

CHRONIQUE

DROIT BANCAIRE



THIERRY BONNEAU
Agrégé des facultés de droit
Professeur à l'Université Paris II (Panthéon-Assas)

Chèque sans provision – Information à délivrer avant de refuser le paiement.

Cass. com. 18 janvier 2011, arrêt n° 18-F-P+B sur le second moyen, pourvoi n° G 10-10.259, Langlois et a. c/ Société Banque Populaire Loire et Lyonnais, D. 2011, act. p. 364, obs. V. Avena-Robardet.

« Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans avoir recherché si le rejet des chèques suivants avait été précédé d'un avertissement précis visant chacun des chèques concernés, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » au regard de l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier.

Si l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier a été modifié par la loi du 1^{er} juillet 2010¹ afin de supprimer la pénalité libératoire en cas de chèque sans provision, il ne l'a pas été dans ses autres dispositions, notamment dans celle qui prévoit, avant tout refus de paiement d'un chèque sans provision, l'information du titulaire du compte des conséquences du défaut de provision². D'où l'intérêt de l'arrêt rendu le 18 janvier 2011 qui statue sur le fondement de ce texte.

Selon la Cour de cassation, cette information doit être spéciale et préalable, en ce sens qu'elle doit être liée au refus que le banquier envisage d'opposer; une information donnée lors de l'ouverture de compte, indépendamment de tout incident de paiement, est insuffisante³. Et, s'il y a plusieurs chèques, chaque titre doit faire l'objet d'un avertissement précis.

Cette dernière solution, déjà consacrée par un arrêt du 30 septembre 2008⁴, l'est à nouveau par la Cour de cassation dans son arrêt du 18 janvier 2011. Toutefois, à la différence de l'arrêt de 2008 qui était un arrêt simplement diffusé, l'arrêt commenté est un arrêt destiné au bulletin de la Cour. Il exprime ainsi officiellement la position de la Cour et doit conduire les banques tirées à être d'autant plus vigilantes. Elles doivent conserver la preuve des avertissements relatifs à chaque chèque rejeté pour défaut de provision. Car, à défaut de pouvoir apporter la preuve de cette information, les rejets des chèques seront considérés comme fautifs.

1. Loi n° 2010-737 du 1^{er} juill. 2010 portant réforme du crédit à la consommation, art. 36.
2. Sur l'information du bénéficiaire, v. Cass. com. 13 avr. 2010, Banque & droit n° 132, juill.-août 2010, 17, obs. Th. Bonneau.
3. Cass. com. 31 mai 2005, Banque & droit n° 103, sept.-oct. 2005, 68, obs. Th. Bonneau; D. 2005, act. jurisp. 1693, obs. X. Delpech; Cass. com. 14 mars 2006, Banque & droit n° 108, juill.-août 2006, 59, obs. Th. Bonneau.
4. Cass. com. 30 sept. 2008, Banque & droit n° 122, nov.-déc. 2008, 19, obs. Th. Bonneau.

Chèque de garantie – Encaissement.

Cass. civ. 1^{re}, 6 janvier 2011, arrêt n° 7 F-D, pourvoi n° V 09-71.400, société Cabinet dentaire Thomas Bailly c/ Époux Mandin.

« Un chèque est un instrument de paiement que le bénéficiaire peut faire encaisser même dans le cas où il a été remis à titre de garantie, sauf à lui en restituer le montant si le paiement reçu était indu ».

Le porteur est-il fautif d'encaisser un chèque d'un montant supérieur à sa créance? Une réponse négative s'impose parce que le chèque est un titre à vue⁵ qui peut être encaissé immédiatement. Cette solution vaut même lorsqu'il s'agit d'un chèque de garantie, seul le trop perçu devant être restitué au tireur. La Cour de cassation le confirme dans son arrêt du 6 janvier 2011 en cassant une décision ayant décidé qu'un créancier « ne pouvait encaisser un chèque d'un montant supérieur à sa créance, peu important que le chèque soit de garantie » au motif qu'« un chèque est un instrument de paiement que le bénéficiaire peut faire encaisser même dans le cas où il a été remis à titre de garantie, sauf à lui en restituer le montant si le paiement reçu était indu ». Étant précisé que cette motivation n'est pas nouvelle, la Cour de cassation l'ayant déjà énoncée dans un arrêt du 17 mai 1998⁶.

Comptes – Refus d'ouverture – Ressortissant étranger – Titre de séjour – Discrimination.

Halde, Délibération n° 2010-27 du 1^{er} février 2010, Bandeira Da Silva c/ BNP Paribas.

• « Les établissements bancaires conservent la faculté de refuser l'ouverture compte. Toutefois, ce refus ne peut se fonder sur des critères prohibés par les articles 225-1 et 255-2 du Code pénal. Ainsi, les établissements bancaires sont tenus de justifier que leur refus ne se fonde pas sur un motif discriminatoire »;

• L'exigence d'un titre de séjour, qui vise les seuls clients de nationalité étrangère, est une exigence discriminatoire quant à la preuve de l'identité.

