

Droit bancaire



Par **Jean-Pierre Mattout**, Avocat associé, Kramer Levin, Professeur-associé à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), et **André Prüm**, Professeur agrégé, Doyen de la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg

Janvier-juin 2011 : Absence de surprises en France et réflexions internationales

La période couverte par la présente chronique témoigne pour l'essentiel d'une jurisprudence stable donnant l'occasion à la Cour de cassation de réaffirmer sa position, parfois en introduisant de nouvelles nuances, sur des questions aussi classiques que la validité restreinte des dates de valeur, les déclarations de créances faites pour le compte d'un pool bancaire, la loi applicable au cautionnement ou l'effet extinctif de l'absorption par voie de fusion du bénéficiaire d'un cautionnement, le formalisme des garanties et contre-garanties autonomes, etc.

Pour le surplus, l'activité législative et réglementaire connaît aussi une accalmie ponctuée par des retouches légères dans les domaines du crédit à la consommation, de l'usure ou de la supervision des organes de notation. Les réflexions internationales sur la crise financière se poursuivent activement dans une atmosphère encore lourde.

Sommaire

I - LÉGISLATION - RÈGLES PROFESSIONNELLES 83

Note Min. Économie, 9 févr. 2011 (prévention, traitement et résolution des crises bancaires)
Rapp. Autorité de contrôle prudentiel 2010
Règl. n° 513/2011/UE, 11 mai 2011 (agences de notation de crédit)
Transposition de la directive n° 2009/44/CE du 6 mai 2009 et de la directive n° 2009/47/CE du 5 mai 2009 (caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres et concernant les contrats de garantie financière)

II - COMPTES ET INSTRUMENTS DE PAIEMENT 84

A - Comptes
Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 2011, n° 09-70.651 (compte courant et crédit à la consommation)
Cass. com., 31 mai 2011, n° 10-18.599 (jours de valeur)

B - Instruments de paiement

Cass. com., 18 janv. 2011, n° 10-10.259 (chèque sans provision et avertissement avant rejet)

III - CRÉDITS 86

A - Généralités

D. n° 2011-136, 1^{er} févr. 2011 (information précontractuelle et crédit à la consommation)
D. n° 2011-136, 1^{er} févr. 2011 (TEG, TAEG et réforme du régime de l'usure)

B - Garantie des crédits

Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-11.835 (cautionnement et fusion de la société créancière)
Cass. ass. plén., 4 févr. 2011, n° 09-14.619 (pool bancaire et déclaration de créances)
Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-10.699 (mentions de l'article L. 341-3 du Code de la consommation ; sanction applicable)
Cass. com., 17 mai 2011, n° 09-16.186 (portée d'une lettre d'intention)

C - Rémunération du prêteur

Cass. com., 17 mai 2011, n° 10-17.397 (erreur affectant la stipulation du TEG)

IV - RESPONSABILITÉ 88

Cass. 2^e civ., 10 févr. 2011, n° 10-30.008 (sanction de la réponse tardive à une saisie)

V - OPÉRATIONS INTERNATIONALES 88

Cass. com., 8 mars 2011, n° 09-11.751 (loi applicable au cautionnement)
Cass. 1^{re} civ., 26 janv. 2011, n° 09-10.198 (critères de l'arbitrage international)
Cass. 2^e civ., 31 mars 2011, n° 10-12.269 (conversion d'une saisie conservatoire en attribution effectuée en devises)
Cass. com., 22 mars 2011, n° 09-71.690 (garantie et contre-garantie à première demande ; appel abusif)

I – LÉGISLATION – RÈGLES PROFESSIONNELLES

Prévention, traitement et résolution des crises bancaires (Note Min. Économie, 9 févr. 2011, JCP E 2011, n^{os} 27-28, 2011, Dossier, 27, par J.-F. Lepetit et T. Dissaux). – Alors que la crise financière atteint désormais de plein fouet les dettes souveraines de nombreux pays, les craintes se portent par voie de conséquence sur les principaux porteurs d'obligations d'État que sont les établissements bancaires et, au-delà d'eux, leurs clients déposants. Christine Lagarde, encore ministre française de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, avant même de rejoindre la direction générale du Fonds monétaire international, a lancé une réflexion qu'elle pourra sans doute poursuivre dans ses nouvelles fonctions. Le but poursuivi est l'évitement d'une nouvelle crise, et, à défaut, d'en faciliter sa gestion, en limitant les risques tant pour les épargnants que pour les finances publiques.

Rompant avec la *doxa* ambiante, la note, qui est accompagnée de huit fiches explicatives, écarte l'idée de la « surcharge systémique », c'est-à-dire de la définition de banques considérées comme pouvant, par leur défaillance, emporter tout le système et devant dès lors être plus capitalisées que les autres. La raison avancée est qu'une telle mesure, outre qu'elle introduit une distorsion de concurrence, est contraire à la réalité, faite plus de situations que d'établissements systémiques.

En revanche, la « *loss absorbency* », c'est-à-dire la conversion forcée de créances en capital, est retenue, à condition toutefois de la limiter à la dette junior afin de ne pas faire de toute dette bancaire une dette subordonnée ou subordonnable potentielle, ce qui aurait pour effet d'assécher le refinancement bancaire à moyen et long terme.

Le « *capital contingent* », c'est-à-dire le capital dont la réduction ou la conversion est prévue à l'avance, ou bien laissée à la main du régulateur (« *bail in* contractuel ») ou encore prévue par la loi (« *bail in* statutaire »), est retenu au plan des principes en soulignant toutefois qu'il doit s'agir d'une simple faculté à la disposition des banques du fait de l'extrême complexité tant de mise en œuvre, que pour sa notation et en fin de compte de son caractère probablement limité en volume pour assurer une véritable protection. Le « *bail in* statutaire » est toutefois considéré comme pouvant servir d'instrument utile, pour autant que la mesure soit prise de façon uniforme au plan international et qu'une adaptation soit prévue pour les banques mutualistes pour lesquelles la conversion de cet instrument pourrait aboutir à faire disparaître purement et simplement leur caractère mutualiste.

