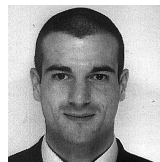


# Les éclaircissements jurisprudentiels de l'opposition en matière de chèque



**JÉROME LASSERRE CAPDEVILLE**

Docteur en droit  
Université de Pau  
et des pays de l'Adour

*Si le législateur est venu modifier, par un article de la loi du 30 décembre 1991, le régime de l'opposition en matière de chèque, certains points demeuraient incertains, en raison des imprécisions de la loi. Il est, dès lors, revenu à la jurisprudence de préciser le contenu de cette procédure en clarifiant, d'une part, le contenu des cas autorisant l'opposition, et d'autre part, en délimitant les prérogatives du banquier-tiré. C'est ce qu'elle a fait ces dernières années.*

Le chèque, classiquement défini comme étant un « titre tiré par un tireur sur une banque, ou un établissement assimilé, pour obtenir le paiement au profit du porteur d'une somme d'argent qui est disponible à son profit »<sup>1</sup>, est un titre payable sur première présentation et toute clause contraire est réputée non écrite<sup>2</sup>. L'obligation de fournir une provision disponible se prolonge dès lors, nécessairement, dans l'obligation de la maintenir jusqu'à ce que le chèque soit payé ou qu'il ne soit plus exigible<sup>3</sup>. On rend compte de cette obligation en qualifiant la provision d'irrévocable.

Ce principe connaît cependant une dérogation avec l'opposition, qui est une mesure conservatoire immobilisant la provision entre les mains du banquier-tiré. Il s'agit ainsi, plus précisément, de l'ordre donné au tiré par le tireur, voire selon la pratique par le porteur<sup>4</sup>, de ne pas payer un chèque présenté à l'encaissement.

Depuis fort longtemps, cependant, le législateur voit d'un mauvais œil les oppositions par le tireur au paiement du chèque, compte tenu du principe de l'irrévocabilité de l'ordre de paiement du chèque précité. En effet, si la loi du 14 juin 1865, réglementant le chèque,

n'avait pas interdit et encore moins sanctionné le blocage de la provision, des tireurs avaient trouvé dans ces oppositions le moyen d'empêcher le paiement en toute impunité, alors que, depuis une loi du 2 août 1917, l'émission de chèques sans provision et le retrait de la provision étaient pénalement sanctionnés. Les tribunaux et la Cour de cassation choisirent alors de traiter le blocage de la provision comme le retrait de celle-ci. Puis la loi du 12 août 1926, modifiant l'article 6 de la loi de 1865, vint officiellement consacrer cette assimilation sur le plan pénal, lorsque l'opposition était effectuée de mauvaise foi. Les dispositions de la loi de 1926 furent reprises par l'article 66 du décret-loi du 30 octobre 1935, dans sa rédaction de l'époque. En contrepartie, cette même loi de 1926, par un article 12, permit, par exception, que l'opposition pût être faite pour les deux motifs qu'elle prévoyait, c'est-à-dire pour la perte du chèque et la faillite du porteur, et pour ces deux motifs seulement, ceux-là mêmes qui furent conservés par l'article 32 du décret-loi de 1935. La situation demeura pratiquement en l'état à la suite des lois des 3 janvier 1972<sup>5</sup> et 3 janvier 1975<sup>6</sup>.

1 G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*. Tome 2. *Effets de commerce. Banque et bourse. Contrats commerciaux. Procédures collectives*, par Ph. Delebecque et M. Germain, éd. LGDJ, Paris, 2000, 16<sup>e</sup> éd., n° 2151.

2 Cass. com., 9 mars 2003, RJDA, 1993, n° 361, RTD Com., 1993, p. 340, obs. Cabrillac et Teysié. Le délai de paiement changerait, en effet, la nature du chèque en le transformant en titre de crédit.

3 Ce dernier résultat ne se produit qu'avec la prescription et non avec l'expiration des délais légaux de présentation. Passé ces délais, en effet, si les recours cambiaires disparaissent, le tireur n'en demeure pas moins tenu, Cour d'appel d'Alger, 28 avril 1949, JCP, 1949, II, 5214; Cour d'appel de Montpellier, 28 juin 1949, Banque, 1950, p. 167; Cass. crim.,

19 mars 1953, Bull. crim., 1953, n° 97.

4 F. Perochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficultés. Instruments de crédit et de paiement*, collection Manuel, éd. LGDJ, Paris, 2001, 5<sup>e</sup> éd., n° 816; Y. Chaput, La loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement, D, 1992, p. 106; Ch. Gavalda et J. Stofflet, *Instruments de paiements et de crédit*, éd. Litec, Paris, 2003, 5<sup>e</sup> éd., n° 289; M. Cabrillac, obs. sous Cass. com., 18 février 2004, RTD Com., 2004, p. 577.

5 Loi n° 72-10 du 3 janvier 1972, D, 1972, p. 65.

6 Loi n° 75-4 du 3 janvier 1975 relative à la prévention et à la répression des infractions en matière de chèques, D, 1975, p. 37.

La loi du 30 décembre 1991, relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement <sup>7</sup>, est venue modifier, par son article 23, cette situation en soulignant, notamment, la gravité de l'opposition et de ses conséquences tout en étendant les hypothèses dans lesquelles elle peut être réalisée.

Ainsi, aux termes de l'article L. 131-35 du Code monétaire et financier dont la teneur résulte des modifications opérées par la réforme de 1991 : « *Le tiré doit payer après l'expiration du délai de présentation. Il doit aussi payer même si le chèque a été émis en violation de l'injonction prévue à l'article L. 131-73 ou de l'interdiction prévue au deuxième alinéa de l'article L. 163-6.*

*Il n'est admis d'opposition au paiement par chèque qu'en cas de perte, de vol ou d'utilisation frauduleuse du chèque, de redressement ou de liquidation judiciaires du porteur. Le tireur doit immédiatement confirmer son opposition par écrit, quel que soit le support de cet écrit.*

*Tout banquier doit informer par écrit les titulaires de compte des sanctions encourues en cas d'opposition fondée sur une autre cause que celles prévues au présent article* <sup>8</sup>.

*Si, malgré cette défense le tireur fait une opposition pour d'autres causes, le juge des référés, même dans le cas où une instance au principal est engagée, doit, sur la demande du porteur, ordonner la mainlevée de l'opposition* ».

Cet article, admettant l'opposition dans des cas particuliers, n'est cependant pas, en lui-même, à l'abri de toute critique du fait, notamment, des incertitudes auxquelles il peut donner lieu sur certains points. Ainsi, que faut-il entendre par « *utilisation frauduleuse du chèque* » ? Quel est le rôle exact du banquier-tiré en présence d'une opposition ? Avant la réforme de 1991, il était de principe que, lorsque le tiré avait reçu une opposition par le tireur au paiement d'un chèque, il était tenu de ne pas payer ce chèque tant que l'opposition n'avait pas été levée, même si cette opposition était motivée par un autre motif que ceux prévus par la loi ou même ne comportait aucune motivation <sup>9</sup>. Qu'en est-il aujourd'hui ? Le banquier est-il tenu d'opérer un véritable contrôle ?

<sup>7</sup> Loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement, JO, 1<sup>er</sup> janvier 1992, p. 12. Parmi les innovations de la réforme de 1991 sur le droit applicable aux chèques, la plus importante est, sans doute, la dépenalisation de l'émission de chèque sans provision. En contrepartie, les banquiers voient leurs prérogatives renforcées. Ils sont investis d'une mission d'intérêt général : neutraliser les sources potentielles de chèques sans provision tout en participant également à la lutte contre les chèques volés.

<sup>8</sup> Pour l'article L. 163-2 du Code monétaire et financier : « *Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros, le fait pour toute personne d'effectuer après l'émission d'un chèque, dans l'intention de porter atteinte aux droits d'autrui, le retrait de tout ou partie de la provision, par transfert, virement ou quelque moyen que ce soit, ou de faire dans les mêmes conditions défense au tiré de payer* ».

<sup>9</sup> V. infra.