5. Art. L. 131-31, Code monétaire et financier.
6. Cass. com. 17 nov. 1998, Bull. civ. IV, n° 269, p. 225; Rev. trim. dr. civ., 1999, 156, obs. P. Crocq; Rev. trim. dr. com., 1999, 165, obs. M. Cabrillac; D. 1999, som. com. 148, obs. M. Cabrillac; Dalloz Affaires 1999, 78, obs. X. D.; JCP 1999, éd. E, pan. p. 2046, note P. Bouteiller; Les Petites Affiches n° 5, 7 janv. 1999, 8; JCP 1999, éd. G, II, 10226, note D. Gibirila.

Dans l'espèce à l'origine de la délibération du 1^{er} février 2010, un ressortissant brésilien avait demandé l'ouverture de comptes à BNP Paribas. Bien qu'il ait produit, au titre de la vérification d'identité et de domicile imposée par les textes⁷, son passeport, un récépissé de carte de séjour et un justificatif de domicile, la banque lui avait opposé un refus, la convention de compte énonçant que « la banque pourra solliciter du client la présentation d'un titre de séjour lorsque les conditions de séjour en France du client imposent à ce dernier la détention d'un tel titre ». D'où la saisine de la Halde qui a recommandé, dans sa délibération du 1^{er} février 2010, au groupe BNP Paribas « de supprimer toute disposition prévoyant que la présentation d'un titre de séjour soit requise pour l'ouverture d'un compte bancaire ».

Cette recommandation n'est pas a priori sans fondement. Une telle exigence n'est pas en effet imposée par le Code monétaire et financier comme le relève la Halde en rappelant l'une de ses précédentes délibérations : « Dans sa délibération n° 2007-372 du 17 décembre 2007, la haute autorité a relevé les éléments suivants : "Concernant l'obligation de vérification d'identité incombant aux établissements du secteur bancaire, aucune disposition du Code monétaire et financier n'autorise, tant au regard du droit au compte que des obligations relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux, à demander au client d'apporter la preuve de la régularité de son séjour qu'il s'agisse de l'ouverture du compte ou bien du retrait d'espèces" ». Il n'est toutefois pas certain que ce constat se suffise à lui seul car les établissements de crédit, comme la Halde elle-même, doivent prendre en considération l'ensemble des dispositions législatives, et non pas seulement tel ou tel code. Or l'article L. 622-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dispose, dans son alinéa 1, que « toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30 000 euros ».

Un tel texte semble justifier le contrôle du séjour par les banques même s'il est vrai, que « la Direction des affaires criminelles et des grâces a estimé que, dans la mesure où l'ouverture d'un compte est réglementée par le Comofi, elle n'est pas susceptible d'entrer dans le champ de l'infraction par application de l'article 122-4 du Code pénal »⁸. Mais si ce texte décide non seulement que « n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires » mais aussi que « n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal », il ne nous paraît pas pouvoir justifier une dérogation à un texte pénal qui n'en comporte pas⁹. Et comme le texte pénal peut aisément se combiner avec les textes du Code monétaire et financier, on peut en déduire que les exigences de l'article L. 622-1 précité quant à l'obligation de ne pas faciliter les séjours irréguliers peuvent être combinées avec les conditions d'identité et de domicile.

Combiner et non pas assimiler car il ne faut pas mettre

sur le même plan l'exigence du titre de séjour et le contrôle de l'identité. Il est bien évident que l'exigence d'un titre de séjour répond à un autre but que l'exigence du contrôle d'identité. Aussi, à partir du moment où un ressortissant présente un passeport qui a toutes les apparences d'un document régulier¹⁰, la banque a satisfait au contrôle d'identité imposé par les textes et ne peut pas prétendre le contraire en se fondant sur l'absence d'un document non nécessaire à cette preuve. En décider autrement conduit nécessairement à rajouter aux textes imposant le contrôle d'identité prévu lors de l'ouverture d'un compte. Dans ces conditions, on ne peut qu'approuver la demande, faite à BNP Paribas par la Halde, de suppression de la fourniture d'un titre de séjour lors de l'ouverture d'un compte.

On peut toutefois se demander si la Halde devait être effectivement saisie de cette question. Car celle-ci ne nous paraît pas différente de celles qui sont habituellement posées au juge. Ainsi, le tribunal administratif de Paris¹¹ « a estimé que la Banque de France ne pouvait opposer un refus d'accès au service bancaire de base à une personne étrangère, en situation irrégulière, au motif que l'article L. 312-1 du Comofi n'impose que deux conditions pour l'ouverture d'un tel compte : justifier d'un domicile et d'une identité ». De même, dans une décision du 18 décembre 2007¹², la Cour de cassation a considéré que la Poste ne pouvait pas refuser l'accès et la délivrance d'un relevé d'identité bancaire au seul motif que le récépissé constatant le dépôt d'une demande de réfugié était périmé « dès lors que le tenant pour une pièce officielle d'identité, elle n'avait exigé lors de l'ouverture du compte aucun autre document justificatif et qu'il n'existait aucun doute sur l'identité de la personne, ce dont il résultait que ce refus constituait un trouble manifestement illicite qu'il convenait de faire cesser ». La Cour estime encore qu'il n'est pas possible de rajouter une condition non posée par les textes, ce qui explique par exemple que le dirigeant, qui est caution de la société qu'il dirige, bénéficie de l'information annuelle prévue par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier¹³. Cette jurisprudence montre que le refus opposé au ressortissant brésilien aurait pu être condamné civilement pour ajout d'une condition non prévue par les textes régissant l'ouverture des comptes bancaires, et donc pour refus d'application de ces textes.

