

Chronique de *Droit Bancaire*



THIERRY BONNEAU
Agrégé des facultés de droit
Professeur

Université Panthéon-Assas - Paris II

Cartes bancaires. Conditions générales et particulières. Clause de garantie de paiement. Ventes par correspondance.

Cass. com., 6 décembre 2005, arrêt n° 1591 F-P+B, Société Dedicace informatique c/ Société Crédit commercial de France

“Mais attendu, en premier lieu, que l’arrêt fait l’exacte application de la loi du contrat, dès lors qu’il retient que les conditions particulières du contrat litigieux ont pour vocation de préciser ou de déroger aux conditions générales, faisant ainsi prévaloir les premières sur les dernières; qu’il n’est pas discuté que les opérations litigieuses sont intervenues lors de ventes par correspondance régies par des conditions spécifiques; qu’il relève encore, qu’en cas de contestations éventuelles sur les transactions émanant des titulaires de la carte, en application des conditions particulières, la banque émettrice pouvait contre-passer les opérations litigieuses au débit du compte du fournisseur; qu’il résulte de ces stipulations que, dans cette hypothèse, la clause de la garantie de paiement de la banque émettrice, prévue aux conditions générales, ne peut pas avoir d’effet, même si un accord a été donné par le centre d’autorisation; Attendu, en deuxième lieu, que, par motifs adoptés non critiqués, l’arrêt retient que le fournisseur avait apposé sa signature précédée de la mention « lu et approuvé » tant au bas des conditions générales que des conditions particulières; qu’il en déduit que le fournisseur avait une parfaite connaissance des clauses du contrat qui étaient alors opposables...”

Lorsqu’un contrat comporte des conditions générales et des conditions particulières et que ces conditions se contredisent, on admet habituellement que les conditions particulières prévalent sur les conditions générales. Cette solution, déjà retenue en matière d’assurance¹ et de vente², l’est à nouveau par la Cour de cassation à propos des cartes bancaires: elle l’a été, dans l’arrêt du 6 décembre 2005, pour répondre à la question de savoir si une banque, dit banque émettrice, peut contre-passer, par le débit du compte du fournisseur qui lui est lié par une

convention d’adhésion au système de paiement par carte bancaire, les paiements intervenus dans le cadre de ventes par correspondance, et cela nonobstant l’accord donné par le centre d’autorisation.

Cette question se posait parce que les conditions générales se bornaient à prévoir une clause de garantie de paiement de la banque pour l’ensemble des opérations ayant été préalablement autorisées par le centre d’autorisation: ces conditions prévoyaient ainsi une obligation de portée générale sans stipuler de dérogation. En sens inverse, les conditions particulières, qui régissaient les ventes par correspondance, téléphone ou vidéotex, autorisaient, en cas de contestation sur les transactions émanant des titulaires de cartes, la contre-passation des opérations litigieuses au débit du compte du fournisseur, sans prévoir toutefois l’incidence d’un éventuel accord du centre d’autorisation. Mais un tel accord entraînant la garantie de paiement du banquier alors que la contre-passation conduit au contraire au non-paiement par le banquier, la conclusion s’impose d’elle-même puisque les conditions particulières priment les conditions générales: la clause de la garantie de paiement prévue aux conditions générales ne pouvait pas avoir d’effet même si un accord avait été donné par le centre d’autorisation.

Malgré l’évidence de la solution, celle-ci était contestée par le fournisseur qui se plaignait des contre-passations effectuées par le banquier suite aux oppositions formulées par les porteurs de cartes dont les comptes avaient enregistré, à tort selon eux, au débit une opération de paiement au profit du fournisseur. Elle l’était toutefois indirectement, par le biais du devoir d’information et de conseil, le banquier ayant omis de l’informer que le paiement n’était pas garanti dans l’hypothèse d’une vente par correspondance même si une autorisation avait été donnée par le centre d’autorisation. Mais cette méconnaissance du devoir d’information manque en fait dès lorsqu’il est prouvé que le fournisseur a eu connaissance des conditions générales et des conditions particulières, ce que montre la signature desdites conditions précédée de la mention “lu et approuvé”³. À moins de considérer que le

1. Cass. civ. 1, 9 février 1999, Bull. civ. I n° 44 p 29.

2. Cass. civ. 1, 9 février 1977, Bull. civ. I n° 78 p 60. V. également, D. Mainguy, Conditions générales de vente et contrats-types, fasc. 60, in Juris-classeur Contrats - Distribution, spéc. n° 25.

