

Recueil Dalloz 2007 p. 753

Droit bancaire

octobre 2005 - décembre 2006

Didier R. **Martin**, Agrégé des facultés de droit, Professeur émérite

Hervé Synvet, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

L'essentiel

Les arrêts significatifs de droit bancaire, de l'automne 2005 à l'automne 2006, couvrent une grande diversité de thèmes où le droit des obligations, contractuelles et délictuelles, tient une place privilégiée. La Cour de cassation y révèle un instinct plus sûr en matière de responsabilité civile que dans la maîtrise du régime général des obligations : la « délégation de loyers » et la cession de créance à titre de garantie en pâtissent tout spécialement.

Quelques questions de statut, de droit cambiaire et de droit du crédit animent aussi cette chronique que prolonge une nouvelle rubrique, plus ramassée, dédiée à des brèves de prétoire.

A - Questions statutaires

1 - De la Banque centrale européenne

L'arrêt rendu le 8 décembre 2005 par la Cour de justice des Communautés européennes (**CJCE 8 déc. 2005, aff. C-220/03**, Rec. CJCE, p. I-10595) mérite d'être signalé, moins pour l'intérêt de la question particulière qu'il résout que pour la réflexion qu'il est de nature à engendrer sur le statut de la Banque centrale européenne.

Il s'agissait en l'espèce d'un contentieux d'ordre fiscal opposant la BCE à la République Fédérale d'Allemagne.

On sait que l'article 291 CE inclut la BCE parmi les institutions communautaires bénéficiant des privilèges et immunités prévus au protocole du 8 avril 1965 sur les privilèges et immunités des Communautés européennes. Ce protocole prévoit, à son article 3, deuxième alinéa, que « *les gouvernements des Etats membres prennent, chaque fois qu'il leur est possible, les dispositions appropriées en vue de la remise ou du remboursement du montant des droits indirects et des taxes à la vente entrant dans le prix des biens immobiliers ou mobiliers lorsque les Communautés effectuent pour leur usage officiel des achats importants dont le prix comprend des droits et taxes de cette nature* ». Cette disposition trouve un écho dans l'accord de siège qui a été conclu entre la République Fédérale d'Allemagne et la BCE lorsque celle-ci s'est fixée à Francfort. Selon l'article 8, paragraphe 1, de l'accord, « *en application de l'article 3, deuxième alinéa du protocole, le Bundesamt für Finanzen rembourse sur demande, à partir des recettes provenant de la taxe sur le chiffre d'affaires, la taxe sur le chiffre d'affaires facturée séparément à la BCE par des entreprises pour les livraisons de biens et les prestations diverses qu'elles fournissent à la BCE, si ces opérations sont destinées à l'usage officiel de la BCE (...)* ». En bref, non seulement la BCE bénéficie d'une immunité fiscale, mais encore elle a un droit à remboursement lorsque ses fournisseurs lui facturent la taxe sur le chiffre d'affaires qu'ils règlent au trésor allemand.

C'est l'étendue de ce droit à remboursement qui était litigieux. La BCE a pris à bail plusieurs immeubles à Francfort. Les bailleurs sont assujettis à la taxe allemande sur le chiffre d'affaires pour ce qui concerne leurs propres dépenses liées aux immeubles. Mais ils ne la facturent pas à la BCE, parce que, selon la loi fiscale allemande (conforme à la sixième directive n° 77/388/CEE du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des Etats membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires), la location de biens immeubles est en principe exonérée de la taxe sur le chiffre d'affaires et que les bailleurs ne peuvent opter pour l'assujettissement dès lors que la BCE n'a pas la qualité d'entrepreneur au sens du droit fiscal allemand. La BCE réclamait néanmoins un remboursement, au motif que les montants de la taxe sur le chiffre d'affaires acquittés par les bailleurs étaient nécessairement inclus dans les loyers convenus.

Saisie sur le fondement de la clause compromissoire figurant à l'accord de siège, la Cour de justice des Communautés européennes a rejeté la demande de la BCE. Son motif principal est que « *l'article 8, paragraphe 1, de l'accord de siège subordonne le remboursement de la taxe sur le chiffre d'affaires expressément et sans ambiguïté à la condition, non remplie en l'espèce, que cette taxe ait été 'facturée séparément'* » (pt 31 de l'arrêt). La Cour de justice s'en tient ainsi à une application littérale de l'accord de siège, sans chercher à l'assouplir à la lumière du protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes, et en refusant de s'engager dans une analyse économique sur la détermination de la personne qui supporte en définitive la charge de l'impôt.

Cette position paraît parfaitement fondée. Ajoutons qu'en l'état de la construction européenne, le bénéfice des immunités, qui trouve son origine dans le droit international le plus classique, ne peut plus avoir les mêmes justifications. S'agissant spécialement de la BCE, celle-ci a pris le relais, notamment dans le domaine de la politique monétaire, des banques centrales nationales. Il n'y a aucune raison pour que l'intensité du contrôle juridictionnel décroisse à l'occasion de ce transfert de compétences. En particulier, il serait regrettable qu'une quelconque immunité vienne rendre plus difficile la recherche de la responsabilité de la BCE lorsqu'elle commet des fautes dans l'exercice de ses missions.

H. S.

2 - Du Crédit Municipal

Le Conseil d'Etat a rendu, le 28 décembre 2005, un arrêt qui illustre le particularisme de l'une des catégories d'établissements de crédit prévues par la loi, à savoir les caisses de crédit municipal (**CE 28 déc. 2005, n° 265089**, AJDA 2006. 621).

En l'espèce, la commission bancaire avait, sur le fondement de l'article L. 613-16, alinéa 2, du code monétaire et financier (« *La commission bancaire peut (...) adresser à tout établissement de crédit (...) une injonction à l'effet notamment de prendre dans un délai déterminé toutes mesures destinées à restaurer ou renforcer sa situation financière, à améliorer ses méthodes de gestion ou à assurer l'adéquation de son organisation à ses activités ou à ses objectifs de développement* ») enjoint à la Caisse de crédit municipal de Reims de « *prendre toutes mesures nécessaires destinées à ramener son coefficient d'exploitation à un niveau inférieur à 100 % à compter du 31 décembre 2004* » (on observera que, par une telle injonction, il est ordonné à l'établissement concerné d'atteindre un résultat - ramener son coefficient d'exploitation en deçà du seuil de 100 % -, mais en lui laissant le choix des moyens pour y parvenir. La commission bancaire ne prescrit donc pas des mesures déterminées, alors que l'objet de l'article L. 613-16 du code monétaire et financier est de lui donner le pouvoir de le faire. Il est vrai qu'il est moins périlleux, pour une autorité administrative, de fixer un objectif que de se substituer à un établissement de crédit dans la prise de décisions qui pourraient se révéler malheureuses...). C'est cette décision qui a été déférée au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir.

Sur la légalité externe, la requérante faisait valoir que la commission bancaire avait consacré trois réunions à l'examen de la situation financière de la caisse et que sa composition avait varié d'une réunion à l'autre, ce dont elle déduisait l'irrégularité de la procédure suivie. Le

Conseil d'Etat écarte ce moyen en énonçant qu'« aucune disposition législative ou réglementaire n'impose à la commission bancaire de se prononcer dans une même formation aux diverses étapes de la procédure d'injonction engagée dans le cadre de sa mission administrative de surveillance des établissements de crédit ». On sait, en effet, que la commission bancaire cumule des attributions administratives et une fonction juridictionnelle. Son pouvoir d'injonction entre dans la première catégorie, de sorte qu'il est soustrait aux contraintes qui pèsent sur la composition d'une juridiction.

Mais c'est dans son examen de la légalité interne de la décision attaquée que l'arrêt du 28 décembre 2005 est riche d'enseignements. La caisse alléguait sa vocation sociale et l'impossibilité d'abaisser significativement son coefficient d'exploitation, compte tenu de l'existence de charges incompressibles et de la nature de son activité (le prêt sur gage). C'était plaider la nécessité d'un régime dérogatoire eu égard à son statut et à ses missions.

Le Conseil d'Etat rejette le recours, mais sans nier le particularisme des caisses de crédit municipal.

La Haute juridiction administrative commence par rappeler les deux qualités des caisses. D'un côté ce sont des établissements de crédit ; elles forment même, à elles seules, l'une des cinq catégories d'établissements de crédit énumérées à l'article L. 511-9 du code monétaire et financier. Mais ce sont également, selon l'article L. 514-1 du même code (issu du décret n° 55-622 du 20 mai 1955, modifié en dernier lieu par la loi n° 92-518 du 13 juin 1992, D. 1992. Lég. 324), des établissements publics communaux de crédit et d'aide sociale. La loi leur assigne pour mission, notamment, de combattre l'usure par l'octroi de prêts sur gages corporels. Sur la base de cette double qualification, le Conseil d'Etat retient que les caisses de crédit municipal sont soumises au droit commun bancaire et, en particulier, au pouvoir d'injonction de la commission bancaire. Il ajoute qu'« il appartient toutefois à la commission bancaire, dans l'exercice des pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 613-16 du code monétaire et financier, de tenir compte des particularités du statut de ces établissements et notamment, lorsque ceux-ci ont une activité de prêt sur gage, de leur vocation sociale ». C'est cette dernière affirmation qui est à la fois neuve et intéressante. Les deux sources du droit régissant les caisses de crédit municipal ne s'ignorent pas. Le Conseil d'Etat favorise leur combinaison, en admettant que l'application de la réglementation bancaire puisse être infléchie par la prise en considération de la vocation sociale des caisses, corollaire de leur statut d'établissements publics communaux.

Ce principe de solution est ensuite effectivement mis en oeuvre par la Haute juridiction administrative. En l'espèce, le litige tournait autour de la subvention annuelle accordée par la ville de Reims à la caisse de crédit municipal en application d'une convention de financement conclue entre elles. La question était de savoir si cette subvention devait être intégrée dans les produits d'exploitation de la caisse, ce qui aurait évidemment amélioré son coefficient d'exploitation. Sur ce point, le Conseil d'Etat estime que « si la commission bancaire peut, pour apprécier la situation financière d'une caisse de crédit municipal dont l'activité est limitée à l'octroi de prêts sur gages corporels, retenir le mode de calcul du coefficient d'exploitation donné par le règlement n° 99-06 du comité de la réglementation bancaire et financière, il lui appartient toutefois, eu égard à la vocation exclusivement sociale d'une telle caisse, de prendre en compte, le cas échéant, dans les produits d'exploitation, une subvention publique dont le montant couvre les besoins d'exploitation et dont le versement revêt, en vertu de dispositions législatives ou de stipulations conventionnelles, un caractère certain et suffisamment stable ». Si le Conseil d'Etat approuve, en définitive, la commission bancaire d'avoir calculé les produits d'exploitation de la caisse indépendamment des aides de la ville de Reims, c'est après avoir analysé la convention liant les deux parties et avoir constaté que ses stipulations ne garantissaient pas la pérennité de la subvention.

