

# Chronique de Droit Bancaire



**THIERRY BONNEAU**  
Agrégé des facultés de droit  
Professeur  
Université Panthéon-Assas - Paris II

## Prêt – Contrat consensuel – Obligation de l'emprunteur

Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 5 juillet 2006, arrêt n° 1181 F-P+B, Consorts Falcucci  
c/ Société Sygma banque

*“Mais attendu que le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel; que l'obligation de l'emprunteur trouve alors sa justification présumée dans la signature de celui qui se présente comme tel; que s'il s'offre à établir que son engagement est en réalité sans justification, la constatation de l'existence effective de celle-ci restitue à la dette sa validité; que la cour d'appel a relevé que, quoique son fils Frédéric fût le gérant en titre de la SARL GIM, c'était Antoine Falcucci qui avait signé l'acceptation du prêt pour le compte de celle-ci; qu'elle a pu en déduire qu'il était l'animateur principal de cette entreprise familiale, qu'il avait tiré profit de l'opération et qu'ainsi son obligation n'était pas sans contrepartie”.*

Un banquier qui a signé le contrat de prêt peut-il refuser de remettre les fonds? L'emprunteur qui a signé le contrat de prêt peut-il refuser de rembourser les fonds prêtés? Ces questions sont simples et appellent des réponses négatives si l'on s'en tient aux arrêts des 28 mars 2000<sup>1</sup> et 27 novembre 2001<sup>2</sup>.

Le fondement de ces solutions est le même dans les deux arrêts: “le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel”<sup>3</sup>. Il en est ainsi alors même que les deux arrêts ne portent pas sur la même difficulté. Dans l'arrêt du 28 mars 2000, c'était le banquier qui refusait de remettre les fonds, ce qui a conduit la Cour à souligner que le banquier était, par l'effet de l'accord de volonté, obligé au paiement de la somme convenue. Dans l'arrêt du 27 novembre 2001, c'était l'un des emprunteurs qui discutait son obligation au remboursement en faisant valoir qu'il n'avait ni reçu ni profité des fonds prêtés, ce qui a amené la Cour à considérer que “la cour d'appel, qui a relevé que M. X. avait signé l'acte de prêt consenti par la

société Unicredit, a retenu, à bon droit qu'il était, par l'effet de cet accord de volonté, obligé au remboursement de la somme prêtée”: l'emprunteur ne peut donc pas, selon cette décision, se soustraire à son obligation de remboursement même s'il n'a pas bénéficié des fonds prêtés.

Dans l'arrêt du 5 juillet 2006, on retrouve la même règle de principe: “le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel”. Mais on constate une modification de la position de la Cour en ce qui concerne l'obligation de remboursement: celle-ci considère en effet, dans l'arrêt précité, que l'emprunteur peut échapper à cette obligation. Ce changement n'est pas effectué sans motif: selon la Cour, l'obligation de remboursement de l'emprunteur n'est plus un effet de l'accord de volonté, mais trouve seulement “une justification présumée dans la signature de celui qui se présente comme tel”. De sorte que la preuve contraire peut être rapportée, étant observé que la simple contestation de la justification semble priver immédiatement l'obligation de remboursement de sa valeur puisque, selon la Cour, la constatation de l'existence effective de la justification de l'obligation de remboursement restitue à la dette sa validité. Ce qui a permis, en l'espèce, de maintenir l'obligation de remboursement à la charge de celui qui la contestait au motif que le signataire qui n'avait pas reçu les fonds prêtés en avait néanmoins profité: “que la cour d'appel a relevé que, quoique son fils Frédéric fût le gérant en titre de la SARL GIM, c'était Antoine Falcucci qui avait signé l'acceptation du prêt pour le compte de celle-ci; qu'elle a pu en déduire qu'il était l'animateur principal de cette entreprise familiale, qu'il avait tiré profit de l'opération et qu'ainsi son obligation n'était pas sans contrepartie”.

