

Recueil Dalloz 2008 p. 871

Droit bancaire

décembre 2006 - décembre 2007

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

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

L'essentiel

Le Crédit Municipal alimente encore la rubrique des questions statutaires où trouvent place aussi le Crédit Agricole et le risque de défaut ou d'abus de l'agrément comme établissement de crédit.

Dans l'ordre des opérations bancaires, se signalent plusieurs arrêts relatifs au chèque ; une première décision sur la télécompensation d'un virement ; des précisions sur la mise en garde des emprunteurs, et l'avènement d'une nouvelle obligation de les « éclairer » en cas d'adhésion à une assurance de groupe.

## A - Questions statutaires

### 1 - Crédit Municipal

Depuis quelques années, les caisses de crédit municipal alimentent un contentieux qui n'est pas à la mesure de leur importance économique, somme toute assez modeste. En 2003, le Tribunal des conflits a introduit les caisses, décrites par la loi comme des établissements publics communaux de crédit et d'aide sociale, dans les catégories du droit public, en les qualifiant d'établissements publics de caractère administratif (22 sept. 2003, *Thomas*, Bull. civ., n° 30 ; AJFP 2004. 8, obs. P. B. ). Le Conseil d'Etat, pour sa part, a été appelé à préciser les pouvoirs de la Commission bancaire à leur égard, en jugeant que si celle-ci peut leur adresser des injonctions, il lui appartient de tenir compte des particularités du statut des caisses et, notamment, lorsqu'elles ont une activité de prêt sur gage, de leur vocation sociale (CE 28 juill. 2004, JCP E 2004, n° 38, p. 1416 ; 28 déc. 2005, D. 2007. Pan. 753, spéc. 754 et nos obs. ; AJDA 2006. 621 ). L'origine des difficultés réside dans la nature hybride des caisses de crédit municipal, qui trouve un écho dans la dualité des sources de leur régime juridique : la loi bancaire du 24 janvier 1984 en fit des établissements de crédit, tout en laissant subsister un statut spécial marqué par le rôle social qui leur était confié.

C'est aujourd'hui à la première chambre civile de la Cour de cassation qu'il revient de faire le départ entre droit commun et statut propre. Le Crédit municipal de Nantes avait recouru à la sous-traitance pour mettre en place des distributeurs de billets de banque. Un co-contractant était chargé de la logistique, un autre du contrôle des fichiers et des envois pour compensation. La rupture des conventions fit naître un litige. La société exploitante réclama au Crédit municipal des dommages-intérêts pour rupture abusive des contrats. La caisse souleva alors l'incompétence des juridictions de l'ordre judiciaire, en excipant de sa qualité d'établissement public administratif et en faisant plaider que son activité bancaire constituait une modalité d'exercice de sa mission de service public.

Par un arrêt du 20 février 2007 (**Civ. 1re, 20 févr. 2007, n° 06-15.074**, Bull. civ. I, n° 73 ; D. 2007. AJ. 794, obs. X. Delpech ; AJDA 2007. 932 ), la première chambre civile a maintenu

la décision de cour d'appel qui avait écarté l'exception d'incompétence. Elle en donne pour motifs « *que les caisses de crédit municipal sont des établissements publics à caractère administratif, ayant pour mission de combattre l'usure et d'assurer un service public à vocation principalement sociale et locale et que les contrats conclus entre le Crédit municipal de Nantes et la société EFT, portant sur l'installation et l'exploitation de distributeurs de billets installés pour certains hors site, ouverts à n'importe quel utilisateur, ne pouvaient contribuer à combattre l'usure ou à favoriser une aide sociale et n'avaient donc pas pour objet de faire participer son bénéficiaire à l'exécution du service public* ».

L'arrêt rapporté se situe ainsi dans le prolongement de l'arrêt *Thomas* du Tribunal des conflits : les caisses de crédit municipal sont bien des établissements publics administratifs. Mais il n'y a pas de rapport mécanique entre cette qualification et la compétence juridictionnelle. Tout dépend du point de savoir si le contrat litigieux se rattache ou non à l'exécution du service public. Et, dans l'activité des caisses, tout n'est pas service public. La lutte contre l'usure et l'aide sociale entrent dans la mission de service public ; l'exploitation de distributeurs de billets de banque, à la disposition de tout un chacun, non. Il reste donc une place pour la compétence du juge judiciaire.

Cette approche paraît raisonnable. Elle s'inscrit aisément dans la logique qui transparaît de la structure du paragraphe I de l'article L. 514-1 du code monétaire et financier. Les deux premières phrases (« *Les caisses de crédit municipal sont des établissements publics communaux de crédit et d'aide sociale. Elles ont notamment pour mission de combattre l'usure par l'octroi de prêts sur gages corporels dont elles ont le monopole* ») décrivent à grands traits la mission de service public. La troisième (« *Elles peuvent réaliser toutes opérations avec les établissements de crédit, recevoir des fonds des personnes physiques et des personnes morales, mettre à la disposition de ces personnes des moyens de paiement et réaliser avec elles des opérations connexes au sens de l'article L. 311-2* ») ouvre un champ d'activité banalement bancaire. Il n'y a pas de raison de soustraire les caisses à la compétence du juge judiciaire dans ce dernier domaine. La solution contraire eût été particulièrement regrettable en matière d'exploitation de distributeurs de billets, celle-ci s'inscrivant dans un cadre interbancaire et tous les établissements de crédit devant, à cet égard, être traités identiquement.

On observera, enfin, que la méthode suivie par la première chambre civile n'est pas éloignée de certains précédents. Confrontés au problème de la détermination de la compétence juridictionnelle à l'égard de la Banque de France, la Cour de cassation et le Tribunal des conflits ont également fait le départ entre ce qui relève de ses missions de service public et les opérations qui, selon l'article L. 144-2 du code monétaire et financier, sont régies par la législation civile et commerciale (Civ. 1re, 2 avr. 1996, Bull. civ. I, n° 167 ; D. 1996. IR. 119 ; RTD com. 1996. 505, obs. M. Cabrillac ; 21 oct. 1997, *ibid.*, n° 289 ; T. confl., 16 juin 1997, RFDA 1997. 823, concl. J. Arrighi de Casanova ; RTD com. 1997. 638, obs. G. Orsini ). On ne peut que se réjouir de la cohérence de la jurisprudence.

H. S.

## 2 - Crédit Agricole

Nous avons signalé, dans une chronique précédente, un arrêt de la cour d'appel de Paris refusant de prononcer la nullité, pour objet illicite, de caisses régionales de crédit agricole (Paris, 1er avr. 2005, D. 2006. Pan. 155, spéc. 161 ). Le pourvoi formé contre cet arrêt vient d'être rejeté par la chambre commerciale de la Cour de cassation (**Com. 20 nov. 2007, n° 05-16.219**, D. 2008. AJ. 7, obs. X. Delpech.). Cet arrêt est promis aux honneurs du *Bulletin civil*. C'est davantage la décision elle-même que la qualité de sa motivation qui justifie une telle publication.

Le grief de nullité était fondé sur une contradiction, au moins apparente, entre le statut des caisses régionales et la nature de leur activité. Du point de vue du droit des sociétés, les caisses régionales sont des sociétés civiles coopératives. Sous l'angle du droit bancaire, ce sont des établissements de crédit mutualistes agréés pour accomplir des opérations de

banque, c'est-à-dire des actes de commerce par nature. Le pourvoi reprenait le grief de nullité, en soutenant qu'« *une société civile coopérative ne peut exercer à titre principal une activité commerciale ; que les caisses de crédit agricole mutuel sont des sociétés civiles coopératives ; qu'en décidant, pour rejeter la demande de nullité de ces caisses, qu'elles pouvaient accomplir des actes de commerce tout en ayant une forme civile, la cour d'appel a violé les articles 1844-10, 1845, alinéa 2, du code civil, et L. 210-1 du code de commerce* ».

La réponse de la Cour de cassation tient en une phrase : « *la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a retenu à bon droit, que l'exercice d'une activité commerciale par un établissement de crédit relevant du statut de la coopération n'est pas de nature à entraîner sa nullité* ». Cette affirmation est fautive en fait, et obscure en droit.

L'inexactitude tient à ce que la cour d'appel n'avait pas énoncé ce que la chambre commerciale lui fait dire aujourd'hui (en l'en approuvant...). Il suffit de se reporter à la décision attaquée : « *considérant qu'aucun texte ne sanctionne le fait pour une société coopérative d'exercer une activité commerciale ; qu'il ne peut être prononcé de nullité sans texte* ». La cour d'appel raisonnait ainsi sur une « *société coopérative* », alors que la chambre commerciale vise « *un établissement de crédit relevant du statut de la coopération* ». Ce n'est évidemment pas la même chose : la qualité d'établissement de crédit n'est pas secondaire, et son introduction dans une proposition de nature juridique n'est pas indifférente quant à son sens et à sa portée.

Précisément, ce glissement dans la rédaction ne facilite pas le décryptage de la doctrine de la Cour de cassation. Prise à la lettre, l'affirmation selon laquelle « *l'exercice d'une activité commerciale par un établissement de crédit relevant du statut de la coopération n'est pas de nature à entraîner sa nullité* » est un peu surprenante. On se doute qu'une telle activité ne saurait provoquer une nullité, puisque, dans l'hypothèse décrite par le motif, elle est parfaitement licite : un établissement de crédit exerce une activité bancaire, donc commerciale ; et le statut de la coopération n'est évidemment pas exclusif de l'accomplissement d'actes de commerce. La question de la nullité ne se posait que parce que les caisses régionales de crédit agricole sont, non seulement des établissements de crédit et des coopératives, mais aussi des sociétés civiles. Il ne suffit pas de passer sous silence l'origine d'une difficulté pour la résoudre de façon convaincante.

Pourquoi, alors, mettre en avant la qualité d'établissement de crédit relevant du statut de la coopération ? Parce qu'elle conférerait une immunité par rapport au droit commun des sociétés ? Dans cette ligne, un commentateur de l'arrêt a émis l'hypothèse qu'il serait à rapprocher de la jurisprudence écartant la sanction de la nullité en cas d'exercice d'une activité bancaire sans agrément préalable (X. Delpech, *loc. cit.*). Mais on voit aussitôt la différence. Le défaut d'agrément entraîne la violation d'une réglementation professionnelle, alors qu'en l'espèce l'activité des caisses posait un problème, non pas sous l'angle du droit bancaire, mais au regard de la distinction société civile/société commerciale. Et les deux plans doivent demeurer distincts (même si la rédaction, décidément défectueuse, de notre arrêt, les mêle, en se prononçant sur la « nullité » d'un « établissement de crédit relevant du statut de la coopération », ce qui est négliger que l'établissement de crédit n'est pas un acte juridique) : il n'y a aucune raison pour que l'agrément en tant qu'établissement de crédit purge les vices affectant la société.

Est-ce alors la soumission au statut de la coopération qui opère l'effet salvateur ? Mais, dès lors qu'aucune violation de ce statut n'était alléguée, il ne suffisait pas de relever l'absence, dans la loi du 10 septembre 1947, d'un texte prévoyant un cas de nullité. Le statut de la coopération ne pouvait être utile que s'il écartait, par une disposition spéciale, soit l'interdiction pour une société civile d'exercer une activité commerciale, soit le régime des nullités de droit commun. Rien, dans l'arrêt rapporté, ne fournit une quelconque indication à ce sujet.