Doit-on alors en conclure qu'il était inutile de recourir aux dispositions de l'article 122-4 du Code pénal ? Ce texte interdit toute distinction entre les personnes en raison de leur appartenance à une nation. C'est d'ailleurs ce que rappelle la Halde dans sa délibération du 1^{er} février 2010 : selon cette autorité, la preuve de la régularité du séjour est une « condition illégale » qui « vise les seuls clients de nationalité étrangère. Elle est de ce fait susceptible de révéler l'existence d'une pratique contraire aux articles 225-1 et suivants du Code pénal, consistant à subordonner l'accès à un service à une condition fondée sur l'appartenance à une nation ». Mais peut-on déduire de l'exigence de la régularité de séjour une telle discrimina-

7. Art. R. 312-1 et L. 561-5, I, Code monétaire et financier.

8. Cette position de la Direction des affaires criminelles et des grâces est mentionnée par E. Jouffin, « Le droit dévertébré de la lutte contre les discriminations », Banque & droit n° 133, sept.-oct. 2010, 3, spéc. p. 7.

9. V. également les réserves avancées par M. Jouffin, art. préc. spéc. p. 7.

10. Sur l'obligation de contrôler la pertinence des mentions portées sur un extrait Kbis lorsqu'il existe des circonstances de nature à faire naître une suspicion sur le sérieux du nouveau client, v. Cass. com. 19 juin 1998, Bull. civ. IV n° 177 p. 121.

11. TA Paris 16 mars 2005, req. n° 050280519, Mme X. cf. Banque de France, cité par Jouffin, article note 28 p. 7.

12. Cass. com. 18 déc. 2007, Banque & droit mars-avr. 2008, 13, obs. Th. Bonneau.

13. Sur cette jurisprudence, v. Th. Bonneau, Droit bancaire, 8^e éd. 2009, n° 697.

tion ? Il est vrai que cette condition ne vise que « les seuls clients de nationalité étrangère ». Mais elle vise, hors Union européenne, l'ensemble des clients de nationalité étrangère. Peut-on alors dire qu'il y a discrimination fondée sur l'appartenance à une nation ? On peut douter qu'en l'espèce, BNP Paribas ait entendu discriminer le ressortissant brésilien qui lui demandait l'ouverture de comptes, en raison de son appartenance au peuple brésilien, d'autant que la recherche de clientèle est un objectif commercial et que pour cette raison, elle n'a aucune raison de vouloir écarter un client sur ce fondement.

Il n'est donc nullement certain que le terrain des discriminations soit le bon terrain pour condamner une exigence non posée par un texte. Le droit commun permet une telle condamnation et il doit être privilégié. Cette position n'est pas sans avantage. Tout d'abord parce qu'il faut se garder de voir des discriminations là où il n'y en a pas ; ensuite parce qu'il est préférable d'éviter de poser des présomptions – la Halde en pose une dans sa délibération du 1er février 2010, déduite de la clause contractuelle permettant à la banque d'exiger la présentation d'un titre de séjour – qui finalement peuvent venir affaiblir la lutte contre les discriminations. Car si la présomption facilite la preuve, elle risque de décrédibiliser la lutte si elle laisse une impression d'artifice.

Taux effectif global – Assiette – Souscription de parts sociales.

Cass. civ. 1^{re}, 9 décembre 2010, arrêt n° 1130 FS-P+B+I, pourvoi n° J 09-67.089, Idelot c/ société Casden banque populaire, D. 2011, act. p. 7, obs. V. Avena-Robardet, JCP 2011, éd. E, 1009, note Legeais.

« Qu'en statuant ainsi, quand le coût des parts sociales dont la souscription est imposée par l'établissement prêteur comme une condition d'octroi du prêt, constitue des frais entrant nécessairement dans le calcul du taux effectif global, le tribunal a violé » l'article L. 313-1 du Code de la consommation.

Tout n'a-t-il pas dit, et bien dit, dans un article récent, à propos de la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁴ qui impose, à tort selon son auteur¹⁵, d'inclure, dans l'assiette du TEG, le montant des parts sociales souscrites par l'emprunteur ? À tort car le montant de ces parts ne participe ni des frais, ni des commissions et rémunérations visés par l'article L. 313-1 du Code de la consommation. En particulier, lesdites parts ne sont pas des frais mais des actifs¹⁶. Et l'acquisition des parts, qui peut être légalement liée statut social du prêteur¹⁷, n'intervient

pas « dans l'octroi du prêt, mais en préalable de l'opération »¹⁸. La démonstration est brillante. Il nous semble toutefois que la position de la Cour de cassation, rappelée dans son arrêt du 9 décembre 2010, mérite d'être approuvée. Car la souscription des parts conditionne effectivement l'octroi du crédit : sans elle, pas de crédit. Et comme elle conduit à un décaissement de fonds au profit de l'établissement bancaire, il paraît logique d'inclure le montant des parts sociales dans l'assiette du TEG.

