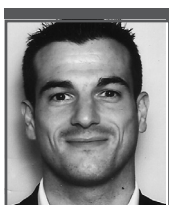


Crédit

LE DROIT DE LA FACILITÉ DE CAISSE (1/2)



JÉRÔME
LASSERRE
CAPDEVILLE
Maître de
conférences
à l'Université
Robert
Schuman de
Strasbourg

La « facilité de caisse », appelée aussi « tolérance exceptionnelle », est une forme de crédit ponctuel fréquemment utilisée en pratique. Pourtant, les interrogations juridiques ne manquent pas en la matière. La notion même de facilité de caisse soulève ainsi des incertitudes, notamment par rapport à celles de découvert, d'autorisation de découvert ou encore d'ouverture de crédit. En outre, comment le droit régit cette tolérance exceptionnelle ? N'assistons-nous pas à la mise en place d'un cadre légal minimum depuis la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010, portant réforme du crédit à la consommation ? Enfin, quelles sont les difficultés rencontrées par les magistrats en ce domaine ? Cette étude se propose d'aborder l'ensemble de ces points, et de redonner un peu de « réalité juridique » à un concept qui s'est développé, justement, en dehors du droit.

La notion de « crédit » est relativement bien connue, dans la mesure où le droit prend soin de la définir. En effet, selon l'article L. 313-1, al. 1, du Code monétaire et financier, « constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature telle qu'un aval,

un cautionnement, ou une garantie »¹. Il est également classique d'affirmer que tous ces crédits peuvent se réaliser par l'intermédiaire d'un prêt ou être fondés sur un transfert de créances, c'est-à-dire deux techniques juridiques relativement distinctes. Il est enfin de notoriété publique que le prêt est susceptible de prendre la forme d'une écriture au crédit du compte du client, par le biais d'un virement de la banque, mais également d'une écriture au débit de son compte. Dans ce dernier cas, le banquier va laisser le compte en question devenir débiteur. Il en va plus particulièrement ainsi, nous enseigne-t-on, avec le « découvert » et la « facilité de caisse ».

Or ces deux notions soulèvent, aujourd'hui, un certain nombre d'incertitudes. Certes, la première d'entre elles, le « découvert », est assez bien connue du grand public. Il est ainsi classiquement défini comme une « forme de crédit consistant en une autorisation de rendre un compte débiteur, le plus souvent un compte-courant »². Il est en effet fréquent qu'à l'ouverture d'un compte en banque, l'établissement de crédit propose à son client de bénéficier d'un tel découvert pour un montant déterminé, le plus souvent renouvelable au fur et à mesure des remboursements, c'est-à-dire revolving.

Les questions sont en revanche plus nombreuses avec la « facilité de caisse ». Étonnamment, à l'exception d'une thèse soutenue il y a trente-cinq ans³, la doctrine ne s'y est guère intéressée. Pourtant ses incidences juridiques sont d'un intérêt majeur. Citons, à titre d'exemple, les effets de la facilité de caisse sur la procédure de redressement judiciaire. Il est de notoriété publique que cette dernière ne peut être ouverte que si une entreprise est dans « l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible »⁴, c'est-à-dire est en état de cessation des paiements. Or, pour la détermination de l'actif disponible, la jurisprudence admet la prise en considération

1. L'alinéa suivant de l'article assimile aux opérations de crédit, le crédit-bail et, de façon plus générale, « toute opération de location assortie d'une option d'achat ».

2. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, 7^e éd., p. 268. Nous ne sommes pas, quant à nous, totalement favorables à cette définition, V. infra n° 10.

3. M. Le Tartre, *Les Facilités de caisse* : thèse Lille, 1975.

4. Art. L. 621-1 C. Com.

de la facilité de caisse⁵. L'octroi d'une telle « tolérance exceptionnelle » est en conséquence susceptible de faire disparaître l'état de cessation des paiements.

