

La qualité du client bancaire déterminante DES MODALITÉS DE DÉNONCIATION DU DÉCOUVERT BANCAIRE



NICOLAS
MALHERBE

Juriste de banque

Nombreux sont les clients bancaires à disposer d'un découvert convenu avec leur banque. Diverses sont les modalités de dénonciation du découvert à l'initiative de la banque. Cette diversité due à la nature même du client bancaire semble incompatible avec un traitement de masse. Pourtant des facteurs communs peuvent permettre d'uniformiser pour partie les modalités de dénonciation du découvert.

Le découvert bancaire autorisé résulte d'un accord entre une banque et son client par lequel la première s'engage selon des conditions préétablies à régler les dettes du second alors que la provision est insuffisante sur le compte. La simplicité apparente du mécanisme ne reflète pas sa diversité. Les dispositions pertinentes figurent au sein de plusieurs codes.

Le Code monétaire et financier et le Code de la consommation ne partagent pas la même définition de l'opération de crédit. Cette divergence demeure s'agissant des modalités de dénonciation du découvert. Nous nous focaliserons sur la rupture du découvert à durée indéterminée.

Comme la réglementation semble nous y inviter, nos développements distingueront donc selon la nature du client bancaire.

I. LE CAS DU CLIENT « CONSOMMATEUR »

Conformément au 6° de l'article L. 311-1 du Code de la consommation, une opération ou un contrat de crédit est « un contrat en vertu duquel un prêteur consent ou s'engage à consentir à l'emprunteur un crédit, relevant du champ d'application du présent titre, sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt, ou compris sous forme de découvert ou de toute autre facilité de paie-

ment similaire, à l'exception des contrats conclus en vue de la fourniture d'une prestation continue ou à exécution successive de services ou de biens de même nature et aux termes desquels l'emprunteur en règle le coût par paiements échelonnés pendant toute la durée de la fourniture; [...] ».

La qualification d'opération de crédit pour le découvert n'a pas à être discutée, dans la mesure où cet article le mentionne expressément. Relevons que le terme « prêteur¹ » revêt une acception volontairement large, même si en pratique le découvert est majoritairement le fait des établissements de crédit du fait du monopole bancaire mentionné à l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier.

L'emprunteur ou le consommateur au sens du 2° de l'article L. 311-1 du Code de la consommation s'entend de « toute personne physique qui est en relation avec un prêteur, ou un intermédiaire de crédit, dans le cadre d'une opération de crédit réalisée ou envisagée dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle ».

Toutes les personnes morales sont de fait exclues. Les associations loi 1901 ne peuvent donc pas se prévaloir de ces dispositions si elles sont dotées d'un découvert bancaire. Quant à la personne physique ayant une activité commerciale ou professionnelle, il y a lieu d'apprécier à quels besoins répond le découvert. La jurisprudence exige traditionnellement une stipulation expresse pour qu'un crédit ait une finalité professionnelle². On devrait pouvoir déduire de la nature du compte (particulier/professionnel) de la personne physique la nature du découvert sous-jacent. Au demeurant, on pourrait discuter de la responsabilité éventuelle de la banque pour usage du découvert du compte particulier de la personne physique pour régler des besoins professionnels. L'obligation prétorienne de diligence devrait limiter cet hypothétique engagement au caractère manifeste de cette utilisation abusive.

S'agissant du découvert, la loi opère plusieurs distinctions. Pour ceux qui sont remboursables dans le délai d'un mois, les dispositions du Code de la consommation sont inapplicables. Lorsque leur durée est comprise

1. D'ailleurs défini au 1° de l'article L. 311-1 du Code de la consommation.

2. Cass. 1^{re} Civ., 13 mars 2008, n° 07-12.524.

entre un et trois mois, seules certaines dispositions s'appliquent³. Enfin, pour les opérations de découvert supérieures à trois mois, l'intégralité des dispositions du chapitre 2 du Titre I du livre III du Code de la consommation⁴ sont applicables en application du 2^e alinéa de l'article L. 312-84 du même code. L'on relèvera que l'article L. 312-1 de ce code fixe une fourchette comprise entre 200 et 75 000 euros pour entrer dans le champ des crédits à la consommation. Dans l'hypothèse d'un découvert où le montant de 200 euros ne serait pas atteint ou celui de 75 000 euros pas dépassé, les dispositions précitées demeureraient applicables en vertu du seul article L. 312-84 susmentionné.

