

April 2023

The Mobilization of Bank Debts under the Tunisian Law

Nizar Hamrouni Dr.

Assistant Professor, King Faisal University – Kingdom of Saudi Arabia, nizarhamrouni22@yahoo.fr

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law

Recommended Citation

Hamrouni, Nizar Dr. (2023) "The Mobilization of Bank Debts under the Tunisian Law," *UAEU Law Journal*.
Vol. 2023: No. 94, Article 8.

Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2023/iss94/8

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in UAEU Law Journal by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact sljournal@uaeu.ac.ae.

The Mobilization of Bank Debts under the Tunisian Law

Cover Page Footnote

Dr. Nizar Hamrouni Assistant Professor, King Faisal University – Kingdom of Saudi Arabia
nizarhamrouni22@yahoo.fr

The Mobilization of Bank Debts under the Tunisian Law

Dr. Nizar Hamrouni*

Assistant Professor, King Faisal University – Kingdom of Saudi Arabia

nizarhamrouni22@yahoo.fr

Abstract:

One of the basic tasks of the banking institution is to assign loans and finance the projects of its clients, which results in long-term debts that the bank can only extract after long terms. These operations weaken the financing capacity of the bank.

To face this situation, banks need to transfer long-term debts to the benefit of a bank or other financial institution in exchange for an urgent payment of the value of these debts, so that the bank can recover its financial balance.

In response to the needs of bank debt trading, the Tunisian legislator has organized many legal processes that enable the bank in need of financing to transfer its debts to other financial institutions in a safe and fast manner.

Debt transfer operations and bank loans are divided first into operations subject to the exchange law, among which the traditional is derived from the process of discounting commercial papers. One of these operations is the second-class rediscounting process. And including what is new quoted from the French law, such as the bank's referral of professional debts that it owes its clients. The first type of bank debt referral operations is considered safer, but slow and based on commercial paper trading and thus does not respond to the trend towards electronic transactions.

The second type is securitization, whereby debts are converted into

* Received on May 2, 2021, and authorized for publication on August 10, 2021.

securities. It is a fast and effective mechanism that responds to the trend towards electronic commerce and transactions, but it is affected by the risks of debts that have turned into securities, which leads to the expansion of the impact of these risks from the narrow field of debt to the wide field of the stock market, so the securitization mechanism is considered the main reason in the global financial crisis of 2007.

Keywords: Mobilization; Bank debts; Bank transfer; exchange law; Financing risks

حشد القروض المصرفية في القانون التونسي

د. نزار حمروني

أستاذ مساعد بجامعة الملك فيصل - المملكة العربية السعودية

nizarhamrouni22@yahoo.fr

ملخص البحث باللغة العربية

من المهام الأساسية للمؤسسة البنكية إسناد قروض وتمويل مشاريع عملائها مما ينجر عنه ديون طويلة المدى لا يمكن للبنك استخلاصها إلا بعد آجال طويلة، فتُضعف هذه العمليات من القدرة التمويلية للبنك .

تحتاج البنوك لمواجهة هذا الوضع إلى عملية تحويل الديون طويلة الأجل لفائدة مؤسسة بنكية أو مالية أخرى مقابل دفع عاجل لقيمة هذه الديون ليسترجع بذلك البنك توازنه المالي. إلا أن القواعد العامة للقانون المدني المتعلقة بإحالة الديون لا تستجيب لمتطلبات المعاملات البنكية وما تحتاجه من ثقة وسرعة واثمان.

استجابةً لحاجيات التداول البنكي للديون، نظم المشرع التونسي عديد العمليات القانونية التي تمكن البنك المحتاج لتمويل من أن يحوّل ديونه لمؤسسات مالية أخرى بصفة آمنة وسريعة.

تنقسم عمليات تحويل الديون والقروض البنكية أولاً إلى عمليات خاضعة للقانون الصرفي منها ما هو تقليدي مشتق من عملية خصم الأوراق التجارية. ومن هذه العمليات عملية إعادة خصم الأوراق التجارية لدى مؤسسة مالية أخرى. ومنها ما هو جديد مُقتبس من القانون الفرنسي كإحالة البنك للديون المهنية التي له على عملائه. ويُعتبر هذا الصنف من

عمليات إحالة الديون البنكية أكثر أماناً، ولكنه بطيء ويقوم على تداول الأوراق التجارية ولا يستجيب بالتالي للتوجه نحو المعاملات الإلكترونية.

أما الصنف الثاني فهو التوريق الذي بموجبه يتم تحويل الديون إلى أوراق مالية. وهي آلية سريعة وفعالة، وتستجيب للتوجه نحو التجارة، والمعاملات الإلكترونية، غير أنها تتأثر بمخاطر الديون التي تحولت إلى أوراق مالية، مما يؤدي إلى توسيع أثر هذه المخاطر من مجال الديون الضيق إلى المجال الواسع لسوق الأوراق المالية، لهذا تعتبر آلية التوريق السبب الرئيسي في الأزمة المالية العالمية لسنة ٢٠٠٧.

La mobilisation des crédits bancaires en droit tunisien

Dr. Nizar Hamrouni*

Maître assistant à l'université du Roi Fayçal - l'Arabie Saoudite
nizarhamrouni22@yahoo.fr

Introduction:

S'inspirant du récit d'Ali Baba et les quarante voleurs, un auteur a décrit la situation financière asphyxiée de certaines entreprises⁽¹⁾. Celles-ci se trouvent au fil des ans à la tête d'une véritable caverne aux trésors comportant des actifs immobiliers, et des créances plus ou moins douteuses. Mais cet actif aussi riche soit-il demeure improductif car il est immobilisé puisque les crédits octroyés ne sont pas encore remboursables⁽²⁾. Avec cette vision statique de richesse, on est riche, mais hélas, la richesse est enfermée dans la caverne.

En effet, toute banque se trouve devant le dilemme suivant : ou bien garder à tout instant l'argent déposé dans ses caisses, et elle n'octroie pas de crédit pour satisfaire chaque déposant qui veut retirer, et c'est son droit, à tout moment son dépôt. Mais dans ce cas elle ne saurait fructifier l'argent et son rôle économique serait nul ; ou bien prêter cet argent pour un temps plus ou moins long à divers sujets économiques qui serviront en rémunération un intérêt à la banque, mais la banque optant pour cette tendance risque de ne pouvoir rembourser le déposant qui réclamera son avoir.

La banque cherche alors la conciliation de deux objectifs, d'une part placer la proportion la plus forte possible des dépôts en crédits productifs, d'autre part se ménager la possibilité d'honorer à tout instant les demandes de retrait des déposants.⁽³⁾

Pour remédier à ce dilemme et faire face aux risques divers du crédit qui

*** Received on May 2, 2021, and authorized for publication on August 10, 2021.**

(1) Ch. Leguevaques, *Droit des défaillances bancaires*, Economica 2002, p. 229, n°443.

(2) S. Gjidara, *L'endettement et le droit privé*, préface A. Ghazi, L.G.D.J., 1999, pp. 88 et s.

(3) V. P. Grivet *La mobilisation des crédits bancaires en France*, L.G.D.J., 1962, p.4.

peuvent affecter la trésorerie de l'établissement bancaire⁽⁴⁾, le législateur tunisien a opté pour la déspecialisation des banques avec la loi n° 2016-48 du 11 Juillet 2016 relative aux banques et établissements financiers. Celle-ci a consacré *la banque universelle*⁽⁵⁾ qui peut effectuer, sans distinction ni limite, les diverses opérations bancaires⁽⁶⁾. Toutefois, la déspecialisation des banques est loin d'être suffisante pour confronter les problèmes de liquidité si elle est appliquée dans un système bancaire « *isolé* »⁽⁷⁾. C'est-à-dire dans un système où chaque banque ne peut disposer que des dépôts effectués à ses guichets et des remboursements de crédits pour faire face -à la fois- à ses besoins de trésorerie et de distribution de crédit. L'isolement de la banque laisse celle-ci confronter le décalage de trésorerie produit par la disproportion entre les remboursements de crédits octroyés et les demandes de nouveaux crédits. Un crédit octroyé à terme ne sera remboursable intégralement qu'après une durée courte ou longue selon la nature du crédit, ce qui entraîne une « *crystallisation* »⁽⁸⁾ des moyens financiers⁽⁹⁾. Il s'agit pratiquement d'immobilisation des crédits et des moyens financiers de la banque.

Cette immobilisation de trésorerie empêche la banque de confronter les problèmes de liquidité qui peuvent survenir brusquement par retrait de dépôt ou pour toute autre cause inhérente au secteur bancaire.

Ce risque peut être confronté si la banque mobilise les crédits octroyés à un autre établissement en faisant négocier une ou plusieurs valeurs de son patrimoine⁽¹⁰⁾. Il fait par conséquent convertir ses créances non encore échues

(4) P. A. Chiappori et M. O. Yanelle, « Le risque bancaire, un aperçu théorique », *Revue économie financière*, 1996, pp. 97 et s. ; M. Galy, « L'activité bancaire dans un monde en mutation », *Revue banque* 1977, pp. 71 et s.

