

508442

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

Faculté de Droit

Unité de Droit Economique

50307
L'application de l'article 445, alinéa 4,
de la loi sur les faillites aux sûretés
constituées en période suspecte en
garantie du solde d'un compte courant.

par François T'KINT
Assistant à la Faculté de
Droit de l'Université
Catholique de Louvain.

Note sous l'arrêt de la Cour de Cassation
du 18 mai 1973

- Avril 1975 -

+

Cour de cassation, 1ère chambre, 18 mai 1973.

Président : Chevalier RUTSAERT
conseiller faisant fonctions de président.

Rapporteur : M. GERNIERS.

Conclusions conformes : M. GANSHOF VAN DER MEERSCH
procureur général.

Plaidants : MM. DASSESSE et VAN, RYN.
(SCHEEPERS et AUTRES, C. SOCIETE GENERALE DE BANQUE.)

Vu l'arrêt attaqué, rendu le 20 janvier 1971 par la Cour
d'appel de Liège;

Sur le moyen pris de la violation des articles 6, 1134, 1135, 1253 à 1256, 1319, 1320, 1322, 2073 du Code civil, 7, 8, 9 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851, 437, 445, spécialement alinéa 4, 561 de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites (livre III du Code de commerce), 1er, 4 de la loi du 5 mai 1872 sur le gage (livre 1er, titre VI, du Code de commerce), 12 de la loi du 25 octobre 1919 sur la mise en gage du fonds de commerce (article 2 de l'arrêté royal n° 282 du 30 mars 1936, confirmé par l'article unique de la loi du 4 mai 1936) et 97 de la Constitution,

en ce que, après avoir constaté que : 1° le 15 avril 1965, la défenderesse avait accordé au futur failli une ouverture de crédit, réalisable sous la forme d'avance sur compte courant et garantie pour un montant de 200.000 francs par un gage sur fonds de commerce; 2° le 11 août 1966; lorsque le débit en compte courant du futur failli avait atteint le montant de 692.320 francs, la défenderesse avait obtenu un second gage sur

fonds de commerce pour sûreté de la même ouverture de crédit en compte courant, aussi pour un montant de 200.000 francs; 3° le 3 janvier 1967, la défenderesse avait résilié l'ouverture de crédit, dont le solde débiteur s'élevait alors à 644.287 francs; 4° le 30 janvier 1967, avait été rendu le jugement déclaratif de la faillite fixant la date de la cessation des paiements au 31 juillet 1966; 5° la défenderesse avait demandé que sa créance de 644.287 francs fût inscrite au passif privilégié à concurrence de 400.000 francs; 6° le premier juge n'avait admis l'inscription au passif privilégié qu'à concurrence de 200.000 francs en vertu du premier nantissement, et avait déclaré le second nantissement nul et sans effet relativement à la masse, comme ayant été consenti pendant la période suspecte pour sûreté d'une dette antérieurement contractée, l'arrêt, réformant le jugement, décide que le second nantissement est valable et opposable à la masse et que la défenderesse doit être admise au passif privilégié pour 400.000 F et au passif ordinaire pour 244.287 francs, aux motifs que "... la convention de constitution de gage du 11 août 1966 prévoit que la sûreté garantit à concurrence de 200.000 francs le remboursement : a)...b) de tous les montants dont le crédit serait redevable à la banque... par suite d'opérations conclues ou à conclure..."; qu'ainsi de nouvelles opérations étaient prévues et ont en fait été réalisées; qu'il échet d'examiner dans quelle mesure ces nouvelles opérations sont couvertes par la sûreté;... qu'un compte courant ne constitue pas un ensemble indivisible dont le solde ne serait établi qu'au moment de sa clôture, soit au crédit soit au débit du client, qu'il se présente au contraire comme une série d'opérations, créances et dettes, dont chacune fait naître une dette réelle, fût-elle non exigible, à charge de l'une des parties; qu'à défaut de clause contraire pour le règlement de ces opérations, il faut observer les dispositions des articles 1253 et 1256 du Code civil et imputer les paiements sur la dette la plus ancienne; ... que la continuation du compte courant après le 11 août 1966 implique in se la possibilité d'octroi de nouveaux crédits par la banque; qu'en réalité les opérations sur le compte courant ont été poursuivies comme auparavant, le client effectuant des paiements et la banque accordant des crédits

supplémentaires; qu'ainsi, depuis le jour de la constitution de la sûreté jusqu'à celui de la clôture du compte courant, la firme a payé un total de 1.004.133 francs tandis que pendant la même période la banque a accordé 933.807 francs de crédits; que les paiements doivent être imputés sur les dettes les plus anciennes et en premier lieu sur la dette la plus ancienne de 692.320 francs existant au 11 août 1966, de sorte que la banque a accordé un nouveau crédit supplémentaire de 933.807 francs (= 311.863 francs + 621.944 francs); que ce montant constitue la nouvelle dette et que la sûreté constituée pour un montant de 200.000 francs est, dès lors, valable",

alors que, première branche, de la constatation que le montant de la constitution de gage litigieuse était inférieur à celui du solde débiteur du compte courant au moment de cette constitution, inférieur même à la partie de ce solde qui n'était pas couverte par la sûreté antérieure, et qu'en outre le solde définitif du compte était inférieur au solde provisoire, il résultait légalement, en vertu de l'article 445, alinéa 4, de la loi sur les faillites et du principe d'ordre public de l'égalité des créanciers pendant la période suspecte qui constitue le fondement de cette disposition légale, que le gage constitué le 11 août 1966 par le futur failli, pour sûreté de la dette que celui-ci avait contractée antérieurement envers la défenderesse, n'est pas opposable à la masse représentée par le demandeur, de sorte qu'en déclarant ce gage valable relativement à la masse et en admettant la défenderesse au passif privilégié pour 400.000 francs au lieu de 200.000 francs, l'arrêt viole l'article 445 précité de la loi du 18 avril 1851 et, pour autant que de besoin, les articles 437 et 561 de cette loi, 7, 8, 9 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851, 6, 2073 du Code civil, 1er de la loi du 5 mai 1872 et 12 de la loi du 25 octobre 1919:

deuxième branche, il ressort du texte de l'acte du 11 août 1966, par lequel la sûreté litigieuse a été constituée, que la constitution de gage avait un double objet, à savoir de garantir à la fois la dette existante et celle qui résulterait des opérations ultérieures sur le compte courant; que la sûreté constituée pendant la période suspecte ne pouvait être valable relativement à la masse qu'à concurrence de la nouvelle dette qui serait éventuellement comprise dans le solde définitif; que, les relations entre parties en compte courant ayant continué normalement par des remises respectives du client de la banque, suivies après chaque opération de l'envoi d'un extrait indiquant le solde du compte, la détermination de la nouvelle dette, à supposer les éléments visés dans la première branche insuffisante pour en établir l'inexistence, nécessitait un examen des variations du solde pendant la période intermédiaire pour fixer le montant à concurrence duquel, en contrepartie de la sûreté, la défenderesse aurait accepté de courir de nouveaux risques; qu'en rejetant cette méthode proposée par le demandeur dans ses conclusions subsidiaires comme étant la seule conciliable avec la nécessité de respecter la volonté commune des parties lors de la conclusion du contrat de compte courant, et en y substituant celle décrite dans les motifs, qui, consistant à additionner fictivement les remises effectuées par le client postérieurement à la constitution de la sûreté litigieuse et à les imputer sur le solde provisoire comme remboursement de la dette la plus ancienne, conduit, pour déterminer le montant de la créance garantie, à réduire à néant l'économie de la convention, l'arrêt viole, outre les dispositions citées dans la première branche, les articles 1134 et 1135 du Code civil concernant le respect de la convention entre parties et, pour autant que de besoin, les articles 1319, 1320 et 1322 du même code, régissant la foi due aux actes précités des 15 avril 1965 et 11 août 1966;

troisième branche, la dérogation à l'indivisibilité du compte courant, imposée par le principe de l'égalité des créanciers pendant la période suspecte, ne transforme pas le solde débiteur du compte lors de la constitution de la seconde sûreté en une dette "échue", à laquelle le juge peut appliquer les règles de l'imputation des paiements (violation des articles 1253 à 1256 du Code civil), ni en une dette "distincte", soustraite aux variations ultérieures des soldes (violation des articles 1134 et 1135 du Code civil); que si, pour déterminer la "nouvelle dette" qui serait garantie par la sûreté litigieuse, il s'avérait ainsi nécessaire de dénaturer le contrat de compte courant pour donner au solde provisoire les caractères d'une dette définitive, la logique commanderait d'y affecter la première sûreté et, après apurement de cette dette par imputation de l'ensemble des remises ultérieures du client, de déclarer caduc le gage constitué le 15 avril 1965 par le futur failli, de sorte qu'en admettant au contraire la défenderesse au passif privilégié à concurrence de 400.000 francs, c'est-à-dire pour le montant des deux natissements, l'arrêt viole les articles 1er et 4 de la loi du 5 mai 1872, consacrant le caractère accessoire du contrat de natissement, et ne motive pas régulièrement sa décision (violation de l'article 97 de la Constitution) :

Attendu qu'en vertu de l'article 445 de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, les sûretés constituées pendant la période de cessation des paiements sont nulles si elles concernent les dettes antérieurement contractées;

Attendu que l'arrêt constate que la défenderesse a consenti un crédit à la firme "Majoco" sous la forme d'avances sur compte courant, que, pour sûreté de cette ouverture de crédit, la défenderesse a obtenu de cette firme, le 15 avril 1965, une première constitution de gage pour un montant de 200.000 francs et, le 11 août 1966, une seconde constitution de gage aussi pour un montant de 200.000 francs; qu'au moment de la seconde constitution de gage, le compte courant

présentait un solde débiteur de 692.320 francs et, lors de la clôture de ce compte, un solde débiteur de 621.944 francs; quela firme "Majoco" a été déclarée en faillite et que la période de cessation des paiements a débuté le 31 juillet 1966;

Attendu que le demandeur fait grief à l'arrêt d'avoir considéré comme valable la constitution de gage du 11 août 1966 au profit de la défenderesse, bien que cette sûreté eût été consentie pendant la période de cessation des paiements et dût, dès lors, conformément à l'article 445 précité, être déclarée nulle dans la mesure où elle comernait des dettes antérieurement contractées;

Attendu que, s'il est vrai que le solde débiteur du compte courant excédait le montant du gage, lors de la constitution de celui-ci le 11 août 1966, il échet néanmoins d'observer que quivant l'arrêt, d'une part, la sûreté consentie à cette date était destinée à garantir tous les montants dont le crédit serait redevable à la banque "par suite d'opérations conclues ou à conclure", et, d'autre part, que depuis la constitution du gage susmentionnée jusqu'au jour de la clôture du compte courant la firme "Majoco" a payé un total de 1.004.183 francs tandis que pendant la même période de la banque a accordé 933.807 francs de crédits";

Attendu que, sans violer l'égalité des créanciers intéressés à une faillite, voulue par ledit article 445, la Cour d'appel a pu décider, en se fondant sur les constatations ainsi faites et en interprétant la volonté des parties, qu'en ce qui concerne la question juridique de l'opposabilité à la masse de la constitution de gage du 11 août 1966 les remises faites par la firme "Majoco" depuis cette constitution de gage devaient être imputées sur les dettes les plus anciennes, de sorte que, après ces dernières remises, ladite constitution de gage n'avait plus trait qu'aux crédits accordés depuis le 11 août 1966 et à la dette

qui en résultait; qu'ainsi l'arrêt a pu considérer cette constitution de gage comme valable et opposable à la masse;

Par ces motifs, la Cour rejette le pourvoi; condamne le demandeur, qualitate qua, aux dépens.

