

LES APPORTS DE LA LOI MURCEF EN MATIERE DE DROIT BANCAIRE

(loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, articles 13 à 16)

Bruno DONDERO

Maître de conférences à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

I – Clarifier les relations entre les établissements de crédit et leurs clients.	4
A – Clarifier l'information émanant des établissements de crédit.....	4
1 – L'information reçue par le client partie à la convention de compte de dépôt. ...	5
2 – L'information reçue par le client destinataire d'une offre de produits ou de prestations de services.....	13
3 – La sanction de la violation des obligations d'information imposées aux banques par la loi nouvelle.....	17
B – Clarifier l'information émanant des intermédiaires en opérations de banque.	24
1 – Les mesures encadrant la publicité faite par les intermédiaires en opérations de banque.....	25
2 – Les sanctions pénales prévues.....	25
II – Réduire le nombre des « interdits bancaires ».....	26
1 – La limitation des frais bancaires exigés par le tiré au titre du rejet d'un chèque non provisionné.....	27
2 – La révision du régime des pénalités libératoires.....	28
3 – L'obligation d'information mise à la charge du banquier tiré.....	31

1. La loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 dite MURCEF (c'est-à-dire portant Mesures Urgentes de Réformes à Caractère Economique et Financier) modifie en un certain nombre de points les rapports juridiques entre les établissements de crédit et leurs clients – essentiellement les clients non professionnels. La nouvelle loi comporte un Titre II, intitulé « *Amélioration des relations entre les banques et leur clientèle* »¹. Cette amélioration passe par un rééquilibrage des relations entre les établissements de crédit, partie forte, et leurs clients, partie faible, notamment lorsqu'ils sont des particuliers. Ce rééquilibrage va se faire par une série de mesures qui pour certaines d'entre elles devaient déjà être incorporées dans la loi NRE (n° 2001-420 du 15 mai 2001), mais ne l'avaient pas été pour des raisons tenant à la procédure législative².

¹ Sur les aspects de droit boursier de la loi MURCEF, v. L. Ruet, *Commentaire de l'article 14 du projet de loi dite MURCEF*, Bull. Joly Bourse 2001, p. 339.

² V. le rapport fait par M. Marini au Sénat statuant en première lecture sur le projet de loi (Doc. n° 336), p. 34 : « Au cours de la première lecture du projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques au Sénat, en octobre 2000, le gouvernement a présenté un amendement presque identique [à l'article 13 de la loi

2. Les dispositions de la loi MURCEF relatives au droit bancaire ont fait l'objet d'un relatif consensus de la part de l'Assemblée nationale et du Sénat, qui ne se sont généralement opposés que sur des questions techniques ou de rédaction, et non sur la nécessité même des mesures envisagées³.

L'urgence ayant été déclarée par le Gouvernement, le projet de loi MURCEF a été déposé le 18 avril 2001 à l'Assemblée nationale⁴. Après avoir été adopté avec quelques modifications et enrichissements par celle-ci⁵, il a fait l'objet d'ajouts et de modifications différents de la part du Sénat⁶, qui a entre autre rebaptisé le texte loi DDOEF (portant Diverses Dispositions d'Ordre Economique et Financier). Une commission mixte paritaire a été réunie le 20 juin 2001, qui n'a pu aboutir à un consensus⁷. Une deuxième lecture du texte a alors eu lieu devant l'Assemblée Nationale⁸ puis le Sénat⁹, qui ont réitéré leurs positions respectives (chaque chambre parlementaire gommant par ailleurs l'essentiel des modifications adoptées par l'autre). Le Gouvernement ayant soumis le texte à une dernière lecture par l'Assemblée¹⁰, celle-ci a délibéré le 20 novembre 2001, en revenant quasi-systématiquement, comme l'on pouvait s'y attendre, à sa version du texte¹¹.

Le Conseil constitutionnel a par la suite été saisi, par des sénateurs d'une part, par des députés d'autre part, mais aucune des deux saisines ne concernaient le Titre relatif à l'amélioration des relations entre les banques et leur clientèle¹².

3. Pratiquement, les dispositions édictées par la loi MURCEF en matière de droit bancaire modifient le Code monétaire et financier et le Code de la consommation. Ces dispositions obéissent essentiellement à deux finalités. En premier lieu, le législateur a souhaité clarifier les relations entre les établissements de crédit et leurs clients. Cette œuvre de clarification concerne tant la convention de compte conclue par la banque et ses clients que les offres adressées à ces derniers par les établissements de crédit ou en leur nom par des intermédiaires en opérations de banque. En second lieu, le législateur a voulu réduire le nombre des personnes frappées d'interdiction bancaire, essentiellement en facilitant la levée de celle-ci.

MURCEF]. Cet amendement ayant été porté à la connaissance de votre rapporteur quelques minutes seulement avant son examen par le Sénat, et la commission des finances n'ayant pas eu le temps de l'examiner comme il le méritait, votre rapporteur n'a pu que donner un avis défavorable à cette initiative du gouvernement (...) ».

³ Une telle opposition entre l'Assemblée nationale et le Sénat s'est en revanche manifestée à propos de la question de la nécessité d'une réforme des autorités boursières. Sous l'impulsion de Ph. Marini, les sénateurs ont ajouté, à chaque lecture par le Sénat du projet de loi MURCEF, des articles instituant une Autorité de régulation des marchés financiers. Ces dispositions n'ont pas été reprises par les députés.

⁴ Doc. n° 2990.

⁵ 1^{ère} et 2^{ème} séances du 2 mai 2001, *JO Assemblée nationale – Débats parlementaires* du 3 mai 2001, p. 2551 et s.

⁶ Séances du 5, 6 et 7 juin 2001, *JO Sénat – Débats parlementaires* du 6 juin, p. 2627 et s., du 7 juin, p. 2697 et s., et du 8 juin 2001, p. 2774 et s.

⁷ Doc. n° 3165 (Assemblée nationale) et n° 398 (Sénat).

⁸ 2^{ème} séance du 28 juin 2001, *JO Assemblée nationale – Débats parlementaires* du 29 juin 2001, p. 5170 et s.

⁹ Séance du 10 octobre 2001, *JO Sénat – Débats parlementaires* du 11 octobre 2001, p. 3942 et s.

¹⁰ Aux termes du dernier alinéa de l'article 45 de la Constitution, « Si la commission mixte ne parvient pas à l'adoption d'un texte commun (...), le Gouvernement peut, après une nouvelle lecture par l'Assemblée nationale et par le Sénat, demander à l'Assemblée nationale de statuer définitivement ».

¹¹ 1^{ère} séance du 20 novembre 2001, *JO Assemblée nationale – Débats parlementaires* du 21 novembre 2001, p. 8295 et s.

¹² Décision n° 2001-452 en date du 6 décembre 2001, par laquelle le Conseil constitutionnel a censuré une disposition de la loi MURCEF et émis une réserve d'interprétation sur une autre.

4. L'impact de la loi MURCEF sur le droit bancaire se manifeste également par une autre mesure, qui ne concerne ni l'information des clients des établissements de crédit ni le droit du chèque¹³.

La loi du 11 décembre 2001 modifie l'article L. 311-37 du Code de la consommation dans un sens favorable aux emprunteurs¹⁴. Ce texte prévoyait que les actions relatives à un litige né de l'application des dispositions régissant le contrat de crédit à la consommation étaient soumises à un délai de forclusion de deux ans à compter de l'événement qui leur avait donné naissance. Cette disposition, initialement destinée à protéger les emprunteurs d'actions en paiement des intérêts exercées tardivement, a cependant été appliquée aux actions exercées par les emprunteurs et les cautions en contestation de l'offre préalable ou en nullité du contrat de prêt¹⁵. La Cour de cassation a par ailleurs fixé le point de départ du délai de forclusion de ces actions à la date de formation définitive du contrat de crédit¹⁶, et refusé d'appliquer la règle selon laquelle l'exception de nullité est perpétuelle¹⁷. Il était donc devenu beaucoup plus difficile pour l'emprunteur de contester le droit aux intérêts du prêteur ou d'obtenir l'annulation du contrat de prêt¹⁸. La loi MURCEF met fin au détournement de l'article L. 311-37 par la jurisprudence. Le délai de forclusion ne concernera plus à l'avenir que les seules « actions en paiement engagées à l'occasion de la défaillance de l'emprunteur ». Cette restriction de la forclusion aux seules actions des établissements de crédit est peu choquante, ceux-ci étant suffisamment organisés pour réagir rapidement en cas de défaillance des emprunteurs, et échapper de ce fait à la forclusion¹⁹. La loi nouvelle précise que la règle instituée n'est applicable qu'aux contrats conclus à compter de la promulgation du texte.

A la lecture de la nouvelle loi, il convient de s'interroger sur l'adéquation des différentes mesures aux objectifs que s'était fixé le législateur : clarifier les relations entre les établissements de crédit et leurs clients (I) et réduire le nombre des personnes frappées d'interdiction bancaire (II).

¹³ On peut signaler par ailleurs, bien que cela ne concerne pas le droit bancaire *stricto sensu*, la modification apportée par l'article 27 de la loi MURCEF à l'article L. 141-4 du Code monétaire et financier, qui est complété par une phrase conférant à la Banque de France la mission de veiller « à la sécurité des systèmes de compensation, de règlement et de livraison des instruments financiers », et ce « dans le cadre des missions du Système européen de banques centrales, et sans préjudice des compétences du Conseil des marchés financiers et de la commission bancaire ».

¹⁴ Article 16 de la loi MURCEF.

¹⁵ Civ. 1^{ère}, 30 octobre 1995, *Contrats-Concurrence-Consommation* 1995, *comm.* n° 209, note G. Raymond (1^{er} arrêt) ; 10 avril 1996, *Bull. I.*, n° 178 ; *D.* 1996, *jur.* 527, note Th. Hassler ; 9 décembre 1997, *Bull. I.*, n° 364 ; F. Ancel, *L'emprunteur et le délai de forclusion ou l'abandon d'un formalisme protecteur du consommateur*, *Gaz. Pal.* 1999, 2, *doct.* 1266 ; 15 décembre 1998, *Bull. I.*, n° 365 ; *RTD civ.* 1999, p. 619, obs. J. Mestre ; *D. affaires* 1999, p. 330, obs. C. R. ; Ph. Flores et G. Biardeaud, *La protection de l'emprunteur : une notion menacée*, *D.* 2000, *chr.* 191.

¹⁶ Cass. avis, 9 octobre 1992, *Bull.*, n° 4 ; Civ. 1^{ère}, 10 avril 1996, *préc.* ; 9 décembre 1997, *préc.*

¹⁷ Cass. avis, 9 octobre 1992, *préc.* ; Civ. 1^{ère}, 9 décembre 1997, *préc.*

¹⁸ J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2000, n° 372.

¹⁹ Ph. Flores et G. Biardeaud, *op. cit.*, qui relèvent (p. 195) que « les professionnels n'ont guère eu de difficultés à s'adapter aux exigences de l'art. L. 311-37 c. consom. pour mettre en place des systèmes de recouvrement rapides et efficaces ».

I – CLARIFIER LES RELATIONS ENTRE LES ETABLISSEMENTS DE CREDIT ET LEURS CLIENTS.

5. Dire qu'il existe un déséquilibre économique énorme entre l'établissement de crédit et ses clients particuliers relève de l'évidence. Mais à ce déséquilibre économique s'ajoute une seconde inégalité, d'ordre intellectuel celle-là, qui tient au fait que la très grande majorité des clients des banques sont dans une situation de complète ignorance au regard de la matière bancaire. Du déséquilibre économique, il résulte que le client n'est pas en mesure de discuter les conditions de l'établissement de crédit, qui lui sont imposées. Du déséquilibre intellectuel, il résulte que le client n'est pas en mesure de connaître et de comprendre les conditions qui lui sont imposées. La nouvelle loi vise à améliorer la situation de la clientèle des établissements de crédit, et notamment de la clientèle non professionnelle, par les dispositions contenues dans ses articles 13, 14 et 16.

6. Exposant les motifs du projet de loi, M. Fabius, ministre de l'économie et des finances, avait présenté l'article 13 (qui était alors l'article 6 du projet de loi) comme visant à « améliorer sensiblement et pour l'ensemble de la clientèle bancaire la transparence de la relation commerciale avec les établissements de crédit », et à « rééquilibrer cette relation en faveur des clients ». L'article 16 (article 8 du projet de loi) devait quant à lui « renforcer la loyauté des annonces publicitaires effectuées par les intermédiaires en opérations de banque ». L'article 14, qui concerne les cartes donnant accès à un crédit à la consommation, ne figurait pas dans la version initiale du projet de loi²⁰.

7. Les mesures visées à l'article 13 concernent les relations des clients avec les établissements de crédit eux-mêmes, tandis que celles visées à l'article 16 concernent leurs rapports avec les intermédiaires en opérations de banque. Ceci explique sans doute la scission en deux articles (qui ne se suivent pas) de ces mesures. En dépit de ce cloisonnement « géographique », les mesures concernées ont toutes le même objectif : garantir une information claire et complète des clients des établissements de crédit, que cette information émane des établissements de crédit eux-mêmes (A) ou des intermédiaires en opérations de banque (B).

A – Clarifier l'information émanant des établissements de crédit.

8. La loi MURCEF du 11 décembre 2001 vise à garantir au client d'un établissement de crédit une information d'une certaine qualité. Pour ce faire, plusieurs articles sont ajoutés au Code monétaire et financier, dont il est dit expressément qu'ils sont d'ordre public²¹. Ces nouvelles dispositions sont insérées dans une section déjà existante du Code monétaire et financier, qui ne comprenait qu'un seul article affirmant le droit à l'ouverture d'un compte de dépôt et les modalités d'exercice de ce droit²². Initialement intitulée « *Droit au compte* », cette section est rebaptisée « *Droit au compte et relations avec le client* ».

Les dispositions de la loi MURCEF concernant l'information émanant des établissements de crédit sont applicables aux établissements de crédit *stricto sensu*, mais

²⁰ Sur cette disposition, v. *infra*, n° 52.

²¹ V. le nouvel article L. 312-1-4 du Code monétaire et financier.

²² Section 1 du Chapitre II du Titre premier du Livre III du Code monétaire et financier.

également aux « *organismes mentionnés à l'article L. 518-1* » de ce Code²³, c'est-à-dire le Trésor public²⁴, la Banque de France, les services financiers de la Poste, l'Institut d'émission des départements d'outre-mer, l'Institut d'émission d'outre-mer, et la Caisse des dépôts et consignations.

Ces nouveaux articles du Code monétaire et financier, dont les conditions d'application seront précisées par un décret en Conseil d'Etat, entreront en vigueur un an après la publication de la loi²⁵, sous réserve des dispositions transitoires particulières²⁶.

9. L'information dont la loi MURCEF veut assurer la qualité peut être reçue par le client dans deux situations distinctes : en tant que partie à la convention de compte de dépôt **(1)** et en tant que destinataire d'une offre de produits ou de prestations de services **(2)**. La désobéissance à ces obligations et prohibitions est cependant sanctionnée par un système unique **(3)**.

1 – L'information reçue par le client partie à la convention de compte de dépôt.