Taux effectif global – Assiette – Frais de garantie – Société de caution mutuelle.

Cass. civ. 1^{re}, 9 décembre 2010, arrêt n° 1133 FS-P+B+I, pourvoi n° R. 09-14.977, Amanieu c/ Crédit Lyonnais, D. 2011, act. p. 7, obs. V. Avena-Robardet, JCP 2011, éd. E, 1009, note Legeais.

« Qu'en statuant ainsi, alors que la somme payée par l'emprunteur au titre de la constitution d'un fonds de garantie créé par une société de caution mutuelle pour garantir la bonne exécution du prêt, et dont le montant est déterminé lors de la conclusion du prêt, est imposée comme une condition d'octroi de celui-ci de sorte qu'elle doit être prise en compte pour le calcul du taux effectif global, la cour d'appel a violé » l'article L. 313-1 du Code de la consommation.

Doit-on exclure, de l'assiette du TEG, des frais parce que leur montant définitif ne peut pas être connu à la date du crédit ?

La question se pose lorsque la garantie du crédit réside dans l'engagement donné par une société de caution mutuelle. En effet, dans cette hypothèse, d'une part, le client paie, à la date du crédit, des frais de garantie pour alimenter le fonds de garantie créé par la société de caution mutuelle ; d'autre part, les frais payés sont en partie restitués à l'issue du crédit si celui-ci a été normalement remboursé. Le montant de cette restitution est cependant impossible à déterminer à la date du crédit car le taux de restitution dépend de la situation de l'ensemble des cotisants et donc de l'utilisation contentieuse du fonds.

Cette restitution ne doit pas faire oublier qu'une partie des frais de garantie demeure à la charge du client et que ces frais sont bien visés par l'article L. 313-1 du Code de la consommation si le crédit a été subordonné à cette garantie. Aussi doit-on approuver la Cour de cassation qui décide, dans son arrêt du 9 décembre 2010, que de tels frais doivent être intégrés dans l'assiette du TEG.

Prêt – Diligences du banquier – Contrat de construction de maison individuelle.

Cass. civ. 3^e, 12 janvier 2011, arrêt n° 37 FS, pourvoi n° N 09-68.955, Société AIOI Moro and General Insurance Company of Europe LTD c/ société Caisse d'épargne et de prévoyance de Lorraine.

« Qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si la banque n'avait pas commis une faute au

14. Cass. civ. 1^{re}, 23 nov. 2004, Bull. civ. I, n° 289, p. 243 ; Banque & droit n° 100, mars-avr. 2005, 46, obs. Th. Bonneau ; Rev. dr. bancaire et financier janv.-févr. 2005, 14, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; Cass. com. 6 déc. 2007, Banque & droit n° 118, mars-avr. 2008, 15, obs. Th. Bonneau ; Rev. trim. dr. com. 2008, 159, obs. Legeais ; JCP 2008, éd. E, 1768, n° 16, obs. Lassalas-Langeais.

15. H. Causse, « La coopération bancaire ravalée à une fraction de TEG ? », JCP 2010, éd. E, 1576.

16. Ibid., n° 15.

17. On doit toutefois rappeler les dispositions de l'article L. 512-55, al. 2 et 3, du Code monétaire et financier : les caisses de crédit mutuel « ont exclusivement pour objet le crédit mutuel » ; « Elles peuvent recevoir des dépôts de toute personne physique ou morale et admettre des tiers non sociétaires à bénéficier de leurs concours ou de leurs services dans

les conditions fixées par leurs statuts ».

18. Causse, art. préc., n° 16.

moment de l'émission de l'offre de prêt, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

Une fois le constructeur de maison individuelle en faillite, le garant, dont l'intervention a eu un coût supérieur au prix garanti, est tenté de se retourner contre le banquier qui a débloqué les fonds nécessaires au financement de la construction en soutenant que celui-ci a commis une faute, soit lors de l'émission de l'offre, soit lors du déblocage des fonds. Il lui reprochera de ne pas avoir vérifié, lors de l'émission de l'offre, les énonciations du contrat de construction¹⁹ ou d'avoir débloqué les fonds sans avoir obtenu certaines justifications, telles que les attestations de garantie de livraison ou d'assurance dommages²⁰.

Dans l'espèce à l'origine de l'arrêt du 12 janvier 2011, les premiers fonds ont été débloqués le 31 mai 2000 alors que l'attestation de garantie de livraison à prix et délai convenus a été délivrée le 5 juin 2000. Le banquier avait ainsi commis une faute engageant sa responsabilité, laquelle avait toutefois été écartée au motif « qu'il n'existe aucun lien de causalité entre la faute commise par la banque lors du déblocage des fonds et le préjudice qu'invoque le garant suite à la mise en œuvre de sa garantie pour achever la construction de la maison ». Cette motivation aurait pu conduire au rejet du pourvoi : un tel défaut de lien de causalité a en effet déjà pu être consacré par la Cour de cassation dans un arrêt du 31 mars 2010²¹. La Cour casse néanmoins la décision attaquée dans son arrêt du 12 janvier 2011 en reprochant aux juges du fond d'avoir omis de rechercher « si la banque n'avait pas commis une faute au moment de l'émission de l'offre de prêt ».