<sup>10</sup> C'est pourtant le cas en Angleterre où l'opposition est admise sans condition. En effet, en droit anglais, le chèque impayé est renvoyé au bénéficiaire au seul motif « *orders not to pay* » ou « *payment countermanded by order of the drawer* », c'est-à-dire que le paiement est refusé en raison d'un « *ordre reçu de ne pas payer* » ou du « *paiement contesté par le tireur* ». Cela signifie, en clair, que l'opposition est admise en Angleterre pour n'importe quel motif. M. Gamdji, *De l'opposition au paiement par chèque*, Banque & droit, 1996, n° 48, p. 20.

<sup>11</sup> V. par ex., Cour d'appel de Versailles, 24 février 1989, Gaz. pal.,

L'article précité ne répond pas à ces interrogations, ce qui est regrettable dans la mesure où l'opposition au paiement du chèque constitue à la fois une garantie incontestable pour le titulaire du compte dont le chéquier a été volé ou égaré et utilisé contre sa volonté, et un risque pour la sécurité du porteur de chèque. La précision est donc exigée en la matière.

Dès lors, devant le silence de la loi, il est revenu à la jurisprudence de préciser quelque peu le contenu de cette procédure d'opposition en matière de chèque.

C'est ainsi que depuis l'an 2000 un certain nombre d'arrêts, clarifiant ces questions, ont été rendus tant sur les cas autorisant l'opposition (I), que sur l'étendue des prérogatives du banquier-tiré (II).

## I Les cas d'opposition

Le tireur, par l'émission du chèque, donne au banquier un ordre de payer irrévocable. La sécurité des porteurs de chèque voulue par le législateur suppose que les cas d'opposition soient strictement encadrés afin de ne pas affaiblir l'instrument de paiement que constitue le chèque. Il ne fait aucun doute que l'opposition laissée à la discrétion du tireur serait une insécurité pour le bénéficiaire et même une atteinte considérable à ses droits lorsque ce dernier s'est dessaisi de son bien ou a accompli sa prestation en contrepartie de la remise du chèque <sup>10</sup>.

Ainsi, aux termes de l'article L. 131-35 du Code monétaire et financier, il n'est admis d'opposition au paiement par chèque qu'en cas « *de perte, de vol ou d'utilisation frauduleuse du chèque, de redressement ou de liquidation judiciaires du porteur* ». La liste est limitative et aucun autre motif ne saurait justifier une opposition <sup>11</sup>. Le tireur qui fait opposition pour un motif illicite est assimilé à celui qui n'a pas fourni de provision <sup>12</sup>.

Si les hypothèses de la perte <sup>13</sup>, du vol <sup>14</sup> ou de la procédure collective du porteur <sup>15</sup> ne posent pas de problème particulier quant à leur interprétation, il en est allé différemment avec le cas de l'« *utilisation frauduleuse du chèque* » découlant de l'article 23 de loi du 30 décembre 1991 évoquée précédemment. Ce dernier cas, au premier

1989, 2, somm., p. 311 ; Cour d'appel de Dijon, 5 février 2002, Juris-Data, n° 2002-168362.

<sup>12</sup> V. par ex., Cass. com., 30 mai 1995, Bull. civ., 1995, IV, n° 158, D, 1996, som. com., p. 35, obs. Cabrillac. Il encourt, dès lors, les sanctions de l'article L. 163-2 du Code monétaire et financier, V. supra.

<sup>13</sup> La perte excluant la remise volontaire du chèque, elle ne peut découler du fait que le chèque n'ayant pas été présenté à l'encaissement, le tireur le croyait perdu, Cour d'appel de Montpellier, 21 octobre 2002, Juris-Data, n° 2002-201559.

<sup>14</sup> V. par ex., Cour d'appel de Versailles, 28 mars 1990, RTD Com., 1990, p. 615, obs. Cabrillac et Teyssié ; Cour d'appel de Toulouse, 1<sup>er</sup> avril 1999, Juris-Data, n° 1999-041867 ; Cass. com., 27 juin 2000, Juris-Data, n° 2000-002756. L'opposition fondée sur le vol du chèque n'est cependant pas licite si le tireur n'en a pas été involontairement dépossédé, Cass. com., 18 février 2004, Juris-Data, n° 2004-022392, JCP, 2004, éd. E, panorama, 574, Banque & droit, 2004, n° 95, p. 49, obs. Bonneau, RTD Com., 2004, p. 577, obs. Cabrillac, D, 2004, actualité jurisprudentielle, p. 1082.

<sup>15</sup> La faculté d'opposition ne doit cependant pas être utilisée lorsque le chèque est parvenu entre les mains de l'administrateur ou du liquidateur ou d'un tiers porteur de bonne foi, Cass. com., 26 janvier 1999, Bull. civ., 1999, IV, n° 21, Revue de droit bancaire et de la bourse, 1999, p. 93, obs. Credot et Gerard, RTD Com., 1999, p. 473, obs. Cabrillac.

abord énigmatique, a en effet embarrassé les commentateurs de la loi du fait de son imprécision<sup>16</sup> (A) avant que la jurisprudence ne vienne le clarifier (B).

## A. Les divergences doctrinales

Deux interprétations de la notion « *d'utilisation frauduleuse du chèque* » ont été envisagées par les auteurs : une interprétation limitative et une interprétation au cas par cas.

Tout d'abord, l'interprétation limitative trouve sa source dans l'opinion du député auteur de l'amendement à l'origine de la disposition analysée qui n'a pas donné lieu à un véritable débat au Parlement. Selon celle-ci, l'utilisation frauduleuse ne viserait que l'hypothèse du chèque falsifié ou contrefait<sup>17</sup>. Cette conception, qui a influencé les juridictions saisies du problème de l'interprétation de cette notion après l'entrée en vigueur de la loi<sup>18</sup>, n'est cependant pas pleinement satisfaisante. Certes, il est vrai que la falsification du montant ou du nom du bénéficiaire et la contrefaçon sont des cas d'utilisation frauduleuse du chèque<sup>19</sup>, mais s'en tenir à cette seule solution ne présente que peu d'intérêt dans la mesure où le tireur ne prend, le plus souvent, conscience de cette fraude qu'après le paiement du chèque, soit à un moment où il est trop tard pour faire opposition<sup>20</sup>.

Au contraire, il est certain que la notion « *d'utilisation frauduleuse* » ne doit pas être interprétée de façon trop extensive, afin que ne soit pas légalisée « *l'opposition pour mécontentement* »<sup>21</sup>. La sécurité des porteurs de chèque voulue par le législateur postule, en effet, que les cas d'opposition soient strictement encadrés et que les droits du porteur ne soient pas perturbés outre mesure par des rapports fondamentaux extérieurs au titre. Dans cette optique, la notion d'utilisation frauduleuse du chèque ne peut être entendue trop largement comme, par exemple, la simple inexécution du contrat en vertu duquel le chèque a été tiré.

Devant cette difficulté à dégager une définition claire de la notion en question, la plupart des commentateurs se sont contentés de suggérer des cas ponctuels d'utilisation frauduleuse. Ainsi, certains<sup>22</sup> ont proposé, à l'image d'une note d'information conjointe de la Chancellerie et de la direction du Trésor<sup>23</sup>, que l'utilisation frauduleuse du chèque puisse viser l'hypothèse dans laquelle

le conjoint du titulaire du compte, non-mandataire, émet des chèques à l'insu de ce dernier, ou encore le cas dans lequel le titulaire d'un compte voudrait se prémunir contre l'indélicatesse de son ancien mandataire qui refuserait de lui restituer les chèquiers en sa possession après révocation de la procuration. De même, d'autres auteurs ont proposé que l'encaissement d'un chèque de garantie en violation du contrat conclu entre les parties soit perçu comme étant un tel cas d'utilisation frauduleuse<sup>24</sup>. Néanmoins, ces solutions, se limitant à des cas particuliers, demeureraient lacunaires dans la mesure où elles ne permettraient pas de dégager une solution claire et, surtout, générale.

En fait, seuls les professeurs Cabrillac et Teyssié osaient proposer un critère plus large : celui de la fraude à la loi pénale<sup>25</sup>. Cette dernière solution, qui présente l'avantage d'encadrer le nouveau cas d'opposition, a, semble-t-il, eu les faveurs de la jurisprudence.

## B. La solution jurisprudentielle

La jurisprudence française est venue clarifier cette situation, dans un premier temps, par l'arrêt Olgard, rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 24 octobre 2000<sup>26</sup>.