3. Voir également, Cass. com., 17 mars 1998, Époux Krajka c/CEPME, pourvoi n° 96-10. 669, juris-data n° 1998-001300: “Attendu qu’après avoir constaté que les cautions avaient paraphé toutes les pages de l’acte de prêt, et relevé que les conditions générales énonçaient les caractéristiques et

le régime des six types de garanties dont le prêteur était susceptible de bénéficier, sans que cela emporte obligation pour lui, et que les conditions particulières précisaient clairement que les seules garanties constituées étaient un nantissement et les cautionnements de Mme Boutaleb et des époux Krajka, l’arrêt retient que les époux Krajka n’ont pu se méprendre sur les garanties effectivement souscrites, ce dont il résulte que la banque a satisfait, envers les cautions, à son obligation de renseignement”.

rapprochement des conditions générales et des conditions particulières nécessite une compétence que le fournisseur n'a pas. Mais on peut penser qu'en tant que professionnel, il est lui-même averti, tout au moins pour la lecture usuelle et élémentaire des conditions contractuelles!

Chèque. Date d'émission. Contre-passation. Liquidation judiciaire du tireur

Cass. com., 31 janvier 2006, Société Établissements Beauvois c/Société marseillaise de crédit et a., arrêt n° 145 FS-P+B+R, D. 2006, act. juisp. 573, obs. V. Avena-Robardet

- La date d'émission d'un chèque, qui ne peut être présumée être celle de sa création, est un fait qui peut être établi par tout moyen;
- "Mais attendu que la cour d'appel, qui n'a pas constaté que la banque avait encaissé les chèques, mais a relevé que celle-ci, en les portant au crédit du compte de son client, n'en avait fait que l'avance sous réserve de leur encaissement, et a retenu que leur bénéficiaire, faute de preuve de l'émission des titres antérieurement à la procédure collective, n'avait acquis aucun droit sur leur provision a, à bon droit, jugé que la mise en œuvre de la contre-passation des chèques litigieux n'était pas subordonnée à l'autorisation du juge-commissaire".

La création et l'émission du chèque ne doivent pas être confondues⁴: la création consiste seulement dans l'établissement du titre alors que l'émission implique, outre sa création, sa remise au bénéficiaire, sa "mise en circulation" comme l'a indiqué la Cour de cassation dans un arrêt du 18 décembre 1990⁵. Cette distinction n'est pas sans importance car l'émission produit des effets⁶ que n'a pas la création; il en est ainsi du transfert de la provision au bénéficiaire: la propriété de la provision est transmise au bénéficiaire à compter de l'émission et non à dater de la création.

En raison de cette transmission, qui postule la sortie de la provision du patrimoine du tireur, le bénéficiaire a droit au paiement du chèque nonobstant les événements qui, postérieurement, affectent la personne du tireur, tel que son décès ou son incapacité, ou encore sa mise sa mise en redressement ou liquidation judiciaire. Encore faut-il toutefois, dans cette dernière hypothèse, que l'émission soit effectivement intervenue avant le jugement d'ouverture car à compter de sa date, la règle de l'interdiction du paiement des créances antérieures fait obstacle au paiement du chèque⁷. Ce qui explique que, dans l'espèce à l'origine de l'arrêt du 31 janvier 2006, le porteur de deux chèques datés du 24 avril 2001 et remis au banquier en vue de leur encaissement le 31 avril 2001, date de la mise en liquidation judiciaire du tireur, ait prétendu que la date d'émission devait être rattachée à celle de la création, et

non à la date de remise à l'encaissement. Mais pour la Cour de cassation, qui approuve les juges du fond, "la date d'émission d'un chèque ne peut être présumée être celle de sa création", de sorte que le bénéficiaire doit prouver que la date d'émission est effectivement antérieure au jour du prononcé du jugement d'ouverture de la procédure collective du tireur: il le peut en produisant des factures acquittées, ce que souligne la Cour de cassation qui ajoute que "la date d'émission d'un chèque étant un fait qui peut être établi par tout moyen, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel [...] a fixé cette date, en l'absence de tout autre élément, à celle de la remise des chèques litigieux à l'encaissement".

La Cour de cassation se démarque ainsi des auteurs⁸ qui estiment que la date portée sur le titre, dite date de création, est jusqu'à preuve contraire la date d'émission. Cette présomption simple n'était pourtant pas sans logique car généralement le chèque est créé le jour de sa remise au bénéficiaire, encore qu'elle présentait un inconvénient: elle permettait les anti-dates. Est-ce à dire que l'arrêt du 31 janvier 2006 s'explique par des motifs liés à la suspicion de fraude? Pas forcément si l'on prend en considération les intérêts attachés à l'émission, notamment le transfert de la provision, de sorte qu'il n'y a sans doute pas de raison à accorder au bénéficiaire une dispense de preuve, et donc une faveur particulière.