NOTE.

L'application de l'article 445, alinéa 4, de la loi sur les faillites aux sûretés constituées en période suspecte en garantie du solde d'un compte courant.

I.-Position de la question.

1. - La Société Générale de Banque ouvre, le 15 avril 1965, un crédit en compte courant à un sieur Dooms faisant le commerce sous l'enseigne "Majoco". Le remboursement de ce crédit est garanti, à concurrence de 200.000 francs, par un gage sur fonds de commerce. Le 11 août 1966, alors que le compte courant présente un solde de 692.320 francs en faveur de la banque, un second gage sur fonds de commerce est constitué par Dooms pour un montant de 200.000 francs également. L'ouverture de crédit est dénoncée et le compte courant arrêté le 3 janvier 1967. Le solde en faveur de la banque s'élève à 644.287 francs.

Dooms est déclaré en faillite le 30 janvier 1967. Le jugement fixe au 31 juillet 1966 la date de la cessation des paiements. La Société Générale de Banque demande son admission au passif privilégié pour la somme de 400.000 francs, sur base des deux nantissements, et au passif chirographaire pour la partie non garantie de sa créance, soit 244.287 francs.

Le curateur estime que le second nantissement, consenti par le futur failli en période suspecte, garantit une créance antérieure à sa constitution, le solde débiteur du compte courant à cette date, et ne peut donc être opposé à la masse, aux termes de l'article 445, alinéa 4, de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites.

Le tribunal de première instance de Tongres, siégeant consulairement, adopte le point de vue du curateur dans son jugement du 17 mars 1969; la créance de la Société Générale de Banque est admise au passif privilégié pour la somme de 200.000 francs, sur la base du premier nantissement, et au passif chirographaire pour la somme de 444.287 francs.

2. - Le jugement est réformé par un arrêt du 20 janvier 1971 de la Cour d'appel de Liège.

La Cour écarte d'abord une application stricte de la règle de l'indivisibilité du compte courant. Le solde débiteur, à la date de la constitution de la sûreté, est une créance qui doit être prise en considération pour l'application de l'article 445, alinéa 4 de la loi sur les faillites.

Cependant, après avoir relevé que, suivant la convention des parties, le nantissement litigieux a été constitué pour garantir, à concurrence de 200.000 francs, "tous les montants dont le crédit serait redevable à la banque... par suite d'opérations conclues ou à conclure", la Cour constate que le compte courant a continué à fonctionner normalement après le 11 août 1966. Depuis cette date jusqu'à la clôture, peu avant la faillite, les remises de Dooms se sont élevées à 1.004.183 francs alors que la banque a accordé de nouvelles avances d'un montant total de 933.807 ^{francs}. Il est normal de considérer que les remises de Dooms, postérieures au second nantissement, ont apuré le solde du compte courant à cette date car "à défaut

de clause contraire... il faut observer les dispositions des articles 1253 et 1256 du Code civil et imputer les paiements sur la dette la plus ancienne". Le nantissement du 11 août 1966 conforte donc exclusivement les avances nouvelles de la banque et peut être opposé à la masse.

3. - Le moyen unique du recours en cassation introduit par le curateur relève, dans une première branche, que le montant du second nantissement est inférieur au solde provisoire du compte courant à la date de sa constitution, inférieur même à la partie de ce solde non garantie par le premier nantissement. Comment les correspondants auraient-ils pu, par une sûreté déjà insuffisante pour couvrir la créance existante, vouloir conforter une créance nouvelle, postérieure ? Du reste, le solde final du compte est inférieur au solde provisoire : il n'existe donc pas de créance nouvelle. Le nantissement litigieux est bien visé par l'article 445, alinéa 4, de la loi sur les faillites.

La Cour de Cassation rejette cette première branche, en se bornant à approuver la motivation de la Cour d'appel qu'elle fait sienne.

Le moyen comporte deux autres branches. En tout état de cause, soutient le curateur, l'addition fictive des remises de Dooms, après la constitution du second nantissement, et leur imputation sur le solde débiteur provisoire, à la date de cette constitution, pour déterminer la créance garantie méconnaît la volonté des parties. Il eût fallu, au contraire, se livrer à l'examen attentif des mouvements du compte, pendant la période intermédiaire, pour rechercher le montant à concurrence duquel la banque aurait accepté, en contrepartie de la sûreté, de courir de nouveaux risques. De plus, la dérogation, aujourd'hui admise en la matière, à la règle de l'indivisibilité du compte courant ne transforme pas le solde provisoire en une dette échue à laquelle le juge peut appliquer

l'imputation des paiements prévue aux articles 1253 et 1256 du Code civil. Et s'il en était ainsi, la logique exigerait que l'apurement du solde provisoire par l'imputation des remises ultérieures entraîne la caducité du premier nantissement du 15 avril 1965, devenu sans objet. La banque ne pourrait donc, en toute hypothèse, être admise au passif privilégié sur la base des deux nantissements.

La Cour de cassation estime que, dans ces deux branches, le moyen est mélangé de fait et de droit et est donc irrecevable. Elle en écarte l'examen.

4. - Toutes les sûretés consenties en période suspecte, ou dans les dix jours qui la précèdent, par le futur failli ne sont pas condamnées par l'article 445, alinéa 4, de la loi sur les faillites. Seules, sont inopposables à la masse celles qui sont constituées "pour dettes antérieurement contractées". Il faut admettre les sûretés destinées à garantir de nouvelles avances : il serait peu équitable que la masse profite des valeurs remises au débiteur en s'affranchissant des conditions de leur octroi. En revanche, le législateur de 1951 a voulu éviter que le débiteur crée, après coup et in tempore suspecto, une situation plus avantageuse à un créancier moins patient, en grevant son patrimoine au détriment de l'ensemble des autres créanciers. L'antériorité de la dette par rapport à la sûreté est suspecte.

L'application de cet article peut susciter des difficultés lorsque les avances ont été consenties en compte courant. La convention de compte courant est un mode original de règlement des créances et dettes réciproques des correspondants. La liquidation n'intervient qu'à la clôture du compte : c'est le paiement du solde à ce moment que la sûreté doit garantir.

Mais toutes les remises contribuent à la formation du solde final. Dès lors, dans quelle mesure n'existe-t-il

pas à la date de la constitution de la sûreté une dette à charge du constituant, fût-elle en germe, de nature à priver la sûreté d'effet à l'égard de la masse, à concurrence de son montant? Quelle est la nature de cette dette? Peut-elle être prise en considération? Quelle est l'incidence des remises ultérieures sur son évolution et sur l'efficacité de la sûreté? Autant de questions qui ont étayé pendant près d'un siècle, de vives controverses. C'est en définitive la nature même de la convention de compte courant qu'il convient d'étudier.

II. - La solution classique.

5. - Maintes fois exposée en des termes quelque peu différents, la théorie classique du compte courant a été dégagée, en France et en Belgique, par l'effort doctrinal et jurisprudentiel de la fin du siècle dernier et du début de ce siècle (1). Nombre de codes étrangers l'ont consacrée à la même époque (2). Elle explique la convention à l'aide de deux notions : la novation des remises et l'indivisibilité du compte.

La créance du remettant s'éteint, dès son entrée en compte, et est remplacée par un article de crédit. Ainsi disparaissent les actions et exceptions qui lui sont propres,

(1) Sur l'origine et le développement de la théorie classique du compte courant en France et en Belgique, voyez les références citées par RIVES-LANGE, *Le compte courant en droit français*, n°s 41 et 42; BRUNELAT, *La protection du banquier en cas de faillite du remettant en compte courant*, p. 20, notes 2 et 3; PIRET, *Le compte courant*, p. 11 et suiv.

(2) Tel fut le cas dans les plupart des pays d'Amérique latine: Code de commerce du Chili (1865), du Guatemala (1877), de la Colombie (1879), de l'Argentine (1889), du Honduras (1898), de San Salvador (1904), du Vénézuéla (1904), de l'Equateur (1906).

La théorie classique a directement influencé la rédaction du Code de commerce portugais de 1882 et, plus récemment, des Codes de commerce libyen (1943) et syrien (1949). Le droit espagnol du compte courant, essentiellement jurisprudentiel, en a subi l'empreinte.

de même que les sûretés qui y sont attachées (1). Elle ne produit plus intérêt et la prescription cesse de courir à l'encontre du débiteur; en revanche, les articles de crédit portent intérêt au taux convenu, dès leur inscription, et la prescription de droit commun s'applique au solde du compte, à dater de la clôture. La créance du remettant est ainsi novée en une simple inscription comptable.

Les articles du compte n'ont aucune existence propre et forment un tout, soumis à un régime particulier, qui ne peut être scindé. Ils n'ont entre eux aucun rapport distinct. L'inscription d'un article de crédit ne peut jamais constituer le remboursement d'un article de débit. Il ne peut y avoir ni imputation des paiements ni compensation de tel article avec tel autre.

Dès lors, avant clôture du compte, il n'y a ni créance ni dette. Seul est exigible le solde qu'un règlement global fait apparaître à ce moment. "Qui est créancier, qui est débiteur, je n'en sais rien, je vois bien des articles de crédit et des articles de débit; si, à un moment donné, j'arrêtais le compte courant, je ferais masse de toutes les opérations; j'additionnerais d'une part les articles de crédit, d'autre part les articles de débit, je compenserais et, ce nivellement opéré, je pourrais dire qui est créancier, qui est débiteur. Mais tant que le compte court, il n'y a ni créance ni dette, il y a confusion des articles de crédit et de débit; c'est ce que l'on exprime en disant : le compte courant est indivisible" (2).

(1) Rien n'empêche toutefois les correspondants de reporter la sûreté qui garantit une créance passée en compte sur le solde de celui-ci. Cette volonté peut être implicite.

(2) FEITU, Traité du compte courant, Paris, 1873, p. 312.

Ainsi, la dette ne prend naissance qu'à la clôture et la sûreté constituée en cours de fonctionnement du compte ne peut concerner qu'une dette postérieure à la constitution. Elle échappe donc nécessairement à l'inopposabilité de l'article 445, alinéa 4, de la loi sur les faillites.

Il n'y a pas lieu de rechercher si les avances garanties sont intervenues après le nantissement. Il suffit que celui-ci ait été consenti avant la clôture du compte pour qu'il soit opposable à la masse faillie.

