre 1974, J.T. 1975, p. 27.
- (10) Française et allemande également. Voy. L. SEBAG et W. ERMAN, *La provision du chèque bancaire (droit français et droit allemand)*, Annales de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Clermont, 1965, p. 137; En droit comparé, cons. également : Vasseur et MARIN, *Le Chèque*. Pour ce qui concerne notre pays, cela n'a d'ailleurs pas été sans mal. Il suffit, pour s'en convaincre, de consulter les travaux préparatoires de l'ancienne loi du 20 juin 1973 (cités par GHYSEN, op. cit. pp. 280 et ss) et ceux de la loi actuelle (cités par FREDERICQ, op. cit. p. 460, note 3) : ils contiennent un certain nombre de perles qui expliquent certaines lacunes de la loi et pourraient faire comprendre - sans les justifier - certains errements jurisprudentiels, même dans l'interprétation des parties les plus claires de la loi.
- (11) L'article 3 de la loi uniforme porte seulement que le chèque est tiré "sur un banquier ayant des fonds à la disposition du tireur et conformément à une convention expresse ou tacite d'après laquelle le tireur a le droit de disposer de ces fonds par chèque". Voy. Comptes rendus, p. 137 à 148; BOUTERON, *Le Statut international du chèque*, p. 239 et ss

(12) Art. 61 de la loi du 1er mars 1961.

(13) Sur ce problème général, voy. VAN RYN et HEENEN, Principes de droit commercial, t. IV, p. 460, n° 2986 et ss.; FREDERICQ, Traité de droit commercial belge, t. IX, p. 458 n° 262 et ss.; J. GHYSEN, Le chèque, p. 279 n° 130 et ss.; J. LEVY MORELLE, Le chèque in Nouvelles, Droit Commercial, t. II, p. 413, n° 33 et ss.; Rép. prat. dr. belge, v° chèque, p. 926, n° 36 et ss.; J. LIEBAERT, Quelques problèmes en matière de chèques, Rev. Banque, 1969, pp. 169 et 170.

En France, voy. notamment : G. DROUETS, La provision en matière de chèque, Paris, 1924; H. ROUSSEAU, La provision dans le chèque, Rev. prat. de lég. et de jur. du Trib. com. Seine, 1922, I, 121; L. SEBAG, article cité in note 9; M. DEFERT, La provision du chèque, Banque, 1962, 383; H. CABRILLAC, Le chèque et le virement, 4ème éd., p. 44, n° 73 et ss.; VASSEUR et MARIN, Le chèque, p. 66, n° 64 et ss.; BOUTERON, Le chèque, p. 205; LYON-CAEN et RENAULT, Traité de droit commercial, 5ème éd. par AMIAUD, t. IV, n° 568; HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET, Traité de droit commercial, t. II, p. 732, n° 1664 et ss.; ESCARRA, Manuel de droit commercial, t. II, n° 1217; RIPERT et ROBLOT, Traité élémentaire de droit commercial, 7ème éd., t. II, p. 217, n° 2192 et 2193. Voy. également les thèses citées par VASSEUR et MARIN : BAICOIANU, De la provision en matière de lettre de change et de chèque, Paris, 1926; MAFRE, La provision en matière de chèques, Toulouse, 1925, Anward SAID, La provision en matière de chèque, Paris, 1941; FRACHEBOUD, Etude comparative de la provision en matière de lettre de change et de chèque, FRIBOURG, 1943.

(14) Sur ce point précis, voy. VASSEUR et MARIN, op. cit. p. 67 n° 64, note 1, pour qui cette différence n'est pas certaine, la prétendue provision en marchandises et en effets de commerce pour les lettres de change ne serait qu'une créance en argent née d'une avance ou d'une couverture de crédit garantie par les marchandises ou effets consignés ou envoyés chez le tiré. Il y aurait là un exemple de confusion des notions de provision et de couverture. Encore la couverture du chèque ne peut-elle consister qu'en fonds disponibles chez le banquier tiré.

(15) GHYSEN, op. cit., p. 324, n° 145.

(16) Sur ce point particulier, et sur l'éventuel mandat tacite donné au tiré de procéder au change nécessaire, voy. également GHYSEN, op. cit. p. 323, n° 144, 2°; Com. Courtrai, 21 mai 1927, Jur. com. Fl. 1927, p. 150.