On peut ne pas être convaincu par l'arrêt commenté. Il est vrai que l'on peut discuter le rattachement de l'obligation de remboursement à l'accord de volonté et considérer que cette obligation est liée à la remise des fonds, que l'on considère le prêt comme un contrat réel ou comme un contrat consensuel<sup>4</sup>. Mais à tout le moins, l'accord de

1. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 2000, Bull. civ. I, n°105, p. 70; JCP 2000, éd. G, II, 10296, et éd. E, p. 898, concl. J. Sainte-Rose; Rev. trim. dr. com., 2000, 991, obs. M. Cabrillac; D. 2000, J, p. 482, note S. Piedelièvre; Rev. dr. bancaire et financier n°3, mai/juin 2000, 161, obs. F.-J. Crédot et Gérard; JCP 2000, éd. E, p. 1086, obs. C. Gavalda et J. Stoufflet; Contrats-Concurrence-Consommation juillet 2000, n°106, note L. Leveleur; D. 2002 som. com. 640, obs. D. R. Martin. V. également, L. Leveleur, “Classification des contrats: le rétrécissement de la catégorie des contrats réels est engagé”, JCP 2000, éd. G, p. 1531.

2. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 27 novembre 2001, D. 2002, J, 119, note Y. Chartier; JCP 2002, éd. G, 10 050, note S. Piedelièvre.

3. Mais, comme l'a souligné la première chambre civile de la Cour de

cassation dans un arrêt du 7 mars 2006 (JCP 2006, éd. E, 2195, note S. Piedelièvre), “le prêt qui n'est pas consenti par un établissement de crédit est un contrat réel qui suppose la remise d'une chose”.

4. François Grua (Le prêt d'argent consensuel, D. 2003, chr. p 1492, spéc. n° 14) a souligné que le caractère réel ou consensuel du contrat n'affecte pas l'origine de l'obligation de remboursement qui se situe dans la remise des fonds: “dans l'accord, on trouve certes le principe du remboursement, mais point le désir d'obliger l'emprunteur à remboursement et à supporter des intérêts avant qu'il n'ait reçu les fonds. Autrement dit, la volonté commune contient au maximum une promesse de payer souscrite par l'emprunteur. Mais ce qu'il s'agit de payer renvoie à une dette principale qui continue de naître, quant à elle, de la remise des fonds”.

volonté constitue une promesse de payer par l'emprunteur. Aussi dès lors que les fonds sont remis par le banquier, chaque co-emprunteur devient débiteur d'une véritable obligation de remboursement, peu important qu'il ait reçu les fonds ou que ceux-ci aient été remis à un autre co-emprunteur, qu'il ait profité ou non des fonds remis à ce dernier. Car d'une part, sa signature a été, en toutes hypothèses, prise en compte dans l'octroi du crédit. D'autre part, un emprunteur qui s'engage tout en sachant qu'il ne va pas bénéficier des fonds a en réalité un rôle de garant qu'il ne peut pas feindre d'ignorer. C'était d'ailleurs sans doute le cas dans l'espèce à l'origine de l'arrêt du 5 juillet 2006 où le prêt avait été consenti à une entreprise familiale et à son principal animateur qui était le père du gérant.

Aussi, si l'on peut être réservé sur l'ouverture que l'arrêt commenté opère, on doit l'approuver pour la solution factuelle qu'il consacre. Il doit toutefois faire prendre conscience aux banques qu'il y a quelques risques à obtenir la signature de personnes en qualité d'emprunteur alors que manifestement elles ne sont que des garants. Car il pourrait bien advenir qu'elles perdent, au gré des circonstances de fait, l'un de leurs débiteurs !

## Prêt – Nullité absolue – Prescription décennale

Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 27 juin 2006, arrêt n° 1073 FS-P+B, Époux Briand c/ Société compagnie de financement foncier

La nullité absolue des contrats de prêt relève de la prescription décennale de l'article L. 110-4 du Code de commerce.