Enfin, toujours dans le même esprit, le Conseil d'Etat examine la portée de l'injonction faite à la caisse de ramener son coefficient d'exploitation de 132 % à moins de 100 %. Il note que ce dernier taux correspond « à un taux moins rigoureux que celui usuellement imposé aux établissements de crédit » et qu'« ainsi, contrairement à ce que soutient la requérante, qui fait valoir que ses charges sont incompressibles et que son activité ne lui permet pas d'établir

les conditions d'une rentabilité suffisante, la commission bancaire a pris en compte les spécificités de son activité et sa vocation sociale ».

L'arrêt du 28 décembre 2005 est de ceux qui tracent une direction. Il faudra le conserver en mémoire pour appréhender d'autres problèmes soulevés par les caisses de crédit municipal (tel celui de la désignation de leur directeur qui, selon l'art. L. 514-2 C. mon. fin., relève de la compétence du maire de la commune, mais sur laquelle le comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement peut également exercer son pouvoir d'appréciation, en vertu de l'article 9 du règlement CRBF n° 96-16 du 20 décembre 1996). Il pourra également être utile lorsqu'il s'agira de combiner le droit bancaire « général » avec d'autres statuts particuliers (on songe notamment à certaines sociétés financières, par exemple les sociétés anonymes de crédit immobilier).

H. S.

3 - Du monopole bancaire

Variation sur un thème connu. L'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 28 novembre 2006 prend place dans la longue série des contentieux nés de l'octroi de crédits en France par des établissements de crédit belges dépourvus d'un agrément bancaire français, avant la transposition de la deuxième directive de coordination bancaire (**Com. 28 nov. 2006, n° 04-19.244**, D. 2007. AJ. 13, obs. Avena-Robardet). Mais une différence existait par rapport au cas-type sur lequel s'était construite la jurisprudence : l'opération litigieuse étant une ouverture de crédit à taux variable dont le remboursement était garanti par des hypothèques sur des biens appartenant en France aux emprunteurs et par un cautionnement hypothécaire, la cour d'appel avait retenu que l'établissement prêteur (la Caisse hypothécaire anversoise) n'était pas agréé en Belgique pour consentir des prêts hypothécaires à taux variable.

Compte tenu de cette particularité, il ne paraissait plus possible à la banque belge de s'abriter derrière la jurisprudence *Parodi* de la Cour de justice des Communautés européennes (9 juill. 1997, aff. C-222/9, Rec. CJCE, p. I-3899) et l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 4 mars 2005 (Bull. civ., ass. plén., n° 2 ; Sousi, La libre prestation de services, l'agrément bancaire et l'octroi de crédits hypothécaires. Epilogue, D. 2005. Tribune. 785 ; D. 2005. AJ. 836, obs. Delpech, et D. 2006. Pan. 155, spéc. 156, nos obs. ; RTD civ. 2005. 388, obs. Mestre et Fages ; RTD com. 2005. 400, obs. Legeais), en tant qu'ils condamnaient l'exigence de l'agrément en France d'une succursale de l'établissement étranger. De fait, la Chambre commerciale écarte le moyen du pourvoi formé contre l'arrêt d'appel ayant annulé l'opération, qui critiquait des motifs retenant l'irrégularité d'un prêt accordé par un établissement dépourvu d'agrément. La Cour de cassation énonce qu'« *appréciant souverainement les éléments de preuve qui lui étaient soumis, la Cour d'appel a constaté que la caisse Anhyp n'était pas agréée en Belgique pour y octroyer des prêts hypothécaires à taux variable, tel celui qui avait été accordé aux époux Hervé X ... ; qu'en l'état de ce constat dont il se déduisait qu'un agrément eût été nécessaire à cet établissement pour exercer en France l'activité qu'il n'était pas autorisé à pratiquer dans son Etat d'origine, l'arrêt, qui a statué à bon droit, n'encourt aucun des griefs du moyen ».*

L'arrêt attaqué est néanmoins censuré. La violation de l'article 15 de la loi bancaire (devenu les art. L. 511-10, L. 511-14 et L. 612-2 C. mon. fin.), qui subordonne l'accomplissement à titre habituel d'opérations de banque au bénéfice d'un agrément, était certes établie. Mais, elle ne suffisait plus à entraîner la nullité de l'ouverture de crédit, depuis que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation avait, par le même arrêt du 4 mars 2005, décidé que la méconnaissance du monopole bancaire n'est pas sanctionnée civilement. En l'espèce, la Chambre commerciale, reproduisant le motif de principe de l'arrêt du 4 mars 2005, casse donc l'arrêt déféré pour avoir annulé le crédit.

Cette décision, outre qu'elle manifeste utilement le ralliement de la Chambre commerciale à la jurisprudence de l'Assemblée plénière, appelle deux observations.

La première est relative à la portée de la disparition de toute sanction civile à la violation du monopole bancaire. Elle avait déjà été perçue ; mais l'espèce commentée permet de la rendre plus concrète. Lorsqu'un établissement étranger non agréé en France y effectue néanmoins des opérations de banque, celles-ci demeurent civilement valides. La solution est aujourd'hui importante pour les banques non communautaires, compte tenu de la relative imprécision du champ d'application dans l'espace des dispositions fondant le monopole bancaire.

La seconde observation touche à l'agrément dont disposait la Caisse hypothécaire anversoise en Belgique. La Cour de cassation ne prend pas parti sur son étendue. Elle se borne à affirmer l'existence d'un pouvoir souverain de la cour d'appel lorsque celle-ci constate que la caisse n'était pas agréée pour octroyer des prêts hypothécaires à taux variable. A la vérité, cette restriction paraît un peu curieuse. Dans son pourvoi, la caisse soutenait qu'« *en retenant que l'Anhyp aurait été seulement agréée pour connaître des prêts et ouvertures de crédit hypothécaires à taux fixe prétendument seuls autorisés par l'arrêté royal du 7 janvier 1936, sans répondre au chef péremptoire de ses conclusions dans lesquelles il était rappelé que cet arrêté royal n'était applicable qu'à la condition que l'ouverture de crédit fût garantie par un immeuble situé en Belgique, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences des articles 455 et 458 du nouveau code de procédure civile* ». La mention d'un arrêté royal autorisant les seuls prêts hypothécaires à taux fixe conduit à s'interroger sur l'exactitude du constat opéré par les juges du second degré. Un agrément restreint est une chose (c'est par exemple la situation, en France, des sociétés financières). L'interdiction de consentir certains types de crédit en est une autre, différente (ainsi l'art. L. 313-10-1 C. consom. fait obstacle à l'octroi d'un crédit à la consommation ou d'un crédit immobilier qui seraient couverts par une garantie autonome). En l'espèce, on se trouvait donc dans l'hypothèse d'un défaut d'agrément seulement si l'agrément délivré en Belgique à la Caisse hypothécaire anversoise n'incluait pas la fourniture des crédits litigieux ; en revanche, une interdiction, applicable à tous les établissements de crédit, de consentir des prêts hypothécaires à taux variable, aurait été sans rapport avec l'agrément de la Caisse hypothécaire anversoise. Le statut du droit étranger devant la Cour de cassation se révèle à nouveau peu adapté à une mise en oeuvre exacte des libertés communautaires : il est peu satisfaisant que celle-ci soit dans la dépendance des analyses aléatoires des juges du fond quant au sens et à la portée du droit du pays d'origine de l'entreprise concernée.

H. S.

B - Titres instrumentaires

1 - De l'émission du chèque

La date d'un acte juridique constitue, par nature, un pur fait juridique. Qu'elle soit souvent décisive de la validité de l'acte et, toujours, de l'entrée en vigueur de ses effets, n'altère pas cette donnée que la situation de l'acte dans le cours du temps est un phénomène, certes d'origine volontaire, mais d'une réalité parfaitement objective. Ce qui n'en rend pas la preuve plus aisée - bien que libre - en cas de contestation. Cette question probatoire se pose avec acuité lorsque l'acte juridique n'est pas matériellement daté, à l'instar, ordinairement, de l'émission d'un titre cambiaire. Entendue comme la mise en circulation du titre, l'émission emporte d'importants effets qui peuvent être contrariés, notamment, par l'indisponibilité antérieure de la créance titrisée ou le dessaisissement antérieur du tireur. Ainsi, le bénéficiaire d'un chèque « remis à l'encaissement » le jour même du prononcé de la liquidation judiciaire du tireur, et rejeté par le tiré, discutait-il la contre-passation qui en avait été faite sur son compte bancaire. Débouté en appel, il reprochait aux juges du fond une violation de l'article 1315 du code civil pour avoir renversé, à sa charge, « le fardeau de la preuve de la date d'émission » du titre, et d'avoir conclu que cette date devait, à défaut d'autre élément, être « celle de sa remise à l'encaissement », au motif que « la date d'émission d'un chèque est un fait qui peut être établi par tout moyen ».

La formulation du premier grief appelle une précision. En effet, si la charge de la preuve de la date d'un acte incombe, en règle, à celui qui s'en prévaut, on enseignait pourtant, et bizarrement, que la date de création apposée sur le chèque, par le tireur, valait présomption de celle de son émission (Pérochon, *Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 1992, note

599-1 ; et encore, récemment : Gavalda et Stoufflet, *Instruments de paiement et de crédit*, 5e éd., Litec, n° 200, opinion abandonnée dans la 6e édition de 2006). Même simple, une telle présomption eut constitué une dispense de preuve dont le bénéficiaire du chèque, en l'occurrence, entendait profiter. Las ! Un arrêt de rejet de son pourvoi (**Com. 31 janv. 2006, n° 04-15.315**, D. 2006. AJ. 573, obs. Avena-Robardet ; RTD com. 2006. 455, obs. Legeais ; RD banc. fin., mai-juin 2006. 13, obs. Crédot et Samin) confirme la décision critiquée « *d'avoir énoncé, à bon droit, que la date d'émission d'un chèque ne peut être présumée être celle de sa création* ». Solution logique puisque, eu égard à l'effet translatif de l'émission, la présomption de sa concomitance à la création du chèque - qui favoriserait l'antidatage - n'est pas soutenue par une supposition suffisamment raisonnable. Dès lors, en pratique, en l'absence de preuve plus précise, la date d'émission se confond juridiquement avec celle de la remise du chèque en banque : opération qui donne lieu à horodatage et à penser que l'émission du titre a été, au moins, immédiatement préalable à son endossement à la banque. Le déni d'une présomption douteuse est un progrès du droit.