Sont ensuite envisagés les fonds de résolution (« *good bank* », « *bad bank* », « *bridge bank* ») et la refonte des mécanismes de garantie des dépôts, en prévoyant une possibilité plus large pour eux d'intervenir en amont des difficultés.

Sont enfin examinés les « *living wills* », c'est-à-dire les dispositions de type testamentaire organisant *ex ante*, par la banque elle-même, son démembrement pour sauver ce qui pourra l'être en cas de crise. L'idée est jugée contraire aux intérêts du système bancaire français dans la mesure où ceux qui en soutiennent la promotion poursuivent le but d'en faire un levier pour obtenir une transformation des groupes transfrontières en pièces détachables. La note souligne, à juste titre, l'effet dévastateur qu'un tel document pourrait produire sur le marché si sa divulgation intervenait.

La note s'achève par une mise en garde sur l'effet cumulé sur les systèmes bancaires de toutes ces mesures, outre celles déjà prévues (« Bâle III », taxation supplémentaire, etc.) et sur le risque de faire la fortune du *shadow banking* dont l'attrait serait renforcé.

Un document très enrichissant et apte à nourrir la réflexion de tous.

Rapport annuel d'activité 2010 de l'Autorité de contrôle prudentiel. – La jeune autorité, créée en mars 2010, a publié son premier rapport, couvrant à la fois les champs bancaire et assurantiel. Concernant les banques, elle souligne l'amélioration des résultats financiers par rapport à l'année précédente du fait tant d'une diminution du coût du risque que du dynamisme de l'activité de banque de détail. Elle considère que la solvabilité du système bancaire est solide, ce que devraient confirmer les *stress tests* en cours. En effet, le « *Tier One* », c'est-à-dire le noyau dur des fonds propres, des cinq principaux établissements français s'établit à 10,6 %, bien au-delà des normes réglementaires.

Elle rappelle la mise en place progressive des nouvelles normes issues de « Bâle III » et la réforme intervenue de la supervision prudentielle française et européenne.

Le règlement n° 513/2011/UE du 11 mai 2011 modifiant le règlement n° 1060/2009/CE du 16 septembre 2009 sur les agences de notation de crédit. – L'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF) devient l'Autorité de régulation des agences de notation et a la charge, d'une part, de leur enregistrement (1) et, d'autre part, de leur surveillance. Le règlement n° 1095/2010/UE du 24 novembre 2010 et le règlement n° 1060/2009/CE du 16 septembre 2009 avaient confié l'enregistrement et la surveillance des agences de notation aux autorités compétentes de l'État membre d'origine – l'ex-Comité européen des régulateurs des marchés des

note

(1) Nous avons exprimé en son temps la pertinence de la solution consistant à confier l'enregistrement des agences de notation à une agence européenne unique, malgré l'intervention du Comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières (CERVM), aux fins d'éviter un foisonnement national de critères de décision d'enregistrement (v. notre *Repère in RD bancaire et fin.* 2009).

Chroniques

valeurs mobilières étant chargé de les coordonner. Ils viennent d'être modifiés par le règlement n° 513/2011/UE du Parlement et du Conseil du 11 mai 2011 (JOUE 31 mai 2011, n° L 145, p. 30), entré en vigueur le 1^{er} juin 2011, qui attribue à l'AEMF une compétence générale relative à l'enregistrement et à la surveillance des agences de notation (v. *Rev. sociétés* 2011, p. 392, *JGP E* 2011, act., 358). Est entérinée l'attribution de compétence pour négocier les accords de coopération avec les autorités chargées de la surveillance des agences de notation établies dans les États tiers et pour délivrer à ces dernières des certifications ou des exemptions.

Aux fins d'exercer efficacement sa mission, l'AEMF dispose des pouvoirs les plus étendus. D'une part, un pouvoir d'investigation lui donne la possibilité de demander des renseignements aux agences, de diligenter des enquêtes à leur rencontre ou encore d'effectuer des inspections sur place. D'autre part, un large pouvoir de sanction allant de l'interdiction d'émettre des notations en passant par l'imposition d'astreintes ou d'amendes, jusqu'au pouvoir de prononcer le retrait de l'enregistrement délivré, permet l'adaptation proportionnelle à la gravité du manquement en cause.

Par ailleurs, si les autorités nationales compétentes peuvent se voir déléguer certaines tâches par l'AEMF (Règl. n° 1060/2009/CE, 26 sept. 2009, art. 30, tel que modifié), celles-ci ont avant tout l'obligation de collaborer avec cette dernière ainsi que de lui demander, en cas de constat d'infraction, de décider des suspensions de l'utilisation des notations à des fins réglementaires (Règl. n° 1060/2009/CE, 26 sept. 2009, art. 31, tel que modifié).

Enfin, dans le but de prévenir les conflits d'intérêts inhérents au modèle de l'« émetteur-payeur » et de renforcer la qualité des notations, le règlement n° 513/2011/UE tend à encourager la pratique des notations non sollicitées, en exigeant notamment que les agences de notation publient, dans leur rapport annuel de transparence, leurs politiques ou procédures de notation (v. Règl. n° 1060/2009/CE, 26 sept. 2009, art. 10 et 11, tel que modifié). En ce sens, dans sa résolution du 8 juin 2011 transmise au Conseil et à la Commission ainsi qu'aux gouvernements et parlements des États membres, le Parlement européen a exprimé la volonté de voir, entre autres, stimulées les conditions de concurrence équitables entre les agences et engagée la responsabilité de celles-ci quant à l'application uniforme des méthodes qui sous-tendent leurs notations de crédit (v. *Résolution PE* 8 juin 2011, *Sur les agences de notation de crédit : perspectives d'avenir*, 2010/2302 (INI)).

En définitive, malgré cette tendance à renforcer l'encadrement des agences de notation, le problème essentiel du caractère oligopolistique du secteur de la notation reste entier et gagne même en importance avec le rôle politique que les trois grandes agences jouent, peut-être malgré elles, en évaluant la capacité des États à honorer

leurs dettes. Le chantier de leur statut et de leur responsabilité est loin d'être achevé.