En l'espèce, un particulier avait donné mandat à un professionnel d'acheter pour son compte un véhicule automobile à l'étranger pour 101 500 francs. Ce mandataire ayant affirmé que le véhicule ne serait livré qu'après remise d'un chèque de 76 000 francs en sa faveur, le mandant s'était exécuté. Cependant, le mandataire indélicat a immédiatement endossé le chèque au profit de la Société Générale qui lui a crédité son compte de ce montant. Mais le véhicule n'a pas été livré et le mandataire a été placé, peu de temps après, en liquidation judiciaire. Le tireur a alors formé opposition au paiement pour utilisation frauduleuse du chèque. La banque, devenue porteur, a saisi le juge des référés aux fins de mainlevée de l'opposition. La cour d'appel a fait droit à cette demande. Elle justifiait la mainlevée par le motif que la remise d'un chèque à la banque par son bénéficiaire en constitue l'utilisation normale nonobstant l'absence de contrepartie effective. Sur pourvoi du tireur, la Haute juridiction a cassé l'arrêt de la cour d'appel au motif que cette dernière aurait dû se prononcer sur la prétention du tireur selon laquelle le chèque avait été émis à la suite de manœuvres fraudu-

16 D. Cholet, *La définition de l'utilisation frauduleuse du chèque*, Revue de droit bancaire et financier, 2001, p. 178.

17 M. Charmant, Rapport Ass. nat., n° 2374, 21 novembre 1991, p. 49.

18 TGI de Paris, 28 décembre 1992, D, 1993, somm., p. 315, obs. Cabrillac, JCP, 1993, éd. E, pan., 861. Aux termes de ce jugement, en « *l'absence de toute précision émanant du législateur, il résulte des travaux préparatoires de la loi du 30 décembre 1991 que l'utilisation frauduleuse motif d'opposition légitime au paiement d'un chèque suppose la perte ou le vol et ou une falsification, voire une contrefaçon. Tel est le cas d'un chèque surchargé, dont le mot « compte » a été écrit en remplacement d'un autre terme, de même que le chiffre « 2 » de la somme mentionnée, à savoir 200 000 francs. Une telle falsification s'analyse en effet comme une utilisation frauduleuse* ».

19 V. par ex., Cour d'appel de Paris, 28 juin 1996, Juris-Data, n° 1996-022550; Cour d'appel de Montpellier, 19 mai 2003, Juris-Data, n° 2003-229967.

20 Il en va différemment si le banquier s'aperçoit, lui-même, de la falsification ou de la contrefaçon en question lors de la remise au paiement et avertit rapidement le tireur.

21 A.-F. Donsimoni, *Les obligations nouvelles des banquiers après la loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques*, Gaz. pal., 1994, doctrine, p. 41.

22 P. Bouteiller et F. Ribay, *L'exploitant de banque et le droit. Réponses à 280 questions pratiques*, Banque éditeur, Paris, 2003, p. 74. Dans un sens relativement proche, H. Bouilhol, *La loi du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des actes de paiement*, Banque, 1992, p. 668.

23 Note d'information conjointe, ministère de la Justice et ministère de l'Économie, *Le régime du chèque issu de la loi du 30 décembre 1991*, octobre 1992, p. 31.

24 A.-M. Romani, note sous TGI de Paris, 26 avril 1993, D, 1994, juris., p. 227.

25 M. Cabrillac et B. Teyssié, obs. sous Cour d'appel de Paris, 8 décembre 1993, RTD Com., 1994, p. 324.

26 Cass. com., 24 octobre 2000, Juris-Data, n° 2000-006363, D, 2000, juris., p. 417, note Lienhard, JCP, 2001, éd. E, 1096, note Cholet, Revue de droit bancaire et financier, 2000, p. 347, obs. Credot et Gerard, RTD Com., 2001, p. 195, obs. Cabrillac, Petites affiches, 2001, n° 181, p. 10, note Attal.

leuses de la part du bénéficiaire. Pour la Cour de cassation, ces faits, s'ils étaient établis, constitueraient une fraude à la fois pour l'obtention et pour l'utilisation du chèque.

Ainsi, pour les juges du droit, l'utilisation frauduleuse du chèque peut clairement provenir d'une obtention frauduleuse. Le simple fait d'utiliser le chèque obtenu dans ces conditions suffit dès lors à permettre l'opposition.

Cette solution peut, néanmoins, sembler être en contradiction avec un arrêt Société Esnault rendu exactement le même jour <sup>27</sup>.

Dans cette affaire, la société Esnault avait fait parvenir à la société Dapharm un chèque d'un montant de 2 200 000 francs tiré sur la BNP, en lui précisant que celui-ci ne devait pas être mis en banque puisqu'il s'agissait d'un chèque destiné à garantir notamment quatre factures. Pourtant, le porteur l'a remis à l'encaissement. Le tireur, estimant que les conditions de mise en œuvre de la garantie n'étaient pas réunies, a fait opposition au paiement pour utilisation frauduleuse du chèque. Le bénéficiaire a alors saisi le juge des référés sur le fondement de l'article L. 131-35 du Code monétaire et financier aux fins de mainlevée de l'opposition. Cette demande a été accordée aux motifs, d'une part, que la notion de chèque de garantie n'existe pas en droit français et, d'autre part, qu'il n'y avait pas eu d'utilisation frauduleuse du chèque en l'absence de falsification ou de contrefaçon du titre. Sur pourvoi du tireur, la Cour de cassation devait donc décider si la remise au paiement d'un chèque de garantie en l'absence de réalisation de la condition constituait une utilisation frauduleuse justifiant l'opposition. En rejetant le pourvoi, elle a clairement répondu par la négative.

Une lecture hâtive de ces deux arrêts pourrait laisser penser que la Cour de cassation se montre quelque peu contradictoire dans son interprétation de la notion « *d'utilisation frauduleuse* ». À notre sens, il n'en est rien. Au contraire, ces deux arrêts participent grandement à la définition de cette notion.

Il semble ainsi, à la vue de l'arrêt Olgard, que la Cour de cassation admette l'utilisation frauduleuse, lorsque le chèque en question a été obtenu en raison de manœuvres frauduleuses constitutives du délit d'escroquerie <sup>28</sup>, c'est-à-dire, d'une façon plus générale, d'une violation de la loi pénale. La difficulté consistait, en fait, à interpréter le terme « utilisation » car il était soutenu que la remise d'un chèque à l'encaissement correspondait à

son utilisation normale, ce qui n'est pas faux, et que seules les conditions de son obtention avaient été frauduleuses, ce qui n'entraîne pas dans les prévisions de l'article L. 131-35 du Code monétaire et financier. L'hésitation était permise. Mais admettre ce raisonnement eût abouti à vider la modification législative de l'essentiel de son utilité. La chambre commerciale décide alors qu'il n'y a pas lieu de dissocier les conditions d'obtention de la notion d'utilisation frauduleuse du chèque. Obtenu frauduleusement, le chèque remis à l'encaissement dans ces conditions a nécessairement été aussi utilisé frauduleusement.

Par conséquent, il convient d'admettre que lorsque l'utilisation du chèque permet de réaliser une infraction ou de tirer profit de celle qui a été réalisée (escroquerie, abus de confiance, extorsion, chantage, etc.), la sécurité qui est accordée au porteur doit céder devant les nécessités de l'ordre public et de la répression des infractions. Le tireur victime doit pouvoir faire opposition au paiement comme il est autorisé à le faire en cas de vol ou d'extorsion <sup>29</sup>. Définir la notion d'utilisation frauduleuse d'un chèque comme l'utilisation réalisée en violation d'une loi pénale permet ainsi de lui donner un sens cohérent, car limité à des atteintes particulièrement choquantes aux droits du tireur, et relativement précis grâce au renvoi effectué au droit pénal pour la liste des cas d'opposition <sup>30</sup>.

Mais l'arrêt Esnault ne remet-il pas en cause cette solution ? La réponse à cette interrogation est, à notre sens, négative. Certes, les faits en question pouvaient faire penser à une hypothèse d'abus de confiance <sup>31</sup>. En procédant de la sorte, le bénéficiaire semblait détourner au préjudice d'autrui (le tireur) un bien (le chèque) qui lui avait été remis à charge d'en faire un usage déterminé (garantir l'exécution d'une obligation). Tous les éléments constitutifs à l'abus de confiance prévus à l'article 314-1 du Code pénal paraissaient réunis et, par conséquent, le fait que la Cour de cassation refuse de retenir la notion « *d'utilisation frauduleuse* » pouvait faire croire à une incohérence de la jurisprudence.