Les prêts consentis par les banquiers à leurs clients non commerçants sont des actes mixtes et relèvent du domaine de l'article L. 110-4 du Code de commerce selon lequel "les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants et entre commerçants et non commerçants se prescrivent par dix ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes". Ce qui est le cas de l'action en nullité relative qui relève de la prescription quinquennale de l'article 1304 du Code civil<sup>5</sup> ou encore de la prescription des créances d'intérêts qui est, aux termes de l'article 2277 du Code civil, une prescription quinquennale<sup>6</sup>. Ces prescriptions abrégées attirent l'attention en raison des difficultés qu'elles génèrent<sup>7</sup>. Mais l'observation vaut également pour la prescription décennale qui en suscite aussi en raison de la référence faite aux "obligations nées": cette formule vise-t-elle tant les obligations valables que les obligations nulles ou bien doit-on considérer que cette formule rend impossible l'application de l'article L. 110-4 aux obligations nulles et que "les actions en nullité d'un contrat échappent [...] à la prescription décennale"?

5. Sur le point de départ de la prescription de l'action en nullité, v. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 2006, Banque & Droit n° 108, juillet-août 2006, p. 80, obs. Th. Bonneau. Sur la prescription de l'action en restitution consécutive à la nullité de la stipulation d'intérêts conventionnels, v. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 24 septembre 2002, Banque & Droit n° 87, janvier-février 2003, p. 59, obs. Th. Bonneau ; Cass. com. 18 février 2004, Banque & Droit n° 95, mai-juin 2004, p. 48, obs. Th. Bonneau.

6. V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 avril 2003, Banque & Droit n° 90, juillet-août 2003, p. 67, obs. Th. Bonneau ; Cass. com., 24 septembre 2003, Banque & Droit n° 93, janvier-février 2004, p. 57, obs. Th. Bonneau.

7. Voir la jurisprudence citée dans les notes 5 et 6.

8. J.-J. Taisne, "Prescription et possession, Prescriptions inférieures ou

La seconde interprétation a été soutenue par M. Jean-Jacques Taisne<sup>8</sup>. Mais la première l'est par M. Alain Bénabent<sup>9</sup> qui fait observer que la prescription des nullités absolues est de dix ans pour les contrats commerciaux et de trente ans dans les contrats entre particuliers, de sorte qu'il considère implicitement que la prescription est de dix ans pour les actes mixtes. Il est rejoint par la Cour de cassation<sup>10</sup> qui, dans son arrêt du 27 juin 2006, approuve les juges du fond d'avoir retenu la prescription décennale au motif "que les actions en nullité des actes mixtes relèvent de la prescription décennale prévue par l'article L. 110-4 du Code de commerce si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes".

Cette solution est favorable aux banques. Mais cette faveur n'est pas étonnante car elle découle des dispositions de l'article L. 110-4 qui ne prend pas position sur la validité ou la nullité de l'obligation. Il n'y a donc aucune raison d'exclure la nullité du domaine de l'article L. 110-4, d'autant que ce texte s'applique à l'ensemble des obligations, quelle que soit leur origine, contractuelle, délictuelle ou légale<sup>11</sup>.

## Cession Dailly – Paiement des créances – Inscription au crédit du compte courant du client – Novation – Impossibilité pour le cessionnaire de refuser la restitution du solde créditeur du compte

Cass. com., 4 juillet 2006, arrêt n°885 FS-P+B, BTP Banque c/ Société Glauser international et a., D. 2006, act. jurisp. p 2028, obs. X. Delpech ; JCP 2006, éd. E, 2455, note G. Ansaloni

"Mais attendu que les créances professionnelles cédées à titre de garantie, lorsqu'elles sont portées au crédit d'un compte courant, sont éteintes par la novation qui s'attache à leur inscription en compte, en devenant de simples articles de celui-ci ; Attendu que la banque a elle-même soutenu que l'ensemble des obligations réciproques qu'elle avait avec son client étaient fondées dans un compte courant unique, et que l'arrêt constate que les sommes litigieuses correspondant aux créances cédées et encaissées sont entrées en compte au nom de la société Glauser à la date des versements, ce dont il résulte qu'elles sont entrées au crédit de son compte courant sans que la banque établisse ni même allègue les avoir portées dans un compte spécial indisponible à son propre nom ; qu'ainsi, abstraction faite des motifs inopérants critiqués par le moyen, la cour d'appel, faisant ressortir que la banque n'était pas fondée à invoquer la compensation entre sa dette correspondant au solde débiteur du compte courant de son client et sa créance résultant de ses engagements par signature, qui n'étaient qu'éventuels, a exactement jugé que la banque n'était pas en droit de refuser la restitution du solde créditeur du compte courant".