La transposition de la directive n° 2009/44/CE du 6 mai 2009 et de la directive n° 2002/47/CE du 6 juin 2002 sur le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres et concernant les contrats de garantie financière. – Ces directives, connues respectivement sous l'appellation de directive « finalités » et directive « collatéral », ont été introduites en droit français afin de favoriser la modernisation des règles déjà applicables. Concernant la directive « collatéral », celle-ci vise à favoriser l'utilisation de créances privées en garantie (notamment auprès de la Banque centrale européenne), en laissant aux États membres la possibilité d'exclure les créances sur les consommateurs. La France, qui utilise ce type de créances pour garantir notamment les concours consentis par la Société de financement de l'économie française (SFEF) aux banques françaises, n'utilisera pas cette exclusion. L'article L. 211-38 du Code monétaire et financier autorisant déjà l'utilisation des créances privées, il n'y avait pas lieu dès lors à modifier le droit français.

Concernant la directive « finalité », en revanche, la transposition entraîne principalement la modification des articles L. 330-1, L. 330-2, L. 440-7 et L. 440-8 du Code monétaire et financier pour permettre, sans dommage, l'interopérabilité entre plusieurs systèmes de paiement ou de règlement-livraison et améliorer la protection des acteurs en cas de faillite.

Ces dispositions jouent un rôle essentiel pour la sécurisation des systèmes de paiement et de règlement-livraison et concourent fortement à limiter le risque systémique.

II – COMPTES ET INSTRUMENTS DE PAIEMENT

A – Comptes

Compte courant et crédit à la consommation (Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 2011, n° 09-70.651). – Le champ d'application des dispositions protectrices des consommateurs en matière de crédit à la consommation n'est pas infini. Certes, la vocation professionnelle d'un crédit, qui le fait échapper à ces règles, doit résulter, en principe, d'une stipulation expresse. Il n'en demeure pas moins qu'un crédit qui ne comporte pas cette précision ne relève pas des crédits à la consommation lorsqu'il s'appuie sur une convention de compte courant qui présente tous les caractères d'une relation entre professionnels. C'est ce que décide, de manière pragmatique, la Cour de cassation à propos d'une autorisation de découvert accordée à une personne qui s'est présentée comme une commerçante exerçant une activité non sédentaire de brocante et qui s'est faite ouvrir, à ce titre, un compte courant.

L'exclusion des dispositions régissant les crédits à la consommation ne signifie cependant pas que le banquier peut considérer son client comme un professionnel averti. Confirmant la position de sa Chambre mixte (Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104), la première chambre civile de la Cour de cassation estime que le banquier demeure tenu d'un devoir de mise en garde vis-à-vis de tout client auquel il accorde un crédit s'il ne démontre pas que celui-ci n'a en réalité pas besoin d'être prévenu des risques qu'il prend, ayant lui-même toutes les compétences pour apprécier les conséquences de son engagement financier. Vis-à-vis des emprunteurs non avertis, la banque doit, en revanche, justifier « avoir satisfait à son devoir de mise en garde au regard de ses capacités financières et des risques de l'endettement nés du découvert litigieux ».

L'inapplicabilité du dispositif relatif aux crédits à la consommation se trouve ainsi nuancée par un devoir général profitant à l'ensemble des emprunteurs non avertis, qu'ils agissent à des fins purement privées ou professionnelles.

Jours de valeur (Cass. com., 31 mai 2011, n° 10-18.599). – La jurisprudence française estime sans cause et contraire aux dispositions de l'article 1131 du Code civil l'application de jours de valeur aux opérations autres que les remises de chèques à l'encaissement, dans la mesure où « elles n'impliquaient pas que, même pour le calcul des intérêts, les dates de crédit ou de débit soient différées ou avancées » (Cass. com., 6 avr. 1993, Bull. civ. IV, n° 138, p. 94, D. 1993, p. 310, note C. Gavalda, JCP 1993, II, 22062, obs. J. Stoufflet ; Cass. com., 10 janv. 1995, D. 1995, 229 ; C. Mouly, Bilan provisoire d'une critique des dates de valeur, LPA 10 sept. 1993, 9, et 15 sept. 1993, 5 ; C. Mouly, Dates de valeur : blocage actuel et possibilités de déblocage, RD bancaire et bourse 1994, p. 227 ; J. Le Calvez, Les dates de valeur et l'usure : touche pas à mon taux, D. 2002, p. 1891).

Cette forme discrète de rémunération du banquier a ainsi disparu pour la plupart des opérations courantes. De plus, les consommateurs et les non-professionnels peuvent invoquer l'article L. 132-1 du Code de la consommation pour contester certaines dates de valeur, sur la base des clauses abusives (TGI Paris, 18 mai 2004 [2 décisions], BRDA 2004, n° 11).

La présente décision, qui reprend à l'identique l'attendu de principe cité ci-dessus, apporte une précision en cassant la décision d'appel qui avait admis que le client avait accepté les dates de valeur tant dans les conditions générales de banque qu'en ne réagissant pas à la réception des relevés de compte qui en faisaient expressément mention. Pour la Cour de cassation, cette forme d'acceptation ne peut faire disparaître l'absence de cause qu'elle constate pour toutes les dates de valeur appliquées aux opérations autres que les remises de chèques à l'encaissement.

La jurisprudence continue d'estimer que la mise en place, depuis 2002, d'un système interbancaire d'échange d'image chèque n'a pas modifié le fait qu'un délai subsiste entre la remise du chèque à l'encaissement et son encaissement effectif par la banque, justifiant ainsi le maintien de dates de valeur dans ce cas (TGI Paris, 18 mai 2004 [2 décisions], précité).

Désormais, l'article L. 131-1-1 du Code monétaire et financier, introduit par la loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 (art. 17), elle-même modifiée par la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010, fixe la date de valeur d'une opération de paiement par chèque libellé en euros, en indiquant que : « La date de valeur d'une opération de paiement par chèque libellée en euros ne peut différer de plus d'un jour ouvré de la date retenue pour sa comptabilisation sur un compte de dépôts ou sur un compte de paiement ».