On en revient donc nécessairement à l'article 1844-10 du code civil : « *la nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions des articles 1832, 1832-1, alinéa 1er, et*

1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général ». La véritable question était de savoir si le fait pour une société civile d'avoir un objet commercial constitue une cause de nullité pour illicéité de son objet (art. 1833 c. civ.). Pour l'avoir traitée par prétérition, la chambre commerciale a rendu un arrêt dont l'apport à l'intelligence du droit positif demeure faible.

Sans doute la nature du contentieux élevé par des sociétaires déçus du Crédit agricole, et ce qui pouvait apparaître comme disproportionné dans l'objet de leurs demandes, ne doivent-ils pas être perdus de vue par le lecteur des arrêts successivement rendus par la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation. Mais l'on ne peut s'empêcher de penser que les décisions étaient arrêtées avant même d'être motivées, ce qui n'est pas très satisfaisant pour l'esprit.

H. S.

### 3 - Problèmes d'agrément

La question de la sanction civile de la violation de la réglementation des établissements de crédit a connu de nouveaux développements en 2007.

Un premier arrêt se situe dans le contexte classique de l'octroi d'un prêt à un résident français par un organisme dépourvu d'agrément en France. En l'espèce, une société suisse Idis Finance avait financé une société réunionnaise, sous le bénéfice du cautionnement donné par un syndicat intercommunal. L'emprunteur ayant été défaillant, un établissement luxembourgeois, venant aux droits de la société suisse, poursuivait la caution. Celle-ci opposa le défaut d'agrément bancaire, en France, de la société suisse (prêteur d'origine, peu important que le crédit eût été ultérieurement transmis à un établissement communautaire) et, sur cette base, contesta la validité du prêt.

La cour d'appel rejeta la demande et condamna la caution à payer. Le rédacteur du pourvoi, évidemment au fait de la jurisprudence écartant la nullité du contrat en cas de méconnaissance par un établissement de crédit de l'exigence d'agrément (Cass., ass. plén., 4 mars 2005, Bull. civ. ass. plén., n° 2 ; D. 2005. AJ. 836, obs. X. Delpech, et 2006. Pan. 155, spéc. 156 et nos obs. ; RTD civ. 2005. 388, obs. J. Mestre et B. Fages ; B. Soussi, La libre prestation de services, l'agrément bancaire et l'octroi de crédits hypothécaires. Epilogue, D. 2005 Tribune 785 ; Com. 28 nov. 2006, Bull. civ. IV, n° 230 ; D. 2007. AJ. 13, obs. V. Avena-Robardet, et Pan. 755, nos obs. ) tenta d'y échapper en faisant valoir que l'établissement financier dépourvu d'agrément n'était pas ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne et que, dans cette hypothèse, la nécessité d'un agrément pour effectuer des opérations de crédit en France « relève de l'ordre public de direction national et européen dont la méconnaissance est sanctionnée par une nullité absolue ». Peine perdue. La chambre commerciale de la Cour de cassation a, par un arrêt du 3 juillet 2007 (**Com. 3 juill. 2007, n° 06-17.963**, Bull. civ. IV, n° 182 ; D. 2007. AJ. 2029, obs. V. Avena-Robardet ; RTD com. 2007. 814, obs. D. Legeais ), rejeté le pourvoi, au motif que « la seule méconnaissance par un établissement de crédit, quelle que soit sa nationalité, de l'exigence d'agrément au respect de laquelle l'article 15 de la loi du 24 janvier 1984, devenu les articles L. 511-10, L. 511-14 et L. 612-2 du code monétaire et financier, subordonne l'exercice de son activité, n'est pas de nature à entraîner la nullité des contrats qu'il a conclus ».

Cette formulation reprend celle utilisée par la Cour de cassation dans ses précédents arrêts, sous réserve de l'incidente « quelle que soit sa nationalité ». Il est donc désormais acquis que la mise à l'écart de la sanction civile de la nullité vaut, non seulement pour les entreprises françaises et les établissements de crédit communautaires non agréés en France, mais aussi pour les organismes non communautaires qui enfreignent le monopole bancaire. La solution peut se recommander de l'impératif de cohérence : eu égard au fondement aujourd'hui reconnu à l'exigence d'un agrément (qui répond à un objectif d'intérêt général, et non au souci de protéger le cocontractant de l'établissement non agréé), il n'y avait pas lieu de réserver un sort particulier aux prêteurs non communautaires. Bien au contraire, les incertitudes touchant au champ d'application dans l'espace du monopole bancaire et à l'appréciation du caractère habituel des opérations de banque interdites aux personnes autres

que les établissements de crédit commandaient de ne pas aggraver l'insécurité juridique au préjudice des organismes étrangers à la Communauté.

Le second arrêt rapporté (**Com. 24 avr. 2007, n° 05-21.998**, Bull. civ. IV, n° 110 ; D. 2007. AJ. 1417, obs. V. Avena-Robardet ; RTD com. 2007. 573, obs. D. Legeais ) écarte la sanction civile de la nullité dans une hypothèse autre que le défaut d'agrément, en l'étendant au cas où un établissement de crédit spécialisé agit au-delà de ce que lui permet son statut propre. On sait, en effet, que la loi ne met pas sur un pied d'égalité toutes les catégories d'établissements de crédit. Si « *les banques peuvent effectuer toutes les opérations de banque* » (art. L. 511-9, al. 3, c. mon. fin.), d'autres établissements de crédit reçoivent un agrément dont la portée est moins générale. Ainsi, s'agissant des institutions financières spécialisées, l'article L. 516-1 du code monétaire et financier, après les avoir caractérisées comme des établissements de crédit auxquels l'Etat a confié une mission permanente d'intérêt public, prévoit qu'« *elles ne peuvent effectuer d'autres opérations de banque que celles afférentes à cette mission, sauf à titre accessoire* ». C'est la méconnaissance de la restriction ainsi imposée à l'activité d'un type d'établissement de crédit qui est à l'origine du contentieux réglé par la chambre commerciale dans son arrêt du 24 avril 2007.

Dans cette espèce, une société de développement régional, agréée comme institution financière spécialisée, avait accordé, en 1992, un prêt à une société civile en vue de la réalisation d'un programme immobilier. L'emprunteur ayant cessé ses remboursements, une caisse d'épargne et de prévoyance, venant aux droits de la société de développement régional (on sait que l'aventure des SDR, s'est, comme pour d'autres institutions publiques ou para-publiques, mal terminée, et que la plupart d'entre elles ont dû être reprises par le réseau des caisses d'épargne), a procédé à la saisie des immeubles hypothéqués à la garantie du prêt. La société civile contesta alors cette procédure, en faisant valoir que le prêt, consenti par la société de développement régional hors du champ d'activité permis par son statut propre, était nul. La cour d'appel avait rejeté cette demande, en estimant, à la lumière des textes régissant les SDR (Décr. n° 54-876 modifié du 30 juin 1955, arrêtés du ministre de l'Economie et des Finances) et des caractéristiques du prêt litigieux, que la société de développement régional n'avait pas excédé les limites posées à son activité. Le pourvoi discutait ces motifs et soutenait que la cour d'appel avait violé, par fausse application, l'article 1er du décret du 30 juin 1955.

La critique était, semble-t-il, fondée. Pourtant, le pourvoi est rejeté. La chambre commerciale opère en effet une substitution de motifs et déclare que « *la seule méconnaissance, par un établissement de crédit spécialisé, de la réglementation relative à son champ d'activité, n'est pas de nature à entraîner la nullité des contrats qu'il a conclus* ». Peu importe donc que la société de développement régional ait agi en dehors du domaine qui lui était ouvert par son statut particulier ; cette violation des textes est sans conséquence sur la validité du prêt conclu.

La solution est nouvelle : jamais la Cour de cassation n'avait eu à statuer sur les éventuelles sanctions civiles du dépassement par un établissement de crédit des limites fixées à son activité. Mais elle est dans la droite ligne de la jurisprudence initiée par l'Assemblée plénière dans son arrêt du 4 mars 2005. Les dispositions violées reposaient sur des considérations d'intérêt général (en ce qui concerne les institutions financières spécialisées, il y a lieu de les obliger à utiliser leurs ressources, souvent privilégiées, à l'accomplissement de la mission d'intérêt public qui, seule, justifie leur existence) et non sur le souci de protéger leurs partenaires contractuels. Il y a même un argument *a fortiori* : si le crédit consenti par une entreprise commerciale banale en violation du monopole bancaire n'est pas nul, à plus forte raison doit-il en aller de même lorsque le prêteur a la qualité d'établissement de crédit et se borne à sortir de son périmètre légal d'activité.

Restera, à l'avenir, à régler quelques questions voisines mais néanmoins différentes. Dans l'affaire jugée par la chambre commerciale, la restriction à l'activité de l'établissement de crédit était de nature légale. Il y a également la situation où l'établissement de crédit ne peut accomplir que des opérations de banque visées dans la décision d'agrément (c'est le cas de nombreuses sociétés financières : art. L. 515-1, al. 2, c. mon. fin.). On peut penser que la

transgression des limites résultant de cette décision ne déclencherait pas de sanction civile, par analogie avec les solutions déjà acquises. Une autre hypothèse est celle où un type d'activité est réservé à certains établissements de crédit : un monopole spécial prend place à l'intérieur du monopole bancaire général. C'est le cas avec les caisses de crédit municipal, qui ont « *pour mission de combattre l'usure par l'octroi de prêts sur gages corporels dont elles ont le monopole* » (art. L. 514-1, I, c. mon. fin.). Pourtant, d'autres établissements de crédit ne se privent pas d'accorder des crédits garantis par des gages sur objets d'art, et le mouvement ne peut que s'accroître avec la réforme du droit du gage, qui rend cette sûreté plus commode. Il serait intéressant que soit discutée au contentieux la licéité de cette pratique et précisées les sanctions encourues en cas de violation du monopole spécial.

H. S.

## B - Techniques bancaires

### 1 - Chèque

#### a - Prescription

Deux décisions sont révélatrices d'une tendance de la Cour de cassation à rechercher dans le droit commun des moyens de faire échec aux courtes prescriptions du droit du chèque.

Dans la première affaire (**Com. 12 déc. 2006, n° 05-18.347**, Bull. civ. IV, n° 262 ; D. 2007. AJ. 300, obs. V. Avena-Robardet), une banque avait réglé le 2 juillet 2002 un chèque émis par sa cliente, mais avait omis de débiter immédiatement le compte du tireur. C'est plus d'un an après, le 10 octobre 2003, qu'elle avait procédé à une régularisation en passant l'écriture de débit correspondante. Ce débit ayant été contesté par la cliente, la banque l'avait assignée en paiement de la somme litigieuse.

La chambre commerciale a cassé la décision d'un tribunal de commerce qui avait déclaré la demande prescrite par application de l'article L. 131-59 du code de commerce. Par son arrêt du 12 décembre 2006 elle a jugé qu'« *en statuant ainsi alors que la Banque Populaire fondait son action sur le droit commun né de sa relation contractuelle avec Mme B. et qu'à supposer prescrites ses actions cambiales, elle pouvait encore exercer contre cette dernière l'action en recouvrement de la créance à l'égard de laquelle elle était subrogée après en avoir payé le montant, le tribunal a violé les articles susvisés* [art. 1134 c. civ. et L. 131-59 c. mon. fin.] ».