10. En matière de comptes bancaires, la pratique ne se soucie pas toujours de la rédaction de conventions écrites entre les établissements de crédit et leurs clients²⁷, ce qui est susceptible de nuire à l'information des seconds, et notamment des clients non professionnels. Si les conventions de compte de dépôt sont le plus souvent des contrats d'adhésion²⁸, qui ne sont pas discutés entre la banque et ses clients, on peut aller jusqu'à douter qu'il existe seulement un consentement du client à ce type de convention²⁹. De ce fait, la loi MURCEF assure au client une meilleure information lors de la conclusion **(a)**, de la modification **(b)** et de l'exécution de la convention de compte **(c)**. La question du champ d'application de ces dispositions mérite toutefois d'être posée **(d)**.

²³ V. le nouvel article L. 312-1-4 du Code monétaire et financier.

²⁴ Les mesures édictées par la loi MURCEF devraient cependant rester lettre morte concernant les comptes de dépôt ouverts par des particuliers ou des entreprises auprès du Trésor public, ces comptes devant être clôturés au plus tard le 31 décembre 2001 par application de l'arrêté du 2 février 2001 relatif à l'activité de service de dépôts de fonds particuliers exercée par les trésoriers-payeurs généraux (*JO* du 6 février 2001, p. 2009).

²⁵ Article 13 III de la loi MURCEF.

²⁶ V. *infra*, n° 17, concernant l'application des nouvelles obligations des établissements de crédit aux comptes de dépôt ouverts antérieurement à la date d'entrée en vigueur de la loi, et n° 28, concernant l'application de la prohibition des ventes liées et des ventes avec primes aux ventes et offres de vente trouvant leur origine dans des conventions conclues avant cette même date.

²⁷ En ce sens, v. Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, 4^{ème} éd., Litec, 1999, n° 199-2 : « *Moins encore que les autres activités commerciales, le commerce de banque ne s'accommode aisément d'un trop lourd formalisme, générateur de frais et d'immobilisation de capitaux pour les banques et leurs clients. Le régime libéral de preuve de l'article 109 [L. 110-3] du Code de commerce qui s'applique au moins à l'égard de la banque (acte mixte), le renvoi aux conditions générales de la banque et aux usages et la confiance que se font les parties permettent généralement de réduire les formes au minimum* ».

²⁸ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, 4^{ème} éd., Montchrestien, 2001, n° 355 ; Lamy *Droit du financement* 2002, n° 2459 ; Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *op. cit.*, n° 199-4 ; G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t. 2, 16^{ème} éd., LGDJ, 1999, par M. Germain et Ph. Delebecque, n° 2278.

²⁹ Dans l'exposé des motifs du projet de loi, M. Fabius, ministre de l'économie et des finances, avait d'ailleurs présenté le texte comme imposant une « *contractualisation systématique* » (p. 6) des services bancaires et de leur tarification.

a) *L'information reçue lors de la conclusion de la convention de compte.*

11. Dans la pratique actuelle des établissements de crédit, les conditions dans lesquelles la convention de compte de dépôt est conclue avec le nouveau client sont variables. Il apparaît cependant qu'assez fréquemment, l'ouverture d'un compte de dépôt ne donne pas lieu à la rédaction d'un écrit énonçant les obligations réciproques des deux parties, signé par elles, et dont un exemplaire est remis à chacune. La banque se contente souvent de remettre à son client, lors de l'ouverture du compte, un exemplaire ou un extrait de ses conditions générales, et de lui faire signer une « lettre d'ouverture de compte », document rédigé et conservé par elle, et au dos duquel figurent habituellement ses conditions générales ou un extrait de celles-ci³⁰. Par ailleurs, l'établissement de crédit informe ses clients des conditions d'utilisation et du prix des services bancaires par l'affichage du tarif des commissions et intérêts dans les locaux accessibles au public³¹, par la mise à disposition de documents récapitulatifs³² et par des insertions dans les relevés de compte adressés aux clients³³. En l'absence d'écrit constatant la convention de compte de dépôt, celle-ci se voit qualifiée de tacite³⁴.

12. Certes, différents textes affirmaient déjà l'obligation du banquier d'informer son client quant aux services fournis dans le cadre de la convention de compte (outre les textes spécifiques aux intérêts débiteurs³⁵).

Plusieurs articles du Code de la consommation sont en ce sens. Ainsi l'article L. 111-1 de ce Code dispose-t-il que « *tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service* ». Cependant ce texte n'est assorti

³⁰ Lamy *Droit du financement* 2002, n° 2458 ; comp. J. Stoufflet, Juris-classeur *Banque – Crédit – Bourse*, Fasc. *Comptes ordinaires de dépôt*, qui relève (n° 9) que « *l'absence de convention écrite d'ouverture de compte [est une] situation qui devient exceptionnelle* » ; Th. Samin, *Les aspects juridiques de la tarification des services bancaires*, *Banque et droit* septembre-octobre 1999, p. 26, sp. p. 30 : « *En application de [l'article 7 du décret du 24 juillet 1984], les établissements bancaires ont pour la plupart, et bien qu'ils n'y soient théoriquement pas obligés, mis au point, lorsque tel n'était pas déjà le cas, des modèles de conventions de compte, souvent très détaillées, pour les particuliers et les entreprises* ».

³¹ Si les auteurs considèrent l'affichage comme un mode satisfaisant de communication des tarifs bancaires aux clients (Th. Bonneau, *op. cit.*, n° 366 ; Stoufflet, *op. cit.*, n° 19), la jurisprudence ne s'est pas prononcée en ce sens (v. ainsi T. I. Paris, 29 juin 1998, *Gaz. Pal.* 1998, 2, *jur.* 618, estimant nécessaire l'envoi individuel d'une documentation faisant apparaître clairement les tarifs pratiqués, et ce après chaque changement de tarification).

³² V. Paris, 10 octobre 1996, *RDBB* 1997, p. 65, obs. F. J. Crédot et Y. Gérard, admettant le caractère suffisant de la mise à disposition du public en agence d'une plaquette de conditions tarifaires dont l'existence était rappelée dans un bulletin d'information adressé aux clients avec leur relevé de compte.

³³ V. Com., 13 mars 2001, *Bull.* IV, n° 55 ; D. 2001, p. 1239, obs. V. Avena-Robardet ; *RD bancaire et financier* 2001, n° 102, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; *RTD com.* 2001, p. 743, obs. M. Cabrillac, jugeant que l'accord du client à la perception du prix des prestations de service et des frais y afférents par la banque « *peut résulter, pour l'avenir, de leur inscription dans un relevé d'opérations dont la réception par le client n'a été suivie d'aucune protestation ou réserve de sa part* » ; T.I. Boissy-Saint-Léger, 20 juillet 2000, *Banque et droit* mars-avril 2001, p. 52, obs. J.-L. Guillot.

³⁴ Th. Bonneau, *op. cit.*, n° 355 ; Lamy *Droit du financement* 2002, n° 2458 ; J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, 6^{ème} éd., Dalloz, 1995, n° 185 ; *adde* G. Ripert et R. Roblot, *op. cit.*, t. 2, n° 2290, qui emploient le terme à propos du consentement du client.

³⁵ Outre l'article 1905 du Code civil, interprété par les auteurs et la jurisprudence comme exigeant la stipulation expresse d'intérêts, et l'article 1907, disposant que « *le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit* », les dispositions du Code de la consommation relatives au crédit à la consommation et au crédit immobilier imposent la rédaction d'offres préalables comportant des mentions déterminées.

d'aucune sanction. L'article L. 134-1, qui impose aux professionnels vendeurs ou prestataires de services de remettre à toute personne qui en fait la demande un exemplaire des conventions qu'ils proposent habituellement, est quant à lui assorti d'une sanction pénale (contravention de la 5^{ème} classe), prévue par l'article R. 134-1 du Code de la consommation. Mais cette information n'est pas individualisée et repose entièrement sur une initiative du futur client du professionnel. L'article L. 122-3 de ce même Code prévoit quant à lui que le professionnel « *qui aura indûment perçu d'un consommateur un paiement sans engagement exprès et préalable de ce dernier est tenu de restituer les sommes ainsi prélevées* » et de payer un intérêt, mais l'article L. 122-4 ajoutait que la disposition précédente ne faisait pas obstacle « *à la perception d'intérêts, de commissions ou de frais au titre de facilités de caisse ou de découverts bancaires prévus par les conditions générales de banque portées à la connaissance de la clientèle et précisant le montant ou le mode de calcul de ces rémunérations* ».

Par ailleurs, l'information du client d'une banque était déjà prévue par l'article 7 du décret n° 84-708 du 24 juillet 1984, qui dispose que lors de l'ouverture d'un compte, « *les établissements de crédit doivent informer leurs clients sur les conditions d'utilisation du compte, le prix des différents services auxquels il donne accès et les engagements réciproques de l'établissement et du client* ». Cependant, ce texte ne prévoit ni les modalités d'information des clients, ni la sanction du défaut d'information. La doctrine a pu en déduire que l'information pouvait être faite par voie d'affichage³⁶, d'une part, et que l'absence d'information constituerait une faute professionnelle susceptible d'une sanction disciplinaire prononcée par la Commission bancaire sur le fondement de l'article L. 613-21 du Code monétaire et financier³⁷, d'autre part.

13. Dépourvus de sanction et/ou trop peu précis, ces différents textes ne garantissaient pas aux clients des établissements de crédit une information précise quant aux droits et obligations contractés. La remise d'une « plaquette » de conditions générales plus ou moins détaillées et l'affichage plus ou moins visible des tarifs pratiqués suffisaient souvent en pratique à estimer les clients informés. Or cette information était loin d'être certaine, et la situation en résultant n'était satisfaisante pour aucune des parties.

14. La loi MURCEF impose en son article 13 la conclusion d'une convention écrite, qui devra, suppose-t-on, être remise au client. La rédaction de cet écrit sera d'autant plus nécessaire que la perception de sommes ne peut plus être justifiée par la communication préalable au client des « *conditions générales de banque* » qui étaient visées par l'article L. 122-4 du Code de la consommation, cette disposition se trouvant modifiée par la loi MURCEF. Dans la version nouvelle de l'article L. 122-4, la convention de compte de dépôt conclue entre l'établissement de crédit et le client a remplacé les conditions générales de banque.

15. Ce faisant, la loi du 11 décembre 2001 devrait rendre service tout à la fois aux établissements de crédit et à leurs clients.

La communication d'un écrit récapitulatif des différents engagements contractés devrait permettre une meilleure information du client, et avant cela, lui faire prendre conscience du caractère contractuel de sa relation avec la banque. Ce renforcement de l'information du client

³⁶ Th. Bonneau, *op. cit.*, n° 366.

³⁷ Th. Bonneau, *op. cit.*, n° 366 ; Ch. Gavaldà et J. Stoufflet, *op. cit.*, n° 222 ; Th. Samin, *op. cit.*, note 38.

de l'établissement de crédit, objectivement souhaitable, rééquilibre les relations entre professionnels et non-professionnels³⁸.

Les établissements de crédit devraient également trouver leur compte (sans jeu de mots) dans l'obligation de communiquer systématiquement un écrit lors de l'ouverture d'un compte de dépôt. Il devrait ainsi être mis fin au contentieux portant sur le point de savoir si le client a eu ou non connaissance de telle ou telle clause de la convention de compte. On sait que ce contentieux, qui relève du pouvoir souverain des juges du fond³⁹, est largement défavorable aux banques. Toute information non communiquée par le banquier au client doit être considérée comme exclue du champ contractuel⁴⁰. Le banquier souhaitant invoquer une stipulation donnée devra donc démontrer que celle-ci a été communiquée au client et également qu'elle a été acceptée par lui⁴¹. Or le client est protégé en ce domaine, lorsqu'il n'a pas la qualité de commerçant, par les dispositions du Code civil relatives à la preuve⁴². Ainsi l'article 1341 du Code civil impose-t-il la rédaction d'un écrit lorsque l'objet de la convention excède une certaine valeur⁴³, et l'article 1325 requiert que cet écrit soit fait en double, dont un exemplaire sera remis au client, la convention de compte étant de nature synallagmatique. En règle générale, le banquier devra donc rapporter la preuve d'une communication écrite en double⁴⁴. Lorsque l'établissement de crédit invoquera les usages bancaires, il devra encore rapporter la preuve qu'ils ont été acceptés par le client⁴⁵, et ce, doit-on penser, en respectant également les dispositions du Code civil relatives à la preuve⁴⁶. Le client pourra quant à lui rapporter par tous moyens la preuve de l'acceptation d'une stipulation par la banque ou de son propre refus d'une clause, la qualité de commerçant de l'établissement de crédit entraînant à son égard la liberté de la preuve, par application de l'article L. 110-3 du Code de commerce.

16. La loi MURCEF devrait mettre fin à ce « contentieux du consentement ».

Dans sa version initiale, le projet de loi prévoyait que « *les principales stipulations régissant la gestion d'un compte de dépôt d'un client doivent figurer dans une convention de compte écrite passée entre le client et son établissement de crédit* ». Pour éviter les litiges quant à l'étendue de ces « *principales stipulations* », il avait été prévu qu'elles seraient

³⁸ Rapp. J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *op. cit.*, n° 49 : « *le droit à l'information est devenu, à juste titre, l'un des thèmes majeurs de toute politique de défense des consommateurs* ».

³⁹ Com., 24 novembre 1983, *Bull. IV*, n° 322 ; *Gaz. Pal.* 1984, 1, *pan.* 67, note A. Piédelièvre ; *RTD com.* 1984, p. 321, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

⁴⁰ Th. Bonneau, *op. cit.*, n° 366 ; Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *op. cit.*, n° 222 ; pour une position plus nuancée, v. Lamy *Droit du financement* 2002, n° 2459 : « *En droit strict, il faudrait considérer que les clauses que le client n'a pu connaître lui sont inopposables* ».

⁴¹ V. à ce sujet Poitiers, 18 mai 1954, *D.* 1955, *jur.* 365, note F. Goré.

⁴² G. Ripert et R. Roblot, *op. cit.*, t. 2, n° 2278.

⁴³ 5000 francs, selon le décret n° 80-533 du 15 juillet 1980, et 800 euros à compter du 1^{er} janvier 2002 selon le décret n° 2001-476 du 30 mai 2001.

⁴⁴ Selon le professeur Bonneau (*op. cit.*, n° 366), il ne doit pas être possible au banquier de rapporter la preuve de l'acceptation d'une stipulation par le client en invoquant le silence gardé par celui-ci pendant un certain délai après réception d'un relevé de compte ; rapp. Paris, 17 décembre 1990, *D.* 1991, *jur.* 350, note D. R. Martin ; *RTD com.* 1991, p. 419, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié, jugeant que la clause prévoyant l'approbation tacite par le client des opérations de fonctionnement du compte ne concerne pas les frais de gestion ou de tenue du compte ; comp. T.I. Boissy-Saint-Léger, 20 juillet 2000, *préc.*, jugeant que l'absence de réclamation par le client équivalait à l'acceptation des tarifs pratiqués ; Th. Samin, *op. cit.*, p. 31 et 32.

⁴⁵ Com., 4 mai 1999, *Bull. IV*, n° 90 ; *D. affaires* 1999, p. 939, obs. X. D. ; *JCP éd. E* 2000, p. 895, note Ph. Neau-Leduc ; *RTD com.* 1999, p. 731, obs. M. Cabrillac ; *RDBB* 1999, p. 121, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; *D.* 2000, *jur.* 191, note J. Djoudi ; v., déjà, Paris, 4 janvier 1934, *DH* 1934, p. 105.

