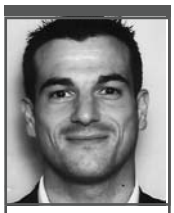
## Autorisation de découvert et crédit

# Le droit de la facilité de caisse (2/2)



**JÉRÔME LASSERRE CAPDEVILLE**
Maître de conférences à l'Université 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 1er 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 (à l'exception du premier déjà envisagé), et de redonner un peu de « réalité juridique » à un concept qui s'est développé, justement, en dehors du droit.

La première partie de cet article est parue dans le précédent numéro de la revue (n° 135, janvier-février 2011).

## RÉGIME JURIDIQUE DE LA FACILITÉ DE CAISSE

Jusqu'à présent, la facilité de caisse ne faisait pas l'objet d'un encadrement légal spécifique. C'est ainsi qu'à l'exception de l'article L. 122-4 du Code de la consommation, relatif à la perception d'intérêts[1], aucune disposition légale n'y faisait référence. Ce constat doit néanmoins être quelque peu relativisé aujourd'hui, dans la mesure où la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010, portant réforme du crédit à la consommation, est venue prévoir un encadrement minimal dans certaines circonstances.

### Absence d'encadrement légal spécifique

La facilité de caisse est une opération de crédit. De façon plus concrète, il s'agit d'un contrat de prêt prenant la forme d'une écriture au débit du compte du client. La banque va laisser le compte devenir débiteur. Ainsi, à l'image de tout contrat, la facilité de caisse exige le concours de deux volontés :

– d'un côté, une demande de la part du client qui souhaite bénéficier d'une tolérance exceptionnelle. Elle pourra être expresse comme tacite[2]. Dans ce dernier cas, par exemple, le client émettra un chèque d'un montant plus élevé que le solde de son compte bancaire ;

– de l'autre, une acceptation de cette demande par le banquier. Celle-ci pourra également être expresse ou tacite. Dans l'exemple précité, elle découlera du paiement du chèque par le banquier.

Nous sommes donc en présence d'un contrat, et il conviendra d'appliquer en la matière les règles générales du droit des obligations. Un certain nombre de questions se posent encore néanmoins.

La plus importante est peut-être la suivante : le banquier est-il tenu de répondre favorablement aux sollicitations de son client ? Absolument pas. Si le droit français prévoit un droit au compte et aux services bancaires de base[3], il ne dit mot sur un éventuel droit au crédit. La jurisprudence a donc été amenée à se prononcer sur ce point, et notamment par un arrêt de l'assemblée plénière du 9 octobre 2006, par l'intermédiaire duquel elle rejette

1. Aux termes de cet article L. 122-4 : « *Les dispositions de l'article L. 122-3 ne font pas obstacle à la perception d'intérêts, de commission ou de frais au titre de facilités de caisse ou de découverts bancaires prévus par la convention de compte instituée à l'article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier qui précise le montant ou le mode de calcul de ces rémunérations* ».
2. V. Jérôme Lasserre Capdeville, « Le droit de la facilité de caisse (1/2) », *Banque et droit* n° 135, p. 22.
3. Art. L. 312-1 C. mon. fin.

tout droit au crédit[4] : l'établissement de crédit est libre d'accorder ou de refuser un crédit. Selon les juges, il n'a même pas à justifier sa décision. De plus, les dispositions de l'article L. 122-1 du Code de la consommation, interdisant le refus de vente, sont inapplicables aux opérations de banque, et en particulier au refus de crédit[5]. Concrètement, la liberté ne sera écartée que si la banque a pris l'engagement de consentir un prêt et si les conditions fixées sont remplies[6]. Cette solution ne saurait surprendre. Le crédit repose fondamentalement sur la confiance que le banquier doit avoir en son client. La relation de crédit présente un fort *intuitu personae*[7]. Or, cette relation ne saurait être imposée. Le banquier, exposé au risque du crédit, doit demeurer libre de sa décision, y compris en matière de facilités de caisse. Il importe peu que l'existence de la position débitrice soit de courte durée.

Cette solution est confirmée, notamment, par la jurisprudence rendue en matière de virement. En effet, il est de principe que le donneur d'ordre doit pouvoir disposer des fonds qu'il donne mandat de transférer au crédit d'un autre compte. La banque n'est alors tenue d'exécuter l'ordre que si, à la date où il est donné, il existe sur le compte des fonds disponibles soit en raison de l'état créditeur du compte, soit en raison d'une ouverture de crédit par découvert dont la preuve devra être rapportée par le client[8]. Si la provision est insuffisante, le banquier ne sera pas tenu d'exécuter l'ordre de virement[9]. La banque n'est donc pas fautive lorsqu'elle en refuse l'exécution. En revanche, si elle décide de procéder au virement en question, elle consent, à due concurrence, une facilité de caisse à son client, sur la demande implicite de ce dernier[10]. Cette jurisprudence témoigne dès lors de la liberté du banquier de consentir ou non la tolérance exceptionnelle[11]. Tout dépendra, en fait, de sa relation avec le client, de la confiance qu'il lui accorde et de la part de risque qu'il est prêt à assumer.