(17) Sur les Modalités d'une telle convention, notamment en ce qui concerne la clause d'interdiction de tirage sur une formule libre, et la disponibilité dans toutes les agences de banques à succursales multiples, voy. notamment : BOUTERON, "La provision du chèque dans les établissements à succursales multiples, Gaz. Pal. 1952, 2, Doct. 55; VASSEUR et MARIN, op. cit., p. 69; H. CABRILLAC, op. cit., p. 47, n° 82; VAN RYN et HEENEN, op. cit., p. 462, in fine.

(18) Il est par contre, admis qu'une créance affectée d'une condition résolutoire puisse servir de provision, à charge pour le tireur, en cas de résiliation de cette condition avant la présentation du chèque, de constituer une autre provision. La Cour de cassation française a admis que le tireur convienne avec le bénéficiaire que la transmission de la propriété de la provision sera, dans leurs rapports, soumise à une condition (Cass. fr. 29 juill. 1941, J.C.P., 1941, II, 1709).

(19) H. CABRILLAC, op. cit. p. 51, n° 87.

- (20) Il s'agit uniquement d'une saisie antérieure à l'émission du chèque, sans conséquence pénale pour le tireur s'il ignorait l'existence de la saisie au moment de la mise du chèque en circulation. Voy. FREDERICQ op. cit., p. 461 et les références citées.
- (21) Quant à l'obligation du porteur d'accepter un paiement partiel, voy. l'art. 34 de la loi.
- (22) L'émission du chèque n'est pas sa création : c'est le moment de sa mise en circulation ou de sa remise au bénéficiaire (Cass. 5 mai 1958, Pas. 1958, I, 179). L'arrêt annoté rappelle expressément ce principe, sans innover sur ce point. Sur la controverse relative au paiement au tireur d'un chèque à son ordre et présenté par lui voy. pour les tenants de la thèse selon laquelle il n'y aurait pas mise en circulation : VAN RYN et HEENEN, op. cit., p. 465; J. MESSINNE, Aspects nouveaux de l'émission de chèque sans provision, Rev. dr. pén. crim. 1973-74, pp. 143 et ss. Contra, outre la doctrine française, HENRION, Le délit d'émission de chèque sans provision peut-il être constitué lorsque le tireur émet le chèque à son ordre, Rev. Banque, 1956, pp. 802 et ss.
- (23) Ce néologisme était déjà utilisé en 1923 par MM. LEVY MORELLE et SIMONT, op. cit., p. 35.
En France, le décret-loi de 1935 porte, en son article 3 alinéa 1er, que la provision doit exister "au moment de la création du tirre", c'est-à-dire au moment de son établissement matériel. Cette conception est encore plus restrictive, même si d'aucuns estiment qu'il faut s'en tenir logiquement au moment de l'émission (VASSEUR et MARIN, op. cit. p. 67, note 3).
- (24) Rapport comm. Chambre, Pasin., 1873, p. 189.
- (25) LEVY-MORELLE et SIMONT, op. cit. p. 37, n° 49. Dans le même sens, R.P.D.B., v° chèque, n° 40; LEVY MORELLE in Nouvelles, Droit commercial t. II, n° 39. Cette conception erronée provient d'une lecture superficielle des travaux préparatoires de la loi de 1873, dont GHYSEN a fait justice (op. cit. p. 283, n° 132), et qui est actuellement abandonnée.
- (26) CABRILLAC, op. cit. p. 46, n° 78; VASSEUR et MARIN, op. cit. p. 68.
- (27) Gand, 10 juin 1927, B.J. 1928, p. 179.
- (28) Art. 28 al. 2 de la loi du 1er mars 1961.
- (29) Cass. fr. 19 déc. 1957, Banque, 1958, p. 178, obs.
- (30) op. cit. p. 32, n° 40.
- (31) Voy. Brux 16 juin 1902, Pas. 1903, II, 49, exemple d'une vente ne remplissant pas les conditions voulues.
- (32) Op. cit. t. IX, p. 463, n° 2988, 1.
- (33) Outre les ouvrages cités à la note 12, voy. également : DONNEDIEU DE VABRES, Rev. sc. crim. 1936, p. 430; DERRIDA, Rép. dr. crim. 2ème éd. v° chèque, n° 32 et ss.; PATIN et ROUSSELET, Traité de droit pénal spécial, p. 587; VOUIN, Précis de droit pénal spécial, n° 622; PAGEAUD, Juris. pénal. Infractions en matière de chèques, n° 98; PAGEAUX, Les notions de bonne foi et de provision, et le délit d'émission de chèque sans provision, J.C.P. 1951, I, 920, n° 7; J.B. HERZOG, Réflexions sur la législation pénale du chèque, Mélanges Patin, pp. 301 à 307; M. BOITARD, Facilités de crédit et chèques sans provision, Rev. tr. dr. com. 1957, pp. 553 à 558; G. LEVASSEUR, Les ouvertures de crédit verbales et le délit d'émission de chèque sans provision, Rec. dr. pén. 1968, pp. 275 à 279; M. CABRILLAC, Le droit pénal du chèque, p. 11, n° 14.