Cette cassation laisse à penser, même si l'arrêt commenté ne comporte aucune indication en ce sens, que la banque a effectivement commis une faute. On doit toutefois rappeler que le contrôle est formel²² et qu'il conviendra de prouver un lien de causalité entre ladite faute et le préjudice subi.

Crédit à la consommation – Convention de compte-courant à vocation professionnelle – Devoir de mise en garde.

Cass. civ. 1^{re}, 6 janvier 2011, arrêt n° 9 F-P+B+I, pourvoi n° F 09-70.651, Guillot c/ BNP Paribas, D. 2011, p. 486, note R. Rottier, JCP 2011, éd. E, 1140, note D. Legeais.

19. Art. L. 231-2 et L. 231-10, Code de la construction et de l'habitation.

20. Art. L. 231-10, Code préc. : l'attestation de garantie de livraison peut être globale comme l'a jugé la Cour de cassation dans un arrêt du 12 sept. 2007 (Cass. civ. 1^{re}, 12 sept. 2007, Banque & droit n° 116, nov.-déc. 2007, 30, obs. Th. Bonneau).

21. Cass. civ. 3^e, 31 mars 2010, Banque & droit n° 132 juill.-août 2010, 21, obs. Th. Bonneau.

22. En ce sens, v. C. Saint-Alary Houin et B. Saint-Alary, « Le banquier face au contrat de construction de maison individuelle », *Rev. dr. imm.* 1992, 283, spéc. n° 9 et s. p. 285; F. Ribay, « Contrat de construction de maison individuelle. Les obligations nouvelles des établissements prêteurs », *Banque* n° 522, déc. 1991, 1130; Hugot et Sizaïre, « Le contrat de construction d'une maison individuelle », *op. cit.*, n° 251 p. 135; A. Chomel, « L'étendue du contrôle du prêteur de deniers », *Act. Jur. Dr Imm.* 10 févr. 2000, 116, spéc. p. 119 et s.; V. également les auteurs cités par D. Sizaïre, note sous Versailles, 16 mars 1999, *Construction-Urbanisme* mai 1999, n° 144 et par A. Gourio, note sous Com. 9 juill. 2002, JCP 2002, 1382, spéc. p. 1533.

• « Si la destination professionnelle d'un crédit doit résulter d'une stipulation expresse, les dispositions régissant le crédit à la consommation ne sont pas applicables à la convention de compte-courant à vocation professionnelle, ce dernier eût-il fonctionné à découvert »;

• « Qu'en se déterminant ainsi sans préciser si Mme Guillot avait la qualité d'emprunteur non averti et, dans l'affirmative, si conformément au devoir de mise en garde auquel elle était tenue à son égard, la banque justifiait avoir satisfait à cette obligation au regard de ses capacités financières et des risques de l'endettement nés du découvert litigieux, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

L'arrêt du 6 janvier 2011 est classique sur le devoir de mise en garde bénéficiant à l'emprunteur profane. Aussi est-il inutile d'y insister²³ alors qu'il innove en ce qui concerne les découverts en compte-courant et l'application des dispositions du Code de la consommation.

On sait que ces dispositions ne sont pas applicables aux crédits ayant une destination professionnelle. L'ancien article L. 311-3 excluait en effet, du domaine de la réglementation, les crédits « destinés à financer les besoins d'une activité professionnelle ». Une telle exclusion n'est plus mentionnée dans le nouvel article L. 311-3, toujours relatif aux crédits exclus du domaine de la réglementation, depuis la réforme opérée par la loi du 1er juillet 2010²⁴. Elle résulte toutefois de la définition de l'emprunteur protégé par le Code de la consommation : selon le nouvel article L. 311-1, 2°, du Code précité, il faut entendre par « emprunteur ou consommateur, toute personne physique qui est en relation avec un prêteur, dans le cadre d'une opération de crédit réalisée ou envisagée dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle ». Aussi, même s'il statue au regard du droit antérieur, l'arrêt du 6 janvier 2010 présente un intérêt évident au regard des dispositions issues de la loi du 1er juillet 2010.

Pour considérer qu'un crédit ne relève pas de la réglementation du crédit à la consommation en raison de sa destination professionnelle, les juges auraient pu rechercher la destination effective des fonds ou s'en tenir à la qualité de professionnel de l'emprunteur. Ces critères n'étaient toutefois pas retenus par la Cour de cassation puisque celle-ci décidait que « la destination professionnelle d'un crédit ne peut résulter que d'une stipulation expresse »²⁵ ou encore que « la destination formelle d'un crédit, même affecté à un compte professionnel, ne peut résulter que d'une stipulation expresse »²⁶. Elle avait ainsi établi une « présomption d'affectation du crédit au financement d'une activité non professionnelle »²⁷, y compris lorsque le crédit était affecté à un compte professionnel, cette présomption ne pouvant être renversée que par une stipulation expresse.