⁴⁶ Certains auteurs estiment cependant que la connaissance de l'usage pourra être supposée en présence d'un client « *particulièrement averti des procédés bancaires* » (v. ainsi Th. Bonneau, *op. cit.*, n° 12 ; J. Djoudi, note *préc.* sous Com., 4 mai 1999).

« précisées par un arrêté du ministre chargé de l'économie pris après avis du comité consultatif institué à l'article L. 614-6 » du Code monétaire et financier⁴⁷.

Pendant, cette rédaction impliquait la possibilité pour la banque de se dispenser de communiquer par écrit au client les « stipulations non principales ». La rapporteure du projet de loi à l'Assemblée nationale a de ce fait souhaité que l'intégralité de la convention fasse l'objet d'un écrit communiqué au client⁴⁸. L'obligation de communication d'un écrit a ainsi été libérée de toute référence à la notion de stipulations principales⁴⁹. Cette notion est toutefois toujours présente dans le texte définitif de la loi MURCEF, les parlementaires ayant d'ailleurs entrepris d'identifier ces « principales stipulations » de la convention de compte. Celles-ci sont toujours précisées par un arrêté du ministre de l'économie, mais la loi dispose, suite aux interventions de l'Assemblée nationale et du Sénat, que ces stipulations principales sont « notamment les conditions générales et tarifaires d'ouverture, de fonctionnement et de clôture »⁵⁰.

17. Indépendamment des vicissitudes de la rédaction du texte, il convient d'approuver l'introduction de cette obligation nouvelle dans notre droit, au vu des difficultés qu'elle permettra d'éviter. Toutefois, les contraintes imposées aux banques par la nouvelle loi apparaissent lourdes.

Les établissements de crédit devront s'adapter à la communication systématique d'un exemplaire écrit de la convention de compte, cette obligation entrant en vigueur un an après la publication de la loi⁵¹, c'est-à-dire le 12 décembre 2002.

De plus, les conventions conclues avant la date d'entrée en vigueur de la loi devront le cas échéant être « mises en conformité » avec cette nouvelle obligation, qui s'appliquera à ces comptes à compter du 1^{er} janvier 2003⁵². A cette fin, les banques devront transmettre à leurs clients, au plus tard le 1^{er} juillet 2002, pour les comptes ouverts avant cette date, et au plus tard le 12 décembre 2002 pour les comptes ouverts entre le 1^{er} juillet 2002 et cette date, un « projet de convention de compte ». On comprend de ce terme que la convention de compte concernée n'est pas encore formée, puisque le projet de contrat est par définition antérieur à la conclusion du contrat projeté. Le texte de la loi MURCEF confirme cette analyse, son article 13 III 1^o ajoutant que « l'absence de contestation par le client dans un délai de trois mois après réception du projet de convention vaut acceptation de la convention de compte ». C'est donc que l'acceptation du client n'avait pas encore été donnée, ce qui implique que la relation entre le banquier et son client en était encore au stade de l'offre ! C'est là une manière originale de garantir que les clients des établissements de crédit ont effectivement consenti à leur convention de compte : tous les comptes de dépôt ouverts à la date d'entrée en vigueur de la loi et n'ayant pas donné lieu à rédaction d'un écrit sont considérés comme reposant sur une

⁴⁷ D'après ce texte, ce Comité consultatif, présidé par une personnalité choisie en raison de sa compétence en matière bancaire et financière et composé en majorité et en nombre égal de représentants des établissements de crédit et de la clientèle, est « chargé d'étudier les problèmes liés aux relations entre les établissements de crédit et leur clientèle et de proposer toutes mesures appropriées dans ce domaine, notamment sous forme d'avis et de recommandations d'ordre général ».

⁴⁸ Rapport à l'Assemblée nationale statuant en première lecture, p. 40.

⁴⁹ Amendement n° 7 adopté par l'Assemblée nationale statuant en première lecture (2^{ème} séance du 2 mai 2001, JO du 3 mai 2001, p. 2590).

⁵⁰ V. l'amendement n° 31 adopté par le Sénat en première lecture (JO du 7 juin 2001, p. 2780) et l'amendement n° 15 adopté par l'Assemblée en deuxième lecture (JO du 28 juin 2001, p. 5190).

⁵¹ Article 13 III de la loi MURCEF.

⁵² Article 13 III 1^o de la loi MURCEF.

convention n'ayant pas encore été conclue, alors même que la relation de compte entre la banque et le client a pu recevoir exécution depuis des années⁵³ !

18. Il faut enfin souhaiter que la communication écrite soit la plus large possible, même si la rapporteure du projet de loi à l'Assemblée nationale a envisagé que les établissements de crédit puissent procéder par simple renvoi aux conditions générales de banque pour les « opérations les plus rares »⁵⁴. Le principe du caractère écrit de la convention n'a en tous les cas jamais été remis en cause lors des discussions successives portant sur le texte. Pour conclure sur ce point, il faut ajouter que le recours à l'écrit électronique devrait grandement faciliter la tâche des banques.

b) L'information reçue lors de la modification de la convention de compte.

19. Le nouvel article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier encadre également la modification de la convention de compte, du moins celle de la tarification des services proposés aux clients – modification pratiquée généralement chaque année par les banques et communiquée par l'envoi de conditions générales modifiées ou de relevés de compte mentionnant la nouvelle tarification. Selon le texte, « *Tout projet de modification du tarif des produits et services faisant l'objet de la convention doit être communiqué par écrit au client trois mois avant la date d'application envisagée. L'absence de contestation par le client dans un délai de deux mois après cette communication vaut acceptation du nouveau tarif* ». Un système d'acceptation implicite des modifications tarifaires est donc mis en place.

20. Il semble qu'il existait un consensus entre les banques et les associations de consommateurs⁵⁵ sur les délais suivants : communication du projet de modification deux mois avant la date d'application envisagée, et acceptation du client résultant du silence gardé pendant un mois après réception du projet. Cependant, l'Assemblée nationale a tenu à augmenter les délais prévus par le texte à trois et deux mois respectivement⁵⁶, contre l'avis – initialement du moins – de sa rapporteure⁵⁷ et contrairement à l'opinion maintenue par le Sénat lors des deux lectures du texte⁵⁸. Par ailleurs, les députés ont ajouté lors de la deuxième lecture du texte un amendement aux termes duquel aucune somme ne pouvait être exigée du

⁵³ En cas de contestation du projet de convention de compte de la part du client, cette convention devrait se trouver dépourvue d'existence, le client n'y ayant pas consenti. Se posera alors la question du sort des opérations conclues antérieurement par le biais du compte. Il apparaît inconcevable – et entièrement contraire à l'intention du législateur – de les considérer comme nulles ou caduques. La nouvelle loi amène pourtant à se poser la question, ce qu'elle aurait pu éviter en prévoyant l'envoi d'un exemplaire écrit de la convention, plutôt que d'un « projet », et en précisant que l'absence de contestation de la part du client emporterait la poursuite de la convention aux mêmes conditions.

⁵⁴ Rapport à l'Assemblée nationale statuant en première lecture, p. 40, selon lequel « *les conventions individuelles pourraient d'ailleurs renvoyer [aux conditions générales de banque] pour les opérations les plus rares, qui ne seraient pas nécessairement envisagées dans leur cadre* ».

⁵⁵ Consensus obtenu dans le cadre de la commission réunissant établissements de crédit et associations de consommateurs et conduite par Benoît Jolivet.

⁵⁶ Amendement n° 79, adopté par l'Assemblée nationale en première lecture (*JO* du 3 mai 2001, p. 2590) ; amendement n° 16, adopté en deuxième lecture (*JO* du 29 juin 2001, p. 5190) ; rédaction conservée en dernière lecture.

⁵⁷ *JO* du 3 mai 2001, p. 2590.

⁵⁸ Les Sénateurs ont ramené les délais à deux et un mois tant en première lecture (amendement n° 32, *JO* du 7 juin 2001, p. 2781) qu'en deuxième lecture (amendement n° 16, *JO* du 11 octobre 2001, p. 3954).

client au titre de la clôture ou du transfert de son compte en cas de contestation d'une modification substantielle de la convention de compte⁵⁹. Cette mesure, qui avait déjà fait l'objet d'un amendement rejeté par le Sénat⁶⁰, vise à combattre une pratique bancaire conduisant à facturer au client, à cette occasion, une somme comprise entre 150 et 200 francs⁶¹. Enfin, les députés ont écarté une limitation votée par les sénateurs, aux termes de laquelle le nouveau dispositif ne s'appliquait pas « à la modification du taux des intérêts débiteurs ou créditeurs »⁶².

21. Indépendamment de la question – politique – des délais, on doit approuver la préoccupation du législateur d'encadrer la modification des conventions de compte. La nouvelle mesure rejoint d'ailleurs les obligations déjà prises par les banques dans la Charte des services bancaires de base, « *sorte de convention collective* »⁶³ adoptée en 1992 par la profession. Les banques s'étaient alors engagées à ne modifier la gamme des prestations convenues qu'après un délai raisonnable. La loi MURCEF fait par ailleurs preuve de souplesse en évitant de recourir à un système d'accord exprès du client sur les nouveaux tarifs, ce qui aurait bloqué le processus d'évolution des tarifs bancaires.

Cependant, on peut reprocher au texte, outre son imprécision quant aux sanctions encourues par l'établissement de crédit en cas de non-respect du délai de préavis⁶⁴, de rester silencieux quant aux modifications de la convention de compte ne modifiant pas la tarification des services. En vertu de l'exigence du *mutuus dissensus*, la banque ne doit pas pouvoir, sauf stipulation contraire, modifier unilatéralement les stipulations de la convention de compte. L'accord du client est donc requis par principe. Mais dans quelles conditions le silence du client pourra-t-il valoir acceptation des modifications décidées par l'établissement de crédit ? Ces modifications ne méritaient-elles pas qu'un délai de préavis et un délai d'acceptation soient prévus par le législateur ? D'autre part, on peut s'interroger sur la nécessité pour la banque de communiquer à son client un écrit reprenant les nouvelles stipulations de la convention. On peut penser que la banque, qui a déjà l'obligation de fournir au client un écrit reprenant la convention⁶⁵, doit lui adresser un écrit mis à jour en cas de modification de la convention. Mais là encore, il aurait été plus simple que la nouvelle loi le dise expressément.

c) L'information reçue lors de l'exécution de la convention de compte.

22. Le nouvel article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier dispose par ailleurs qu'à défaut de stipulation contraire de la convention de compte, « *toutes les opérations en crédit et en débit d'un compte de dépôt doivent être portées à la connaissance du client à intervalle régulier n'excédant pas un mois* ».

⁵⁹ Amendement n° 17, *JO* du 29 juin 2001, p. 5190.

⁶⁰ Amendement n° 97 rectifié *bis*, rejeté par le Sénat en première lecture (*JO* du 8 juin 2001, p. 2781). En deuxième lecture, le Sénat avait supprimé la disposition votée par les députés (amendement n° 17, *JO* du 11 octobre 2001, p. 3955).

⁶¹ Chiffres cités par le sénateur Marini devant le Sénat statuant en première lecture (*JO* du 8 juin 2001, p. 2781).

⁶² La limitation avait été ajoutée par le Sénat statuant en deuxième lecture (amendement n° 69, *JO* du 10 octobre 2001, p. 3954).

⁶³ G. Ripert et R. Roblot, *op. cit.*, t. 2, n° 2277-1.

⁶⁴ V. *infra*, n° 50.

⁶⁵ V. *supra*, n° 14.

23. Ce texte, qui n'a fait l'objet d'aucune discussion lors des examens du projet de loi par le Parlement, ne fait qu'institutionnaliser la pratique bancaire⁶⁶, tout en prévoyant la possibilité pour la convention de compte de déroger à cette information mensuelle. Cette dernière précision permettra d'adresser moins fréquemment les relevés d'opérations relatifs aux comptes peu actifs, avec l'accord de leurs titulaires.

24. Il convient encore de noter que l'information régulière et à échéance rapprochée du client par l'établissement de crédit est également utile à ce dernier, en ce qu'elle lui permet de mettre plus fréquemment en œuvre la stipulation généralement insérée dans la convention de compte, aux termes de laquelle le client est présumé avoir accepté les opérations mentionnées dans le relevé d'opérations à défaut de protestation pendant un délai déterminé (un mois le plus souvent)⁶⁷.

d) Le champ d'application des nouvelles obligations.

25. Les différentes obligations mises à la charge des établissements de crédit par la loi MURCEF du 11 décembre 2001 concernent la conclusion, la modification et l'exécution des conventions de compte de dépôt. *A contrario*, ces nouvelles obligations ne sont pas applicables quand le client a ouvert un compte courant, ce qui sera le plus souvent le cas lorsque le client sera un professionnel agissant pour les besoins de sa profession. La nouvelle loi protège donc les seuls clients non professionnels des banques. Ce n'était pourtant pas l'objectif initial du Gouvernement puisque l'exposé des motifs du projet de loi présentait celui-ci comme devant bénéficier à « *l'ensemble de la clientèle bancaire* »⁶⁸, alors que le texte visait déjà les seules conventions de compte de dépôt. Il apparaît cependant que le Gouvernement et les parlementaires ont ensuite pris conscience du fait que le texte avait un champ d'application limité. M. Fabius, ministre de l'économie et des finances, pouvait ainsi présenter le texte à l'Assemblée nationale comme traitant du « *droit du consommateur bancaire* ». Mme Bricq, rapporteure du texte, affirmait quant à elle que « *l'objectif du projet de loi est d'apporter des garanties nouvelles à la clientèle modeste des établissements bancaires* »⁶⁹.

Une incertitude sur la *ratio legis* du texte a donc existé. On peut d'autre part émettre des doutes quant à la précision et à la simplicité d'emploi du critère d'application retenu.

26. On sait en effet que la distinction entre les deux catégories de compte est particulièrement difficile⁷⁰, au point d'être niée par certains auteurs⁷¹.

⁶⁶ Le professeur Grua (*Les contrats de base de la pratique bancaire*, Litec, 2000, n° 72) pouvait relever, antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi MURCEF, que la pratique bancaire consistant à adresser périodiquement aux clients un relevé de compte était « *certainement devenue obligatoire en ayant acquis valeur d'usage* ».

⁶⁷ Sur cette clause et sa réception jurisprudentielle, v. F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté – instruments de crédit et de paiement*, 5^{ème} éd., LGDJ, 2001, n° 892 ; Th. Bonneau, *op. cit.*, n° 369 ; Ch. Gavaldà et J. Stoufflet, *op. cit.*, n° 259 et s. et les décisions citées par ces auteurs.

⁶⁸ V. l'exposé des motifs du projet de loi, *Doc.* n° 2990 (Assemblée nationale), p. 6.

⁶⁹ Rapport fait au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan, préalablement à la première lecture du texte par l'Assemblée nationale (*Doc.* n° 3028), p. 35.