Dès lors, qu'est-ce que précisément une « facilité de caisse » ? Comment la distinguer d'autres concepts comme le découvert, l'autorisation de découvert et l'ouverture de crédit, qui paraissent, à première vue, très proches ? Comment le droit français l'encadre-t-il ? La loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010, portant réforme du crédit à la consommation⁶, n'est-elle pas, en outre, à l'origine d'une évolution en la matière ? Quant aux magistrats, ne sont-ils pas confrontés à des difficultés juridiques particulières avec la facilité de caisse ?

Il convient, pour répondre à l'ensemble de ces interrogations, d'observer ce que recouvre concrètement cette notion. C'est ce que nous allons voir dans cette première partie, avant de rechercher comment elle est régie par le droit. Nous terminerons cette étude par l'évocation d'un problème juridique qui s'est récemment posé en la matière : il s'agit du cas où la demande de facilité de caisse n'émane pas du client de la banque mais du falsificateur d'un chèque.

CONTENU DE LA FACILITÉ DE CAISSE

Après avoir défini la notion en question, il sera nécessaire de bien la distinguer des notions qui lui sont proches, dans la mesure où les régimes juridiques de ces différents types de crédit présentent, parfois, des différences notables.

Définition de la facilité de caisse

La loi ne définit par la facilité de caisse, appelée aussi « tolérance exceptionnelle » ou « crédits de calendrier » voire, dans certaines circonstances, « autorisation ponctuelle de dépassement de découvert ». Nous pouvons néanmoins la voir comme un débit ponctuel d'un compte accordé par un établissement de crédit et limité dans la durée. L'apurement des positions débitrices consenties doit ainsi se faire rapidement : ce délai est généralement de l'ordre de quelques jours⁷. Du fait de ce caractère occasionnel, la facilité de caisse n'est pas automatiquement renouvelable. Au contraire, elle est laissée à la libre appréciation de l'établissement de crédit qui peut admettre sa réitération comme la refuser. La facilité de caisse n'est donc pas constitutive d'un droit.

Nous pouvons illustrer cette hypothèse, en citant l'exemple du client d'un établissement de crédit qui émet un chèque d'un montant supérieur au solde de son compte en banque, ou excédant le montant du découvert autorisé dont il bénéficie. Si le banquier décide, alors qu'il n'en est pas contractuellement tenu, de régler tout de même le chèque, il consent à son client une facilité de caisse. Il s'agit ici de l'exemple type de la facilité de caisse passée

tacitement par les parties. Soulignons que cette dernière peut parfaitement être expresse. Songeons à l'hypothèse dans laquelle un client, sachant qu'il doit faire face à une grosse dépense avant une rentrée d'argent, va demander à son banquier de bien vouloir lui consentir un découvert exceptionnel, durant quelques jours, afin de pouvoir réaliser la dépense en question. Si le banquier accepte, il s'agit à nouveau d'une facilité de caisse.

Cette forme de crédit est particulièrement utile. D'une durée, nous l'avons dit, de quelques jours, elle est destinée à permettre à une entreprise ou à un particulier de faire face à des décalages de très courte durée affectant sa trésorerie à certaines périodes⁸. Il s'agit, pour résumer, d'un soutien pour les fins de mois « difficiles » des entreprises ou des particuliers. De plus, dans l'exemple donné plus haut visant le tireur d'un chèque, la facilité de caisse lui permettra d'éviter les effets d'une interdiction d'émettre des chèques, interdiction encourue à la suite de l'émission d'un chèque sans provision suffisante⁹.

Distinctions de la facilité de caisse de notions proches

Il suffit d'ouvrir un manuel de droit bancaire pour constater qu'en la matière les auteurs recourent à plusieurs notions qui peuvent faire songer à la facilité de caisse : « découvert », « autorisation de découvert » ou encore « ouverture de crédit ». Il convient, dès lors, pour clarifier la question, de les définir.