La nouvelle règle s'inscrit dans la suite logique de la transposition dans l'article L. 133-14, I, du Code monétaire et financier de la directive sur les services de paiement et qui prohibe les dates de valeur aux opérations de paiement effectuées par d'autres moyens que le chèque et dont les dispositions sont d'ordre public.

B – Instruments de paiement

Chèque sans provision et avertissement avant rejet (Cass. com., 18 janv. 2011, n° 10-10.259). – Outre l'obligation d'avoir une attitude cohérente, le banquier est tenu vis-à-vis de ses clients d'une obligation d'avertissement précis en cas de rejet de chèques pour absence de provision, un tel avertissement devant être réitéré pour chacun des chèques rejetés. Telle est la substance de l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation ici rapporté.

Une cliente avait ouvert auprès d'une banque un compte assorti d'une autorisation de découvert. Le montant de ce découvert avait été par la suite augmenté par une convention signée par une autre personne, nouveau cotitulaire du compte. Plusieurs mois plus tard, la banque avait décidé de clôturer ledit compte, puis d'assigner ses deux cotitulaires en paiement solidaire du solde débiteur. Ces derniers s'y opposèrent et formèrent une demande reconventionnelle en dommages et intérêts à raison de manquements commis par la banque dans la procédure de rejet de plusieurs chèques qu'ils avaient émis. La cour d'appel rejeta leur demande et les condamna à payer à la banque une somme correspondant au montant du solde débiteur du compte, avec des intérêts au taux légal. L'arrêt est cependant cassé par la Cour de cassation qui rappelle, d'une part, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui et réaffirme, d'autre part, au visa de l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier, l'obligation pour la banque qui rejette plusieurs chèques de délivrer préalablement à son client un avertissement précis visant chacun des chèques en cause.

L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui participe du principe de confiance légitime. Si un tel principe ne connaît qu'une consécration timide en droit français, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui reçoit quant à elle de nombreuses applications jurisprudentielles dont une remarquable à l'égard du banquier (v. Cass. com., 8 mars 2005, n° 02-15.783, Bull. civ. IV, n° 44). Son application à l'espèce permet d'éviter l'incohérence qui aurait consisté

Chroniques

pour le banquier, dispensateur de crédit, à accorder et à augmenter un crédit puis à en refuser en même temps la consommation par le rejet des instruments émis à cet effet. En effet, si, comme le prétendait la banque, la convention augmentant le montant du découvert engageait les deux cotitulaires du compte et non pas uniquement son signataire, elle ne pouvait sans se contredire rejeter un certain nombre de chèques émis par un des cotitulaires du compte alors même que le montant du découvert tel qu'augmenté n'était pas dépassé. C'est ce qu'a censuré, à juste titre, la Cour de cassation.

Par ailleurs, le présent arrêt vient confirmer la volonté de la Cour de cassation de contrôler l'application stricte de l'obligation pour le banquier – dès lors qu'il décide de refuser le paiement du chèque pour absence de provision – d'informer par tout moyen approprié le titulaire du compte des conséquences du défaut de provision. Une telle information doit être préalable au rejet du chèque et doit être précise, c'est-à-dire viser chaque chèque susceptible d'être rejeté, ce qui exclut, d'une part, toute information générale délivrée indépendamment de tout incident et, d'autre part, la prise en compte du degré de connaissance des intéressés en la matière.

III – CRÉDITS

A – Généralités

Information précontractuelle et crédit à la consommation (D. n° 2011-136, 1^{er} févr. 2011, JO 3 févr., p. 2158). – La prévention dans le domaine du crédit comme dans d'autres domaines est privilégiée par rapport au traitement *a posteriori* des difficultés (X. Leducq, *Le client profane, le client averti, le client responsable et la loi Lagarde*, Gaz. Pal. 29-30 avr. 2011, p. 7). Les devoirs d'information et de mise en garde dégagés par la jurisprudence sont ici repris par l'autorité réglementaire dans le cadre de la mise en œuvre de la réforme du crédit à la consommation. Le remplacement de l'offre préalable par la fiche d'information précontractuelle (FIP) remplit ce rôle en contenant nombre d'informations utiles tant à la compréhension des propositions qu'à leur comparaison avec des propositions concurrentes (C. consom., art. R. 311-3 et s.). En cas de crédit à distance, les informations sont encore plus complètes. Le non-respect des mentions de la FIP est sanctionné par la déchéance totale du droit aux intérêts (C. consom., art. L. 311-48) et une éventuelle sanction pénale (C. consom., art. L. 311-49). Le décret précise également le contenu du contrat de crédit lui-même (C. consom., art. R. 311-5 et s.), même si le recours à des modèles types n'est plus de mise (RD bancaire et fin. 2011, p. 49 ; A. Astaix, D. 2011, p. 367).

TEG, TAEG et réforme du régime de l'usure (D. n° 2011-135, 1^{er} févr. 2011, JO 3 févr., p. 2156, et Arr. 22 mars 2011 [2 arrêtés]). – Ce décret procède à une réforme de l'usure applicable aux crédits à la consommation. Le taux effectif

global (TEG) devient le taux annuel effectif global (TAEG) et n'inclut pas les frais de notaire. Il faut toutefois rappeler que ce professionnel intervient très rarement dans ce type de crédit. Les arrêtés décrivent les modalités de calcul du taux de l'usure par la Banque de France depuis le 1^{er} avril 2011 et pour une période transitoire de huit trimestres puisqu'en 2013, après laquelle le calcul de taux de l'usure s'effectuera en fonction du montant prêté et non de la nature du crédit consenti. Cela devrait en principe, surtout pour le crédit renouvelable tant décrié, faire baisser sensiblement le taux de l'usure applicable (X. Lagarde, *Taux d'usure et crédit revolving : de quelques difficultés pratiques*, RD bancaire et fin. 2011, comm. 46).