Cette liberté reconnue au banquier se prolonge au stade de la rupture du crédit. Il est bien connu que l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier, qui régit la rupture de crédit consenti à une entreprise, prévoit l'obligation de respecter un formalisme particulier. Tout d'abord, la rupture doit être notifiée au cocontractant. De plus, et pour protéger le client contre les inconvénients d'une rupture brutale du crédit, il est nécessaire qu'un délai de préavis de 60 jours soit respecté. Le client doit ainsi être mis en mesure de trouver une autre source financement. En outre, depuis la loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009[12], l'établissement de crédit doit fournir, sur demande de l'entreprise concernée, les raisons de cette réduction ou interruption.

Dès lors, une question se pose à propos du sujet qui nous intéresse : ce formalisme s'impose-t-il en matière facilité de caisse ? Une réponse négative s'impose. En effet, l'alinéa 1er de l'article L. 313-12 donne une précision importante concernant les concours concernés par les obligations prévues en son sein : seuls sont visés les concours « *autres qu'occasionnels* », c'est-à-dire permanents. Une facilité de caisse, qui a justement pour caractéristique d'être ponctuelle[13], ne rentre donc pas dans le champ d'application de cette disposition, et demeure révocable sans préavis. Cette règle a été confirmée, à plusieurs reprises, par la Cour de cassation[14].

En revanche, l'autorisation de découvert précédée d'une ouverture de crédit, qui est quant à elle permanente[15], est bien concernée par cette disposition légale. Cela explique pourquoi, les clients de banque mécontents du non-paiement de chèques « à découvert », tentent de convaincre les magistrats qu'ils bénéficiaient bien d'une autorisation de découvert. De la sorte, ils espèrent voir la responsabilité civile de leur banquier engagée pour non-respect du formalisme prévu par cet article L. 313-12.

Le banquier demeure-t-il, néanmoins, totalement libre en matière de facilité de caisse ? Une réponse négative s'impose. En effet, certaines dispositions légales, bien que non-spécifiques à la facilité de caisse, vont avoir une incidence réelle sur cette dernière. Nous pouvons illustrer cette idée à travers les règles régissant l'usure. Un banquier est susceptible de prévoir, dans ses conditions générales, le fait que si des facilités de caisse sont consenties, elles donneront lieu au paiement d'un intérêt

4. Cass. ass. plén. 9 oct. 2006, n° 06-11.056 : *Bull. ass. plén.*, 2006, n° 11 ; *RTD com.* 2007, p. 207, obs. D. Legeais ; *JCP E* 2006, II, 10175, note Th. Bonneau.
5. Cass. civ. 1re, 11 oct. 1994, n° 92-13.947 : *Bull. civ.* 1994, I, n° 289 ; *RTD com.* 1995, p. 453, obs. M. Cabrillac.
6. Cass. com. 31 mars 1992, n° 90-14.867 : *Bull. civ.* 1992, IV, n° 145. – CA Limoges 30 avr. 1998 : *RTD com.* 1999, p. 478, obs. M. Cabrillac.
7. Th. Bonneau, *Droit bancaire*, éd. Montchrestien, 2009, 8e éd., n° 490 ; R. Routier, *Obligations et responsabilités du banquier*, éd. Dalloz, 2008, n° 111-11.
8. V. Jérôme Lasserre Capdeville, « Le droit de la facilité de caisse (1/2) », *Banque et droit* n° 135, p. 23.
9. Cass. com. 11 juill. 2006, n° 04-18.810 : *Bull. civ.* 2006, IV, n° 170 ; *RTD com.* 2006, p. 889, obs. D. Legeais. – CA Colmar 19 avr. 2010 : *Juris-Data* n° 2010-009237.
10. Cass. com. 28 févr. 2006, n° 04-17.204 : *Bull. civ.* 2006, IV, n° 54 ; D. 2006, AJ, p. 854, obs. V. Avena-Robardet ; *RTD com.* 2006, p. 457, obs. D. Legeais ; *RTD civ.* 2006, p. 769, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Banque & droit* 2006, n° 108, p. 60, obs. Th. Bonneau ; *RJDA* 2006, n° 688 ; *RLDA* 2006, n° 5, p. 37, obs. D. Chemin-Bomben ; *Dr. et patr.* 2006, n° 151, p. 78, obs. J.-P. Mattout et A. Prüm. – Pour la doctrine, (R. Bonhomme, *Virement*, Rép. com. Dalloz 2008, n° 54), néanmoins, il conviendrait d'admettre que, par application du droit commun du mandat, le banquier a le devoir de signaler l'impossibilité d'exécution au donneur d'ordre.
11. Toutefois, comme le relève un auteur (V. Avena-Robardet, D. 2006, AJ, p. 854), cela ne devrait pas empêcher une recherche de responsabilité du banquier, dans les hypothèses où une faute de sa part peut être démontrée. Tel a déjà été le cas, notamment, dans une affaire où une banque avait exécuté un ordre de virement international mettant « *le compte à découvert* » pour un montant très élevé, alors qu'aucune autorisation n'avait jamais auparavant été donnée, ni sollicitée, pour une telle facilité (Cass. com. 27 févr. 1996, n° 94-15.176 : inédit). La même solution se retrouve dans une autre affaire où il était encore question d'un virement international, dans la mesure où la banque ne pouvait ignorer que son client, qu'elle connaissait depuis longtemps, avait une activité limitée au territoire national (CA Paris 12 janv. 1996 : D. 1996, *jurispr.*, p. 507, note H. Vray).
12. L. n° 2009-1255, 19 oct. 2009 : *JO* 20 oct. 2009, p. 17410. – G. Notté, « La loi tendant à favoriser l'accès au crédit des PME » : *JCP E* 2009, act. 487.
13. V. Jérôme Lasserre Capdeville, « Le droit de la facilité de caisse (1/2) », *Banque et droit* n° 135, p. 22.
14. Cass. com. 13 mars 2001, n° 97-16.919 : *Juris-Data* n° 2001-008778. – Cass. com. 11 juill. 2006, n° 04-18.810 : *Juris-Data* n° 2006-034758 ; *Banque & droit* 2006, n° 110, p. 25, obs. Th. Bonneau. – 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 Y. Th. Samin ; *RJDA* 2007, n° 1140. – Cass. com. 15 avr. 2008, n° 07-12.552 : Juris-Data n° 2008-043721 ; *Banque & 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. – V. également, CA Nancy 24 avr. 2002 : *Juris-Data* n° 2002-198838. – CA Montpellier 7 janv. 2003 : *Juris-Data* n° 2003-014804. CA Bordeaux 28 mars 2007 : *Juris-Data* n° 2007-334663. – CA Chambéry 16 déc. 2008 : *Juris-Data* n° 2008-374756. – *Contra*, Cass. com. 19 juin 2001, n° 98-21.536 : *Bull. civ.* 2001, IV, n° 118 ; D. *aff.* 2001, p. 240.
15. Comme le souligne la doctrine (Th. Bonneau, *op. cit.*, note n° 889), une ouverture de crédit à durée déterminée présente toujours un caractère permanent, même si sa durée est limitée dans le temps.