(5) M. Cabrillac, « La loi relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit », *RTD com.*, 1984, pp. 307 et s.

(6) Avec la loi n° 67 – 51 du 7 décembre 1967 règlementant l'activité bancaire, il y avait eu deux sortes de banques, les banques de dépôt et celles d'investissement, ultérieurement la loi du 7 février 1994, remaniant quelques dispositions de la loi du 1967 a ajouté les banques d'affaires. Toutefois, les cloisons séparant les différentes sortes des banques n'avaient pas été étanches.

(7) P. Grivet, ouvrage précité, pp. 9 et s.

(8) P. Grivet, même ouvrage, p. 12.

(9) P. Ancel, *Droit de crédit*, Litec, 1986, pp. 35 et s.

(10) P. Rodolphe, *La mobilisation des créances bancaires*, thèse, Paris IX, 1993, p. 4

en liquidité avant leur terme normal en faisant négocier ses créances⁽¹¹⁾. Autrement dit la banque fait « *réduire à volonté le terme de crédits* »⁽¹²⁾.

Ce transfert aura pour conséquence de sauver le banquier de l'immobilisation de ses capitaux tout en accordant des crédits. Il s'agit donc de la mobilisation du crédit⁽¹³⁾.

On entend par mobilisation des crédits bancaires *l'opération par laquelle une banque retrouve auprès d'une autre banque, de la banque centrale ou tout autre agent économique, la disponibilité des fonds avancés au titre des financements qu'elle a accordés*⁽¹⁴⁾. C'est « *la mise en mouvement* » des crédits octroyés pour que « *la créance sera monnayée, en contrepartie de liquidités* »⁽¹⁵⁾.

Au terme « mobilisation » correspondent trois sens : au sens comptable, il s'agit d'une opération de trésorerie permettant de convertir des crédits en liquidités, sur le plan juridique, elle exprime une transmission de créance. Enfin, au sens économique, la mobilisation traduit une volonté d'utilisation financière du crédit⁽¹⁶⁾.

Toute opération de mobilisation est assujettie à deux conditions l'une économique, l'autre est juridique.

Sur le plan économique le crédit à mobiliser doit avoir une valeur propre et conserver sa valeur au cours de son transfert ; il faut donc d'abord que le crédit représente une valeur économique, et qu'il corresponde dans le

(11) P. Rodolphe, thèse précitée, n° 3, p. 4.

(12) P. Grivet, ouvrage précité, pp. 9 et s

(13) M. Ancel, l'ouvrage précité, pp. 35 et s.

(14) F. Peltier « la mobilisation des emplois bancaires » *Juris – classeur banque et crédit* Fasc. 490 p.1 ; il définit la mobilisation en général comme suit « *une technique permettant à un créancier d'anticiper la disponibilité de ses créances en en percevant immédiatement le montant, en contrepartie de quoi lesdites créances sont ... mises en garanties ou cédées temporairement voire définitivement au profit du mobilisateur* ».

(15) P. Rodolphe, ouvrage précité p. 5.

(16) J. Carbonnier a affirmé à juste raison, que « *si l'on considère l'obligation pour la valeur économique qu'elle représente dans le patrimoine du créancier, c'est la circulation, le trafic, la cession qu'il faut pousser en avant* », V. Carbonnier, *Les obligations*, Thémis, 13ème éd., 1988, p. 545.

patrimoine de l'emprunteur à l'acquisition d'un actif nouveau.

Sur le plan juridique, et c'est l'objet de l'étude, il faut qu'il y ait un mécanisme juridique qui donne à l'acquéreur de l'effet -organisme mobilisateur- toute sécurité quant au transfert de la créance à son profit⁽¹⁷⁾. Cette condition renferme deux idées distinctes, l'acquéreur de l'effet doit jouir au moins des mêmes droits que son cédant ; il doit d'autre part se prémunir contre les risques de non paiement de l'effet à son échéance par le débiteur⁽¹⁸⁾. Les règles de droit commun relatives à la cession des créances, n'étant pas conçues pour préserver les droits du tiers cessionnaire apportant secours au cédant, elles ne sauraient par conséquent répondre à ces contraintes. En effet, le cessionnaire souffre de toutes les tares qui affectaient la créance cédée telle que la nullité ou la prescription⁽¹⁹⁾. Les règles de droit commun relatives à la cession de créance sont, par conséquent, jugées archaïques et stérilisantes.

Ces considérations aussi bien économiques que juridiques étant prises en compte, une panoplie de techniques juridiques est ainsi conçue pour répondre aux contraintes dictées par les risques inhérents à l'activité bancaire. Ce qui appelle non seulement à leur étude mais notamment à l'évaluation de leur efficacité. Il convient alors de poser la question relative aux caractères distinctifs des différents moyens de mobilisation.

(17) Stoufflet et Chaput « l'allègement de la forme des transmissions de créances liées à certaines opérations de crédit » *J.C.P.* . 1981. 3044; ch. Gavalda « La cession et le nantissement à un banquier des créances professionnelles » *D.* 1981. 199.

Eleanor cashin – Ritaine, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales Franco-allemandes*, L.G.D.J.2001 . V. aussi Schmidt et Gramling: « La loi n° 81 – 1 du 2 janvier 1981, facilitant le crédit aux entreprises » *D.* 1981 p. 217.

(18) P. Grivet justifiant cette condition affirme que « l'acquéreur n'a pas voulu dégager le banquier cédant des risques relatifs à la bonne fin du crédit. Il a simplement voulu placer son argent jusqu'à l'échéance en dégageant le banquier du risque d'illiquidité non du risque d'insolvabilité » V. ouvrage précité p.13.

(19) V. l'article 217 code des obligations et des contrats « Le débiteur peut opposer au cessionnaire toutes les dispositions qu' il aurait pu opposer au cédant... ». J. Stoufflet, « Propos sur la transmission des créances », in, études dédiées à Alex Weill ; Dalloz-Litec 1983, pp. 511 et s. Cf PH. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, 13ème éd., 2014, n° 826, p.660.

Les techniques de mobilisation remontent en droit tunisien à la création de la Banque Centrale de Tunisie (B.C.T.) qui a procédé au réescompte⁽²⁰⁾ des effets remis par les banques créditeurs⁽²¹⁾.

De nos jours la mobilisation connaît plus qu'une forme. En effet, le législateur conscient du besoin de plus en plus impérieux des entreprises aux moyens de financement, a réglementé une panoplie de techniques de mobilisation de créances. Cette panoplie est sujette à plus qu'un critère de classification. On peut citer par exemple un critère économique qui permet de distinguer les moyens de mobilisation aux vues la nature du risque encouru ainsi que le terme du crédit. Un autre critère est financier qui fait la part des techniques de mobilisation selon le cadre de transfert et le marché où s'accomplit la négociation des crédits⁽²²⁾. Mais le critère juridique fait foi à la logique de l'opération et au régime juridique applicable, s'agit-il d'une logique cambiaire ou bien boursière. En effet, la cession de créances professionnelles⁽²³⁾, le titre de crédit⁽²⁴⁾ et la pension livrée⁽²⁵⁾ sont des techniques qui permettent une cession des créances assujettie à des normes cambiaires et qui nécessitent une manipulation matérielle du titre papier⁽²⁶⁾(I). La titrisation, quant à elle, est une nouvelle technique de mobilisation des crédits assujettie à un régime boursier(II).

I - La mobilisation des crédits bancaires par transfert des titres négociables

Les opérations de mobilisation par transfert des titres négociables diffèrent par leurs modalités ; elles reposent tantôt sur une technique dérivée

(20) V. l'article 41, 42 et 43 de la loi n°58-90 du 19 septembre 1958 portant création et organisation de la B.C.T. et abrogée par la loi n°2016-35 du 25 avril 2016 portant fixation du statut de la B.C.T.

(21) P. Rodolphe, *La mobilisation des créances bancaires*, thèse Paris IX-Dauphine, 1993, p. 18, n°15.

(22) V. Concernant la distinction entre la mobilisation par transfert de liquidité (marché monétaire) et mobilisation par création de liquidité P.Grivet, *op.cit.*, p. 18, n°15.

(23) La loi n° 2000-92 du 31 octobre 2000 relative aux actes de cession ou de nantissement de créances professionnelles et à la mobilisation des crédits rattachés.

(24) La loi n°2000-52 du 11 mai 2000 relative au titre de crédit.

(25) La loi n° 2012-24 du 24 décembre 2012 relative à la convention de pension livrée.

(26) G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T.2, 14ème éd., Delta/L.G.D.J., 1994, n°2412, p. 470.

du réescompte : l'organisme mobilisateur avance le montant d'effets de commerce représentant le crédit mobilisé(A) tantôt sur le transfert d'un titre négociable qui récapitule plusieurs crédits. Il s'agit des titres modernes de mobilisation simplifiée (B).