Cette motivation est pour le moins approximative. On comprend mal, tout d'abord, l'incidente « *à supposer prescrites ses actions cambiales* ». Le tiré du chèque n'a aucune action cambiale contre le tireur. Le paiement du chèque par le tiré éteint toutes les obligations nées du titre. C'est la relation de compte (et le crédit consenti à son client dans l'hypothèse où la banque paie à découvert) qui justifie l'écriture de débit consécutive au paiement du chèque. Ensuite, la subrogation de la banque dans la créance du bénéficiaire du chèque contre le tireur paraît bien divinatoire. Le tiré est appelé à payer le chèque, non la créance fondamentale du bénéficiaire sur le tireur qui est à l'origine de la création du titre. Au demeurant, la banque n'a pas à connaître cette créance, et une telle créance n'existe pas toujours (par exemple lorsque le chèque est l'instrument d'un don manuel).

Il est vrai que la chambre commerciale n'en est pas à sa première tentative de faire jouer à la subrogation le rôle d'une bouée de sauvetage. Dans une affaire où la banque chargée de l'encaissement d'un chèque l'avait perdu et laissé prescrire, la Haute juridiction avait approuvé une cour d'appel, par un arrêt du 12 juillet 1993 (Bull. civ. IV, n° 293 ; D. 1993. IR. 230 ; RTD civ. 1994. 358, obs. J. Mestre ; RTD com. 1993. 691, obs. M. Cabrillac ; Banque 1993. 100, obs. J.-L. Guillot), d'avoir retenu « *qu'après la prescription des actions qui lui avaient été ouvertes sur le fondement du droit du chèque, la BNP pouvait encore exercer l'action en recouvrement de la créance à l'égard de laquelle elle était subrogée après en avoir payé le montant* ». La subrogation permettait alors de sauver la mise à un banquier encaisseur. Notre collègue Michel Cabrillac avait fait observer que l'on ne se trouvait pas dans un cas de subrogation légale et que la preuve d'une subrogation conventionnelle n'était pas rapportée (*loc. cit.*). Ses critiques pourraient être reprises, avec plus de force encore, lorsque la

subrogation est invoquée par la banque tirée. Deux arrêts commencent certes à former une jurisprudence. Mais celle-ci est techniquement très fragile.

C'est peut-être la raison pour laquelle la première chambre civile a mis en avant un autre fondement pour venir au secours d'un banquier escompteur négligent. Dans l'espèce qui a donné lieu à un arrêt du 19 décembre 2006 (**Civ. 1re, 19 déc. 2006, n° 04-17.664**, Bull. civ. I, n° 557 ; D. 2007. AJ. 300, obs. V. Avena-Robardet ; RTD com. 2007. 421, obs. D. Legeais ), une banque avait pris à l'encaissement un chèque destiné au remboursement d'un prêt consenti par une société financière, en créditant immédiatement sa cliente, puis avait égaré le chèque qui n'avait donc pu être présenté au paiement. Elle avait ultérieurement réclamé le montant du chèque au tireur, par une action *de in rem verso*. La première chambre civile casse l'arrêt de la cour d'appel qui, aux motifs notamment que la banque aurait dû contrepasser le montant du chèque et qu'elle avait tardivement constaté sa disparition, avait rejeté la demande. Elle énonce, en droit, que « *le fait d'avoir commis une imprudence ou une négligence ne prive pas de son recours fondé sur l'enrichissement sans cause celui qui, en s'appauvrissant, a enrichi autrui* ». Puis, appliquant cette directive à l'espèce, elle juge qu'« *en se déterminant ainsi, quand la seule faute commise par la banque était la perte du chèque, laquelle, en dépit de sa découverte tardive, ne constituait pas une faute lourde au regard de l'enrichissement sans cause, la Cour d'appel a violé le texte et les principes susvisés [l'art. 1371 c. civ. et les principes qui régissent l'enrichissement sans cause]* ».

Ce n'est pas ici le lieu de discuter l'assouplissement ainsi apporté aux conditions de mise en oeuvre de la théorie de l'enrichissement sans cause (assouplissement qui n'est d'ailleurs pas sans précédent : V. Civ. 1re, 13 juill. 2004, Bull. civ. I, n° 208 ; D. 2004. IR. 2083 ; RTD civ. 2005. 120, obs. J. Mestre et B. Fages ). Mais il est permis de penser que la première chambre civile, en l'appliquant à la matière du chèque, n'a pas choisi le meilleur terrain. Le code monétaire et financier offre au propriétaire d'un chèque qui l'a perdu une procédure pour en obtenir néanmoins le paiement (art. L. 131-40). Et il déclare que l'action du porteur du chèque contre le tiré se prescrit par un an à partir de l'expiration du délai de présentation (art. L. 131-59, al. 2). Il appartient donc au banquier escompteur qui a perdu le chèque de suivre le chemin tracé par l'article L. 131-40 du code monétaire et financier. Il a un an pour ce faire, faute de quoi ses droits sont prescrits. La théorie de l'enrichissement sans cause n'a alors plus sa place : c'est une conséquence naturelle de la prescription que son bénéficiaire s'enrichit et sa victime s'appauvrit.

Les arrêts rapportés s'exposent donc à la critique. Il est probable que, derrière le courant jurisprudentiel qu'ils illustrent, existent des considérations d'équité. Mais, dans une matière aussi technique que le droit du chèque, le rôle du juge n'est pas d'inventer des actions extra-cambiales. Il est d'appliquer les textes tels qu'ils ont été (bien) écrits.

H. S.

#### *b - Risque de change*

L'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 23 janvier 2007 (**Com. 23 janv. 2007, n° 05-18.557**, Bull. civ. IV, n° 6 ; D. 2007. AJ. 438, obs. X. Delpech ; RTD com. 2007. 420, obs. D. Legeais ) mérite d'être signalé car il constitue, à notre connaissance, sa première décision relative aux conséquences de la variation du change en cas de contre-passation d'un chèque libellé en devise.

En l'espèce, une société française était bénéficiaire d'un chèque tiré par une société américaine sur la Chase Manhattan Bank, d'un montant de 115 600 dollars US. Elle l'avait remis pour encaissement à sa banque, le Crédit du Nord, qui l'avait créditée immédiatement de sa contre-valeur en francs français (les faits sont antérieurs au passage à l'euro), soit 847 436,22 francs. Le chèque était frauduleux et ne fut jamais payé. Le Crédit du Nord contre-passa alors son écriture précédente, mais, compte tenu de la variation du cours du dollar pendant la période séparant les deux inscriptions en compte (vingt jours), pour un montant de 876 631,56 francs. C'est la différence (s'élevant à 29 194,95 francs) qui fut à l'origine du contentieux.

La cliente contesta d'abord le principe même de la contre-passation. Elle se prévalait du caractère translatif de son endossement. La cour d'appel retint qu'il s'agissait d'un endossement de procuration et que, le compte ayant été crédité « sauf bonne fin », la banque pouvait se faire rembourser l'avance consentie. La chambre commerciale tranche le débat en opérant une substitution de motifs : *« en l'absence de faute de sa part, la banque a toujours, et quelle que soit la nature de l'endossement lui ayant bénéficié, le droit de se faire rembourser par le bénéficiaire de chèques, qui se sont révélés ensuite sans provision, le montant des avances qu'elle lui avait accordées lors de leur remise dans l'attente de leur encaissement »*. Autrement dit : peu importe qu'il y ait escompte de chèque ou mandat pour en obtenir le paiement, la banque a, dans les deux cas, le droit de se faire rembourser ce qu'elle a avancé, c'est-à-dire concrètement de contre-passer l'écriture initiale par laquelle elle crédite le compte du remettant. Le principe n'est pas nouveau (V. Com. 30 janv. 1996, Bull. civ. IV, n° 27 ; D. 1996. Jur. 320, note J.-L. Rives-Langes ; RTD com. 1996. 302, obs. M. Cabrillac ). Son application dans les circonstances de l'espèce mérite d'être approuvée.

La véritable question était ailleurs. Elle était de savoir qui, de la banque ou de sa cliente, devait supporter les conséquences de la hausse du dollar entre la date de l'avance et celle de la contre-passation. La cour d'appel avait rendu une sorte de jugement de Salomon, en considérant qu'avant de porter le montant du chèque au crédit du compte de sa cliente, le Crédit du Nord aurait dû l'informer du risque de change et lui offrir le choix d'un crédit après encaissement, et que par cette faute il avait fait perdre au bénéficiaire une chance d'éviter la perte. Ce partage n'ayant satisfait aucune des parties, l'arrêt d'appel faisait l'objet, sur ce point, d'un double pourvoi. Sur celui de la cliente, la chambre commerciale approuve les juges du second degré d'avoir estimé que le préjudice réparable n'était pas constitué par la perte de change, mais seulement par la perte d'une chance de l'éviter. Sur le pourvoi du Crédit du Nord, la Cour de cassation juge que *« s'agissant d'un chèque libellé en devises, la cour d'appel a exactement décidé que le Crédit du Nord aurait dû informer sa cliente du risque de change qu'elle subirait nécessairement si son compte était immédiatement crédité et qu'en s'en abstenant il avait manqué à son devoir d'information »*.

L'apport de l'arrêt est ainsi la mise à la charge du banquier d'une nouvelle obligation d'information, qui est due en cas de prise à l'encaissement d'un chèque libellé en monnaie étrangère. Et, derrière cette obligation d'information, il y a l'ouverture d'une option au profit du remettant : celui-ci doit pouvoir choisir entre, soit un crédit immédiat traduisant une avance de la banque, soit un crédit lors du paiement du chèque, un peu moins favorable du point de vue de sa trésorerie mais qui le met à l'abri du risque de change.

La solution paraît bienvenue, même si elle crée une nouvelle contrainte pour les établissements de crédit dans leur gestion des moyens de paiement. Elle empêche une sorte de « carte forcée » pour les clients des banques. Surtout, le différé de crédit conduit à des résultats satisfaisants dans l'hypothèse qui demeure statistiquement - et fort heureusement ! - la plus fréquente, à savoir le paiement du chèque par le tiré. Il évite en effet qu'il soit procédé à un ajustement, à la hausse ou à la baisse, du montant de l'écriture de crédit en fonction de l'évolution du change entre la date de la remise et celle du paiement du chèque.

Reste une question, qui n'apparaît pas dans l'arrêt, mais que la relation des faits invite à poser : comment y a-t-il eu perte de change, alors que, le chèque n'ayant pas été payé, aucun mouvement en dollars n'est intervenu entre la Chase Manhattan Bank et le Crédit du Nord ? La banque française avait crédité le compte de son client d'un montant de 847 436,62 francs. Pourquoi obliger le bénéficiaire à restituer davantage que ce qu'il a reçu ? Pour justifier une contre-passation d'un montant différent, il faut admettre que l'avance a été consentie en dollars, que ces dollars ont été vendus, et que c'est le produit de la vente qui a été porté au crédit du compte du remettant. Cette pratique n'est pas inconcevable. Mais elle ne va pas non plus de soi, spécialement - et l'on revient au débat initial - lorsque l'endossement est de simple procuration. On voit mal, à défaut, où est le risque de change pour la banque et ce qui légitimerait qu'elle perçoive la différence de cours (rappr. Com. 28 mars 2006, Bull. civ. IV, n° 79 ; D. 2006. AJ. 1105, obs. X. Delpech ; RTD civ. 2006. 755, obs. J. Mestre et B. Fages , intervenu dans une affaire où la banque avait dû acquérir des devises pour honorer un

engagement à terme souscrit à la demande de son client).