égales à 10 ans", art. 2270 à 2278, fasc. 100, 1996, Juris-classeur civil, spéc. n° 171.

9. A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, 9<sup>e</sup> éd. 2003, Montchrestien, n° 211, p. 153.

10. Soulignons que la première chambre civile a rendu l'arrêt du 27 juin 2006 après avoir sollicité l'avis de la chambre commerciale (cf. art. 1015-1, NCPC) de sorte que la seconde a sans doute la même position que la première (cf. A. Perdriau, Les avis entre chambres de la Cour de cassation, JCP 1999, éd. G, I, 190, spéc. n° 31).

11. V. G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 1, 18<sup>e</sup> éd. 2001, par L. Vogel, n° 396 p 298.

Comme l'a récemment jugé la Cour de cassation dans un arrêt du 22 novembre 2005<sup>12</sup>, le banquier peut conserver le bénéfice des créances cédées à titre de garantie tant que l'objet de cette garantie n'est pas épuisé<sup>13</sup>. De sorte que si ces créances sont payées et encaissées avant cet épuisement, le banquier doit pouvoir conserver les sommes. C'est pourtant la solution contraire qui est retenue dans l'arrêt du 4 juillet 2006. Non sans raison.

Car, en l'espèce, les sommes avaient été portées au crédit du compte courant du cédant. Or l'entrée en compte courant a un effet novatoire<sup>14</sup> de sorte que les créances qui entrent en compte courant s'éteignent pour devenir des articles de compte participant à la formation du solde du compte. Aussi, si lors de son exigibilité, le solde est créancier au profit du client, il constitue une créance du client sur la banque sans que cette dernière puisse en retrancher le montant des articles de compte qu'elle souhaite conserver : il est en effet impossible d'extraire un article pour lui faire suivre un sort différent<sup>15</sup> car le solde d'un compte est en principe indivisible. De sorte que la banque qui inscrit au crédit du compte les sommes encaissées dans le cadre du recouvrement des créances cédées à titre de garantie ne peut pas les conserver et doit les restituer à son client qui réclame le montant du solde créancier de son compte.

Il est vrai que celui-ci était en redressement judiciaire à la date des entrées en compte : le cédant était en effet sous le coup d'une procédure collective depuis le 13 janvier 2004 alors que les créances ont été encaissées et inscrites en compte en février et mars 2004. Aussi aurait-on pu admettre que les entrées en compte n'aient pas d'effet novatoire : c'est ce que juge la Cour de cassation à propos de la contre-passation des effets de commerce impayés<sup>16</sup>. Mais la faveur faite au banquier escompteur ne vaut manifestement pas pour le banquier cessionnaire.

Ce dernier n'est cependant pas sans protection : il peut inscrire les sommes encaissées dans un "compte spécial indisponible à son propre nom" : c'est ce que souligne la Cour de cassation dans son arrêt du 4 juillet 2006. Cette solution n'est pas intéressante car elle préserve les intérêts du banquier. Mais elle interdit tout usage immédiat par le bénéficiaire du crédit, ce qui n'est pas illogique. Car les créances cédées, et donc les sommes recouvrées, doivent bénéficier au banquier tant que l'objet de la garantie n'est pas épuisé. Cet objectif impose que les sommes recouvrées ne puissent pas être utilisées autrement, notamment par le cédant bénéficiaire de l'ouverture de crédit garantie par la cession Dailly.

L'arrêt du 4 juillet 2006 est ainsi un arrêt important pour les banques. Il l'est car il fixe les règles qui protègent les banques dans l'orthodoxie juridique. Il l'est également parce que la justesse des solutions qu'il consacre se fait

sans remettre en cause les solutions, tout aussi opportunes et importantes pour les banques, de l'arrêt du 22 novembre 2005.