A- Les opérations de mobilisation dérivées de l'escompte

Les opérations de mobilisation traditionnelles exercées depuis longtemps par la Banque Centrale de Tunisie (B.C.T.) et les banques tunisiennes sont des opérations dérivées de l'escompte qui se basent essentiellement sur la technique de l'endossement. Dans ces opérations le porteur est considéré un créancier direct du souscripteur et de tout autre signataire du titre, sans intermédiaire⁽²⁷⁾. Ce droit conféré à la banque endossataire est un droit original, direct et non dérivé, il n'y a pas alors une cession de créance, mais plutôt un transfert du titre qui constate le droit⁽²⁸⁾ et qui fait légitimer la revendication du droit cambiaire. « *On doit considérer que le débiteur a pris l'engagement envers le premier porteur de payer entre les mains de tout porteur ultérieur auquel le titre serait transmis par endossement* »⁽²⁹⁾. Ces opérations sont alors régies par le droit cambiaire qui régit l'opération de l'escompte. Il s'agit du réescompte (1) et de l'opération de pension (2)

1- Le réescompte

Le banquier escompteur étant propriétaire du titre, il en dispose à sa guise, il peut le présenter pour réescompte, celui-ci a la même nature que

(27) Cassation civile tunisienne n°46476 du 13 novembre 1997, Bull. de la cour de cassation 1997, p. 182 : la cour affirme que « *la lettre de change est transmise par endossement, lequel acte juridique a pour effet de transférer tous les droits constatés par la traite* ». Cassation civile française 18 mars 1850, D. 1850, 1, 166, « *le porteur de l'endossement a pour débiteur direct le souscripteur, sans intermédiaire du bénéficiaire et des autres endosseurs qui ne se présentent pas les uns les autres, mais dont chacun a été, de son propre chef, créancier du souscripteur* ».

(28) R. Veyssière, *La transmission par endossement*, thèse, Dijon, 1938, n° 34, p. 57.

(29) Ch. Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse, Bordeaux, 1968, p. 564.

l'escompte⁽³⁰⁾.

Le réescompte est défini par la doctrine comme étant la technique qui permet au « *banquier cherchant des liquidités de réendosser les effets qu'il a escomptés à ses clients au profit de la banque centrale qui lui en avancera le montant moins sa rémunération* »⁽³¹⁾. La mobilisation du crédit est effectuée en principe pour le temps qui reste à courir avant l'échéance des effets.

L'opération a été régie par les articles 41, 42 et 43 de la loi n° 58-90 du 19 septembre 1958 portant création et organisation de la B.C.T. avant son abrogation par la loi n°2016- 35 du 25avril2016 portant fixation du statut de la B.C.T. et qui dispose dans son article 10 que la B.C.T. peut procéder à toute opération qu'elle juge nécessaire.

Avec la loi 1958-90 l'échéance des effets à réescompter ne devait pas dépasser trois mois. Le principe peut subir des exceptions conformément aux règles fixées par le conseil de la B.C.T; l'article 43 avait permis toutefois le réescompte des effets représentatifs de crédit à moyen terme stipulés à trois mois d'échéance et renouvelables pour une durée maximum de cinq ans. Il est à remarquer qu'avec la nouvelle loi la B.C.T. est libre lors de l'appréciation des conditions de son intervention au sens des articles 10 et 29 de ladite loi.

Enfin le réescompte peut être en pension. Dans ce cas la B.C.T conserve le titre réescompté pour le restituer à la banque émettrice avant l'échéance en contrepartie de restitution du montant déjà versé. La cession de propriété de

(30) Le législateur a défini l'escompte dans l'article 743 code de commerce tunisien, « *il est la convention par laquelle le banquier s'oblige à payer, par anticipation, au porteur, le montant d'effets de commerce ou autres titres négociables à échéance déterminée que ce porteur lui transmet à charge d'en rembourser le montant, à défaut de paiement par le principal obligé* ». Cf à propos la notion d'escompte en droit tunisien, S.Cheikh, *l'escompte*, mémoire pour l'obtention du diplôme d'études approfondies en droit privé, fac. droit et sc. pol. Tunis2001-2002, et T.B.Nasr, *droit bancaire Tunisie*, autoédition, Tunis2017, pp.291et 292

(31) P Rodolphe: sa thèse précitée p. 19 n° 16 pour F. Peltier « *l'opération de réescompte n'est ni plus ni moins qu'une opération d'escompte de deuxième degré, à savoir que la banque centrale ou une autre banque avance le montant des effets de commerce qui lui sont transmis en propriété par endossement à son ordre par le banquier escompteur des dits effets auprès de la clientèle* » op. cit. p.5.

l'effet n'est pas alors définitive ; toutefois la partie réescompteur regagne sa liberté si à l'échéance son cocontractant ne restitue pas le montant des effets, il peut en disposer librement dans ce cas.

La technique de réescompte a constitué depuis la création de la B.C.T l'une des principales ressources financières des banques. Le pouvoir de la B.C.T était donc énorme, il constituait un véritable contrôle du refinancement bancaire, et par la même instituait un contrôle à l'octroi du crédit permettant à la B.C.T par une modération de la masse de réescompte, de freiner ou d'alimenter la distribution monétaire.

Il faut remarquer enfin que dans le réescompte le banquier créateur est garanti par la provision des titres réescomptés⁽³²⁾, toutefois cette technique est assise sur une base technique très lourde ; en effet il implique la manipulation constante et donc trop onéreuse de papier. La poursuite de la démarche nous permet d'en prouver : à la naissance de l'opération de réescompte il y a eu au préalable escompte par le banquier d'effets de commerce. Pour se refinancer, ce banquier va faire réescompter ces effets c'est à dire les transférer en propriété par endos à la B.C.T chaque étape nécessite une nouvelle manipulation d'effets ; peut – on ainsi affirmer avec P. Rodolphe que « *la technique devenait de moins en moins viable, car selon une équation bien connue, tout coût supplémentaire en matière d'opération de crédit finit par se répercuter sur le crédit lui même procédé inflationniste et coûteux, la technique du réescompte allait apparaître juridiquement trop archaïque* ». ⁽³³⁾ Mais est-ce que c'est le cas pour les opérations de pension ?

2 - La pension livrée

La pension est l'opération par laquelle un banquier obtient d'un autre établissement de crédit ou de la B.C.T une avance de fonds, généralement à très court terme, moyennant remise d'effets endossés en blanc d'une valeur

(32) عبد الواحد الأندلسي "المؤونة ضمان لخلاص الكمبيالة" ضمن مجموعة أعمال "الأوراق التجارية بين التقليد و التجديد" مذكورة سابقاً، ص ٨٣.

(33) P. Rodolphe : thèse précitée, p.21, n°19.

équivalente⁽³⁴⁾. Un bordereau descriptif, appelé aval⁽³⁵⁾, accompagne les effets et rappelle le montant, la durée et les taux convenus, une lettre de confirmation précise parfois les modalités de l'opération.

Au terme convenu, le créateur rend les effets au crédité après remboursement du crédit et rémunération du service rendu⁽³⁶⁾.

Si le réescompte est une technique de contrôle du refinancement de crédits par la B.C.T, la pension est considérée par la doctrine comme une technique de marché par laquelle les banques peuvent éviter le recours à la B.C.T. pour se refinancer auprès de leurs confrères.

Ceci n'empêche que la technique est fort utilisée par la B.C.T. Son champ d'application a été étendu en premier lieu avec le remaniement de l'article 45 par la loi n°2000-37 du 4 avril 2000 modifiant la loi n°58-90 ; puis avec la promulgation de la loi la loi n°2012-24 du 24 décembre 2012 relative à la pension livrée qui définit cette opération dans son article premier comme étant *le contrat par lequel toute personne morale ou un organisme de placement collectif en valeurs mobilière cède en pleine propriété, moyennant un prix convenu à la date de la vente, à une personne morale ou à un organisme de placement collectif en valeurs mobilières des valeurs mobilières et/ou des effets de commerce, visés à l'article 2 de la présente loi, avec l'engagement irrévocable du cédant et du cessionnaire, le premier à reprendre les valeurs mobilières ou les effets de commerce et le second à les lui rétrocéder à un prix et à une date convenus à la date de la vente.*

La pension a été réglementée en premier lieu en 2003 par la loi n°2003-49 du 25 juin 2003 relative aux opérations d'achat avec l'engagement de revente des valeurs mobilières et des effets de commerce. Quoique cette loi n'utilise pas le terme pension livrée, l'accord cadre type qui fixe les modalités et les conditions de cette opération, l'a dénommé expressément « pension

(34) H. Ben Lakhdar Arraïd « La pension livrée », *R.J.L.* (revue jurisprudence et législation tunisienne) déc. 2007, p. 47 ; J. Normand « Les opérations bancaires de pension » *R.T.D. com.* 1966, p.791.

(35) C'est pour cela qu'on appelle l'opération : « aval en pension ».V.J. Hamel: « L'aval en pension », *Revue Banque*, 1957, p. 707.