H. S.

### *c - Conflit de lois*

Il n'est pas fréquent que les tribunaux aient l'occasion de statuer sur un conflit de lois en matière de chèque. Cette rareté accuse l'intérêt que présente l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 23 janvier 2007 (**Civ. 1re, 23 janv. 2007, n° 03-13.422**, Bull. civ. I, n° 32 ; D. 2007. 1244, note N. Bouche, et Pan. 2562, obs. L. d'Avout et S. Bollée) dans un contentieux intéressant la responsabilité d'une banque présentatrice étrangère.

Les faits de l'espèce étaient les suivants : « Au titre d'un contrat de crédit-bail à intervenir », nous dit-on, une société civile immobilière tire, sur la Banque populaire du Midi, un chèque d'un montant de 472 000 francs au bénéfice d'une société allemande. Le chèque est remis au représentant en France de la bénéficiaire, qui dispose d'un mandat lui permettant de recevoir le titre de paiement. Cette personne endosse le chèque et le remet pour encaissement à la Caisse d'épargne de Sarrebrück. La caisse certifie alors la suite des endossements, présente le chèque au paiement et, sur les instructions du remettant, fait créditer son compte dans une autre banque allemande. En définitive, le contrat de crédit-bail n'est pas conclu. La société bénéficiaire du chèque s'engage à en rembourser le montant à la SCI. Mais sa mise en liquidation judiciaire l'empêche d'exécuter complètement cet engagement.

La société civile immobilière a alors l'idée de mettre en cause la responsabilité de la Caisse d'épargne de Sarrebrück. Le raisonnement tient en deux propositions : la banque allemande a commis une faute en permettant une substitution de bénéficiaire, qui a fait que le compte crédité à la suite du paiement avait pour titulaire le mandataire infidèle ; en conséquence, la société allemande ne disposait plus des fonds nécessaires pour exécuter son engagement de remboursement, ce qui a privé la SCI d'une chance d'obtenir le paiement de sa créance. Concrètement, était exercée une action en responsabilité délictuelle, puisqu'il n'existe pas de lien contractuel entre le tireur d'un chèque et la banque présentatrice. Cette dernière étant allemande et ayant pris le chèque à l'encaissement en Allemagne, un problème de conflit de lois se posait.

La cour d'appel de Nîmes l'avait résolu en retenant la compétence de la loi française. Rappelant que la loi applicable à la responsabilité délictuelle est celle du pays sur le territoire duquel le fait générateur du dommage est commis, elle avait considéré qu'en l'espèce ce fait générateur n'était pas constitué par la prise du chèque à l'encaissement, mais par le fait que la Caisse d'épargne de Sarrebrück avait présenté le chèque au paiement sans préciser qu'elle agissait pour le compte d'une personne autre que celle qui était désignée sur le chèque, et avait constaté que la présentation au paiement avait eu lieu en France. Pour faire bonne mesure, les juges du second degré avaient ajouté que la Caisse d'épargne de Sarrebrück, qui se prévalait du droit allemand, n'indiquait pas en quoi son contenu serait différent de celui de la loi française.

C'est cet arrêt qui a été cassé par la première chambre civile le 23 janvier 2007, d'une part pour violation de la règle française de conflit de lois, d'autre part parce que ses motifs étaient « *impropres à établir le contenu du droit étranger applicable et son équivalence à la loi française* ». Sur le second point, la Cour de cassation se borne à faire application des principes qui dominent aujourd'hui les devoirs du juge en matière de recherche de la teneur du droit étranger applicable, en sanctionnant ce qui pouvait apparaître comme une certaine paresse de la cour d'appel. C'est sur le premier point que l'arrêt rapporté suscite l'intérêt.

Les données acquises de droit international privé étaient les suivantes. Tout d'abord, la responsabilité de la Caisse d'épargne de Sarrebrück était recherchée pour avoir pris à l'encaissement un chèque revêtu de l'endos d'une personne autre que la société bénéficiaire et

avoir fait créditer un compte de cette personne. N'étaient discutés ni la valeur, ni les effets de l'endossement opéré consécutivement par la Caisse d'épargne en vue de la présentation au paiement du chèque. En conséquence, n'était pas applicable la Convention de Genève du 19 mars 1931 « destinée à régler certains conflits de lois en matière de chèques », et spécialement son article 5 aux termes duquel « *la loi du pays sur le territoire duquel les obligations résultant du chèque ont été souscrites règle les effets de ces obligations* ». C'est très exactement ce que juge la première chambre civile en énonçant que la Convention de Genève « *ne s'applique que pour la solution des conflits de lois qu'elle énumère, en matière cambiaire, et n'a pas pour effet de désigner la loi compétente en matière de responsabilité bancaire* ». Cette solution est conforme à ce qu'enseigne depuis longtemps la doctrine quant au sens et à la portée de l'article 5 de la Convention de Genève (V. par exemple, J. Schapira et E. Loquin, J.-Cl. Droit international, Fasc. 567-B, n° 86 s. ; R. Libchaber, Rép. Dalloz Droit international, *vis* Effets de commerce et chèques, n° 63-64).

Il y avait donc lieu de se tourner vers la règle de conflit de lois en matière de responsabilité délictuelle. A l'époque des faits, le règlement CE n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») n'était évidemment pas applicable. Ce sont donc les directives jurisprudentielles qu'il convenait de considérer. On sait que le principe était la compétence de la loi de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit (formulation retenue par Civ. 1re, 30 mai 1967, *Kieger c/ Amigues*, Rev. crit. DIP 1967. 728, note P. Bourel ; JDI 1967. 622, note B. G.). Dans l'hypothèse d'une dissociation géographique du fait générateur et du dommage - ce qu'on appelle le délit complexe - la première chambre civile a décidé que le lieu où le fait dommageable s'est produit « *s'entend aussi bien de celui du fait générateur du dommage que du lieu de réalisation de ce dernier* » (Civ. 1re, 14 janv. 1997, *Gordon and Breach*, Bull. civ. I, n° 16 ; D. 1997. Jur. 177, note M. Santa-Croce ; Rev. crit. DIP 1997. 504, note J.-M. Bischoff). Ultérieurement, elle a consacré le principe de proximité comme méthode de localisation du fait dommageable en cas de délit complexe (Civ. 1re, 11 mai 1999, *Mobil North Sea*, Bull. civ. I, n° 153 ; D. 1999. Somm. 295, obs. B. Audit ; Rev. crit. DIP 2000. 199, note J.-M. Bischoff ; JDI 1999. 1048, note G. Légier ; 27 mars 2007, *Bureau Veritas*, Bull. civ. I, n° 132 ; D. 2007. AJ. 1074, obs. I. Gallmeister, et Pan. 2562, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; RTD com. 2007. 633, obs. P. Delebecque ; JDI 2007. 949, note G. Légier).

C'est à l'intérieur du cadre ainsi tracé qu'il convenait de déterminer la loi applicable à la responsabilité civile de la Caisse d'épargne de Sarrebrück. La cour d'appel comme la Cour de cassation se réfèrent à la règle de conflit de principe, sans se placer sur le terrain du délit complexe. Mais elles divergent quant à la détermination du fait générateur du dommage. Alors que, pour la cour d'appel, il s'agissait de la présentation du chèque au paiement, la première chambre civile opte pour des fautes commises lors de la prise à l'encaissement : « *en statuant ainsi alors qu'elle relevait que la caisse d'épargne avait engagé sa responsabilité envers le tireur en s'abstenant de vérifier la régularité du chèque et en garantissant les endos, ce qui constituait le fait générateur du dommage, qui s'est réalisé au lieu où le compte de M. Kasper [le remettant] a été crédité, de sorte que la loi allemande était applicable, la cour d'appel a violé le texte susvisé [l'art. 3 c. civ.]* ».

Nous laissons aux internationalistes le soin d'apprécier la manière dont la Cour de cassation localise le dommage sur le territoire allemand (en le faisant procéder de l'écriture portée au crédit du compte de M. Kasper, et en l'éloignant ainsi de la perte d'une chance d'être remboursée alléguée par la SCI française), ce qui lui permet d'échapper à la problématique du délit complexe (V. là-dessus, N. Bouche, note préc.). En revanche, il nous paraît utile d'examiner comment le traitement du conflit de lois opéré par la première chambre civile s'articule avec l'économie de l'encaissement des chèques.

Si l'on part du droit français en matière d'encaissement (ce qui ne veut évidemment pas dire que l'on en présuppose l'applicabilité), deux solutions sont à détacher.

En premier lieu, le banquier doit s'assurer de la régularité apparente du chèque avant de prendre le titre à l'encaissement (Com. 26 mars 1973, Bull. civ. IV, n° 132 ; 5 mars 1975, *ibid.*, n° 130). Cela inclut la vérification de la suite et de la régularité des endossements. Il

incombe à la banque, en particulier, de contrôler que le remettant est porteur légitime, c'est-à-dire qu'il est bénéficiaire ou endossataire du chèque remis (Com. 26 mars 2002, arrêt n° 708 F-D).

En second lieu, la stipulation d'une clause « non endossable » dans les termes de l'article L. 131-71, alinéa 3, du code monétaire et financier (« *Il peut être délivré des formules de chèques barrés d'avance et rendues, par une mention expresse du banquier, non transmissibles par voie d'endossement, sauf au profit d'un établissement de crédit ou d'un établissement assimilé* ») n'est pas sans incidence sur les obligations du banquier chargé de l'encaissement. Selon la chambre commerciale de la Cour de cassation, « *un chèque portant la mention de sa transmissibilité au seul profit d'une banque, d'une caisse d'épargne ou d'un établissement assimilé ne peut être encaissé par celui-ci qu'en vue de la remise de son montant au bénéficiaire du chèque, sauf le cas où cet établissement l'a reçu en paiement d'une somme due à lui-même* », étant précisé que « *ni le bénéficiaire du chèque ni son mandataire ne peut ordonner que son montant soit directement remis à un tiers* » (Com. 7 oct. 1997, Bull. civ. IV, n° 244 ; D. 1997. IR. 228 ; RTD com. 1998. 182, obs. M. Cabrillac ; V. égal. Com. 23 oct. 2001, RD banc. fin. 2002. 10, obs. Crédot et Gérard ; 18 déc. 2002, JCP 2002. IV. 2659).