Cette solution n'est pas sans conséquence. Car si le bénéficiaire est sans droit sur la provision des chèques remis à l'encaissement, le banquier qui a crédité son compte du montant desdits chèques peut contre-passer l'écriture: il en est ainsi car le banquier, en créditant le compte du client, ne fait généralement qu'avancer le montant des chèques sous réserve de leur encaissement. Et comme cette avance est un crédit du banquier présentateur distinct de la provision qui est la créance de somme d'argent du tireur sur le tiré⁹, il est évident que la contre-passation, qui matérialise le remboursement de l'avance consentie au bénéficiaire par le banquier présentateur, peut intervenir sans autorisation du juge-commissaire de la procédure affectant le tireur.

Chèque de banque. Falsification. Contre-passation de l'avance consentie au client par la banque présentatrice

Cass. com., 14 février 2006, arrêt n° 223 FS-P+B, Caisse d'épargne et de prévoyance de Rhône Alpes Lyon c/Helmany, D. 2006, act. jurisp. p 856, NDLR V. Avena-Robardet

La banque présentatrice, qui justifie d'un motif légitime tel que le rejet pour falsification d'un chèque de banque, est fondée à se rembourser de l'avance qu'elle a consentie à son client.

4. M. Jeantin, P. Le Cannu et Th. Granier, *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, Titrisation*, 7^e éd. 2005, Dalloz n° 13, p. 11; Th. Bonneau, "Instruments de paiement et de crédit", in *Droit de l'Entreprise 2005/2006*, Lamy, n° 1421 s.

5. Cass. com., 18 décembre 1990, Bull. civ. IV n° 326, p. 225; D. 1991 som. com. 216, obs. M. Cabrillac.

6. V. not. F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté, Ins-*

truments de crédit et de paiement, 6^e éd. 2003, LGDJ, n° 804, p. 688.

7. Cf. art. L 622-7 (ancien L 621-24), Code de commerce.

8. M. Cabrillac, obs. sous Cass. com., 24 juin 1997, Rev. trim. dr. com. 1997 p 655; Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *Instruments de paiement et de crédit*, 5^e éd. 2003, Litec, n° 200, p. 230.

9. V. not. Bonneau, "Instruments de paiement et de crédit", *op. cit.*, n° 1364.

Si les chèques de banque¹⁰ "présentent l'avantage d'offrir en garantie la signature du banquier tiré"¹¹, ils ne font, en ce qui concerne leurs modalités et procédés d'établissement, l'objet d'aucune règle particulière¹² de sorte que ce sont des chèques comme les autres. Aussi, s'ils sont falsifiés¹³ et que le banquier tiré s'en aperçoit, il peut en refuser le paiement, ce qui implique que le banquier présentateur, qui a avancé, sous réserve d'encaissement, le montant du chèque à son client, puisse contre-passer cette avance en cas de rejet du titre pour falsification. C'est ce que souligne la Cour de cassation dans son arrêt du 14 février 2006 en censurant une décision, rendue en matière de référé, qui avait considéré que la contre-passation de l'avance était un trouble manifestement illicite au sens de l'article 809, alinéa 1, du NCPC¹⁴: "attendu qu'en statuant ainsi, alors que la banque présentatrice qui justifie d'un motif légitime tel que le rejet pour falsification du titre en cause, fût-il un chèque de banque, est fondée à se rembourser de l'avance qu'elle a consentie à son client, ce dont qu'il résultait que la contre-passation litigieuse ne constituait pas un trouble manifestement illicite, la cour d'appel a violé le texte susvisé".

Comptes à rubrique. Fusion. Syndic et syndicat de copropriété. Responsabilité bancaire

Cass. com., 17 janvier 2006, arrêt n° 76 FS-P+B+I+R, Syndicat de copropriété de l'immeuble Port Mandelie c/CaixaBank, JCP 2006, éd. G, IV, 1295; D. 2006, act. jurisp. 440, obs. X. Delpech; Revue Banque n° 679, avril 2006, p. 90, obs. J.-L. Guillot et M. Boccaro

"Attendu qu'en statuant ainsi, après avoir relevé que la banque avait ouvert un compte de gestion immobilière au nom du syndicat et des sous-comptes au nom de chacune des copropriétés qu'il gérait, ce dont il résultait que la banque devait savoir que le syndicat ne pouvait agir qu'en qualité de mandataire des différents syndicats et qu'elle ne pouvait mettre en œuvre, sans l'accord de ces derniers, une convention de fusion des divers comptes de copropriété, et alors que la seule circonstance que le syndicat ne justifie pas avoir demandé l'ouverture d'un compte séparé à son nom étant insuffisante pour établir cet accord, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations".