(36) P. Rodolphe : ouvrage précité p.24, n°24.

livrée »⁽³⁷⁾. Cette dénomination a été reproduite expressément par la loi n°2012-24 du 24 décembre 2012.

La pension n'est pas une simple technique de mobilisation de marché, elle est aussi un mode d'agir sur ce marché par la B.C.T.

De part *sa nature juridique*, la pension se distingue de l'escompte, car elle se caractérise par sa brièveté et par l'engagement du crédit de reprendre les effets à la fin de la pension contre remboursement de la somme avancée. Alors que l'escompte est une cession définitive de titres⁽³⁸⁾. Pour cette raison certains auteurs qualifient la pension en une opération d'escompte assortie d'une clause de retrait à date fixe⁽³⁹⁾. IL faut en tous cas mettre en exergue le caractère réel du contrat de pension car il se distingue par le transfert de propriété conditionné par la livraison du titre.

Les conditions de l'opération de pension portent tout d'abord sur les parties qui peuvent l'exercer. L'article 3 de la loi n°2012-24 a cantonné cette opération dans les relations interbancaires, toutefois le ministre des finances peut autoriser les établissements financiers après avis du gouverneur de la B.C.T. et du président du C.M.F.

Le champ de la pension paraît restreint si on le compare avec le domaine de cette opération en droit français qui permet aux personnes morales, les fonds communs de créance et les fonds communs de placement de procéder à cette opération⁽⁴⁰⁾.

Ensuite la pension doit avoir pour objet les valeurs mobilières et les effets de commerce, l'accord cadre type, auquel l'article 2 de la loi 2012-24 fait allusion, a été publié par la circulaire de la B.C.T. n°2013-05 du

(37) L'accord cadre type est annexé au circulaire de la B.C.T n°2004-4 du 1er octobre 2004 aux termes de l'article 4 de cet accord « les parties conviennent que les opérations de pensions livrées conclues entre elles pourront porter sur les valeurs mobilières telles que définies par l'article 1er de la loi n°2000-35 du 21 mars 2000 ».

(38) Th. Bonneau, *Droit bancaire*, Monchrétien, 4ème éd., n°807.

(39) J. L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, ouvrage précité. n°711, p. 649, V. pour une position contraire J. Normand: son article précité, p. 820, n°32.

(40) L'art. 12-I de la loi du 31 décembre 1993 devenu l'article L. 432-12 du code monétaire et financier, Cf. C. Ferry et J.C. Brignon « Les opérations de pension. Commentaire du titre V de la loi du 31 décembre 1993 » *JCP. éd. E.* 1994, 389.

30avril2013. Il reproduit la définition des valeurs mobilières établies par l'article 1^{er} de la loi du 21 mars 2000 relative à la dématérialisation des valeurs mobilières tout en faisant excepter les actions et les actions à dividende prioritaire. De la sorte, la pension porte sur les autres valeurs mobilières tels que les certificats d'investissement, les titres participatifs et les obligations. L'exclusion des actions et des actions à dividende prioritaire est injustifiable pour certains⁽⁴¹⁾, mais peut être justifié par la fluctuation possible de leur valeur de marché.

En outre la pension peut porter sur les effets de commerce c'est-à-dire les titres négociables qui constatent l'existence au profit du porteur d'une créance à court terme et sert à son paiement⁽⁴²⁾, tels que la lettre de change et le billet à ordre.

Enfin la pension peut porter sur des titres d'emprunt de l'Etat, cette opération ne peut être accomplie que par le trésor public⁽⁴³⁾.

Quant à *ses effets*, la pension étant une opération consensuelle, elle produit ses effets entre les parties dès l'échange de leur consentement. Elle produit, ainsi, les effets d'une vente. Par conséquent, l'acheteur-créditeur jouit de tous les attributs de droit de propriété des titres livrés⁽⁴⁴⁾. Le créancier disposant des titres peut à son tour les mettre en pension, mais à l'échéance convenue avec le crédit il doit en disposer afin de les restituer à celui-ci sinon il engagera sa responsabilité contractuelle.

Si à la fin de la pension le crédit ne peut pas rembourser l'avance, le créancier peut disposer librement des effets.⁽⁴⁵⁾

Il est à remarquer toutefois que la loi 2012-24 a dérogé au droit commun des procédures collectives qui traite les créanciers antérieurs à l'ouverture des procédures d'une façon égalitaire en les obligeant tous à produire⁽⁴⁶⁾.

(41) H. Arraïd : article précité, n°21.

(42) G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T.2, 14ème éd. L.G.D.J/Delta 1994, n°1911.

(43) Article 4 de la loi 2012-24

(44) V Article 5 de la loi 2012-24

(45) J. Normand : son article précité p.819.

(46) V. concernant la situation des créanciers antérieurs à l'ouverture du règlement judiciaire les articles 32 et 33 de la loi du 17 avril 1995 telle que modifiée par la loi du 29 décembre

En effet l'article 8 dispose que lorsque l'une des parties manque à son obligation de rétrocession ou de paiement pour quelque cause que ce soit l'autre a, selon le cas, à ne pas régler le prix ou à conserver les titres objet de l'opération. La loi 2012-24 qui établit ainsi une dérogation au traitement égalitaire des créanciers peut donner un nouvel essor à la pension livrée en faisant encourager les établissements excédentaires à procéder à cette opération.

Quant à ses effets à l'égard des tiers l'article 7 se contente de disposer que les opérations de pension « *ne sont opposables aux tiers qu'à partir la date de la livraison des valeurs mobilières et des effets de commerce* ». Et c'est le décret n°2012-3416 du 31 décembre 2012 qui détermine les modalités de livraison de ces différents titres. Il dispose ainsi dans son article premier que les valeurs mobilières sont livrées à la date de leur inscription au compte de l'acheteur auprès de la personne émettrice ou d'un intermédiaire agréé. Or les effets de commerce sont livrés à la date de leur endossement.

On remarque enfin que la pension comme le réescompte est une technique lourde, elle exige une manipulation continue et répétitive des effets ; mais elle se caractérise par des inconvénients inhérents à son essence. En effet le créancier (mobilisateur) se retrouve prisonnier de ses crédits⁽⁴⁷⁾, il en supporte les risques et, le cas échéant, il en assumera les conséquences de l'insolvabilité du crédité.⁽⁴⁸⁾

B -Les nouveaux titres de mobilisation des crédits bancaires

Les moyens traditionnels de mobilisation se basent sur une manipulation excessive des effets de commerce⁽⁴⁹⁾. Chaque traite dans les opérations

2003. Cf. F. Mechri, *Droit des entreprises en difficultés économiques*, Sud éditions, Tunis, 2008, pp. 71 et s.

(47) A l'inconvénient relatif à l'immobilisation des crédits dans l'opération de pension, on peut répliquer qu'il peut lui aussi mettre ces crédits en pension, mais il ne faut pas perdre de vue que l'échéance joue en la matière un rôle primordial en effet il est tenu des les restituer au crédité ; le mécanisme n'est-il pas gênant ?

(48) P. Rodolphe : op.cit. p.26 n°27.

(49) V. Débats de la chambre des députés dans la séance de 2 mai 2000 J.O.R.T du 2 mai 2000 p.1499 : le nombre des traites inscrites à la chambre de compensation s'est élevé dans la période allant de 1986 à 1998 de 426 mille traites à 1800 mille traites

d'escompte et de réescompte représente une créance unique, il s'avère coûteux de les conserver et de vérifier leur véracité. Prenant ces contraintes en considérations le législateur a organisé des techniques modernes de mobilisation qui permettent un transfert des crédits avec le moindre cout et le minimum de papier à détenir et conserver. Le banquier peut mobiliser des crédits inhérents aux créances professionnelles de ses clients. Il s'agit en l'occurrence du titre de mobilisation des crédits rattachés aux créances professionnelles (1). En second lieu il peut mobiliser les crédits qu'il a accordés à ses clients et qui sont constatés par le titre de crédit (2).

1- Le titre de mobilisation des crédits rattachés aux créances professionnelles.

Le titre de mobilisation des crédits rattachés aux créances professionnelles s'inscrit dans la loi n°2000-92 du 31 octobre 2000 relative au transfert des créances professionnelles. Inspirée de la loi française dite *loi Dailly*⁽⁵⁰⁾, elle donne la possibilité pour un créancier « le cédant » de céder selon des formes simples ses créances professionnelles ainsi que les suretés qui en sont les accessoires à une personne appelée "cessionnaire", qui est forcément un établissement de crédit⁽⁵¹⁾. Les créances transférées ainsi à cet établissement peuvent être de leur part mobilisée par la banque qui se trouve dans le besoin pressant de liquidité.

Ce titre de mobilisation a été défini par l'alinéa 3 de l'article premier de la loi n°2000-92 comme « *un titre à ordre ou autre admis dans un marché réglementé et servant à mobiliser les créances professionnelles regroupées dans le bordereau* ».