23. V. en dernier lieu, Cass. com. 30 nov. 2010, Banque & droit janv.-févr. 2011, Obs. Th. Bonneau.

24. Loi n° 2010-737 du 1er juill. 2010 portant réforme du crédit à la consommation.

25. Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 2003, JCP 2004, éd. G, 10050, note D. Bonnet.

26. Cass. civ. 21 oct. 2003, *Contrats conc. consom.* janv. 2004, com. n° 15, note G. Raymond; Cass. civ. 1^{re}, 30 sept. 2008, *Contrats conc. consom.* déc. 2008, com. n° 281, note G. Raymond.

27. Raymond, note préc. sous Cass. civ., 21 oct. 2003.

Cette présomption est maintenue par la Cour de cassation dans son arrêt du 6 janvier 2010. Elle voit toutefois son domaine réduit puisque la Cour décide en même temps que « les dispositions régissant le crédit à la consommation ne sont pas applicables à la convention de compte-courant à vocation professionnelle, ce dernier eût-il fonctionné à découvert ». Ce faisant, la Cour procède à un revirement de jurisprudence²⁸ en ce qui concerne les découverts en compte-courant à destination professionnelle : ils ne relèvent plus du droit de la consommation.

Cette solution doit être approuvée, en droit, en raison des dispositions du Code de la consommation qui exclut les crédits finançant une activité commerciale ou professionnelle. Elle doit être également approuvée en fait puisque le crédit était effectivement lié à une activité professionnelle²⁹. La portée de l'arrêt du 6 janvier 2011 ne doit toutefois pas être exagérée car celui-ci paraît avoir un domaine assez limité. D'une part, il ne vise que les conventions de compte-courant, de sorte que la solution consacrée ne paraît pas concerner les conventions de compte de dépôt. D'autre part, il met plus en avant la convention de compte que le crédit lui-même. Aussi peut-on penser que seuls les crédits dont le compte est le support sont écartés du domaine de la législation relative au crédit à la consommation. Les autres crédits à usage professionnel demeurent soumis à l'exigence d'une stipulation formelle. Le revirement opéré par la Cour de cassation dans son arrêt du 6 janvier 2011 a ainsi un effet limité sur les crédits à vocation professionnelle.

Ce que l'on peut regretter. Étant observé que la seule réelle critique doit concerner l'exigence d'une stipulation formelle. Car aucun texte, pas plus l'ancien article L. 311-3 que le nouvel article L. 311-1, ne pose une telle exigence pour exclure ou écarter les crédits ayant une destination professionnelle. C'est donc tout un édifice jurisprudentiel qu'il conviendrait de revoir. Peut-être l'arrêt du 6 janvier 2011 est-il une première étape dans cette nécessaire remise en cause.

Information annuelle – Dirigeant caution – Relevés de compte du débiteur – Messages et courriers.

Cass. com. 14 décembre 2010, arrêt n° 1270 F-P+B, pourvoi n° P 09-69.807, société HDN et a.c/ Banque Populaire Atlantique, JCP 2011, éd. G, 48, obs. J. Lasserre Capdeville, D. 2011, act. p. 154, obs. V. Avena-Robardet.

La caution qui est informée par les relevés de compte envoyés à la société débitrice ainsi que par des messages

28. En ce sens, D. Legeais, note sous Cass. civ. 1^{re}, 6 janv. 2011, JCP 2011, éd. E, 1140.

29. Cass. civ. 1^{re}, 6 janv. 2011 : « que la cour d'appel a relevé, par motifs adoptés, que Mme Guillot s'était présentée à la banque comme une commerçante exploitant sous l'enseigne Suzy et a précisé, par motifs propres, qu'il ressortait du dossier d'entrée en relations que le compte litigieux avait été ouvert sous ce nom commercial, figurant après le nom patronymique de l'intéressée qui venait d'être immatriculée au registre du commerce et des sociétés pour son activité de "commerce non sédentaire d'objets mobiliers divers neufs et occasion, brocante" ; qu'ayant en outre constaté que la commune intention des parties avait été de s'engager dans une opération complexe, autorisant le fonctionnement à découvert du compte, qualifié de compte courant sur les relevés trimestriels d'intérêts et de commissions, et ayant enregistré des remises d'espèces importantes ainsi que des règlements d'achats auprès de commissaires-priseurs, correspondant à l'activité professionnelle de Mme Guillot, elle en a exactement déduit que cette convention ne relevait pas des règles applicables au crédit à la consommation ».

ponctuels et des courriers faisant état de la situation de la société débitrice, de son propre engagement et portant mise en demeure, ne reçoit pas une information conforme aux exigences posées par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier.