B – Garantie des crédits

Cautionnement et fusion de la société créancière (Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-11.835). – L'engagement de caution antérieur à la fusion ne peut s'étendre aux dettes nées postérieurement à cette opération. C'est cette solution quelque peu classique que confirme un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 8 mars 2011 (n° 10-11.835).

L'arrêt, non publié, ne présente pas moins l'intérêt de réaffirmer la position de la Chambre commerciale de la Cour de cassation quant aux effets de la fusion sur le cautionnement, à savoir que la fusion de la société créancière avec une autre emporte l'extinction du cautionnement (Cass. com., 30 juin 2009, RD bancaire et fin. 2009, comm. 188, obs. D. Legeais, Dalloz Actualités 15 sept. 2009, obs. A. Lienhard). Il en résulte que la caution continue de garantir les seules dettes nées antérieurement et exigibles postérieurement à l'opération, sauf s'il y a une « manifestation expresse de la volonté de la caution de s'engager envers la société absorbante ».

Réaffirmation de la primauté du droit du cautionnement et, partant, du caractère *intuitu personae* du cautionnement sur le principe de la transmission universelle du patrimoine, une telle solution ne semble pas toujours aller de soi, notamment dans des circonstances comme celles de l'espèce où l'incidence de l'opération de fusion peut paraître négligeable sur l'engagement de la caution.

Pool bancaire et déclaration de créances (Cass. ass. plén., 4 févr. 2011, n° 09-14.619). – Dix ans presque jour pour jour après l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 26 janvier 2001, le contentieux en matière de déclaration de créances par le mandataire d'un pool bancaire connaît un nouvel épilogue avec un arrêt du 4 février 2011 de la même chambre (Cass. ass. plén., 26 janv. 2011, n° 99-15.153, Bull. civ. IV, n° 1, D. 2001, p. 631, JCP E 2001, p. 671, note M. Behar-Touchais, RTD civ. 2002, p. 805, obs. J. Mestre, RTD com. 2001, p. 507, obs. A. Martin-Serf, et p. 746, obs. M. Cabrillac).

Un pool bancaire n'ayant normalement pas la personnalité morale, le chef de file est considéré comme un tiers mandataire. Aussi, sauf s'il est avocat, il doit disposer d'un

pouvoir spécial pour déclarer aux noms des différents membres leurs créances vis-à-vis du représentant des créanciers de l'emprunteur soumis à une procédure collective.

L'Assemblée plénière ne revient pas sur la qualification de la déclaration de créances et réaffirme, contrairement à une opinion doctrinale (v. P.-M. Le Corre, *Déclaration, vérification, admission des créances et procédure civile*, LPA, 28 nov. 2008, p. 72 ; J.-L. Vaillens, *La déclaration de créance n'est pas une demande en justice*, RTD com. 2009, p. 214), qu'elle équivaut à une demande en justice, ce dont elle déduit comme auparavant « que la personne qui déclare la créance d'un tiers doit, si elle n'est pas avocat, être munie d'un pouvoir spécial, donné par écrit, avant l'expiration du délai de déclaration des créances ».

L'apport de l'arrêt se situe ailleurs, lorsque l'Assemblée plénière ajoute qu'« en cas de contestation, il (le pouvoir spécial) peut en être justifié jusqu'au jour où le juge statue ». Si le pouvoir doit donc exister au moment où il est procédé à la déclaration, sa preuve peut cependant être rapportée jusqu'au jour où il est statué sur l'admission de la créance, ce qui rejoint la solution établie pour la délégation lorsque la déclaration de créance est effectuée par un préposé. Alors que l'habilitation générale autorisant le préposé à déclarer les créances pouvait être prouvée jusqu'à ce que le juge statue, le pouvoir spécial du tiers mandataire devait, quant à lui, l'être à l'intérieur du délai de déclaration de créance (v. P.-M. Le Corre, note sous le présent arrêt, in Bull. Joly Entreprises en difficulté, 1^{er} mai 2011, n° 2, p. 130). L'assouplissement est utile et pleinement justifié, ne serait-ce qu'au regard de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

L'argument selon lequel il ouvrirait la porte à des pouvoirs « antidatés » a été, à juste titre, ignoré.

Les mentions de l'article L. 341-3 du Code de la consommation. Sanctions applicables (Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-10.699). – Une caution s'était engagée auprès d'un établissement de crédit pour garantir solidairement le concours financier accordé à une société. Suite au redressement judiciaire de cette dernière, la banque assigna la caution en paiement de la dette. La caution lui opposa la nullité de son engagement au motif que le formalisme imposé par l'article L. 341-3 du Code de la consommation n'avait pas été respecté.

La Cour de cassation était ainsi amenée à se prononcer, de manière inédite, sur la portée des mentions manuscrites exigées à peine de nullité par l'article L. 341-3 du Code de la consommation (⇒ 001) lorsqu'une personne physique souscrit un cautionnement au profit d'un créancier professionnel. La réponse pouvait sembler acquise au vu des termes mêmes de cet article, lequel pose le principe de la nullité de l'engagement. Pour la Cour, toutefois, « ayant constaté que l'engagement de caution avait été souscrit dans le respect des dispositions de l'article L. 341-2 du Code de la consommation (⇒ 002), la cour d'appel a retenu que la sanction de l'inobservation de la mention

imposée par l'article L. 341-3 du même code ne pouvait conduire qu'à l'impossibilité pour la banque de se prévaloir de la solidarité, et en a exactement déduit que l'engagement souscrit par la caution demeurerait valable en tant que cautionnement simple ».

Cette décision de la Chambre de commerciale, empreinte d'un indéniable pragmatisme, vise à préserver la validité du cautionnement et consacrant la position défendue par une partie de la doctrine (v. M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 9^e éd., 2010, n° 387). On y a vu un cas de conversion par réduction qui, en amoindrissant la garantie solidaire en cautionnement simple, sanctionne le créancier sans sacrifier complètement sa protection (v. note D. Houtcieff sous le présent arrêt, in Bull. Joly Sociétés 2011, n° 6, p. 470).

La décision mérite d'être approuvée dans la mesure où le formalisme imposé par le Code de la consommation ne doit pas servir la mauvaise foi des cautions essayant de se délier à bon compte de leurs engagements.