déterminé[16]. Il est de principe, en effet, qu'une banque est en droit de prélever des frais et commissions dont les montants sont spécifiés dans les conditions appliquées aux opérations bancaires de particuliers, remises au titulaire du compte et acceptées lors de la souscription de la convention[17].

Or, ce taux est fréquemment limité par le seuil de l'usure. De quoi s'agit-il ? Pour mémoire, constitue un prêt usuraire, selon l'article L. 313-3, alinéa 1, du Code de la consommation, « *tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour des opérations de même nature comportant des risques analogues* [...] »[18]. Le ministre chargé de l'Économie doit faire procéder à la publication au Journal officiel, des taux effectifs moyens ainsi que des seuils de l'usure correspondant, c'est-à-dire, pour chacun d'entre eux, le taux effectif moyen auquel est additionné son propre tiers.

Cette limite doit-elle s'appliquer dès lors au taux d'intérêt exigé par la banque ayant consenti une facilité de caisse ? Une réponse affirmative s'impose pour les crédits accordés pour des besoins non professionnels. En revanche, nous pourrions en douter, à première vue, lorsque la finalité du prêt en question est, justement, professionnelle. En effet, pour l'article L. 313-3, al. 4, du Code de la consommation, les dispositions régissant l'usure ne sont pas applicables « *aux prêts accordés à une personne physique agissant pour ses besoins professionnels ou à une personne morale se livrant à une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou professionnelle non commerciale* »[19]. Il semble donc, à la lecture de cet alinéa, que les facilités de caisse accordées à de telles personnes échappent aux règles de l'usure. Tel n'est cependant pas le cas en raison de l'article L. 313-5-1 du Code monétaire et financier, qui réinstaure l'usure « *pour les découverts en compte* » consentis à une personne physique agissant pour ses besoins professionnels ou à une personne morale se livrant à l'une des activités précitées. Notons que, dans ce dernier cas, seules des sanctions civiles sont prévues par le code[20]. Or, la facilité de caisse étant une forme de découvert en compte, elle entre dans le champ d'application de cet article. Les règles protectrices de l'usure sont donc bien applicables ici quelle que soit la finalité de la facilité de caisse consentie.

Au-delà de cette limite, cette forme d'autorisation de découvert qu'est la facilité de caisse présente la particularité d'être une formule excessivement souple puisque dépourvue de tout formalisme spécifique. En conséquence, lorsque le client est un consommateur, il n'est pas destinataire d'une offre préalable de crédit, ni d'échéanciers de remboursement. Le droit commence néanmoins à évoluer en la matière, justement au bénéfice de ce consommateur-emprunteur.