La qualité de dirigeant est sans incidence sur le jeu de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier. Elle ne permet pas de limiter le cercle des cautions bénéficiant de l'information annuelle prévue par ce texte ; l'article L. 313-22 s'applique à toutes les cautions, fussent-elles dirigeants de la société débitrice³⁰. Elle ne permet pas non plus d'être moins rigoureux quant à la date et au contenu de l'information ; l'information doit être la même, que la caution soit ou non dirigeant de la société débitrice³¹. La Cour de cassation le souligne implicitement, mais nécessairement, dans son arrêt du 14 décembre 2010 puisqu'elle a insisté sur la nécessité, pour la caution qui était dirigeant de la société débitrice, de recevoir une information conforme aux exigences posées par l'article L. 313-22 : selon ce texte, l'information doit être donnée au plus tard avant le 31 mars de chaque année et indiqué :

– s'agissant de l'engagement garanti, son montant en principal, intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente ainsi que son terme ;

– s'agissant du cautionnement, la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée si l'engagement est à durée indéterminée.

Au regard de ces exigences, il est bien vrai que la décision attaquée ne pouvait être que censurée. Pour rejeter la demande de la caution « de déchéance du droit aux intérêts fondés sur les dispositions de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier », la décision attaquée avait retenu « que M. Renaud n'est pas fondé à prétendre à un défaut d'information alors qu'il était informé de la situation au moment du cautionnement, qu'en sa qualité de dirigeant de la société HDN, il était informé régulièrement de la situation financière de celle-ci par les relevés de compte de la société HDN envoyés régulièrement, que des informations sur sa situation au regard du cautionnement lui ont été données dans plusieurs messages électroniques des 25 février 2005, en réponse à son propre message faisant état de ce que le compte de la société était "rentré dans l'autorisation" de découvert et demandant si son engagement de caution avait bien été "annulé", 26 mai et 2 juin 2005 et que la banque lui a adressé personnellement, en sa qualité de caution solidaire, ainsi qu'à la société, des courriers relatifs à la situation de la société et à son propre engagement et le mettant en demeure de payer les 26 août 2005, 15 septembre, 30 septembre,

30. Cass. com. 25 mai 1993, Bull. civ. IV, n° 203, p. 144 ; Dr. soc., août-sept. 1993, n° 155, note Th. Bonneau ; Les Petites Affiches, n° 87, 21 juill. 1993, 7, note Ch. Gavalda ; Quotidien juridique, n° 53, 6 juill. 1993, 5, note J.-P. D. ; JCP 1993, éd. E, II, 484, note H. Croze ; JCP 1993, éd. G, I, 3717, n° 5, et éd. E, I, 300, n° 5, obs. Ph. Simler ; JCP 1993, éd. E, I, 302, n° 19, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet ; Banque n° 543, déc. 1993, 94, obs. J.-L. Guillot ; Rev. dr. bancaire et bourse, n° 40, nov./déc. 1993, 255, obs. M. Contamine-Raynaud ; Rev. trim. Dr. com., 1993, 697, obs. M. Cabrillac et B. Teysié ; Cass. com. 5 oct. 1993, Dr. soc., janv. 1994, n° 3, note Th. Bonneau ; Rev. dr. bancaire et bourse, n° 41, janv./févr. 1994, 42, obs. M. Contamine-Raynaud ; Cass. com., 14 déc. 1993, Bull. Joly, 1994, § 36, p. 159, note Ph. Delebecque ; Cass. civ. 1^{re}, 27 févr. 1996, Bull. civ. I, n° 109, p. 76 ; Dr. soc., juill./août. 1996, n° 143, note Th. Bonneau ; Cass. com. 19 mars 1996, Dalloz Affaires n° 20/1996, 611 ; Cass. civ. 1^{re}, 30 oct. 2008 et Cass. com. 25 nov. 2008, Banque & droit n° 123, janv.-févr. 2009, 23, obs. Th. Bonneau.

31. Th. Bonneau, Droit bancaire, op. cit. n° 700.

23 novembre et 13 décembre 2005 ». Ces mises en demeure ne peuvent pas suppléer l'information à délivrer conformément à l'article L. 313-2, d'autant qu'elles sont postérieures à la date du 31 mars 2005. Et comme il ne ressort pas des autres indications données par la décision attaquée que le montant dû au 31 décembre de l'année 2004 ait été communiqué à la caution, il ne fait guère de doute que les motifs de la décision attaquée sont « impropres à établir que M. Renaud avait reçu une information conforme aux exigences légales ».

Responsabilité – Assurance de groupe – Obligation d'éclairer l'emprunteur.

Cass. civ. 2^e, 13 janvier 2011, arrêt n° 84 F-D, pourvoi n° A 10-30.009, Al Sid Cheikh c/ société Allianz IARD et al.

« Le banquier qui propose à son client, auquel il consent un prêt, d'adhérer au contrat d'assurance de groupe qu'il a souscrit à l'effet de garantir, en cas de survenance de divers risques, l'exécution de tout ou partie de ses engagements, est tenu de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation ».

Les décisions³² se multiplient. La solution demeure la même : le banquier doit éclairer ses clients sur l'adéquation des risques couverts par l'assurance de groupe à leur situation personnelle. Cette obligation, qui s'impose malgré la remise de la notice concernant ladite assurance, n'est pas sans conséquence comme le montre l'arrêt rendu le 13 janvier 2011 par la seconde chambre civile de la Cour de cassation. Car si l'assurance de groupe n'est pas adéquate ou ne l'est pas suffisamment, le banquier doit alors conseiller la souscription d'une assurance complémentaire. Cette solution n'est pas expressément posée par la Cour, mais elle résulte implicitement de la censure de la décision attaquée qui avait notamment indiqué « qu'à juste titre, par ailleurs, la société NACC soutient qu'il n'appartenait pas à l'organisme prêteur de conseiller M. Al Sid Cheikh, âgé de 48 ans au moment de l'octroi d'un prêt remboursable sur quinze ans souscrivant à une assurance de groupe de souscrire une assurance complémentaire ».