Le titre de mobilisation permet au banquier crédeur de se refinancer

(50) Par référence au sénateur Etienne Dailly auteur de cette loi du 2 janvier 1981, modifiée en 1984. V.M. Vasseur, « L'application de la loi Dailly », *D.* 1982, chronique p. 273

(51) La loi permet par un procédé simplifié à l'entreprise qui voulait procurer des crédits de céder ses créances professionnelles, au profit du banquier. La technique comporte une double simplification ; elle n'est pas soumise aux formalités civiles de la cession des créances (article 205c.o.c), et elle permet la transmission d'un ensemble de créances, en effet la cession se fait par simple remise de bordereau qui comporte plusieurs créances. La loi 2000-92 a établi alors un acte qui aura certainement une application importante vue sa commodité aux exigences de l'activité bancaire.

auprès d'un confrère en mobilisant les créances professionnelles que son client crédité lui a cédées conformément aux dispositions de la loi 2000-92 du 31 octobre 2000. La technique a été déjà analysée.

Le législateur optant pour la diversification des moyens de mobilisation a doté l'établissement créateur d'un nouveau mode de transfert de ses créances⁽⁵²⁾, le titre est ainsi régi par les articles 10 et suivants de ladite loi.

Il est le support de transfert des créances regroupées sous le bordereau; le titre est endossable et peut alors passer à des porteurs successifs, toutefois il ne peut être transmis qu'à un établissement de crédit⁽⁵³⁾.

L'émission du titre de mobilisation doit être accompagnée, aux termes du deuxième paragraphe de l'article 10, d'une remise du bordereau représentant les créances professionnelles à l'établissement qui assure le financement conformément à une convention conclue entre celui-ci et l'établissement bancaire bénéficiaire du financement. La mise à disposition emporte, au profit de l'organisme de financement cession des créances professionnelles, la convention intervenue entre les deux parties doit déterminer la qualification de la cession: cession de propriété ou à titre de garantie ...

L'établissement cessionnaire disposera ainsi des « droits attachés aux titres de mobilisation » lesquels droits « *portent sur l'intégralité des créances professionnelles cédées ou nanties, sur les garanties assortissant ces créances ainsi que sur les intérêts et frais accessoires y afférents* ». ⁽⁵⁴⁾

L'article 11 dispose que les porteurs successifs des titres de mobilisation de crédits bénéficient des droits prévus par les articles 276 à 282 du c. de com. relatifs à l'endossement de la lettre de change. La formule législative manque de clarté mais on peut affirmer avec M. J. Stoufflet⁽⁵⁵⁾ que les signataires en

(52) V. F. Peltier *op.cit.* n°27 et s.; D. Schmidt et Gramling : *op.cit.* n°37 et s. et Ch. Gavalda. « La cession et le nantissement à un banquier des créances professionnelles » *D. 1981 Chronique.* p.199, V. surtout p.206 n°44 et s.

(53) L'article 4 de la loi 2000-92 ; on remarque à cet égard que le législateur a déterminé les personnes qui peuvent être cessionnaires du bordereau avant d'indiquer le moyen de transfert.

(54) L'article 12 de la loi 2002 – 92.

(55) J. Stoufflet « cession et nantissement de créances par remise d'un bordereau ». *Jurisc. Banque et crédit* fascicule 570 n°112.

garantissent solidairement le paiement à tout porteur, et que tout signataire est tenu directement envers le porteur et ne peut lui opposer les exceptions qui ne lui sont pas personnelles⁽⁵⁶⁾.

De ce qui précède on remarque que la mobilisation des crédits par ce titre aggrave la situation des débiteurs primaires, mais, comme l'a noté D. Schmidt⁽⁵⁷⁾, cette aggravation est inhérente aux opérations mettant en rapport plusieurs parties, et elle déborde le domaine cambiaire.

L'établissement de financement peut alors recourir contre l'établissement du crédit sur la base de la souscription du titre, et aussi sur la base de la convention de mobilisation déjà conclue entre les deux parties ; en outre il peut recourir contre les différents signataires du titre et enfin il a droit au recours contre les débiteurs des créances professionnelles cédées⁽⁵⁸⁾.

Une panoplie des recours dont dispose l'organisme de financement n'est-elle pas favorable à l'application de ce moyen de mobilisation ? D'autant plus que l'établissement de crédit bénéficiaire de cette mobilisation ne peut pas transmettre les créances qu'elle a déjà cédées par le titre ; et ce à partir de la date de mise du bordereau à la disposition de l'établissement qui assure le financement.

Enfin on peut déduire que le titre de mobilisation est « *un épisode dans la guerre du papier* » ou plus exactement de la lutte juridico-technique menée pour éviter de voir la circulation matérielle du papier « encrasser » les circuits bancaires⁽⁵⁹⁾. Il vient pour substituer des techniques qui s'avèrent lourdes, archaïques et coûteuses le réescompte en est un exemple. Le même souci semble dicter la promulgation de la loi relative au titre de crédit.

2- Le titre de crédit

Les moyens traditionnels de mobilisation sont coûteuses, lourdes et à haut risque de perte et détérioration des titres négociés. Ces considérations ont été prises en compte lors de la préparation de projet de loi portant sur le

(56) L'article 280 c.com

(57) D. Schmidt et Gramling, article précité, n° 43.

(58) D. Schmidt et Gramling, article précité, n°44.

(59) Ch. Gavalda : son article précité n°51.

titre de crédit, laquelle loi a été promulguée le 11 mai 2000⁽⁶⁰⁾.

Le titre de crédit est au sens de l'article premier de la dite loi un titre souscrit par une personne physique ou morale bénéficiaire d'un crédit constatant l'intégralité des sommes devant être remboursées à l'établissement créateur⁽⁶¹⁾.

Le titre peut constater plusieurs crédits échelonnés, pour cela il doit contenir des indications relatives aux montants à rembourser, les commissions, les frais, les délais de remboursement et le montant à rembourser en principal et intérêts⁽⁶²⁾. Il peut alors remplacer plusieurs effets de commerce. Le titre de crédit est au sens de l'article 4 transmissible par voie d'endossement qui doit être inscrit sur le titre lui-même avec mention de sa date. Il est un moyen de mobilisation interbancaire, l'endossement ne peut être qu'au profit de la B.C.T ou un établissement de crédit. L'endossataire acquiert dès le moment de l'endossement les droits résultant du titre y compris les sûretés.

On observe que la mobilisation est plus facile dans le cadre de la loi 2000-52 relativement à celle prévue par la loi 2000-92 exigeant une convention entre les parties concernées et une émission d'un titre de mobilisation et enfin la remise du bordereau.

Plus facile, plus simple, mais plus efficace aussi et ceci à plusieurs égards⁽⁶³⁾ : le titre est par la force de la loi accepté, en effet la signature du titre, qui est une mention obligatoire, vaut au sens de l'article 5 acceptation, ce qui confère au porteur un droit direct contre le souscripteur.

(60) loi n°2000-52 du 11 mai 2000, relative au titre de crédit J.O.R.T n° 38 du 12 mai 2000 p.1004.

(61) N. Hamrouni, *Essai d'une théorie générale de la notion de titre de crédit (en regard de la loi n°200-52 du 11 mai 2000)*, thèse de doctorat, Faculté de droit et des sciences politiques de Sousse 2012-2013.

(62) V. sur les mentions obligatoires du titre de crédit : l'article 2 de la loi 2000-52, pour une analyse de ces mentions N. Hamrouni, *thèse précitée*, p.86.

(63) صباح رمضان و جلال العياري "اعتماد سند القرض في المصارف الإسلامية" ضمن مجموعة لقاءات الحقوقيين عدد ١٥، "الأوراق التجارية بين التقليد والتجديد" مركز النشر الجامعي ٢٠١٩، ص ٢٠٦.

Les principes de droit cambiaire sont une garantie supplémentaire au profit de l'établissement porteur du titre du crédit⁽⁶⁴⁾; ainsi les principes d'indépendance des signatures⁽⁶⁵⁾, d'interdiction des délais de grâce⁽⁶⁶⁾, ont été consacrés par la dite loi.

Plus protectrice et plus rigoureuse que le droit cambiaire même, la loi de 2000-52 a étendu le champ du principe d'inopposabilité des exceptions, en effet il n'est plus désormais question d'un porteur qui « *agit sciemment au détriment du débiteur* »⁽⁶⁷⁾, comme dérogation au principe d'inopposabilité des exceptions, mais plutôt de la fraude et abus manifeste commis qui seuls peuvent mettre en échec le droit du porteur. En effet exception est faite de la fraude et d'abus manifeste commis⁽⁶⁸⁾, le souscripteur ne peut opposer aucune exception au porteur du titre⁽⁶⁹⁾,

Ces deux notions se distinguent de la mauvaise foi au sens de l'article 280 c.com., en effet elles sont appréciables au moment où le porteur demande à un signataire du titre d'exécuter son engagement et non pas au moment où le bénéficiaire acquiert l'effet incorporant le droit⁽⁷⁰⁾.