## Concours financiers – Rupture par le banquier – Comportement gravement répréhensible

Cass. com., 20 juin 2006, arrêt n° 817 F-P+B+R, Société CRTI et a. c. CIC

La production d'un compte de résultat non sincère constitue un comportement gravement répréhensible justifiant la résiliation sans préavis du crédit consenti par la banque.

Une ouverture de crédit consentie le 11 juin 1997 pouvait-elle être dénoncée, sans préavis, par la banque qui l'avait consentie, le 10 septembre suivant ? La réponse est assurément positive si la banque peut se prévaloir des dispositions de l'alinéa 2 de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier qui autorise l'interruption des concours financiers, à durée déterminée comme à durée indéterminée, sans avoir à respecter un délai de préavis<sup>17</sup> dès lors que le bénéficiaire du crédit a eu un "comportement gravement répréhensible". La difficulté est toutefois, en l'absence de définition légale, de cerner cette notion.

Comme ce comportement justifie la dispense d'un délai de préavis à l'interruption d'un crédit, il est logique d'appréhender celui-ci en fonction de celui-là<sup>18</sup>. Or le crédit repose sur la confiance du banquier dans son client : si cette confiance disparaît, le crédit peut être interrompu. Étant observé que toute faute ne peut pas être retenue puisque le comportement doit être, selon le texte précité, "gravement répréhensible". Mais on peut penser qu'il en est bien ainsi lorsque, comme dans l'espèce à l'origine de l'arrêt du 20 juin 2006, le crédit a été consenti au vu de la production d'un compte de résultat qui s'est avéré non sincère : "Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir constaté que la société CRTI avait comptabilisé dans son bilan 1996, sous la rubrique « produits exceptionnels sur opérations de gestion » une somme de 470 000 francs correspondant aux dommages-intérêts qu'elle réclamait à une société dans le cadre d'un procès en cours à la clôture de l'exercice et avoir exactement décidé qu'une espérance de dommages-intérêts ne constituait pas un produit susceptible d'être pris en compte dans les résultats de l'exercice, en application de l'article L. 123-1319 du Code de commerce, ce dont il résultait que sa comptabilisation irrégulière en produit n'était pas susceptible de relever du régime spécifique du 3° alinéa de l'article L. 123-1420 du même Code, la cour d'appel, qui en a déduit que l'écriture litigieuse de la société CRTI faussait le résultat des comptes et attestait de la volonté de celle-ci de masquer auprès de la banque ses difficultés financières, a pu considérer que le comportement du bénéficiaire du crédit était

12. Com., 22 novembre 2005, Bull. civ. IV n° 230 p 249 ; Banque & Droit n° 106 mars-avril 2006, p. 67, obs. Th. Bonneau ; D. 2005, act. jurispr. 3081, note X. Delpéch ; Rev. dr. bancaire et financier n° 1, janvier-février 2006, p. 18, note A. Cerles ; Rev. trim. dr. com. 2006, p. 169, obs. D. Legeais ; Adde, R. Bonhomme, "Effet d'une cession Dailly en garantie en cas de redressement judiciaire du cédant", Actualités des procédures collectives n° 2, 10 février 2006 ; I. Tchotourian, La cession à titre de garantie, entre cession et garantie fiduciaire : le "transfert de propriété" des créances n'est que "provisoire", RJDA 4/06, p. 331.

13. Sur l'analyse que l'on peut avoir du paiement des créances cédées avant l'échéance du crédit garanti, v. D. Fenouillet, note sous Cass. com.

8 janvier 1991, Rev. jurispr. com. 1993. 190, spéc. n° 43, p. 211.

14. V. Th. Bonneau, *Droit bancaire*, 6<sup>e</sup> éd. 2005, Montchrestien, n° 337 et s. p. 230.

15. *Ibid* n° 339, p. 233.