Conformément à l'article L. 312-91 du Code de la consommation : « Si le contrat de crédit le prévoit, le prêteur a la faculté de résilier l'autorisation de découvert à durée indéterminée moyennant un préavis d'au moins deux mois communiqué à l'emprunteur par écrit ou sur un autre support durable. En cas de motif légitime, cette résiliation peut intervenir sans préavis et, dans ce cas, le prêteur en communique les motifs à l'emprunteur, si possible avant la résiliation ».

La résiliation pour motif légitime emporte obligation de communication dudit motif au client. Ce n'est donc pas une option. Toutefois, l'établissement doit le faire « si possible » avant la résiliation. Ici, la banque se ménagera la preuve de l'impossibilité éventuelle de cette communication antérieurement à la résiliation. Le principe reste celui de la communication des motifs avant résiliation.

II. LE CAS DU CLIENT « ENTREPRISE »

Avant d'examiner le régime applicable à la dénonciation du découvert des entreprises, il convient de déterminer ce qu'elles sont.

1. La notion d'entreprise

Le droit ne définit pas nettement l'entreprise⁵. C'est d'autant plus fâcheux que l'on retrouve cette expression dans le Code de commerce⁶, le Code du travail ou encore dans le Code monétaire et financier.

Cette notion relève davantage du fait économique que juridique de sorte que l'économie l'appréhende sans doute mieux que le droit.

Au niveau économique, il s'agit d'une organisation structurée en hommes et en capital tournée vers la recherche du profit. Une conception plus large⁷ recouvre toute entité composée d'hommes et de biens poursuivant un but économique quelconque.

La thèse de Michel Despax intitulée « L'entreprise et le droit⁸ » a permis de dégager une définition : toute entité

autonome composée d'hommes et de biens poursuivant un dessein économique de production, de distribution ou (et) de prestation de services.

La doctrine juridique a pu la définir comme « toute personne physique ou morale ayant une activité économique, quelle soit commerciale, artisanale, agricole ou libérale⁹ ». C'est une définition somme toute assez proche de celle du professionnel au sens de l'article liminaire du Code de la consommation, à ceci près que l'article ajoute l'exercice d'une activité libérale.

Au gré des affaires, la jurisprudence nous a utilement précisé ce qu'était ou ce que n'était pas une entreprise.

La 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation s'y est arrêtée le 12 mars 2002, dans trois espèces¹⁰ :

– dans la première, elle a pu considérer qu'une société civile immobilière (SCI) était une entreprise au sens de l'article L. 313-12¹¹ du CMF, dès lors qu'elle avait une activité économique propre. Le caractère civil d'une société n'est donc pas suffisant à exclure la qualification d'entreprise ;

– dans la deuxième, l'exercice d'une activité économique libérale constitue au sens du même article une entreprise, alors même que celle-ci est en création ;

– enfin, la dernière nous apprend que même une association employant 37 personnes peut être qualifiée d'entreprise.

2. La dénonciation du découvert de l'entreprise

Conformément à l'article L. 313-1 du CMF, « 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 tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie. [...] ».

Contrairement au Code de la consommation, on relèvera le caractère onéreux propre au CMF. Celui-ci se vérifie en présence d'un taux d'intérêt, de commissions ou encore de frais de dossier.

Conformément à l'article L. 313-12 du même code : « Tout concours à durée indéterminée, autre qu'occasionnel, qu'un établissement de crédit ou une société de financement consent à une entreprise, ne peut être réduit ou interrompu que sur notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours. Ce délai ne peut, sous peine de nullité de la rupture du concours, être inférieur à soixante jours. Dans le respect des dispositions légales applicables, l'établissement de crédit ou la société de financement fournit, sur demande de l'entreprise concernée, les raisons de cette réduction ou interruption [...] ».