D. R. M.

2 - De la créance cambiaire

Une créance cambiaire est-elle saisissable ? C'est par la négative que se prononce un arrêt (**Com. 27 sept. 2005, n° 02-16.902**, D. 2006. Jur. 1614, note Boujeka, AJ. 2672, obs. Delpech ; RTD com. 2006. 166, obs. Legeais ; RTD civ. 2006. 382, obs. Perrot ; Banque et droit 2006, n° 105, p. 57, obs. Bonneau) dans une espèce où une banque avait fait pratiquer une saisie-attribution à son profit, entre les mains du souscripteur de plusieurs billets à ordre en faveur d'un de ses clients débiteur. La Cour admet, d'abord, à juste titre, qu'en dépit du silence des textes (les art. 45 de la loi du 9 juill. 1991 sur les procédures civiles d'exécution - L. n° 91-650, D. 1991. Lég. 317 - et 66 du décret d'application du 31 juill. 1992 - Décr. n° 92-755, D. 1992. Lég. p. 451), le tiers saisi a, en l'occurrence, un « intérêt légitime à agir pour s'opposer au paiement » : en effet, déjà tenu cambiairement, comme souscripteur des billets, il devait pouvoir contester la saisie pour faire clarifier sa situation en justice. Puis, de façon plus douteuse, et dans le même silence législatif, elle déclare insaisissable la créance cambiaire. On sait pourtant que selon l'article L. 511-31 du code de commerce - auquel renvoie l'article L. 512-3 du même code, pour le billet à ordre - « *il n'est admis d'opposition au paiement qu'en cas de perte du billet* » ou de procédure de défaillance du porteur, et que la créance cambiaire ne figure pas au nombre des biens déclarés insaisissables à l'article 14 de la loi précitée. Aussi, pour transcender ces objections et fonder sa solution, la Cour précise que la créance cambiaire est insaisissable « par nature » : si la chose va d'elle-même, par nature, foin des textes qui ne l'envisagent pas !

Qu'une certaine nature des choses soit ici à l'oeuvre n'est pas faux. Car l'émission d'un titre cambiaire, pur instrument de cession simplifiée d'une créance, ouvre sur un droit spécial, rigoureusement mécaniste, ordonné à la sécurité du porteur. Lequel, en recevant le titre, doit pouvoir se fier et s'en tenir aux mentions qu'il comporte, à la régularité de la chaîne des endossements et aux règles qui en régissent le paiement. Ce qui devrait le prémunir contre toute saisie antérieure de la créance constatée par le titre. Du moins si cette créance est bien soutenue par un engagement cambiaire de son débiteur principal. Tel est le cas du souscripteur d'un billet à ordre et du tiré accepteur d'une lettre de change ; en revanche, à défaut d'acceptation de celle-ci, rien ne s'oppose à l'efficacité d'une saisie de la provision au préjudice des porteurs successifs qui, en recevant la traite, savaient prendre le risque du défaut final, de l'indisponibilité ou de l'attribution par saisie de la créance de provision (V. pour la saisie faite du chef du bénéficiaire d'un chèque avant qu'il ne l'endosse à sa banque : **Com. 15 févr. 1994, D. 1994. Somm. 183, obs. Cabrillac**).

Toutefois, cette protection du porteur ne se justifierait plus si l'on prétendait l'en faire bénéficier contre ses propres créanciers. Ainsi ne concevrait-on pas que le porteur final, de la traite ou du billet, pût obtenir le paiement, du tiré accepteur ou du souscripteur du titre, au mépris d'une saisie-attribution faite par l'un de ses créanciers auprès de ce dernier. La nature des choses ne commande pas une telle immunité : le créancier cambiaire qui demande paiement au débiteur cambiaire doit, le cas échéant, être primé par son propre créancier

saisissant la créance cambiaire. Où il s'avère que celle-ci n'est pas « insaisissable par nature ». Au contraire, la créance cambiaire est, comme toute créance non réservée par la loi, juridiquement saisissable. Cependant, l'efficacité de la saisie n'est pas opposable à un porteur autre que celui du chef duquel elle a été pratiquée. Sauf mauvaise foi dudit porteur qui, en acquérant le titre, aurait agi sciemment au détriment du saisissant, c'est-à-dire en connaissance de la saisie et pour déjouer son opposabilité à un porteur antérieur, débiteur saisi. Or, le créancier saisissant aurait sûrement aussi, en pareil cas, un « intérêt légitime à agir pour s'opposer au paiement » du porteur complice, en alléguant sa mauvaise foi.

Au total, la Cour paraît bien avoir confondu la question de la saisissabilité de la créance cambiaire et celle de l'opposabilité de la saisie-attribution d'une telle créance. Cette confusion lui serait-elle naturelle ? Elle l'a renouvelée, en tout cas, quelques mois plus tard, en déclarant aussi « insaisissable » par les créanciers du délégant, les « sommes dues par le délégué » (V. *infra* dans cette chronique). La Cour devra donc se défier de cette propension, simplificatrice, à prononcer l'insaisissabilité, qui propage des vues inexactes et crée des précédents fâcheux.

D. R. M.

C - « Délégation » de loyers

1 - De la qualification

La délégation est une figure familière de l'activité bancaire. Spécialement lorsqu'un immeuble de rapport est impliqué dans une opération de crédit. Soit que celle-ci ait pour objet d'en financer la construction ou l'achat ; soit que l'immeuble serve de support à une garantie hypothécaire du prêt consenti. Il est alors fréquent que l'emprunteur ou le garant réel consente au prêteur, par une « clause de délégation de loyers », la possibilité, en cas de non-paiement d'une ou plusieurs échéances, de solliciter directement auprès des preneurs établis le service des loyers à échoir. S'agit-il vraiment de délégation ? On peut en douter. Car, dans sa pureté, cette figure nommée de la théorie des obligations s'entend d'une délégation de débiteur - donc d'une personne - là où les parties à ladite clause entendent plutôt une délégation de créance. Or, si cette dernière appellation suggère l'idée d'un transfert du bénéfice de la créance concernée, et non de la création d'une obligation nouvelle (Terré, Simler et Lequette, *Droit civil - Les obligations*, 9e éd., Dalloz, n° 1440), elle contredit radicalement le schéma de la délégation de débiteur articulé sur un nouvel engagement personnel du débiteur de la créance et exclusif de toute mutation d'icelle. En sorte que les décisions judiciaires qui tranchent, *expressis verbis*, une question de délégation laissent souvent planer un doute sur la réalité de l'hypothèse en cause et la pertinence de la qualification retenue.

Un bon exemple en est donné par un arrêt (**Com. 4 oct. 2005, n° 04-14.722**, D. 2005. AJ. 2591, obs. Lienhard, et D. 2006. Pan. 2855, obs. Crocq ; RTD civ. 2006. 319, obs. Mestre et Fages ; RTD com. 2006. 481, obs. **Martin**-Serf) qui applique à une « délégation de loyers » une solution étrangère à la délégation de débiteur. Il s'agissait, en l'espèce, de savoir si la « délégation » convenue hors période suspecte, mais *signifiée* au cours de celle-ci par la banque bénéficiaire aux locataires « délégués », s'exposait à la nullité de droit prévue par l'article L. 621-107, I, 4°, du code de commerce. Ce que la Cour de cassation dénie, par une censure, au motif que « l'acte de délégation de loyers » ayant été « conclu avant la date d'insolvabilité notoire », il importait « peu que son exécution fût postérieure à cette date ». Or, si l'on peut admettre - avec une tolérance coupable - que la signification soit regardée comme une mesure d' « exécution » de la cession de créance, il ne saurait en aller de même pour la délégation de débiteur. Car, celle-ci ne donne pas lieu à signification au débiteur, mais à un engagement personnel de ce dernier, qui forme la pièce essentielle de cette délégation. C'est assez dire que, sous le couvert d'une délégation de loyers, dont l'accord des redevables « n'a jamais été sollicité » (Cabrillac, obs., JCP 2006. I. 130), la Cour aura vu plutôt une cession conditionnelle de créance et non une véritable délégation qui implique que le débiteur délégué s'oblige séparément envers le délégataire. D'une analyse à l'autre, c'est la date de conclusion de l'acte qu'elle déplaçait : par ruse ou ingénuité ?

La qualification de l'opération est encore sollicitée, mais sous un jour différent, dans un arrêt

attendu et promis à une large audience (Com. 19 déc. 2006, n° 05-16.395, D. 2007. AJ. 76, obs. Delpech, et Jur. 344, note Larroumet ; Dammann et Podeur, Cession de créances à titre de garantie : la révolution n'a pas eu lieu, D. 2007. Point de vue. 319).

Où un emprunteur avait « cédé, délégué, transporté » à la société prêteuse tous les loyers à provenir de l'acquisition d'un centre commercial, le litige, placé sur le terrain de la pure cession de créances à titre de garantie, invitait à trancher de sa validité en droit commun. Un locataire poursuivi la déniait, arguant qu'aucune disposition légale précise ne permet de voir, dans une telle cession, par requalification, autre chose qu'un nantissement de créance. Sa ténacité est récompensée d'une cassation au motif « *qu'en dehors de cas prévus par la loi, l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de garantie, tous ses droits sur des créances, constitue un nantissement de créance* ».

On sait que la question, fort débattue en doctrine, a été fâcheusement esquivée par la réforme des sûretés du 23 mars 2006, alors que la commission Grimaldi opinait clairement pour une généralisation de la cession fiduciaire de créance. Mais, le point était encore à l'étude par une commission *ad hoc* sur la fiducie et relevait même d'une proposition de loi (Sénat, session 2005-2006, n° 178) en cours de discussion parlementaire (Sénat, séance du 17 oct. 2006), devenue la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie.