## Instauration d'une législation minimale et circonstanciée

La loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010, portant réforme du crédit à la consommation[21], vient de transposer en droit interne la directive européenne n° 2008/48/CE du 23 avril 2008, concernant les contrats de crédit aux consommateurs[22]. Cette loi est à l'origine d'un grand nombre d'évolutions. C'est ainsi, notamment, qu'elle opère une distinction entre l'autorisation de découvert et le dépassement, notions qu'elle prend soin de définir. L'autorisation de découvert, dite aussi « *facilité de découvert* », tout d'abord, est un « *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* »[23]. Cette définition se rapproche de celle qui était couramment admise jusqu'ici[24]. Le dépassement, quant à lui, est « *un découvert tacitement accepté en vertu duquel le prêteur autorise l'emprunteur à disposer de fonds qui dépassent le solde de son compte de dépôt ou de l'autorisation de découvert convenue* »[25].

Cette distinction entre autorisation de découvert et dépassement est la bienvenue, car elle apporte encore plus de précisions en la matière, en différenciant l'accord express de l'accord tacite, et en prévoyant des moyens de protection spécifiques au bénéfice de l'emprunteur dans chacune de ces hypothèses. Mais *quid* du cas où il y aurait, en plus, une ouverture de crédit ? Cette situation n'a pas été oubliée du législateur qui vient également encadrer le crédit renouvelable, défini par l'article L. 311-16 nouveau du Code de la consommation[26] comme « *l'ouverture de crédit, qui, assortie ou non de l'usage d'une carte de crédit, offre à son bénéficiaire la possibilité de disposer de façon fractionnée, aux dates de son choix, du montant du crédit consenti* »[27].

De par sa définition[28], la facilité de caisse peut se retrouver dans l'autorisation de découvert comme dans le dépassement, du moment, bien entendu qu'elle reste ponctuelle et que les positions débitrices demeurent limitées dans le temps. Dans le premier cas, c'est-à-dire pour qu'il y ait autorisation de découvert, au sens du Code de la consommation, il faudra de plus qu'elle ait été expressément

16. C'est ainsi par exemple que, selon les conditions générales de la Société Générale : « *Avec l'accord préalable de la Société Générale, une facilité de caisse peut être accordée. Le solde du compte peut alors être débiteur* [...]. *Les intérêts sont décomptés selon le taux en vigueur figurant dans notre document* [...]. ».
17. Cass. com. 23 juin 2004, n° 02-19.765 : *RD banc. fin.* 2004, comm. 227, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.
18. Le droit encadrant l'usure va connaître, prochainement, une évolution en raison de l'entrée en application de la loi n° 2010-737 du 1er juill. 2010, portant réforme du crédit à la consommation.
19. J. Lasserre Capdeville, « Le prêt usuraire » : *RLDA* 2008, n° 31, p. 99, n° 13.
20. Art. L. 313-5-2 C. mon. fin. – Cass. crim. 3 nov. 2005, n° 04-87.895 ; *Bull. crim.* 2005, n° 277 ; D. 2006, *AJ*, p. 138, obs. A. Lienhard ; *RTD com.* 2006, p. 499, obs. B. Bouloc ; *RD banc. fin.* 2006, comm. 54, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin.
21. L. n° 2010-737, 1er juill. 2010 : *JO* 2 juill. 2010, p. 12001. – A. Gourio, « La réforme du crédit à la consommation » : *JCP E* 2010, 1675. – P. Bouteiller, « La réforme du crédit à la consommation instituée par la loi du 1er juillet 2010 » : *RLDA* 2010, n° 51, p. 32. – V. Valette-Ercole, « Vers un crédit responsable ? À propos de la loi du 1er juillet 2010 » : *JCP G* 2010, 779.
22. Dir. 2008/48/CE, 23 avr. 2008 : *JOUE*, n° L 133, 22 mai 2008, p. 66. G. Raymond, « Premières approches de la directive 2008/48/CE », *23 avr. 2008 : Contrats, conc. consom.* 2008, étude 9. – A. Gourio, « La directive européenne du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs » : *JCP E* 2008, 2047.
23. C. consom., art. L. 311-1, 10°, nouveau.
24. V. Jérôme Lasserre Capdeville, « Le droit de la facilité de caisse (1/2) », *Banque et droit* n° 135, p. 22.
25. C. consom., art. L. 311-1, 11°, nouveau.
26. C. consom., art. L. 311-9 actuel.
27. Sur l'encadrement légal mis en place, A. Gourio, « La réforme du crédit à la consommation » : *JCP E* 2010, 1675, n° 83 et s.
28. V. Jérôme Lasserre Capdeville, « Le droit de la facilité de caisse (1/2) », *Banque et droit* n° 135, p. 22.

consentie par les parties. Néanmoins, dans la mesure où, dans la plupart des cas, la tolérance exceptionnelle est conclue tacitement, elle relèvera, plus fréquemment, du champ d'application du dépassement.