Lorsque le syndicat des copropriétaires est titulaire d'un compte propre, d'un compte séparé de celui du syndicat, il est certain que les éventuels intérêts créditeurs générés par le solde du compte bénéficient au syndicat et non au syndicat, et que les fonds inscrits en compte ne peuvent pas

être utilisés pour régler les dettes d'une autre copropriété. Mais lorsque le syndicat n'est pas titulaire d'un tel compte, il en va, selon certains¹⁵, différemment: les fonds transitant via le compte professionnel du syndicat, c'est lui qui bénéficie des fruits civils des capitaux, lesquels peuvent éventuellement être utilisés pour régler les dettes des autres copropriétés. Cette solution est cependant contestée par d'autres auteurs¹⁶ qui observent que le compte professionnel du syndicat est subdivisé en sous-comptes, chaque syndicat étant titulaire d'un tel sous-compte, et que ce cloisonnement comptable permet "de préserver l'individualisation, par syndicat, des sommes servies au syndicat par les copropriétaires correspondants" de sorte que "ces avoirs ne cessent pas d'appartenir aux syndicats du chef desquels ils ont été perçus et déposés en compte"¹⁷. Aussi les fonds versés par un syndicat ne peuvent-ils pas être utilisés pour payer les dettes d'un autre syndicat et le premier doit pouvoir récupérer ses fonds même en cas de procédure collective du syndicat.

La troisième chambre civile de la Cour de cassation a pourtant retenu la solution contraire dans un arrêt du 19 janvier 1994¹⁸: pour approuver des juges du fond qui avaient permis à la banque de s'opposer à la restitution des fonds réclamés par un syndicat de copropriétaires dont le syndicat était en liquidation des biens, la Cour estime "qu'ayant relevé l'absence d'une délibération expresse de l'assemblée générale des copropriétaires décidant d'ouvrir un compte individualisé au nom du syndicat, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision, en retenant que la société 3000 immobilier (syndic) avait ouvert à la banque Crédit du Nord, un compte courant unique, à son nom, bien que, pour des raisons d'ordre fonctionnel, la banque et la société 3000 immobilier l'aient scindé en plusieurs sous-comptes". Mais la chambre commerciale de la Cour de cassation s'est démarquée, dans un arrêt du 10 février 1998¹⁹, de cette position puisqu'elle a admis la demande de restitution des sommes se rapportant à l'immeuble d'un syndicat non titulaire d'un compte séparé dans une espèce où l'administrateur de biens, qui était en liquidation judiciaire, était titulaire de trois comptes – un compte relatif au fonctionnement du cabinet, un compte affecté aux opérations relatives aux syndicats de copropriété et un compte concernant les opérations de gérance d'appartement – couverts par une convention d'unité de compte: "Mais attendu qu'après avoir admis, comme hypothèse, qu'une lettre du 23 août 1982, qualifiée par la banque de convention de fusion, vaille comme telle ou comme convention d'unité de compte, l'arrêt retient que les trois comptes « cabinet », « syndicats de copropriété » et « gérance

10. Art. L 131-7, al. 3, Code monétaire et financier: "Le chèque ne peut être tiré sur le tireur lui-même, sauf dans le cas où il s'agit d'un chèque tiré entre différents établissements d'un même tireur et à condition que ce chèque ne soit pas au porteur".

11. Ph. Delebecque et M. Germain, *Traité de droit commercial*, 17^e éd. 2004, LGDJ, n° 2182 p 133.

12. F.-J. Crédot et Y. Gérard, obs. sous CA Paris, 23 juin 1995, Rev. dr. bancaire et de la Bourse n° 53, janvier/février 1996. 8.

13. V. également, CA Paris, 23 juin 1995, arrêt préc.

14. Art. 809, al. 1, NCPC: "Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite".

15. JPD, note sous Cass. civ. 3^e, 19 janvier 1999, *Quotidien juridique* n° 30, 14 avril 1999. 5.

16. D.-R. Martin, note sous Cass. civ. 3, 19 janvier 1994, D. 1999, J, 576.

17. D.-R. Martin, note préc., spéc. p 577; Des comptes bancaires à affectation spéciale ouverts à des professionnels, Revue dr. bancaire et de la Bourse n° 29, janvier/février 1992. 2, spéc. n° 13, p. 4.

18. Cass. civ. 3^e, 19 janvier 1994, Bull. civ. III, n° 8, p. 5; *Quotidien juridique* n° 30, 14 avril 1994. 5, note JPD; Banque n° 554, décembre 1994. 90; D. 1994. J. 576, note critique D.-R. Martin; Rev. trim. dr. civ. 1995. 140, obs. P.-Y. Gautier.