En l'espèce, la « substitution » de bénéficiaire reprochée par le tireur du chèque à la Caisse d'épargne de Sarrebrück pouvait s'analyser comme un défaut de vérification de la qualité de porteur légitime chez le remettant. Le bénéficiaire désigné était une société allemande, le remettant une personne physique. Si celle-ci ne disposait pas du mandat nécessaire pour endosser le chèque, l'endossement était irrégulier. C'est à la Caisse d'épargne de Sarrebrück qu'il appartenait de faire cette vérification au moment de la prise du titre à l'encaissement. La loi allemande apparaît ici comme la mieux placée pour déterminer l'étendue exacte des obligations de la banque. Le traitement des chèques est une activité de masse, et l'on voit mal une banque se référer à des standards différents selon l'origine géographique des titres qui lui sont remis.

A supposer toutefois que, sur ce terrain, la banque allemande ait correctement agi parce que le remettant avait le pouvoir requis pour endosser, se posait la question, distincte, de savoir si elle pouvait créditer un autre compte que celui de la société bénéficiaire. La réponse du droit français est négative. On peut concevoir que celle du droit allemand soit plus libérale. A notre sens, s'agissant d'apprécier la manière dont un établissement de crédit exerce son activité de gestion de moyens de paiement, c'est à nouveau la loi de la banque qui a vocation à s'appliquer. Mais il ne serait pas nécessairement indifférent que le chèque fût d'origine française. La clause « non endossable » a en effet été apposée sur la formule en vertu du droit français et, selon nous, continue à s'imposer au bénéficiaire du chèque même après sa sortie de France (si la Caisse d'épargne de Sarrebrück peut prendre le chèque à l'encaissement, c'est parce qu'elle est un établissement assimilé au sens de l'art. L. 131-71 c. mon. fin.). Il y aurait donc lieu de s'interroger, du point de vue du droit allemand, sur le point de savoir si la mention de non transmissibilité figurant sur le chèque est de nature à interdire à la banque présentatrice de créditer un autre compte que celui du bénéficiaire.

La question est délicate, et peut-être neuve en droit allemand. On ne peut donc qu'approuver la Cour de cassation d'avoir refusé de tenir pour acquis que les droits français et allemand fussent équivalents en la matière. On constate également que la présence d'un élément d'extranéité vient très vite introduire de sérieuses complications dans l'utilisation des moyens de paiement, ce qui n'est guère en harmonie avec leur finalité.

H. S.

## 2 - Carte bancaire

Les textes consuméristes, en matière bancaire, ont des effets pervers bien connus que les gentils consommateurs, surprotégés, n'ont aucun scrupule à exploiter. Mais il en est un, au moins, qui pousse directement à l'escroquerie. Il s'agit de l'article L. 132-3 du code monétaire et financier qui, en cas de vol ou de perte d'une carte de paiement et d'utilisation

subséquente frauduleuse de celle-ci, avant opposition, ne laisse à la charge du titulaire, sous de menues réserves, qu'une franchise de 150 euros. On imagine la forte tentation que ce « plafond » légal peut susciter de simuler la perte ou le vol de sa carte qu'on aura utilisée soi-même au maximum de l'autorisation. A condition de ne la renouveler qu'avec modération - pour éviter d'être placé sur la liste rouge - la manoeuvre devrait permettre aux aigrefins de gagner plus sans travailler plus.

Or, voici que la Cour de cassation lubrifie, sans le vouloir, cette mécanique de perversité en énonçant que « *la circonstance que la carte ait été utilisée par un tiers avec composition du code confidentiel est, à elle seule, insusceptible de constituer la preuve* » d'une faute lourde de son titulaire (Com. 2 oct. 2007, n° 05-19.899, D. 2008. Jur. 454, note A. Boujeka, et 2007. Chron. C. cass. 2764, obs. M.-L. Béval ; RTD com. 2007. 813, obs. D. Legeais ). On sait, en effet, que cette preuve diabolique, qui incombe à l'émetteur, prive le titulaire de la limitation de son risque au plafond légal. Mais à décider que l'usage du code confidentiel n'a pas valeur probante de faute et sachant qu'à défaut la faute lourde, « confinant au dol », est quasi impossible à rapporter, on transforme la profession bancaire en service public de garantie contre les fraudes à la carte de paiement (ce dont elle ne paraît pas s'émouvoir : F.-J. Crédot et T. Samin, obs., RD banc. fin. 2007, n° 6, p. 42 ). Ce qui n'ira pas sans augmentation sensible du coût de la carte et, par l'assurance, sans mise à charge collective des déboires, réels ou simulés, des malchanceux, des inconscients et des filous : l'horizon n'est pas à la responsabilité individuelle.

Brochant sur cette trame, certains juges du fond en rajoutent. C'est le cas dans cette espèce où le titulaire d'une carte, qui avait fait opposition, entendait ne pas devoir assumer le paiement du prix d'un « contrat de vente de séjour de vacances à temps partagé » souscrit, la veille, par émission d'une facturette. Avait-il tenté de bloquer l'opération par regret de son achat fait dans la griserie tropicale ? La banque le pensait qui, estimant l'opposition frauduleuse, « au vu du contrat et de la facturette », avait honoré l'ordre de payer, par débit du compte d'imputation. D'où l'action en justice introduite par l'acquéreur repentant. Bien lui en a pris puisque la cour d'appel de Paris (**Paris, 8e ch., 18 oct. 2007, n° 05-22706**) condamne la banque à recrediter le compte de la somme débitée (moins 150 euros) pour ce motif - joyau d'absurdité - que « *l'opposition mettait fin au mandat irrévocable de paiement* » : révoquer l'irrévocable n'est pas à la portée de quiconque ! Pour y être parvenu, avec la complicité involontaire et brouillonne d'une Haute autorité judiciaire, l'heureux client se sera fait rembourser, à peu près, le prix d'un achat qui lui reste acquis. Version créole du beurre et de l'argent du beurre.

D. R. M.

### 3 - Télécompensation

L'introduction d'un ordre dans le système interbancaire de télécompensation (SIT) s'opère par un échange d'instructions entre les banques présentatrice et destinataire, et le centre comptable du système. Au terme de quoi l'ordre - ici, un virement - est, selon le protocole de fonctionnement du dispositif, « irrévocable ». Déjà irrévocable, pour son auteur, dès le débit de son compte (Com. 26 janv. 1983, D. 1983. IR. 469), l'ordre le devient ainsi à nouveau, mais pour la banque présentatrice qui ne peut plus l'annuler ou le retirer : son exécution, par compensation multilatérale, est alors inexorable.

La banque présentatrice en prenait argument, en l'espèce, pour justifier son imputation, dans ses livres, sur le solde débiteur du compte courant de son client, bénéficiaire de l'ordre, mis en redressement judiciaire le 2 juillet, tandis que l'irrévocabilité du virement, dans le système, était acquise depuis l'après-midi de la veille. Elle voulait ignorer, par là, que le traitement de l'ordre et la livraison effective de son montant n'avaient eu lieu, conformément aux règles du système, que le lendemain 2 juillet, date de prise d'effet, à zéro heure, de la procédure collective. Il était donc vain de prétendre balancer, à la date du 1er juillet, la créance de solde de la banque et une prétendue dette de restitution, au client, du montant du virement perçu le lendemain. Ce qu'exprime la Cour de cassation en confirmant l'arrêt déferé d'avoir décidé que « *la dette de la banque [vis-à-vis de son client] n'avait eu d'existence qu'à compter du*

*moment où les fonds, objet du virement, [lui] avait été réglés pour le compte du client, soit le 2 juillet, et qu'ainsi [l'imputation] invoquée par la [banque] n'avait pu avoir lieu le 1er juillet » (Com. 18 sept. 2007, n° 06-14.161, D. 2007. AJ. 2464, obs. V. Avena-Robardet, et Chron. C. cass. 2764, obs. M.-L. Bélaival ; RTD com. 2007. 812, obs. D. Legeais ; RD banc. fin. 2007, n° 6, p.7 , rapp. M. Cohen-Branche, note D. R. **Martin**, et p. 42, obs. F.-J. Crédot et T. Samin).*

La solution ainsi donnée est, certes exacte, mais elle s'applique à un problème mal posé. Car si le transfert de la somme virée demeurait encore pendant au 1er juillet, il en était, par l'irrévocabilité de l'ordre, déjà devenu inéluctable : ce qui en faisait, manifestement, une opération en cours pour la liquidation de laquelle le compte courant survit à sa clôture, même induite par une procédure collective. Pour n'en avoir pas reconnu la figure, la banque se condamnait à l'échec.

D. R. M.

## C - Opérations de crédit

### 1 - Condition suspensive

Les mauvaises clauses font les grands déboires. Ainsi en aura-t-il coûté, au maître d'oeuvre d'un projet de rénovation immobilière, de n'être pas payé de ses honoraires courus. Sa mésaventure tient en un cruel syllogisme : 1) le contrat de maîtrise d'oeuvre stipulait un « *règlement après déblocage du prêt* » ; 2) or le prêt sollicité par le donneur d'ordre « *ne lui étant pas accordé* » ; 3) celui-ci s'en trouvait fondé à refuser le paiement d'honoraires, même « *pour les prestations accomplies* ». L'iniquité de la solution est criante, d'autant que lesdites prestations, sans doute nécessaires au « montage » de la demande de prêt (plans, descriptifs, évaluations), ne pouvaient qu'être accomplies avant le « *déblocage du prêt* ». Mais l'homme de l'art ne peut que s'en prendre à lui-même d'avoir accepté une aberrante condition suspensive expresse de règlement de ses services.

La cour d'appel de Besançon avait néanmoins osé un astucieux compromis : en admettant que la clause litigieuse ne pouvait constituer une condition suspensive du paiement des honoraires courus puisque « *le montant des honoraires de l'architecte n'était pas inclus dans celui du prêt sollicité* ». Ce biais encourait toutefois l'objection d'ajouter une réserve implicite au jeu de la clause claire et précise. La censure de l'arrêt n'a pas lieu pourtant du chef de dénaturation. Plus grave encore, le grief fatal est d'une violation de l'article L. 312-2 du code de la consommation : pour avoir méconnu, selon le motif de cassation, que, d'après ce texte, « *la simple référence au recours par le maître d'ouvrage à un prêt suffisait à ériger l'obtention de celui-ci en condition suspensive* » (**Civ. 3e, 28 mars 2007, n° 06-11.280**, D. 2007. AJ. 1269, obs. C. Rondey ; RTD com. 2007. 576, obs. D. Legeais ). Sous l'aiguillon complaisant de cette chambre, l'empire du consumérisme marque ainsi, et encore, un point douteux. Car ledit texte vise l'hypothèse d'un « prix » payé à l'aide d'un prêt, donc celle d'une vente. Ce qui n'est pas le cas de l'honoraire d'un contrat d'entreprise. Quand les mots n'ont plus de sens, la *ratio legis* divague et le juge s'égaré.