La portée d'une lettre d'intention (Cass. com., 17 mai 2011, n° 09-16.186). – Une maison mère s'était engagée, irrévocablement et inconditionnellement, auprès d'une banque ayant consenti crédit à l'une de ses filiales « à faire en sorte que la situation financière et la gestion de sa filiale soient telles que celle-ci puisse à tout moment remplir ses engagements présents et futurs envers la banque ». La formulation était forte et la procédure collective de la filiale allemande allait conduire la banque à rechercher le paiement auprès de la maison mère française. Celle-ci, qui avait durement négocié à la baisse la formulation de ladite lettre d'intention, faisait principalement valoir qu'elle n'avait pas pris d'engagement de payer directement la banque, contrairement à ce qu'avait souhaité initialement la banque et que son engagement n'emportait pas d'obli-

Extraits

⇒ 001 C. consom., art. L-341-3

« Lorsque le créancier professionnel demande un cautionnement solidaire, la personne physique qui se porte caution doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante : "En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2021 du Code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X..." »

⇒ 002 C. consom., art. L-341-2

« Toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci : "En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même" »

Chroniques

gation de résultat, s'étant déjà efforcée, sans succès, d'apporter de nombreux soutiens à sa filiale.

La Cour de cassation rejette l'argument et retient que l'obligation de faire ainsi souscrite s'analyse en une obligation de résultat. Elle estime qu'il résultait des termes de la lettre d'intention que la maison mère s'était engagée non seulement à faire en sorte que la situation financière de sa filiale lui permette à tout moment de remplir ses engagements mais surtout qu'elle s'était engagée expressément à veiller à ce que les fonds mis à disposition soient utilisés au remboursement de la banque. De toute évidence, tel n'avait pas été le cas.

De telles lettres d'intention, surtout depuis leur reconnaissance par l'article 2322 du Code civil, dont la portée n'est guère éloignée d'un cautionnement en bonne et due forme, sont interprétées par la jurisprudence comme comportant de véritables obligations de résultat. La frontière entre l'obligation de faire, lorsqu'elle comporte une obligation de résultat, et une obligation de payer *in fine* s'efface dans cette hypothèse.

C – Rémunération du prêteur

Erreur affectant la stipulation du TEG (Cass. com., 17 mai 2011, n° 10-17.397). – Il n'y aurait pas de sécurité juridique sans que les actions en justice soient enfermées dans des délais de prescription. Entre professionnels, ces délais et leurs points de départ ne sauraient laisser planer trop longtemps le risque de la remise en cause d'une opération. C'est ce que la Cour de cassation vient rappeler à propos de prêts immobiliers consentis à une société qui, sept ans après la souscription de ces prêts, entendait agir en nullité des contrats et subsidiairement des stipulations d'intérêts, au motif d'une erreur dans le calcul du taux effectif global (TEG).

Pour couper court à cette tentative, la Cour de cassation rappelle que « l'action en nullité d'un prêt fondée sur une erreur ou un dol résultant de l'erreur affectant la stipulation du taux effectif global se prescrit, dans les relations entre professionnels, dans le délai de cinq ans à compter du jour où l'emprunteur a connu ou aurait dû connaître le vice affectant ce taux ; que s'agissant d'un prêt, le point de départ de cette prescription est la date de la convention ».

La solution est conforme à la jurisprudence de la Haute juridiction en matière de prêts entre professionnels (Cass. com., 10 juin 2008, n° 06-19.452, Bull. civ. IV, n°s 116, 117 et 118, D. 2008, p. 1761, obs. V. Avena-Robardet, RTD com. 2008, p. 604, obs. D. Legeais, JCP E 2008, 2221, note A. Gourio et N. Aynès, Dr. & patr. 2008, n° 173, p. 96, obs. J.-P. Mattout et A. Prüm). Lorsque l'emprunteur est un non-professionnel, « le point de départ de la prescription est la date de la convention lorsque l'examen de sa teneur permet de constater l'erreur, ou, lorsque tel n'est pas le cas, la date de la révélation de celle-ci à l'emprunteur » (Cass. 1^{re} civ., 11 juin 2009, n° 08-11.755, Bull. civ. I, n° 125, D. 2009, p. 1689, obs. V. Avena-Robardet, JCP N 2009, n° 26, act. 482, D. 2010, p. 1043, obs. R. Martin).

IV – RESPONSABILITÉ

Sanction de la réponse tardive à une saisie (Cass. 2^e civ., 10 févr. 2011, n° 10-30.008). – La saisie-attribution, lorsqu'elle peut être mise en œuvre par un créancier, est une procédure qui se déroule avec une grande célérité, des obligations strictes, dont le non-respect est sévèrement sanctionné, étant mise à la charge du tiers saisi. En effet, celui-ci doit répondre sur le champ à l'huissier instrumenteur (D. n° 92-755, 31 juill. 1992, art. 53), et à défaut de s'y soumettre sans motif légitime, il est alors condamné à payer les sommes dues au créancier saisissant (D. n° 92-755, 31 juill. 1992, art. 60). Encore faut-il toutefois que le tiers saisi soit bien débiteur envers le saisi (Cass. 2^e civ., 24 mars 2005, n° 01-14.212). La présente décision apporte une précision supplémentaire dans une situation factuelle où le tiers saisi n'avait répondu que trois jours après la saisie pour indiquer qu'il ne devait rien. La cour d'appel avait cru pouvoir le sanctionner tant du fait de ce retard jugé illégitime dans la réponse que du fait qu'il ne démontrait pas qu'il n'était tenu à aucune obligation envers de débiteur saisi.