Orienter le client vers une assurance complémentaire est une conséquence logique de l'inadéquation de l'assurance de groupe. Étant toutefois observé que, dans certaines circonstances, il sera sans nul doute préférable d'écarter totalement celle-ci au profit d'une autre assurance.

Crédit – Assurance – Âge – Discrimination.

Halde, Délibération n° 2010-53 du 1er mars 2010, M. X c/ Caisse d'épargne.

• « L'article 225-2 du Code pénal prohibe toute discrimination lorsqu'elle consiste à refuser ou à subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des critères susmentionnés dont l'âge et de ce fait limite la liberté contractuelle » ;

• Le refus de garantir le risque chômage après 55 ans est « une discrimination au sens des articles 225-1- et 225-2 du Code pénal ».

Il est certain que la liberté contractuelle n'est pas sans limite. Le Code de commerce³³ interdit ainsi certaines clauses. Et d'autres peuvent l'être par application de textes comme les articles 225-1 et 225-2 du Code pénal qui interdisent les discriminations, notamment celles reposant sur l'âge. On ne doit toutefois pas croire que toute clause se référant à l'âge réalise une discrimination. Car une discrimination implique, selon l'article 225-1 précité, d'opérer une distinction entre les personnes, et donc d'établir une différence entre des groupes de personnes, de cerner un élément caractéristique qui sépare un groupe d'un autre, une personne d'une autre.

Cette condition ne paraît pas remplie par les clauses qui font cesser une garantie au-delà d'un certain âge. Certes, la référence à l'âge évoque l'article 225-1 qui interdit les discriminations fondées sur l'âge. Mais peut-on réellement considérer qu'il résulte de cette référence deux groupes de personnes séparés par un élément qui les distinguerait ? Une réponse ne nous paraît pas s'imposer avec évidence contrairement à ce qu'affirme la Halde dans sa délibération du 1er mars 2010, d'ailleurs avec une certaine véhémence : « le contrat-cadre d'assurance groupe daté du 20 juin 1996 a été conclu pour une durée limitée d'un an avec tacite reconduction. Cela signifie que tacitement, les cocontractants ont renouvelé leur volonté coupable de prévoir dans leur contrat une différence de traitement à raison de l'âge ».

On comprend toutefois la position prise par cette autorité puisqu'en l'espèce, une personne qui avait contracté un prêt immobilier et qui avait conclu, dans le même temps, un contrat d'assurance s'est vue opposer, conformément au contrat, une clause prévoyant que le risque chômage n'est plus couvert au-delà de 55 ans. On peut toutefois penser que ce client peut être protégé autrement que par les textes condamnant les discriminations. D'ailleurs, la Cour de cassation assure cette protection en mettant, à la charge du banquier qui distribue une assurance, l'obligation d'éclairer le client sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle, ce qui a conduit la Cour³⁴ à considérer qu'un client, âgé de 59 ans lors de la mise en place d'un crédit consenti sur 15 ans, doit voir son attention attirée sur la clause qui prévoit la déchéance de la garantie passé l'âge de 65 ans. ■

32. Cass. Ass. Plén. 2 mars 2007, Bull. civ. n° 4 p. 9 ; Banque & droit n° 114, juill.-août 2007, 20, obs. Th. Bonneau ; JCP 2007, éd. G, 127, obs. B. Parance, II, 10098, note A. Gourio et éd. E, 1375, note D. Legeais ; Rev. trim. dr. com. 2007, 433, obs. D. Legeais ; D. 2007, p. 985, note S. Piedelièvre, Revue banque, juin 2007, n° 692, obs. J.-L. Guillot et S. Fayner ; Rev. dr. bancaire et financier, mai-juin 2007, 11, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin ; Cass. civ. 2^e, 20 mars 2008, Banque & droit n° 120 juill.-août 2008, 17, obs. Th. Bonneau ; Cass. civ. 2^e, 2 oct. 2008 (2 arrêts), Banque & droit n° 122, nov.-déc. 2008, 22, obs. Th. Bonneau ; JCP 2008, éd. E, 2425, note D. Legeais ; Cass. civ. 1^{re}, 22 janv. 2009, Banque & droit n° 125, mai-juin 2009, 24, obs. Th. Bonneau ; JCP 2009, éd. G, II, 10055, note N. Dupont ; Cass. civ. 2^e, 3 sept. 2009 et Cass. com. 22 sept. 2009, Banque & droit n° 128, nov.-déc. 2009, 39, obs. Th. Bonneau.

33. V. not. art. L. 442-6, II, Code de commerce.

34. Cass. civ. 2^e, 20 mars 2008, Banque & droit n° 120, juill.-août 2008 p. 17, obs. Th. Bonneau.