« L'établissement de crédit ou la société de financement n'est pas tenu de respecter un délai de préavis, que l'ouverture de crédit soit à durée indéterminée ou déterminée, en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou au cas où la situation de ce dernier s'avérerait irrémédiablement compromise.

« Le non-respect de ces dispositions peut entraîner la respon-

3. Précisément, les dispositions des 1^{er} à 3^e de l'article L. 312-6 et celles des articles L. 312-16, L. 312-17, L. 312-27, L. 312-38, L. 312-39, L. 312-44, L. 312-48, L. 312-49, L. 312-54, L. 312-55, L. 312-56 et L. 312-85 à L. 312-91

4. Livre III : Crédits / Titre I : Opérations de crédit / Chapitre II : Crédit à la consommation.

5. Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, 31^e éd. 2000, Litec, n° 423, p. 390.

6. Plus particulièrement le livre VI.

7. Et sans doute plus réaliste.

8. Michel Despax, *L'Entreprise et le droit*, LGDJ 1957.

9. Th. Bonneau, *Droit bancaire*, 4^e éd. 2001, Montchrestien, n° 697, p. 461.

10. Cass. 1^{re} civ., 12 mars 2002, Sulli c/ Union de crédit pour le bâtiment : *Juris-Data* n° 2002-013490 ; D. 2002, 1199, obs. A. Lienhard.

11. Concours financier accordé à une entreprise avec caution d'une personne physique ou d'une personne morale.

sabilité pécuniaire de l'établissement de crédit ou de la société de financement¹². »

Le délai de préavis du concours doit donc nécessairement avoir été fixé dès la délivrance du crédit¹³. L'établissement financier serait dès lors fautif de ne pas y avoir procédé. En effet, le délai minimum de deux mois n'est pas un délai qui s'applique à défaut de stipulations contractuelles mais un délai plancher convenu ex ante entre les parties. C'est ce que rappelle la Cour de cassation dans un arrêt du 19 juin 2001¹⁴ où elle casse l'arrêt d'appel pour ne pas avoir recherché la commune intention des parties quant à la fixation du délai de préavis et, en cas d'impossibilité de l'établir, quel était le délai convenable pour que le client trouve un nouveau banquier. En outre, le bénéfice d'un délai de 6 mois et demi n'est pas suffisant sans rechercher si cette durée avait été fixée lors de l'octroi des concours¹⁵.

S'agissant des motifs de la rupture, la banque ne doit fournir d'explications que sur demande de l'entreprise. Bien entendu, leur exposé est à anticiper par l'établissement. En revanche, l'information de tiers entraînerait l'engagement de sa responsabilité, secret bancaire oblige.

L'exigence de préavis s'efface en cas de comportement gravement répréhensible ou de situation irrémédiablement compromise¹⁶. Le premier cas est plus subjectif que le second. C'est pourquoi la notion de comportement grave fait l'objet d'une jurisprudence abondante¹⁷. La doctrine¹⁸ en a dégagé une définition. Un comportement gravement répréhensible est celui d'un emprunteur qui présente un degré de gravité suffisant pour que la confiance de la banque ne soit plus méritée. C'est la confiance qui est ici l'élément fondamental. C'est presque une évidence¹⁹ pour un contrat conclu *intuitu personae*²⁰. On rappellera au passage l'étymologie du mot crédit qui vient du latin « *credere* », faire confiance²¹.

La situation irrémédiablement compromise ne saurait être déduite de dépassements non systématiques du découvert alors que les échéances de prêt sont honorées²². Cette notion renvoie au droit des entreprises en difficulté et peut faire penser à l'état de cessation des paiements. Néanmoins, l'ouverture d'une procédure collective ne caractérise pas nécessairement une situation irrémé-

diablement compromise de sorte que seule la liquidation judiciaire nous semble correspondre aux termes de l'article L. 313-12 du CMF. Lorsqu'elle est avérée, elle ne dispense pas l'établissement de notifier au préalable sa décision de rupture de concours²³.