La Cour de cassation casse au double visa de l'article 1315 du Code civil et de l'article 60 du décret de 1992 (☛ 003). En effet, la déclaration négative du tiers saisi engage sa responsabilité et dès lors, sauf pour le créancier saisissant à démontrer sa fausseté, la charge de la preuve reposant clairement sur lui, il est difficile d'imaginer comment le tiers saisi pourrait rapporter une telle preuve négative, au-delà de sa déclaration, fût-elle tardive. En rétablissant l'ordre des choses, en l'occurrence en faisant porter la charge de la preuve sur le saisissant, la Cour assure le juste fonctionnement du mécanisme. La conséquence logique de l'absence de dette du tiers saisi est que, sauf circonstances particulières, la tardiveté relative de la réponse n'est pas susceptible d'avoir causé un préjudice au saisissant et justifie que la rigueur de la sanction fulminée par l'article 60 du décret de 1992 soit écartée. Il reste cependant possible au saisissant, dans les conditions du droit commun, de faire alors réparer le dommage éventuellement subi par des dommages-intérêts (Cass. 2^e civ., 5 juill. 2000, Bull. civ. II, n° 114).

V – OPÉRATIONS INTERNATIONALES

La loi applicable au cautionnement (Cass. com., 8 mars 2011, n° 09-11.751). – La Cour de cassation a de nouveau eu à se prononcer sur la loi applicable au cautionnement (v. Cass. com., 8 juin 2010, n°s 08-16.298 et 08-16.485, cette chronique

Extraits

☛ 003 Cass. 2^e civ., 10 févr. 2011, n° 10-30.008

« (...) En statuant ainsi, alors qu'il appartenait au créancier poursuivant d'établir que son débiteur était créancier du tiers saisi, qui le contestait, la cour d'appel a violé le texte susvisé (...) »

in Dr. & patr.2011, n° 202, p. 101). Une société allemande avait consenti un prêt à une autre société allemande, cautionnée par son dirigeant, résident en Suisse dans un canton francophone. La cour d'appel, statuant déjà sur renvoi après une première cassation en date du 7 juin 2006 qui avait reproché de n'avoir pas recherché le droit applicable dans un contexte international, avait retenu l'application du droit allemand au cautionnement en s'appuyant sur plusieurs éléments qui ont concouru à lui faire penser que la loi allemande présentait les liens les plus étroits avec la situation : la langue allemande utilisée, la dénomination en monnaie allemande, la forme de « cautionnement à première demande » usitée en Allemagne (D. Legeais, *Le cautionnement à première demande*, in *Mélanges M. Vasseur*, Revue Banque Éditeur, 2000, p. 87). Elle avait alors appliqué les dispositions de l'article 4, paragraphe 5, de la Convention de Rome du 19 juin 1980 qui commandent d'écarter les présomptions précédemment énoncées posées « lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays ». L'ensemble des circonstances va de toute évidence pour la Cour suprême au-delà des éléments retenus par la cour d'appel.

La Cour de cassation censure la décision en rétablissant le jeu de la présomption du paragraphe 2 de ce même article de la Convention de Rome qui impose de retenir le lieu de résidence du débiteur de la prestation caractéristique au moment de la souscription de l'engagement (► 004). Elle affirme ainsi le caractère déterminant et prioritaire – qu'elle nomme l'élément de « rattachement ordinaire » – de cette présomption, que le règlement n° 593/2008/CE du 17 juin 2008 – dit « Rome I » – sur la loi applicable aux obligations contractuelles a encore plus clairement réaffirmé (art. 4, § 2).

Les critères de l'arbitrage international (Cass. 1^{re} civ., 26 janv. 2011, n° 09-10.198). – Cette décision intéresse sans doute davantage le droit de l'arbitrage que le droit bancaire. Cependant, elle mérite mention car elle réaffirme le critère de l'internationalité de l'arbitrage mais aussi, au-delà, le critère de l'internationalité en général, utile en droit monétaire pour la validation des clauses de paiement en devises, qui restent prohibées en droit interne, sauf dans les opérations internationales (J.-P. Mattout, *Droit bancaire international*, Revue Banque Éditeur, 4^e éd., 2009, nos 380 et s.).

Il s'agissait ici d'un arbitrage entre l'Institut national scientifique d'études et de recherches médicales (INSERM) et une fondation norvégienne, à propos d'un protocole d'accord de recherche que la fondation norvégienne devait largement financer. À la suite d'un différend où l'INSERM contestait notamment le caractère international de l'arbitrage et, partant, sa validité, la Cour de cassation (► 005) retient le critère traditionnel dont elle montre qu'il est toujours d'actualité, celui de la jurisprudence « Matter » (Cass. civ., 17 mai 1927, DP 1928, I, p. 125, concl. P. Matter, note H. Capitant). Il est important de souligner

que la Cour de cassation retient elle-même que le critère de l'internationalité est un critère économique, même s'il peut faire l'objet d'un contrôle juridique et juridictionnel.

Conversion d'une saisie conservatoire en saisie-attribution effectuée en devises (Cass. 2^e civ., 31 mars 2011, n° 10-12.269). – Une société avait pratiqué une saisie conservatoire de créance entre les mains d'une banque pour sûreté d'une créance de 596 113,16 euros. La banque indiqua à l'huissier avoir bloqué la contrevaletur en euros de sa dette en dollars américains, soit alors 777 927,67 USD, en appliquant le cours de change en vigueur au 23 mars 2005, jour où la confirmation d'un crédit documentaire en dollars US qu'elle avait délivré au débiteur devint certaine, les documents conformes ayant été présentés. La saisie conservatoire fut ensuite convertie en saisie-attribution pour un montant supérieur et la banque régla la somme de 569 034,94 euros correspondant alors au cours de change en vigueur des dollars bloqués au jour du paiement de ces mêmes sommes bloquées. Le créancier saisissant assigna la banque en réclamant la différence entre les deux sommes, soit 27 078,22 euros, estimant en quelque sorte qu'il n'avait pas à supporter le risque de change, qui ici avait joué en sa défaveur.