16. V. Bonneau, *op. cit.*, n° 388, p. 281.

17. Mais la notification écrite demeure nécessaire : v. Cass. com., 19 février 1991, Banque, n°515, avril 1991, p. 431, obs. J.-L. Rives-Lange ; Cass. com., 22 mai 2002, Banque & Droit n°86, novembre-décembre 2002, p. 54, obs. Th. Bonneau.

18. J.-L. Rives-Lange, "La rupture d'un concours bancaire", *Mélanges AEDBF-France*, Banque éditeur 1997, p. 275 et s., spéc. p. 277.

*gravement répréhensible et justifiait une résiliation dans préavis du crédit par la banque, sans avoir à procéder à une recherche que ses constatations et appréciations rendaient inopérante, et a légalement justifié sa décision*".

Est-ce à dire que toutes les irrégularités comptables peuvent être retenues au titre du "comportement gravement répréhensible"? Sans doute non. Encore faut-il que l'irrégularité traduise la volonté de masquer la situation financière du bénéficiaire du crédit. Mais on peut penser que c'est souvent le cas.

L'arrêt du 20 juin 2006 présente ainsi un grand intérêt pour les praticiens, d'autant que les décisions de la Cour de cassation ne sont pas si fréquentes<sup>21</sup>. Peut-être en est-il ainsi parce que les banques sont finalement prudentes et qu'elles préfèrent interrompre ou réduire les crédits qu'elles consentent conformément aux dispositions de l'alinéa 1 de l'article L. 313-12 qui prévoit les diligences de principe : la notification écrite et le délai de préavis qui ne peut pas être inférieur à soixante jours<sup>22</sup>.

## Concours financiers – Rupture par le banquier – Dépassement du montant autorisé – Concours occasionnels – Faculté de ne pas exécuter des ordres de virement qui ne sont pas provisionnés

Cass. com., 11 juillet 2006, arrêt n° 1015 FS-P+B, Dargent c/ Société Financière de banque Sofib et a.

- Les parties ayant admis elles-mêmes que le montant du découvert tacitement autorisé à la société ASA s'était établi à 1 200 000 francs, il s'en déduisait nécessairement que "les dépassements tolérés au cours du fonctionnement du compte de l'intéressée n'avaient jamais pu constituer que des concours occasionnels que la société Sofib était libre d'interrompre à tout moment";
- "Sauf convention contraire des parties, non alléguée en l'espèce, un établissement de crédit n'est tenu d'exécuter un ordre de virement que si, à la date de cet ordre, il existe sur le compte des fonds disponibles, soit en raison de l'état créateur du compte, soit en raison de l'existence d'un découvert autorisé".

**S**i les concours permanents ne peuvent être réduits ou interrompus que dans les conditions prévues par

19. L'alinéa 2 de l'article L. 123-13 du Code de commerce décide notamment que "le compte de résultat récapitule les produits et les charges de l'exercice, sans qu'il soit tenu compte de leur date d'encaissement ou de paiement".

20. Art. L. 123-14, al. 3, Code de commerce : "Si, dans un cas exceptionnel, l'application d'une prescription comptable se révèle impropre à donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ou du résultat, il doit y être dérogé...".

21. La qualification de comportement gravement répréhensible a été retenue :

– en cas de retard dans la remise de documents à la banque si à ce retard, qui caractérise un manquement du client à son devoir d'information du banquier, s'ajoute d'autres faits, comme des dépassements importants et répétés des autorisations de trésoreries consenties, nonobstant les rappels et mises en garde répétées du banquier (Cass. com., 2 novembre 1994, *Quotidien juridique* n° 99, 13 décembre 1994, p. 4) ;

– dans une espèce où un client avait laissé s'aggraver son découvert, sans effectuer de remise et en ne déférant pas à la demande de la banque de constituer une sûreté et de justifier d'une demande de prêt auprès d'un organisme spécialisé (Cass. Com., 2 juin 1992, *Bull. civ. IV*, n°213, p. 149 ; *Rev. dr. bancaire et Bourse* n°34, novembre/décembre 1992.

l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier, il en va autrement des concours occasionnels qui sont expressément exclus du domaine de ce texte : le banquier, qui en a accordé, peut refuser d'en consentir d'autres, et donc les interrompre sans notification écrite et sans avoir à respecter un quelconque délai de préavis. Les concours occasionnels peuvent toutefois se répéter, ce qui conduit alors à se demander s'ils ne changent pas de caractère : ne deviennent-ils pas des concours permanents, de sorte qu'ils ressortiraient des dispositions de l'article L. 313-12 ?