⁷⁰ F. Pérochon et R. Bonhomme, *op. cit.*, n° 882 : « *S'il est une distinction qui laisse perplexe c'est bien celle qui oppose le compte de dépôt au compte courant* » ; Th. Bonneau, *op. cit.*, n° 353 : « *On peut donc dire, selon l'aspect que l'on veut faire ressortir, qu'il y a une unité relative ou une dualité relative du compte de dépôt* ».

Le compte de dépôt est, comme le compte courant, une convention-cadre de l'exécution d'un certain nombre de services bancaires. Le compte de dépôt, réservé aux particuliers, serait cependant d'un fonctionnement relativement simple, en ce qu'il se contenterait d'enregistrer un dépôt initial, modifié par des dépôts et retraits ultérieurs. Le compte de dépôt ne verrait de remises que de la part du client. En revanche, le fonctionnement du compte courant, ouvert aux professionnels et notamment aux commerçants, serait plus riche puisque ce type de compte accueille nécessairement des remises réciproques de la part du client et du banquier (escomptes, avances diverses, autorisation de découvert)⁷². Mais cette distinction est actuellement troublée par le fait que le compte de dépôt comporte souvent, en pratique, des remises réciproques de la part du banquier et du client, résultant de l'utilisation des moyens de paiements scripturaux, de l'octroi de crédits par le banquier⁷³, etc. Par ailleurs, il est envisageable qu'un non-professionnel ouvre un compte courant et qu'un professionnel ouvre un compte de dépôt⁷⁴.

L'intention des parties permet de qualifier leur convention de compte de dépôt ou de compte courant⁷⁵. Mais encore faut-il que leur accord corresponde au mécanisme du compte courant, le juge ne s'arrêtant pas à la seule intention exprimée par les parties⁷⁶.

27. La référence à la notion de compte de dépôt n'était donc pas le moyen le plus précis de déterminer le champ d'application des nouvelles mesures. Il aurait sans doute été préférable de viser les comptes ouverts par une personne n'agissant pas pour ses besoins professionnels. Un amendement en ce sens avait été présenté devant le Sénat statuant en deuxième lecture, mais a été retiré après que des avis défavorables aient été émis par la commission des finances et par le Gouvernement⁷⁷. Sans doute la rédaction proposée, qui ne visait que la « *personne physique n'agissant pas pour ses besoins professionnels* » était-elle trop restrictive, privant du bénéfice des nouvelles dispositions les personnes morales poursuivant un but non lucratif. Mais la rédaction sénatoriale présentait l'avantage d'éviter d'avoir à résoudre la question difficile de la distinction entre compte de dépôt et compte courant.

2 – L'information reçue par le client destinataire d'une offre de produits ou de prestations de services.

et du compte courant » ; I. Trouche-Doerflinger, *La distinction entre compte de dépôt et compte courant, Petites affiches* du 12 juin 1998, p. 4.

⁷¹ J. Belot, *Compte de dépôt et compte courant en matière bancaire (de la dualité à l'unité)*, *RJ com.* 1985, p. 41 ; F. J. Crédot et Y. Gérard, obs. sous Com., 22 mai 1991, *RDBB* 1991, p. 141.

⁷² F. Pérochon et R. Bonhomme, *op. cit.*, n° 883 à 885 ; Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *op. cit.*, n° 295 et 296.

⁷³ F. Pérochon et R. Bonhomme, *op. cit.*, n° 885 ; Th. Bonneau, *op. cit.*, n° 348 ; I. Trouche-Doerflinger, *op. cit.*, n° 15.

⁷⁴ J. Belot, *op. cit.*, n° 5 ; F. Pérochon et R. Bonhomme, *op. cit.*, n° 883, ces dernières estimant que le consommateur bénéficiera, quel que soit le type de compte dont il est titulaire, des règles protectrices édictées par le Code de la consommation (*op. cit.*, n° 885). Mmes Pérochon et Bonhomme relèvent ainsi que le titulaire du compte pourra invoquer l'application de la réglementation des clauses abusives (articles L. 132-1 et suivants du Code de la consommation) et celle relative au crédit à la consommation (articles L. 311-1 et suivants du même Code) en cas d'autorisation de découvert de plus de trois mois.

⁷⁵ Com., 13 janvier 1970, *Bull. IV*, n° 6 ; 28 mai 1999, *RDBB* 1999, p. 120, obs. F. J. Crédot et Y. Gérard ; Th. Bonneau, *op. cit.*, n° 341 ; Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *op. cit.*, n° 291 et 291-1.

⁷⁶ Com., 28 mai 1999, préc. ; 9 janvier 2001, *Bull. IV*, n° 1 ; 9 octobre 2001, *D.* 2001, p. 3191, obs. X. Delpech ; Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *op. cit.*, n° 292 et s.

⁷⁷ Amendement n° 68, *JO* du 11 octobre 2001, p. 3954.

28. La loi MURCEF renforce les droits du client d'un établissement de crédit non seulement en sa qualité de partie à une convention de compte de dépôt, mais également en tant que destinataire d'offres émanant de la banque. Pour ce faire, l'interdiction des ventes liées et l'interdiction des ventes avec primes, édictées par des dispositions du Code de la consommation, sont transposées au secteur bancaire.

Aux termes de l'article 13 III de la loi du 11 décembre 2001, les prohibitions édictées par la loi nouvelle s'appliquent un an après sa publication (et donc le 12 décembre 2002) et à compter du 1^{er} janvier 2003 concernant les « *ventes ou offres de vente qui trouvent leur origine dans des conventions conclues avant l'entrée en vigueur* » de la loi. Il est louable de la part du législateur de prévoir une mesure de droit transitoire plutôt que de laisser planer l'incertitude quant à l'applicabilité d'une loi nouvelle aux situations déjà constituées avant son entrée en vigueur. Les termes choisis par les auteurs de la loi MURCEF sont malheureusement entachés d'une certaine ambiguïté. Quelles peuvent être ces ventes ou offres de vente naissant de conventions conclues antérieurement ? A-t-on voulu sanctionner les ventes déjà formées suite à l'acceptation d'une offre liée ou d'une offre avec prime ? On peut penser que non, au vu des termes retenus. Il aurait été préférable en ce cas de viser les « *ventes conclues avant l'entrée en vigueur de la présente loi et les offres émises avant cette date* ». Par ailleurs, une telle solution, qui punirait de sanctions pénales des faits commis avant que le législateur ne les qualifie de délits, se heurterait au principe de la non-rétroactivité de la loi pénale⁷⁸. Il faut donc penser que seules les offres émises après l'entrée en vigueur de la loi et les contrats conclus après cette date sont soumis aux prohibitions édictées par le nouveau texte, qui transpose au secteur bancaire tant l'interdiction des ventes liées (**a**) que celle des ventes avec primes (**b**).

a) La transposition de l'interdiction des ventes liées.

29. Le nouvel article L. 312-1-2 du Code monétaire et financier interdit en son premier alinéa « *la vente ou offre de vente de produits ou de prestations de services groupés sauf lorsque les produits ou prestations de services inclus dans l'offre groupée peuvent être achetés individuellement ou lorsqu'ils sont indissociables* ».

30. Ce faisant, le législateur a voulu protéger le consentement du client d'un établissement de crédit. Ce dernier n'est pas à même d'apprécier clairement l'intérêt du service proposé par la banque au regard du prix demandé si ce service est « noyé » dans un ensemble de prestations.

L'article L. 122-1 du Code de la consommation interdisait déjà de subordonner une vente ou une prestation de service à une autre vente ou prestation de service. Cependant, cette disposition apparaissait inapplicable au secteur bancaire en raison d'un jeu de textes particulier. Le second alinéa de l'article L. 122-1 du Code de la consommation dispose que l'interdiction édictée par le premier alinéa « *s'applique à toutes les activités visées au dernier alinéa de l'article L. 113-2* ». Or ce texte ne fait que reproduire l'article 53 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, devenu depuis l'article L. 410-1 du Code de commerce, aux termes duquel « *les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ». Mais

⁷⁸ Article 7 1° de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et article 112-1 du Code pénal.

l'article L. 511-4 du Code monétaire et financier dispose simultanément que s'appliquent aux opérations de banque les articles L. 420-1 à L. 420-4 du Code de commerce, relatifs aux ententes, abus de position dominante et de dépendance économique, ce qui suppose *a contrario* que les autres dispositions du droit de la concurrence ne s'appliquent pas aux opérations de banque⁷⁹. L'interdiction des ventes liées et des ventes avec primes ayant été transférée de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 au Code de la consommation, on peut déduire du rapprochement de ces différents textes l'inapplicabilité de l'article L. 122-1 du Code de la consommation à ces mêmes opérations de banque. La doctrine s'est prononcée en ce sens⁸⁰, et les travaux parlementaires ont postulé l'inapplicabilité du droit de la consommation au secteur bancaire⁸¹.

31. Il est certain qu'après l'entrée en vigueur du nouvel article L. 312-1-2 du Code monétaire et financier, les offres liées seront interdites de la part des établissements de crédit. La transposition de l'article L. 122-1 du Code de la consommation au secteur bancaire appelle cependant deux observations.

D'une part, on peut éprouver une certaine perplexité quant au terme de « *vente* » retenu par la loi MURCEF, les ventes conclues avec les clients ne constituant pas l'essentiel des activités des banques⁸², qui fournissent surtout, sans vente au sens juridique du terme, des prestations de services⁸³. Il aurait été préférable d'interdire les offres liées, sans précision sur les contrats visés par ces offres.

D'autre part, l'absence de toute référence à la qualité de consommateur ou de non-professionnel du client, ou à la notion de compte de dépôt, confère à la prohibition des offres liées un champ d'application extrêmement vaste. Tout client d'un établissement de crédit – personne physique ou personne morale, professionnel ou non, commerçant ou non – bénéficie de la protection instaurée par la loi nouvelle. On peut penser que ce large champ d'application est conforme à l'intention initiale du Gouvernement, qui souhaitait que les mesures améliorant la transparence de la relation bancaire bénéficient à « *l'ensemble de la clientèle bancaire* »⁸⁴. Mais l'interdiction apparaît aller plus loin encore et être applicable à toute offre

⁷⁹ En ce sens, Civ. 1^{ère}, 11 octobre 1994, *Bull.* I, n° 289 ; *D.* 1994, IR 241 ; *RDBB* 1994, p. 259, obs. F. J. Crédot et Y. Gérard ; Paris, 12 novembre 1996, *D. affaires* 1996, p. 1369 ; v. également Th. Bonneau, *op. cit.*, n° 221.

⁸⁰ F. J. Crédot et Y. Gérard, obs. préc. sous Civ. 1^{ère}, 11 octobre 1994.

⁸¹ En ce sens, v. le Rapport de Mme Bricq à l'Assemblée nationale statuant en première lecture sur le projet de loi, p. 35 : « *Il faut en effet rappeler que seules les opérations mentionnées à l'article L. 511-3 du code monétaire et financier, c'est-à-dire les activités autres que les opérations de banque et les opérations connexes aux opérations de banque, relèvent du droit de la consommation. Cette spécificité du secteur des établissements de crédit, pour les opérations de banque et les opérations connexes à ces opérations, s'explique largement par l'existence, pour le banquier, d'un risque financier dont le niveau ne peut qu'être laissé à sa libre appréciation, dès lors qu'il entre en relation dite d'affaires avec un client. Cette relation est, en effet, d'une durée indéfinie et l'expérience montre qu'elle est habituellement beaucoup plus longue que celle d'une simple transaction commerciale* » ; v. également le rapport de M. Marini au Sénat statuant en première lecture (p. 35), et comportant des propos similaires.

⁸² Les ventes faites par les établissements de crédit à leurs clients consisteront, dans le cadre des opérations de banque (article L. 311-1 du Code monétaire et financier), dans la vente des biens faisant l'objet des contrats de crédit-bail, et dans le cadre des opérations connexes aux opérations de banque (article L. 311-2 du même Code) dans « *la vente de valeurs mobilières et de tout produit financier* ».

⁸³ L'article L. 311-1 du Code monétaire et financier, qui énumère les opérations de banque, ne vise ainsi que « *la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à la disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement* ».

⁸⁴ V. l'exposé des motifs du projet de loi, p. 6 et *supra*, n° 25.

émanant d'un établissement de crédit, y compris lorsqu'elle est adressée à une personne avec laquelle il n'entretenait préalablement aucune relation⁸⁵.

32. Le principe même de la mesure n'a pas fait l'objet de discussions lors des débats parlementaires. L'Assemblée nationale et le Sénat se sont en revanche opposés quant à son champ d'application. Le Sénat était favorable à une conception restrictive des « *services groupés* », qui devaient l'être « *avec le compte de dépôt* »⁸⁶. L'Assemblée nationale, qui a statué en dernière lecture sur le texte, a finalement imposé une conception plus large de l'interdiction des offres liées, libérée de toute référence à la convention de compte.

Le principe d'interdiction des offres liées supporte cependant deux exceptions, prévues par la loi du 11 décembre 2001. La première concerne le cas où les services ou produits faisant l'objet d'une offre groupée peuvent également être fournis de manière détachée. Cette exception, déjà retenue en droit de la consommation⁸⁷, permet au professionnel de proposer des conditions plus avantageuses pour une offre globale dont il est par ailleurs possible d'obtenir séparément les différents éléments. La seconde exception prévue par la loi MURCEF est spécifique au secteur bancaire et concerne les offres de services indissociables. Cette notion n'est pas définie par la loi. Lors des débats parlementaires, ont été envisagés comme des offres indissociables les « *produits bancaires complexes tels que les avantages afférents à certaines cartes de paiement* »⁸⁸. En revanche, a été évoqué comme « *cas abusif* » visé par la prohibition la souscription d'une carte de paiement « *dont la délivrance inclurait nécessairement des services d'assurance plus ou moins redondants avec les autres assurances de base dont dispose par ailleurs le client* »⁸⁹.

b) La transposition de l'interdiction des ventes avec primes.

33. Le nouvel article L. 312-1-2 du Code monétaire et financier interdit par ailleurs « *toute vente ou offre de vente de produits ou de prestations de services faite au client et donnant droit à titre gratuit, immédiatement ou à terme, à une prime financière ou en nature de produits, biens ou services dont la valeur serait supérieure à un seuil fixé, en fonction du type de produit ou de service offert à la clientèle, par un règlement pris par arrêté du ministre chargé de l'économie, pris après avis du comité consultatif institué à l'article L. 614-6* ».

34. C'est là encore le consentement du client de l'établissement de crédit que l'on a voulu protéger, en empêchant les banques de recourir à des « *petits cadeaux de nature à brouiller la concurrence sur les véritables enjeux pour le consommateur* »⁹⁰. La pratique qui est ici prohibée ne consiste pas à imposer au client la fourniture simultanée ou promise de plusieurs services bancaires (les « *ventes* » liées, également réprimées par la loi MURCEF), mais à l'inciter à contracter par la fourniture d'un bien ou d'un service présentée comme

⁸⁵ A la différence de l'interdiction des ventes avec primes, l'article L. 312-1-2 I 2. visant à cet égard l'offre de vente « *faite au client* » (v. *infra*, n° 35).

⁸⁶ Amendement n° 70, adopté par le Sénat lors de la deuxième lecture du texte (*JO* du 11 octobre 2001, p. 3955).

⁸⁷ Mémento Lefebvre *Concurrence – consommation* 2002, n° 4504.

⁸⁸ Rapport de Mme Bricq à l'Assemblée nationale statuant en première lecture, p. 46.