Une telle vision est, selon nous, erronée. En effet, l'arrêt présentait une particularité : il visait un chèque de garantie, c'est-à-dire un chèque remis comme sûreté <sup>32</sup>. Longtemps réprimé pénalement <sup>33</sup>, le chèque de garantie est désormais valable, puisqu'après en avoir abandonné la sanction répressive <sup>34</sup>, la Cour de cassation a refusé d'en prononcer la nullité <sup>35</sup>. Or, depuis un arrêt de la chambre commerciale du 17 novembre 1998 <sup>36</sup> la Cour de cassation

<sup>27</sup> Cass. com., 24 octobre 2000, D, 2000, juris., p. 417, note Lienhard, JCP, 2001, éd. E, 1096, note Cholet, Revue de droit bancaire et financier, 2000, p. 347, obs. Credot et Gerard, Revue de jurisprudence commerciale, 2001, p. 184, note Nemedeu.

<sup>28</sup> En effet, aux termes de l'article 313-1 du Code pénal : « *L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus de qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge* ».

<sup>29</sup> V. infra.

<sup>30</sup> M. Cabrillac et B. Teyssié, obs. sous Cour d'appel de Paris, 8 décembre 1993, RTD Com., 1994, p. 325 ; D. Cholet, *La définition de l'utilisation frauduleuse du chèque*, Revue de droit bancaire et financier, 2001, p. 182.

<sup>31</sup> M. Cabrillac et B. Teyssié, obs. sous Cour d'appel de Paris, 8 décembre 1993, RTD Com., 1994, p. 325 ; M. Cabrillac, obs. sous Cass. com., 24 octobre 2000, RTD Com., 2001, p. 196 ; H. Aubry,

*Réflexions sur le chèque remis en garantie*, D, Aff., 2000, doctrine, p. 557, n° 11.

<sup>32</sup> La remise d'un chèque à titre de garantie est d'un usage fréquent en raison de ses avantages pratiques : elle évite notamment au débiteur d'avoir à déposer une somme d'argent. Cette remise peut avoir lieu à l'occasion de la location de biens immeubles ou meubles. Le chèque de garantie est également parfois utilisé lors de relations précontractuelles entre deux futurs contractants.

<sup>33</sup> La jurisprudence utilisait à son encontre les qualifications de tirage et d'acceptation en connaissance de cause d'un chèque sans provision : Cour d'appel de Montpellier, 18 janvier 1951, JCP, 1951, II, 6162, note Cabrillac ; Cour d'appel de Nancy, 8 juillet 1952, D, 1953, juris., p. 288, note Durand ; Cass. crim., 8 décembre 1955, D, 1956, juris., p. 698, note Derrida.

<sup>34</sup> Cass. crim., 5 octobre 1983, D, 1984, juris., p. 461, note Bouloc.

<sup>35</sup> Cass. com., 12 janvier 1993, Bull. civ., 1993, IV, n° 3, D, 1993, info. rap., p. 36, JCP, 1993, éd. E, II, 425, note Cabrillac. Dans le même sens, par ex., Cass. com., 22 juin 1993, D, 1993, som. com., p. 315, obs. Cabrillac.

admet expressément que le bénéficiaire d'un chèque de garantie puisse l'encaisser immédiatement. Le tireur ne peut que solliciter, éventuellement, la répétition si cet encaissement a conduit à un paiement indu.

Dès lors, la justification de la solution de l'arrêt Esnault résulte du même motif énoncé dans cet arrêt de 1998 aux termes duquel « un chèque est un instrument de paiement que le bénéficiaire peut faire encaisser même dans le cas où il lui a été remis « à titre de garantie » sauf à lui en restituer le montant si celui-ci était indu ». Ainsi, le refus de l'opposition se justifie, selon les magistrats, par la nature intrinsèque du chèque. Instrument de paiement irrévocable<sup>37</sup>, il peut être porté à l'encaissement même s'il a été émis à titre de garantie. Les conventions extra-cambiales conclues entre les parties ne peuvent avoir pour effet d'éluider ce droit au paiement à vue issu des rapports cambiaux<sup>38</sup>. Ce faisant, le porteur ne détourne pas le chèque de l'usage déterminé contractuellement en l'encaissant<sup>39</sup> et, dès lors, la solution découlant de l'arrêt Olgard n'est ici pas applicable. Elle n'est donc pas remise en cause par cette jurisprudence.

Ni trop étroit, ni trop large, suffisamment précis, ce critère de violation de la loi pénale semble, à notre sens, en mesure de clarifier la législation portant sur l'opposition en matière de chèque. Il confère, en outre, une réelle efficacité au cas d'opposition introduit par la réforme du 30 décembre 1991<sup>40</sup>, efficacité qui se trouve confirmée par les derniers arrêts rendus en la matière.

Ainsi, la chambre commerciale a pu caractériser, par un arrêt du 19 décembre 2000<sup>41</sup>, l'utilisation frauduleuse dans une affaire où, pour obtenir un chèque, le bénéficiaire avait procédé à la publicité pour une société inexistante, établi des documents descriptifs donnant faussement une apparence de sérieux à l'opération frauduleuse organisée par lui et l'avait endossé au profit d'une banque alors qu'il était, en réalité, en état de cessation des paiements. Ainsi, comme dans l'arrêt Olgard, le chèque avait été obtenu par le bénéficiaire grâce au recours à des manœuvres frauduleuses constitutives du délit d'escroquerie<sup>42</sup>. L'arrêt reprenait alors la solution figurant déjà dans l'arrêt Olgard, tout en la distinguant de celle dégagée par l'arrêt Esnault. En effet, pour l'arrêt, l'utilisation fraudu-

leuse d'un chèque pouvant justifier l'opposition à son paiement « ne se limite pas seulement au cas où il y a eu contrefaçon ou falsification du titre, mais peut également être retenue lorsque le chèque a été obtenu et utilisé à la suite de manœuvres frauduleuses »<sup>43</sup>, sans que constitue « une telle utilisation le seul fait de la remise d'un chèque à l'encaissement, aurait-il été émis à titre de garantie »<sup>44</sup>.

En outre, les juridictions du fond paraissent encore plus précises en la matière. Ainsi, pour un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 2 mai 2002<sup>45</sup>, l'application de l'article L. 131-35 du Code monétaire et financier exige une « irrégularité grave susceptible d'être assimilée au vol, à la falsification ou à la contrefaçon de l'effet ». Le renvoi à la violation du droit pénal est donc ici implicite.

Il devient, d'ailleurs, explicite dans un arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 28 mars 2003<sup>46</sup>, aux termes duquel « constitue, au sens de l'article L. 131-35 du Code monétaire et financier, une utilisation frauduleuse, justifiant une opposition, la présentation à l'encaissement d'un chèque obtenu par le bénéficiaire en violation de la loi pénale ». Ainsi, en l'espèce, l'instruction pénale ouverte était susceptible de faire apparaître un cas d'opposition autorisé au paiement du chèque, à savoir, d'une part, la violation, pénalement sanctionnée, des dispositions de l'article L. 271-2 du Code de la construction et de l'habitation qui font interdiction au vendeur d'immeuble de recevoir de l'acquéreur aucun versement avant l'expiration du délai de rétractation de sept jours, et, d'autre part, une fraude fiscale, également pénalement sanctionnée, le vendeur prétendant que le chèque remis correspondait à un « dessous-de-table ». Dès lors, le juge des référés était bien fondé à refuser, dans cette affaire, la mainlevée.

Il semble, par conséquent, que la notion « d'utilisation frauduleuse » du chèque doit être caractérisée, désormais, tant en cas de falsification ou de contrefaçon de celui-ci, qu'en cas de violation de la loi pénale pour son obtention ou son utilisation.

L'interprétation large ainsi dégagée par les magistrats est, cependant, de nature à influencer sur la jurisprudence passée visant les autres cas autorisant l'opposition.