Tout d'abord, nous ne sommes pas favorables à l'utilisation, dans un sens juridique, du seul terme de « découvert ». Ce mot est, selon nous, beaucoup trop large pour pouvoir être assimilé, comme le fait pourtant la doctrine¹⁰, à une autorisation de découvert. En effet, ce terme ne traduit pas l'existence d'un accord du banquier, mais décrit simplement une position débitrice d'un compte en banque, peu importe l'opération à l'origine de cette position.

Ainsi, la notion d'« autorisation de découvert » a nettement notre préférence. Cette dernière, dite aussi « avance », peut se définir comme l'autorisation donnée par le banquier à son client de rendre ce compte débiteur dans une certaine limite¹¹. L'autorisation peut dès lors porter sur une opération occasionnelle comme sur une opération permanente. En conséquence, cette notion, particulièrement large, recouvre plusieurs hypothèses dont, notamment, la facilité de caisse. On ne peut donc pas opposer l'autorisation de découvert et la facilité de caisse, car cette dernière est bien une forme d'autorisation de découvert.

En fait, la principale distinction existant au sein des autorisations de découvert s'opère entre les autorisations de découvert qui sont précédées d'une ouverture de crédit, et celles qui ne le sont pas (et notamment la

8. Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, Litec, 2008, 7^e éd., n° 628.

9. Art. L. 131-73 C. mon. fin.

10. V. supra n° 2.

11. Aujourd'hui, la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010, portant réforme du crédit à la consommation, est à l'origine d'une définition très proche de l'autorisation de découvert par l'intermédiaire de l'article L. 311-1, 10^o nouveau du Code de la consommation (V. infra n° 27). Aux termes de cette disposition, l'autorisation de découvert est le « contrat de crédit en vertu duquel le prêteur autorise expressément l'emprunteur à disposer de fonds qui dépassent le solde du compte de dépôt de ce dernier ».

5. Cass. com. 14 nov. 2000, n° 98-14.672 : *Procédures* 2001, comm. 63, obs. C. Laporte ; *Rev. proc. coll.* 2002, p. 56, obs. J.-M. Deleneville.

6. V. infra n° 27.

7. J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, Dalloz, 1995, 6^e éd., n° 474.

facilité de caisse). Pour mémoire, l'ouverture de crédit est caractérisée par l'engagement du banquier à consentir une opération de crédit déterminée, reconnaissant ainsi à son client une option dont la levée lui permettra d'obtenir le crédit promis. C'est, pour résumer, une promesse de crédit¹². L'emprunteur aura alors le choix : soit lever l'option et bénéficier du crédit, soit ne rien faire. Ce ne sera que s'il lève cette option que la convention de crédit sera formée. Cette ouverture de crédit, qui peut prendre de nombreuses formes¹³, est en outre souvent *revolving*, c'est-à-dire renouvelable au fur et à mesure des remboursements effectués par le client, ce qui lui confère une souplesse supplémentaire. Une telle forme de crédit n'a alors plus rien d'occasionnelle.

Par conséquent, et pour revenir à notre sujet, chaque fois que l'autorisation de découvert aura été précédée d'une ouverture de crédit, le client pourra rendre son compte débiteur dans la limite d'un certain montant, pour une durée généralement indéterminée¹⁴. Cette situation est fréquente en matière de compte-courant¹⁵. Néanmoins, et encore une fois, elle n'est qu'une alternative, une autorisation de découvert pouvant parfaitement ne pas être précédée d'une ouverture de crédit. Imaginons le cas d'un banquier qui consent un découvert, pour une durée de six mois, à une entreprise cliente pour qu'elle puisse faire face à une insuffisance « momentanée » de fonds de roulement : nous voilà bien en présence d'une autorisation de découvert qui demeure occasionnelle, et dénuée de toute ouverture de crédit¹⁶. De même, si le découvert ponctuel doit être rapidement comblé, nous retrouvons la facilité de caisse définie précédemment¹⁷.