19. Cass. com., 10 février 1998, Bull. civ. IV, n° 64, p. 49; Rev. trim. dr. com., 1998. 392, obs. M. Cabrillac; *Dalloz Affaires* 1998. 470, obs. X. D.; Rev. dr. bancaire et Bourse n° 66, mars/avril 1998. 56, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.

d'appartement », ayant chacun des numéros propres, ont fonctionné simultanément, que la SDBO (société de banque occidentale) ne pouvait ignorer les activités de la société Gestran (administrateur de biens) lors de l'ouverture et au cours du fonctionnement des comptes, qu'il lui était impossible de se méprendre sur la nature et l'origine des fonds déposés sur les comptes « copropriété » et « gérance » par cette société au nom de ses mandants, et que, de même, elle ne pouvait ignorer les règlements de la FNAIM soumettant la garantie consentie à ses adhérents à l'ouverture de compte de tiers; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel a décidé à bon droit que, pour les comptes « copropriétés » et « gérance » la société n'intervenait qu'en qualité de mandataire de ses clients et qu'en l'absence d'accord de ceux-ci, la convention litigieuse et, par voie de conséquence, la compensation qui aurait pu en résulter, leur était inopposable".

La chambre commerciale a ainsi subordonné l'opposabilité de la convention d'unité de compte à l'accord des mandants. Cette solution n'est pas sans fondement puisque les syndicats de copropriétaires, qui sont les mandants, sont des tiers à la convention d'unité de compte conclue par le syndic qui a la qualité de mandataire. Mais on doit relever que cette convention porte sur trois comptes que l'on voulait considérer comme unique²⁰ et que cette question est différente de celle de savoir comment traiter les fonds et les sous-comptes du seul compte relatif aux opérations des syndicats de copropriétaires. Encore qu'elle puisse recevoir une même solution comme le montre l'arrêt du 17 janvier 2006: *"Attendu qu'en statuant ainsi, après avoir relevé que la banque avait ouvert un compte de gestion immobilière au nom du syndic et des sous-comptes au nom de chacune des copropriétés qu'il gérait, ce dont il résultait que la banque devait savoir que le syndic ne pouvait agir qu'en qualité de mandataire des différents syndicats et qu'elle ne pouvait mettre en œuvre, sans l'accord de ces derniers, une convention de fusion des divers comptes de copropriété, et alors que la seule circonstance que le syndicat ne justifie pas avoir demandé l'ouverture d'un compte séparé à son nom étant insuffisante pour établir cet accord, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations"*.

L'absence de compte séparé au nom des syndicats de copropriétaires n'implique ainsi pas que le syndic devienne le propriétaire des avoirs des syndicats: le cloisonnement en sous-comptes qui permet l'individualisation des fonds en est la raison. Et comme c'est le banquier qui tient le compte subdivisé en sous-comptes, il n'ignore pas que les fonds transitant par le compte professionnel du syndic ne lui appartiennent pas. Aussi doit-il respecter cette propriété sauf si une convention de fusion des comptes a été acceptée par les syndicats de copropriétaires, cet accord

ne pouvant pas résulter de l'absence de demande d'ouverture d'un compte séparé. L'arrêt du 17 janvier 2006 est ainsi un arrêt protecteur des syndicats, encore qu'il faille en préciser la portée.

Tout d'abord extrinsèque car l'arrêt a été rendu après avis de la troisième chambre civile rendu conformément aux dispositions de l'article 1015-1 du nouveau Code de procédure civile. Cette mention conduit à s'interroger: traduit-elle l'existence d'une position commune à la troisième chambre civile et à la chambre commerciale? Rien n'est moins sur, tout au moins a priori, car un avis est par essence sans portée obligatoire. Mais une telle mention serait trompeuse si l'avis donné n'était pas suivi²¹. Aussi a-t-il été proposé *"que l'avis ne soit mentionné que lorsque la solution finalement adoptée lui a été conforme, ce qui signifie [...] que la chambre qui s'est prononcée l'a faite entièrement sienne"*²². Cette position étant logique et ayant le mérite de la transparence, on peut espérer qu'elle a été suivie et que l'arrêt du 17 janvier 2006 exprime effectivement une position commune aux deux chambres susmentionnées de la Cour de cassation²³.

Ensuite intrinsèque, tant en ce qui concerne le principe et l'exception.

Le cloisonnement en sous-comptes permet à lui seul d'assurer l'individualisation des fonds de sorte qu'il est inutile de prévoir une mention relative au maintien de la propriété de chaque syndicat dans la convention d'ouverture de compte à rubrique²⁴. Le banquier doit respecter cette propriété comme il doit la faire respecter par le syndic, encore que l'on peut alors se demander quelle est la différence entre les situations d'existence et d'absence de compte séparé: car si les fonds inscrits en sous-comptes du compte professionnel du syndic restent la propriété des syndicats de copropriétaires, ne doit-on pas en déduire non seulement que ces fonds ne peuvent pas être utilisés au profit d'autrui, mais également qu'ils produisent des intérêts créditeurs au profit du syndicat et non du syndic²⁵? Mais que reste-il alors des avantages résultant de l'absence de compte séparé? Des facilités et des économies de gestion pour le syndic²⁶? Cet avantage est réduit, limité, d'où l'intérêt de la convention de fusion de compte, encore dénommé lettre d'unité de compte²⁷.

