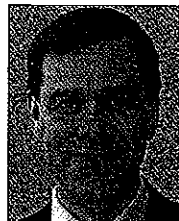


## Droit bancaire



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

## Juin à décembre 2009 : Protéger les banques, protéger des banques

**S**uite à la crise financière, le renforcement des mesures structurelles se multiplie pour protéger les banques, parfois d'elles-mêmes, en accroissant les exigences réglementaires et prudentielles et en favorisant une meilleure surveillance par des régulateurs mieux coordonnés et plus efficaces. Les projets sont nombreux et devraient aboutir au cours des prochains mois.

Dans le même temps, et comme par réaction, un vent, principalement législatif, souffle imposant aux banques de mieux protéger leurs clients et contraint à revoir certaines de leurs pratiques les plus anciennes (dates de valeur, commissions d'interchange, etc.) ou à laisser se développer la concurrence, en imposant la création d'une nouvelle catégorie de professionnels, les établissements de paiement. La jurisprudence continue à affiner les devoirs du banquier en ayant soin de procéder avec finesse et mesure face, par exemple, au contenu du devoir de mise en garde et à ses conséquences en cas de violation, en limitant le préjudice réparable au trébucher de l'appréciation de la perte d'une chance.

### I – LÉGISLATION – RÈGLES PROFESSIONNELLES

La procédure de sanction disciplinaire de la Commission bancaire censurée : CEDH, 11 juin 2009, aff. 5242/04, Dubus SA c/France. – La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a condamné la France pour défaut d'indépendance et d'impartialité de la procédure de sanction disciplinaire devant la Commission bancaire. (v. notamment M. Guyomar, La procédure disciplinaire de la Commission bancaire remise en cause, Banque et droit, sept.-oct. 2009, p. 3 ; F.-J. Crédot et T. Samin, Défaut d'indépendance, RD bancaire et fin. juill. 2009, comm. 111 ; G. Houillon, La procédure devant la Commission bancaire censurée par la CEDH, Dr. adm. 2009, comm. 111 ; P. Pailler, Procédure disciplinaire devant la Commission bancaire, JCP E 2009, 2081 ; L. Ruet, La procédure disciplinaire devant la Commission bancaire sanctionnée à l'unanimité par la CEDH Bull. Joly Bourse 2009, n° 5, p. 388 et s. ; X., La Commission bancaire sous les feux de la Cour de Strasbourg, RLDA juill. 2009, n° 40 ; X., Condamnation du déroulement de la procédure disciplinaire devant la Commission bancaire, Dépêches Juris-Classeur, 18 juin 2009, 663).

S'étant vu infliger un blâme dans le cadre d'une procédure disciplinaire ouverte contre elle pour non-respect d'exigences prudentielles, une société d'investissement (Dubus SA) s'est plainte devant la CEDH que la Commission bancaire ne respectait pas, dans l'édiction de cette sanction, l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (la « Convention » ► 001).

Répondant à une contestation du gouvernement français, la CEDH insiste tout d'abord sur le fait que la sanction imposée, en l'espèce, présentait bien « une coloration pénale », en accord avec sa jurisprudence traditionnelle, qui met l'accent en particulier sur la gravité de la sanction à laquelle une personne est *a priori* exposée indépendamment de celle qui est effectivement prononcée. Il est relevé au surplus que le blâme à l'encontre de la requérante était de nature à porter atteinte à son crédit, entraînant pour elle des conséquences patrimoniales incontestables. Quant à la régularité de la procédure suivie – depuis l'auto-saisine à la décision de sanction en passant par la phase d'instruction –, la CEDH estime qu'elle ne satisfait

# Sommaire

## I - LÉGISLATION - RÈGLES PROFESSIONNELLES 66

CEDH, 11 juin 2009, aff. 5242/04, *Dubus c/ France (la procédure de sanction disciplinaire de la Commission bancaire censurée)*  
 Ord. n° 2009-866, 15 juill. 2009 (*transposition de la directive sur les services de paiement n° 2007/64/CE du 13 novembre 2007*)  
 Régl. n° 924/2009/CE, 16 sept. 2009, concernant les paiements transfrontaliers dans la Communauté  
 Régl. Parl. et Cons. CE, n° 1060/2009, 16 sept. 2009, sur les agences de notation de crédit  
 L. n° 2009-1255, 19 oct. 2009, tendant à favoriser l'accès au crédit des PME

## II - COMPTES ET INSTRUMENTS DE PAIEMENT 71

**A - Cartes de paiement - chèques**  
 Cass. com., 7 juill. 2009, n° 08-18.251 (*anomalie apparente d'un chèque sur une mention non obligatoire*)

**B - Comptes**  
 Cass. 1<sup>er</sup> civ., 8 juill. 2009, n° 08-17.300 (*paiement en faveur du conjoint non titulaire d'une procuration; action subrogatoire*)

## III - CRÉDITS 72

**A - Généralités**  
 TI Poitiers, 13 mars 2009 et TGI Orléans, 16 janv. 2009 (*TEG et souscription de parts sociales*)  
 TGI Brest, ord., 29 juin 2009 (*le vendeur d'un immeuble peut-il exiger du banquier ayant refusé un prêt communication du dossier de prêt et des notes de la Commission des prêts ?*)