En revanche, le redressement judiciaire se veut curatif là où la liquidation se veut extinctive. Le curatif n'emportant pas situation irrémédiablement compromise, il en est de même pour les procédures préventives dont la sauvegarde²⁴ ou la sauvegarde accélérée²⁵ sont des illustrations. Aussi, l'ouverture d'une conciliation ou la désignation d'un mandataire ad hoc ne caractérisent pas non plus une situation irrémédiablement compromise. Les procédures préventives comme curatives sont donc hors champ de l'article L. 313-12 du CMF puisqu'elles sous-entendent une chance de retour à meilleure fortune.

L'idéal serait de définir les notions de comportement gravement répréhensible et de situation irrémédiablement compromise contractuellement. En effet, l'article 1192 du code civil dispose que l'on ne peut interpréter les clauses claires et précises sans dénaturation. Dès lors, la dénonciation s'appuiera nécessairement sur la clause ad hoc du contrat²⁶.

III. LES AUTRES CAS : LE RETOUR DU CODE CIVIL

La grande majorité des clients bancaires sont soit des consommateurs soit des entreprises ; de manière plus sporadique, d'autres n'appartiennent à aucune de ces deux catégories. Tel est le cas notamment des associations et des SCI qui ne peuvent pas être qualifiées de consommateur car ce ne sont pas des personnes physiques et pourraient ne pas constituer des entreprises au sens de l'article L. 313-12 du CMF (cf. II A).

Comme le veut l'adage, *Specilia generalibus derogant*, les règles spéciales priment sur les générales. Cependant, le droit ayant horreur du vide, le droit commun réapparaît faute de dispositions spéciales en application des deux derniers alinéas de l'article 1105 du Code civil. La matière bancaire est prioritairement régie par le CMF mais, en tant qu'activité commerciale, elle n'est pas étrangère aux dispositions plus générales du Code de commerce. Néanmoins, à défaut d'activité commerciale, la rupture brutale des relations commerciales éta-

12. La pertinence de cet alinéa pourrait être discutée.

13. Pour une rupture fautive car dépourvue de préavis : Cass. com. 3 nov. 2010, n° 09-69.533.

14. Cass. com. 19 juin 2001, n° 98-21.536.

15. Cass. com. 19 juin 2012, n° 11-18.940.

16. Cass. com. 14 décembre 2010, n° 09-69.807.

17. Cass. com. 2 juin 1992, *Bull. civ.* IV, n° 213, p. 149 ; *Rev. dr. bancaire et bourse*, n° 34 novembre-décembre 1992. 247, obs. Crédot et Gerard ; LPA, n° 20, 15 février 1993. 8, note Gibirila. Cass. com. 2 nov. 1994, *Quotidien juridique*, n° 99, 13 décembre 1994. 4. Cass. com. 20 juin 2006, *Banque et Droit* n° 110, novembre-décembre 2006. 24, obs. Bonneau. Cass. com. 28 nov. 2006, L. Dumoulin, *JCP E* 31 mai 2007, n° 22, 1679, chron. « droit bancaire », 3, n° 34, J. Stoufflet et N. Mathey (dir.).

18. J.-L. Rives-Lange, « La rupture immédiate d'un concours bancaire », in J.-P. Mattout et H. de Vauplane (dir.), *Droit bancaire et financier, Mélanges AEDBF-France 1997*, RB Édition, 1997, p. 277.

19. J. Stoufflet, « L'évolution du droit bancaire et financier en France », in *Synthèses du droit bancaire et financier, Liber Amicorum André Bruyneet, Bruylant*, 2008, p. 580 ; n° 13.

20. G. Kostic, « L'intuitu personae dans les contrats de droit privé », Thèse d'act, Paris V, 1997, p. 83, n° 110.

21. A. Couret et L. Rapp, *Les 100 mots du droit des affaires*, coll. « Que sais-je ? », PUF 2010, p. 54 « Crédit ».

22. Cass. com. 24 mars 2015, n° 13-16.076.

23. Cass. com. 18 mars 2014, n° 12-29.583. Cass. com. 19 fév. 1991, *Banque* n° 515, avril 1991, 431, obs. Rives-Lange ; Com. 22 mai 2002, *Banque et Droit* n° 86, novembre-décembre 2002. 54, obs. Bonneau.