Dans son arrêt du 17 janvier 2006, la chambre commerciale exige l'accord des syndicats de copropriétaires à cette convention, étant souligné que *"la seule circonstance que le syndicat ne justifie pas avoir demandé l'ouverture d'un compte séparé à son nom étant insuffisante pour établir cet accord"*. Mais cette appréciation, donnée à propos de faits survenus à une époque où l'article 18 de la loi du 10 juillet 1965²⁸ ne se bornait à prévoir l'obligation de soumettre, au vote de l'assemblée générale des coproprié-

20. S'agissait-il d'une convention d'unité de compte ou d'un accord de compensation? v. Crédot et Gérard, obs. préc., spéc. p. 57.

21. A. Perdriau, Le décret n° 99-131 du 26 février 1999 relatif à la Cour de cassation, JCP 1999, éd. G, I, 121, spéc. n° 19; Les avis entre chambres de la Cour de cassation, JCP 1999, éd. G, I, 190, spéc. n° 31.

22. Perdriau, Les avis entre chambres de la Cour de cassation, art. préc. n° 31.

23. Sur l'unification des positions de la troisième chambre civile et de la chambre commerciale de la Cour de cassation, v. J.-L. Guillot et M. Boccara, obs. sous Cass. com. 17 janvier 2006, Revue Banque n° 679, avril 2006, p. 90, spéc. p. 92.

24. Rapprocher, J.-L. Rives-Lange et V. Vernet-Sibel, "Promouvoir le

compte à rubriques", Banque magazine n°616, juillet-août 2000, p. 46, spéc. p. 47: si ces auteurs estiment qu' "isolés dans chaque sous-compte, les fonds conservent leur individualité", ils estiment néanmoins *"qu'il est dès lors possible de convenir que les fonds qui y sont inscrits restent la propriété de chaque sous-titulaire. Il est souhaitable que cette clause soit exprimée dans la convention d'ouverture de compte"*.

25. On doit observer toutefois que cette solution ne s'impose pas avec évidence en raison de l'effet relatif des conventions.

26. JPD, note préc.

27. Th. Bonneau, *Droit bancaire*, 6° éd. 2005, Montchrestien, n° 395, spéc. p. 288.

taires, la décision d'ouvrir un compte séparé au nom du syndicat²⁹, peut-elle être encore retenue depuis que l'article 18 a été modifié par une loi du 13 décembre 2000³⁰ pour prévoir l'ouverture d'un compte séparé sauf décision contraire de l'assemblée? Un auteur³¹ a répondu négativement: la règle étant que chaque copropriété se voit doter de plein droit d'un compte séparé, sauf vote en sens contraire de l'assemblée générale, "il faut alors sans doute admettre qu'un tel vote, parce qu'il est dénué d'équivoque, constitue, aux yeux de la Cour de cassation, une preuve suffisante de cette renonciation et de l'accord donné à la mise en œuvre de la convention de fusion". On peut toutefois ne pas être entièrement convaincu par cette opinion car la renonciation au compte séparé ne vaut sans doute pas accord à la convention d'unité de compte. À moins que la portée de la renonciation et de l'accord ne soit clairement expliquée par les syndicats aux assemblées de copropriété. Car on peut penser que celles-ci n'ont pas conscience, du seul fait de cette renonciation, de la perte de la propriété des fonds remis au syndic!

Il est vrai toutefois que le fait de déduire l'accord des syndicats de copropriétaires de leur vote de renonciation à un compte séparé permet de redonner un contenu certain entre les deux situations d'existence et d'absence de compte séparé. À moins de considérer que ces deux situations ne peuvent être guère distingués à partir du moment où les fonds sont individualisés dans un sous-compte³². Mais ce cloisonnement comptable ne vaut que dans les limites posées par la volonté. Aussi peut-on très bien admettre que la volonté commune des parties soit de ne reconnaître qu'une portée matérielle, à l'exclusion de toute portée juridique, au cloisonnement des fonds en sous-compte.