D. R. M.

### 2 - Mise en garde

Par deux arrêts de même date, une chambre mixte de la Cour de cassation scelle la jurisprudence convergente de la première chambre civile et de la chambre commerciale en matière de responsabilité bancaire envers les emprunteurs (**Cass., ch. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104 et n° 06-11.673**, D. 2007. AJ. 1950, obs. V. Avena-Robardet, Jur. 2081, note S. Piedelièvre ; Rev. sociétés 2007. 534, obs. J. Stoufflet ; RTD com. 2007. 579, obs. D. Legeais ; JCP 2007. II. 10146, note A. Gourio ; JCP E et A 2007. II. 2105, note D. Legeais). Elle confirme en effet la distinction à opérer selon que l'emprunteur est averti ou non averti et, dans ce dernier cas, le devoir de mise en garde dont l'établissement prêteur est redevable, le cas échéant, envers son client. Cette double consécration prend, du reste, un relief spécial puisqu'elle est appuyée d'une cassation des deux arrêts entrepris. Où les juges

du fond avaient estimé avoir de bonnes raisons d'affranchir la banque de tout manquement « à ses obligations » de prêteur, ils sont également censurés pour s'être ainsi déterminés « sans préciser si [le client] était un emprunteur non averti et, dans l'affirmative, si, conformément au devoir de mise en garde auquel elle était tenue à son égard lors de la conclusion du contrat [de prêt], la banque justifiait avoir satisfait à cette obligation à raison des capacités financières de l'emprunteur et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts ». Plusieurs observations peuvent être tirées de cette formule et des espèces sous-jacentes.

1) La qualité d'emprunteur averti ou pas n'est pas définie. Elle n'a d'ailleurs pas lieu de l'être puisqu'il s'agit d'une notion-cadre, assez suggestive par elle-même, et destinée à régir des situations et circonstances diverses. Nul doute cependant que la qualification soit l'objet d'un strict contrôle de la Cour de cassation.

2) L'emprunteur averti ne s'identifie pas nécessairement au professionnel qui emprunte pour les besoins de son activité. Ainsi la cour d'appel de Dijon est-elle désavouée d'avoir déclaré que « l'établissement bancaire qui consent un prêt n'est débiteur d'aucune obligation à l'égard du professionnel emprunteur ». Elle aurait dû préciser si l'agriculteur de l'espèce devait être considéré comme emprunteur averti ou non averti. Ce qui donne à comprendre que ces qualités ne se présument pas et doivent être justifiées par le juge qui statue.

3) En cas de co-emprunteurs, même unis par mariage, dont l'un serait averti et l'autre pas, la mise en garde n'en est pas moins due, le cas échéant, à ce dernier : cette obligation bancaire s'apprécie par rapport au maillon le plus faible. La cour d'appel d'Aix-en-Provence est donc sanctionnée de n'avoir pas recherché si l'institutrice, co-emprunteuse avec son mari pour l'achat d'un fonds de commerce, était non avertie et donc créancière de l'obligation de mise en garde. On ne saurait plus dire désormais : « à mari informé, femme avertie » (D. 2007. Pan. 753, obs. D. R. **Martin**).

4) C'est à l'établissement prêteur de justifier, s'il y a lieu, qu'il a satisfait au devoir de mise en garde. Tenu, à ce titre, d'une obligation quasi légale, la preuve de son exécution lui incombe.

5) En résumé, l'établissement de crédit doit, lors de la conclusion d'un prêt, même non justiciable du code de la consommation : a - juger si l'emprunteur, ou l'un au moins des co-emprunteurs, est non averti - cette qualité devant être, en cas de doute, généreusement privilégiée - et, dans le cas contraire, conserver au dossier trace des raisons et justificatifs de la qualité d'emprunteur averti ; b - se faire justifier, par l'emprunteur non averti, de ses ressources actuelles et prévisibles, ainsi que de son endettement existant ; la banque ne saurait se voir reprocher de n'avoir pas tenu compte d'un endettement en cours qu'on lui dissimule et qu'elle « ne pouvait normalement déceler » (Civ. 1re, 30 oct. 2007, n° 06-17.003, D. 2008. Jur. 256, note E. Bazin) ; c - décider si les éléments portés à sa connaissance sont compatibles avec l'octroi du crédit sollicité ; d - dans la négative, plutôt s'abstenir, car la prochaine « avancée » jurisprudentielle du « toujours plus » consumériste pourrait être : « prêt sur mise en garde ne vaut ».

D. R. M.

D - Taux effectif global

1 - Découvert en compte

La double mention, indicative puis précise, du TEG, requise pour la validité de la stipulation du taux d'intérêt conventionnel du découvert en compte courant a donné lieu à une mise au point, dans un arrêt un peu pataud (**Com. 20 févr. 2007, n° 04-11.989**, D. 2007. AJ. 796, obs. C. Rondey ; RTD com. 2007. 426, obs. D. Legeais).

A défaut, d'abord, de la mention, « sur un document écrit préalable », du TEG indicatif, par un ou plusieurs exemples chiffrés, « les agios [au taux conventionnel] ne sont dus qu'à compter de l'information régulièrement reçue, valant seulement pour l'avenir » : ils courent donc, dans ce cas, et à ce taux, que si le TEG effectif, résultant de la dernière liquidation de l'intérêt couru, est porté sur le relevé périodique de compte correspondant ; et encore, ce taux

conventionnel ne vaut que jusqu'à la liquidation périodique suivante, à moins que le relevé correspondant à celle-ci indique lui-même le TEG effectif calculé pour ladite période ; et ainsi de suite. Il en résulte que l'absence de mention du TEG d'une période échue, sur le relevé correspondant, entraîne un retour au taux légal, pour la période suivante. C'est ce que confirme la cour pour qui, à défaut de cette « exigence », « *la seule mention indicative de ce taux [dans le contrat de crédit] ne vaut pas, s'agissant d'un compte courant, reconnaissance d'une stipulation d'agios conventionnels* » (sic.). Il faut donc comprendre que si la mention originelle, d'un TEG indicatif, amorce la pompe de l'intérêt au taux conventionnel, celle-ci doit être réactionnée, à chaque échéance de liquidation de l'intérêt couru, par l'indication sur le relevé de compte courant, du TEG qui ressort de cette liquidation. Faute de quoi, la pompe ne sert plus, au moins provisoirement, qu'un filet d'intérêt au taux légal.

D. R. M.

## 2 - Renégociation de prêt

La renégociation de prêt est un traquenard pour les établissements de crédit. Outre que l'opération a lieu, d'ordinaire, à leur désavantage, elle se double d'un risque coûteux de malfaçon. On se souvient de l'affaire (Civ. 1re, 6 janv. 1998, D. 1998. Jur. 503, note D. R. **Martin**, et rapp. V. Catry ; AJDI 1998. 934, obs. C. Meyer ; RD imm. 1998. 286, obs. H. Heugas-Darraspen et F. Schaufelberger ; RTD civ. 1998. 698, obs. P.-Y. Gautier ) à l'origine de l'avenant de renégociation instauré par le funeste article L. 312-14 du code de la consommation (V., D. R. **Martin**, De la renégociation ou le syndrome d'Edouard, RD bancaire et bourse 1999. 108). C'est une même déconvenue, par perte partielle d'intérêts, qu'éprouve ici une banque pour n'avoir pas intégré, dans le calcul du TEG, la prime de restructuration d'un prêt (**Civ. 1re, 27 févr. 2007, n° 04-20.779**, D. 2007. AJ. 938, obs. C. Rondey ; RTD com. 2007. 427, obs. D. Legeais , et 574 ; LPA 2007, n° 226, note H. Claret).

Fixée à 4 462 000 francs, ladite prime devait compenser, en partie, la réduction du taux nominal d'intérêt d'un prêt de 40 000 000 francs fait à une commune. Rationnellement, cette bizarre « *contrepartie de l'octroi, par le prêteur, d'une réduction du taux d'intérêt* » ne pouvait qu'intriguer un juge : pourquoi n'avoir pas, tout simplement, et à due concurrence, consenti une réduction de taux moindre ? Mais, tant qu'à compliquer les choses, la banque fit mieux encore : en ajoutant le montant de la prime au capital reliquataire du prêt - de sorte à unifier, dans un même échéancier, le règlement de l'ensemble - le tout sous mention, dans l'avenant, du TEG initial. Cette fâcheuse pratique eut à elle seule suffi à mettre la banque en défaut puisque l'augmentation d'un capital prêté constitue, en soi, un prêt complémentaire justiciable de son propre TEG.

Pourtant, la cour d'appel est confirmée d'en avoir tiré un autre motif de grief : que la prime, qui « *ne constituait pas une somme mise à la disposition de l'emprunteur... devait être prise en considération pour la détermination du taux effectif global défini par l'avenant* ». Pure pétition de principe, cette formule lapidaire n'explique rien. Elle n'explique pas, d'abord, que la prime, sous prétexte de ne correspondre à aucune « mise à disposition », soit regardée comme des « frais, commissions ou rémunérations » ajoutés aux intérêts du prêt initial, quand il ne s'agit que de la contrepartie d'une réduction de taux bien plus bénéfique à l'emprunteur ; en réalité, à l'instar de l'indemnité de remboursement anticipé, exclue du calcul du TEG (Civ. 1re, 27 sept. 2005, n° 02-13.935, D. 2005. AJ. 2670, obs. X. Delpech, et 2006. Jur. 238, note Y. Picod ; Banque et Droit 2003. 59, obs. T. Bonneau), elle ne constitue qu'une indemnité « *étrangère aux frais intervenus dans l'octroi du prêt* ». Elle n'explique pas davantage qu'un TEG exact à la conclusion du prêt, apparaisse sous-estimé en cours d'amortissement alors que la charge nette d'intérêts en a été diminuée par avenant. Elle n'explique pas, enfin, qu'une renégociation, avantageuse pour l'emprunteur, puisse emporter, sous couvert de TEG, substitution punitive, pour le prêteur, du taux légal de l'intérêt au taux conventionnel en vigueur : on sent bien qu'il y a, dans cette alchimie pernicieuse, un grave et cruel défaut de raisonnement. La Cour de cassation ne devait pas s'y laisser prendre.

D. R. M.

### 3 - Démarchage de service

Le formalisme informatif se prête-t-il à la dialectique de la lettre et de l'esprit (V. A. Lepage, Les paradoxes du formalisme informatif, *Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 597) ? Une épreuve de ce dilemme est offerte par un cas d'école dont on ne saurait dire s'il a été tranché comme un cas d'espèce ou comme un cas de genre.

Lors d'un démarchage, avaient été remis au client deux documents légaux : un contrat de louage d'ouvrage et une offre préalable de crédit, le prêt étant affecté au paiement du prix du service. Tandis que les textes en vigueur prescrivent de mentionner, sur chacun de ces écrits, le taux nominal de l'intérêt et le taux effectif global du crédit (art. L. 121-23, 6°, c. consom., pour le marché ; *ibid.*, art. L. 311-10 et art. 1907 c. civ., pour le crédit), le contrat de service n'en portait pas trace. Fallait-il, pour autant, l'annuler comme le demandait le client ? Sur son pourvoi, la Cour de cassation confirme, par un rejet, les juges du fond de l'avoir débouté de cette prétention (**Civ. 1re, 3 mai 2007, n° 05-21.458**, D. 2007. AJ. 1499, obs. C. Rondey ; RTD com. 2007. 575, obs. D. Legeais ; LPA 2007, n° 227, note G. Paisant). Au motif que par la remise conjointe d'une offre de crédit bien complète desdites mentions, et non contestée, « *les renseignements exigés par l'article L. 121-23, 6°,... ont été portés à [sa] connaissance... en sorte qu'il a été satisfait aux prescriptions de ce texte* ». Solution de sagesse et de bon sens, dirait-on de cet arrêt qui « *représente un appréciable assouplissement du formalisme légal pour les professionnels en même temps qu'il entend faire échec à des demandes de consommateurs cherchant à échapper à leurs engagements au prétexte de simples irrégularités formelles dénuées de la moindre conséquence préjudiciable* » (G. Paisant, note préc.). Voire !