24. Instaurée par la loi n° 2005-845 de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 ; v. not. P. Roussel Galle, *Réforme du droit des entreprises en difficulté*, Litec, 2^e éd., 2007 ; colloque de Toulouse, sept. 2005, in *RPC 2005-342* et colloque de Caen, in *RPC 2006*. 117 ; LPA des 8 et 9 février 2006, F.-X. Lucas et H. Lecuyer (dir.) ; n° spéc. LPA 17 fév. 2006 ; colloques de Dijon (LDPA mars 2006) et de Nice (CRAJEFÉ, avr. 2006), LPA 14 juin 2007 ; G. Blanc et C. Lestournelle (dir.), *La Loi du 26 juill. 2005 sur la sauvegarde des entreprises*, PUAM, 2006.

25. F. Reille, « La sauvegarde accélérée... », *GPC* 8 avr. 2014. p. 10 ; F. Perchon et H. Bourbouloux, « La procédure de sauvegarde et variantes », *RPC 2014-4*, doss. 30 ; C. Saint-Alary-Houin, « De la procédure de SFA à la procédure de sauvegarde accélérée : de la SFA à la PSA ! », *RPC 2014-2*, doss. 17, p. 44 ; J. Théron, « La procédure de sauvegarde accélérée », *DP* n° 238, juill. 2014 ; F.-X. Lucas, « Le banquier et les nouvelles procédures : sauvegarde accélérée et SFA », in *Le Corre-Broly* (dir.), *Contentieux bancaire...*, Bruylant, 2014, p. 175.

26. Cass. com. 13 mars 2007, arrêt n° 486 FS-P+B, *Crédit Agricole des Savoie c/ Clanet et al.*, *Banque et Droit*, juillet-août 2007, obs. Th. Bonneau.

blies mentionnée au 5° de l'article L. 442-6 du Code de commerce ne trouve pas non plus à s'appliquer. C'est donc de manière presque évidente que l'on retrouve in fine le Code civil. Plus particulièrement, l'article 1211²⁷ de ce code dispose que, « Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable²⁸ ».

Ici, c'est la notion de délai raisonnable qui prête à discussion. On retrouve notamment cette notion dans la convention européenne des droits de l'homme ou en droit administratif via la jurisprudence du Conseil d'Etat²⁹. Les termes « délai raisonnable » sont la formule idoine pour ne pas fixer de délai précis et laisser une marge d'appréciation souveraine aux tribunaux. Pour un texte aussi général que celui-ci, cette rédaction surprend moins que pour d'autres³⁰.

Au surplus, cette rédaction est un peu malheureuse en ce qu'elle peut laisser penser, à tort³¹, que le délai prévu contractuellement pourrait être déraisonnable³². En effet, le délai raisonnable ne s'applique qu'à défaut de délai préétabli entre les parties.

Attention également dans la rédaction des termes de la convention à établir des droits et obligations réciproques. Une clause créant un déséquilibre significatif imposant un délai différencié entre la banque et son client à la défaveur du second pourrait être réputée non écrite en application de l'article 1171 du Code civil.

IV. SYNTHÈSE ET SOLUTION PRATIQUE

En résumé, les modalités de dénonciation du découvert bancaire à durée indéterminée reposent sur la nature de la contrepartie :

- pour le consommateur, le préavis de dénonciation est d'au moins deux mois. La dénonciation doit être faite par écrit ou sur support durable. En cas de motif légitime, le préavis n'est plus requis mais la communication des motifs de résiliation demeure obligatoire, si possible avant la résiliation ;
- pour l'entreprise, toute réduction ou interruption de découvert doit être réalisée par notification écrite dans un délai fixé lors de l'octroi du concours sans pouvoir être inférieur à 60 jours. Les motifs ne doivent être communiqués à l'entreprise que si celle-ci en fait la demande.