Mais que prévoit exactement la réforme à l'égard de cette autorisation de découvert et de ce dépassement ? Plusieurs choses. L'autorisation de découvert, tout d'abord, est soumise à trois régimes juridiques différents selon sa durée. Une distinction est ainsi prévue entre les découverts remboursables dans le délai d'un mois, les découverts d'une durée supérieure à un mois et inférieure à trois mois et enfin les découverts d'une durée supérieure à trois mois. Seuls ces derniers sont soumis à l'ensemble des dispositions applicables aux crédits à la consommation. Mais où classer, ici, les facilités de caisse ? Dans la mesure où les positions débitrices doivent être limitées dans le temps, on ne peut les percevoir, selon nous, que comme des découverts d'une durée inférieure à trois mois[29].

Évoquons dès lors les régimes juridiques prévus pour de telles autorisations de découvert. Concernant, en premier lieu, les opérations consenties sous la forme d'une autorisation de découvert remboursable dans un délai d'un mois, l'article L. 311-3, 4°, nouveau du Code de la consommation les exclut du champ d'application des dispositions régissant le crédit à la consommation[30]. Elles ne font donc pas l'objet d'un encadrement textuel spécifique. Cette solution devrait néanmoins évoluer dans le futur. En effet, la directive européenne n° 2008/48/CE du 23 avril 2008 exige, même en présence de tels découverts remboursables dans le délai d'un mois, la délivrance d'un certain nombre d'informations[31]. Cette obligation pourrait, selon la doctrine[32], être introduite en droit interne dans l'arrêté relatif aux principales stipulations devant figurer dans les conventions de compte de dépôt qui doit être prochainement pris. Ces informations seraient alors mentionnées dans les conventions de compte prévoyant de telles autorisations et, le cas échéant, sur les relevés de compte.

Les opérations de crédit consenties sous la forme d'une autorisation de découvert remboursable dans un délai supérieur à un mois et inférieur ou égal à trois mois sont, quant à elles, soumises à un régime légal allégé. En effet, selon l'article L. 311-42, alinéa 1, nouveau du Code de la consommation, elles se voient appliquer un certain nombre de dispositions, telles celles portant sur la publicité (pour partie), la vérification de solvabilité de l'emprunteur, les articles régissant les contrats de crédit affectés ou encore les sanctions. En outre, préalablement à la conclusion d'une telle opération, le prêteur doit donner à l'emprunteur, par écrit ou sur un autre support durable, les informations lui permettant d'appréhender clairement l'étendue de son engagement[33]. Par la suite, le prêteur est dans l'obligation d'adresser régulièrement à l'emprunteur, par écrit ou sur un autre support durable, un relevé de compte comprenant les informations dont la liste et le contenu seront fixés par décret en Conseil d'État[34]. Bien évidemment, si le contrat de crédit vient à prévoir un délai de remboursement supérieur à trois mois, c'est l'intégralité des dispositions figurant dans le chapitre consacré au crédit à la consommation qui devra s'appliquer[35].

En second lieu, la réforme est venue prévoir un encadrement légal aux opérations de crédit consenties sous la forme d'un dépassement. Celui-ci devrait dès lors s'appliquer aux facilités de caisse répondant à la définition donnée à ce dépassement. Les opérations en question sont soumises aux dispositions figurant aux articles L. 311-46 à L. 311-52 nouveaux du Code de la consommation[36]. Ainsi, lorsque la convention de compte visée par l'article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier prévoit la possibilité d'un dépassement, elle doit alors mentionner « *le taux débiteur, les conditions applicables à ce taux, tout indice ou taux de référence qui se rapporte au taux débiteur initial, les frais applicables et, le cas échéant, les conditions dans lesquelles ces frais peuvent être modifiés* »[37]. Dans tous les cas, le prêteur fournit ces informations par écrit ou sur un autre support durable à intervalles réguliers à son client[38]. Elles figureront logiquement sur le relevé de compte de dépôt. Ces règles seront applicables dès l'entrée en vigueur de la loi, c'est-à-dire le 1er mai 2011.

En outre, et c'est à souligner pour notre sujet, en cas de « *dépassement significatif* » se prolongeant au-delà d'un mois, le prêteur est dans l'obligation d'informer l'emprunteur « *sans délai* », par écrit ou sur un autre support durable, du montant du dépassement, du taux débiteur et tous frais ou intérêts sur arriérés qui sont applicables[39]. Il est néanmoins à regretter, ici, que le législateur ait recouru, de la sorte, à un concept particulièrement vague : qu'est-ce qu'un « *dépassement significatif* » ? Il appartiendra aux banquiers et, en cas de contentieux, aux juges de le dire. Notons que lorsque ce même dépassement se prolongera au-delà d'un délai de trois mois, le prêteur devra proposer à l'emprunteur un autre type d'opération de cré-

29. Un courant doctrinal ne voit la facilité de caisse que dans les découverts remboursables dans le délai d'un mois, P. Bouteiller, « La réforme du crédit à la consommation instituée par la loi du 1er juillet 2010 » : *RLDA* 2010, n° 51, p. 40. Rappelons pourtant que la jurisprudence a déjà caractérisé des facilités de caisse en présence de positions débitrices ayant duré deux mois, 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. Nous y incluons dès lors également, pour notre part, les découverts remboursables dans un délai supérieur à un mois et inférieur ou égale à trois mois, du moment qu'ils restent occasionnels et limités dans le temps.