Dans ce contexte effervescent, la Cour de cassation - qu'on a connue plus hardie - aura peut-être estimé ne pas devoir prendre le pas sur le législateur, en dépit de la tentation qui perçait déjà dans un arrêt antérieur (Com. 20 mars 2001, n° 99-14.982, D. 2001. Jur. 3110, note Aynès) où se pouvait voir « une discrète consécration de la cession de créances futures à titre de garantie ». Céder à la tentation, ici et maintenant, eut-il été inconvenant ? Cet arrêt timoré n'en paraît pas moins rétrograde alors que tout appelait une décision contraire et que rien n'y fait obstacle dans le code civil (Larroumet, note préc.). Cette inopportune retenue ne devrait pas préjuger de l'avenir : la Cour saurait probablement accueillir un jour, en droit commun, une souhaitable cession fiduciaire de créance qui se ferait trop attendre.

D. R. M.

2 - De la saisissabilité

On peut douter aussi qu'il se soit agi de délégation de débiteur dans l'espèce tranchée par un autre arrêt (**Com. 14 févr. 2006, n° 03-17.457**, D. 2006. AJ. 650, obs. Delpech, et Pan. 2855, obs. Crocq ; RTD civ. 2006. 319, obs. Mestre et Fages ; JCP G 2006. II. 10145, note Roussille ; JCP E et A 2006. 1819, note Lachièze) où il est simplement fait état de « l'instruction donnée au locataire de payer les loyers commerciaux » à la banque créancière du bailleur. De cette équivoque, l'affaire tire pourtant un grand intérêt par la question qu'elle suscite : sous l'empire d'une délégation de débiteur, la créance du délégant sur le délégué est-elle saisissable ? En écho à un précédent et « important arrêt » (Com. 16 avr. 1996, D. 1996. Somm. 333, obs. Aynès, et Jur. 571, note Larroumet ; RTD civ. 1997. 132, obs. Mestre), ultérieurement remis en cause (Com. 29 avr. 2002, D. 2002. AJ. 1835, obs. F. B. et Jur. 2674, note Houtcieff ; Defrénois 2002. 1239, note Libchaber ; RD banc. fin., juill.-août 2002, n° 135, obs. Lucas), la Cour de cassation se prononce ici clairement pour la négative.

Son postulat, exact, est que, sauf défaillance du délégué envers le délégataire, « ni le délégant ni [par suite] ses créanciers ne peuvent exiger le paiement » de ce à quoi le délégué était tenu, *ab initio*, envers le délégant. En effet, par l'accord de délégation intervenu, ces deux derniers s'entendent pour prêter à la dette originelle du délégué un autre mode d'exécution : ce qui a nécessairement pour vertu de rendre inexigible le premier mode d'exécution prévu ; de même, par exemple, qu'un accord de dation en paiement ne permet plus d'exiger la fourniture de la prestation initiale, ou que l'émission d'une lettre de change acceptée rend, provisoirement au moins, inexigible la créance fondamentale de provision, ou que la passation d'une créance en compte courant la prive d'exigibilité séparée.

Il en résulte - poursuit la Cour - « qu'une saisie-attribution effectuée entre les mains du délégué par un créancier du délégant ne peut avoir pour effet de priver le délégataire, dès son

acceptation, de son droit exclusif à un paiement immédiat par le délégué, sans concours avec le créancier saisissant ». La formule rend compte de ce que, par hypothèse, le second mode d'exécution de la créance du délégant est conçu au bénéfice particulier d'un troisième protagoniste de l'opération : le délégataire. A l'instar de la stipulation de prestation pour autrui, acceptée, la délégation investit le bénéficiaire désigné d'un droit personnel à paiement contre le délégué-promettant. A la différence majeure, toutefois, que cette investiture n'est pas seulement, ici, d'un droit direct à paiement de ce qui est dû au délégant-stipulant, mais d'un titre de créance propre résultant du nouvel engagement pris par le délégué, sur ordre du délégant, envers le délégataire. Autrement dit, le second mode d'exécution de la créance du délégant s'entend de l'exécution de la nouvelle dette souscrite par le délégué au bénéfice du délégataire. Une connexité est ainsi créée entre les deux obligations du délégué, l'ancienne à l'égard du délégant et la nouvelle à l'égard du délégataire, dont il est convenu que l'exécution de la seconde vaudra, dans le même temps, et à proportion, exécution de la première.

De cette coexistence d'obligations, fonctionnellement liées, mais accrochées à des titres et des titulaires différents, il résulte, en effet, que la saisie éventuelle de la première ne peut « priver le délégataire de son droit exclusif » puisqu'elle est impuissante à appréhender la seconde, née au profit personnel du délégataire. Est-ce à dire, cependant, qu'une telle saisie-attribution soit impossible ? On ne saurait tirer argument en ce sens de l'inexigibilité de ladite créance puisque toute créance à terme ou conditionnelle est justiciable, en l'état, d'une telle procédure. Pourtant la Cour d'appel d'Aix-en-provence avait estimé, en l'espèce, devoir ordonner mainlevée d'une semblable saisie au motif que les loyers que le locataire-délégué s'était, sur « instruction » du bailleur-délégant, engagé à acquitter auprès de la banque-délégataire, « n'auraient pas été saisissables ». On s'étonne fort d'une telle solution qui, par souci de protection des intérêts du délégataire, prétend rendre insaisissable une créance qui ne le concerne pas. L'arrêt est pourtant confirmé en ces termes : la cour d'appel « *retient à bon droit que les sommes dues par le délégué au titre des loyers n'étaient pas saisissables par les créanciers du délégant dont le droit de créance, qui demeure dans son patrimoine, est indisponible à compter de l'acceptation du délégataire* ».

Passons, d'abord, sur l'insaisissabilité des « sommes », quand la saisie-attribution n'a pas pour objet des sommes mais des créances monétaires. Il n'est pas douteux, en revanche, qu'en dépit de la délégation, la créance du délégant demeure dans son patrimoine. Car, l'opération ne tend pas à lui substituer la créance nouvelle du délégataire ni à la lui superposer, mais à la prolonger par une seconde détente ou - pour mieux dire - à la relayer d'une dette autonome envers autrui : ce que doit faire le délégué, pour se libérer envers le délégant, c'est accomplir ce qu'il a promis au délégataire à titre de mode d'exécution de son obligation envers celui-là. Laquelle obligation ne s'en trouve donc ni éteinte, ni cédée, mais modifiée seulement par l'engagement personnel du délégué de s'exécuter, en accord libératoire avec le délégant, auprès du délégataire.

Au contraire, l'idée que le droit de créance du délégant s'en trouverait rendu « indisponible » paraît bien suspecte. On la trouve pourtant déjà exprimée ailleurs en ces termes : « ce n'est pas parce que la créance du délégant... subsiste dans [son] patrimoine qu'il peut pour autant en disposer (par exemple en... la cédant ou en consentant une remise de dette) » (Larroumet, note préc.). Mais, la formule n'est, hélas ! suivie d'aucune explication. De sorte qu'on ignore où cette prétendue indisponibilité puiserait sa justification. Or, rien, en vérité, n'empêche le délégant de céder sa créance sur le délégué ; mais le cessionnaire l'acquerrait en l'état, c'est-à-dire grevée d'une délégation de son débiteur. Disponible, ladite créance n'échappe pas davantage à la saisissabilité. Ce qu'atteste d'ailleurs la loi sur les procédures civiles d'exécution (n° 91-650, 9 juill. 1991, D. 1991, Lég. 317) dont l'article 44 énonce : « le tiers saisi [le délégué en l'occurrence] est tenu de déclarer au créancier [saisissant] l'étendue de ses obligations... et, s'il y a lieu, ... les *délégations* antérieures ». Est-ce assez clair ?

D. R. M.

D - Opérations de crédit

A grande cause, grand principe. « *L'affaire Tapie* », très caractéristique de l'implication bancaire dans l'exécution et le financement des opérations de haut de bilan, connaît un dénouement - encore provisoire - favorable à l'établissement de crédit poursuivi (**Cass., ass. plén., 9 oct. 2006, n° 06-11.056**, D. 2006. AJ. 2525, Jur. 2933, note Houtcieff ; JCP 2006. II. 10174, note Bonneau). Les trompettes médiatiques, grisées, au seuil de l'instance, par les dommages-intérêts en jeu, n'auront répercuté qu'en sourdine l'écroulement du château de cartes édifié pour atteindre et compromettre le Crédit Lyonnais. Il restera du moins, de cette aventure judiciaire, l'énoncé d'un beau et sain principe de philosophie élémentaire : que « le banquier est toujours libre, sans avoir à justifier sa décision qui est discrétionnaire, de proposer ou de consentir un crédit quelle qu'en soit la forme, de s'abstenir ou de refuser de le faire ». Liberté, donc ? et discrétionnaire ? Oui ! car nul n'est tenu de contracter. Que l'on doive, à ce niveau d'affaire, où rivalisent tous les conseils, rappeler cette humble règle de sagesse vérifiée assez que les sophistications contentieuses, aussi précaires qu'artificielles, résistent mal au bon sens juridique. La liberté bancaire - la liberté tout court - sort heureusement grandie d'un piège où l'on voulait la prendre.

1 - Nature juridique du prêt

Un grave dérèglement jurisprudentiel n'arrive jamais seul. Il ouvre, mécaniquement, sur une théorie de désordres subséquents où se vérifie la funeste portée du trouble initial. Le prêt d'argent témoigne largement, en trois arrêts récents, des séquelles du renouvellement - hélas ! partiel - de sa nature juridique.