La solution a trouvé sa première expression en France dans l'arrêt de la Cour de cassation du 29 décembre 1880 (5). Elle a été confirmée, de façon particulièrement nette, par les arrêts du 24 juin 1903 (6) et du 23 mai 1927 (7). En Belgique, les juridictions de fond l'ont consacrée à plusieurs reprises, sans que la Cour de cassation fût appelée à se prononcer (8).

Les droits étrangers qui ont construit la convention de compte courant sur le modèle classique français s'y sont ralliés.

(5) Cass. civ. 29 décembre 1880, D.P., 1881, I, 54.

(6) Cass. civ., 24 juin 1903, D.P., 1903, I, 472.

(7) Cass. req., 23 mai 1927, S., 1928, I, 97 : "Si le nantissement constitué en période suspecte pour dette antérieurement contractée est nul en vertu de l'article 446 du Code de commerce (article 445 de la loi belge du 18 avril 1851), il en est autrement du nantissement qui garantit un compte courant; l'indivisibilité du compte, lequel n'est arrêté que par la faillite, entraîne cette conséquence que la dette pour laquelle le nantissement a été constitué, n'est pas antérieure, mais au contraire postérieure, et qu'elle ne peut par suite tomber que sous le coup de l'article 447 du Code de commerce (article 446 de la loi belge du 18 avril 1851)".
Voyez aussi : cass. req., 4 juillet 1939, Rev. gén. dr. comm., 1940;48; Colmar, 3 juillet 1865, D., 1865, II, 225; Lyon, 2 juillet 1831, S?n 1924, II, 60.

(8) Liège, 3 juillet 1934, Jur. Liège, 1934, 225; comm. Bruxelles, 16 novembre 1898, Pas., 1899, III, 81; comm. Mons, 12 février 1924, Pas., 1924, III, 104; civ. Termonde, siég. cons., 10 janvier 1931, Rev. Not., 1932, 122; comm. Courtrai, 19 avril 1934, Pas., 1935, III, 144.

6. - Les droits français et belge ont été profondément marqués par l'empreinte de la théorie classique. L'évolution de la solution du problème de l'opposabilité à la masse des sûretés constituées en période suspecte en garantie du solde du compte illustre l'effort constant de la doctrine et de la jurisprudence pour se dégager peu à peu du modèle. Aujourd'hui encore, les théories modernes du compte courant n'en ont pas écarté complètement l'influence.

A l'étranger, le compte courant est parfois conçu sous une forme différente.

Dans les pays de la common law, le compte en banque ne correspond pas à une institution juridique distincte. Le droit commun des obligations lui est applicable. Plus précisément, le mécanisme repose sur la compensation successive des reverses par l'imputation des articles nouveaux sur les articles les plus anciens en sens opposé. Le compte courant n'est qu'un simple tableau de comptabilité; il s'apparente davantage à un compte de dépôt. On comprend, dès lors, que le problème des sûretés constituées en garantie du paiement du solde ne présente pas l'importance que nous lui connaissons. L'antériorité de la dette par rapport à la sûreté peut être aisément vérifiée. Du reste, l'élément déterminant qui permet, en droit anglais et en droit américain, d'annuler un acte qui avantage un créancier, pendant la période qui précède la faillite, est intentionnel. Aucune caractéristique objective de l'acte n'est de nature à entraîner son annulation de plein droit (9).

(9) Paget's law of Banking, 6ème éd., par M. MEGRAH 1961, p. 55 et suiv., p. 120 et suiv.; Lord CHORLEY, Law of Banking, 4ème éd. 1960, p. 135 et suiv., VASSEUR et MARIN, Banques et opérations de banque, t. 1er, Les comptes en banque, n° 339; BEUNELAT, La protection du banquier en cas de faillite du remettant en compte courant, n° 62.

Les articles 355 et 357 du Code de commerce allemand ont construit la convention de compte courant sur un modèle qui n'est pas fondamentalement opposé à la conception classique. Une différence essentielle apparaît cependant : on peut considérer, en fait, que le compte est clôturé à chaque arrêté périodique. Il s'opère, à ce moment, compensation entre toutes les créances passées en compte et le solde qui en résulte est bien une créance unique et nouvelle. Après chaque arrêté, le solde est reporté et constitue le premier poste du nouveau compte qui sera clôturé au prochain arrêté. Les arrêts périodiques sont établis tous les six mois. Quant aux sûretés constituées en période suspecte, elles peuvent être annulées, même si elles sont destinées à garantir le paiement du solde qui apparaîtra au prochain arrêté, lorsque la preuve est faite que le banquier a eu connaissance de la cessation de paiements de son client et du préjudice que la constitution de la sûreté causait aux autres créanciers (10).

Le droit italien distingue le compte courant ordinaire du compte courant bancaire. Seul, le premier présente les caractéristiques d'un véritable compte courant au sens où nous l'entendons. Il est assez proche de la construction allemande : la clôture intervient à chaque arrêté de compte, en principe tous les semestres. Mais toute idée de novation et d'indivisibilité est écartée : les créances primitives ne perdent pas leur originalité par leur entrée en compte et il est permis, même entre deux arrêts de clôture, de prendre en considération le solde que fait apparaître la balance provisoire. Le compte courant bancaire repose davantage sur le mécanisme de compensation immédiate des remises ; il présente avant tout un aspect comtable. Le sort des sûretés constituées en période suspecte n'offre guère d'analogie avec les systèmes français et belge : le droit italien de la faillite ne retient pas le critère d'antériorité de la dette garantie par rapport à la sûreté (11).

-
- (10) Parmi les principaux ouvrages allemands qui traitent de la question, voyez notamment : HEROLD et LIPPISH, *Bank- und Börsenrecht*, 2ème éd., 1962, p. 44 et s.; *Bankgeschäftliches Formularbuch*, par Erich TROST et Wilhem SCHÜTZ, 16ème éd., 1963. On lira utilement : PIRET, *Le compte courant*, 1932; PAUDOUIN-BUGNET, "Le compte courant dans la législation allemande", in *Etudes pratiques de droit commercail*, 1936, p. 189 à 206; VASSEUR et MARIN, op. cit., n° 344; BRUNELAT, op. cit., n° 56; GANSHOF, *Le droit de la faillite dans les Etats de la Communauté économique européenne*, n° 61.
- (11) CARLO FOLCO, *Il sistema del diritto della banca*, 1959; VASSEUR et MARIN, op. cit., n° 339.

En droit néerlandais, l'entrée en compte d'une créance n'entraîne pas novation. La règle de l'indivisibilité, par contre, est établie : seul le solde final, produit d'une compensation globale, est une véritable créance. Quant aux sûretés constituées en garantie du paiement de ce solde, elles seront inattaquables lorsqu'elles auront été promises plus de quarante jours avant la déclaration de faillite. Aussi, les banquiers font-ils signer à leurs clients, lors de l'ouverture du compte courant, l'engagement de leur fournir toutes les sûretés qu'ils jugeront nécessaires eu égard à leur position en compte. Lorsque cet engagement est antérieur de plus de quarante jours à la faillite, la sûreté, même constituée durant cette période, ne peut être annulée (12).

7. - Le modèle classique prête à la critique et sa logique formelle n'est guère équitable.

Ainsi, la novation est la substitution d'une obligation à une autre : une créance s'éteint et est remplacée par une créance nouvelle. Comment pourrait-il y avoir novation lorsque la créance passée en compte courant est transformée en un simple article de crédit ? La créance originale disparaît, certes, mais on ne trouve pas trace de la création corrélatrice d'une créance nouvelle. L'inscription comptable portée au crédit du remettant n'a aucune existence propre. Elle concourt à la formation d'un solde qui résultera, à la clôture du compte, d'un règlement global. L'article du compte n'est que le "germe, qui, avec d'autres, formera dans l'avenir une créance exigible" (13). Le concept de novation n'explique pas de façon adéquate la mutation des créances remises (14).

(12) DE GROOTH, *De rechtsleer der rekening-courant en de compensatie*, 1948; BRUNELAT, *op. cit.*, n° 60.

(13) DE PAGE, *Traité*, III, n° 564 bis.

(14) ESMEIN, "Essai sur la nature juridique du compte courant", *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1920, p. 179; ESCARA, *Principes de droit commercial*, 1936, VI, p. 309; PIRET, *Le compte courant*, n° 159; DE PAGE, n° 564 bis; AZOULAI, note sous *cass. comm.*, 10 juin 1949, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, p. 363. Les auteurs classiques ont eu conscience de cette difficulté. Aussi parlent-ils d'une "quasi-novation" ou d'une "sorte de novation" (LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, 1907, IV, n° 805), d'une "novation sui generis" (FEITU, *op. cit.*, p. 275), d'une "novation très particulière" (HAMEL, *Banques et opérations de banques*, 1933, I, n° 365). Ces expressions embarrassées cachent mal l'imprécision juridique.

L'indivisibilité du compte est plus critiquable. Dans la plupart des cas, elle n'est pas conforme à l'intention des correspondants. Ceux-ci entendent certes faciliter le règlement de leurs créances réciproques et leur convention est bien un mode original de liquidation : le compte courant n'est pas un simple tableau de doit et avoir. Les remises sont intégrées à un ensemble qui a ses règles propres mais l'indivisibilité explique mal ce mécanisme. Elle méconnaît la réalité économique qu'est, à chaque instant, le solde du compte. Dans l'esprit des parties, le solde provisoire est une créance réelle. Il apparaît au bilan des sociétés et dans toute situation comptable. Dans le compte courant bancaire, il est normalement disponible. Le client de la banque entend bien l'utiliser (15). Chaque opération est suivie de l'établissement d'un arrêté de compte. Ces balances provisoires permettent aux correspondants de connaître leur situation; elles sont nécessaires au calcul des intérêts par échelles (16).

-
- (15) La pratique des comptes bloqués est, en effet, exceptionnelle. Sans doute le banquier peut-il s'interdire d'exiger remboursement du découvert du client, à concurrence d'un certain montant et pendant un temps déterminé, mais c'est en vertu d'une convention annexe d'ouverture de crédit. Certains pays connaissent une distinction entre le compte courant ordinaire et le compte courant bancaire. Tel est le cas de l'Italie, de l'Espagne, de la plupart des pays d'Amérique latine. Au Danemark et en Suisse, la distinction moins prononcée, est cependant réelle. Dans ces pays, le compte courant ordinaire implique, à tous le moins, l'indisponibilité du solde jusqu'au plus prochain arrêté de compte. En outre, la réciprocité des remises est entendue de façon plus étroite : la situation de chaque correspondant doit pouvoir être créditrice ou débitrice. Dans le compte courant bancaire, le solde est exigible à tout moment par le client. Il est admis qu'il puisse demeurer toujours créancier ou débiteur en faveur du même correspondant.
- (16) VAN RYN, Principes de droit commercial, t. III, n° 2101; VASSEUR Et MARIN, Banques et opérations de banque, t. Ier, Les comptes en banque p. 449 et suiv. Ces auteurs sont partisans d'une conception plus moderne de l'indivisibilité, qui, tout en maintenant la fusion des articles de compte au sein d'un ensemble homogène, admet la possibilité de prendre en considération, à tout moment, la position créditrice ou débitrice des correspondants.