⁸⁹ Rapport de Mme Bricq à l'Assemblée nationale statuant en première lecture, p. 45.

⁹⁰ L'expression est de M. Patriat, secrétaire d'Etat à la consommation, lors de la présentation du projet de loi à l'Assemblée nationale préalablement à la deuxième lecture du texte (2^{ème} séance du 28 juin 2001, *JO* du 28 juin 2001, p. 5171).

dépourvue de contrepartie⁹¹. L'article L. 121-35 du Code de la consommation, qui prohibait les ventes avec primes, n'interdisait cependant que la prime en nature, c'est-à-dire l'attribution d'un service ou d'un bien autre qu'une somme d'argent⁹². La prohibition édictée par le nouvel article L. 312-1-2 du Code monétaire et financier est plus large en ce que ce texte vise également la « *prime financière* ».

35. Le champ d'application de l'interdiction des offres avec primes n'est pas limité à une catégorie déterminée de clients – consommateurs par exemple. Cependant, on peut penser que les offres adressées à des personnes avec lesquelles la banque n'est pas encore en relation sont soustraites à la prohibition des offres avec primes, la loi visant « *l'offre faite au client* ». Ce serait là une différence avec l'interdiction des offres liées. En revanche, l'utilisation du terme de « vente » apparaît aussi peu appropriée concernant l'interdiction des offres avec primes que l'interdiction des offres liées⁹³.

36. Tout comme l'interdiction des offres liées, le principe de l'interdiction des offres avec primes n'a pas été discuté lors des débats parlementaires. En revanche, deux questions liées à la portée de l'interdiction ont opposé députés et sénateurs.

D'une part, les sénateurs voulaient voir l'interdiction limitée, comme la prohibition des offres liées, aux primes assortissant les offres faites au client avec le compte de dépôt⁹⁴. Cette limitation n'a pas été retenue par les députés.

D'autre part, une question technique relative à l'exception à l'interdiction a opposé les deux chambres parlementaires. L'exception retenue tient à la modicité de la prime offerte au client par l'établissement de crédit. Mais là où l'article L. 121-35, alinéa 2 du Code de la consommation visait les « *menus objets ou services de faible valeur* », le nouvel article L. 311-1-2 I 2 du Code monétaire et financier admet la licéité de l'offre assortie d'une « *prime financière ou en nature de produits, biens ou services* » dont la valeur n'est pas « *supérieure à un seuil fixé, en fonction du type de produit ou de service offert à la clientèle, par un règlement pris par arrêté du ministre chargé de l'économie, pris après avis du comité consultatif institué à l'article L. 614-6 [du Code monétaire et financier]* ». Le Sénat souhaitait que le seuil d'interdiction des ventes avec primes soit déterminé par un règlement du Comité de la réglementation bancaire et financière⁹⁵. Les députés ont préféré donner compétence, en accord avec le Gouvernement, au ministre de l'économie⁹⁶.

3 – La sanction de la violation des obligations d'information imposées aux banques par la loi nouvelle.

37. En cas de manquement aux nouvelles obligations qu'elle impose aux établissements de crédit quant à la conclusion et à la modification de la convention de compte, d'une part, en cas de violation de l'interdiction des offres liées et des offres avec primes, d'autre part, la loi du 11 décembre 2001 prévoit des sanctions (c). Mais le législateur s'est

⁹¹ Rapp. J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *op. cit.*, n° 155, qui relèvent que la méthode des ventes avec primes « *conduit certains consommateurs à fonder leurs choix sur des raisons futiles et à oublier les critères de qualité et de prix* ».

⁹² V. J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *op. cit.*, n° 156.

⁹³ V. *supra*, n° 31.

⁹⁴ Amendement n° 70, adopté par le Sénat en deuxième lecture (*JO* du 11 octobre 2001, p. 3955).

⁹⁵ Amendement n° 18, adopté par le Sénat en deuxième lecture (*JO* du 11 octobre 2001, p. 3955).

⁹⁶ Amendement rectifié n° 74, *JO* du 29 juin 2001, p. 5191.

également préoccupé des stades antérieurs au prononcé de ces sanctions : constatation des manquements (a) et recours à un système de médiation institué à cet effet (b).

a) La constatation des manquements.

38. Le nouvel article L. 312-1-2 du Code monétaire et financier prévoit que des agents de la Banque de France commissionnés par le ministre de l'économie, d'une part, et des fonctionnaires habilités à relever les infractions aux obligations relatives à l'information des consommateurs sur les prix et conditions particulières de vente, aux interdictions de ventes avec primes, de refus de vente et de ventes liées, d'autre part, sont qualifiés pour rechercher et constater par procès-verbal les manquements des établissements de crédit aux obligations et interdictions édictées par la loi MURCEF. La seconde catégorie est, bien que la loi ne le dise pas expressément, constituée d'agents de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF)⁹⁷. Toutes les obligations nouvellement instituées par la loi du 11 décembre 2001 ne sont pas concernées par le dispositif de constatation des infractions mis en place, l'obligation d'information mensuelle du client relative aux opérations effectuées sur son compte n'étant pas visée.

39. Bien que l'habilitation de fonctionnaires de la Banque de France à constater par procès-verbal des infractions ne soit pas habituelle, elle a été justifiée lors des débats parlementaires par les besoins particuliers et le caractère technique du secteur bancaire⁹⁸.

40. La nouvelle loi apporte par ailleurs quelques précisions quant à l'exécution de leur mission d'investigation par les agents de la Banque de France et de la DGCCRF. Avant tout, le secret professionnel ne pourra leur être opposé par les établissements de crédit. D'autre part, ces agents pourront accéder entre huit et vingt heures aux locaux à usage professionnel des banques, demander la communication de tous documents professionnels et en prendre copie, recueillir sur place ou sur convocation renseignements et justifications. Enfin, les procès-verbaux constatant les infractions seront transmis au procureur de la République dans les cinq jours suivant leur établissement, et une copie devra en être remise à l'intéressé.

b) Le recours à la médiation.

41. La loi MURCEF institutionnalise la pratique de la médiation bancaire, déjà mise en œuvre par certaines banques⁹⁹ pour régler de manière non judiciaire les litiges les opposant à leur clientèle. Par l'intromission d'un tiers au sein de leur différend, les parties vont parvenir à une solution négociée – une transaction le plus souvent – qui leur évitera de recourir au juge¹⁰⁰. A cette fin, un nouvel article L. 312-1-3 du Code monétaire et financier impose à tout établissement de crédit de désigner un ou plusieurs médiateurs « *chargés de recommander des solutions aux litiges relatifs à l'application par les établissements de*

⁹⁷ V. article L. 141-1 III du Code de la consommation.

⁹⁸ V. le rapport fait par Mme Bricq à l'Assemblée nationale statuant en première lecture, p. 47.

⁹⁹ Dans son rapport à l'Assemblée nationale statuant en première lecture, Mme Bricq a pu citer à ce titre (p. 48) la Société générale, le Crédit du Nord, le Crédit lyonnais et l'Association des sociétés financières.

¹⁰⁰ Sur la médiation, v. S. Guinchard, M. Bandrac, X. Lagarde et M. Douchy, *Droit processuel*, Dalloz, 2001, n° 586 et s.

crédit » des obligations régissant la formation et la modification de la convention de compte de dépôt, d'une part, et de l'interdiction des offres liées et des offres avec primes, d'autre part.

42. Les débats parlementaires ont fait apparaître un consensus sur le principe de la médiation bancaire. Le fait que ce mode de règlement des litiges soit né de la pratique de certaines banques et ait été éprouvé avec succès a empêché les critiques sur l'opportunité de son institutionnalisation.

De même n'a jamais été remis en cause le caractère rapide de la médiation bancaire. Le texte initial du projet de loi, qui obligeait le médiateur à « *statuer dans un délai de deux mois à compter de sa saisine* » a ainsi été maintenu.

Enfin, Gouvernement et Parlement ont unanimement vu la médiation bancaire comme une procédure non contraignante. Avant tout, et bien que la loi du 11 décembre 2001 ne le dise pas expressément, les parties apprécient librement quelle suite donner à la procédure de médiation. Par ailleurs, et selon le texte du projet de loi initial, non remis en cause par les débats parlementaires sur ce point, « *les constatations et les déclarations que le médiateur recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties* »¹⁰¹.

43. En revanche, députés et sénateurs se sont opposés sur certaines modalités techniques de mise en œuvre de la médiation bancaire.

Les questions – liées – de l'indépendance et de la rémunération du médiateur ont été à l'origine des controverses les plus importantes. S'il n'a jamais été discuté que les médiateurs dussent être « *choisis en raison de leur compétence et de leur impartialité* »¹⁰², la portée de cette exigence d'impartialité a dû être précisée. Il va de soi que le médiateur ne saurait être un salarié du « service clients » de la banque¹⁰³, mais ne peut-on admettre que le médiateur soit rémunéré de son activité par la banque qui le désigne¹⁰⁴ ? L'Assemblée avait écarté cette possibilité en deuxième lecture. Selon les députés, le médiateur bancaire ne pouvait percevoir au titre de ses fonctions que les indemnités et dédommagements qui lui étaient versés par une institution créée à cette fin, le Fonds mutuel de la médiation bancaire¹⁰⁵. En deuxième lecture, le Sénat écarta ce système avec l'avis favorable du Gouvernement¹⁰⁶ et adopta un amendement prévoyant que les médiateurs informaient le comité de la médiation bancaire des « *modalités et du montant des indemnités et dédommagements* » qu'ils recevaient des établissements de crédit¹⁰⁷ – ce qui supposait que c'était les banques qui rémunéraient les médiateurs. L'Assemblée nationale se rallia en dernière lecture au point de vue des sénateurs¹⁰⁸, et les suivit également en reconnaissant au Comité de la médiation bancaire le

¹⁰¹ Sur la confidentialité de la médiation, v. S. Guinchard, M. Bandrac, X. Lagarde et M. Douchy, *op. cit.*, n° 601.

¹⁰² Rapp. l'article 131-5, 5° du Nouveau Code de procédure civile, qui exige du médiateur désigné par le juge qu'il présente « *les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation* ».

¹⁰³ Rapport de Mme Bricq à l'Assemblée nationale statuant en première lecture, p. 49.

¹⁰⁴ Rapp. S. Guinchard, M. Bandrac, X. Lagarde et M. Douchy, *op. cit.*, n° 596 : « *...les médiateurs désignés par des opérateurs privés, établissements de crédit ou groupements d'assureurs, par exemple, le plus souvent rémunérés par eux, apparaissent bien entretenir des liens matériels et intellectuels avec l'une des parties à la médiation. Pourtant, ni leur intégrité, ni même leur indépendance d'esprit ne paraît sérieusement discutable. Il semblerait même que l'existence de tels liens soit de nature à favoriser une issue négociée du différend* ».

¹⁰⁵ Amendement n° 18, JO du 29 juin 2001, p. 5191.

¹⁰⁶ Amendement n° 19, JO du 11 octobre 2001, p. 3956.

¹⁰⁷ Amendement n° 53, JO du 11 octobre 2001, p. 3956.

¹⁰⁸ Amendements n° 1 et 3, JO du 21 novembre 2001, p. 8310.

rôle de garant de l'indépendance des médiateurs¹⁰⁹. Ce comité est chargé d'examiner les rapports des médiateurs, de préciser les modalités d'exercice de leur activité, d'établir chaque année un bilan de la médiation bancaire, et il peut adresser des recommandations aux établissements de crédit et aux médiateurs. Il est présidé par le gouverneur de la Banque de France ou son représentant, les autres membres étant nommés par arrêté du ministre de l'économie (une personnalité proposée par le collège de consommateurs et usagers du Conseil national de la consommation, une personnalité proposée par l'Association française des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et deux personnalités choisies en raison de leur compétence)¹¹⁰.

44. Enfin, députés et sénateurs se sont opposés quant à la question de savoir comment les clients des établissements de crédit devaient être informés de l'existence de la médiation bancaire¹¹¹. Le texte initial du projet de loi ne prévoyait rien en ce sens. Le Sénat avait adopté un amendement imposant l'existence d'une mention sur la convention écrite remise au client en application du nouvel article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier¹¹². Ce système présentait cependant une insuffisance. Le médiateur ayant notamment pour mission de régler les litiges résultant de la violation par les banques de leur obligation de remettre au client un exemplaire écrit de la convention de compte de dépôt, l'inexécution de cette obligation empêchait par la même occasion le client d'être informé de l'existence de la médiation bancaire. L'Assemblée nationale a de ce fait perfectionné le système d'information institué par le Sénat en imposant la mention de l'existence de la médiation bancaire et des modalités d'accès à celle-ci sur les relevés de compte adressés au client¹¹³. Celui-ci se verra ainsi rappeler périodiquement la possibilité de recourir au médiateur.

45. Une interrogation survient cependant quant au champ d'application de la médiation bancaire prévue par la loi du 11 décembre 2001. Si la médiation bancaire est certainement un outil utile, on peut se demander pourquoi le législateur ne lui a donné qu'un champ d'application aussi ponctuel que le règlement des litiges relatifs aux seules obligations mises à la charge des banques par la loi MURCEF. Celle-ci impose à tout établissement de crédit de désigner un ou plusieurs médiateurs pouvant recommander des solutions, non à tout litige pouvant naître entre la banque et son client, mais simplement à ceux « *relatifs à l'application par les établissements de crédit des obligations figurant aux I des articles L. 312-1-1 et L. 312-1-2 [du Code monétaire et financier]* ». Or les litiges visés ne sont que ceux relatifs à la communication au client d'un écrit de la convention de compte de dépôt, au respect d'un délai de préavis en cas de modification de la tarification des services bancaires, et à l'interdiction des offres liées et des offres avec primes. Dès lors qu'un établissement de crédit aura pris les mesures lui permettant de respecter systématiquement ses obligations en matière de conclusion et de modification des conventions de compte, la médiation bancaire aura comme seul champ d'action le contentieux des offres liées et des offres avec primes. Il apparaît improbable qu'un système aussi lourd (désignation obligatoire d'un ou plusieurs médiateurs par chaque établissement de crédit, institution d'un Comité de la médiation

¹⁰⁹ Amendement n° 72, adopté par le Sénat en deuxième lecture (*JO* du 11 octobre 2001, p. 3956) et amendement n° 2, adopté par l'Assemblée nationale en dernière lecture (*JO* du 21 novembre 2001, p. 8310).

¹¹⁰ V. le nouvel article L. 312-1-3 II du Code monétaire et financier.

¹¹¹ La trop faible publicité donnée par les banques aux systèmes de médiation mis en place est la première des faiblesses de la médiation bancaire dénoncée par l'Association Française des Usagers de Banque (www.afub.org).

¹¹² Amendement n° 139 rectifié, adopté par le Sénat en première lecture (*JO* du 8 juin 2001, p. 2786).

¹¹³ Amendement n° 19, *JO* du 29 juin 2001, p. 5191.

bancaire, information particulière des clients quant à l'existence de la médiation) ait été mis en place pour régler un contentieux aussi ponctuel.