Deux des arrêts (**Civ. 1re, 27 juin et 5 juill. 2006, n° 05-16.905 et 04-12.588**, D. 2007. Jur. 50, note Ghestin ; RTD com. 2006. 887, obs. Legeais) réitèrent que « *le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel* ». Cette solution, unanimement louée à son avènement (Civ. 1re, 28 mars 2000, n° 97-21.422, D. 2000. AJ. 239, obs. Faddoul, Somm. 358, obs. Delebecque, Jur. 482, note Piedelièvre, D. 2001. Somm. 1615, obs. Jobard-Bachelier et D. 2002, Somm. 640, obs. **Martin** ; RTD com. 2000. 991, obs. Cabrillac ; GAJC, 11e éd., Dalloz, 2000, p. 570GACIV1120000206), faisait pourtant redouter sa limitation aux seuls prêts octroyés à titre professionnel. Or, il serait extravagant, en cohérence élémentaire, qu'un tel contrat eût une nature consensuelle ou réelle selon la qualité du prêteur : la qualification juridique qu'un acte tire de son mode de formation ne se divise pas. Du reste, si le nouveau consensualisme du prêt doit beaucoup à la formalisation de sa variante consumériste, il demeure que, dans le crédit à la consommation, le défaut ou l'irrégularité de l'offre préalable n'est pas civilement sanctionné par la nullité du contrat : en quoi il s'avère que ce formalisme contractuel - d'ailleurs étranger aux prêts que les professionnels du crédit consentent à des non-consommateurs - n'a pas valeur de solennisation du contrat et qu'il ne peut, en conséquence, justifier à lui seul la perte de son caractère réel. C'est dire que l'explication est à la fois ailleurs et plus profonde.

Précisément, ce formalisme contemporain, en recentrant la formation du contrat de prêt sur l'échange des consentements, aura seulement aidé - mais c'est déjà beaucoup - à la maturation conceptuelle de son consensualisme fondamental : car la remise de la chose ne constitue, dans le contrat de prêt, qu'une obligation du prêteur, longtemps surestimée en condition de formation du contrat à raison de cette particularité que son exécution détermine l'entrée en vigueur des obligations réciproques de l'emprunteur. Si, donc, le prêt doit désormais être exactement reçu comme consensuel, c'est par une vérité naturelle enfin dépouillée de sa gangue archaïque. Ce qui condamne radicalement l'affirmation corrélatrice du troisième arrêt (**Civ. 1re, 7 mars 2006, n° 02-20.374**, D. 2006. IR. 886 ; RTD com. 2006. 460, obs. Legeais) que le prêt non consenti par un « établissement de crédit » (!) « est un contrat réel qui suppose la remise de la chose ».

En l'espèce, une personne était poursuivie, par un particulier, en remboursement d'une somme de 80 000 francs dont elle s'était déclarée redevable par une reconnaissance de dette non contestée. Or, c'est sur la foi de l'affirmation précitée que le pourvoi du « prêteur » est rejeté, au motif que, selon la cour d'appel, il « *ne rapportait pas la preuve du versement de la somme litigieuse* ». On voit le vice de ce raisonnement. Alors que le « prêteur » justifiait

amplement, par la reconnaissance de dette, de son droit de créance, c'était à son adversaire de détruire ce titre en établissant, par exemple, l'absence, la fausseté ou l'illicéité de la cause de son engagement (Maurie, Aynès et Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 2003, n° 60). Au lieu de quoi, c'est le « prêteur » qu'on sacrifie pour n'avoir pas établi une preuve que son titre rendait surabondante. Cet aveuglement s'explique : à ne pas vouloir laisser « filer » la qualification consensuelle du prêt - la seule pertinente, mais dont elle n'est pas très assurée - la Cour a tendance à suractiver celle de contrat réel, même hors de propos.

Au demeurant, elle ne s'avère pas moins malhabile, à l'occasion, dans le maniement de la qualification consensuelle. Elle en tire, certes, dans l'arrêt du 5 juillet 2006, la conséquence, exacte mais non spécifique, que l'emprunteur, au moins présumé, est celui qui par sa « signature [de l'acte] se présente comme tel ». Mais ceci l'autorisait-elle à confirmer les juges d'appel d'en avoir déduit que « l'emprunteur conjoint », signataire du prêt bancaire tant pour son compte que celui de la société co-emprunteuse, avait, comme « animateur principal » de cette société gérée par son fils, profité de l'opération et « qu'ainsi son obligation n'était pas sans contrepartie » ? On doit en douter. Car l'obligation « conjointe » - donc divisée - d'un co-emprunteur le rend débiteur de sa part personnelle de la dette commune sans égard au point de savoir s'il a, ou pas, tiré profit de l'opération ; lequel point ne relève que de l'imputation définitive de la charge globale entre les codébiteurs conjoints. Tout ceci étant, du reste, indépendant de la nature consensuelle ou réelle du prêt : en se référant néanmoins à celle-là, la Cour aura donc sommé d'un postulat inutile un attendu erroné.

D. R. M.

2 - Offre préalable de crédit

C'est une exigence de régularité du crédit à la consommation que l'offre préalable soit conforme au modèle-type pour l'opération de crédit envisagée. Chacun des modèles-types publiés correspond à l'économie ou à la finalité particulière d'une opération de crédit. C'est donc dans l'une d'elles, la plus adéquate à la formule de crédit convenue, que doit se couler l'offre préalable délivrée à l'emprunteur (art. L. 311-13 C. consom.). A défaut de quoi le prêteur est déchu du droit aux intérêts (art. L. 311-33).

Le plus souvent, le choix du modèle-type à adopter ne présente pas de difficulté puisque ces matrices contractuelles correspondent à peu près aux pratiques en usage dans le financement de la consommation. Mais, il n'est pas malaisé de glisser d'un modèle à un autre, à l'insu du consommateur confiant, pour l'attacher par une formule de crédit éloignée de sa prévision. Notamment en lui faisant signer une offre préalable d'ouverture de crédit assortie d'une carte de crédit, selon l'un des modèles n° 5 ou 6 en vigueur avant la réforme opérée par l'arrêté du 19 décembre 2006. D'ordinaire, les établissements de crédit à la consommation se gardent évidemment de donner dans ce panneau. Mais, tel qui n'aura pas su résister à la tentation se fait prendre, parfois, à son propre piège : variation financière de l'arroseur arrosé.

Tel est le cas, ici, de la société Franfinance qui, de connivence avec un prescripteur mandaté, dotait les clients d'une carte de crédit, de surcroît surdimensionnée, là où ils n'entendaient que faire financer leur adhésion et leur abonnement à un club de sport. Le pot aux roses - c'est-à-dire la manoeuvre - fut découvert, et déjoué, lorsque le complice-mandataire, mis en liquidation des biens et son prestataire fermé, ne fut plus en mesure d'accueillir les adhérents. Réaction immédiate de sportifs, sains de corps et d'esprit, prompts à réagir : ceux-ci entendent qu'en application de l'article L. 311-20 du code de la consommation soit aussitôt suspendue l'exigibilité des échéances des crédits en cours. Car la prestation de service à exécution successive (l'usage du club) étant interrompue, leurs obligations d'emprunteurs devaient, légalement, cesser aussi.

Fallait-il que la société financière s'entêtât à discuter son subterfuge ? Mal lui en a pris puisqu'elle se voit reprocher, au fond, d'avoir trompé les clients par collusion et, en la forme, d'avoir contrevenu au code de la consommation par la fausse référence contractuelle à un « achat différé ». De quoi la cour d'appel avait pu déduire, dit le présent arrêt (**Civ. 1re, 7 févr. 2006, n° 04-11.185**, D. 2006. AJ. 649, obs. Rondey ; RTD civ. 2006. 308, obs. Mestre et

Fages ; RTD com. 2006. 460, obs. Legeais ; *ibid.* 905, obs. Bouloc), que la société Franfinance « *avait commis une fraude à la loi* ». Celle-ci aura donc cumulé, de ce chef, la perte du capital restant dû à la fermeture du club et la déchéance du droit aux intérêts sur le crédit consenti : il est des placements plus rentables.

D. R. M.

3 - Crédit par signature

La portée de la cession de créance professionnelle est désormais doublement stabilisée. D'abord, en cas de procédure collective ouverte, ultérieurement, contre le cédant : même les paiements faits au cessionnaire, par les débiteurs cédés, en cours de procédure, doivent lui rester acquis ou, s'il y a lieu, lui être restitués. La solution, qu'on discutait encore parfois, est clairement réitérée dans un arrêt important (**Com. 22 nov. 2005, n° 03-15.669**, D. 2005. AJ. 3081, obs. Delpech, et D. 2006. Pan. 2855, obs. Crocq ; RTD com. 2006. 169, obs. Legeais ; Banque et droit 2006, n° 106, p. 67, obs. Bonneau ; RD banc. fin., janv.-févr. 2006. 19, obs. Crédot et Samin), en ces termes : « *la créance cédée étant sortie du patrimoine du cédant, à la date apposée sur le bordereau, son paiement n'est pas affecté par l'ouverture postérieure de la procédure collective de celui-ci* ». Un débat est ainsi clos qui n'aurait jamais dû être ouvert, même au nom de l'impérialisme - excessif - du droit de la défaillance des entreprises.

Ensuite, en cas d'incertitude de la créance garantie. La cession fiduciaire de créance professionnelle a lieu, comme on sait, sous condition résolutoire. Le transfert de titularité qu'elle opère a vocation à être anéanti si la créance garantie est régulièrement acquittée par le cédant. A défaut, le cessionnaire-titulaire est fondé à exercer la créance cédée et à en appliquer le produit, ou les sommes déjà perçues avant la défaillance du cédant, à la résorption de la dette de celui-ci. La phase de garantie de la sûreté procède donc, comme l'énonce la Cour de cassation, d'« *un transfert provisoire de la titularité* » ouvrant sur « l'éventualité de la restitution de la créance [cédée] » en cas d'« *épuisement de l'objet de la garantie consentie* ». Il est cependant plus exact, à ce stade théorique, de parler de transfert conditionnel plutôt que provisoire.

C'est à cette restitution - des sommes, en fait - que prétendait, en l'espèce, le cédant. Au motif qu'ayant soldé ses dettes liquides auprès de la banque cessionnaire, il ne subsistait plus, entre elle et lui, qu'« *un encours de caution* » du chef d'un engagement par signature pris par elle sur son ordre. Sans nier que cet encours fût compris dans la garantie fiduciaire souscrite en sûreté de « *tous engagements* », le cédant arguait que seule l'exécution de cet engagement par signature eût fait naître la créance de remboursement de la banque; qu'elle était donc, jusque-là, sans droit de ce chef et que l'objet de la garantie s'en trouvait donc épuisé.