En cas de comportement gravement répréhensible ou de situation irrémédiablement compromise, le délai de préavis n'est plus requis ;

- pour tous les autres clients bancaires pour lesquels aucun régime juridique spécial ne trouve à s'appliquer, c'est le régime de droit commun du Code civil qui s'impose. Selon celui-ci, le concours devrait être résilié conformément aux modalités (raisonnables) contractuellement prévues [ou dans un délai raisonnable le cas échéant].

Bien que différents, ces trois régimes comportent plusieurs facteurs communs. Pour le reste, il semble possible de s'aligner sur le régime le plus protecteur (classiquement celui visant le consommateur) et de l'appliquer aux autres dans la mesure du possible en nivelant les obligations de la banque par le haut sans que cela ne présente une gêne disproportionnée.

Ainsi, tant pour le consommateur que pour l'entreprise toute dénonciation de découvert autorisé à durée indéterminée reposant sur un motif légitime (consommateur), un comportement gravement répréhensible ou une situation irrémédiablement compromise (entreprise), la banque devrait :

- informer son client bancaire par LR/AR de la rupture du concours ;
- lui exposer les motifs de la rupture à cette occasion.

Certes, pour l'entreprise, la justification des motifs n'est contrainte qu'à la demande de l'entreprise. Toutefois, la banque qui supprime un découvert autorisé le fait toujours pour un motif précis qu'elle valide d'ailleurs bien souvent au niveau informatique. Il existe d'ailleurs plusieurs motifs de rupture communs à ces deux types de clientèle (fraude, non-respect du délai maximum compte débiteur, utilisation abusive de la carte...). En termes de coût, faire un seul courrier au lieu de deux pourrait même faire gagner du temps et de l'argent. Cela répondrait d'ailleurs peut-être à un traitement de masse auquel les établissements financiers sont confrontés.

Enfin, en l'absence de motif légitime (consommateur), de comportement gravement répréhensible ou de situation irrémédiablement compromise (entreprise), pour l'ensemble des clients bancaires, la résiliation du découvert à durée indéterminée pourrait répondre au traitement suivant :

- prévoir contractuellement un délai de dénonciation de deux mois³³ ;
- informer le client bancaire de la dénonciation de son découvert par LR/AR ;
- au moins deux mois à l'avance ;
- exposer les motifs de la rupture à cette occasion.

Ceci uniformiserait le délai de dénonciation de préavis pour chaque type de client bancaire. Le régime le plus protecteur évite ainsi la problématique de qualification de la nature de la contrepartie sans pour autant générer des obligations ou des coûts disproportionnés pour la banque. ■

27. Instauré par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

28. Anne Etienney de Sainte Marie, « Article 1212 : la résiliation du contrat à durée indéterminée », RDC 2015, p. 777.

29. CE, ass., 28 juin 2002, n° 239575, Magiera, Rec. CE, p. 248, *Revue française de droit administratif* 2002, p. 756, concl. F. Lamy.

30. À titre d'illustration, l'article 8 de la loi Sapin 2 dispose que « En l'absence de diligences de la personne destinataire de l'alerte mentionnée au premier alinéa du présent I à vérifier, dans un délai raisonnable, la recevabilité du signalement, celui-ci est adressé à l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative ou aux ordres professionnels ».

31. A. Albarian, « Le droit de rupture unilatérale des contrats bancaires pour cause de perte de confiance : l'exemple de l'ouverture de crédit », LPA, 30 déc. 2010, n° 60.

32. M. Mekki, « Réforme du droit des obligations : engagements perpétuels, contrats à durée indéterminée et durée déterminée », *La Semaine juridique notariale et immobilière* n° 50, 16 déc. 2016, act. 1323.

33. L'esprit tatillon relèvera que pour les entreprises, c'est un délai de 60 jours qui est retenu et non un délai de deux mois. La vie des affaires se compte ici plus en jours qu'en mois. Ce point nous semble représenter un point de détail, le delta entre les deux définitions étant généralement d'un seul jour. Dans le doute, retenir un délai de 61 jours.