Dans l'espèce à l'origine de l'arrêt du 11 juillet 2006, existait une autorisation tacite de découvert pour un montant de 1 200 000 francs dont on ne discutait pas la qualification de concours permanents. Mais ce plafond a été plusieurs fois dépassé et comme le banquier a ensuite refusé des ordres de virement dont l'exécution aurait conduit au dépassement du seuil autorisé, le client<sup>23</sup> prétendait que le banquier avait, en opposant un tel refus, rompu abusivement le crédit. En vain toutefois selon la Cour de cassation, au motif "que les parties ayant elles-mêmes admis que le montant du découvert tacitement autorisé à la société ASA s'était établi à 1 200 000 francs, il s'en déduisait nécessairement, sans qu'il y ait lieu de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, que les dépassements tolérés au cours du fonctionnement du compte de l'intéressée n'avaient jamais pu constituer que des concours occasionnels que la société Sofib était libre d'interrompre à tout moment";

La solution consacrée est opportune puisque la solution contraire aurait pu décourager le banquier à tolérer des dépassements de découvert. Elle est également justifiée car elle est conforme au principe de l'autonomie de la volonté. Mais sa mise en œuvre peut être délicate. Certes, elle ne l'est pas lorsque le montant du découvert a été expressément fixé par les parties ; elle ne l'est pas non plus lorsque, comme dans l'espèce commentée, le montant du découvert tacitement autorisé n'est pas discuté par les parties. Mais il n'en est pas toujours ainsi, ce qui rend plus difficile la question de savoir s'il y a eu des dépassements correspondants à des concours occasionnels. Dans cette hypothèse, il reviendra au juge de rechercher la volonté implicite des parties, étant rappelé<sup>24</sup> que celui-ci n'est pas tenu, pour déterminer le montant du découvert tacitement consenti, d'adopter la méthode dite du plus fort découvert<sup>25</sup>.

La solution consacrée sur le terrain de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier est renforcée

247, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ).

22. Art. D 313-14-1, Code monétaire et financier. Voir S. Piedelièvre, *Le préavis en cas de rupture de crédit à durée indéterminée*, D. 2006, p. 434.

23. Il s'agissait en l'espèce d'une entreprise – la société Assistance service automobile (société ASA) – liée à la société Automobiles Peugeot par un contrat de concession automobile et à la société financière de banque Sofib par une convention de compte courant sur lequel celle-ci bénéficiait d'une autorisation tacite de découvert. Ce compte permettait de régler, par voie de prélèvement, le montant des créances correspondant au prix des véhicules, détenues par la société Sofira liée à la société Automobiles Peugeot par un contrat d'affacturage : les sociétés Sofib et Sofira sont des sociétés du groupe Peugeot.

24. V. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 505, spéc. p. 369-370.

25. Cass. com., 16 janvier 1990, *Bull. civ. IV*, n°12, p. 8 ; Banque n°505, mai 1990, 538, obs. J.-L. Rives-Lange ; *Rev. dr. bancaire et Bourse* n°22, novembre/décembre 1990, 238, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; *Rev. trim. dr. com.*, 1990, p. 440, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; Cass. com., 14 janvier 1992, *Bull. civ. IV*, n°11, p. 8 ; Cass. com. 4 mars 1997, *Bull. civ. IV*, n°61, p. 55 ; *Rev. dr. bancaire et Bourse* n°61, mai/juin 1997, p. 116, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.