Tout d'abord, en raison de l'appréciation précitée, la

36 Cass. com., 17 novembre 1998, D Aff, 1999, p. 78, obs. X. D., D, 1999, somm., p. 304, obs. Piedelièvre, RTD Civ., 1999, p. 156, obs. Crocq, JCP, 2000, éd. E, p. 228, note Gibirila. Dans le même sens, Cass. com., 22 juin 1993, D, 1993, som. com., p. 315, obs. Cabrillac; Cour d'appel de Paris, 8 décembre 1993, RTD Com., 1994, p. 324, obs. Cabrillac et Teyssié; Tribunal de commerce de Marseille, 19 avril 1999, Banque & droit, 2000, n° 73, p. 54. *Contra*, jugeant qu'il y a utilisation frauduleuse de la part du bénéficiaire d'un chèque de garantie qui aurait dû le restituer à une date déterminée et qui l'avait présenté au paiement onze mois après, Cour d'appel de Paris, 27 mai 1994, RTD Com., 1994, p. 531, obs. Cabrillac et Teyssié.

37 Aux termes de l'article L. 131-31: « Le chèque est payable à vue. Toute mention contraire est réputée non écrite ».

38 Au contraire, l'abus de confiance sera constitué si un mandataire détourne des formules vierges à son profit car aucun transfert préalable de provision n'a eu lieu dans ce cas.

39 Cette solution est, néanmoins, de nature à fragiliser considérablement la situation de l'émetteur d'un chèque de garantie et à restreindre l'utilisation de cette formule.

40 M. Cabrillac, obs. sous Cass. com., 24 octobre 2000, RTD Com., p. 196.

41 Cass. com., 19 décembre 2000, Juris-Data, n° 2000-007664, RJDA,

2001, n° 497.

42 Article 313-1 du Code pénal.

43 Dans le même sens, Cass. com., 22 octobre 2002, Juris-Data, n° 2002-016136, RJDA, 2003, n° 182; Cass. com., 9 juin 2004, Juris-Data, n° 2004-024180.

44 Dans le même sens concernant le chèque de garantie, Cour d'appel de Toulouse, 15 février 2001, Juris-Data, n° 2002-146561; Cour d'appel de Montpellier, 15 mai 2001, Juris-Data, n° 2001-155795; Cour d'appel de Rennes, 30 novembre 2001, Juris-Data, n° 2001-170755; Cour d'appel de Chambéry, 13 décembre 2001, Juris-Data, n° 2001-169387; Cour d'appel de Papeete, 21 mars 2002, Juris-Data, n° 2002-179343; Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 2 mai 2002, Juris-Data, n° 2002-179537; Cour d'appel de Rouen, 2 juin 2002, Juris-Data, n° 2002-184181; Cass. com., 18 février 2003, Juris-Data, n° 2003-017876, Revue de droit bancaire et financier, 2003, n° 2, p. 93, obs. Credot et Gerard; Cass. com., 24 septembre 2003, Juris-Data, n° 2003-020339, RJDA, 2004, n° 214; Cour d'appel de Grenoble, 23 octobre 2003, Juris-Data, n° 2003-231415; Cour d'appel de Nîmes, 22 janvier 2004, Juris-Data, n° 2004-238943.

45 Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 2 mai 2002, Juris-Data, n° 2002-179537.

46 Cour d'appel de Rennes, 28 mars 2003, Juris-Data, n° 2003-209692.

jurisprudence passée refusant l'opposition en présence d'escroquerie<sup>47</sup> ou d'abus de confiance<sup>48</sup> (sauf hypothèse de chèque de garantie<sup>49</sup>) n'a plus lieu d'être. En effet, cette dernière, légitimée par le fait que seul le vol, c'est-à-dire une dépossession involontaire, pouvait fonder un cas d'opposition, doit désormais être abandonnée, puisque l'on trouve à l'origine de la dépossession une violation du droit pénal. L'opposition doit donc, aujourd'hui, être admise dans ces circonstances car il s'agit de cas « *d'utilisation frauduleuse* ».

De plus, si la jurisprudence a autorisé, à une époque où les cas d'opposition étaient restreints, l'élargissement des cas d'opposition fondés sur la perte et le vol aux hypothèses où le titulaire du compte avait été victime d'une extorsion du chèque par violence ou menace<sup>50</sup>, il semble maladroit de reprendre à présent une telle solution, nettement détachée de la teneur du texte qui ne parle que de vol, alors que la notion « *d'utilisation frauduleuse* » permet, désormais, de fonder de telles oppositions ayant pour origine une violation incontestable du droit pénal. La jurisprudence continuant à fonder, de la sorte, l'opposition sur le vol en de telles circonstances est, dès lors, selon nous critiquable<sup>51</sup>. Aujourd'hui, l'obtention d'un chèque par extorsion constitue plutôt une utilisation frauduleuse qu'un vol<sup>52</sup>.

Outre ces effets sur les autres cas permettant l'opposition, la jurisprudence précitée a pour principal effet, bénéfique, de clarifier ce qu'il faut entendre par « *utilisation frauduleuse* » du chèque, et ainsi de faciliter la tâche du banquier-tiré qui a vu, lui aussi, son rôle se renforcer par la réforme de 1991, ce qui n'est pas allé, d'ailleurs, sans susciter des controverses en raison de l'insuffisante précision des textes en la matière. Il est dès lors heureux que la jurisprudence se soit aussi prononcée récemment sur cette question.

## II Le rôle du banquier-tiré

La loi du 30 décembre 1991, relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement<sup>53</sup>, est venue modifier la procédure de l'opposition de façon substantielle. À titre d'illustration, l'opposition, qui pouvait antérieurement

être faite par un moyen quelconque<sup>54</sup> doit maintenant être « *confirmée immédiatement par écrit* » et ce « *quel que soit le support de cet écrit* »<sup>55</sup>. Il en résulte que, si le tireur ne fait pas opposition par écrit ou s'il ne la confirme pas de la sorte immédiatement, celle-ci est caduque<sup>56</sup>. Le banquier ne peut, dès lors, refuser le paiement du chèque sous peine de sanctions.

Cette procédure ayant, néanmoins, soulevé des incertitudes, concernant notamment le rôle exact du banquier-tiré, les magistrats sont intervenus pour éclaircir ce point (A)<sup>57</sup>, tout en rappelant qu'il demeure soumis à la décision du juge des référés (B).

### A. La précision du rôle du banquier-tiré

La loi du 30 décembre 1991 a introduit une procédure formaliste d'opposition et attribué au banquier-tiré une mission plus étendue. Introduit par voie d'amendement, ce changement a connu une genèse laborieuse qui s'est traduite par quelques obscurités et incohérences.

Ainsi, avant 1991, il était de principe que lorsque le banquier-tiré recevait une opposition du tireur au paiement d'un chèque, il était tenu de ne pas payer ce chèque tant que l'opposition n'avait pas été levée, même si cette opposition était illégale, c'est-à-dire non fondée sur un des motifs expressément prévus par la loi. Le banquier visé par l'opposition n'avait pas à se faire juge de la validité de l'opposition émanant du tireur ou du titulaire du compte sur lequel le chèque était tiré. Sous peine d'engager sa responsabilité, il devait simplement bloquer la provision jusqu'au moment où l'opposition était levée ou, à défaut de mainlevée jusqu'à l'expiration du délai de prescription<sup>58</sup>.

Depuis la réforme précitée, le rôle du banquier-tiré a évolué<sup>59</sup>. Ce dernier est désormais au cœur du nouveau dispositif de sécurisation de l'opposition au paiement du chèque.

Tout d'abord, le banquier-tiré est tenu à une obligation d'information. En effet, en vertu de l'article L. 131-35, alinéa 3 : « *Tout banquier doit informer par écrit les titulaires de compte des sanctions encourues en cas d'opposition fondée sur une autre cause que celles prévues au présent article* »<sup>60</sup>. Cette information est importante dans l'éven-

47 Cour d'appel de Paris, 22 mai 1970, Gaz. pal., 1970, II, p. 310, Banque, 1971, p. 95, obs. Marin, RTD Com., 1971, p. 150, obs. Cabrillac et Rives-Lange; Cass. com., 4 juin 1991, RJDA, 1991, n° 832, D, 1991, info. rap., p. 185.

48 Cass. com., 9 février 1981, Bull. civ., 1981, IV, n° 68, D, 1981, info. rap., p. 303, obs. Cabrillac.

49 V. supra.

50 Cass. com., 26 juin 1979, Bull. civ., 1979, IV, n° 215, D, 1980, info. rap., p. 314, obs. Cabrillac; Cour d'appel de Versailles, 19 juin 1991, D, 1991, info. rap., p. 209; Cour d'appel de Paris, 6 mai 1994, D, 1994, info. rap., p. 144.