Le tire de crédit qui doit être obligatoirement domicilié auprès d'une banque est payé par simple débit du compte de souscripteur ou l'un des

(64) V. le paragraphe 4 de l'article 9 de la loi 2000-52.

(65) Le paragraphe 3 de l'article 9 de la loi 2000-52

(66) Le paragraphe 3 de l'article 7 de la loi 2000-52

(67) L'article 280 c.com. le principe d'inopposabilité des exceptions s'applique aux vues de la cour de cassation tunisienne sur les exceptions inhérentes au rapport fondamental sous-jacent au rapport cambiaire. cf cassation tunisienne n°27968 du 31, mars 1993, Bull. de la cour de cassation n°1, du 1993 p. 269. Dans l'arrêt de principe nommé "*worms Samson*" du 26 juin 1956 la cour de cassation française définit porteur qui « *agit sciemment au détriment du débiteur* » comme étant celui qui met le débiteur cambiaire dans l'impossibilité de se prévaloir à l'encontre du tireur et d'un endosseur antérieur d'un moyen de défense issu de ses relations avec ses derniers, JCP1956, II, 9600, note Roblot.

(68) Sur la notion de la fraude et de l'abus de droit cf. N. Hamrouni *Essai d'une théorie générale de la notion de titre de crédit*, thèse précitée, pp. 255 et s.

(69) Cf Tribunal de première instance de tunis1 arrêt du 5 mai 2015 cite par Sabah Romdana et Jalel Ayari, aticle précité. 225. .

(70) V.A. Belhaj, La mobilisation des crédits bancaires, mémoire D.E.A. faculté de droit et sc. pol. Tunis, 2001, p. 57.

signataires⁽⁷¹⁾.

La mobilisation des crédits par transfert des titres négociables se base sur des techniques qui permettent une cession des créances assujettie à des normes cambiaires et qui nécessitent une manipulation matérielle du titre papier⁽⁷²⁾. Par conséquent ces opérations demeurent lourdes et cadrent mal avec la tendance vers la dématérialisation de l'activité bancaire. La titrisation offre, par contre, d'autres alternatives.

II- La mobilisation des crédits par titrisation des créances:

Une technique d'origine américaine, la titrisation a été introduite dans le droit tunisien par la loi n°2001-83 du 24 juillet 2001 portant promulgation du code des organismes de placement collectif⁽⁷³⁾. Il s'agit d'un procédé permettant aux établissements de crédit de placer sur le marché, par l'intermédiaire d'un fonds spécialisé, les créances qu'ils détiennent sur leurs clients⁽⁷⁴⁾. Elle est définie par la doctrine comme *une technique financière, permettant la transformation des créances, à l'actif de l'établissement de crédit, en titres, prenant la forme de valeurs mobilières négociables sur un marché privé ou sur un marché ouvert au public.*⁽⁷⁵⁾

A la différence des opérations de mobilisation classiques qui obéissent à une organisation monétaire, la titrisation est assujettie à des normes boursières. De ce fait, la technique prévue par le législateur repose sur une certaine ambiguïté car elle doit rester adaptée aux impératifs bancaires orientés sur le refinancement des liquidités sans heurter des impératifs boursiers sensibles à la sécurité des épargnants.⁽⁷⁶⁾

Il est mis en avant, pour promouvoir la titrisation, l'argument qu'elle diminuerait le coût de financement des crédits consentis.⁽⁷⁷⁾ Elle permet en

(71) Paragraphe premier de l'article 7 de la loi 2000-52.

(72) G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, T.2, 14ème éd., Delta/L.G.D.J., 1994, n°2412, p. 470.

(73) Journal officiel de la République Tunisienne 24 juillet 2001 p.1790.

(74) V. Jacques Terray, La titrisation des crédits, GLN éditions 1990 ; M. Bossin « La titrisation » *Rev. Dr. Bancaire* 1988, p.186.

(75) P. Rodolphe, ouvrage précité . p.141 n°168.

(76) P. Rodolphe, ouvrage précité. p.142.

(77) J. Terray, ouvrage précité p.7 n°9.

outre la mobilisation par transfert de liquidité, et non pas par création de nouvelle liquidité par la B.C.T⁽⁷⁸⁾ ; la diversification de moyens de transfert et des marchés auxquelles la banque peut recourir, est aussi un avantage de la titrisation. Celle-ci est un procédé original quant à son mécanisme (A) et quant aux moyens de recouvrement de créances qui constituent son objet (B).

A- Le mécanisme de la mobilisation des crédits par titrisation

Les établissements de crédit peuvent par la titrisation améliorer leur ratio de fonds propres en sortant les créances cédées de leur bilan et se préserver contre les risques de défaillance de crédit ; il s'agit d'une cession définitive d'une masse de créances à un fonds commun chargé de les convertir en titres négociables sur un marché. L'opération consiste alors en un transfert de propriété des créances à un fonds commun de créances (F.C.C.) (1). Toutefois le F.C.C. n'est pas le seul intervenant dans l'opération de titrisation (2).

1- La cession des créances

La banque qui a octroyé un crédit à un client, et voulant mobiliser sa créance sur celui-ci au profit de fonds commun de créance ; doit remettre un bordereau emportant transfert de la propriété de la créance et des droits qui lui sont attachés à la date opposée sur le bordereau.

L'article 38 de la loi 2001-83 a déterminé les indications à mentionner sur le bordereau, comme c'est le cas du bordereau de cession de créances professionnelles, il doit porter la dénomination « acte de cession de créances », et la mention que l'acte est soumis à la loi 2001-83, la désignation du cessionnaire, l'individualisation de chaque créance cédée ; enfin le bordereau doit contenir la mention que la cession emporte l'obligation pour le cédant, de procéder, à la demande du cessionnaire, à tout acte nécessaire à la conservation des sûretés.

La remarque à faire est l'absence de l'exigence de la signature du cédant ; le législateur n'a pas précisé, aussi, la sanction de l'omission d'une mention obligatoire.

Le bordereau n'est pas transmissible; il est remis définitivement au fonds

(78) V. sur la distinction entre mobilisation par transfert de liquidité et mobilisation par création de liquidité, P. Grivet op.cit. p.156 et 157.

commun de créances pour cela J. Terray a exclu la qualification du titre financier; il affirme en essayant de qualifier le bordereau qu'il semble plus exact de retenir la qualification « *d'instrument formaliste, par la remise duquel se forme le contrat de cession de créances.* »⁽⁷⁹⁾

Se contentant d'une condition générale relative à la nature de la créance titrisable sans spécification de la nature même du crédit titrisable, le législateur a, par contre, exigé une condition relative à l'échéance. En effet, la cession des créances au F.C.C ne porte que sur les créances dont la durée restante à l'échéance de paiement dépasse 3 ans⁽⁸⁰⁾. Cette condition témoigne de la volonté législative de cantonner la titrisation dans les crédits à moyen et à long terme.

Ce souci est tout à fait compréhensible, car outre la tendance prudente du législateur voulant limiter les risques d'une opération dont l'impact est encore mesurable, ce sont les créances à moyen terme et à long terme qui alourdissent le bilan des créanciers⁽⁸¹⁾. Justement les débats parlementaires ont révélé une volonté d'adopter la conception classique de la titrisation visant essentiellement les crédits hypothécaire⁽⁸²⁾.

Les créances à céder au F.C.C. doivent être « saines »⁽⁸³⁾, c'est à dire qu'elles ne doivent être ni litigieuses ni douteuses mais comme l'a affirmé M. Cabrillac « *ayant acquis une probabilité suffisante* »⁽⁸⁴⁾ pour être recouvrées.

La remise du bordereau entraîne de plein droit, la cession de ces créances et le transfert des sûretés garantissant chaque créance à partir de la date apposée sur bordereau. Ceci aussi bien entre les parties qu'à l'égard des tiers⁽⁸⁵⁾.

(79) J. Terray : ouvrage précité p.87, n°136.

(80) V. l'art. 3 du décret n°2001-2278 du 25 septembre 2001 portant application de quelques articles de la loi 2001-83.

(81) H. de la Bruslerie, *Analyse financière et risque de crédit*, Dunod, Paris 1999, pp. 294 et s.

(82) Journal officiel de la République Tunisienne : Débats parlementaires 10 juillet 2001, p. 2375.

(83) L'article 35 de la loi du 24 juillet 2001.

(84) Obs. de Cabrillac à propos C.A Paris 14 février 1989 RTD com. 1989, p.508.

(85) La loi française relative à la matière : L88-1201 du 23 déc. 1988 ne fait allusion dans son art. 34 à une lettre adressée par le cessionnaire au cédé qu'à titre facultatif, il s'agit d'une

Aucune formalité n'est prévue pour informer ces derniers, mais les effets de cette cession de créance ne sont pas précisés, il s'avère, en se référant à la nature de l'opération qui a pour objectif de préserver le banquier contre tout risque, que celui-ci n'est pas tenu de garantir la bonne fin de la cession.⁽⁸⁶⁾

Ainsi les créances cédées seront isolées et détachées intégralement du patrimoine du cédant ; l'isolement doit se traduire sur le plan comptable et financier.