30. Le 5° de cet article L. 311-3 en fait de même à l'égard des « *opérations de crédit comportant un délai de remboursement ne dépassant pas trois mois qui ne sont assorties d'aucun intérêt ou d'aucuns frais ou seulement de frais d'un montant négligeable* ». Nous regrettons, quant à nous, cette référence au « *montant négligeable* » qui confère une portée incertaine à cette disposition légale.

31. A. Gourio, « La directive européenne du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs » : *JCP E* 2008, 2047, n° 49. – A. Gourio, « La réforme du crédit à la consommation » : *JCP E* 2010, 1675, n° 107.

32. A. Gourio, *op. cit.*, n° 107.

33. C. consom., art. L. 311-43, I, nouveau. Le non-respect de cette obligation est sanctionné, en vertu de l'article L. 311-49 nouveau, d'une amende de 1 500 euros. – J. Lasserre Capdeville, « Aspects pénaux de la réforme du crédit à la consommation », *AJ Pénal*, sept. 2010, p. 385. – La déchéance du droit aux intérêts est également prévue par l'article L. 311-48 nouveau du code.

34. C. consom., art. L. 311-44, al. 1, nouveau. L'amende de 1 500 euros est également encourue en cas de manquement à cette obligation.

35. C. consom., art. L. 311-42, al. 2, nouveau.

36. C. consom., art. L. 311-45, nouveau.

37. C. consom., art. L. 311-46, al. 1, nouveau.

38. C. consom., art. L. 311-46, al. 1. Le non-respect des obligations figurant à cet alinéa 1er fait encourir à son auteur une amende de 1 500 euros (art. L. 311-49 C. mon. fin.). La déchéance du droit aux intérêts est également prévue (art. L. 311-48 C. mon. fin.).

39. C. consom., art. L. 311-46, al. 2, nouveau.

dit soumis aux dispositions légales régissant le crédit à la consommation[40].

Ainsi, et même si la réforme ne la vise pas expressément, nous assistons à l'émergence d'un droit régissant de façon minimale la facilité de caisse, du moment, bien sûr, que cette dernière est réalisée dans un but étranger à l'activité commerciale ou professionnelle de l'emprunteur. À défaut, les dispositions régissant le crédit à la consommation ne sauraient s'appliquer. Cette évolution est opportune, car la facilité de caisse créée parfois des problèmes juridiques auxquels il n'est pas toujours aisé de répondre. Tel a été, d'ailleurs, récemment le cas en présence d'une demande de facilité de caisse qui ne provenait pas du client de la banque mais d'un tiers ayant falsifié un chèque émis par ce client.

## CAS DE LA DEMANDE DE FACILITÉ DE CAISSE ÉMANANT D'UN TIERS FALSIFICATEUR

Reprenons les faits de cette affaire ayant abouti à un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 30 mars 2010[41]. En l'espèce, la société X avait émis le 30 janvier 2005, sur son compte ouvert dans les livres de l'établissement de crédit Y. un chèque d'un montant de 877,23 euros au bénéfice de la société Z. Or ce chèque était finalement présenté au paiement pour un montant de 16 077,23 euros à l'ordre de Mme W. Il avait ainsi fait l'objet d'une falsification de sa date, de son montant et de l'identité de son bénéficiaire. L'établissement de crédit Y. avait payé ce chèque. La société X assignait alors cette banque en restitution de cette somme avec intérêts à compter de la date de débit du chèque litigieux. La Cour d'appel d'Angers rejetait, par un arrêt du 27 janvier 2009, cette demande. La société X formait, sans surprise, un pourvoi en cassation par lequel elle reprochait aux juges du fond d'avoir statué de la sorte. Selon le moyen unique, la banque aurait commis une faute en débitant le compte d'un de ses clients du montant d'un chèque falsifié entraînant un solde débiteur supérieur au découvert autorisé, dans la mesure où ce dépassement du crédit disponible aurait dû être considéré par la banque comme une anomalie rendant douteuse l'authenticité du chèque et obligeant le professionnel, soit à refuser de contre-passer la somme en débit du compte de son client, soit, au minimum, à se rapprocher de ce dernier pour l'informer de la situation.