Peu réaliste, la théorie de l'indivisibilité peut avoir des conséquences fâcheuses pour les tiers. Ainsi, elle permet à un débiteur de soustraire une partie de son actif à ses créanciers; la saisie-arrêt du solde provisoire d'un compte courant n'est pas possible (17).

Les règles de la faillite peuvent être éludées; l'efficacité certaine des sûretés constituées en période suspecte en garantie du paiement du solde du compte, à la clôture, va à l'encontre de la volonté du législateur de 1851 d'assurer le respect de l'égalité entre les créanciers. La solution fait la part belle au créancier en compte courant, c'est-à-dire au banquier dans la plupart des cas, en lui permettant de conforter sa créance en période suspecte (18).

III. - La prise en considération du solde provisoire.

3. - La jurisprudence a été sensible à ces critiques. Elle s'est efforcée de réduire les conséquences préjudiciables de la règle de l'indivisibilité en assurant d'avantage le respect des droits des créanciers du débiteur en compte courant. En un premier temps, tout en préservant l'unité et l'homogénéité du compte, les Cours et Tribunaux permettent progressivement la prise en considération de la position créditrice ou débitrice provisoire des correspondants avant la clôture.

(17) VAN RYN, Principes, t. III, n° 207; FREDERICO, Traité de Droit commercial, t. IX, n° 146; VASSEUR et MARIN, op. cit., p.455; PIRET, op. cit., n° 171; cass. civ., 23 janvier 1922, D., 1925, I, 72, et S., 1923, I, 225 et note ESMEIN; voyez l'opinion contraire de J. HAMEL, Banques et opérations de banque, 1943, t. Ier, n° 382.

(18) Sur la critique de la théorie de l'indivisibilité, voyez notamment : ZAMFIRESCO, Le contrat de compte en droit comparé, Paris, 1923, p. 95 et suiv.; WATER, "Compte courant, variations de jurisprudence et de doctrine", Revue du droit bancaire, 1932, p. 201 et suiv.; PIRET, op. cit., p. 213 et suiv., HAMEL, note sous cass., civ. 21 juillet 1931, S., 1932, I, 49, et note sous cass. civ., 1er avril 1935, S., 1936, I, 33; PIRET, "Le recul du principe de l'indivisibilité de la dette en compte courant dans son conflit avec les droits des tiers", Rev. faillites, 1939, p. 299.

Dès 1920, la Cour d'Appel de Gand relève que la "balance du compte, c'est-à-dire le débit et le crédit, le passif et l'actif du moment, peuvent être dégagés des écritures par une simple opération de calcul, comme ils le sont dans l'usage du commerce pour les arrêts périodiques". Même si la dette de l'un des correspondants n'est pas exigible avant la clôture du compte, elle existe cependant et les parties peuvent donc en garantir le paiement. Le solde débiteur provisoire, à la date de la constitution d'une sûreté, doit être pris en considération pour l'application éventuelle de l'article 445, alinéa 4, de la loi sur les faillites car "cette disposition parle de dettes contractées et non de dettes exigibles" (19). La jurisprudence nouvelle est confirmée par les arrêts de la même Cour des 26 juillet 1923 (20) et 17 mars 1932 (21). La Cour d'appel de Bruxelles statue dans le même sens le 23 juin 1939 (22).

La prise en considération du solde provisoire est retenue dans d'autres hypothèses où des effets juridiques lui sont reconnus (23). La solution s'affirme, mais à l'abri de la censure

(19) Gand, 8 décembre 1920, Pand. pér., 1921, p. 264.

(20) Inédit, confirmant comm. Saint-Nicolas, 24 avril 1923, Pas., 1924, III, 71.

(21) Belg. jud., 1933, col. 55. Cet arrêt ne se prononce pas sur l'application de l'article 445, alinéa 4 de la loi sur les faillites. Il admet, de façon assez sommaire, la validité d'une sûreté constituée en garantie du solde débiteur provisoire d'un compte courant.

(22) Rev. faillites, 1939, p. 316, avec le jugement confirmé de comm. Bruxelles, 26 mars 1938.

(23) Une caution garantit, à concurrence d'un montant déterminé et pour une durée indéterminée, le remboursement d'avances sur compte courant consenties à un tiers. Avant clôture du compte, elle révoque sa garantie pour l'avenir. La caution demeure tenue du remboursement de la dette que fait apparaître la balance provisoire à la date de la révocation à concurrence du montant convenu (Bruxelles, 3 juin 1933, Belg. jud., 1933, col. 503, avec le jugement confirmé de civ. Charleroi, 5 décembre 1932). Une solution identique est approuvée lorsque la caution s'est engagée pour une durée déterminée et que le compte courant continue à fonctionner après le terme fixe. La garantie vaut pour le solde provisoire à cette date (Liège, 29 mai 1936, Pas., 1937, II, 77, et 6 janvier 1938, jur. Liège, 1938, p. 105).

de la Cour de cassation qui, prudente, abandonne au juge du fond l'interprétation de la volonté des correspondants, "la loi ne réglant pas spécialement la convention de compte courant et les parties en fixant librement les conditions, les modalités et les effets" (24).

9. - La Cour de cassation française est moins réticente. On sait qu'à plusieurs reprises elle s'était prononcée en faveur de la règle de l'opposabilité à la masse des sûretés constituées en période suspecte, sans égard à la balance provisoire à la date de la constitution. Cette jurisprudence est abandonnée, pour la première fois, dans un arrêt du 1er avril 1935 (25).

La Cour de cassation n'hésite pas à mettre en question le principe de la règle de l'indivisibilité en reconnaissant au correspondant en faveur de qui le solde se balance "un droit au recouvrement ultérieur de ce solde, sous la condition que ledit droit ne soit pas effacé rétroactivement en tout ou en partie, par l'effet de nouvelles remises qui viendraient soit renverser le sens soit modifier le chiffre de la balance du compte". Quelques années plus tard, trois arrêts de principe confirment la solution nouvelle (26). Celle-ci est retenue en d'autres matières (27).

(24) Après s'être prononcée sur la capitalisation des intérêts en compte courant dans un arrêt du 27 février 1930 (Belg. jud., 1930, col. 241), la Cour de cassation s'est ensuite refusée à définir les règles qui régissent cette convention : cass., 6 juin 1935 (deux arrêts), Pas., 1935, I, 273 et 276; 16 septembre 1937, Pas., 1937, I, 235, que nous citons. PIRET pouvait écrire en 1939 : "Il n'est guère vraisemblable qu'après ces trois décisions, formelles dans leur abstention, la Cour suprême se prononce de sitôt pour ou contre la théorie classique; la dernière en date, l'arrêt du 16 septembre 1937, laisse d'ailleurs expressément au juge de fond la mission exclusive de déterminer si avant la clôture du compte, l'un des contractants pouvait être considéré comme créancier ou débiteur; c'est la vérité même du principe de l'indivisibilité qu'il lui incombe d'apprécier" (Rev. faillites, 1939, p. 311). L'avenir allait d'ailleurs confirmer les craintes de l'éminent juriste puisque la même réserve apparaît encore dans l'arrêt du 17 février 1970 (Pas., 1970, I, 535). L'arrêt annoté fait montre d'un revirement heureux.

(25) Cass. civ., 1er avril 1935, S., 1936, I, 33 et note HAMFL.

-
- (26) Cass. civ., 15 et 16 janvier 1940, 1er octobre 1940, D.C. 1942, J., 93 et note HAMEL.
- (27) Un arrêt de la chambre civile du 27 juillet 1931 (S., 1932, I, 49 et note HAMEL) permet au correspondant en boni, lors de l'apport en société de son fonds de commerce réalisé par son débiteur en compte courant, de signifier l'opposition prévue à l'article 7 de la loi française du 17 mars 1909 pour sauvegarder ses droits à l'encontre de la société bénéficiaire de l'apport.
- La balance provisoire du compte courant existant entre l'un des époux et un tiers, à la date de la dissolution de la communauté, doit être prise en considération lors du partage de celle-ci, même si le compte a continué à fonctionner normalement après la dissolution (cass. civ., 31 juillet 1947, J.T., 1948, p. 377, et note PIRET).

10. - Une brèche est ainsi ouverte dans la construction classique. La règle de l'indivisibilité est amendée grâce à une compréhension plus simple du mécanisme du compte courant. L'originalité du mode de règlement est maintenue. Toutefois, il est désormais permis d'arrêter provisoirement le compte pour en connaître la position à un moment donné; le solde que fait apparaître cette balance provisoire doit être pris en considération chaque fois que la situation de créancier ou de débiteur des correspondants est remarquable. Tel est le cas lorsque les droits et obligations de tiers se trouvent affectés par la créance ou la dette. L'appréciation de l'opposabilité à la masse d'une sûreté constituée en période suspecte est l'exemple d'une telle situation.

11. - L'existence d'une créance, à la date de la constitution de la sûreté, ne peut cependant suffire pour permettre l'annulation de celle-ci. Si l'on privait de toute efficacité les sûretés constituées en garantie du remboursement d'avances sur compte courant, lorsqu'elles sont consenties en période suspecte par un correspondant à charge de qui existe déjà un solde créditeur, les banquiers seraient contraints de refuser tout crédit ou d'exiger une garantie avant l'ouverture du compte.

Il faut rechercher si la sûreté garantit effectivement la créance existante. Nous retiendrons l'hypothèse où les correspondants ont entendu conforter le solde final à charge du constituant. Telle est bien la situation normale. Le compte courant a pour objet le règlement des créances et dettes réciproques des correspondants par liquidation à la clôture; c'est la créance qui apparaîtra à ce moment qui doit être garantie. Or, entre la date de la constitution et la clôture du compte, la balance ne cesse de se modifier à la suite des remises des correspondants. Le solde est fluctuant. Il importe de déterminer si la dette existant à la date du nantissement a été apurée totalement ou partiellement, avant que le compte soit arrêté. En d'autres termes, il s'agit de savoir dans quelle mesure le solde provisoire, à la date de la constitution de la sûreté, se retrouve dans le solde final. Dans cette mesure, la sûreté garantit une créance antérieure à sa consti-

tution et ne peut être opposée à la masse. Elle ne vaudra que pour l'excédent, c'est-à-dire pour la partie du solde final qui correspond aux créances nées après sa constitution.

Une ventilation du solde final est donc nécessaire. Le principe de cette ventilation est acquis mais son application est délicate. Plusieurs systèmes ont été retenus. Leur examen permet de cerner davantage l'évolution moderne de la théorie classique. La nature de la créance que fait apparaître l'arrêté de compte provisoire, qu'il est maintenant permis de prendre en considération, est précisée. On y décèle, au début, certaines réticences devant l'abandon de la logique séduisante de la règle traditionnelle de l'indivisibilité, ensuite, la remise en question, sous-jacente, du modèle classique. C'est la genèse de la solution de l'arrêt annoté qui est ainsi étudiée.