En quoi il méconnaissait que, tenue d'une obligation accessoire conditionnelle, dès son engagement, la caution est simultanément investie, pour son remboursement éventuel, d'un droit de créance principal, lui-même conditionnel, envers le débiteur cautionné. Or, un droit grevé de condition suspensive est déjà un droit en germe, susceptible d'ailleurs de rétroactivité, dont l'existence ultérieure, le cas échéant, ne trouve pas son principe dans la réalisation de la modalité qui l'affecte, mais dans l'acte qui le fonde. Aussi, le pourvoi du cédant est-il justement rejeté pour la juste raison que « *la banque était, en l'état, en droit de conserver les sommes perçues en exécution de la cession litigieuse* ». Trop facile !

On comprend moins, par comparaison, la solution donnée, dans une hypothèse voisine (**Com. 4 juill. 2006, n° 05-11.688**, D. 2006. AJ. 2028, obs. Delpech ; RTD com. 2006. 894, obs. Legeais), où la Cour confirme un arrêt d'avoir jugé que « *sa créance résultant de ses engagements par signature n'étant qu'éventuelle, la banque n'était pas en droit de refuser [à l'administrateur judiciaire de son client] la restitution du solde créancier de son compte courant* ». Car, si la cession de créance professionnelle est utilisée à fin de garantie, la technique du compte courant ne l'est pas moins ; de sorte que, garantie pour garantie, quand la première couvre, en sûreté de « *tous engagements* », les suites éventuelles des

cautionnements bancaires souscrits sur ordre du constituant, la seconde est pareillement destinée, dans la même occurrence, à embrasser les créances de remboursement résultant, le cas échéant, pour le teneur du compte courant, de tels cautionnements. En raison de quoi la banque devait être autorisée, en l'espèce, à conserver le solde du compte clôturé, jusqu'à cessation de ses engagements par signature, pour permettre l'imputation de ses possibles droits à remboursement. Pourtant, la décision commentée n'est pas isolée (V. déjà : Com. 6 févr. 1996, n° 93-15.736, D. 1996. IR. 70 ; RTD com. 1996. 306, obs. Cabrillac ; LPA 1997, n° 5 ; p. 12, note Soinne). Elle se fonde sur la consternante motivation que la créance possible de remboursement de la banque n'est qu'« éventuelle » et, qu'à ce titre, elle ne saurait être admise, sous couvert des opérations en cours, dans la liquidation du compte courant. Faut-il alors rappeler, pour l'édification de la Cour, qu'une créance sous condition suspensive n'est pas, juridiquement, « éventuelle » et qu'elle subit, comme droit en germe, *via* le différé du compte, la règle d'affectation générale des créances réciproques au mécanisme conventionnel de règlement par voie de compte courant ? La contradiction des deux arrêts, de 2005 et 2006, signale assez l'infirmité du second.

D. R. M.

E -Responsabilité civile

1 - Crédit excessif

C'est par un pas de deux que, dans une subtile chorégraphie, les Chambres concernées de la Cour de cassation ont travaillé à unifier leur jurisprudence en matière de responsabilité bancaire pour crédit abusif. Par réaction à une certaine complaisance antérieure, la Chambre commerciale avait inauguré, au tout début du millénaire, une salubre solution de principe ; selon laquelle le prêteur ne pouvait se voir reprocher d'avoir consenti un crédit excessif dès lors qu'il ne détenait pas sur la situation de l'emprunteur, ou les risques de l'opération financée, des informations que ce dernier eut ignorées. Encore récemment, elle donnait application à cette directive en refusant la condamnation de prêteurs qui n'en savaient pas plus que leurs clients : Com. 27 sept. 2005, n° 04-14.078 et 22 nov. 2005, n° 04-13.716, RD banc. fin., janv.-févr. 2006, obs. Crédot et Samin ; à quoi faisait pendant, en revanche, la condamnation d'un crédit-bailleur pour n'avoir pas communiqué à des cautions des informations utiles que, par suite de circonstances exceptionnelles, elles ignoraient (Com. 20 sept. 2005, n° 03-19.732, *ibidem* ; D. 2005. AJ. 2588, obs. Delpech ; Pan. 2855, obs. Crocq).

Dans le même temps, la première Chambre civile devait effectuer un grand jeté dans la même direction. Par deux arrêts groupés du 12 juillet 2005 (**Civ. 1^{re}, 12 juill. 2005, n° 03-10.770 et 02-13.155**, D. 2005. AJ. 2276, obs. Delpech, et Jur. 3094, note Parance ; RD imm. 2006. 123, obs. Heugas-Darraspen ; RTD com. 2005. 820, obs. Legeais), elle prenait en effet argument de la qualité « d'emprunteur averti » du demandeur en responsabilité pour rejeter son pourvoi, au motif que le prêteur n'était pas mieux sachant que lui sur sa propre situation financière ou la prévision de résultats de son activité. Mais elle allait aussitôt, par un rond de jambe, marquer le territoire de sa concession : celle-ci ne s'étendrait pas à l'emprunteur profane. C'est ce qui ressort d'un arrêt de même date (n° 03-10.921, *ibidem* ; D. 2005. AJ. 2276, obs. Delpech, et Jur. 3094, note Parance ; RDI 2006. 123, obs. Heugas-Darraspen ; RTD com. 2005. 820, obs. Legeais) où, à propos d'un couple surendetté, elle confirme la cour d'appel d'avoir jugé que la banque avait manqué à son devoir de mise en garde en accordant aux époux un prêt excessif au regard de leurs facultés contributives.

Une dichotomie s'établissait ainsi, au sein de la clientèle des emprunteurs, entre ceux qui agissent de manière avisée, en bonne connaissance de cause, à raison de leur éducation, de leur expertise ou de leur expérience, et les autres, profanes non aguerris, dépourvus d'une bonne clairvoyance. Equitable - car il n'y a lieu d'assister que ceux qui méritent de l'être - cette partition n'est évidemment pas toujours facile à mettre en oeuvre. Il n'en est pas moins requis des juges du fond qu'ils s'y exercent puisque d'elle dépend le degré de vigilance attendu du prêteur envers l'emprunteur. Ainsi, des cours d'appel sont-elles censurées d'un défaut de base légale pour n'avoir pas « recherché si [les clients en cause] pouvaient être

considérés comme des emprunteurs avertis » et si, par conséquent, « la banque avait rempli son devoir de mise en garde » (Civ. 1^{re} civ., 21 févr. 2006, n° 02-19.066, D. 2006. Jur. 1618, note François ; RD imm. 2006. 294, obs. Heugas-Darraspen ; RTD com. 2006. 462, obs. Legeais ; Banque et droit 2006, n° 108, p. 62, obs. Bonneau ; 27 juin 2006, n° 05-12.304, D. 2006. AJ. 1887, obs. Delpech ; 12 juill. 2006, n° 04-13.192 et 05-12.699 où il est reproché aux juges du fond de s'être déterminés « sans rechercher si les époux pouvaient, ou non, être regardés comme des emprunteurs profanes et, dans l'affirmative, si, conformément au devoir de mise en garde auquel elle était tenue à leur égard, la banque les avait alertés sur les risques d'un tel endettement »).

Comme le relève son annotateur, l'arrêt précité du 21 février 2006, laisse subsister un doute : suffit-il que, le cas échéant, la mise en garde ait été faite pour exonérer le prêteur de toute responsabilité ? La décision précédente (n° 03-10.921) avait du moins clairement lié le défaut de mise en garde à l'octroi du prêt excessif. Quoi qu'il en soit de cette question, au bel avenir judiciaire, la Chambre commerciale eut à coeur de faire, à son tour, bonne figure à sa voisine. D'où cet entrechat à deux battements (**Com. 3 mai 2006, n° 04-15.517 et 02-11.211**, D. 2006. AJ. 1445, obs. Delpech, et Jur. 1618, note François ; RD imm. 2006. 294, obs. Heugas-Darraspen ; RD banc. fin., juill.-août 2006. 12, obs. Crédot et Samin) par quoi elle achève le ballet de leur rapprochement. Dans les deux espèces, il s'agissait de particuliers emprunteurs afin de financer, pour les uns - un ménage - l'acquisition de lots de copropriété d'une résidence hôtelière et, pour l'autre - une épouse - des travaux d'aménagement et d'extension d'une villa personnelle. Mis bientôt dans l'impossibilité de faire face à leurs obligations, ils en vinrent à assigner leur banque respective en responsabilité pour manquement à leur obligation de conseil.

Accueillie en appel, la demande des époux échoue pourtant sur pourvoi de la banque. L'arrêt de cassation (n° 04-15.517) énonce qu'en se déterminant par des motifs « impropres à établir qu'à la date de leur octroi les prêts litigieux auraient été excessifs au regard des facultés de remboursement [du ménage], compte tenu des revenus produits par les locations escomptées des biens acquis au moyen de ces prêts, ce dont elle aurait pu déduire que [la banque] avait manqué à son devoir de mise en garde, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ». Ici, deux observations : d'une part, la Chambre commerciale module sa jurisprudence en cours eu égard à la qualité - non discutée - de profane des époux, trahis par un placement aventureux ; par quoi elle s'aligne sur la pratique de la première Chambre civile (pour la prise en compte, au contraire, de la qualité d'emprunteur averti : Com. 12 déc. 2006, n° 03-20.176). D'autre part, elle réplique à une prétendue obligation de « conseil » de la banque, par un éventuel « devoir de mise en garde » : tel est en effet désormais le vocabulaire en usage pour désigner l'attention que le prêteur doit à l'emprunteur inexpérimenté ; or, il y a, d'un vocable à l'autre, une différence de nature plus que de degré.

Le second arrêt (n° 02-11.211), au contraire, approuve la cour d'appel d'avoir décidé « *que la banque n'avait aucun devoir de mise en garde* » vis-à-vis de l'emprunteuse, pourtant présumée profane. C'est qu'en l'occurrence la présomption se trouvait clairement démentie par l'assistance du mari, « cadre supérieur de l'établissement prêteur », y compris à la signature des actes de prêt. Par lui elle présentait donc « toute compétence pour apprécier la portée des obligations ainsi contractées par rapport aux capacités pécuniaires du ménage » : à mari avisé, femme avertie.