Dès lors, et pour résumer ce qui vient d'être développé, la facilité de caisse est une forme d'autorisation de découvert, non précédée d'une ouverture de crédit, ayant pour caractéristiques d'être, d'une part, ponctuelle et, d'autre part, de donner lieu à des positions débitrices relativement brèves.

À première vue, nous pourrions penser que cette facilité de caisse se démarque clairement de l'autorisation de découvert précédée d'une ouverture de crédit. Pourtant tel n'est pas le cas en pratique. Dans une observation parue au *Recueil Dalloz* en 1992¹⁸, le professeur Michel Vasseur déclarait que « les facilités de caisse, qui par leur répétition correspondent à des ouvertures de crédit tacites, constitutives de véri-

tables engagements de crédits, ne correspondent pas à une bonne pratique. Le client ne sait à quoi s'en tenir et ne sait pas exactement jusqu'où il peut « tirer » sans aller trop loin et voir chèques tirés ou effets domiciliés rejetés. Le banquier, lui, s'expose à d'irritants procès en responsabilité pour rupture abusive de crédit »¹⁹. Vingt ans plus tard, le problème soulevé par l'auteur demeure d'actualité. La jurisprudence admet, en effet, l'ouverture de crédit tacite. Elle pourra dès lors découler de simples circonstances témoignant du fait que le banquier était d'accord de consentir un découvert renouvelable d'un certain montant²⁰ à son client. Or, la réitération de facilités de caisse ou la durée trop longue des positions débitrices en découlant correspondraient justement, pour la jurisprudence, à une ouverture de crédit tacite. Dès lors, et le professeur Vasseur le dénonçait dans son commentaire, il devient difficile, dans certaines circonstances, de distinguer le découvert permanent tacitement promis de la simple facilité de caisse ponctuelle. Pourtant, cette différenciation demeure importante, dans la mesure où ces deux formes de découvert ne sont pas soumises au même régime juridique²¹.

À défaut de confirmation écrite du banquier, une contestation peut dès lors naître concernant l'existence d'une ouverture de crédit. Ce contentieux est assez classique en matière de facilité de caisse. Les circonstances sont souvent les mêmes. Alors qu'un banquier a refusé un paiement à découvert en faveur d'une entreprise, se manifestant généralement par le rejet de chèques, le dirigeant soutient, devant le juge, qu'elle bénéficiait d'une autorisation de découvert, afin que le magistrat engage la responsabilité civile de l'établissement de crédit pour rupture abusive de crédit²². En application de l'article 1315 du Code civil, il appartient alors à celui qui se prévaut de l'existence d'une ouverture de crédit, c'est-à-dire le client, d'en rapporter la preuve. Néanmoins, dans la mesure où le banquier est un commerçant, ce client bénéficiera de la liberté de la preuve, même s'il n'a pas lui-même la qualité de commerçant²³.

En l'absence d'écrit, seul l'examen du compte du client fournit des indications utiles aux magistrats afin de qualifier juridiquement l'autorisation de découvert en question. On enseigne ainsi, traditionnellement, que certains indices permettent de caractériser l'existence d'une autorisation de découvert précédée d'une ouverture de crédit²⁴ : la constitution de sûretés, la perception d'une commission d'engagement, les mouvements du compte, la fréquence

12. Cass. com. 21 janv. 2004, n° 01-01.129 ; D. 2004, AJ, p. 498, obs. V. Avena-Robardet ; JCP E 2004, 736, n° 16, obs. J. Stoufflet ; RTD com. 2004, p. 352, obs. M. Cabrillac et D. Legeais ; JCP G 2004, II, 10062, note S. Piedelièvre.

13. S. Piedelièvre, *Droit bancaire*, PUF, 2003, n° 415.

14. De telles ouvertures de crédit présentent cependant un risque plus élevé pour les banques. Elles exigent dès lors, souvent, la constitution de garanties personnelles ou réelles.