- (34) A cet égard, la responsabilité du banquier peut être engagée au civil comme au pénal. Sur la responsabilité du donneur de crédit en général, voy. notamment Bruxelles, 15 avril 1914, pas. 1914, II, 226; Civ. Charleroi, 7 janv. 1956, Corr. Courtrai, 11 mars 1968; Gand, 4 oct. 1968, Comm. Courtrai 2 sept. 1971; Gand, 25 avril 1974, cités par A. ZENNER in Rev. Banque 1974, pp. 707, 711 et 712 dans l'article Responsabilité du donneur de crédit; Comm. Bruxelles, 2 oct. 1974, J.T. 1975, p. 44, avec obs. ZENNER, Comm. Tongres, 6 mars 1975, J.C.B. 1976, p. 123; Comm. Brux. 3 mai 1976, J.T. 1977, p. 60; note GLANSDORFF in Rev. Banque, 1967, pp. 669 et ss.; R. CUIGNET, La responsabilité juridique du banquier, donneur de crédit, Rev. Banque, 1976, pp. 4 et ss.; A. ZENNER, Nouveaux développements de la responsabilité du dispensateur de crédit, J.T. 1977, pp. 53 et 55. En droit français, voy. notamment J. STOUFFLET, L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ? J.C.P. 1965, éd. G.I. 1882 et 1966; M. VASSEUR, La responsabilité du banquier dispensateur de crédit, Banque, 1967, p. 367; plus particulièrement, à propos du non-paiement des chèques en circulation : Comm. Paris, 26 sept. 1975 D.S. Jur., p. 557 avec note A. et E. DJIAN; Rennes, 4 mai 1976, D.I.R. 1977, 189 avec note.
- (35) Ainsi, la tenue des comptes par ordinateur implique que la vérification de la provision se fait souvent après la comptabilisation des chèques, P. MEYERS, De l'escroquerie au crédit, Rv. dr. pén. crim. 1973-1974, p. 111.
- (36) J. MESSINNE, déjà cité sub note 7; H. BOSLY, L'émission de chèques sans provision et les cartes de crédit, Rev. dr. pén. crim. 1973-74, pp. 157 et ss.
- (37) J.C.P. 1951, II, 6558 bis; Gaz. Pal, 1951, 1, 87.
- (38) J.C.P. 1953, II, 7490; obs. BECQUE et CABRILLAC, Rev. tr. dr. comm. 1953, p. 458, n° 7.
- (39) J.C.P. 1958, II, n° 10556 et observations BOUZAT; Rec. Dalloz 1958 p. 174 et note M.R.M.P.; extraits et commentaires par X. MARIN dans Banque 1958, p. 178; obs. de BECQUE et CABRILLAC dans Rev. tr. dr. comm. 1958, p. 356.
L'arrêt attaqué du 20 janvier 1955 de la Cour d'appel de Paris a paru au Dalloz 1955, p. 777 avec une note de M. DERRIDA.
- (40) Un commerçant avec le concours d'un banquier, avait imaginé un système lui permettant de poursuivre ses affaires grâce à une combinaison d'émission de chèques sans provision remis en garantie et d'escompte de traites ne reposant pas sur des opérations commerciales réelles. La Cour d'Appel de Paris l'avait condamné pour émission de chèques sans provision et les préposés de la banque avaient été retenus comme complices. Pour un rappel complet des faits, voy. l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 20 janvier 1955, cité ci-avant, sous la note 36. Egalement le résumé qui en est fait par BOUZAT, obs. déjà citées. X. MARIN a pu parler à l'époque de "décision d'espèce" appréciation qui s'est révélée inexacte par la suite.