Il faut donc considérer que la médiation bancaire peut avoir un objet plus large que celui que lui confère expressément la loi MURCEF. La médiation à laquelle recouraient déjà certains établissements de crédit n'apparaît pas avoir été aussi limitée, et ne concernait pas les litiges liés à des obligations et interdictions que le législateur n'avait pas encore créées. Le système de médiation bancaire institué par la loi du 11 décembre 2001 ne devrait donc constituer qu'un « minimum obligatoire ». Toute banque doit désigner un ou plusieurs médiateurs pour proposer des solutions au contentieux lié aux nouvelles obligations et interdictions légales. Mais chaque établissement de crédit choisira ensuite librement s'il souhaite ou non rentabiliser le système de médiation mis en place en lui confiant le règlement d'autres litiges : non-respect des stipulations de la convention de compte en général, dépassement de découvert, recouvrement des impayés, etc. Le résultat auquel aboutit cette interprétation est cependant loin d'être parfait. On doit en effet se demander si le médiateur qui intervient pour régler un différend non lié aux obligations et interdictions instituées par la loi MURCEF est ou non soumis aux dispositions encadrant la médiation et contenues dans ce texte. Ainsi, le médiateur est-il toujours tenu de statuer dans un délai de deux mois à compter de sa saisine, et celle-ci suspend-elle encore la prescription pendant ce délai ? De même, on doit se demander s'il est toujours nécessaire à une partie d'obtenir l'accord de l'autre pour invoquer dans la suite de la procédure les constatations et déclarations recueillies par le médiateur. Enfin, la procédure de médiation doit-elle nécessairement être gratuite pour le client lorsqu'elle ne tend pas à régler un litige lié aux obligations et interdictions instituées par la loi du 11 décembre 2001 ?

46. En dépit de cette maladresse, l'institutionnalisation de la médiation bancaire sera sans aucun doute profitable aux établissements de crédit et à leurs clients. Si le médiateur se révèle véritablement impartial, les deux parties bénéficieront de l'intromission de ce tiers dans leur différend. De manière plus spécifique, l'utilisation de la médiation dans les litiges voyant la banque exiger un paiement de la part de son client devrait être profitable à celui-ci, car elle conduira à lui accorder un bref répit. On peut en effet penser que la mise en œuvre de la médiation impliquera le plus souvent une suspension de fait des poursuites de la banque, ce qui justifie d'ailleurs la suspension de la prescription prévue par la loi nouvelle. Par ailleurs, le coût que représentera pour les banques la mise en place de la médiation bancaire (fourniture de locaux, de matériel et de personnel au médiateur, indemnités et dédommagements versés à ce dernier¹¹⁴) sera sans doute contrebalancé par la diminution des frais de contentieux et le règlement plus rapide des litiges.

c) Les sanctions proprement dites.

47. La loi du 11 décembre 2001 modifie l'article L. 351-1 du Code monétaire et financier, qui prévoit désormais les sanctions applicables en cas de non-respect des obligations et interdictions mises à la charge des établissements de crédit par la nouvelle loi.

48. La seule sanction expressément prévue par le législateur est une amende pénale de 15.000 euros (un peu moins de 100.000 francs). Les personnes morales encourent également cette amende, « *suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal* »,

¹¹⁴ V. *supra*, n° 43.

c'est-à-dire que le montant maximum de l'amende peut être quintuplé. Tant les personnes physiques qui commettront matériellement le manquement aux obligations que les établissements de crédit – personnes morales – pour le compte desquels les infractions auront été commises pourront donc être sanctionnés. En raison du montant de l'amende prévue, les infractions aux obligations et interdictions instituées par la loi MURCEF ont le caractère de délits¹¹⁵. De ce fait, la commission de plusieurs infractions (ouverture systématique de comptes de dépôts sans convention écrite par une même agence bancaire par exemple) verra s'appliquer la règle du non-cumul des peines¹¹⁶.

Il faut par ailleurs observer que la loi MURCEF permet au parquet et au président du tribunal correctionnel de saisir pour avis le Comité de la médiation bancaire relativement à une instance pénale portant sur le non-respect des obligations et interdictions mises à la charge des établissements de crédit par la nouvelle loi. Aux termes de l'article L. 351-1, alinéa 5 nouveau du Code monétaire et financier, le Comité de la médiation bancaire doit notamment apprécier dans son avis, « *la gravité des faits, ainsi que leur éventuel caractère répétitif* ». Cette possibilité d'effectuer une saisine pour avis a été justifiée par la nécessité d'une bonne application du droit bancaire¹¹⁷.

49. Par ailleurs, et bien que le législateur soit resté muet sur ce point, la question de la validité du contrat conclu en violation des dispositions de la loi du 11 décembre 2001 mérite d'être posée. La convention de compte intervenue sans rédaction d'un écrit, le contrat par lequel plusieurs services ont été fournis de manière liée au client, ou à l'occasion duquel celui-ci reçoit une prime dépassant le seuil d'interdiction, sont-ils valablement formés ? On pourrait en douter, le nouvel article L. 312-1-4 du Code monétaire et financier prévoyant que « *les dispositions des articles L. 312-1-1 à L. 312-1-3 sont d'ordre public* ». Or la convention contraire à l'ordre public est nulle¹¹⁸. Mais il convient sans doute de faire une distinction entre la question de la conclusion de la convention de compte et celle des offres prohibées. La Cour de cassation a par le passé affirmé la nullité des opérations de banque conclues à la suite de démarchages prohibés et sanctionnés pénalement¹¹⁹, et, hors du secteur bancaire, elle s'est prononcée en faveur de la nullité des conventions conclues à la suite d'une offre liée¹²⁰. La même sanction pourrait affecter – totalement ou partiellement – les contrats conclus à la suite de l'émission d'offres prohibées. En revanche, la convention de compte n'ayant pas donné lieu à la rédaction d'un écrit devrait être valable¹²¹. On peut en effet penser, bien que la

¹¹⁵ Aux termes de l'article 131-13 du Code pénal, le montant maximum de l'amende prévue pour les contraventions de 5^{ème} classe est de 1.500 euros, hors récidive.

¹¹⁶ Article 132-3 du Code pénal. On constate ici une différence avec l'interdiction des ventes liées et l'interdiction des ventes avec primes prévues par le Code de la consommation, qui sont sanctionnées par des amendes contraventionnelles. Or la règle de non-cumul des peines ne s'appliquent pas aux contraventions (article 132-7 du Code pénal).

¹¹⁷ V. le rapport fait par Mme Bricq à l'Assemblée nationale statuant en première lecture (p. 53).

¹¹⁸ A. Bénabent, *Droit civil – Les obligations*, 8^{ème} éd., Montchrestien, 2001, n° 160.

¹¹⁹ V. Civ. 1^{ère}, 20 juillet 1994, *Bull. I*, n° 261 ; *D.* 1995, *somm.* 276, obs. F. Magnin et *somm.* 312, obs. J.-P. Pizzio ; *RTD civ.* 1995, p. 101, obs. J. Mestre ; *Droit des sociétés* 1994, *comm.* n° 166, note Th. Bonneau ; 4 février 1997, *Contrats-Concurrence-Consommation* 1997, *comm.* n° 107, note G. Raymond ; *D. affaires* 1997, p. 308 ; Paris, 26 novembre 1998, *RDBB* septembre-octobre 1999, *supp. Ingénierie patrimoniale*, p. 11.

¹²⁰ V. Com., 1^{er} mars 1994, *Bull. IV*, n° 92 ; *Rép. Defrénois* 1994, p. 1457, obs. Ph. Delebecque, décision par laquelle la Cour de cassation a censuré l'arrêt d'appel qui avait refusé de prononcer la nullité partielle d'une convention conclue sur la base d'une offre liée.

¹²¹ Il faut cependant, là encore, réserver les dispositions spécifiques à la stipulation d'intérêts (v. *supra*, note 35).

question n'ait pas reçu de réponse lors des débats parlementaires¹²², que le législateur n'a pas voulu faire de la convention de compte un contrat solennel.

50. La question de l'opposabilité au client de la modification sans préavis de la tarification des services bancaires suscite également des difficultés.

Il a été vu que le nouvel article L. 312-1-1, alinéa 2 du Code monétaire et financier impose à la banque de communiquer au client un projet écrit de modification trois mois avant la date d'application envisagée, l'acceptation du client résultant de son absence de protestation dans un délai de deux mois après cette communication¹²³. La protestation émise en temps utile par le client vaut donc refus de la modification. Dans cette hypothèse, le client doit pouvoir exiger le maintien de sa relation avec l'établissement de crédit aux conditions initiales, par application de l'article 1134 du Code civil : la convention tenant lieu de loi aux parties, elle ne peut être modifiée que de leur consentement mutuel¹²⁴. La banque pourra toutefois évincer le client réticent en résiliant unilatéralement la convention de compte lorsque celle-ci est à durée indéterminée ou lorsque la banque se sera aménagé conventionnellement cette possibilité¹²⁵. Si cela n'est pas le cas, ou si la banque souhaite conserver le client malgré son refus des nouveaux tarifs, elle se trouvera confrontée à des complications considérables, puisqu'elle devra appliquer à ce client un traitement individualisé, ou du moins un traitement catégoriel, en distinguant les clients ayant accepté telle tarification nouvelle de ceux auxquels une tarification ancienne est encore applicable.

On peut encore s'interroger sur l'effectivité de la modification n'ayant pas fait l'objet d'une communication écrite préalable au client, lorsque celui-ci aura gardé le silence pendant un certain délai après réception de relevés d'opérations réalisées aux nouvelles conditions¹²⁶. Le consentement du client peut sans doute être déduit de son silence circonstancié, voire de l'exécution de la convention aux nouvelles conditions, mais ce consentement suffit-il à « régulariser » la modification qui n'a pas respecté les conditions posées par l'article L. 312-1-1, alinéa 2 du Code monétaire et financier ?

51. Précisons enfin que l'établissement de crédit devrait être tenu dans tous les cas de violation des obligations édictées par la loi du 11 décembre 2001 au paiement de dommages-intérêts à son client lorsqu'il lui aura de ce fait causé un préjudice. Le fondement de la condamnation de la banque sera variable. En cas d'émission d'une offre prohibée ou d'absence d'information du client lors de la conclusion de la convention de compte, l'article 1382 du Code civil sera applicable, la banque ne se rendant pas coupable de l'inexécution d'une obligation contractuelle¹²⁷. En revanche, l'inexécution des obligations contractuelles

¹²² Lors de l'examen du projet de loi par la commission des finances, de l'économie générale et du plan de l'Assemblée nationale, préalablement à la première lecture du texte, un membre de la commission avait interrogé Mme Bricq, rapporteure du texte, quant à la sanction de l'absence d'écrit de la convention de compte. Mme Bricq avait répondu que l'absence d'écrit entraînait une sanction pénale, sans préciser si la convention concernée était valable ou non (*Doc.* n° 3028, p. 53).

¹²³ *V. supra*, n° 19.

¹²⁴ En ce sens, Paris, 17 décembre 1990, préc. ; T.I. Quimper, 6 mai 1997, *Contrats-Concurrence-Consommation* 1997, *comm.* n° 126, note G. Raymond ; Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *op. cit.*, n° 222 ; F. Grua, *op. cit.*, n° 2.

¹²⁵ La banque ne pourra cependant pas réclamer à son client le règlement de frais au titre de la clôture ou du transfert de son compte lorsque le désaccord portera sur une proposition de modification substantielle de la convention de compte (article L. 312-1-1, alinéa 3 nouveau du Code monétaire et financier et *v. supra*, n° 20).

¹²⁶ La tarification d'intérêts devra cependant, là encore, respecter les textes spécifiques (*v. supra*, note 35).

¹²⁷ *Rapp.* J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *op. cit.*, n° 52 et les décisions citées.

d'information du client sur les opérations effectuées et de communication d'un projet de modification de la convention donneront lieu à mise en jeu de la responsabilité contractuelle de la banque, et donc à l'application de l'article 1147 du Code civil, les obligations concernées étant sans aucun doute de résultat. La banque devrait toutefois pouvoir s'exonérer de toute responsabilité en démontrant l'exécution de son obligation d'information¹²⁸, cette preuve pouvant être apportée par tous moyens¹²⁹.

52. La loi MURCEF du 11 décembre 2001 renforce donc l'information qui doit être fournie par les établissements de crédit à leurs clients. L'article 14 de la loi comporte une dernière mesure en ce sens, ajoutée par le Sénat en première lecture¹³⁰, et reprise ensuite par l'Assemblée nationale. Cette disposition oblige les établissements de crédit à faire figurer la mention « carte de crédit » sur la carte permettant de disposer d'un crédit à la consommation (un alinéa complète l'article L. 311-9 du Code de la consommation). Cette mesure n'entrera cependant en vigueur que six mois après la publication de la loi MURCEF, et ne s'appliquera qu'aux cartes « émises ou renouvelées postérieurement à ce délai »¹³¹.

B – Clarifier l'information émanant des intermédiaires en opérations de banque.

53. Les clients des banques – ou ceux qui pourraient le devenir – ne doivent pas seulement être protégés vis-à-vis des établissements de crédit eux-mêmes, mais également au regard des intermédiaires en opérations de banque (IOB), dont la profession consiste à proposer aux clients – actuels ou potentiels – des établissements de crédit les services de banque les plus adaptés à leurs besoins et les moins onéreux. Cette activité était déjà réglementée par les articles L. 519-1 et suivants du Code monétaire et financier, ainsi que par les articles L. 321-1 et suivants du Code de la consommation. L'encadrement législatif préexistant visait notamment à protéger les consommateurs des « officines de gestion de dettes ». La loi MURCEF du 11 décembre 2001 complète cette protection, par deux mesures distinctes relatives à la publicité faite par les IOB à destination des particuliers et s'appliquant, à défaut de dispositions contraires, à compter de l'entrée en vigueur de la loi. Ces mesures (1) sont assorties de sanctions pénales (2).

¹²⁸ A l'appui de cette solution, on peut citer les arrêts de la Cour de cassation qui ont jugé que le débiteur d'une obligation légale ou contractuelle d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de celle-ci (Civ. 1^{ère}, 25 février 1997, *Bull. I*, n° 75 ; *RTD civ.* 1997, p. 434, obs. P. Jourdain et p. 924, obs. J. Mestre ; 29 avril 1997, *Bull. I*, n° 132 ; *RTD civ.* 1997, p. 924, obs. J. Mestre ; 9 décembre 1997, *Bull. I*, n° 356 ; *RTD civ.* 1999, p. 83, obs. J. Mestre,. On doit déduire de l'admissibilité de cette preuve la possibilité pour le débiteur de l'obligation d'information de ne pas être tenu du préjudice invoqué par le créancier de l'obligation d'information au titre de l'inexécution de celle-ci.

¹²⁹ V. en ce sens, à propos de l'obligation d'information du médecin, Civ. 1^{ère}, 14 octobre 1997, *Bull. I*, n° 278 ; *RTD civ.* 1998, p. 100, obs. J. Mestre, et à propos du devoir de conseil du notaire, Civ. 1^{ère}, 3 février 1998, *Bull. I*, n° 44 ; *RTD civ.* 1999, p. 84, obs. J. Mestre.

¹³⁰ Amendement n° 108, adopté lors de la séance du 7 juin 2001 (*JO* du 8 juin 2001, p. 2789).