51 En ce sens pourtant, Cour d'appel de Bastia, 13 décembre 1999, Banque & droit, n° 73, p. 55, obs. Guillot; Cass. com., 8 octobre 2002, Juris-Data, n° 2002-015770, Revue de droit bancaire et financier, 2002, p. 315, obs. Credot et Gerard, RTD Com., 2003, p. 140, obs. Cabrillac, D, 2002, Aff., p. 2940, note Avena-Robardet, Petites affiches, 2003, n° 7, p. 9, obs. E. C., RJDA, 2003, n° 183, Banque & droit, 2004, n° 93, p. 63, obs. Guillot, JCP, 2003, éd. E., 195, note Cholet.

52 Dans le même sens, D. Cholet, note sous Cass. com., 8 octobre 2002, JCP, 2003, éd. E., p. 224.

53 Loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement, JO, 1<sup>er</sup> janvier 1992, p. 12.

54 Encore que, en pratique, les banques exigeaient une réitération par écrit.

55 Selon une circulaire de l'Association française des banques du 17 février 1992, peuvent être admis : télégramme, télex, copie, télématique (minitel), saisie sur guichet automatique de banque, à condition que l'émetteur du message puisse être identifié, ainsi maintenant qu'un écrit électronique.

56 Cour d'appel de Paris, 17 février 1999, Juris-Data, n° 1999-020270.

57 Ainsi, l'extension du rôle du banquier est, avant tout, due à la loi. Le juge ne fait que préciser l'étendue de ce rôle.

58 Cass. req., 18 juin 1946, JCP, 1946, II, 3252, rapport Lescot, D, 1946, p. 346, RTD Com., 1948, p. 111, obs. Houin; Cass. com., 22 janvier 1979, Bull. civ., 1979, IV, n° 32; Cass. com., 9 février 1982, Bull. civ., 1982, IV, n° 52, RTD Com., 1982, p. 590; Cass. com., 7 avril 1992, JCP, 1993, I, 3686, n° 41, obs. Gavalda et Stoufflet; Cass. com., 16 juin 1992, Bull. civ., 1992, IV, n° 235, RTD Com., 1992, p. 648, obs. Cabrillac et Teyssié; Cass. com., 27 octobre 1992, Bull. civ., 1992, IV, n° 321, D, 1992, info. rap., p. 267; Cour d'appel de Paris, 10 décembre 1982, D, 1983, info. rap., p. 245, obs. Cabrillac.

59 Parmi les innovations de la loi, la plus importante est certainement la dépénalisation de l'émission de chèque sans provision, qui encombrait jusqu'alors les tribunaux, octroyant, en contrepartie, des prérogatives renforcées aux banquiers.

tualité où le client allègue un motif licite qui n'est pas réel ; il est alors incité à révoquer son opposition, ce qui doit lui permettre d'échapper à l'incrimination de blocage illicite de la provision. De même, pour l'article 41 du décret du 22 mai 1992 <sup>61</sup> « lorsque le tiré reçoit une opposition qui n'est pas fondée sur l'un des motifs prévus par l'article 32, alinéa 2, du décret du 30 octobre 1935 précité ou la confirmation écrite d'une telle opposition, il adresse au titulaire du compte une lettre lui indiquant la raison pour laquelle cette opposition ne peut être admise ». Aucune sanction particulière n'a été cependant prévue pour assurer le respect de cette diligence, dont la méconnaissance est seulement susceptible d'engager la responsabilité civile du tiré.

Au-delà de cette obligation d'information, l'article L. 163-1 du Code monétaire et financier punit d'une amende de 6000 euros « le fait, pour le tiré, de refuser le paiement d'un chèque hors les cas mentionnés au deuxième alinéa de l'article L. 131-35, au motif que le tireur y fait opposition ». Cette disposition ne vise, cependant, que les cas dans lesquels le motif de l'opposition est illégitime <sup>62</sup>. Dans les autres hypothèses, il doit immobiliser la provision au profit du porteur.

Cependant, en introduisant, de la sorte, une sanction pénale à l'encontre du tiré qui vient à admettre une opposition infondée, et en obligeant celui-ci, lorsqu'il reçoit une opposition illicite, à indiquer la raison pour laquelle cette opposition ne peut être admise, la loi de 1991 et le décret de 1992 ont jeté un doute dans les esprits. Quel est précisément le rôle du banquier ? Faut-il faire peser sur le tiré le devoir de vérifier les causes de l'opposition et lui reconnaître le pouvoir de rejeter les oppositions qu'il juge illégales, avec la responsabilité qui s'ensuit ? La doctrine s'est divisée sur cette question.

Pour un premier courant doctrinal <sup>63</sup>, le législateur de 1991 aurait eu l'intention de confier au tiré la tâche d'exercer un certain contrôle sur le motif allégué. Cette intention s'était d'ailleurs nettement manifestée dans les débats parlementaires <sup>64</sup>. Dès lors, le banquier-tiré devrait avoir les moyens de contrôler la régularité de l'opposition, et, à ce titre, il n'aurait pas à se contenter de la simple

allégation par le tireur d'un motif autorisé, mais devrait se faire produire une justification qui lui donnerait une certaine crédibilité <sup>65</sup>. À défaut, il serait trop facile pour le tireur d'échapper au contrôle bancaire en invoquant un des motifs prévus par la loi, même s'il est fantaisiste.

Pour d'autres auteurs <sup>66</sup>, cependant, un tel contrôle n'est pas envisageable et le tiré n'a pas à se faire juge de la validité de l'opposition. Cette règle paraît confortée par le principe de non-ingérence qui interdit au banquier de s'immiscer dans les affaires de ses clients, hormis circonstances exceptionnelles <sup>67</sup>. En outre, de façon pratique, la nature des cas autorisant l'opposition, et notamment l'usage frauduleux <sup>68</sup>, est susceptible de rendre peu aisée une telle vérification. De plus, le recours au juge des référés imposé par l'article L. 131-35, alinéa 4, pour décider la mainlevée de l'opposition, perdrait une partie de son utilité si le banquier avait lui-même le devoir de vérifier la réalité du cas d'opposition. Ce recours changerait, d'ailleurs, de nature : il viserait au contrôle de la décision du banquier, soit d'admission, soit de refus de l'opposition, ce qui n'est plus une mainlevée.

Il est, dès lors, revenu à la jurisprudence de préciser ce point de la procédure d'opposition en matière de chèque.

Ainsi, dans un premier temps, un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 12 mars 1996 est venu préciser que le tiré est tenu de vérifier que le motif invoqué figure dans l'énumération légale <sup>69</sup>. Mais doit-il, pour autant, vérifier la réalité du motif invoqué ?

Cette dernière question a été résolue par un autre arrêt de la chambre commerciale en date du 8 octobre 2002 <sup>70</sup>. Dans cette affaire, le tireur avait fait opposition au motif qu'il avait émis les chèques litigieux sous la contrainte et la menace de violence. Cependant, la banque tirée avait refusé le paiement alors que, au moment de la présentation, aucune plainte au pénal n'avait encore été déposée. Le bénéficiaire du chèque intenta alors une action en responsabilité contre cette dernière à laquelle il reprochait de lui avoir refusé le paiement sans avoir vérifié le motif de l'opposition. La Cour d'appel de Bastia <sup>71</sup>

<sup>60</sup> Il s'agit, pour l'article L. 163-2 du Code monétaire et financier, d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros.

<sup>61</sup> Décret n° 92-456 du 22 mai 1992 pris pour l'application du décret du 30 octobre 1935 modifié par la loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991 et relatif au refus de paiement des chèques et à l'interdiction d'émettre des chèques, JO, 23 mai 1992, p. 6985.

<sup>62</sup> A l'opposition faite pour un motif illicite, il faut logiquement assimiler l'opposition faite sans que le motif en soit donné.