2- Les parties intervenants dans la titrisation

Les parties intervenants dans la titrisation sont principalement le fonds commun des créances , la société dépositaire des créances à titriser et enfin la société assurant la gestion du F.C.C.

Le fonds commun de créances est défini par l'article 35 de la loi 2001-83 comme « *une copropriété ayant pour objet unique l'acquisition de créances saines détenues par les banques ou d'autres organismes ...* ». Il est aux termes de l'article 36 de la même loi dépourvue de la personnalité morale, et est constitué à l'initiative conjointe du gestionnaire et du dépositaire.

Le F.C.C est composé d'un actif qui répond seul au passif⁽⁸⁷⁾. Ledit fonds est alors muni d'une autonomie patrimoniale, sans être doté d'une personnalité morale⁽⁸⁸⁾. Par conséquent, les porteurs de parts ne répondent pas au passif du fonds et ce dernier ne répond pas des dettes personnelles des porteurs.

Le gestionnaire du fonds commun de créances est une société anonyme ayant pour objet unique la gestion du dit fonds. En outre le dépositaire des actifs du fonds commun peut être une banque⁽⁸⁹⁾ ou un établissement figurant

condition d'efficacité de la titrisation : V. J. Terray : op.cit. p.83 n°132 ; V. concernant l'opposabilité aux créanciers d'une cession intervenue pendant la période suspecte la même référence n°143.

(86) V. Terray : ouvrage précité n°138.

(87) V. l'art. 49 de la loi 2001-83.

(88) H. Hovasse et N. Martiaz-Braz, « La titrisation », *Fasc. 1690 jurisclasseur commercial 2008*, n°20.

(89) On déplore l'exclusion des établissements financiers des organismes qui peuvent céder leurs créances mais seront-ils mentionnés dans le décret à intervenir pour fixer ces

sur une liste à fixer par le ministre des finances. Il peut être enfin un cédant de créance au sens de l'article 35 de ladite loi.⁽⁹⁰⁾ Le législateur a voulu bien admettre, au titre de dépositaire, des établissements ayant une activité financière mais qui sont dépourvus du statut de banque. En se référant à d'autres expériences il est envisageable d'admettre comme dépositaire, la caisse de dépôt et consignation⁽⁹¹⁾.

La constitution et la liquidation du F.C.C sont accomplies par le gestionnaire et la société dépositaire. En faisant partager la tâche de constitution et de liquidation du F.C.C entre le gestionnaire et le dépositaire, tout en mettant le premier sous le contrôle du second, le législateur a voulu bien assurer une direction à « *double commande* »⁽⁹²⁾.

Le F.C.C. est géré par une société de gestion. Cette société est la « locomotive » du système⁽⁹³⁾. Elle procède, en collaboration de la société dépositaire, à la constitution du F.C.C⁽⁹⁴⁾ et elle le représente à l'égard des tiers.

La société de gestion, comme son nom l'indique, gère le fonds et assure la marche de ses affaires⁽⁹⁵⁾. C'est elle qui acquiert les créances et émet les parts du fonds et qui reçoit les produits du remboursement des créances cédées au fonds. Elle s'occupe de la gestion de la trésorerie en investissant les liquidités disponibles, et en répartissant les produits sur les porteurs de parts.

Aussi bien la constitution du fonds commun de créances que sa liquidation anticipée sont soumises à un agrément délivré par le conseil du marché financier. L'agrément peut être retiré soit à la demande du bénéficiaire de l'agrément soit à l'initiative du conseil du marché financier

organismes ? l'exclusion législative de ces établissements demeure injustifiable : comparer avec l'alinéa 1er de l'article 34 de la loi française.

(90) Paragraphe 4 de l'article 44 de la loi 2001-83.

(91) Hovasse, ouvrage précité., n°50.

(92) P. Rodolphe, ouvrage précité., n°247.

(93) Cf. Ch. Gavalda, Le fonds commun de créances : un exemple du phénomène de titrisation financière, *op. cit.*, pp. 101 et s.

(94) V. l'art. 43 de la loi 2001-83.

(95) Cf. H. Hovasse, ouvrage précité., n°32 et s.

dans les conditions prévues par le deuxième paragraphe de l'article 33.

Le fonds est régi par le principe de spécialité il n'a pour objet que l'acquisition des créances et l'émission des parts représentatives de ces créances qu'il ne peut pas céder sauf en cas de liquidation.⁽⁹⁶⁾

B- Le recouvrement des créances titrisées :

La titrisation est une technique chargée de transformer un droit à une créance en un bien, en effet la créance cédée au fonds est incorporée dans un titre, ce titre est en réalité l'instrument d'incorporation nécessaire à la matérialisation des créances⁽⁹⁷⁾.

Pratiquement les choses se passent comme suit: la banque cède ses créances au fonds, celui-ci émet en représentation de ces créances des parts qualifiées par l'article 37 de la loi 201-83 comme des valeurs mobilières, elles seront désormais négociables sur un marché financier. La titrisation est une opération qui consiste en un « métamorphose » d'un droit de créance en un titre.⁽⁹⁸⁾

Pour bien cerner la nature de la titrisation, et par conséquent, la nature des droits qui en découlent, il faut mettre en exergue la division cardinale existant entre la créance –rapport d'obligation – transférée au fonds et la créance titrisée devenue un produit financier à émettre⁽⁹⁹⁾. Il s'agit d'une *patrimonialisation des créances titrées*⁽¹⁰⁰⁾. Partant de cette analyse, le professeur Schmidt a qualifié les droits des porteurs des parts du F.C.C comme un droit de propriété ayant pour objet une valeur pécuniaire. L'objet de cette valeur est le remboursement des créances transférées au fonds. Il s'agit, aux vues de cet auteur « d'un nouveau concept de propriété sur des

(96) La cession n'est possible qu'une seule fois, et sur la forme sus-indiquée, par remise de bordereau contenant les mentions exigées par l'article 38.

V. pour une analyse détaillée des fonds communs de créances : P. Rodolphe p.195 et s. et J. Terray : ouvrage précité p.13 et s.

(97) P. Rodolphe : ouvrage précité. p.153 n°181.

(98) C'est cette métamorphose qui a donné naissance, notamment en matière cambiaire, à la théorie de l'incorporation du droit par le titre. Cf. J. Larguier, *La notion du titre en droit privé*, Dalloz, Paris 1951.

(99) P. Rodolphe, . l'ouvrage précité, n°271, p.220.

(100) D. Schmidt, « La titrisation des créances art. précité, p.119.

valeurs et non plus sur des choses »⁽¹⁰¹⁾.

Les parts du fonds peuvent donner lieu à des droits différents sur le capital et les intérêts. Les porteurs des parts ont des droits pécuniaires qui s'exercent sur l'actif du fonds, c'est-à-dire le capital et les intérêts conformément au règlement du fonds. Ce règlement peut prévoir l'émission de différentes sortes de parts. Des parts peuvent être « *spécifiques supportant le risque de défaillance des débiteurs des créances* »⁽¹⁰²⁾ et dont le revenu n'est distribué qu'après distribution des revenus des parts ordinaires.

En général, la manière de distribution de l'actif entre les porteurs doit être conventionnellement déterminée dans le règlement du fonds. Il est envisageable de répartir la totalité de l'actif périodiquement après remboursement de certaines créances, ou bien différer la répartition de l'intégralité de l'actif jusqu'au moment de liquidation du fonds. Dans ce cas, seuls les intérêts et les produits financiers sont répartis périodiquement⁽¹⁰³⁾.

Après souscription, le porteur ne peut pas demander le rachat des parts par le fonds commun de créances. Il faut mentionner à cet égard que le porteur n'est tenu des dettes du fonds qu'à concurrence de la valeur des parts qu'il détient et proportionnellement à sa quote-part.⁽¹⁰⁴⁾

Le recouvrement des créances qui ont été cédées au fonds, est confié aux termes de l'article 42 de la loi 2001-83 à l'établissement cédant, c'est à dire à la banque qui a déjà octroyé le crédit, première phase de l'enchaînement des opérations de la titrisation. Les conditions de recouvrement doivent être déterminées par une convention conclue entre le banquier cédant et le gestionnaire du fonds commun.

Toutefois le recouvrement peut être confié à une banque autre que l'établissement cédant. Dans ce cas le débiteur cédé doit être informé par un procédé laissant trace écrite, et ceci pour se libérer auprès de la banque

(101) D. Schmidt art. précité, p. 117.

(102) V. l'art. 35 de la loi 2001-83 ; ces parts ne peuvent pas être acquises par des personnes physiques ou des organismes de placement collectif. Cette interdiction est de nature à protéger ces intervenants qui n'ont pas les moyens pour bien mesurer les risques inhérents à ces parts.