Ce petit accommodement avec le ciel consumériste laisse, en effet, perplexe. Par exemple : la chambre criminelle de la Cour y souscrirait-elle pour exonérer le loueur d'ouvrage des sévères sanctions qu'il encourt pour l'infraction, objective, du défaut des mentions susvisées ? On peut en douter. Autre exemple : si lesdites mentions avaient manqué, non point sur le contrat de service, mais sur l'offre préalable de crédit, en aurait-on fait grâce à son auteur ? A n'en pas douter cette fois, il n'eut pas échappé à la déchéance du droit aux intérêts (art. L. 311-33 c. consom.). Par ailleurs, et sauf disposition légale contraire, une exigence, même formelle, de validité d'un acte juridique, n'a pas vocation à être suppléée par le formalisme, même identique, d'un acte adjacent ; surtout quand la loi le requiert expressément, comme en l'espèce, « *à peine de nullité* ». Enfin, le formalisme informatif se distingue de la simple obligation d'information en ce qu'il ne suffit pas que « *les renseignements exigés...[aient] été portés à la connaissance* » de leur destinataire : ils doivent - comme mentions obligatoires d'ordre public - avoir été consignés sur l'*instrumentum* de l'acte qu'ils concernent ; de sorte que la seule constatation de leur absence, par le juge, suffit à justifier la nullité du contrat (Civ. 1re, 30 mars 1994, n° 92-18.179) sans qu'il puisse y obvier au nom d'une « *simple irrégularité formelle* ».

Tel est ce formalisme - de veine archaïque et d'ordre rituel - que l'esprit n'y peut déroger à la lettre. Sa raison d'être est dans sa brutalité même qui exclut tout louvoiement exonératoire de ses redevables. Vouloir y mettre de l'équité est un non-sens : le formalisme, en particulier consumériste, est amoral.

D. R. M.

### E - Garanties du crédit

#### 1 - Assurance de groupe

L'assurance de groupe, en matière de crédit, entretient depuis plusieurs années un courant de contentieux (sur lequel, V. Avena-Robardet, D. 2007. AJ. 863 ) où se révèlent une certaine incompréhension, par les adhérents, de la teneur exacte de leur couverture et, symétriquement, une certaine défaillance des établissements de crédit prêteurs à les éclairer. Certes, lesdits prêteurs avaient, jusqu'ici, beau jeu de s'en tenir aux termes de la loi qui ne leur impose, lorsque l'offre de crédit est assortie d'une proposition d'assurance, que de remettre à l'emprunteur une notice indiquant, en particulier, « *les risques couverts et ceux qui*

sont exclus » (art. L. 311-12 c. consom.), ou précisant, entre autres mentions, « *les risques garantis et les modalités de la mise en jeu de l'assurance* » (art. L. 312-9 c. consom.). C'est bien ainsi, du reste, que l'entendait la Cour de cassation, encore le 25 janvier 2007 : l'obligation d'information du prêteur, disait-elle, ne s'acquitte qu'en annexant au contrat une notice « *claire et précise* », ce que ne satisfait pas la remise à l'emprunteur d'un exemplaire des conditions générales de l'assurance, même assorti d'un document intitulé « *conditions particulières et demande d'adhésion* » (Civ. 2e, 25 janv. 2007, n° 05-19.700, D. 2007. AJ. 577, obs. C. Rondey, et 2008. Pan. 120, obs. H. Groutel ). Or, voici que, ajoutant à l'article L. 312-9 précité, et sous le visa permissif de l'article 1147 du code civil, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation énonce désormais : « *le banquier qui propose à son client, auquel il consent un prêt, d'adhérer au contrat d'assurance groupe qu'il a souscrit à l'effet de garantir, en cas de survenance de divers risques, l'exécution de tout ou partie de ses engagements, est tenu de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation* » (**Cass., ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267**, D. 2007. AJ. 863, obs. V. Avena-Robardet, Jur. 985, note S. Piedellèvre, et 2008. Pan. 120, obs. H. Groutel ; RD imm. 2007. 319, obs. L. Grynbaum ; RTD com. 2007. 433, obs. D. Legeais ; JCP E et A, n° 1375, note D. Legeais ; LPA 2007, n° 94, obs. P. Markhoff, et n° 105, note S. Gossou qui relève judicieusement que l'arrêt s'inspire des nouvelles règles applicables aux assurances de groupe).

Si, donc, la délivrance de la notice demeure obligatoire (même si le client a été très clairement informé : Civ. 1re, 2 oct. 2007, n° 04-20.437), elle ne vaut plus, à elle seule, *quitus* au prêteur. Son obligation de pure information se double d'une obligation d'une autre nature que la Cour se garde bien de qualifier. S'agit-il de conseil ? de mise en garde ? Sans doute un peu des deux : car éclairer sur la formule d'assurance la mieux adaptée à la situation personnelle de l'emprunteur, c'est, à la fois, expliquer en quoi elle est ajustée ou pas à son cas particulier, et le mettre en garde contre le risque d'une couverture insuffisante. De sorte que si le contrat type d'assurance groupe du prêteur n'offre pas de réponse adaptée à un besoin spécifique de l'emprunteur, ce prêteur devra diagnostiquer cette lacune, l'expliciter à l'emprunteur, et lui indiquer le moyen d'y remédier par une assurance complémentaire (pour une censure de l'arrêt estimant « *que n'a pas commis de faute l'établissement de crédit qui n'a pas conseillé à l'emprunteur la souscription d'une assurance complémentaire à l'assurance de groupe* » : Civ. 1re, 2 oct. 2007, n° 05-13.765).

Tout ceci, qui alourdit les choses, n'est maîtrisable qu'au prix (élevé) d'un nouveau formalisme : l'édition d'une véritable offre préalable d'assurance où seraient précochés, par le prêteur, les risques à couvrir en « *adéquation de la situation personnelle de l'emprunteur* » (qui sont, du reste, à peu près les mêmes pour tout le monde !). Dûment complétée du choix (manuscrit ?) et de la signature de ce dernier, un exemplaire de la formule reviendrait à l'emprunteur, un autre au prêteur pour lui permettre de justifier l'accomplissement de sa nouvelle obligation quasi légale, dont la preuve de l'exécution lui incombe. La protection contractuelle du consommateur ne va jamais sans une précaution probatoire du fournisseur.

D. R. M.

## 2 - Cautionnement

Enfin ! le caractère accessoire du cautionnement ne sera plus compris, désormais, comme il le fut, jusque-là, sous l'empire d'une conception dogmatique et absolutiste.

« *Appuyez-vous toujours sur les principes, ils finiront bien par céder* ». Cette boutade, attribuée à Chateaubriand, résume ironiquement la carrière de « l'accessoriété » du cautionnement. Par hypertrophie progressive, contaminatrice de la pensée commune, ledit caractère - à entendre, au plus, comme « secondaire » - tendait à désigner une quasi assimilation au principal ; de sorte que la caution, pourtant redevable d'une obligation spécifique, émargeait à presque toutes les exceptions et tous les moyens de défense ouverts au débiteur principal cautionné. On sait la cause de cette dérive : elle procède d'un certain consumérisme débridé pour lequel, par construction, le créancier est l'ennemi, et le débiteur, fut-il accessoire, la victime à défendre, y compris par distorsion des analyses et

gauchissement des concepts. Mais, à trop en faire, la raison, un moment tolérante aux évolutions acceptables, se cabre et se rebiffe. A tirer du caractère accessoire du cautionnement des conséquences excessives, en forme de bénéfices libératoires de la caution, ses trop dévoués zéloteurs auront atteint le seuil de rupture où le principe, étiré à l'excès, finit par céder.

C'est cet affaissement que, en une rebuffade prévisible (Civ. 3e, 18 oct. 2005, n° 04-16.832, RTD civ. 2006. 317, obs. J. Mestre et B. Fages ; AJDI 2006. 270, note V. Zalewski ; RLDC 2006, n° 2, p. 470, note Y.-M. Serinet), la Cour de cassation consacre, par un arrêt fort, et injustement critiqué (**Cass., ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602**, D. 2007. AJ. 1782, obs. V. Avena-Robardet, Jur. 2201, note D. Houtcieff, et 2008. Jur. 514, note L. Andreu ; RTD com. 2007. 585, obs. D. Legeais , et 835, obs. A. **Martin**-Serf ; JCP 2007. II. 10138, note P. Simler ; JCP E 2007. 1861, note S. Piedelièvre ; RLDC 2007, n° 41, p. 25, obs. L. Aynès ; JCP 2007. act. 274, obs. J. Casey ; LPA 6 août 2007, obs. D. Houtcieff ; RD banc. fin., juill.-août 2007, 145, obs. A. Cerles ; Banque et Droit, juill.-août 2007, p. 48, obs. F. Jacob ; Option finance, n° 938, p. 30, note S. Vialar). A une caution qui entendait obtenir la nullité, pour dol, de l'acte générateur de l'obligation garantie, la cour objecte qu'elle « *ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur principal* ». Emoussée par quelques décennies d'érosion complaisante à la caution, cette règle cardinale du cautionnement retrouve ainsi acuité, fraîcheur et avenir. D'autant que la cour en double le rappel d'une véritable et imparable explication de texte : les juges du fond sont confirmés d'avoir retenu « *exactement* » que la caution, « *qui n'avait pas été partie au contrat de vente du fonds de commerce, n'était pas recevable à invoquer la nullité relative tirée du dol affectant le consentement du débiteur principal et qui, destinée à protéger ce dernier, constituait une exception purement personnelle* ».

Le bon sens commande, en effet, que la caution ne puisse arguer de la nullité relative d'un acte vicié auquel elle est étrangère et dont le débiteur cautionné, seule partie victime de sa malice, n'entendrait pas lui-même, tout bien pesé, se prévaloir. Du reste, cette solution gît, depuis deux siècles déjà, dans l'article 2012 - devenu 2289 - du code civil : en énonçant qu'« *on peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé* », le texte ne laisse aucun doute sur l'irrecevabilité de la caution à invoquer une telle exception. C'est donc le double mérite de cette décision - un grand arrêt (L. Andreu, note préc.) - de raviver cette objection et de donner à comprendre qu'il n'est d'exception plus personnelle que celle tirée - comme « *par exemple, dans le cas de minorité* » (art. 2289, préc.) - d'une altération du consentement. Une telle remise en ordre salutaire, et qui fait déjà grand bruit, ne restera pas sans écho.