¹³¹ A ce titre, on ne peut que critiquer la méthode qui consiste à imposer une mesure d'information des consommateurs, tout en permettant que pendant six mois ces mêmes consommateurs ne bénéficient pas de cette mesure, et ce au motif (expressément invoqué lors des débats parlementaires) qu'il convient de permettre aux banques d'écouler les cartes de crédit déjà produites!

1 – Les mesures encadrant la publicité faite par les intermédiaires en opérations de banque.

54. Un nouvel article L. 321-2 est ajouté au Code de la consommation, qui prévoit que la publicité faite par une personne physique ou morale apportant son concours à l'obtention d'un ou plusieurs prêts d'argent par un particulier, ou pour le compte de celle-ci, doit comporter, d'une part, la mention selon laquelle « *aucun versement, de quelque nature que ce soit, ne peut être exigé d'un particulier avant l'obtention d'un ou plusieurs prêts d'argent* », d'autre part le nom et l'adresse du (des) établissement(s) de crédit pour le compte duquel (desquels) l'intermédiaire exerce son activité.

55. Il convient de noter que ces mesures n'ajoutent aucune obligation nouvelle à la charge des IOB, mais renforcent l'efficacité des obligations et interdictions préexistantes.

Ainsi l'interdiction visée par la première mention imposée par la loi MURCEF n'est-elle pas nouvelle. L'article L. 341-1 du Code monétaire et financier prohibait déjà aux IOB de percevoir une somme d'argent avant le versement effectif des fonds prêtés et la remise à l'emprunteur d'un écrit constatant l'opération, sans distinguer toutefois selon la qualité de l'emprunteur. Le non-respect de cette interdiction est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 300.000 francs et la jurisprudence a par ailleurs retenu la nullité des conventions conclues à la suite de démarchages prohibés¹³². Suite à l'entrée en vigueur de la loi MURCEF, l'emprunteur particulier se verra désormais rappeler l'existence de l'interdiction.

56. De même, les IOB étaient déjà astreints par l'article L. 341-6 du Code monétaire et financier à faire figurer sur leurs « *offres de services par lettres ou prospectus* » les « *nom et adresse de l'établissement de crédit qui leur a délivré un mandat* ». Ce texte, qui est maintenu, ne distingue pas selon la qualité du destinataire de l'offre, et il n'est assorti d'aucune sanction spécifique. Le nouvel article L. 321-2 du Code de la consommation réitère cette obligation à propos de la publicité destinée à un particulier¹³³ et l'assortit d'une sanction pénale.

2 – Les sanctions pénales prévues.

57. Une amende de 3.750 euros (un peu moins de 25.000 F) sanctionne la publicité non conforme émanant des intermédiaires en opérations de banque. Par renvoi à l'article L. 141-1 du Code de la consommation, les fonctionnaires de la DGCCRF pourront constater les infractions aux obligations édictées par la loi du 11 décembre 2001 en matière de publicité émanant des IOB, selon les modalités d'enquête prévues pour les infractions au droit de la concurrence.

¹³² V. *supra*, n° 49.

¹³³ Initialement, le projet de loi visait la publicité faite sur tout support, mais cette mention a été supprimée sur proposition de Mme Bricq, rapporteur à l'Assemblée nationale (rapport préalable à la première lecture du projet de loi, p. 64), et ce pour éviter un élargissement implicite des modes de publicité autorisés aux IOB par l'article L. 341-6 du Code monétaire et financier, qui ne vise que les « *lettres ou prospectus* » (amendement n° 11, adopté par l'Assemblée nationale lors de la 2^{ème} séance du 2 mai 2001, JO du 3 mai 2001, p. 2593).

Cette partie du projet de loi n'a pas fait l'objet d'une opposition entre l'Assemblée et le Sénat, hormis pour des questions de rédaction¹³⁴.

II – REDUIRE LE NOMBRE DES « INTERDITS BANCAIRES ».

58. Outre les mesures renforçant l'information reçue par les clients des établissements de crédit, les rédacteurs de la loi MURCEF ont placé dans le Titre « *Amélioration des relations entre les banques et leur clientèle* » un article 15 contenant différentes dispositions relatives au chèque, et plus particulièrement à l'interdiction bancaire¹³⁵. Afin d'améliorer les relations entre les banques et leur clientèle, le législateur a souhaité faciliter la réinsertion dans le système bancaire des auteurs de « petits chèques » sans provision.

Selon les chiffres cités par les travaux parlementaires, il y avait au 31 mars 2001 2,8 millions d'interdits bancaires, chiffre réduit à 1,9 millions¹³⁶ après l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques¹³⁷. En dépit de la réduction résultant de la loi NRE, le nombre des interdits bancaires reste énorme et on souhaite le voir diminuer. Or certains facteurs empêchent la réduction de ce chiffre. Dans l'exposé des motifs du projet de loi, M. Fabius avait relevé que « *le mécanisme des pénalités libératoires et le montant des frais bancaires apparaissent comme des freins significatifs à la régularisation des incidents de paiement et contribuent notablement à maintenir les auteurs de « petits chèques » sans provision dans une situation d'exclusion et de précarité. Ils sont également très mal ressentis par les petites et moyennes entreprises saines mais affectées temporairement par de simples difficultés de trésorerie* »¹³⁸. La loi MURCEF intervient donc sur ces différents facteurs, par différentes mesures immédiatement applicables (sauf exigence de l'intervention d'un décret) et regroupées à l'article 15 de la loi. Mais alors que le projet de loi ne prévoyait que des mesures visant à faciliter la levée de l'interdiction bancaire – limitation des frais bancaires exigés par le tiré au titre du rejet d'un chèque non provisionné (1), révision du régime des pénalités libératoires (2) – les parlementaires ont enrichi le texte d'une mesure intervenant antérieurement au prononcé de l'interdiction bancaire et mettant à la charge du banquier tiré une obligation d'information (3).

¹³⁴ On peut cependant noter que la commission des finances du Sénat a expressément douté du caractère urgent de ces mesures (position exprimée par M. Marini dans le rapport fait au Sénat statuant en première lecture, p. 53).

¹³⁵ On peut penser qu'il aurait été plus judicieux de grouper au sein de la seule loi MURCEF les dispositions visant le chèque et celles concernant les cartes bancaires édictées par la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, relative à la sécurité quotidienne (sur ces dispositions, v. F. Leplat, *La réforme du régime des cartes bancaires par la loi du 15 novembre 2001*, www.droit21.com).

¹³⁶ Ces chiffres ont été cités par le sénateur Marini dans son rapport au Sénat statuant en première lecture sur le projet de loi (p. 48).

¹³⁷ L'article 23 de la loi NRE du 15 mai 2001 a abaissé de dix à cinq ans la durée de l'interdiction bancaire, en précisant que l'abaissement était applicable aux interdictions en cours.

¹³⁸ V. l'exposé des motifs du projet de loi, p. 6.

1 – La limitation des frais bancaires exigés par le tiré au titre du rejet d'un chèque non provisionné.

59. La loi du 11 décembre 2001 complète le dernier alinéa de l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier. Ce texte, relatif aux conséquences de l'émission d'un chèque sans provision, se terminait par une disposition menaçante pour le tireur du chèque, aux termes de laquelle « *en tout état de cause, les frais de toute nature qu'occasionne le rejet d'un chèque sans provision sont à la charge du tireur* ». La loi MURCEF fait suivre ce principe d'une exception, selon laquelle « *lorsque le montant du chèque rejeté est inférieur à 50 €, les frais perçus par le tiré ne peuvent excéder un montant fixé par décret* ».

60. En limitant le montant des sommes pouvant être réclamées par le banquier tiré au tireur d'un chèque non provisionné d'un montant modeste, le législateur a souhaité éviter l'apparition d'une situation de blocage du tireur vis-à-vis de sa banque. Il est apparu que les sommes exigées par les établissements de crédit du tireur d'un chèque sans provision étaient relativement élevées, parfois supérieures au montant de la provision faisant défaut, et pouvaient en définitive compromettre la situation financière des clients aux revenus modestes¹³⁹.

61. On peut s'interroger sur le fondement des « frais bancaires » exigés par les établissements de crédit. Il est certain que le rejet d'un chèque non provisionné entraîne l'accomplissement d'un certain nombre de tâches de la part du banquier tiré. Celui-ci doit adresser au tireur l'injonction prévue par l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier, dont on sait qu'elle doit prendre la forme d'une lettre recommandée avec accusé de réception¹⁴⁰. Par ailleurs, l'établissement de crédit doit informer « *par tout moyen tout mandataire que le titulaire, à sa demande, lui aura fait connaître comme étant en possession de chèques utilisables sur le compte* » qu'il n'est plus possible de procéder au tirage de chèques. Le tiré doit encore enregistrer l'incident au plus tard le deuxième jour suivant le défaut de paiement, cet enregistrement devant comporter un certain nombre d'informations¹⁴¹. Enfin, l'établissement de crédit doit déclarer le rejet du chèque non provisionné à la Banque de France¹⁴², cette déclaration devant comporter la plupart des mentions de l'enregistrement et être faite dans un délai identique¹⁴³. Ainsi les sommes exigées du tireur d'un chèque non provisionné seraient-elles « *censées correspondre au coût de la gestion de l'incident* »¹⁴⁴.

On prendra acte de la limitation de ces sommes imposée par la nouvelle loi en cas de rejet d'un « petit chèque ». Mais ces frais pourraient de manière générale faire l'objet d'une contestation quant à la réalité de leur cause. Quand bien même certains auteurs¹⁴⁵ apparaissent réticents à la remise en cause de ces frais, les clients devraient pouvoir à tout le moins en obtenir la réduction¹⁴⁶.

¹³⁹ Dans son rapport au Sénat statuant en première lecture sur le projet de loi, M. Marini a fait état de sommes comprises entre 300 et 800 francs (p. 26).

¹⁴⁰ Article 6, alinéa 1^{er} du décret n° 92-456 du 22 mai 1992.

¹⁴¹ Articles 2 et 3 du décret du 22 mai 1992.

¹⁴² Article L. 131-84 du Code monétaire et financier.

¹⁴³ Article 16 du décret du 22 mai 1992.

¹⁴⁴ Lamy *Droit du financement* 2002, n° 2237.

¹⁴⁵ V. ainsi Lamy *Droit du financement* 2002, n° 2237, selon lequel les frais facturés par la banque à l'occasion du rejet d'un chèque « *ne sont guère contestables, en droit, puisque [prévus] par les conditions générales de banque communiquées au client* ».

¹⁴⁶ A ce sujet, v. T. I. Asnières, 20 juin 1996, *RDBB* 1997, p. 65, obs. F. J. Crédot et Y. Gérard, décision rejetant la contestation du client quant aux sommes prélevées sur son compte à la suite du rejet de chèques non

62. Un décret fixera le montant maximum des frais pouvant être exigés par le banquier tiré, ce qui permettra non seulement de plafonner le montant de ces sommes, mais également d'unifier les réclamations des banques. Il existerait en effet des divergences importantes sur ce point entre les établissements de crédit¹⁴⁷. On peut observer que la proposition de remplacer ce décret par une valeur égale au dixième ou au cinquième du montant du chèque n'a pas été retenue lors des débats parlementaires. Cette appréciation proportionnelle aurait été injustifiée, les tâches devant être accomplies par le banquier tiré d'un chèque non provisionné étant identiques quel que soit le montant du chèque¹⁴⁸.

2 – La révision du régime des pénalités libératoires.

63. La loi MURCEF du 11 décembre 2001 réforme par ailleurs sur plusieurs points le système des pénalités libératoires. Celles-ci, régies par les articles L. 131-75 à L. 131-77 du Code monétaire et financier, sont des sommes devant être versées au Trésor public par le tireur d'un chèque sans provision souhaitant recouvrer la faculté d'émettre des chèques.

La nouvelle loi convertit en euros le montant de la pénalité libératoire (**a**), fixe le mode de calcul de celle-ci (**b**), prévoit un montant réduit en cas d'émission d'un « petit chèque » sans provision (**c**) et allonge le délai permettant au tireur de procéder à une régularisation sans payer la pénalité libératoire (**d**).

a) La conversion en euros du montant de la pénalité libératoire.

64. L'article L. 131-75, alinéa 1^{er} du Code monétaire et financier fixait le montant de la pénalité libératoire à 150 francs par tranche de 1.000 francs ou fraction de tranche¹⁴⁹. La loi MURCEF convertit ces montants en euros et, au passage, en modifie très légèrement la valeur. Le montant de la pénalité libératoire est désormais de 22 euros par tranche de 150 euros ou fraction de tranche, équivalant environ à 144 francs par tranche de 984 francs ou fraction de tranche. Le législateur n'a pas pris le parti d'abaisser de manière significative le montant de la pénalité libératoire ou d'augmenter celui des seuils, ceci afin de décourager l'émission de chèques non provisionnés¹⁵⁰.

65. Une disposition transitoire prévoit le maintien du chiffre de 150 francs par tranche de 1.000 francs ou fraction de tranche jusqu'au 31 décembre 2001, date à laquelle le

provisionnés, au motif que « *les frais prélevés (d'un montant, au demeurant, tout à fait raisonnable), sont la juste contrepartie du coût important (en frais de poste et en personnel) occasionné par le rejet de dix-sept chèques* ».

¹⁴⁷ En ce sens, v. le rapport de Mme Bricq à l'Assemblée nationale statuant en première lecture, p. 58 et le rapport de M. Marini au Sénat statuant en première lecture, p. 26 (préc. note 139).

¹⁴⁸ En ce sens, v. l'intervention de M. Marini devant le Sénat lors de la séance du 7 juin 2001 (*JO* du 8 juin 2001, p. 2792).

¹⁴⁹ Ainsi, la pénalité libératoire due en cas d'émission d'un chèque non provisionné de 1.050 francs était-elle de 300 francs : 150 francs pour la première tranche (de 1.000 francs), 150 francs pour la fraction de tranche restante (de 50 francs).

¹⁵⁰ En première lecture, les sénateurs ont ainsi rejeté un amendement (n° 113), qui réduisait de 22 à 15 euros et de 5 à 3 euros le montant de la pénalité libératoire et de la pénalité libératoire réduite (séance du 7 juin 2001, *JO* du 8 juin 2001, p. 2793).

franc disparaîtra au profit de l'euro. Le vote de cette disposition, résultant d'un amendement du Gouvernement, a été justifié par le fait que les timbres fiscaux permettant de payer la pénalité libératoire ne seront libellés en euros qu'à partir du 1^{er} janvier 2002¹⁵¹.

b) La fixation du mode de calcul de la pénalité libératoire.

66. L'article L. 131-75 du Code monétaire et financier fixait le montant de la pénalité libératoire due en fonction du montant du chèque, mais sans préciser si le calcul de la somme due par le tireur devait se faire au regard du montant nominal du chèque ou du montant non provisionné. La question prenait son importance en cas d'émission d'un chèque partiellement provisionné. Selon la solution retenue, le montant de la pénalité libératoire variait grandement. Supposons un chèque d'un montant de 200.000 francs, dont le tireur ne dispose que d'une provision de 180.000 francs. Suite au rejet du chèque, ce tireur pouvait obtenir la levée de l'interdiction bancaire en payant une pénalité libératoire d'un montant de 30.000 francs (prise en compte du montant nominal du chèque) ou de 3.000 francs (prise en compte de la seule fraction non provisionnée). La prise en compte du montant nominal ne permettait aucune indulgence. Elle gardait cependant au mécanisme de la pénalité libératoire son caractère pénitentiel.