(103) Hovasse, ouvrage précité., n°89.

(104) Deuxième alinéa de l'article 49 de la loi 2001-83.

habilité e à recevoir le paiement.⁽¹⁰⁵⁾

La solution législative sus-indiquée est logique puisque l'organisme mobilisateur ne désire pas s'encombrer des frais de gestions supplémentaires, frais qui doivent être logiquement support es par le banquier cédant.

Ce dernier est en outre face à son client, débiteur c ed e, en position de pr eteur, il est donc souhaitable que ce soit le pr eteur qui assure le recouvrement du crédit qu'il a consenti. Sa connaissance de sa clientèle lui permettra de mieux procéder à cette opération de recouvrement.⁽¹⁰⁶⁾ Le recouvrement est, d'autant plus, confi e à une banque puisqu'elle dispose de moyens plus aptes à ce genre de fonction.

Mais il faut noter que l'établissement cédant ne réalise le recouvrement qu'à titre d'un mandataire conventionnel,⁽¹⁰⁷⁾ il n'assume pas les risques de recouvrement ; en effet la titrisation comme l'a remarqu e F. Peltier⁽¹⁰⁸⁾ est une technique de mobilisation qui consiste en un transfert des risques de l'établissement cédant dans un but d'all egement de son bilan, ce qui implique une sortie définitive des créances de son patrimoine.⁽¹⁰⁹⁾

A juger son efficacité, on peut conclure qu'étant une technique de conversion de créances en valeurs mobilières⁽¹¹⁰⁾, la titrisation se distingue des autres techniques de mobilisation basées sur l'incorporation des créances par des titres négociables⁽¹¹¹⁾. Elle est soumise à une logique boursière, de la sorte elle répond aux besoins du marché financier et satisfait l'envi de la dématérialisation à de plus en plus ressenti l'envie satisfait.

Toutefois cette technique permettant la « *march eisation des risques du*

(105) 2 eme alinéa de l'article 42 de la loi 2001-83.

(106) P. Rodolphe : ouvrage pr ecit e. p.238 et s.

(107) V. J. Terray : ouvrage pr ecit e. p.93.

(108) F. Peltier : ouvrage pr ecit e. p.2.

(109) F. Peltier : ouvrage pr ecit e. pp.2 et suivantes.

(110) Prenant en considération la spécificité de la titrisation qui traduit les créances cédées au fonds en valeurs mobilières, J. J. Essombe Moussio a  cart e la dénomination « titrisation » pour la remplacer dans sa thèse par « mobili erisation », v. Essombe Moussio, *Aspects juridiques de la mobili erisation des marchés de capitaux*, thèse, Montpellier, 1991, p.11, n o14.

(111) P. Rodolphe, *La mobilisation des créances bancaires*, ouvrage pr ecit e. n o168..

crédit »⁽¹¹²⁾, puisque la banque qui transfère le crédit, se débarrasse des risques y afférents, est une arme à double tranchante. Elle fait vulgariser les risques inhérents aux dettes cédées et les transmettre au marché financier. En effet la titrisation est censée être l'une des causes de la crise du 2008 puisqu'elle a permis la mobilisation des crédits hypothécaires à haut risque⁽¹¹³⁾.

(112) A. de Servigny et autres, *Le risque de crédit*, préface Ch. De Boissieu, éd. Dunod, Paris 2006, p. 34.

(113) A. Ammar *La crise financière du 21ème siècle*, Global édition, 2008, p. 169.

Bibliographie:

Ouvrages et theses:

- 1) Ammar (A.) *La crise financière du 21^{ème} siècle*, Global édition, 2008.
- 2) Ancel (P.), *Droit de crédit*, Litec, 1998.
- 3) Belhaj (A.) , *La mobilisation des crédits bancaires*, mémoire D.E.A.faculté de droit et sc.pol. Tunis,2001.
- 4) Ben Nasr (T.), *Droit bancaire Tunisien*, autoédition, Tunis2017.
- 5) Bonneau (Th.), *Droit bancaire* , Monchrétien, 4^{ème} éd.
- 6) Bruslerie (H. de la), *Analyse financière et risque de crédit*, Dunod, Paris 1999.
- 7) Cashin – Ritaine(E) «*Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales Franco-allemandes*» L.G.D.J.2001
- 8) Carbonnier (J.), *Les obligations*, Thémis, 13^{ème} éd., 1988.
- 9) Cheikh (S.), *L'escompte*, mémoire pour l'obtention du diplôme d'études approfondies en droit prive ,fac. droit et sc. pol. Tunis2001-2002.
- 10) De Servigny (A.) et autres, *Le risque de crédit*, préface Ch. De Boissieu, éd. Dunod, Paris 2006
- 11) Gjidara (S), *L'endettement et le droit privé*, préface A. Ghozi, L.G.D.J., 1999.
- 12) Grivet(P) *La mobilisation des crédits bancaires en France*, L.G.D.J., 1962,
- 13) Hamrouni (N.), *Essai d'une théorie générale de la notion de titre de crédit (en regard de la loi n°200-52 du 11 mai 2000)*, thèse de doctorat, Faculté de droit et des sciences politiques de Sousse 2012-2013.
- 14) Larguier (J.), *La notion du titre en droit privé*, Dalloz, Paris 1951.
- 15) Larroumet (Ch.), *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse, Bordeaux, 1968.
- 16) Leguevaques (Ch), *Droit des défaillances bancaires*, Economica 2002, p. 229, n°443.
- 17) Malinvaud PH, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, 13^{ème} éd., 2014.
- 18) Moussio(E), *Aspects juridiques de la mobiliérisation des marchés de capitaux*, thèse, Montpellier, 1991,
- 19) Mechri (F.), *Droit des entreprises en difficultés économiques*, Sud

- éditions, Tunis, 2008.
- 20) Ripert (G) et Roblot (R.), *Traité de droit commercial*, T.2, 14^{ème} éd. L.G.D.J/Delta 1994.
 - 21) Rodolphe (P.), *La mobilisation des des créances bancaires*, thèse, Paris IX, 1993.
 - 22) Servigny (A. De) et autres, *Le risque de crédit*, préface Ch. De Boissieu, éd. Dunod, Paris 2006.
 - 23) Terray(J.) , *La titrisation des crédits* , GLN éditions 1990 .
 - 24) Veyssière (R.), *La transmission par endossement*, thèse, Dijon, 1938.

Articles:

- 1) Ben Lakhdar Arraïd (H.) «La pension livrée», *R.J.L.* (revue jurisprudence et législation tunisienne) déc. 2007.
- 2) Bossin (M) «La titrisation» *Rev. Dr. Bancaire* 1988.
- 3) Brignon (J.C.): «Les opérations de pensions. Commentaire du titre V de la loi du 31 décembre 1993» *JCP. éd. E.* 1994.
- 4) Cabrillac (M) «La loi relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit», *RTD com.*, 1984.
- 5) -Chiappori (M. O.) et M. O. Yanelle (M. O.), «Le risque bancaire, un aperçu théorique», *Revue économie financière*, 1996.
- 6) Galy, (M.) «L'activité bancaire dans un monde en mutation», *Revue banque* 1977.
- 7) -Gavalda. (Ch.) «La cession et le nantissement à un banquier des créances professionnelles » Dalloz 1981 chronique.
- 8) Hamel (J.): «L'aval en pension », *Revue Banque*, 1957.
- 9) -Peltier (F.) «La mobilisation des emplois bancaires» *Juris classeur banque et crédit* Fascicule 490.
- 10) Schmidt et Gramling: «La loi n° 81 – 1 du 2 janvier 1981, facilitant le crédit aux entreprises» *D.* 1981.
- 11) Stoufflet (J.), « Propos sur la transmission des créances », *in*, études dédiées à Alex Weill; Dalloz-Litec 1983.
- 12) Normand (J.) «Les opérations bancaires de pension» *R.T.D. com.* 1966.
- 13) Stoufflet (J.): «cession et nantissement de créances par remise d'un bordereau». *Jurisclasseur Banque et crédit* fascicule 570.
- 14) Stoufflet et Chaput: «l'allègement de la forme des transmissions de créances liées à certaines opérations de crédit» *J.C.P.* 1981. 3044.
- 15) Vasseur(M): «L'application de la loi Dailly », *D.* 1982, chronique.

- (١٦) الأندلسي عبد الواحد "المؤونة ضمان خلاص الكميالة" ضمن مجموعة أعمال "الأوراق التجارية بين التقليد و التجديد" ضمن مجموعة لقاءات الحقوقيين عدد١٥، "الأوراق التجارية بين التقليد والتجديد" مركز النشر الجامعي ٢٠١٩.
- (١٧) رمضانة صباح و العياري جلال "اعتماد سند القرض في المصارف الإسلامية" ضمن مجموعة لقاءات الحقوقيين عدد١٥، "الأوراق التجارية بين التقليد والتجديد" مركز النشر الجامعي ٢٠١٩.