- (41) Cass. fr. 28 janv. 1959, J.C.P., 1959, II, 11012 et note BOUZAT, Banque, 1959, p. 385 et obs. MARIN; Cass. fr. 4.2.59 D. 1959, p. 119, J.C.P. 1959, II, 11068, obs. BECQUE et CABEILLAC dans Rev. tr. dr. com. 1959, p. 462, n° 7, obs. BOUZAT, ibid. p. 799, n° 3; Cass. fr. 7 oct. 59, J.C.P. 1959, IV, 134, obs. BOUZAT dans Rev. tr. dr. com. 1960, p. 217, n° 7; Cass. fr. 19 janv. 1960, J.C.P. 1960, II, 11468, obs. BECQUE et CABRILLAC, Rev. tr. dr. com. 1960, p. 368, n° 3, obs. BOUZAT, ibid. p. 450 n° 10; Cass. fr. 7 juin 1966, D. 1966, p. 616, obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE, Rev. tr. dr. com. 1967, p. 210, n° 8; Cass. fr. 18 juil. 1968, Gaz. Pal. 1968, 2, 247 avec note, Banque 1968, p. 891, obs. X. MARIN; Cass. fr. 14 avril 1974, D. 1974, Inf. rap. p. 131.
- (42) D. 1960, Chron. p. 221.
- (43) H. BOSLY, op. cit. pp. 165 et 166.
- (44) in Rev. tr. dr. com. 1975, p. 334, n° 6.
- (45) D. 1975, Somm. 22; Banque, 1975, p. 434, obs. L. MARTIN
- (46) Voy. CABRILLAC et RIVES-LANGE cités sub 41, p. 335.
- (47) Il est vrai que la France a connu une telle augmentation de l'émission de chèques sans provision qu'elle a été amenée à légiférer dans un sens sensiblement différent du nôtre. Voy. Y. POULLET, Etude de la loi française du 3 janvier 1975 relative à la prévention et à la répression en matière de chèques, J.T. 1977, p. 17.
- (48) Cass. 20 janv. 1910, Pas. 1910, I, 76.
- (49) Corr. Bruges, R.W. 1970-71, Col. 84 et 85.
- (50) Arrêt n° 496. En cause S.A. Itico et M.P./Maurisset.
- (51) R.W. 1975-76, col. 1580 et 1581.
- (52) Voir note 13.
- (53) GHYSEN, op. cit. p. 295.
- (54) Op. cit. t. IV, p. 464.
- (55) Op. cit. p. 167 et références citées.
- (56) Sur cette question, voy. in Pas. 1953, I, 682, la note P.M. sous Cass. 4 mai 1953, avec les références citées.
- (57) MARCHAL et JASPAR, Droit Criminel, n° 1636.
- (58) Cass. fr. 4 janv. 1951, déjà cité à la note 36; Cass. 30 déc. 1952, J.C.P. 1953, II, 7490, Banque, 1954, p. 178.
- (59) Sur l'erreur invincible, voy. notamment J. CONSTANT, Manuel de droit pénal, t. I, p. 171, n° 151 et ss.; P.E. TROUSSE, Les principes généraux du droit positif belge, in Nouvelles, Droit pénal, t. I, vol. I, n° 2566 et ss.; R. LEGROS, L'élément moral dans les infractions, n° 51; note J. VERHAEGEN sous Pol. Nivelles 16 oct. 1973, Rev. dr. pén. crim. 1974-75, p. 561. Parmi les arrêts récents, voy. notamment Cass. 3 mai 1954, Pas. 1954, I, 745; Cass. 27 janv. 1969, Pas. 1969, I, 483; Cass. 17 juin 1974, Pas. 1974, I, 1061.
- (60) P.E. TROUSSE, op. cit., n° 2571.
- (61) "Une ouverture de crédit susceptible de servir de provision à un chèque ne peut résulter que de....".

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

Séminaire de droit commercial

jeudi 29 mai 1975

SD 407

LES CHEQUES ET LEUR UTILISATION

Rapporteur : Me G. DAL, Assistant à la
Faculté de Droit de Louvain,
Avocat à la Cour d'Appel de Bruxelles

Avec la participation de M. J. LIEBAERT,
Conseiller juridique à la Kredietbank

f