Prêt. Usage bancaire dit du "diviseur 360"

Cass. com., 17 janvier 2006, arrêt n° 75 FS-P+B+I+R, Ben Saok Cherif c/Crédit Lyonnais, J.C.P. 2006, éd. G, IV, 1294; D. 2006, act. jurisp. 439, obs. V. Avena-Robardet

"Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que la banque était redevable à son client d'une somme de 235,55 euros perçue par elle au titre des intérêts calculés par référence à l'année bancaire de 360 jours au lieu de l'avoir été par référence à l'année civile, ce dont il se déduisait que le taux d'intérêt indiqué n'avait pas été effectivement appliqué de sorte que les exigences légales relatives à l'indication préalable et par écrit du taux effectif global

28. Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis.

29. Cette obligation énoncée à l'article 18 a été introduite par l'article 1^{er} de la loi n° 85-1470 du 31 décembre 1985 modifiant la loi préc.

30. Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 de solidarité et renouvellement urbains.

31. X. Delepche, obs. sous Cass. com., 17 janvier 2006, D. 2006, Act. jurisp. 440, spéc. p. 441.

32. D.-R. Martin, Des comptes bancaires à affectation spéciale ouverts à des professionnels, art. préc. n° 13: "En vérité, la réponse à la question de la propriété des fonds confiés au syndic ne dépend pas de savoir qu'il a sollicité spontanément ou sur injonction de l'assemblée l'ouverture d'un compte spécial séparé de son compte personnel, mais si les sommes ont été portées à ce compte spécial. Dans l'affirmative, la préservation de leur individualité à l'égard des avoirs monétaires propres au syndic les soustrait à son appropriation: car l'individualisation d'une chose de genre assure la

n'avaient pas été respectées, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés" (article 1907 du Code civil, ensemble les articles L 313-1, L 313-2 et R. 313-1 du Code de la consommation).

Le plus souvent, le taux d'intérêt est exprimé sur une base annuelle. Aussi, pour calculer le montant des intérêts dus pour une période inférieure à un an, convient-il de multiplier la somme prêtée par le taux d'intérêt et le nombre de jours productifs d'intérêts et de diviser l'ensemble par le nombre de jours de l'année. Selon un usage bancaire, dit du "diviseur 360", l'année de référence est de 360 jours. Aussi, pour une somme de 10000 euros prêtée au taux de 10 % pendant trois jours, le montant de l'intérêt est de 8,33 euros (10000 euros x 10 % x 3 : 360³³). Le montant de l'intérêt est moins élevé si c'est l'année civile qui est prise en considération: pour une année de 365 jours, son montant est de 8,22 euros. L'usage bancaire dit du "diviseur 360" accroît donc la rémunération du banquier.

Cet usage a été condamné par la Cour de cassation³⁴ qui a retenu, dans un arrêt du 10 janvier 1995, l'année civile, laquelle comporte 365 ou 366 jours, encore que sa portée ait pu être discutée. Car si certains auteurs³⁵ semblent considérer que la condamnation concerne tant le calcul du taux de l'intérêt conventionnel que celui du taux effectif global, d'autres³⁶ ont limité la portée de l'arrêt au seul calcul du TEG au motif que celui-ci visait le seul article 1 du décret du 4 septembre 1985 relatif au calcul du TEG³⁷. Une telle limitation n'est cependant plus possible depuis l'arrêt rendu le 17 janvier 2006 par la Cour de cassation: l'usage bancaire dit du "diviseur 360" est condamné tant pour le calcul du taux de l'intérêt conventionnel que pour le calcul du taux effectif global comme le montre le visa de l'article 1907 du Code civil, qui est relatif à la mention écrite du taux de l'intérêt conventionnel, complété par le visa des articles L 313-1, L 313-2 et R 313-1 du Code de la consommation, qui sont relatifs aux TEG.

Ce visa a été retenu à propos d'une décision qui avait ordonné uniquement la restitution des intérêts trop perçus au motif "que la banque a seulement commis une erreur dans l'application du taux d'intérêt en calculant les intérêts sur la base de 360 jours au lieu de l'année civile": la restitution imposée à la banque avait donc été limitée à la différence d'intérêts existant entre le calcul sur la base de 360 jours et celui effectué sur la base de 365 jours. Cette limitation est condamnée par la Cour de cassation qui

conservation de la propriété dont elle est l'objet".

33. Cet exemple, donné initialement en francs, est emprunté à T. Samin, "Réflexions juridiques sur la durée de l'année bancaire (à propos d'un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 10 janvier 1995)", Banque & droit n° 39, janvier-février 1995.

34. Cass. com., 10 janvier 1995, Bull. civ. IV, n° 8, p. 7; JCP 1995, éd. E, I, 465, n°13, obs. C. Gavalda et J. Stoufflet; JCP 1995, éd. G, II, 22475, note F. Auckenthaler; D. 1995, J. 229, note C. Gavalda; Rev. trim. dr. com., 1995, p. 454, obs. M. Cabrillac; Quotidien juridique, n° 9, 31 janvier 1995, 4, note J.-P. D.; Rev. dr. bancaire et financier n° 48, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.