« *Le prêteur de deniers, bénéficiaire du privilège institué par l'article 2374 du code civil, qui se garantit par un cautionnement, s'oblige envers la caution à inscrire son privilège* » (**Civ. 1re, 3 avr. 2007, n° 06-12.531**, D. 2007. AJ. 1136, obs. V. Avena-Robardet, Jur. 1572, note D. Houtcieff, et Chron. C. cass. 2327, obs. C. Creton ; RTD civ. 2007. 595, obs. P. Crocq ; RTD com. 2007. 584, obs. D. Legeais ; JCP E et A 2007. 1700, note D. Legeais). Telle est la solution que pose la première chambre civile de la Cour de cassation, dans une espèce où il n'était établi ni que le créancier eut pris l'engagement d'inscrire son privilège, ni que la caution eut conditionné sa garantie, même implicitement, à cette publicité. Elle fait suite à une autre décision récente (Cass., ch. mixte, 17 nov. 2006, n° 04-19.123, D. 2006. AJ. 2907, obs. V. Avena-Robardet ; RTD civ. 2007. 157, obs. P. Crocq ; RTD com. 2007. 215, obs. D. Legeais ; JCP E 2006. 2775, note D. Houtcieff) qui tenait pour manquement, envers la caution, que le créancier garanti n'ait pas confirmé, par une publicité définitive, l'inscription provisoire d'un nantissement de fonds de commerce.

Ainsi se confirme la mutation de la liberté du créancier, d'exercer ses facultés ou bénéfices sécuritaires, en une obligation d'y pourvoir pour la défense, accessoire et subrogative, des intérêts de la caution adjointe au débiteur. Cette évolution, qui renforce l'autonomie du cautionnement par rapport à l'obligation principale, témoigne aussi du progrès du solidarisme contractuel : de cette idée selon laquelle l'antagonisme des intérêts doit être tempéré de

mutualité par une certaine considération des contractants pour la situation et les attentes de leur partenaire. En vérité, si nouvelle que paraisse aujourd'hui cette idée, elle n'en est pas moins, depuis deux siècles, au fondement de l'article 2037 du code civil (devenu l'art. 2314) et du bénéfice de subrogation de la caution. Mais sa réactivation, en l'occurrence, accuse la nature de déchéance de la décharge de la caution qui frappe, à due concurrence, le créancier inattentionné.

D. R. M.

### 3 - Gage-espèces

L'opinion générale, mais erronée, qu'un solde de compte bancaire constitue une créance monétaire est un actif ferment de désordre. En atteste l'espèce sommée par l'arrêt du 6 février 2007 où le pourvoi tentait d'accréditer l'idée que l'affectation en garantie d'une somme d'argent, logée à cet effet dans un compte interne de la banque bénéficiaire, valait nantissement de la créance de restitution du solde (**Com. 6 févr. 2007, n° 05-16.649**, RTD civ. 2007. 373, obs. P. Crocq). En foi de quoi était contestée la compensation de cette « créance », opérée par la banque, au motif que sa mise en garantie n'avait pas donné lieu aux formalités prévues par l'ancien article 2075 du code civil.

La cour d'appel de Paris avait su déjouer cet imbroglio en constatant que le compte d'accueil des fonds, « *purement interne* », était « *impersonnel* » et, qu'aux termes de l'acte, celle-ci pouvait disposer seule, à tout moment, des capitaux engagés, « *afin de régulariser le règlement* » de ses propres créances sur le constituant : « *d'où elle déduisait qu'avait été transférée à la banque la propriété des sommes nanties* ». Elle est donc confirmée, par la Cour de cassation, d'avoir « *ainsi fait ressortir que le nantissement portait sur un gage espèces (sic) et non sur une créance de restitution* ».

Le pire aura donc, cette fois, été évité. Mais le mal gagne puisque, selon le nouvel article 2360 du code civil, « *lorsque le nantissement porte sur un compte* », il faut y voir « *une créance nantie* ». Pour être ainsi devenue officielle, l'opinion commune ne perd rien de sa fausseté, et la profession bancaire n'a rien de bon à en attendre. Elle sera donc bien avisée, à l'avenir, de s'en tenir à une stricte pratique du gage-espèces conçu comme l'affectation en garantie d'une somme d'argent, fiduciaire ou scripturale, par dépossession du constituant, remise directe des fonds au créancier et dispense expresse, pour celui-ci, de les tenir séparés de ses propres avoirs (V. là-dessus : D. R. **Martin**, Du gage-espèces, D. 2007. Chron. 2556). Les vieilles recettes sont toujours neuves : elles défient le temps et les réformes.

D. R. M.

### F - Brèves de prétoire

1 - La prescription commerciale, y compris entre commerçants et non-commerçants, a lieu par dix ans (art. L. 110-4 c. com.). Aussi la loi impose-t-elle aux premiers, par cohérence, de conserver « *les documents comptables et les pièces justificatives... pendant dix ans* ». Est-ce à dire que le commerçant pourrait néanmoins se voir reprocher de n'avoir pas conservé telles archives au-delà de ce délai ? C'est ce que tentaient d'accréditer les héritiers d'un titulaire de compte-titres qui entendaient, en référé, faire enjoindre à la banque, teneur du compte, de produire des pièces relatives à des écritures antérieures de plus d'une décennie à l'assignation. Ils furent entendus en appel au double motif - à peine simplifié - que la loi n'oblige pas à détruire les archives après dix ans et qu'il est prudent de les conserver. Voilà comment, par une rhétorique spéieuse, une cour d'appel en arrive à ordonner la production indue de documents officiellement périmés. Une juste cassation (**Com. 24 avr. 2007, n° 05-21.477**, D. 2007. AJ. 1344, obs. E. Chevrier ; LPA 2007, n° 180, note J.-F. Barbiéri) censure cette dérive où le juge se pique de contourner la loi, claire et précise, qu'il doit servir.

2 - Une créance de loyers cédée par acte du 16 septembre 1999, lui-même signifié au locataire le 26 mai 2000, fit, dans l'intervalle, l'objet d'une saisie-attribution par un créancier du cédant, le 18 février 2000. Le service des loyers est alors dirigé vers ce dernier jusqu'à ce

que cédant et cessionnaire se liguent pour délivrer au preneur, le 15 mai 2002, un commandement de payer les échéances de mars 2000 à mars 2002. Surprise de ce dernier qui, troublé dans sa paix locative, conteste en justice leur prétention. De là cet arrêt de rejet de leur pourvoi (**Civ. 2e, 22 févr. 2007, n° 05-18.824**), selon lequel, de la chronologie des faits, la cour d'appel « *a exactement déduit que la demande en paiement des loyers... devait être rejetée* ». On ne peut être plus laconique ! Sans doute faut-il entendre que le tiers-saisi qui s'acquitte de bonne foi auprès du saisissant dont il ignore le défaut de qualité, s'en trouve néanmoins libéré. Mais, à tant économiser sa plume, la Cour de cassation manque à l'une de ses missions : de contribuer à l'accessibilité du droit par l'intelligibilité de ses décisions.

3 - Qui peut le plus, ne peut pas toujours le moins. La banque Chaix l'aura vérifié à ses dépens pour avoir, dans le redressement judiciaire ouvert contre un client, déclaré « *à titre privilégié* » sa créance garantie par une cession de créances professionnelles qu'elle désignait comme un « *nantissement de cession de créances professionnelles* ». C'était évidemment méconnaître que le « *droit exclusif* » conféré par la cession fiduciaire ne saurait se combiner à un privilège de moindre facture. On devine donc, à la lettre et au fond, une certaine fragilité juridique de la banque à soutenir, jusqu'en cassation, le caractère privilégié de sa créance. Mais il est vrai qu'au mi-temps de l'instance, la cour d'appel de Nîmes avait cru déceler un nantissement dans le bordereau en cause intitulé, pourtant, « *acte de cession de créances professionnelles* ». Or, cette bévue en annonçait une autre : celle d'avoir tenu le bordereau pour régulier, assorti du listage des créances cédées, alors que n'y figuraient ni le nombre ni le montant global des cessions. Une double cassation (**Com. 20 févr. 2007, n° 05-20.562**, D. 2007. AJ. 793, obs. X. Delpech ; RTD com. 2007. 422, obs. D. Legeais , et 423 ) sanctionne ces méprises judiciaires où sombre parfois l'art de juger.

4 - Un titre cambiaire peut-il en cacher un autre ? la Cour de cassation le donne à penser en disposant qu'un titre nul comme lettre de change, pour défaut de signature « *de celui qui l'émet* » (art. L. 511-1, § I, 8°, c. com.), « *peut valoir comme billet à ordre s'il est revêtu de toutes les mentions exigées par l'article L. 512-1 du code de commerce* » (**Com. 23 janv. 2007, n° 05-14.036**, D. 2007. Jur. 2509, note A. Boujeka ; RTD com. 2007. 421, obs. D. Legeais ). Cette décision somme une curieuse espèce où trois lettres de change créées et acceptées par le tiré, puis remises par lui au tireur désigné comme tel sur les formules, avaient été endossées par celui-ci au bénéfice d'un de ses créanciers. Las ! si l'endossement était bien signé, son auteur avait omis de parapher le titre, au recto, en qualité de tireur. Fâcheux oubli car, en pareil cas, le titre « *ne vaut pas comme lettre de change* » (art. L. 511-1, § II, c. com.). D'où la solution supplétive posée par la cour. Laquelle laisse *a priori* perplexe, car la désignation du « *tireur* » d'une traite ne saurait valoir, formellement, celle d'un bénéficiaire de billet à ordre. En vérité, il n'est requis sur ce point, pour ledit billet, que « *le nom de celui auquel ou à l'ordre duquel le paiement doit être fait* » (art. L. 512-1, préc., 5°) : or, tel est exactement le rôle que tient le tireur de la traite. Dès lors que celui-ci était, en l'occurrence, désigné sur les titres litigieux, il faisait aussi bien office de bénéficiaire en cas de requalification des effets. De sorte que le créateur de ces derniers, tiré-accepteur des traites annulées, mais souscripteur subsidiaire des billets dérivés, est justement « *tenu de les régler* » : pris dans les rets cambiaires, son mauvais rôle ne lui laissait pas d'issue.

C'est à une même infortune que se condamnait ce vrai tireur de traites impayées qui, poursuivi en garantie, reprochait au porteur de n'avoir pas exercé le titre exécutoire obtenu contre le tiré : il méconnaissait, par là, que l'« *obligation indépendante* » née de sa signature cambiaire n'en faisait pas un débiteur accessoire (**Com. 20 févr. 2007, n° 05-21.264**, D. 2007. Jur. 2646, note H. Matsopoulou ; RTD com. 2007. 422, obs. D. Legeais ).

5 - La créance du délégant sur le délégué est un point de fixation du contentieux de la délégation. De ce qu'elle ne sort pas du patrimoine du délégant, du fait de la délégation, une cour d'appel en tirait la conséquence que l'ouverture d'une procédure collective envers ce dernier « *fait obstacle au paiement de la créance au délégataire par le délégué* ». Ce qui revenait à méconnaître l'engagement personnel souscrit par le délégué à l'égard du délégataire. Aussi, l'arrêt entrepris est-il justement cassé (**Com. 24 avr. 2007, n° 06-10.944**). Au motif que ladite procédure « *ne peut avoir pour effet de priver le délégataire de son droit exclusif... à un paiement immédiat par le délégué, sans concours avec les autres*

*créanciers du délégant* ». En acceptant une délégation de débiteur, même imparfaite, le délégataire se fait consentir un titre nouveau qui, immunisé contre les déboires du délégant, le place hors concours de ses créanciers.

D. R. M.

**Mots clés :**

BANQUE \* Panorama 2008

Recueil Dalloz © Editions Dalloz 2009