15. À titre d'exemple, la banque consent à un client, lors de l'ouverture d'un compte, une autorisation de découvert de 3 000 euros renouvelable. Il y a donc également une ouverture de crédit. L'intéressé sera dès lors en droit de rendre son compte débiteur du moment qu'il ne dépasse pas la limite autorisée. Il devra néanmoins verser un intérêt conventionnel à l'établissement de crédit, lorsqu'il viendra à utiliser le découvert ainsi consenti.

16. Nous conseillons néanmoins, dans un tel cas, au banquier de bien spécifier dans le contrat l'absence d'ouverture de crédit et le caractère exceptionnel de l'opération. A défaut, il est plus que probable qu'à la vue des faits les magistrats caractériseraient l'existence d'une ouverture de crédit implicite. – V. infra n° 15.

17. V. supra n° 7.

18. M. Vasseur, D. 1992, somm., p. 27.

19. Presque vingt ans plus tôt, MM. Cabrillac et Rives-Lange parlaient déjà du « dossier, aussi volumineux qu'irritant, du problème des découverts informels consentis par un banquier », RTD com. 1974, p. 132.

20. L'appréciation de ce montant présente également des difficultés, Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, Litec, 2008, 7^e éd., n° 628. – Th. Bonneau, *Droit bancaire*, Montchrestien, 2009, 8^e éd., n° 505. En effet, ce n'est pas le plus fort découvert qui est pris en considération, mais celui qui a été atteint de manière habituelle, Cass. com. 16 janv. 1990, n° 88-14.883 ; Bull. civ. 1990, IV, n° 12 ; D. 1992, somm., p. 27, obs. M. Vasseur ; JCP E 1991, 65, n° 21, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet ; RTD com. 1990, p. 440, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié. – Cass. com. 4 mars 1997, n° 95-10.507 ; Bull. civ. 1997, IV, n° 61 ; JCP E 1998, 319, n° 14, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet ; RJDA 1997, n° 537.

21. Notamment à l'égard de la rupture du crédit dans certaines circonstances, V. infra n° 24.

22. V. infra n° 24.

23. Art. L. 110-3 C. Com.

24. Th. Bonneau, *Droit bancaire*, Montchrestien, 2009, 8^e éd., n° 505.

des découverts ou encore la durée des positions débitrices. L'étude des principaux arrêts rendus en la matière témoigne néanmoins du fait que l'appréciation n'est pas toujours des plus simples.

À titre d'exemple, les juges ont ainsi retenu l'existence d'une ouverture de crédit dans les cas suivants :

- permanence de la position débitrice d'un compte-courant²⁵ ;
- découverts importants consentis pendant plus de deux ans²⁶ ;
- facilités de caisse accordées au client depuis « plusieurs mois »²⁷ ;
- relevés mensuels faisant état, quatre mois de suite, de soldes débiteurs²⁸ ;
- fonctionnement d'un compte bancaire en position débitrice de manière quasi-permanente depuis deux ans²⁹ ;
- facilités de caisse octroyées habituellement depuis plusieurs années³⁰ ;
- facilités de caisse consenties pour deux mois et prolongées pendant plusieurs autres mois³¹. En l'espèce, l'intéressé, « eu égard au montant élevé des agios qui lui étaient comptés, était fondé à considérer que la banque lui avait, après les deux premiers mois, accordé une ouverture de crédit » ;
- facilités de caisse tolérées par la banque « de façon renouvelée » et « assez larges pour qu'elles ne puissent être qualifiées de simples avances ponctuelles »³² ;
- cautionnement consenti à la banque à hauteur de 500 000 francs par le président de la société bénéficiaire du découvert³³ ;
- actes de cautionnement signés avant et après la date de l'ouverture de crédit consentie³⁴ ;
- affectation par le client de son fonds de commerce en nantissement et réitération de soldes débiteurs excédant un certain montant³⁵ ;
- constitution d'une hypothèque d'un montant de 500 000 francs sur un immeuble personnel par le directeur d'une maison de commerce³⁶ ;
- cautionnement solidaire et indivisible obtenu par la banque du directeur d'une entreprise et de son frère pour

le paiement de toutes sommes dont la société en question pourrait être débitrice pour quelque cause que ce soit. En l'espèce, la banque percevait, en outre, des intérêts sur les fonds avancés avec une constante régularité depuis plusieurs années³⁷.