1. Comparaison du solde provisoire, à la date de la constitution de la sûreté, et du solde final.

12. - Le premier système retenu est le plus simple; il consiste à comparer la balance du compte, à la date de la constitution de la sûreté, à la balance finale. Il suffit, pour connaître la créance efficacement garantie, de soustraire du solde final en faveur du banquier le solde existant lors du nantissement; celui-ci n'est opposable à la masse que si la différence est positive et à concurrence de son montant. La dette du constituant est tenue pour une dette postérieure au nantissement dans la mesure de cette différence. En revanche, si le solde final est inférieur au solde provisoire, la sûreté est sans effet à l'égard de la masse (28).

La règle est en apparence logique : seule l'augmentation du solde après constitution de la sûreté peut être considérée comme une créance nouvelle. La soustraction proposée permet de constater l'existence de cette créance, de connaître son montant et de consacrer ainsi l'efficacité de la sûreté.

(28) Cass. civ. 15 janvier 1940, D.C., 1942, I, 93 et note HAMEL; comm. Alost, 13 mai 1954, R.W., 1954-1955, col. 1120; Voyez aussi comm. Verviers, 26 septembre 1968, J.C.B., 1969, II, 616.

13. - La solution ne tient pas compte de l'évolution continuée de la position réciproque des correspondants. Des modifications intermédiaires du solde, elle ne retient que l'incidence globale sur la situation finale. Entre la constitution de la sûreté et la clôture du compte, le solde a pu connaître des variations que ne révèle pas la simple comparaison des balances à chacune de ces deux dates. La position débitrice du constituant a-t-elle diminué pour s'accroître ensuite ? Au contraire, l'endettement du client s'est-il aggravé après constitution de la sûreté et a-t-il été réduit plus tard, sur l'insistance du banquier ? La balance a peut-être changé de sens, à un moment donné : le constituant a pu devenir créancier du banquier pour se trouver à nouveau débiteur après une autre inversion. De telles fluctuations sont ignorées : on se borne à mettre en regard deux situations figées. Le système demeure en réalité tributaire de la logique abstraite de la vieille conception de l'indivisibilité dont il ne s'est pas encore entièrement dégagé. Il est sans doute permis d'arrêter provisoirement le compte et de prendre en considération le solde que fait apparaître la balance, mais seulement à tel ou tel moment remarquable de l'évolution du compte : lorsque ce solde présente un intérêt de droit. Il en va ainsi lorsqu'il s'agit d'apprécier la réalité et le montant de la dette du constituant d'une sûreté, à la date de la constitution, pour vérifier si cette sûreté ne doit pas être annulée conformément à l'article 445, alinéa 4, de la loi sur les faillites. Il ne peut être question, par contre, d'entamer davantage l'unité du compte en disséquant les mouvements continus du solde. On ne peut reconnaître quelque effet juridique aux soldes intermédiaires qui "ne constituent que des formes passagères dans lesquelles s'élabore le solde à considérer" (29). En dehors des moments privilégiés où la règle traditionnelle de l'indivisibilité cède devant l'exigence légitime de l'intérêt des tiers, les arrêtés de compte provisoires ne peuvent être utilement pris en considération.

(29) HAMEL, note sous cass., civ., 15 et 16 janvier 1940, 1er octobre 1940, D.C. 1942, J., 93.

La solution n'est guère satisfaisante. En refusant d'écarter davantage la règle de l'indivisibilité, on maintient, dans une certaine mesure, les conséquences peu réalistes de la théorie classique, mais cette fois au détriment du banquier. Pour déterminer la dette contractée après constitution de la sûreté, il paraît nécessaire, à tous le moins, de préciser l'incidence des remises réciproques des correspondants sur l'évolution du solde entre la date de la constitution de la sûreté et la clôture du compte.

2. L'incidence de l'inversion de la balance.

14. - Très vite, la Cour de cassation française apporte un premier correctif au système. Dans un arrêt du 1er octobre 1940, elle laisse entendre que, dans une hypothèse au moins, un solde intermédiaire peut être pris en considération : lorsque la balance s'est inversée entre la date de la constitution de la sûreté et la clôture du compte. L'allusion est implicite. En l'espèce le solde provisoire du compte à la date de la sûreté était quelque peu supérieur au solde final. Avant de dire la sûreté inopposable à la masse, conformément à sa récente jurisprudence, la Cour prend soin de relever "qu'à aucun moment, une inversion de la situation des parties ne s'est produite". C'est dire que la solution aurait pu être différente si la balance avait, à un moment donné, changé de sens (30).

15. - L'inversion de la balance du compte rend le client créancier du banquier. Le problème de l'opposabilité à la masse de la sûreté n'offre d'intérêt que si, à la suite d'une seconde inversion, la position du client se trouve à nouveau débitrice. Il est permis de rapprocher de cette double inversion le cas où le débit du client est ramené à zéro pour reprendre ensuite une valeur positive. Quelles conséquences ces situations entraînent-elles sur l'efficacité de la sûreté ? La Cour a-t-elle voulu décider que si l'inversion s'était produite ou si la balance avait été réduite à zéro, la sûreté aurait disparu en même temps que la

(30) Cass. civ., 1er octobre 1940, D.C., 1942, J., 93 et note HAMEL.

créance qu'elle garantit ? Ne peut-on concevoir, en effet, que l'extinction de la dette du constituant entraîne la caducité du nantissement ? Peut-on faire revivre celui-ci, pour une créance nouvelle, lorsque la position du client du banquier redevient débitrice ? Ou, au contraire, ne faut-il pas plutôt considérer que le solde final en faveur du banquier est privé de la sûreté qui confortait la créance éteinte (31) ? Cette dernière interprétation est inacceptable. La volonté des parties est bien de garantir le solde final du compte. Telle est, en tout cas, l'hypothèse que nous avons retenue et qui est la plus fréquente. Rien ne s'oppose, on le sait, à la constitution d'une sûreté en garantie d'une dette future, même éventuelle. Dès lors, qu'importe qu'à un moment donné, la position du client cesse d'être débitrice ; il suffit qu'à la clôture, la balance finale fasse apparaître un solde en faveur du banquier pour que la sûreté garantisse cette créance.

A défaut, il serait pratiquement impossible de constituer une sûreté en garantie du solde d'un compte courant. Du reste, admettre que la disparition de la position débitrice du client frappe la sûreté de caducité serait difficilement compatible avec la règle de l'indivisibilité, même amendée comme on l'a exposé. On ne peut croire que la Cour de cassation ait envisagé une telle conséquence. L'inversion de la position des correspondants, ou l'équilibre atteint, à un moment donné, par la balance ne peut donc avoir d'autre effet que d'assainir la sûreté au regard de l'article 445, alinéa 4, de la loi sur les faillites, en apurant le débit antérieur du constituant. La "vieille dette", qui ne peut être efficacement garantie, est éteinte et la sûreté vaut pour la totalité du solde final, qui est une créance entièrement nouvelle. Telle est l'interprétation qui s'impose (32).

(31) BRU, note sous cass. comm., 22 avril 1965, J.C.P., 1955, II, n° 8730. HAMEL, note sous cass. civ., 15 et 16 janvier 1940, 1er octobre 1940, D.C., 1942, J., 93; RIVES-LANGE, Le compte courant en droit français, n° 321.

(32) GAVALDA, note sous cass. comm., 7 janvier 1964, J.C.P., 1965, II, n° 14047.

16. - La règle demeure donc. La sûreté constituée en période suspecte en garantie du solde final du compte courant n'est opposable à la masse que dans la mesure de la différence entre ce solde et le solde provisoire à la date de la constitution. Mais elle connaît une exception : s'il apparaît qu'entre ces deux dates le solde du compte a été ramené à zéro ou a changé de sens, la sûreté est opposable pour le tout. Ainsi, son efficacité n'est plus seulement déterminée par la comparaison de deux soldes. Le cas échéant, il faut prendre en considération une balance intermédiaire : celle qui fait apparaître le changement de signe ou l'annulation du solde. La règle de l'indivisibilité connaît un nouveau recul. Il reste que, seule, est retenue une situation particulière éventuelle à un moment précis de l'évolution intermédiaire de solde. Le souci d'éviter le démembrement fictif du compte, héritage classique, reste vicace. Au demeurant, la situation remarquable envisagée ne se rencontre guère en période suspecte : il est rare que la position d'un commerçant au bord de la faillite devienne créditrice. C'est dire que les contradictions déjà dénoncées ne sont pas évitées (33).

3. L'incidence du montant de la sûreté.

17. - Une règle nouvelle apparaît. Elle incarne la réticence persistante de la Cour de cassation française, qui l'énonce en 1955, à s'attacher à l'examen des variations du solde entre la date de la sûreté et la clôture du compte. Consacrée pendant plus de quinze ans en France, elle constitue une parenthèse regrettable dans la maturation de la solution actuelle (34).

(33) A notre connaissance, la situation d'inversion ou d'équilibre de la balance envisagée ici n'a été rencontrée dans aucune décision. Comme la Cour de cassation, les juges du fond ont seulement veillé, en appliquant le système de la comparaison des deux soldes, à s'assurer que cette situation ne s'était pas produite.

(34) Cass. comm., 22 avril 1955, J.C.P., 1955, II, n° 8730 et note ERU; Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale, p. 367 et note AZOULAI; cass. comm., 17 octobre 1960, J.C.P., 1961, II, n° 11963 et note NECTOUX, Banque, 1961, p. 386 et note MARIN; cass. comm., 10 octobre 1962, Gaz. Pal., 1963, I, 131; cass. comm., 7 janvier 1964, J.C.P., 1965, II, n° 14047 et note GAVALDA; Bordeaux, 28 juin 1960, Gaz. Pal., 7-9 décembre 1960; Douai, 10 mars 1967, D.S., 1967, J., 723.

Il suffit, pour que la sûreté soit inopposable à la masse, que son montant soit inférieur au solde existant en faveur du banquier à la date de sa constitution. Cette seule constatation écarte tout autre examen : il ne peut être question de rechercher, d'une façon ou d'une autre, si la dette du client a augmenté après constitution de la sûreté. La position débitrice du constituant, à la date du nantissement, réagit, par elle seule, sur l'efficacité de celui-ci, au regard de l'article 445, alinéa 4, de la loi sur les faillites. En obtenant une sûreté inférieure au montant du solde en sa faveur, comment le banquier pourrait-il garantir de nouvelles avances ? La sûreté est absorbée en totalité par la créance existante. Dès lors, point n'est besoin de relever les mouvements ultérieurs du solde : la sûreté est impuissante à couvrir l'accroissement éventuel de la dette. Constituée en garantie d'une créance antérieure, elle doit être annulée à l'égard de la masse.