D. R. M.

2 - Placement financier

La Chambre commerciale de la Cour de cassation a, par trois arrêts du 19 septembre 2006 (**Com. 19 sept. 2006, n° 05-15.304, 05-14.343 et 05-14.344**, Bull. civ. IV, n° 185 à 187 ; D. 2006. AJ. 2395, obs. Delpech ; RTD com. 2006. 870, obs. Storck ; JCP E 2006. II. 10201, note Gourio), tranché, d'une manière que l'on peut penser définitive, les litiges opposant La Poste à un certain nombre de ses clients ayant souscrit des parts du fonds commun de placement Bénéfic. Ce fonds présentait la particularité de garantir une majoration de vingt-trois pour cent du montant de la somme investie en cas de stabilité ou de hausse

d'un indice de référence (selon le cas l'indice CAC 40 ou l'indice Euro 50).

Dans l'hypothèse d'une baisse de l'indice supérieure à vingt-trois pour cent, il était stipulé que la valeur liquidative des parts serait minorée à proportion de cette baisse corrigée de plus vingt-trois pour cent. Le souscripteur était ainsi assuré d'une plus-value relativement substantielle en cas de stabilité ou de hausse de l'indice, et protégé contre sa baisse tant que celle-ci n'excédait pas vingt-trois pour cent. Un risque de moins-value n'existait que dans l'hypothèse d'une baisse plus prononcée.

C'est malheureusement ce risque qui s'est concrétisé, de sorte qu'un certain nombre de clients de La Poste ont subi des pertes sur un produit qu'ils avaient pu percevoir comme constituant un placement sûr. Des actions en responsabilité ont alors été engagées contre La Poste, qui mettaient en avant un manquement de cet établissement à son obligation de conseil : des porteurs déçus faisaient grief à La Poste de ne pas avoir attiré leur attention sur les risques d'une opération dépendante des fluctuations boursières.

Un certain nombre de juridictions (tribunal d'instance et juridictions de proximité) ayant fait droit aux demandes de réparation, La Poste (aux droits de laquelle est venue en cours d'instance la Banque postale) s'est pourvue en cassation. Tous les jugements ont été cassés. Les motifs de la censure varient d'une affaire à l'autre, compte tenu d'une certaine diversité de rédaction dans les décisions attaquées. Mais la ligne directrice est claire : La Poste, en proposant à la souscription les parts du fonds commun de placement Bénéfic, n'a pas manqué à son obligation de conseil.

Dans une première affaire (arrêt *Armengaud*, n° 05-15.304), une juridiction de proximité s'était référée aux mentions du document publicitaire utilisé pour la commercialisation du fonds et avait estimé que La Poste avait manqué à son obligation d'information et de conseil, privant ainsi son contractant de la possibilité d'appréhender l'exacte portée de son engagement. La cassation intervient pour manque de base légale, au visa de l'article 1147 du code civil : le juge du fait aurait dû « préciser en quoi l'information délivrée par La Poste aurait été incomplète, inexacte ou trompeuse ». On peut inférer de cette motivation que celui qui commercialise un produit financier du type du fonds commun de placement proposé pour La Poste est tenu d'une obligation d'information vis-à-vis de sa clientèle, que l'information peut figurer dans un document publicitaire, et que dans ce cas seul le caractère défectueux du document (incomplet, inexact ou trompeur : la formule fait penser à l'article 632-1 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers, qui incrimine la diffusion d'une fausse information sur des instruments financiers émis par voie d'appel public à l'épargne) permet de retenir la responsabilité civile du banquier.

Dans la deuxième espèce (arrêt *Rigaud*, n° 05-14.343), un tribunal d'instance avait déduit un manquement de La Poste à son obligation de conseil de ce qu'elle s'était abstenue de prévenir son client des risques liés à l'importante et imprévisible variabilité des marchés financiers et à leur possible baisse très au-delà de 23 %, susceptible de transformer le gain envisagé en une « perte énorme ». Cassation : « en statuant ainsi, alors qu'il résulte de ses constatations que le document publicitaire explique que les 23 % sont calculés sur la valeur liquidative de l'Euro 50 à trois ans, ce qui protège le capital investi jusqu'à 23 % de baisse de l'Euro 50, le tribunal a violé le texte susvisé [l'article 1147 du code civil] ». C'est l'indication qu'il suffit d'une mention claire dans le document publicitaire, décrivant le mécanisme de calcul de la valeur liquidative des parts et précisant le seuil à partir duquel une perte sera subie par le porteur. La Cour de cassation n'exige pas de mise en garde spéciale. Elle n'impose aucune diligence particulière aux agents de la banque qui proposent le produit. Dès lors que le document publicitaire explique la règle du jeu et le résultat possible de son application, le banquier a satisfait à son obligation d'information : tout client est censé savoir lire et comprendre ce qu'il lit.

Le troisième arrêt (affaire *Huet*, n° 05-14.344) donne une précision supplémentaire, parce que les écritures de La Poste devant le juge du fond étaient plus développées. Pour censurer une motivation identique à la précédente, la Chambre commerciale énonce qu'« en se déterminant ainsi, par référence au seul document publicitaire et sans rechercher, comme elle

y était invitée, si la notice d'information remise à M. Huet faisait mention du risque lié à la baisse du CAC 40, la juridiction de proximité n'a pas donné de base légale à sa décision ». C'est faire sa place, à côté du document publicitaire, à la notice d'information prévue par la réglementation en matière de commercialisation d'OPCVM. Dès lors que la notice a bien été remise au client et qu'elle contient l'information nécessaire (en l'espèce la mention du risque de perte lié à une éventuelle baisse de l'indice de référence au-delà de vingt-trois pour cent), le banquier a satisfait à son obligation (il faudrait sans doute un document publicitaire erroné, et non simplement lacunaire, pour renverser cette conclusion) et sa responsabilité civile ne saurait être utilement recherchée.

Ainsi conçus, les arrêts du 19 septembre 2006 complètent utilement une jurisprudence assez clairsemée en matière de devoirs des professionnels de la gestion collective. Il y avait déjà eu l'épisode dit des « fonds turbo », qui avait permis à la Cour de cassation de décider que les gérants et dépositaires de fonds communs de placement sont tenus d'une obligation de résultat quant à la délivrance d'un certificat de crédit d'impôt conforme à sa destination (Com. 24 sept. 2002, Bull. civ. IV, n° 130 ; D. 2003. Jur. 235, note Delebecque). On dispose aujourd'hui de précédents quant à l'étendue de l'obligation d'information du banquier dans le contexte, sensiblement différent, de la commercialisation de fonds « grand public ».

Sur ce terrain, les arrêts rapportés sont dans la ligne de la jurisprudence qui s'est progressivement formée quant aux obligations du banquier vis-à-vis de ses clients opérateurs en bourse. Ils doivent être rapprochés, en particulier, d'un arrêt de la Chambre commerciale du 14 décembre 2004 (Bull. civ. IV, n° 222 ; D. 2005. AJ. 360, obs. Avena-Robardet , et Pan. 2601, obs. Reinhard et Thomasset-Pierre) selon lequel « *le banquier teneur de compte-titres n'est pas tenu, en l'absence d'opérations spéculatives, à une obligation de mise en garde envers son client* ». Acquérir des parts d'un fonds commun de placement dont la valeur liquidative varie en fonction d'un indice boursier n'est pas plus risqué qu'acheter et vendre au comptant des actions (cela l'est même moins lorsque, comme c'était le cas du FCP Bénéfic, une garantie à la baisse existe à hauteur d'un certain pourcentage). Il n'y a donc pas de raison d'être plus exigeant dans le premier cas que dans le second.

Il reste à savoir si, dans l'avenir, cette jurisprudence raisonnable ne sera pas remise en cause par l'effet indirect des nouvelles contraintes qu'introduit la directive Marchés d'instruments financiers (n° 2004/39/CE, 21 avr. 2004) dans la commercialisation des valeurs mobilières (V. notamment son article 19, dont le paragraphe 3 dispose : « *Des informations appropriées sont communiquées aux clients ou aux clients potentiels sous une forme compréhensible sur (...) les instruments financiers et les stratégies d'investissement proposées, ce qui devrait inclure des orientations et des mises en garde appropriées sur les risques inhérents à l'investissement dans ces instruments et à certaines stratégies d'investissement* » ; l'obligation de mise en garde prévue par ce texte est celle-là même qui est écartée par la Cour de cassation dans ses arrêts des 14 décembre 2004 et 19 septembre 2006).

H. S.

3 - Virement transfrontalier

L'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 10 mai 2006 (**Com. 10 mai 2006, n° 04-19.133**, Bull. civ. IV, n° 118 ; D. 2006. AJ. 1525, obs. Avena-Robardet) mérite d'être rapporté en ce qu'il constitue la première illustration jurisprudentielle de la disposition spéciale aux virements dans l'Espace économique européen que constitue l'article L. 133-1 du code monétaire et financier.

On sait que ce texte trouve son origine dans la directive CE n° 97-5 du 27 janvier 1997 « *concernant les virements transfrontaliers* ». La transposition a été opérée par la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 (D. 1999. Lég. 317), qui a introduit un article 93-3 dans la loi bancaire. Ce dernier est devenu l'article L. 133-1 du code monétaire et financier. Son objet est de régler certaines conséquences de la mauvaise exécution de virements au sein de l'Espace économique européen : d'une part, les retards dans l'exécution donnent droit à des indemnités dont le montant est fixé par voie réglementaire ; d'autre part, l'article L. 133-1

organise la restitution des fonds au bénéficiaire lorsque le virement n'a pu être mené à bonne fin.

En l'espèce, une cliente du Crédit Lyonnais avait donné à sa banque l'ordre de virer une certaine somme d'argent sur un compte tenu en Espagne par la Banco de Andalucia, en précisant le numéro de ce compte et l'identité de son titulaire. Par erreur, la banque espagnole avait crédité le compte d'un autre client que le bénéficiaire du virement. Le donneur d'ordre réclamait alors au Crédit Lyonnais, en référé, la restitution des sommes mal « aiguillées ».

Pour casser l'arrêt de cour d'appel qui avait accueilli la demande, la Cour de cassation retient d'abord, au visa des articles 1994 du code civil et 873 du nouveau code de procédure civile, qu'« *en statuant ainsi alors qu'elle avait elle-même relevé que la Banco de Andalucia était, en tant qu'établissement teneur du compte où devaient être crédités les fonds litigieux, un intermédiaire obligé, au demeurant expressément visé dans l'ordre de virement par Madame Freche [le donneur d'ordre] laquelle avait ainsi, non seulement autorisé la substitution mais encore désigné la personne du substitué, ce dont il résultait que l'obligation du mandataire originaire envers son mandant était sérieusement contestable, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

C'est ainsi faire une application classique des règles gouvernant la substitution de mandat, l'arrêt présentant toutefois l'utilité de préciser la qualité juridique en laquelle intervient la banque du bénéficiaire.