<sup>63</sup> V. par ex., F. Perochon et R. Bonhomme, *Instruments de crédit et de paiement*, éd. LGDJ, Paris, 2001, 5<sup>e</sup> éd., n° 816 ; C. Marinucci, *L'opposition au paiement par chèque : les conséquences de l'article 23 de la loi du 30 décembre 1991* (modifiant l'article 32 du décret du 30 octobre 1935, La revue des huissiers de justice, 1994, n° 1, p. 15 ; M. Gamdji, *De l'opposition au paiement par chèque*, Banque & droit, 1996, n° 48, p. 21 ; D. Cholet, *La définition de l'utilisation frauduleuse du chèque après les arrêts récents de la Cour de cassation*, Revue de droit bancaire et financier, 2001, p. 178.

<sup>64</sup> JO, Sénat, 22 octobre 1991, p. 3110 ; JO, Ass. nat., 17 décembre 1991, p. 8095. Ainsi, pour M. Sapin, ministre délégué à la Justice, le banquier-tiré dispose d'un « droit de regard quasi juridictionnel sur les affaires de son client ».

<sup>65</sup> M. Cabrillac, *Chèque. Paiement et défaut de paiement*, Juris-Classeur, Banque — Crédit — Bourse, fascicule 330, 2003, n° 26. Pour celui-ci, en effet, un véritable contrôle suppose que le tiré exige de l'opposant la production d'un justificatif de la cause d'opposition en cas

de vol (avec une déclaration faite à la police ou le récépissé d'une plainte) et en cas de redressement ou de liquidation judiciaires (avec un extrait du jugement). Lorsque la production de document s'avère en pratique délicate, une relation circonstanciée des faits ayant motivé l'opposition devra y suppléer spécialement en cas de perte ou d'utilisation frauduleuse du chèque.

<sup>66</sup> V. par ex., Y. Chaput, *La loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement*, D, 1992, chronique, p. 107 ; Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *Instruments de paiements et de crédit*, éd. Litec, Paris, 2003, 5<sup>e</sup> éd., p. 325 ; S. Piedelievre, *Droit bancaire*, éd. PUF, Paris, 2003, n° 306.

<sup>67</sup> Il en va notamment ainsi en matière de lutte contre le blanchiment d'argent ou le terrorisme.

<sup>68</sup> V. supra.

<sup>69</sup> Cass. com., 12 mars 1996, RTD Com., 1996, p. 501, obs. Cabrillac.

<sup>70</sup> Cass. com., 8 octobre 2002, Juris-Data, n° 2002-015770, Revue de droit bancaire et financier, 2002, p. 315, obs. Credot et Gerard, RTD Com., 2003, p. 140, obs. Cabrillac, D, 2002, juris., p. 2940, note Avena-Robardet, Petites affiches, 2003, n° 7, p. 9, obs. E. C., RJDA, 2003, n° 183, Banque & droit, 2003, n° 87, p. 57, obs. Bonneau, Banque & droit, 2004, n° 93, p. 63, obs. Guillot, D, 2002, Aff., p. 2940, obs. Avena-Robardet, JCP, 2003, éd. E, 195, note Cholet. Dans le même sens, Cour d'appel de Bordeaux, 27 juillet 1994, Banque, novembre 1994, p. 99, obs. Guillot.

accueillit cette demande en énonçant « *qu'il appartenait au tiré d'apprécier cette opposition* » et qu'il aurait dû exiger que l'intéressé ait déposé une déclaration de perte ou une plainte pour vol. C'est cette décision que censura la Cour de cassation, au motif que « *l'établissement de crédit sur lequel a été tiré un chèque frappé d'opposition n'a pas à vérifier la réalité du motif d'opposition invoqué* ».

La Haute juridiction a, dès lors, signifié qu'en présence d'un cas légal d'opposition, le tiré n'a aucun pouvoir d'appréciation : il est tenu de l'admettre.

En résumé, et à la différence du régime antérieur à la réforme de 1991, deux cas sont désormais à distinguer :

- Le premier cas est celui dans lequel le tireur a fait opposition mais a motivé cette dernière par un autre motif que l'un des quatre visés par la loi ou n'a invoqué aucun motif. Il ne peut, dans cette hypothèse, s'abstenir de payer sous peine d'encourir les sanctions figurant à l'article L. 163-1 du Code monétaire et financier<sup>72</sup>. Cette solution diffère dès lors de celle en vigueur avant la loi de 1991 et tend à développer le rôle du banquier en la matière.

Ce nouveau dispositif légal a pour fin, à l'évidence, d'amener le tireur à prendre au sérieux l'émission d'un chèque. Celui-ci ne pourra plus espérer faire utilement opposition pour un motif autre que ceux admis par la loi, voire sans motif indiqué. Dans l'un et l'autre cas, le chèque, nous l'avons vu, sera payé. Il convient alors de comprendre que le paiement, par la banque, constitue indirectement la vraie sanction de l'opposition pour un motif autre que ceux admis par la loi ou non motivée. En effet, la sanction pénale<sup>73</sup> prévue par l'article L. 163-2 du Code monétaire et financier pour le retrait ou le blocage de la provision est restée plus théorique qu'effective, car la caractérisation de ce délit est subordonnée à l'intention, chez le tireur, de porter atteinte aux droits d'autrui<sup>74</sup>.

- Dans le second cas, au contraire, le tireur fait opposition par écrit et motive celle-ci en invoquant l'un des quatre motifs prévus par le deuxième alinéa de l'article L. 131-35 du Code monétaire et financier. En vertu de la jurisprudence précitée, le banquier n'a pas à vérifier si le motif invoqué est vrai ou faux. Il doit, dans tous les cas, s'abstenir de payer, car s'il venait à le faire, il engagerait sa responsabilité civile envers le tireur si le paiement en question est préjudiciable à ce dernier. Il est tenu simplement d'immobiliser la provision au profit du porteur.

Ainsi clarifié par la jurisprudence, le rôle du banquier, nettement développé par la réforme de 1991, demeure soumis à la décision du juge des référés.

71 Cour d'appel de Bastia, 13 décembre 1999, Banque & droit, 2000, n° 73, p. 55, obs. Guillot.

72 Cour d'appel de Papeete, 21 mars 2002, Juris-Data, n° 2002-179343.

73 Les sanctions prévues par cet article sont cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende. V. supra.

74 Cass. crim., 13 avril 1983, Bull. crim., 1983, n° 102, D, 1984, juris., p. 461, note Boulloc, RTD Com., 1983, p. 439, obs. Cabrillac et Teyssié; Cass. crim., 4 janvier 1996, Bull. crim., 1996, n° 3.

75 Cass. com., 27 juin 2000, Juris-Data, n° 2000-002756. En l'espèce la cour d'appel relève que le tireur ne justifiait pas avoir perdu son chèque, et qu'aucune plainte pour vol n'avait été déposée. L'opposition au paiement était, par conséquent, irrégulière.

76 Cour d'appel de Chambéry, 11 avril 2000, Juris-Data, n° 2000-128829.

## B. La soumission à la décision du juge des référés

Devant l'absence de pouvoir du banquier-tiré dans le cas où le tireur aurait fait opposition par écrit en motivant celle-ci par l'un des quatre motifs figurant à l'article L. 131-35 du Code monétaire et financier, il revient au porteur, s'il estime non fondé le motif invoqué par le tireur, de prendre l'initiative de saisir le juge des référés afin d'obtenir mainlevée. En effet, aux termes de l'article L. 131-35 précité : « *Si, malgré cette défense le tireur fait une opposition pour d'autres causes, le juge des référés, même dans le cas où une instance au principal est engagée, doit, sur la demande du porteur, ordonner la mainlevée de l'opposition* ». Ainsi, légalement, seul le juge des référés peut ordonner la mainlevée de l'opposition lorsque le titulaire du compte n'établit pas qu'elle est fondée sur l'un des motifs autorisés. Il apprécie, pour ce faire, souverainement<sup>75</sup>.

À titre d'illustration, la mainlevée doit être accordée si la perte, ayant fondé l'opposition, n'est qu'un motif fallacieux<sup>76</sup>.

C'est au porteur à qui le paiement est refusé en raison d'une opposition du tireur qu'il incombe de saisir le juge des référés<sup>77</sup>. Le référé pour mainlevée d'une opposition illégale n'est ainsi pas ouvert à l'épouse du porteur du chèque, même si elle est titulaire avec son mari d'un compte bancaire joint<sup>78</sup>.