Des décisions de juridictions du fond s'étaient prononcées pour l'un et l'autre mode de calcul de la pénalité libératoire. La Cour d'appel de Paris avait jugé que la pénalité libératoire se calculait sur le montant nominal du chèque¹⁵² tandis que la Cour d'appel de Versailles avait donné sa préférence à la prise en compte de la seule fraction non provisionnée¹⁵³.

67. La loi MURCEF tranche cette controverse conformément aux objectifs annoncés, c'est-à-dire dans le sens le plus favorable au tireur du chèque non provisionné. La première phrase de l'article L. 131-75 du Code monétaire et financier est désormais la suivante : « *la pénalité libératoire que le titulaire du compte doit verser pour recouvrer la faculté d'émettre des chèques est calculée sur la fraction non provisionnée du chèque* ».

c) Le montant réduit en cas d'émission d'un « petit chèque » sans provision.

68. Le calcul par tranche de la pénalité libératoire due en cas d'émission d'un chèque non provisionné ne permettait pas de prendre en compte la faiblesse éventuelle du montant du titre émis. La somme de 150 francs était ainsi due sans distinction par le tireur d'un chèque non provisionné de 150 francs et par celui d'un chèque non provisionné de 1000 francs. Souhaitant raffiner quelque peu le mode de calcul de la pénalité libératoire, la loi MURCEF fixe celle-ci à un montant quasi-symbolique de 5 euros (équivalant à 32,80 francs), lorsque la fraction non provisionnée du chèque est inférieure à 50 euros (équivalant à environ 328 francs).

¹⁵¹ Amendement n° 85, adopté en première lecture par l'Assemblée nationale (*JO* du 3 mai 2001, p. 2592).

¹⁵² Paris, 22 mai 1997, *Dalloz affaires* 1997, p. 833 ; *JCP éd. E* 1997, *pan.* 860, note P. Bouteiller ; *RTD com.* 1997, p. 486, obs. M. Cabrillac.

¹⁵³ Versailles, 12 janvier 1996, *D.* 1996, *IR* 69.

69. Ce faisant, le législateur a là encore souhaité favoriser la « réinsertion bancaire » des émetteurs de « petits chèques » sans provision, qui devaient payer auparavant pour un chèque d'un montant inférieur à 328 francs une pénalité égale à 150 francs, c'est-à-dire un peu moins de 23 euros, contre 5 maintenant.

70. On peut se demander à cette occasion si l'expression « *fraction non provisionnée du chèque* » employée par la loi MURCEF vise également la fraction de tranche non provisionnée. Un exemple chiffré comparatif permettra de comprendre immédiatement le sens de la question posée. Supposons un chèque non provisionné pour le tout d'un montant de 1.001 francs sous l'ancien système. La pénalité libératoire due dans cette hypothèse était de 150 francs (première tranche de 1.000 francs) plus 150 francs (fraction de tranche de 1 franc), c'est-à-dire 300 francs, équivalant à 45,73 euros. Après l'entrée en vigueur de la loi MURCEF, la régularisation du chèque non provisionné de 1.001 francs (152,60 euros) devrait impliquer le paiement d'une pénalité libératoire de 22 euros (première tranche de 150 euros) plus 22 euros (fraction de tranche de 2,60 euros), c'est-à-dire 44 euros. Cependant, si l'on considère cette dernière fraction de tranche comme une « *fraction non provisionnée du chèque* » sujette au paiement d'une pénalité libératoire, ce ne sont plus que 5 euros qui sont dus sur cette fraction, et la pénalité libératoire finalement due n'est plus de 44 euros (288,62 francs) mais de seulement 27 euros (177,11 francs).

La dernière solution doit être retenue, en ce qu'une interprétation restrictive de cette mesure de nature répressive apparaît préférable¹⁵⁴.

71. Il convient encore d'observer qu'une disposition transitoire, justifiée par l'indisponibilité avant le 1^{er} janvier 2002 de timbres fiscaux libellés en euros¹⁵⁵, prévoit que la pénalité libératoire très réduite s'applique de la date d'entrée en vigueur de la loi jusqu'au 31 décembre 2001 au chèque dont la fraction non provisionnée est inférieure à 340 francs. La pénalité libératoire due est alors de 34 francs.

72. Enfin, il faut observer que l'article L. 131-76 du Code monétaire et financier, qui prévoit le doublement de la pénalité libératoire due par le tireur ayant déjà procédé à trois régularisations au cours des douze mois précédant l'incident de paiement, n'est pas modifié.

d) L'allongement de la période de régularisation en dispense de pénalité libératoire.

73. La loi MURCEF prévoit en dernier lieu un allongement du délai pendant lequel le tireur d'un chèque non provisionné peut obtenir la levée de l'interdiction bancaire en échappant au paiement de la pénalité libératoire. Pour cela, le tireur doit remplir plusieurs conditions, définies par l'article L. 131-75 du Code monétaire et financier. La première condition est négative : il ne doit pas avoir émis un autre chèque rejeté pour défaut de provision dans les douze mois précédant l'incident de paiement. Ensuite, il doit fournir la provision du chèque ou en régler directement le montant au bénéficiaire, et ce dans un délai d'un mois à compter de l'injonction de restituer toutes formules de chèque en sa possession qui lui est adressée par le banquier en application de l'article L. 131-73, alinéa 1^{er}. Précisons que la loi permet par indulgence la régularisation en dispense de pénalité libératoire de

¹⁵⁴ Rapp. M. Cabrillac, obs. sous Paris, 22 mai 1997, préc.

¹⁵⁵ V. *supra*, n° 65.

« l'ensemble des chèques émis sur un même compte et rejetés pour défaut de provision suffisante au cours du délai d'un mois », mais que la jurisprudence a décidé le point de départ du délai était celui de l'envoi de la lettre et non sa réception¹⁵⁶.

L'article L. 131-75 du Code monétaire et financier, en sa rédaction résultant de la nouvelle loi, prévoit désormais un délai de deux mois, en lieu et place du délai d'un mois initialement fixé.

Cette mesure devrait elle aussi faciliter la levée de l'interdiction bancaire. Le délai d'un mois qui était laissé pour procéder à la régularisation en dispense de pénalité libératoire était jugé trop juste pour permettre le rétablissement d'une situation financière tendue, notamment au regard du fait que les particuliers sont généralement payés mensuellement¹⁵⁷.

3 – L'obligation d'information mise à la charge du banquier tiré.

74. Dans la pratique bancaire actuelle, l'établissement de crédit tiré qui constate l'insuffisance de provision d'un ou plusieurs chèques tente le plus souvent de contacter le tireur, au moins par téléphone. Le client a ainsi l'opportunité de provisionner son compte, par virement de sommes provenant d'un autre compte, ou en obtenant de son banquier une autorisation de découvert. La sollicitation du banquier permet donc au client de « régulariser » le chèque non provisionné sans devoir passer par la procédure prévue par l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier (injonction adressée par le banquier, atteinte consécutive au crédit du tireur) et sans devoir subir les frais afférents à cette procédure (frais bancaires, paiement de la pénalité libératoire).

75. Cette pratique relève certainement d'une bonne politique commerciale. Plus juridiquement, elle peut être rattachée à la qualité de mandataire du banquier tiré. L'émission d'un ou plusieurs chèques constitue en effet un ordre de paiement donné par le tireur mandant au tiré mandataire¹⁵⁸. Si le compte du client est insuffisamment provisionné, le banquier ne peut accomplir tout ou partie des instructions qui lui ont été données. Mais le rejet pur et simple du chèque apparaît, de la part du banquier mandataire, comme une manière trop brutale de mettre fin à la mission qui lui avait été confiée par le client mandant. Avant tout, l'article 1993 du Code civil impose au mandataire de rendre compte de sa mission, ce qui suppose, selon un auteur, qu'il communique au mandant « *tous les éléments qui apparaissent ou surviennent, afin de permettre au mandant d'adapter ses instructions* »¹⁵⁹. Par ailleurs, l'article 2007, alinéa 1^{er} du Code civil fait obligation au mandataire qui renonce à son mandat de notifier sa renonciation au mandant. L'injonction de l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier, mesure de police bancaire, n'apparaît pas correspondre à une véritable « dénonciation » du mandat, et n'est pas satisfaisante eu égard à la loyauté attendue du mandataire envers son mandant¹⁶⁰. Le devoir de loyauté du banquier tiré d'un chèque non

¹⁵⁶ Com., 23 avril 1985, *Bull.* IV, n° 122 ; *D.* 1985, *IR* 417, obs. M. Cabrillac ; *RTD com.* 1985, p. 791, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

¹⁵⁷ Rapport de Mme Bricq à l'Assemblée nationale statuant en première lecture, p. 59.

¹⁵⁸ La jurisprudence est en ce sens, qui analyse l'opposition au paiement d'un chèque en une « *révocation (...) du mandat confié au banquier par le titulaire du compte* » (Com., 20 juin 1977, *Bull.* IV, n° 173 ; *D.* 1978, *jur.* 398, note Ch. Gavalda). *Adde* G. Ripert et R. Roblot, *op. cit.*, t. 2, n° 2158, qui relèvent qu'avant le décret-loi du 30 octobre 1935, le chèque était considéré comme un « *simple mandat de paiement* », et constitue aujourd'hui un titre délivré sur un banquier ; comp. F. Grua, *op. cit.*, n° 209 et 225.

¹⁵⁹ A. Bénabent, *Droit civil – Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 5^{ème} éd., Montchrestien, 2001, n° 654.

¹⁶⁰ Sur le devoir de loyauté du mandataire, v. A. Bénabent, *op. cit.*, n° 652.

provisionné – et donc mandataire du tireur – implique indubitablement qu’il se rapproche de son mandant pour en obtenir d’autres instructions.

Mais il est vrai qu’aucun texte ne faisait expressément obligation à l’établissement de crédit d’entrer en contact avec son client en cas de tirage d’un chèque non provisionné, préalablement au rejet de celui-ci. La loi MURCEF pallie ce silence.

76. Le projet de loi ne traitait pas de cette question dans sa version initiale. C’est lors de la première lecture du texte à l’Assemblée nationale qu’un amendement fut adopté, qui imposait au banquier tiré d’un chèque sans provision de « *mettre tous les moyens en œuvre pour informer l’émetteur du rejet de son chèque, afin qu’il régularise sa situation avant que le rejet ne soit définitif* »¹⁶¹. Les sénateurs trouvèrent cette rédaction peu précise, et les obligations imposées aux banquiers leur semblèrent trop lourdes¹⁶². De ce fait, le texte n’imposait plus au banquier tiré, après la première lecture par le Sénat, que de « s’efforcer » d’informer le titulaire du compte du rejet imminent de son chèque¹⁶³. Lors de la deuxième lecture du texte, l’Assemblée nationale renonça à sa rédaction première, mais imposa au banquier tiré d’informer « *par tout moyen approprié mis à disposition par lui le titulaire du compte des conséquences du défaut de provision* »¹⁶⁴. Cette rédaction était particulièrement peu heureuse. D’une part, elle faisait apparaître que le banquier devait mettre à la disposition du client les moyens appropriés pour l’informer. D’autre part, elle était suffisamment ambiguë pour laisser croire que le banquier pouvait informer une fois pour toutes, à un moment donné, son client des conséquences du défaut de provision d’un chèque. Enfin, cette rédaction imposait une mise en conformité des conventions déjà existantes¹⁶⁵. Le Sénat adopta en deuxième lecture une rédaction plus claire, précisant que les moyens étaient mis à disposition par le client¹⁶⁶. Mais l’Assemblée nationale est revenue, en dernière lecture, à la rédaction retenue lors de son deuxième examen du texte.

77. Il convient de relever en dernier lieu que toutes les dispositions du Code monétaire et financier qui se trouvent modifiées par la loi MURCEF sont également applicables au chèque postal, selon l’article L. 104, 3° du Code des postes et télécommunications, et ce en dépit du fait que le chèque postal ne soit pas un chèque au sens des articles L. 131-2 et suivants du Code monétaire et financier¹⁶⁷.

78. La loi MURCEF du 11 décembre 2001 ne bouleverse sans doute pas le régime juridique de la convention de compte de dépôt ni celui du chèque. Toutefois, et même si des

¹⁶¹ Amendement n° 80, adopté à la séance à l’Assemblée nationale du 2 mai 2001, *JO* du 3 mai 2001, p. 2592.

¹⁶² Séance du 7 juin 2001, *JO* du 8 juin 2001, p. 2792. Dans son rapport au Sénat statuant en première lecture sur le projet de loi, M. Marini a fait état (p. 48 et 49) des délais très brefs d’un ou deux jours dont disposeraient les banques et du nombre élevé d’incidents entraînant la mise en œuvre de cette nouvelle obligation d’information du banquier (5,7 millions d’incidents de paiement relatifs à des chèques en 1999).

¹⁶³ Amendement n° 34, adopté lors de la première lecture du projet de loi par le Sénat (*JO* du 8 juin 2001, p. 2791).

¹⁶⁴ Amendement n° 21 (*JO* du 29 juin 2001, p. 5194).

¹⁶⁵ V. la remarque faite à ce propos par Mme Bricq, rapporteure du projet de loi à l’Assemblée nationale, lors de la deuxième lecture du texte (2^{ème} séance du 28 juin 2001, *JO* du 29 juin 2001, p. 5194 et 5195).

¹⁶⁶ Amendement n° 23 rectifié, *JO* du 11 octobre 2001, p. 3958.

¹⁶⁷ Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit du crédit*, t. 2, 4^{ème} éd., Litec, 2001, n° 320 ; comp. M. Vasseur et X. Marin, *Banques et opérations de banque*, t. 2, *Le chèque*, Sirey, 1969, n° 403.

doutes ont pu être émis au cours des travaux parlementaires quant à l'importance réelle du texte, les clients non professionnels des banques et les tireurs de « petits chèques » sans provision voient leur situation quelque peu améliorée par la nouvelle loi. Les établissements de crédit vont devoir fournir les efforts les plus importants, puisqu'il leur incombe de mettre en place, notamment, l'organisation apte à assurer la communication systématique au client d'un écrit de la convention de compte de dépôt. Notons cependant que les chambres parlementaires ont manifesté la volonté de limiter l'accroissement des obligations pesant sur les banques. Ainsi, différents amendements proposés par le Groupe communiste, républicain et citoyen au Sénat, et qui conduisaient entre autres à l'affirmation d'un « *service public bancaire de base* »¹⁶⁸, de la gratuité des services d'information des titulaires de compte¹⁶⁹, ou encore de la gratuité de l'octroi de dix formules de chèques par mois¹⁷⁰, n'ont pas été retenus lors de l'examen du projet de loi, après avis défavorables de la Commission des finances et du Gouvernement.

¹⁶⁸ Amendement n° 89, rejeté en première lecture par le Sénat (*JO* du 8 juin 2001, p. 2775).

¹⁶⁹ Amendement n° 90, rejeté en première lecture par le Sénat (*JO* du 8 juin 2001, p. 2775).

¹⁷⁰ Amendement n° 91, rejeté en première lecture par le Sénat (*JO* du 8 juin 2001, p. 2776).