Mais l'intérêt principal de l'arrêt est ailleurs. Statuant sur un moyen de pur droit tiré de la violation de l'article L. 133-1, paragraphe 4, du code monétaire et financier, soulevé pour la première fois devant elle, la Chambre commerciale fonde également sa censure sur le fait que la cour d'appel avait « *constaté que le virement litigieux, effectué entre la France et l'Espagne, n'était jamais parvenu à son destinataire du fait de la Banco de Andalucia, établissement du bénéficiaire de ce virement* », ce dont « *il résultait que l'obligation de restitution du Crédit Lyonnais, établissement du donneur d'ordre, était sérieusement contestable* ».

De fait, le paragraphe 4 de l'article L. 133-1 du code monétaire et financier indique que la restitution au donneur d'ordre des fonds qui ne sont pas parvenus à leur destinataire final « *est à la charge de l'établissement du bénéficiaire du virement si la non-exécution est de son fait ou de celui d'un établissement intermédiaire choisi par lui* ». La Cour de cassation fait une application littérale de ce texte, en retenant que, compte tenu des circonstances de la cause (la banque espagnole avait crédité par erreur un compte autre que celui du bénéficiaire), l'obligation de restitution pesait *a priori* (nous sommes en référé) sur la Banco de Andalucia plutôt que sur le Crédit Lyonnais. On observera toutefois que la solution est assez rigoureuse pour le donneur d'ordre, renvoyé à mieux se pourvoir contre une banque étrangère devant un juge probablement lui-même étranger, alors que l'objectif affiché de la directive CE n° 97-5 était que « *les particuliers et les entreprises, notamment petites et moyennes, puissent effectuer des virements rapides, fiables et peu coûteux d'une partie à l'autre de la Communauté* » (consid. n° 2). Il y a donc lieu de rappeler que, selon le paragraphe 2 de l'article L. 133-1 du code monétaire et financier, la restitution est faite « *sans préjudice des recours de droit commun en matière de responsabilité* », ce qui ouvre, le cas échéant, d'autres voies à la victime de la non-exécution du virement.

H. S.

F - Brèves de prétoire

Un client reproche à sa banque d'avoir contrepassé un chèque revenu impayé et mis, par là, son compte en position débitrice ; alors que, dans l'entre-temps, elle avait accepté d'émettre, sur son ordre, un chèque de banque, et de l'acquitter sur la provision conditionnelle constituée par l'escompte du premier chèque. Or, selon lui, l'émission du chèque de banque « établissant l'existence de la provision », il en résultait que celle-ci « était réputée certaine » ; de sorte que la contrepassation ne pouvait avoir lieu à concurrence de son montant. A quoi il suffisait

d'objecter, pour l'échec de son pourvoi, que la garantie de la provision d'un chèque de banque « n'est souscrite qu'au profit de son bénéficiaire dénommé », et que l'escompte d'un chèque « sous réserve d'encaissement » ne vaut pas garantie, pour le client, de la provision correspondante. Ce disant, l'arrêt de rejet (**Com. 19 sept. 2006, n° 05-11.105**) met fin à ce rêve biscornu d'alchimiste de transformer, sinon du plomb en or, du moins un avoir précaire en avoir garanti.

La perte fautive, par une banque, du chèque pris par elle à l'escompte fait-elle perdre au bénéficiaire « une chance réelle et sérieuse d'être payé » ? C'est ce qu'admet le Cour d'appel de Versailles par arrêt du 22 septembre 2006 (**Versailles, 22 sept. 2006, n° 05/05476**). Raisonner ainsi paraît impropre. Car la banque assume le risque de la non-présentation du chèque au tiré et du trouble subséquent, mais pas celui de non-paiement. Du reste, en allouant à la victime une indemnité de 1/225e du montant du chèque, la cour elle-même ne semble pas attacher grand prix à la chance « réelle et sérieuse » perdue ; d'autant que la somme est également destinée à couvrir le temps perdu, des frais éventuels de poursuite du débiteur et « des désagréments certains ». Au vrai, on peut même douter que ces derniers chefs de préjudice soient cumulables avec le dédommagement de la chance perdue : ne suffit-il pas que la perte de chance soit réparée ? On ne peut vouloir et son prix et le prix d'une nouvelle chance.

A l'ère informatique, on est parfois étonné de la lenteur d'exécution, par les banques, des ordres les plus simples. Ce dont devait pâtir ce client qui, ayant émis un chèque insuffisamment provisionné, prie aussitôt sa banque, par écrit, de virer à son compte courant le solde - suffisant - d'un compte d'épargne. Le virement ne fut effectué qu'au bout d'un mois, le chèque rejeté dans l'intervalle et le client avisé d'une interdiction bancaire ! Sur quoi, la cour d'appel saisie, concluant à une responsabilité partagée, est sanctionnée en trois chefs de cassation pour avoir méconnu : que l'information donnée dans la convention de compte ne dispense pas de celle due en cas de défaut de provision d'un chèque présenté au paiement (art. L. 131-73 C. mon. fin.) ; que celle-ci n'est pas moins due quand le tireur-client n'ignore pourtant pas les « conséquences juridiques » de l'insuffisance de provision (même les juristes sont ainsi protégés !) ; qu'enfin un retard d'un mois pour la réalisation d'un virement interne constituait bien, en l'occurrence, la seule cause efficiente de l'incident de paiement (**Com. 14 mars 2006, n° 04-16.946**, D. 2006. AJ. 979, obs. Avena-Robardet ; RTD com. 2006. 455, obs. Legeais ; RD banc. fin., mai-juin 2006. 11, obs. Crédot et Samin). N'était la résistance téméraire de la banque, un tel litige valait-il les soins de quatre juridictions ?

On peut pêcher contre le formalisme de la lettre de change de deux manières : par excès ou par défaut. C'est d'excès qu'il s'agit, d'abord, lorsque le tiré prétend que sa signature du titre ne valait pas acceptation « *dès lors que, si elle figurait bien au recto de l'effet, elle n'y était pas apposée dans le cadre pré-imprimé prévu à cet effet* ». Fétichisme ? ou voulait-il signifier par là qu'il manquait à sa signature d'être assortie du mot « accepté » ou terme équivalent requis par l'article L. 511-17 du code de commerce ? Une lecture complète du texte lui eut pourtant révélé que sa « simple signature au recto de la traite vaut acceptation » : c'est ce que lui opposèrent, à bon droit, les juges du fond (**Com. 3 mai 2006, n° 04-17.139**, D. 2006. AJ. 1526, obs. Avena-Robardet). Les formulaires de lettre de change n'ont pas valeur normative !

C'est par défaut, en revanche, que pêchait un porteur de traite en arguant de la régularité de l'endossement à son profit au moyen du seul cachet commercial du cédant. Car, si la signature de l'endosseur peut n'être pas manuscrite (art. L. 511-8 C. com.), elle doit se manifester par un graphisme spécifique que n'équivalent pas son nom, ni son adresse, ni ses « coordonnées téléphoniques » : l'arrêt qui les tenaient pour suffisants est donc justement censuré (Com. 25 avr. 2006, D. 2006. AJ. 1443, obs. Avena-Robardet). Le formalisme substantiel ne se prête pas aux arrangements.

Le mode d'emploi de la cession de créance professionnelle n'est pas toujours clairement assimilé par ses utilisateurs ni par les juges du fond. D'où la cassation prononcée pour double

violation des articles L. 313-23 et L. 313-28 du code monétaire et financier (**Com. 3 oct. 2006, n° 04-30.820**, D. 2006. AJ. 2731, obs. Avena-Robardet). Au regard du premier, il ne suffisait pas que les débiteurs des créances cédées eussent reçu notification de celles-ci, dès lors que les bordereaux de cession ne portaient aucune trace de leur identification (les annexes prévues n'ayant pas été jointes). En effet, lesdits titres s'en trouvaient irréguliers et ne valaient donc pas actes de cession simplifiée ; les déclarer « inopposables aux débiteurs cédés », comme le fait la Cour de cassation - par euphémisme - doit ici s'entendre de l'inopposabilité des actes nuls. Par application du second texte, il avait été admis, en appel, que les paiements devaient être faits au cessionnaire et non au mandataire à la liquidation judiciaire du cédant, bien que les notifications n'eussent pas été délivrées aux comptables des organismes sociaux débiteurs (des CPAM). Erreur fatale, au regard de l'article D. 253-28 du code de la sécurité sociale, dont la Cour ne tire encore - par économie de moyen ? - qu'une inopposabilité « des notifications adressées directement aux caisses ».

L'article L. 341-4 du code de la consommation prévoit qu'un créancier professionnel ne peut, à une certaine condition, se prévaloir du cautionnement disproportionné obtenu d'une personne physique. Sur quoi un arrêt (**Cass., ch. mixte, 22 sept. 2006, n° 05-13.517**, D. 2006. AJ. 2391, obs. Avena-Robardet, et Pan. 2855, obs. Crocq ; RTD civ. 2006. 799, obs. Crocq ; RTD com. 2006. 900, obs. Legeais ; JCP 2006. II. 10180, note Houtcieff) précise désormais que ce texte n'est pas applicable auxdits cautionnements souscrits avant l'entrée en vigueur (le 7 août 2003) de la loi n° 2003-721 qui l'a institué (D. 2003. Lég. 2055). La décision est bonne car une sanction civile spéciale - ici une sorte de déchéance sous condition résolutoire - ne peut être encourue pour un fait qui, au temps de sa commission, n'en était pas justiciable. En outre, comment faire une application immédiate d'une règle nouvelle, même d'ordre public (de protection), à un contrat qui a, dès l'origine, produit tout son effet de couverture ? Il reste que les cautionnements disproportionnés, soustraits au texte, demeureraient justiciables de la jurisprudence antérieurement constituée à leur sujet. A moins qu'en consacrant (en gros) la solution prétorienne, la loi ait dessaisi les tribunaux de leur oeuvre et du pouvoir de la poursuivre. Où l'on discutait de la rétroactivité de la jurisprudence, il faudra débattre aussi de son cours dans l'avenir ! Tout se complique.

D. R. M.

Mots clés :

BANQUE * Panorama 2006