35. Gavalda, Stoufflet, Cabrillac, et J.-P. D, notes et obs. préc.

36. Auckenthaler, note préc., spéc. no 13-15; Samin, art. préc., spéc. n°18-19, F.-J. Crédot et Y. Gérard, obs. préc.

37. L'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 18 mars 1997 (Daloz Affaires n° 16/1997, 506) comporte le même visa.

considère qu'il fallait substituer le taux légal au taux conventionnel, cette substitution étant la sanction de l'absence de mention écrite régulière. Or une telle irrégularité est manifeste lorsque l'intérêt perçu correspond à un taux supérieur à celui mentionné par écrit.

La sanction consacrée par l'arrêt du 17 janvier 2006 doit inciter les banques à abandonner le diviseur 360. Il est vrai que celles-ci pourraient être tentées de prévoir contractuellement le recours à ce diviseur. Mais outre que cette stipulation ne serait admissible que si le client est parfaitement informé de cette méthode de calcul³⁸, on doit relever que l'arrêt commenté ne prévoit pas cette possibilité, ce qui nous laisse penser que celle-ci est implicitement condamnée. Il est donc prudent de ne pas y recourir!

Crédit. Devoir de mise en garde. Obligation de se renseigner préalablement. Emprunteur profane. Responsabilité.

Cass. civ. 1, 2 novembre 2005, arrêt n° 1452 F-P+B, X. c/Société Cetelem (venant aux droits de la société Cofica), D. 2005, Act. jurisp. 3084, NDRL V. Avena-Robardet

“Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si l'établissement de crédit avait, avant d'apporter son concours aux époux X, vérifié les capacités financières de ceux-ci, emprunteurs profanes, en vertu du devoir de mise en garde auquel il était tenu à leur égard, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision”.

En consacrant le devoir de mise en garde au bénéfice de l'emprunteur profane, l'arrêt du 2 novembre 2005 est dans la mouvance des arrêts du 12 juillet de la même année³⁹. Il n'est toutefois pas sans importance car

38. F.-J. Crédot et Y. Gérard, obs. préc.

39. Cass. civ. 1, 12 juillet 2005, Banque & droit n° 104, novembre-décembre 2005. 80, obs. Th. Bonneau; D. 2005, act. jurisp. 2276, obs. X. Delpech; JCP 2005, éd. E, 1359, note D. Legeais et éd. G, II, 10140,

il attire l'attention sur le caractère préalable de la vérification de la capacité financière des emprunteurs de sorte que son omission ne peut pas être suppléée par l'absence d'incidents de paiement pendant un certain laps de temps.

On doit remarquer que les juges du fond ne s'étaient pas bornés à indiquer que *“les remboursements ont été effectués sans incident pendant deux ans, ce dont il résultait que les époux X étaient en mesure de supporter le coût des échéances mentionnées”*: ils avaient également indiqué *“que Mme X ne démontrait pas avoir précisé à la société Cofica le montant de ses ressources en 1994 et 1995, que si l'avis d'imposition 1995 ne mentionnait aucune ressource imposable, elle percevait une pension trimestrielle dont le montant était supérieur aux échéances et qu'elle n'apportait pas la preuve de ce que la banque aurait commis une négligence ou une légèreté blâmable en lui consentant le prêt litigieux”*. Mais, alors même qu'il revenait au banquier de prouver ses diligences, la Cour de cassation s'est limitée à reprocher aux juges du fond de ne pas avoir recherché *“si l'établissement de crédit avait, avant d'apporter son concours aux époux X, vérifié les capacités financières de ceux-ci, emprunteurs profanes, en vertu du devoir de mise en garde auquel il était tenu à leur égard”*: il en est sans doute ainsi parce que l'affirmation du caractère préalable de l'obligation postule implicitement qu'il revient au banquier de prouver qu'il l'a affectivement respectée.

L'arrêt commenté doit être approuvé. Car il est bien évident que la charge de la preuve incombe à celui qui est tenu des diligences. Il doit l'être également lorsqu'il inclut, dans le devoir de mise en garde, l'obligation de se renseigner sur les capacités financières de l'emprunteur pour en faire un préalable à l'alerte. Ce qui est logique puisque l'alerte n'est nécessaire que si un risque existe en raison de l'insuffisance des capacités financières. ■

note A. Gourio; Revue Banque n° 673, octobre 2005. 94, obs. J.-L. Guillot et M. Boccara; D. 2005, J. 3094, note B. Parance; Rev. dr. bancaire et financier n° 6, novembre-décembre 2005 n° 203, note F.-J. Crédot et Y. Gérard.