La cour d'appel avait suivi la banque dans son argumentation. La Cour de cassation casse au visa des articles

Extraits

► 004 Cass. com., 8 mars 2011, n° 09-11.751

« (...) Attendu qu'en se déterminant ainsi par des motifs impropres à établir le défaut de pertinence de l'élément de rattachement ordinaire avec la loi helvétique, loi du pays où la caution avait sa résidence habituelle au moment de la formation du cautionnement, désignée par l'article 4, paragraphe 2, de la Convention de Rome, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision (...) »

► 005 Cass. 1^{re} civ., 26 janv. 2011, n° 09-10.198

« (...) Mais attendu qu'après avoir énoncé justement que selon l'article 1492 du Code de procédure civile, est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international, que l'internationalité de l'arbitrage fait appel à une définition économique selon laquelle il suffit que le litige soumis à l'arbitre porte sur une opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul État, et ce, indépendamment de la qualité ou de la nationalité des parties, de la loi applicable au fond ou à l'arbitrage, ou encore du siège du tribunal arbitral, la cour d'appel retient que l'objet du protocole d'accord était de mettre en commun les efforts de l'INSERM et de la fondation "pour favoriser la réalisation d'un projet de construction d'un pôle de recherches en neurobiologie et la formation de cliniciens et de chercheurs dans ce domaine", avec un financement pour la plus grande partie par la fondation, ce qui impliquait des mouvements de fonds de la fondation norvégienne au-delà des frontières, que par ce seul motif, elle a exactement décidé que l'arbitrage était international ; que le moyen n'est pas fondé (...) »

75 et 76 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, en se fondant sur le fait que la saisie avait rendu la somme indisponible (► 006). Elle tire ainsi de l'indisponibilité une conséquence surprenante concernant le cours de change applicable. En effet, l'indisponibilité signifie simplement que la banque ne pouvait en disposer librement et nullement qu'elle doive en supporter le risque de variation de change. Ayant déclaré avoir bloqué des avoirs en dollars, le créancier saisissant aurait dû recevoir la somme en dollars bloquée, quitte lui-même à en couvrir le risque de change par une opération appropriée. Si le blocage avait porté sur une marchandise ou un bien corporel quelconque, le créancier saisissant aurait bien supporté le risque de variation entre le moment de la saisie conservatoire et le moment du paiement entre ses mains. Si le cours de change avait évolué en faveur du saisissant, dans la limite du montant de sa créance, il aurait alors pu en bénéficier. La banque n'est maître ni de la durée de la procédure de saisie jusqu'à son paiement, ni de la variation des cours de change. Si elle avait pris l'initiative de couvrir elle-même le risque de change correspondant, elle aurait également couru un risque, celui de ne voir jamais aboutir la procédure de saisie conservatoire et ainsi de supporter les conséquences de la couverture souscrite. La solution retenue par la Cour de cassation ne convainc pas, la banque ne s'étant pas reconnue débitrice de 596 113,16 euros comme l'affirme la Cour, mais d'une somme en dollars dont elle a fixé le montant en fonction du cours de change du jour.

On ne voit guère comment les banques pourront gérer efficacement le risque qui découle de cette décision sans prendre elles-mêmes des risques qui ne leur appartiennent pas de prendre.

Garantie et contre-garantie à première demande. Appel abusif (Cass. com., 22 mars 2011, n° 09-71.690, Gaz. Pal. 24-25 juin 2011, p. 42, obs. J. Morel-Maroger). — Une garantie délivrée à la demande d'une société française avait été émise par une banque brésilienne et contre-garantie à première demande par une banque française. Elle était soumise aux règles de la publication n° 458 de la Chambre de commerce internationale de Paris (CCI). La garantie fut appelée et payée par la banque de premier rang qui se retourna dès lors envers la banque contre-garante pour en obtenir le paiement. Le donneur d'ordre parvint à faire ordonner en justice l'interdiction de paiement du fait que la garantie de premier rang avait été appelée en faisant état d'un défaut d'exécution du contrat sous-jacent, comme l'exigent les Règles de la CCI, mais que

la notification de cette inexécution avait été adressée à un consortium et non au donneur d'ordre garanti, comme l'exigeait la garantie émise.

Le bénéficiaire soulignait cependant que le consortium, dont faisait partie le débiteur garanti/donneur d'ordre, n'avait pas la personnalité juridique et que, par ailleurs, ses membres étaient tenus solidairement de leurs engagements, au titre de conventions extérieures à la garantie elle-même.

C'était méconnaître le formalisme des garanties dont la rigueur, qui joue le plus souvent en faveur du bénéficiaire, peut parfois aussi protéger le donneur d'ordre. La Cour de cassation estime que la garantie a été appelée irrégulièrement et a dès lors été payée abusivement (► 007). Aussi, ayant conscience de cela, le garant a été considéré comme ayant appelé lui-même la contre-garantie de façon abusive. Le pourvoi est ainsi justement rejeté, confirmant qu'est abusif l'appel de la contre-garantie opéré en connaissance de cause de l'irrégularité de l'appel de la garantie de premier rang au moment de son paiement (J.-P. Mattout, *Droit bancaire international*, Revue Banque Éditeur, 4^e éd., 2009, n° 254).

Cette décision vient enrichir la jurisprudence, rare en matière de reconnaissance du caractère abusif d'un appel de contre-garantie à première demande.

Extraits

► 006 Cass. 2^e civ., 31 mars 2011, n° 10-12.269

« (...) Qu'en statuant ainsi, alors que la saisie conservatoire avait rendu indisponible au profit de la société Trading la créance de la IFG Togo et que la demande de paiement, après conversion, emportait, par l'effet de la loi, attribution immédiate de la créance saisie jusqu'à concurrence du montant de la condamnation et des sommes dont le tiers saisi s'était reconnu débiteur, soit à hauteur de 596 113,6 euros, la cour d'appel a violé les textes susvisés (...) »

► 007 Cass. com., 22 mars 2011, n° 09-71.690

« (...) que la garantie de premier rang a été appelée irrégulièrement et que le garant de premier rang se devait de vérifier le respect du formalisme de l'appel à sa garantie avant de payer et d'appeler la contre-garantie ; qu'ayant ainsi fait ressortir que l'appel à la contre-garantie en connaissance de cet abus par le garant était lui-même abusif, caractérisant l'existence d'un dommage imminent, la cour d'appel a interdit à bon droit au contre-garant de payer toute somme au titre de sa contre-garantie dans l'attente d'une décision au fond (...) »