par d'autres motifs, notamment par un motif mettant en avant les règles du virement : *"sauf convention contraire des parties, non alléguée en l'espèce, un établissement de crédit n'est tenu d'exécuter un ordre de virement que si, à la date de cet ordre, il existe sur le compte des fonds disponibles, soit en raison de l'état créditeur du compte, soit en raison de l'existence d'un découvert autorisé"*. Celui-ci n'appellent toutefois guère de commentaire tant il s'impose et rejoint la solution que la Cour de cassation a consacrée dans son arrêt du 28 février 2006<sup>26</sup>, selon laquelle *"lorsqu'elle exécute, de manière ponctuelle, un ordre de virement bien qu'il n'existe pas de provision préalable suffisante, la banque consent, à due concurrence, une simple facilité de caisse à son client, sur la demande implicite de celui-ci"*.

## Clause abusive – Augmentation du montant du crédit

Cass., avis du 10 juillet 2006, n° 006 006 P, Demande formulée le 12 avril 2006 par le TI de Paris 12°

*"L'article L. 132-1 du Code de la consommation répute non écrite comme abusive la clause, telle qu'interprétée par le juge, prévoyant l'augmentation du montant du crédit initial sans acceptation par l'emprunteur d'une nouvelle offre de crédit"*.

La clause prévoyant l'augmentation du montant du crédit initial sans acceptation par l'emprunteur d'une nouvelle offre de crédit ne figure pas parmi les clauses mentionnées dans la liste figurant en annexe de l'article

26. Cass. com. 28 février 2006, Banque & Droit n° 108, juillet-août 2006, p. 60, obs. Th. Bonneau ; D. 2006, act. jurispr. p. 855, obs. V. Avan-Robardet.

27. Cette exigence est posée, depuis la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur, par l'article L. 311-9, alinéa 2, du Code de la consommation et rejoint la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 18 janvier 2000, Bull. civ. I n°14 p. 9 ; Rev. dr. bancaire et financier n°2, mars/avril 2000, p. 77, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; voir également,

L. 132-1 du Code de la consommation. Mais cette liste n'est pas, selon le texte précité, exhaustive : elle n'est qu'indicative de sorte qu'une clause non visée peut être déclarée abusive si elle répond aux conditions posées par le texte, et donc, si elle a *"pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat"*.

La Cour de cassation, dans son avis du 10 juillet 2006, considère que la clause litigieuse est abusive sans toutefois expliquer pourquoi l'absence d'offre préalable crée le déséquilibre significatif visé à l'article L.132-1. Mais sans doute est-ce parce que la réponse est évidente. En effet, la clause prive l'emprunteur d'un droit que le Code de la consommation lui reconnaît : le droit d'être informé et de n'être engagé, en cas d'augmentation du montant du crédit, qu'après remise d'une offre préalable ; selon l'article L. 311-9 relatif aux ouvertures de crédit, *"l'offre préalable est obligatoire pour le contrat initial et pour toute augmentation du crédit consenti"*<sup>27</sup>. Et comme ce droit est destiné à protéger l'emprunteur, il n'est pas étonnant qu'une clause qui l'en prive soit considérée comme créant un déséquilibre significatif.

Cette solution n'est pas, en pratique, sans importance car il n'est pas rare que les clients qui bénéficient d'un découvert en compte d'un montant déterminé souhaitent accroître celui-ci<sup>28</sup>. Mais les banques ne doivent pas oublier qu'un tel crédit complémentaire ne peut être consenti qu'en respectant les exigences posées par le Code de la consommation. ■

Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 janvier 1998, D. 2000, som. com, p. 49, obs. J.-P. Piz-zio) qui considérait que *"toute modification du montant ou du taux d'un crédit précédemment consenti doit être conclue dans les termes d'une offre préalable"* (v. G. Raymond, Actualité législative en droit de la consommation, Contrats-Concurrence-Consommation mars 2005, Etude 3, p. 8, spéc. n° 22).

28. L'avis du 10 juillet 2006 ne précise pas le contexte de la question. Mais on peut légitimement penser que celle-ci se pose à propos d'une ouverture de crédit visée par l'article L. 311-9 du Code de la consommation.