Le moyen était cependant rejeté par la Cour de cassation dans son arrêt du 30 mars 2010. La Haute juridiction pose, tout d'abord, le principe selon lequel lorsqu'il n'existe pas de provision préalable suffisante, le banquier, en passant au débit du compte de son client un chèque émis par ce dernier et présentant toutes les apparences de la régularité, lui consent une facilité de caisse sur sa demande implicite. La Cour de cassation justifie ensuite la solution rendue par la Cour d'appel. En effet, « *après avoir constaté que l'encaissement du chèque falsifié a rendu le solde du compte bancaire de la société débiteur au-delà de l'autorisation de découvert, l'arrêt relève que le montant de ce découvert n'est pas connu ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, dès lors que la société n'a pas prétendu que le découvert aurait dû, par son importance, alerter la caisse, la cour d'appel a pu retenir que cette dernière n'avait pas commis de faute, en ne se mettant pas en relation avec la société avant de débiter son compte* ».

Cet arrêt amenait donc à se poser la question suivante : est-ce que le fait pour un banquier de débiter le compte d'un de ces clients du montant d'un chèque falsifié, occasionnant alors un débit supérieur au découvert autorisé, est constitutif d'une faute ? La société X, c'est-à-dire le tireur victime d'un tiers falsificateur, le soutenait. La Cour d'appel d'Angers comme la Cour de cassation refusaient de retenir cette solution. Les juges du fond s'étaient notamment fondés sur le principe de non-ingérence du banquier. Ce dernier, encore dénommé principe de non-immixtion, impose aux établissements de crédit de ne pas intervenir dans les affaires de leurs clients, que cela soit en s'informant sur celles-ci, ou en réalisant de leur propre chef des opérations pour le compte des clients. Il place donc l'établissement bancaire dans une position de neutralité[42]. Ainsi, pour les magistrats angevins, un tel principe ne permettait pas de reprocher utilement à la banque de ne pas s'être mise en relation avec la société X avant de débiter son compte pour s'assurer de la normalité du montant du chèque. Le banquier tiré n'avait donc pas commis de faute. La Cour de cassation donne raison, quant à elle, à la Cour d'appel.

Que penser d'une telle solution ? En ce qui nous concerne, notre appréciation de l'arrêt a évolué[43]. Certes, le principe retenu peut paraître de bon sens. Une solution inverse aurait forcément des incidences sur la pratique de la facilité de caisse. Elle obligerait le banquier à interroger son client sur sa réelle volonté de bénéficier d'une facilité de caisse en présence d'un chèque ou d'une demande de paiement par virement supérieur au montant du solde de son compte en banque et, éventuellement, d'une autorisation de découvert.

Pourtant, force et de constater que, d'un point de vue juridique, l'arrêt n'est pas à l'abri de toute controverse. En effet, une question importante doit être ici posée : est-ce qu'il y avait, en l'espèce, une facilité de caisse juridiquement constituée ? Selon nous, une réponse négative s'impose. Pour qu'il y ait eu tolérance exceptionnelle, il aurait fallu un échange tacite des consentements des parties : une demande du client de bénéficier d'une facilité de caisse et un accord du banquier concrétisé par le paiement[44]. Or,

40. C. consom., art. L. 311-47, al. 1, nouveau.

41. Cass. com. 30 mars 2010, n° 09-65.949 : D. 2010, *AJ*, p. 1013, obs. X. Delpech ; D. 2010, *jurispr.*, p. 1527, note J. Lasserre Capdeville ; *Juris-Data* n° 2010-002928 ; *RD banc. fin.* 2010, comm. 123, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin.

42. J. Lasserre Capdeville, « Que reste-t-il au XXIe siècle du devoir de non-ingérence du banquier ? », *Banque & droit* 2005, n° 101, p. 11. – Cass. civ. 28 janv. 1930 : *RTD civ.* 1930, p. 969, obs. R. Demogue. – Cass. com. 25 avr. 1967 : *JCP* 1967, II, 15306, obs. Ch. Gavalda. – Cass. com. 30 oct. 1984, n° 83-12.997 : *Bull. civ.* 1984, IV, n° 285. – Cass. com. 15 juin 1993, n° 91-15.431 : *Bull. civ.* 1993, IV, n° 239. – Cass. com. 27 mai 2008, n° 07-11.428 : *Bull. civ.* 2008, IV, n° 109 ; *Resp. civ. ass.* 2008, comm. 265. – Cass. com. 14 oct. 2008, n° 07-16.522 : *Resp. civ. ass.* 2008, comm. 365.

43. Des échanges fructueux avec le professeur Jérôme Huet sont à l'origine de cette évolution. – J. Huet, « La responsabilité du banquier en cas de chèque falsifié », *RLDA* 2010, n° 52, p. 123.

44. V. la première page de cet article. C'est pour cela que, dans les faits, la facilité de caisse est toujours une mesure qui profite au client. Il n'est guère concevable qu'il demande à bénéficier d'une mesure qui lui est défavorable. C'est ainsi que pour un auteur (X. Delpech, D. 2010, *AJ*, p. 1013), si les tribunaux acceptent que le banquier paye un chèque alors que la provision est insuffisante, et consente de la sorte à son

dans notre affaire, le client n'avait pas demandé à bénéficier d'une telle facilité de caisse. Cette demande n'était apparue qu'à la suite de la falsification du montant du chèque par le tiers falsificateur (16 077,23 euros au lieu de 877,23). Ainsi, deux demandes s'étaient chronologiquement succédé : d'une part, une demande expresse de payer le chèque émanant du client, découlant de la rédaction du chèque et de sa signature conformément à la loi, et, d'autre part, une demande implicite de bénéficier d'une facilité de caisse émanant du tiers par l'intermédiaire de la falsification du montant. Dès lors, juridiquement, la société X, faute d'être l'auteur de la seconde demande, n'aurait pas dû être liée par la facilité de caisse. Une action en nullité de cette dernière n'était donc peut-être pas impossible.