En revanche, la facilité de caisse a été préférée par les magistrats en cas de :

- positions débitrices présentant un « caractère peu durable »³⁸. Pour cette décision, le maintien du taux conventionnel en cas de dépassement de découvert (c'est-à-dire l'absence de facturation par la banque d'une commission dite de dépassement) n'est pas un indice probant du caractère non occasionnel du concours consenti ;
- positions débitrices n'ayant duré que deux mois³⁹ ;
- dépassements couverts à bref délai par la société⁴⁰ ;
- compte débiteur à trois reprises, dont la situation a, à chaque fois, rapidement été régularisée⁴¹ ;
- solde débiteur ayant appelé une réaction rapide de la banque ayant clairement manifesté par courrier son refus d'accorder une autorisation de découvert⁴² ;
- dépassement du montant d'un découvert autorisé par le biais de plusieurs paiements, dans la mesure où la banque avait expressément indiqué au débiteur qu'il s'agissait d'une facilité exceptionnelle et provisoire et nullement une autorisation tacite de crédit supplémentaire⁴³. Selon l'arrêt, l'admission pendant quelques mois d'une augmentation de la facilité de caisse ne suffit pas à démontrer, par elle-même, l'existence d'un découvert habituel et permanent ;
- de compte bancaire devenu débiteur « à plusieurs reprises »⁴⁴. Dans cette affaire, la Cour de cassation reproche à la cour d'appel, qui avait vu dans une telle circonstance une autorisation de découvert tacitement accordée, de ne pas avoir recherché si les débits en question ne résultaient pas de tolérances exceptionnelles exclusives de renouvellement.

Quelques règles d'appréciation plus générales ont en outre été dégagées, parfois, en la matière. La Cour de cassation a ainsi jugé que la perception de commissions, à défaut de qualification de commissions d'engagement ou de conformation, est supposée rémunérer un service occasionnel et non un crédit stable⁴⁵.

25. CA Paris 31 janv. 1991 : *Juris-Data* n° 1991-021006 ; D. 1992, *jurispr.*, p. 298, note A. Tridi.

26. CA Rouen 29 mars 2007 : *Juris-Data* n° 2007-333528.

27. CA Paris 30 mars 1977 : *Juris-Data* n° 1977-155219 ; *RJ com.* 1977, p. 460, note J. Stoufflet ; D. 1978, *inf. rap.* p. 81, obs. M. Cabrillac, et p. 106, obs. M. Vasseur ; *RTD com.* 1977, p. 765, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange. – Cass. com. 26 mars 2002, n° 00-17.106 : *Juris-Data* n° 2002-013824.

28. CA Paris 30 mars 1977 : D. 1978, *inf. rap.* p. 107, obs. M. Vasseur.

29. CA Bastia 24 juin 2009 : *Juris-Data* n° 2009-009050.

30. CA Pau 8 janv. 2008 : *Juris-Data* n° 2008-354874.

31. Cass. com. 8 mai 1978, n° 76-15.446 : *Bull. civ.* 1978, IV, n° 129 ; *Juris-Data* n° 1978-097129 ; D. 1979, *somm.*, p. 141, obs. M. Vasseur.

32. CA Paris, 26 sept. 1989 : *Juris-Data* n° 1989-024407 ; *Gaz. Pal.* 1990, 1, *jurispr.* p. 211.

33. Cass. com. 2 juin 1992, n° 90-17.667 : *Bull. civ.* 1992, IV, n° 212 ; *JCP E* 1992, *pan.* 983 ; *Juris-Data* n° 1192-001367. Néanmoins, comme le relève la doctrine (Th. Bonneau, *Droit bancaire*, Montchrestien, 2009, 8^e éd., n° 505), cet indice n'est pas toujours déterminant, dans la mesure où la sûreté peut très bien venir garantir un crédit déjà octroyé.