Mais dans quel délai le bénéficiaire d'un chèque frappé d'opposition peut tenter une action en mainlevée ? L'arrêt société Hesnault<sup>79</sup> de la chambre commerciale du 24 octobre 2000 tranche cette importante question. Il précise, en effet, que le bénéficiaire d'un chèque peut agir en mainlevée jusqu'à la prescription de l'action contre le tiré, soit dans le délai d'un an en vertu de l'article L. 131-59 du Code monétaire et financier. Cette solution ne fait que confirmer la jurisprudence des juges du fond<sup>80</sup>.

Le juge des référés ne peut pas se déclarer incompétent en arguant d'une contestation sérieuse<sup>81</sup>. Il n'a pas non plus le pouvoir de surseoir à statuer, même si une instance au principal est engagée, fut-ce devant une juridiction pénale<sup>82</sup>. De même, il ne peut subordonner la mainlevée à la mise sous séquestre des fonds correspondants au montant du chèque<sup>83</sup>. En revanche, dans le cadre de sa compétence générale, il peut accorder une provision au porteur au cas où la position du compte ne permet pas d'honorer le chèque<sup>84</sup>.

Le banquier-tiré doit se soumettre à la décision du

77 Cour d'appel de Paris, 5 juillet 1977, D, 1978, info. rap., p. 339.

78 TGI de Dunkerque, 20 octobre 1977, D, 1978, info. rap., obs. Cabrillac.

79 Cass. com., 24 octobre 2000, D, 2000, juris., p. 417, note Lienhard, JCP, 2001, éd. E, 1096, note Cholet, Revue de droit bancaire et financier, 2000, p. 347, obs. Credot et Gerard, Revue de jurisprudence commerciale, 2001, p. 184, note Nemedeu, V. supra.

80 Cour d'appel de Lyon, 2 mai 1978, D, 1978, info. rap., p. 339, obs. Cabrillac; Cour d'appel de Paris, 25 novembre 1992, D, 1993, somm., p. 315, obs. Cabrillac.

81 Cass. com., 12 octobre 1982, Bull. civ., 1982, IV, n° 314.

82 Cour d'appel de Amiens, 6 janvier 1954, Banque, 1955, p. 109, obs. Marin; Cour d'appel de Paris, 22 mai 1970, Gaz. pal., 1970, 2, p. 310, D, 1971, somm., p. 34.

83 Cass. com., 17 mai 1988, Bull. civ., 1988, IV, n° 161.

juge des référés. Ainsi, tant que ce dernier ne s'est pas prononcé, le tiré doit, nous l'avons vu, immobiliser la provision au profit du porteur. Il est à regretter, à ce propos, que le législateur n'ait pas précisé la durée d'une telle immobilisation. Cet oubli a néanmoins été réparé par la jurisprudence<sup>85</sup> qui prévoit, comme avant la réforme de 1991<sup>86</sup>, que la banque tirée d'un chèque frappé d'opposition est tenue d'en immobiliser la provision jusqu'à décision judiciaire sur la validité de l'opposition, si elle a été mise en cause dans l'instance en référé engagée à cette fin, ou, sinon, pendant une année suivant l'expiration du délai de présentation du chèque<sup>87</sup>.

Pour le cas où la provision ainsi bloquée serait insuffisante pour permettre le paiement du chèque frappé d'opposition, le banquier doit, en outre, en vertu de l'article 35 du décret n° 92-456 du 22 mai 1992, en informer le bénéficiaire, en indiquant le motif précis du rejet et mentionnant l'insuffisance de la provision<sup>88</sup>.

Dès lors, si le juge des référés prononce la mainlevée de l'opposition, le banquier-tiré est dans l'obligation, dès qu'il en est informé, de délivrer le montant du chèque, jusqu'alors bloqué, au porteur, sous la seule réserve que le titre puisse lui être remis en contrepartie. Après la mainlevée de l'opposition, le paiement du chèque n'est pas subordonné à un nouvel ordre de paiement de la part du tireur.

## Conclusion

Obscure en certains points, la procédure d'opposition en matière de chèque tend à se préciser sous l'impulsion de la jurisprudence, tant en ce qui concerne les cas permettant une telle opposition, que pour ce qui est des prérogatives du banquier-tiré au cours de cette procédure. Ces précisions démontrent, alors, que le souci principal du législateur, relayé par le magistrat, est d'étendre la procédure d'opposition sans pour autant conférer un rôle « quasi juridictionnel » au banquier qui, malgré l'extension

de ses pouvoirs, demeure subordonné aux décisions du juge des référés.

Cette clarification nous paraît opportune à plus d'un titre.

Elle tend, tout d'abord, à la sécurité juridique, en précisant les règles de l'opposition en matière de chèque. Elle va ainsi éclairer le tireur sur les cas dans lesquels il peut faire opposition, et les cas dans lesquels il risque une sanction en agissant ainsi.

Elle permet, en outre, de préciser la procédure d'opposition en matière de carte bancaire qui est, désormais, calquée sur celle en matière de chèque. En effet, aux termes de l'article L. 132-2, alinéa 2 du Code monétaire et financier, dont la nouvelle teneur résulte de l'article 34 de la loi du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne<sup>89</sup>, « *il ne peut être fait opposition au paiement qu'en cas de perte, de vol ou d'utilisation frauduleuse de la carte ou des données liées à son utilisation, de redressement ou de liquidation judiciaire du bénéficiaire* ». Ainsi, les apports jurisprudentiels précités ne manqueront pas d'influer sur cette procédure.

Néanmoins, outre ces éclaircissements, que l'on peut juger ainsi opportuns, il y a lieu de se demander si une intervention du législateur en la matière ne serait pas plus appropriée. En effet, il est des points de cette procédure, que l'on pourrait qualifier d'oublis de la loi, que l'intervention des magistrats ne saurait améliorer. À titre d'illustration, il peut sembler regrettable que la législation sur le chèque ne mentionne à aucun moment la possibilité pour le porteur de bonne foi d'un chèque, victime d'une perte ou d'un vol, de faire opposition au paiement de celui-ci. Ce silence est d'autant plus regrettable que ce porteur est, en fait, beaucoup plus exposé à cet incident que le tireur. En outre, n'est-il pas le véritable titulaire du chèque ? Il n'est d'ailleurs pas surprenant de constater que la doctrine s'accorde à lui reconnaître, dans sa grande majorité, un droit d'opposition<sup>90</sup>. Une modification de la loi serait, dès lors, la bienvenue sur ce point. ■

84 Cass. com., 26 mars 1996, RTD Com., 1996, p. 503, obs. Cabrillac.

85 Cass. com., 18 avril 2000, Juris-Data, n° 2000-001559, Bull. civ., 2000, IV, n° 79, RTD Com., 2000, p. 987, obs. Cabrillac; Cass. com., 24 octobre 2000, Juris-Data, n° 006624; Cass. com., 27 février 2001, Juris-Data, n° 2001-008486; Cass. com., 26 novembre 2003, Juris-Data, n° 2003-021307, Revue de droit bancaire et financier, 2004, n° 2, p. 92, obs. Credot et Gerard.

86 V. supra.

87 Lorsque le porteur engage l'action en mainlevée plus d'un an à partir du délai de présentation du chèque, l'action est tardive et doit être rejetée, Cour d'appel d'Agen, 26 avril 2000, Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine et Midi-Pyrénées, 2001, n° 1, p. 77.

88 Cass. com., 21 janvier 2004, Revue de droit bancaire et financier, 2004, n° 2, p. 92, obs. Credot et Gerard. Aux termes de ce dernier arrêt, il appartenait au tiré « d'informer le bénéficiaire du chèque du motif précis

du rejet en mentionnant l'insuffisance de provision de façon à le mettre en mesure d'engager une action en mainlevée dont l'issue favorable permettait à son tour au porteur du chèque de représenter celui-ci au paiement ».

89 Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne, JO, 16 novembre 2001, p. 18215.

90 F. Perochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficultés. Instruments de crédit et de paiement*, collection Manuel, éd. LGDJ, Paris, 2001, 5<sup>e</sup> éd., n° 816; Y. Chaput, *La loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement*, D, 1992, p. 106; Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *Instruments de paiements et de crédit*, éd. Litec, Paris, 2003, 5<sup>e</sup> éd., n° 289; M. Cabrillac, *Chèque. Paiement et défaut de paiement*, Juris-Classeur, Banque – Crédit – Bourse, fascicule 330, 2003, n° 36; obs. sous Cass. com., 18 février 2004, RTD Com., 2004, p. 577.