18. - La solution a le mérite de la simplicité. Elle a été vivement critiquée (35). Nous avons retenu l'hypothèse où les correspondants ont entendu garantir, par la sûreté, le solde final du compte. La nature même de leurs relations permet de présumer cette volonté. L'infériorité du nantissement par rapport au solde existant indiquerait-elle, au contraire, que les parties ont voulu imputer la sûreté sur ce solde ? Assurément non. Rien n'empêche le banquier de se faire accorder une sûreté en prévision d'avances nouvelles qu'il désire garantir, même si le débit du client est supérieur à la sûreté. Du reste, il serait surprenant que les parties aient choisi la solution la moins sûre, celle dont la conséquence peut être l'annulation, à tout le moins à l'égard de la masse, de l'acte qu'elles ont accompli. Si la solution retenue

(35) PERCEROU, Banque, 1954, p. 387; HOUIN, Rev. trim. dr. comm., 1955, p. 666; BECQUE et CABRILLAC, Rev. trim. dr. comm., 1961, p. 651; MARIN, Banque, 1961, p. 386; GAVALDA, note sous cass. comm., 7 janvier 1964, J.C.P., 1965, II, n° 14047; RIVES-LANGE, Le compte courant en droit français, n° 327.

se fondait sur une telle présomption, encore devrait-elle être écartée lorsque celle-ci est renversée par les termes mêmes de l'acte constitutif de la sûreté. Or, les décisions françaises ne semblent pas s'inquiéter de vérifier la chose. La règle est donc bien impérative (36).

Le conseiller Bru, qui a annoté l'arrêt de la Cour de cassation du 22 avril 1955, l'explique : la volonté des parties ne peut tenir en échec une disposition d'ordre public (37). On ne peut que souscrire à cet argument. Mais précisément, il faut rechercher comment s'est concrétisée cette volonté et la ventilation du solde final, objet assigné à la sûreté, permet seule cette analyse. Si des avances nouvelles ont été consenties et ont contribué à la formation de ce solde, celui-ci est, partiellement ou totalement, une créance nouvelle. Dans ce cas, la volonté des correspondants a pu se réaliser, fût-ce pour partie, en conformité avec l'article 445, alinéa 4, de la loi sur les faillites. Le système de la comparaison de la sûreté et du solde existant est artificiel. Il ne s'agit pas tant d'annuler la sûreté que de déterminer la créance efficacement garantie. Le montant de la sûreté n'importe donc guère; seule compte la question de savoir s'il existe ou non une créance nouvelle.

19. - La solution a des conséquences pratiques regrettables. Pour éviter tout déboire le banquier sera contraint d'exiger une sûreté supérieure au solde existant. Un gaspillage de crédit se trouve ainsi réalisé. Il a été conseillé au banquier de ne pas préciser, dans l'acte constitutif, la valeur de la sûreté et de s'abstenir, lorsque l'inscription ne s'impose pas, d'évaluer le montant de la créance garantie (38). Cette prudence est vaine. La valeur de la

(36) HOUIN, Rev. Trim. Dr. Comm., 1963, p. 648; voyez pourtant VASSEUR et MARIN, Banques et opérations de banques, t. 1er, Les comptes en banque, p. 486; HOUIN, Rev. Trim. Dr. Comm., 1960, p. 900.

(37) J.C.P., 1955, II, n° 8730.

(38) HOUIN, Rev. Trim. Dr. Comm., 1955, p. 666; MARIN, Banque, 1957, p. 166 et 1961, p. 386.

sûreté peut être aisément estimée au besoin par expertise; quant au montant de la créance garantie, il nous paraît sans incidence sur la solution, qui ne repose pas sur l'interprétation de la volonté des parties mais s'impose quel que soit l'objet de la sûreté.

20. - Lorsque plusieurs nantissements successifs ont été constitués en période suspecte, la règle s'applique à chacun d'eux. On peut s'étonner que la solution proposée ne tienne pas compte des sûretés antérieures dont l'efficacité n'est pas contestée (39). Dans la logique du système, il conviendrait de ne retenir, comme élément de ^{la} comparaison, que la partie non garantie du solde existant. La sûreté nouvelle ne pourrait s'appliquer à une créance déjà suffisamment nantie. Elle ne devrait être annulée, à l'égard de la masse, que dans la mesure où elle est inférieure à la position débitrice du constituant dont on aurait préalablement déduit le montant des sûretés existantes. En d'autres termes, la comparaison devrait mettre en regard l'ensemble des sûretés et le solde provisoire. Ainsi, le risque déjà assumé par le banquier serait plus justement estimé et la signification de la sûreté nouvelle mieux appréciée.

21. - Que faut-il décider lorsque le solde existant est inférieur au montant de la sûreté ? Vaut-elle pour le tout ? Son efficacité est-elle, au contraire limitée à la différence ? La solution n'a pas été précisée. Dès 1964, cependant, la Cour de cassation réintroduit, dans une telle hypothèse, la prise en considération des mouvements ultérieurs du compte (40). La sûreté dont le montant excède le solde provisoire à la date de sa constitution n'aurait effet à l'égard de la masse que dans la mesure de l'accroissement du débit du constituant. L'arrêt n'apporte aucune précision sur le mode de calcul de cet accroissement ni sur la combinaison nécessaire des deux facteurs. Il apparaît seulement que la règle nouvelle

(39) Cass. comm., 7 janvier 1964, J.C.P., 1965, II, n° 14047 et note GAVALDA. La motivation de l'arrêt, irréprochable, ne pose par le problème en termes adéquats. La Cour estime qu'il n'y a pas lieu de "tenir la dette pour éteinte dans la mesure où elle pouvait être garantie par des sûretés antérieures".

(40) Cass. comm., 7 janvier 1964, J.C.P., 1965, II, n° 14047 et note GAVALDA.

est insuffisante à résoudre seule la difficulté. Le cas échéant, elle doit se concilier avec un autre calcul. Cette conciliation n'est guère aisée et emprunte des voies tortueuses où la sécurité juridique paraît difficilement assurée (41).

4. L'incidence de l'évolution ultérieure du solde.

22. Une solution originale proposée par le tribunal de première instance de Charleroi mérite de retenir l'attention (42). Elle n'a guère trouvé d'écho dans la jurisprudence. Au contraire : la décision a été réformée en degré d'appel (43). Cependant la règle énoncée constitue l'aboutissement logique de la prise en considération du solde provisoire du compte. Elle incarne le renouveau de la théorie classique, définitivement débarrassée des fausses conséquences de la règle, mal comprise, de l'indivisibilité. De bons auteurs n'ont pas hésité à la cautionner (44).

Dès l'instant où il est admis que la balance provisoire du compte fait apparaître une créance réelle, il n'y a aucune raison de ne pas vérifier l'évolution de cette créance entre la date de la constitution de la sûreté et la clôture. Au contraire, l'analyse des mouvements intermédiaires du compte permet seule de déterminer dans quelle mesure le solde existant à la date de la sûreté se retrouve dans le solde final.

Si, à un moment quelconque, après le nantissement, la créance fluctuante qu'est le solde se trouve inférieure à ce qu'elle était à la date de la constitution, l'augmentation ultérieure est incontestablement une créance nouvelle. Lorsque le solde diminue,

(41) Voyez la synthèse remarquable des nombreuses solutions possibles présentée par BRUNELAT, La protection du banquier en cas de faillite du remettant en compte courant, p. 45 à 68.

(42) Civ. Charleroi, siég. cons., 11 avril 1967, J.C.B., 1968, II, 82.

(43) Bruxelles, 6 janvier 1972, Pas., 1973, II, 63. La Cour adopte déjà la position de l'arrêt annoté, franchissant une étape nouvelle dans le rejet de la théorie classique.

(44) BASTIAN, "L'indivisibilité du compte courant d'après la jurisprudence actuelle", J.C.P., 1940, 178 (3ème partie, n° 15); RIVES-LANGE, Le compte courant en droit français, n° 328 et note sous cass. comm., 11 février 1970, D., 1971, J., 450; voyez la critique peu convaincante de BRUNELAT, La protection du banquier en cas de faillite du remettant en compte courant, n° 40.

c'est la dette antérieure qui est réduite d'autant. Elle ne subsiste qu'à concurrence de la valeur la plus faible du solde, durant la période intermédiaire. C'est donc ce solde inférieur, seul vestige de la "vienne dette", qu'il faut soustraire du solde final pour déterminer la créance efficacement garantie. Ainsi, si le compte présente successivement les soldes provisoires 100, à la date du nantissement, 90, 110,80 et 150 pour se clôturer à ce chiffre, le solde provisoire 100 doit être imputé sur le solde final 150 à concurrence de 80. La sûreté est opposable à la masse pour la différence, soit 70. La règle consiste donc à confronter deux situations dont l'une doit être préalablement déterminée par l'examen des mouvements dus solde : la balance finale et la balance qui fait apparaître le solde le plus bas entre la date de la sûreté et la clôture.

23. - La solution parfait les systèmes précédemment examinés. Les situations retenues par ceux-ci ne sont que des cas d'application de la règle générale maintenant définie, si l'on veut bien excepter le système qui retient, comme élément de comparaison, le montant de la sûreté. Le nantissement est opposable à la masse à concurrence de la différence entre le solde final et le solde provisoire, à sa date, lorsque la balance, qui a pu connaître des variations vers le haut et vers le bas, n'a cessé d'accuser une position supérieure à sa position de départ, à la date de la constitution; en revanche, lorsque c'est précisément la balance finale qui fait apparaître le solde le plus bas, inférieur au solde existant à la date de la sûreté, celle-ci est annulée pour le tout à l'égard de la masse. En cas d'inversion ou d'équilibre de la balance, le solde en faveur du banquier est annulé : la sûreté vaut pour la totalité du solde final. En même temps, la solution fait preuve de la souplesse requise pour déterminer plus justement l'accroissement de la dette du constituant; elle épouse la courbe des fluctuations du solde et évite ainsi la rigidité et les erreurs des autres systèmes. Le sens et l'importance des remises réciproques ont, sur la composition du solde final, des effets qui sont mieux appréciés.

24. - La prise en considération, à tout moment, de la position créditrice ou débitrice des correspondants oblige à reconsidérer la théorie classique du compte courant.

Les premiers arrêts de la Cour de cassation française ont précisé que le droit de créance du correspondant en boni n'existe que "sous la condition qu'aucune inscription d'articles nouveaux ne vienne modifier la situation avant l'époque fixée pour le règlement du compte" (45) ou "que ledit droit ne soit effacé rétroactivement en tout ou en partie par l'effet de nouvelles remises qui viendraient soit renverser le sens soit modifier le chiffre de la balance du compte" (46). La condition est précisée : la remise nouvelle n'éteint, totalement ou partiellement, la créance du solde que dans la mesure où elle est en sens contraire, c'est-à-dire qu'elle supprime ou diminue le débit existant (47). La notion de droit conditionnel est incorrecte. Toute créance est naturellement appelée à s'éteindre un jour ou l'autre, par le paiement. Or, celui-ci n'est pas une condition résolutoire. Le paiement n'efface pas rétroactivement la créance : il l'éteint à sa date. Imagine-t-on que le créancier considère que son droit est grevé d'une condition parce qu'il doit être payé ? Telle est bien la situation. L'inscription nouvelle qui réduit le débit du remettant est un paiement par compensation. Du reste, le correspondant en boni entend bien faire des prélèvements sur son compte, si besoin est. Son droit d'utiliser le solde existant en sa faveur n'est paralysé par aucune restriction : sa créance n'est donc nullement sujette à résolution.