34. CA Rennes 4 mai 1976 : D. 1977, *inf. rap.* p. 189, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange.

35. CA Poitiers 14 juin 1979 : D. 1981, *somm.* p. 19, obs. M. Vasseur ; *JCP E* 1981, 3048, n° 89, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet.

36. CA Montpellier 31 oct. 1973 : *RTD com.* 1973, p. 132, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange.

37. CA Orléans 26 oct. 1971 : *JCP G* 1972, II, 17082, obs. J. Stoufflet ; *RTD com.* 1972, p. 433, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange.

38. Cass. com. 15 avr. 2008, n° 07-12.552 : *Juris-Data* n° 2008-043721 ; *Banque et droit* 2008, n° 120, p. 17, obs. Th. Bonneau ; *RD banc. fin.* 2008, *comm.* 101, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin ; *LPA* 27 août 2008, n° 172, note J. Lasserre Capdeville.

39. Cass. com. 30 juin 1992, n° 90-18.639 : *Bull. civ.* 1992, IV, n° 251 ; *Juris-Data* n° 1992-001716 ; *RD banc. bourse* 1992, n° 34, p. 246, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; *RJDA* 1992, n° 1159.

40. CA Pau 16 févr. 2004 : *RD banc. fin.* 2004, *comm.* 322, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin.

41. CA Rennes 21 mars 2008 : *Juris-Data* n° 2008-362674.

42. Cass. com. 19 juin 2007, n° 06-11.065 : *Juris-Data* n° 2007-039724 ; *JCP E* 2007, 46, p. 18, obs. L. Dumoulin ; *RD banc. fin.* 2007, *comm.* 212, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin ; *RJDA* 2007, n° 1140.

43. CA Orléans 8 avr. 2004 : *Juris-Data* n° 2004-241262.

44. Cass. com. 13 mars 2001, n° 97-16.919 : *Juris-Data* n° 2001-008778 ; *Banque et droit* 2002, n° 82, p. 61, obs. J.-L. Guillot. – Dans le même sens, Cass. com. 16 juin 1992, n° 90-21.620 : *RD banc. bourse* 1992, n° 34, p. 246, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.

45. Cass. com. 30 juin 1992, n° 90-18.639 : *Bull. civ.* 1992, IV, n° 251 ; *Juris-Data* n° 1992-001716 ; *Bull. civ.* 1992, IV, n° 251 ; *RD banc. bourse* 1992, n° 34, p. 246, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; *RJDA* 1992, n° 1159.

Par ailleurs, à plusieurs reprises, la Haute juridiction a estimé que si une convention expresse de découvert précédée d'une ouverture de crédit a été conclue, le client ne peut se prévaloir par la suite d'une autorisation tacite d'un montant supérieur⁴⁶. Notons toutefois qu'il s'agissait chaque fois, dans ces arrêts, de crédits régis par le Code de la consommation⁴⁷.

Enfin, et toujours concernant les crédits à la consommation, il a été posé comme règle que lorsqu'une banque consent à l'un de ses clients des avances de fonds pendant plus de trois mois, ces avances constituent une ouverture de crédit soumise aux dispositions de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978⁴⁸, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, c'est-à-dire les articles L. 311-1 à L. 311-37 du Code de la consommation, sous réserve néanmoins des exceptions figurant à l'article L. 311-3 du même code.

Ainsi, nous le voyons, parmi les critères traditionnellement retenus par les juges pour distinguer la facilité de caisse de l'autorisation de découvert précédée d'une ouverture de crédit, c'est avant tout la durée des positions débitrices qui est prise en considération. La réitération de l'opération n'exclut pas automatiquement, quant à elle,

la qualification de tolérance exceptionnelle. Néanmoins, et fort logiquement, lorsque le banquier a rapidement fait part expressément à son client de sa volonté de n'accorder qu'une facilité de caisse, cette dernière demeure généralement privilégiée⁴⁹.