En revanche, nous maintenons que le simple dépassement du crédit disponible ne pouvait pas être considéré par la banque, à lui seul, comme une anomalie apparente[45]. Il en aurait été, par contre, différemment, à notre sens, avec le montant du découvert si l'importance de ce dernier avait été relevée[46], ou du moins distinguée des découverts déjà admis au bénéfice du même client. Cependant, le moyen n'ayant pas été invoqué par la société, ni par ses conseils, les magistrats n'avaient pas eu, et c'est regrettable, à s'interroger sur ces points.

## CONCLUSION

Cette brève incursion dans le droit de la facilité de caisse nous permet de faire plusieurs constats. En premier lieu, il est difficile de définir précisément cette notion et de tracer ses frontières avec celle, relativement proche, d'autorisation de découvert précédée d'une ouverture de crédit. Mais la réalisation d'un tel tracé par l'instauration de critères trop stricts serait-elle, finalement, opportune ? La facilité de caisse étant avant tout une technique bancaire attractive du fait de sa souplesse, il convient, selon nous, de maintenir ce caractère en évitant de l'enfermer dans une définition trop rigoureuse. À la limite, et dans la mesure où, nous l'avons dit, les positions débitrices qui en découlent doivent être limitées dans le temps, il serait possible de prévoir un délai maximum à de telles positions, au-delà duquel l'ouverture de crédit serait nécessairement acquise à défaut de précisions express émanant du banquier. Le délai de trois mois, déjà retenu par la jurisprudence en matière de crédit à la consommation[47], serait, à notre sens, un bon critère.

De plus, et cela a été également noté, le droit ne régit qu'*a minima* cette pratique qu'est la facilité de caisse. Là encore, cela permet incontestablement de conférer à cette dernière une souplesse d'utilisation. Il est heureux, néanmoins, que le législateur soit venu, par la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010, prévoir un léger encadrement légal aux facilités de caisse consenties au consommateur-emprunteur. Ce dernier, plus faible que le professionnel, doit être protégé et son consentement éclairé. L'instauration d'une obligation d'information en la matière peut paraître opportune.

Mais est-il nécessaire d'aller plus loin ? Légalement, peut-être pas. Cela ôterait à la facilité de caisse une part de son attractivité. En revanche, l'arrêt de la chambre commerciale du 30 mars 2010, et plus particulièrement la lecture juridique qui peut en être faite, nous encourage à conseiller les banquiers à ne consentir une facilité de caisse qu'après s'être assurés auprès du client qu'il souhaite bien en bénéficier. Certes, une telle vérification peut se révéler lourde à mettre en place et, probablement, coûteuse. Elle aurait néanmoins le mérite d'éviter aux professionnels de la banque de se retrouver face à un risque d'annulation *a posteriori* de la facilité de caisse, dans des faits analogues à ceux de l'arrêt du 30 mars 2010. Sommes-nous trop pessimistes ? Peut-être ; mais le risque juridique existe et une vérification vaut mieux qu'une perte financière. ■

client une facilité de caisse, « *c'est toujours à titre de faveur pour le client, précisément pour que l'opération ne puisse s'analyser en un incident de paiement et pour épargner à l'intéressé la sanction de l'interdiction d'émettre des chèques* ».

45. Depuis de nombreuses années, la Haute Juridiction estime que le principe de non-ingérence du banquier laisse subsister la possibilité d'engager sa responsabilité s'il vient à accepter d'enregistrer une opération dont l'illicéité ressort d'une « anomalie apparente » (Cass. com. 25 avr. 1967 : *JCP G* 1967, II, 15306, obs. Ch. Gavalda. – Cass. com. 3 janv. 1977, n° 75-11.853 : *Bull. civ.* 1977, IV, n° 2. – Cass. com. 30 oct. 1984, n° 83-12.997 : *Bull. civ.* 1984, IV, n° 285), c'est-à-dire une anomalie évidente ne pouvant échapper au banquier normalement prudent et diligent. Dans un tel cas, l'obligation de vigilance du professionnel doit prendre le pas sur celle de non-ingérence.

46. Cass. com. 4 mars 2008, n° 06-14.409 : *Juris-Data* n° 2008-043054 ; *RD banc. fin.* 2008, comm. 98, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin.

47. V. Jérôme Lasserre Capdeville, « Le droit de la facilité de caisse (1/2) », *Banque et droit* n° 135, p. 25.