(45) Cass. civ., 21 juillet 1931, D., 1932, I, 49 et note HAMEL.

(46) Cass. civ., 1er avril 1935, S., 1936, I, 33 et note HAMEL;
cass. civ., 31 juillet 1947, J.T., 1948, p. 377 et note PIRET.

(47) Cass. civ., 15 janvier 1940, D.C., 1942, J., 93 et note HAMEL.

Le solde du compte n'est pas non plus une créance à terme. Il est - en principe - disponible, sauf convention contraire des parties.

Ainsi, on peut considérer que la balance fait apparaître, à tout moment, une créance certaine et exigible. Cette créance est le résultat de la compensation des remises antérieures.

25; - On connaît la théorie des compensations successives présentée en Belgique par Piret, en réaction contre les faiblesses et les dangers du modèle classique (48). Elle réduit au minimum les effets du compte courant. La convention des correspondants n'est autre qu'un accord de compensation entre leurs créances et dettes réciproques. Point de novation des remises, point d'indivisibilité du compte : c'est précisément pour expliquer la convention sans faire appel à ces deux notions contestées que la théorie est proposée. Il y a compte courant dès que deux personnes, chacune étant appelée à être à la fois créancière et débitrice de l'autre décident de ne pas régler immédiatement leurs créances. Cette théorie n'a pas été reçue. Elle est incapable d'expliquer certains effets du compte courant, unanimement admis, notamment la perte des actions et sûretés des créances primitives.

26. - Mais la créance que fait apparaître la balance provisoire du compte trouve nécessairement sa cause dans la compensation des remises antérieures. Cette compensation n'est pourtant pas inconciliable avec la théorie classique. Au contraire, elle est de nature à expliquer les imprécisions de celle-ci. A dire vrai, en amendant la règle de l'indivisibilité, la prise en considération du solde provisoire confirme la règle de la novation des remises.

(48) PIRET, Le compte courant, 1932, Voyez en France : ZAMFIRESCO, Contribution à l'étude du contrat de compte courant en droit comparé, thèse, Paris, 1923, p. 94 et suiv.; HUPT, De la contrepassation des effets impayés au cas de faillite de l'une des parties en compte courant, thèse, Paris, 1938, p. 65 à 86; ESMEIN, S., 1923, I, 225.

La théorie des compensations successives a été proposée, pour la première fois, en Allemagne, au début du siècle. Elle est encore défendue dans ce pays par BAUMBACH et DUDEN, Handelsgesetzbuch, 16ème éd., 1964, p. 505 et 506.

Elle a trouvé une résonnance en Italie (REZZARA, Del apertura di credito in conto corrente, Milan, 1928) et, plus récemment, en Suisse (KLEINER, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken Giro- und Kontorentvertrag, 2ème éd., 1964, p. 82, 84 86, 93).

27. - Il n'y a novation que dans la mesure où une créance ancienne est remplacée par une créance nouvelle. On sait que l'entrée en compte d'une créance ne peut avoir cet effet, dans la théorie classique traditionnelle, qu'au prix d'une regrettable approximation : la remise est transformée en une simple inscription comptable, sans réalité concrète, non en une nouvelle créance. Démontrons la construction du compte, pour mieux l'étudier, et considérons la première remise. Admettons qu'elle soit novée et transformée en une créance réelle qui formera le premier solde du compte. Ce solde n'est pas un simple article de crédit, une mention purement comptable, mais bien un droit de créance dont le remettant est titulaire. Une objection apparaît aussitôt : en quoi cette créance est-elle novée ? Ne s'agit-il pas, au contraire, de la créance primitive ? Qu'a pu modifier l'inscription en compte ? Il est utile de se rappeler les notions fondamentales de la novation. Celle-ci repose pas exclusivement sur le changement de sujet, d'objet ou de cause de l'obligation primitive. L'élément essentiel de la novation est intentionnel.

La question n'est pas tant de savoir en quoi l'obligation nouvelle est différente de l'obligation ancienne que de vérifier si, en égard aux circonstances, l'intention de novar apparaît (49). Or, celle-ci est incontestable. Les correspondants entendent différer le règlement de leurs créances, même s'ils conviennent que le solde demeure disponible. La porte des sûretés, des actions et exceptions de la créance portée en compte est significative de même que l'application du taux d'intérêt convenu pour le compte courant et le fait que la prescription cesse de courir. Ces différents effets de l'inscription en compte, recherchés par la convention des parties, sont suffisants pour révéler l'intention de novar et constituent l'assise matérielle de cette intention. On a pu parler, justement d'une novation par changement d'action (50). Il est vrai que l'action est un élément essentiel à la créance. Ainsi est sauvegardée et renforcée la règle de la novation.

(49) DE PAGE, t. III, n° 579; LAURENT, t. XVIII, n° 266; H., L. et J. MAZEAUD, Leçons de droit civil, t. II, n° 1213.

(50) RIVES-LANGE, Le compte courant en droit français, n° 60.

Que se passe-t-il lors de la seconde remise que nous supposons en sens contraire ? Elle est compensée à concurrence du solde existant c'est-à-dire de la première remise, novée comme on l'a exposé. Si elle est supérieure à ce solde, elle est novée pour le surplus qui forme le nouveau solde du compte, dont la balance a été renversée. Ce solde est tout à fait distinct de la créance primitive, par le fait de la novation. Si, au contraire, la seconde remise émane du premier remettant, elle ne peut évidemment se compenser; s'ajoutant à la première remise, elle forme avec celle-ci le nouveau solde. Ainsi, chaque remise est soit compensée à concurrence du solde existant à charge du remettant, soit novée pour contribuer à former le nouveau solde, soit en même temps partiellement compensée et partiellement novée. La compensation et la novation des remises ne sont pas inconciliables. Elles contribuent à faire apparaître un solde fluctuant, créance certaine et disponible qui résulte de l'inscription en compte des remises antérieures (51).

23. - Faut-il retenir la règle d'indivisibilité ? A ce stade de la solution, nous le croyons (52). Mais elle doit être bien comprise. Le solde du compte est constitué par l'addition des remises antérieures qui n'ont pas été compensées. Sans doute, l'effet novatoire a-t-il uniformisé ces remises qui ont perdu, par leur entrée en compte, leurs caractères originaux. Il reste que le solde est composé de diverses créances d'un montant différent nées successivement à la date de leur entrée en compte. Or il apparaît comme une créance unique. Pour déterminer la dette antérieure à la

(51) Voyez la conception, assez proche de celle que nous esquissons ici, proposée par VAN MAELE, *Novelles, Droit bancaire*, n° 93.

(52) VASSEUR et MARIN, *Banques et opérations de banques*, t. Ier, *Les comptes en banque*, n°s 265 et suiv. Ces auteurs fidèles à la conception classique de compte courant expliquent pourquoi la règle de l'indivisibilité n'est pas incompatible avec la prise en considération du solde provisoire. Voyez aussi VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. III, n° 2099.

constitution d'une sûreté en période suspecte, il est seulement permis, en effet, de suivre l'accroissement ou la réduction du solde existant à la date du nantissement. Il n'est pas question, encore, de démembrer le solde

et d'imputer

les remises en sens contraire, sur telle ou telle des créances qui le composent. Seul est retenu, le chiffre des fluctuations intermédiaires du solde, sans qu'on s'attache à ses composantes. Or, la compensation et la novation des remises ne peuvent expliquer cette fusion des créances qui composent le solde en un tout qu'on se refuse à scinder. Une règle supplémentaire est donc nécessaire : l'indivisibilité. Elle assure seulement la fusion des remises, dans la mesure où elles ne sont pas éteintes par compensation, au sein de cette créance globale et une que constitue le solde. Elle interdit toute imputation de telle remise sur telle autre en sens contraire; elle exclut toute relation particulière, tout lien privilégié entre elles. Dans cette acception nouvelle, le terme d'indivisibilité peut être maintenu. Il est encore nécessaire à l'explication cohérente du mécanisme du compte.

IV. - L'imputation des remises

29. - L'analyse des variations du solde du compte après constitution de la sûreté ne permet pas toujours de déterminer correctement la créance efficacement garantie. Dans certains cas, elle donne une image déformée des relations financières des correspondants. On n'en citera qu'un exemple. Le banquier exige un nantissement en vue d'ouvrir un nouveau crédit à son client. Si ce crédit est utilisé à petites doses et que dans le même temps, des remises nombreuses mais de peu d'importance sont inscrites en faveur du client, les arrêtés de compte ne font apparaître que de légères modifications du solde. A la clôture, le solde final ne sera pas sensiblement différent du solde provisoire à la date de la sûreté. L'ouverture de crédit a pu être entièrement réalisée sans que le solde du compte en révèle clairement l'empreinte.

Si elle a été constituée en période suspecte, la sûreté risque d'être inopposable à la masse, du moins en partie, même si, pour apprécier l'importance de la créance nouvelle, on prend soin de relever le solde inférieur, durant la période intermédiaire, afin de le comparer au solde final. Le peu d'importance des fluctuations, vers le haut comme vers le bas, fausse le résultat.

30. Il paraît donc nécessaire de franchir une nouvelle étape dans l'abandon de la théorie classique : il ne faut plus hésiter à démonter le mécanisme du compte et à démembrer le solde. Telle est la solution que propose l'arrêt annoté (53). Les remises réciproques doivent être considérées individuellement. L'examen de leur synthèse qu'est le solde fluctuant du compte est insuffisant. Les remises du banquier donnent la mesure des avances nouvelles qu'il a consenties, celles du client la mesure des remboursements effectués. Il suffit de préciser la règle qui préside à leur imputation pour déterminer exactement le montant à concurrence duquel le solde final est une créance née après la date du nantissement.

La règle de l'imputation des paiements est énoncée par les articles 1253 à 1256 du Code civil. Il n'y a qu'à s'y conformer. Sauf convention contraire, l'imputation se fait normalement sur la dette la plus ancienne. Ainsi, chaque remise nouvelle du client est imputée d'abord sur le solde existant en faveur du banquier, au moment de la constitution de la sûreté. Cette imputation contribue à apurer la "vieille dette" et à valider la sûreté à l'égard de la masse. Si la somme des remises nouvelles du client est inférieure au solde existant au profit du banquier à la date du nantissement, la créance antérieure n'aura pas été entièrement résorbée; le solde final est composé de la partie non remboursée de cette créance et des remises nouvelles du banquier, s'il y en a eu. La sûreté est opposable à la masse à concurrence du montant de celles-ci. En revanche, si la créance antérieure a été totalement apurée - les remises du client après constitution de la sûreté étant égales ou supérieures au solde provisoire à cette date -,

(53) La solution a été adoptée par certaines juridictions de fond :
Bruxelles, 6 janvier 1972, Pas., 1973, II, 63; civ. Dinant,
4 mai 1966, J.C.B., 1969, II, p. 602.

le solde final ne comprend que les remises nouvelles du banquier et la sûreté vaut pour le tout. La mesure de l'efficacité de la sûreté à l'égard de la masse est le montant des remises postérieures du banquier. Si l'addition de celles-ci donne un résultat égal ou supérieur au solde final, la sûreté garantit utilement la totalité de celui-ci. Si, au contraire, le solde final est supérieur au montant des remises nouvelles du banquier, l'efficacité de la sûreté à l'égard de la masse est limitée à ce montant. La règle de l'article 445, alinéa 4, de la loi sur les faillites est bien respectée : les remises nouvelles du banquier sont les avances consenties après constitution de la sûreté.