On peut dès lors résumer les développements précédents, en déclarant que le fait qu'une position débitrice ait été maintenue pendant un certain temps, sans objection expresse de la part du banquier, permet de considérer qu'il existe une ouverture de crédit.

Mais soyons plus précis. À partir de combien temps, précisément, peut-on considérer qu'une telle position débitrice doit être perçue comme un découvert autorisé précédé d'une ouverture de crédit et non comme une simple facilité de caisse? Le droit n'a pas posé de règle générale sur ce point. En effet, seule la jurisprudence rendue en matière de crédit à la consommation déclare, nous l'avons vu⁵⁰, que lorsqu'une banque consent à l'un de ses clients des avances de fonds pendant plus de trois mois, ces avances constituent une ouverture de crédit⁵¹. Par conséquent, en dehors de cette hypothèse, les juges du fond disposent d'un pouvoir d'appréciation souverain. Cette liberté est d'ailleurs confortée par les silences du droit en la matière qui ne régit quasiment pas la facilité de caisse. Cette situation est néanmoins en train d'évoluer. ■

La suite de l'article paraîtra dans le prochain numéro de la revue (n° 136, mars-avril 2011).

46. Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 2002, n° 00-14.678 : Bull. civ. 2002, I, n° 160 ; *Juris-Data* n° 2002-014560 ; D. 2002, AJ, p. 2120, obs. C. Rondey. — Cass. civ. 1^{re}, 21 févr. 2006, n° 04-15.229 : *Juris-Data* n° 2006-032284 ; D. 2006, AJ, p. 981, obs. C. Rondey. — Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 2007, n° 06-17.515 : Bull. civ. 2007, I, n° 168 ; *Juris-Data* n° 2007-038637 ; D. 2007, AJ, p. 1418, obs. C. Rondey ; *RTD com.* 2007, p. 575, obs. D. Legeais.

47. Pour un courant doctrinal (Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *op. cit.*, n° 628), il serait discutable d'appliquer le même principe à un découvert ne relevant pas de ce régime, et en particulier à un découvert consenti à une entreprise dont le montant est modifiable par un accord, même tacite, entre les parties.

48. Cass. avis. 9 oct. 1992, n° 02-92, 03-92 et 04-92 : Bull. civ. 1992, n° 1 ; *JCP G* 1993, II, 22024, note A.-M. Morgan de Rivery-Guillaud ; *Contr. conc. consom.* 1992, comm. 231, obs. G. Raymond. — Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1994, n° 92-17.048 : Bull. civ. 1994, I, n° 126 ; *Juris-Data* n° 1994-000828 ; D. 1994, *inf. rap.* p. 101 ; *JCP E* 1994, pan. 606 ; *Contr. conc. consom.* 1994, comm. 127, obs. G. Raymond ; *JCP G* 1995 II, 22405, note P. Gramaize. — Cass. civ. 1^{re}, 16 janv. 1996, n° 93-13.606 : Bull. civ. 1996, I, n° 31 ; *Juris-Data* n° 1996-000054 ; *RJ com.* 1996, p. 232, obs. M. Bruschi. — CA Bastia 5 mars 2008 : *Juris-Data* n° 2008-356306. Concernant une tolérance ayant duré deux ans, CA Paris 30 mars 1990 : D. 1990, *inf. rap.* p. 112 ; *Juris-Data* n° 1990-021058.

49. Récemment encore, CA Colmar 29 mars 2009 : *Juris-Data* n° 2009-00669.

50. V. *supra* n° 17.

51. Il est vrai que, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010, portant réforme du crédit à la consommation, l'article L. 311-3 du Code de la consommation dispose que sont exclus du champ d'application du chapitre relatif au crédit à la consommation les prêts « consentis pour une durée totale inférieure ou égale à trois mois ».