31. - Ces développements nouveaux n'excluent pas, croyons-nous, une explication raisonnable de la convention de compte courant qui préserve l'originalité de celle-ci et dont les principes essentiels demeurent empruntés à l'héritage classique. Mais parler d'imputation des remises sur telle ou telle partie du solde existant à charge du remettant, c'est bien mettre en question la notion d'indivisibilité, déjà vidée d'une grande part de sa substance par la prise en considération du solde provisoire.

La novation et la compensation des remises, dont on a expliqué le mécanisme, peuvent être maintenues sans difficulté. Par contre, le solde du compte n'est plus une créance unique et indivisible. Chacune des créances qui le composent est maintenant prise en considération. On sait que lorsqu'une remise émane du remettant en boni, elle s'ajoute au solde existant et augmente celui-ci. L'effet novatoire de la convention l'intègre au compte et la soumet à ses règles propres. Ainsi, à la suite de plusieurs remises dans le même sens, le solde est constitué de l'addition de créances de même nature, nées successivement à la date de leur inscription. Désormais, toute remise en sens contraire fait l'objet d'une imputation précise : elle se compense avec telle ou telle créance du solde. La règle de l'indivisibilité, préservée jusqu'ici, interdisait toute imputation de ce genre en assurant au solde une unité interne indiscutable.

32. - Il y a donc matière à imputation. Le constituant est débiteur de plusieurs dettes et chacune des remises est un paiement partiel de ce qu'il doit. Faut-il cependant écarter l'application des règles prévues aux articles 1253 à 1256 du Code civil, comme le soutient le pourvoi, au motif qu'elles ne s'appliqueraient qu'aux dettes échues et que le solde du compte n'a pas ce caractère ? Les articles 1253 à 1256 du Code civil s'appliquent à tout paiement partiel de plusieurs dettes fongibles, qu'elles soient ou non exigibles. A moins que le terme ne soit prévu dans son intérêt, le créancier ne peut refuser un paiement anticipé. L'article 1256 du Code civil distingue même les dettes échues de celles qui ne le sont pas, pour préciser que le paiement s'impute d'abord sur les premières : les règles de l'imputation concernent donc aussi bien le remboursement des dettes que celui des dettes non échues.

Du reste, le solde du compte est, sauf exception, exigible : c'est donc bien une dette échue. Ainsi présenté, l'argument ne résiste pas à l'examen.

L'objection n'est pourtant pas sans intérêt, mais dans une formulation différente : la Cour a-t-elle fait une application correcte des articles 1253 à 1256 du Code civil en imputant les remises du constituant sur la dette la plus ancienne sans rechercher si toutes les dettes qui composent le solde étaient ou non échues ? Il est utile de s'attacher brièvement à l'examen de ces dispositions.

33. - A défaut de désignation par le débiteur de la dette qu'il entend acquitter ou d'imputation par le créancier, la première règle est que le paiement s'impute d'abord sur les intérêts, ensuite sur le capital. La capitalisation des intérêts en compte courant écarte toute difficulté : dès leur inscription en compte,

les intérêts sont transformés en une dette de capital. La règle n'est donc pas applicable. Sa raison d'être a d'ailleurs disparu : les intérêts produisent eux-mêmes intérêt et il n'y a pas lieu de craindre, en ce qui les concerne, une prescription plus courte, l'effet novatoire de l'inscription les soumettant à la prescription de droit commun.

Il faut alors imputer le paiement de préférence sur les dettes échues. Nous avons expliqué pourquoi le solde du compte est normalement exigible. Les parties peuvent cependant convenir qu'il en est autrement. Ainsi, le banquier a pu s'interdire d'exiger remboursement avant que le crédit qu'il a consenti soit épuisé ou avant un certain délai. Si, à la date du nantissement, le solde du compte est inférieur au montant de l'ouverture de crédit et que celle-ci n'a pas été dénoncée, ce solde n'est pas exigible. Sans doute, le crédit peut-il, à tout moment, effectuer des remboursements. Mais cette faculté ne permet pas de considérer que sa dette est échue car elle n'est pas susceptible d'exécution forcée par le créancier. A la suite des remises nouvelles du banquier, le plafond du crédit peut être dépassé. Sauf convention contraire, le banquier pourrait exiger que l'excédent soit apuré, sans pour autant dénoncer l'ouverture de crédit (54). Une partie seulement du solde serait alors exigible. Ne faudrait-il pas imputer d'abord les remises du client sur les avances nouvelles du banquier qui ont contribué au dépassement du crédit autorisé ? La solution ne s'impose pas. Le banquier est en droit d'exiger que sa créance soit réduite à concurrence du montant convenu, non que telle ou telle avance lui soit remboursée. La partie exigible de sa créance n'est pas déterminée et il n'est pas possible d'imputer les remises du client par référence à l'exigibilité des dettes.

(54) L'épuisement du crédit en compte courant ne met pas nécessairement fin à l'ouverture de crédit, ce qui rendrait le solde exigible. Les remises du client peuvent réduire sa dette et lui permettre d'utiliser à nouveau le crédit à concurrence du plafond fixé.

Entre dettes échues, on choisit celle que le débiteur a le plus d'avantage à acquitter. Précisément, on cite parfois, en exemple d'une telle dette, celle qui est garantie par une sûreté : en la payant, le débiteur libère la garantie (55). On voit immédiatement qu'il serait erroné d'en conclure que l'imputation doit se faire sur la partie de la créance qui peut être efficacement garantie et priver ainsi d'effet la sûreté : une telle imputation ne mettrait en question que l'opposabilité de la sûreté à l'égard de la masse et ne présenterait pour le constituant aucun intérêt.

C'est donc bien l'imputation subsidiaire sur la dette la plus ancienne qui doit être retenue.

34. - Les données comptables doivent toutefois s'apprécier avec circonspection.

Une espèce dont la Cour de cassation française a eu récemment à connaître fournit matière à réflexion (56). Un client accorde à son banquier une hypothèque et un nantissement sur fonds de commerce en garantie d'une ouverture de crédit en compte courant. A la date de la constitution de ces sûretés, le compte présente un solde en faveur du client. Quelques jours plus tard, la balance est inversée, par suite de la contrepassation d'effets escomptés et inscrits en compte avant l'ouverture de crédit. La faillite du client est déclarée et le début de la période suspecte est fixé à une date antérieure à la constitution. La Cour de cassation décide que les sûretés sont inopposables à la masse. Il apparaît, en effet, qu'en exigeant l'hypothèque et le nantissement, le banquier a entendu garantir les risques découlant des opérations d'escompte antérieures à l'ouverture de crédit. La Cour de cassation admet la rétroactivité de la contrepassation et rectifie en conséquence le chiffre du solde existant à la date des sûretés. A la suite de cette modification, le compte se balance, en réalité, par un solde

(55) H., L. et J. MAZEAUD, Leçons de droit civil, II, n° 888.

(56) Cass. comm., 22 juillet 1968, Bull. civ., IV, n° 248, p. 222.

en faveur du banquier dont le montant est supérieur au montant total des deux sûretés (57). La prise en considération des inscriptions successives ne permet pas, dans tous les cas, d'apprécier justement les risques en cours, à la date de la constitution, qui n'apparaissent pas dans le chiffre du solde mais qui peuvent déterminer le banquier à exiger une sûreté. Lorsque les remises inscrites au profit du banquier, après la date de la sûreté, ne sont que le dénouement d'opérations ultérieures, elles ne peuvent être considérées comme des avances nouvelles et valider la sûreté à l'égard de la masse. La rectification des données du calcul de l'imputation s'impose (58).

La règle proposée par la Cour de cassation est incontestablement un progrès dans la solution de ce délicat problème. En écartant pour de bon l'indivisibilité du compte courant, elle permet d'apprécier, de façon plus réaliste, l'existence d'une créance postérieure à la sûreté. Encore doit-elle être appliquée avec discernement. L'exemple que l'on vient d'évoquer indique qu'un examen purement comptable ne permet pas toujours de cerner la complexité des règlements intervenus entre correspondants. Au demeurant, la solution ne peut consacrer la fraude : faut-il l'appliquer lorsque les avances concomitantes de la sûreté sont précisément destinées à apurer le passif antérieur ?

(57) La jurisprudence française retenait encore, comme élément d'appréciation, la comparaison entre le montant de la sûreté et le solde provisoire à la date de la constitution.

(58) Voyez la distinction intéressante que propose, pour expliquer une telle situation, RIVES-LANGE, "Le différé du compte courant, partie distincte du disponible", J.C.P., 1969, I, 2289.

La jurisprudence française, qui s'est enfin dégagée du système de la comparaison du montant de la sûreté et du chiffre du solde provisoire, a énoncé le principe de la solution en termes excellents, tout en se gardant d'en préciser l'application. Il appartient au juge de rechercher "si, en tout état de cause, une dette concomitante ou postérieure à la sûreté avait pris naissance avant la clôture du compte sous la forme d'une nouvelle avance de la banque, ce qui aurait eu pour effet de rendre la sûreté opposable à la masse" (59). La tâche, délicate, consiste donc à déterminer les risques nouveaux que le banquier a accepté d'assumer en contrepartie de la sûreté (60). Le mérite de l'arrêt annoté est d'avoir proposé une ligne de conduite. Nous croyons que le pouvoir d'appréciation du juge du fond demeure entier et que certaines circonstances peuvent l'amener à écarter une analyse purement comptable. La formulation de l'arrêt ne contredit pas une telle interprétation.

François T'KINT

(59) Cass. comm., 11 février 1970 (deux arrêts) et 16 décembre 1970, D., 1971, J., p. 450 et note RIVES-LANGE, J.C.P., 1971, II, 16704 et note GAVALDA; cass. civ., 27 octobre 1971, Banque, 1972, p. 410 et note MARIN; cass. comm., 9 octobre 1972, Sem. jur., 1973, IV, 6256 et note J.A.; Colmar, 30 octobre 1973, Sem. jur., 1974, IV, 6371.

(60) Voyez le jugement du tribunal de commerce de Bruges du 20 février 1973, B.W., 16 février 1974, col. 1400 et note DU BOIS.