**B - Garantie des crédits**  
 Cass. com., 25 juin 2009, n° 07-21.506 et Cass. 1<sup>er</sup> civ., 9 juill. 2009, n° 08-15.910 (*définition du créancier professionnel*)  
 Cass. 1<sup>er</sup> civ., 15 juill. 2009, n° 07-18.824 (*une hypothèque donnée par un tiers est nécessairement proportionnée*)  
 Cass. com., 30 juin 2009, n° 08-10.719, F-D, (*sort du cautionnement en cas de fusion-absorption de la société créancière*)

## IV - RESPONSABILITÉ DU BANQUIER-DISPENSATEUR DE CRÉDIT 75

Cass. 1<sup>er</sup> civ., 19 nov. 2009, n° 08-13.601 (*devoir de mise en garde et adaptation du crédit aux capacités financières*)

Cass. com., 7 juill. 2009, n° 08-13.536 (*absence de risque d'endettement et devoir de mise en garde*)  
 Cass. 1<sup>er</sup> civ., 25 juin 2009, n° 08-16.434 (*devoir de mise en garde et fourniture de renseignements erronés par l'emprunteur*)  
 Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-20.274 (*le préjudice né d'un manquement à une obligation de mise en garde s'analyse en la perte d'une chance de ne pas contracter*)

## V - OPÉRATIONS INTERNATIONALES 76

CA Paris, pôle 4, ch. 8, 17 sept. 2009 (*immunité des avoirs de banques centrales*)  
 CJCE, 24 sept. 2009, aff. jointes C-125/07, C-133/07 P, C-135/07 P, C-137/07 (*entente dans le secteur bancaire, l'affaire du « Club Lombard »*)  
 De nouvelles règles de la CCI pour les garanties à première demande

pas aux exigences d'impartialité et d'indépendance de la Convention. L'impartialité ne doit, en effet, pas s'apprécier seulement de manière subjective, c'est-à-dire vis-à-vis de la personne même des magistrats et de leur impartialité, mais encore eu égard aux apparences et à la confiance que la procédure est susceptible d'inspirer aux justiciables. Il importe d'apprécier, en d'autres mots, que le justiciable ne puisse nourrir aucun doute que son cas ait pu faire l'objet d'un jugement préalable influençant la décision de condamnation finale. Or, pour la Cour, ni l'organisation, ni le fonctionnement concret de la Commission bancaire ne donnent ici des garanties suffisantes.

L'organisation de la Commission bancaire pêche par l'imprécision des textes qui régissent la procédure tant au niveau de la composition qu'au niveau des prérogatives des organes appelés à exercer les différentes fonctions qui lui sont dévolues : ni le Code monétaire et financier, ni un quelconque règlement intérieur n'établissent de distinction claire entre les fonctions de poursuite, d'instruction et de sanction dans l'exercice du pouvoir juridictionnel de la Commission bancaire.

Quant au fonctionnement, la CEDH s'attache particulièrement à l'examen de la question de la saisine d'office. Pour une autorité de surveillance, cette faculté ne saurait certes être exclue sous peine de porter sérieusement atteinte à l'efficacité de son action (S. Guinchard et alii, *Droit processuel, Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Dalloz, coll. « Précis », 5<sup>e</sup> éd., 2009, n° 382). La Cour exige cependant que ses modalités de mise en œuvre ainsi que ses suites soient strictement encadrées au regard du principe d'impartialité. Sur ce point également, la procédure suivie

par la Commission bancaire ne répond pas aux standards de la Convention, en particulier en ce qu'elle manque de dissocier de manière satisfaisante les phases d'instruction et de jugement.

La condamnation de la France dans cette affaire n'est pas une surprise. Les faiblesses structurelles de la Commission bancaire et de sa procédure disciplinaire avaient déjà été dénoncées par le rapport établi par l'Inspection générale des Finances en janvier 2009 (*Rapport sur l'organisation et le fonctionnement de la supervision des activités financières en France [Rapport « Deletré »*], janv. 2009, spécialement p. 35 et 37).

### Extraits

#### 001 Conv. EDH, art. 6, § 1

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice »

L'arrêt de la Cour de Strasbourg met le gouvernement devant ses responsabilités de garantir aux entités surveillées par la Commission bancaire l'impartialité et l'indépendance de celle-ci dans l'exercice de son pouvoir de sanction. La procédure suivie par l'Autorité des marchés financiers (AMF) et son mode d'organisation offre un cadre de réflexion pour une réforme à intervenir.

### La transposition de la directive n° 2007/64/CE du 13 novembre 2007 sur les services de paiement par l'ordonnance n° 2009-866 du 15 juillet 2009.

— Une ordonnance du 15 juillet 2009 (Ord. n° 2009-866, JO 16 juill.), relative aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement, a transposé en droit français la directive n° 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur. Cette ordonnance, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2009, a été précisée par un arrêté du 29 octobre 2009 portant réglementation prudentielle des établissements de paiement (Arr. 29 oct. 2009, JO 31 oct., p. 18722). Rappelons que cette directive promeut une intégration plus profonde du marché des activités de banque de détail, qui reste encore très cloisonné en Europe, et vise plus particulièrement à stimuler un marché européen des services de paiement animé par une saine concurrence entre les banques et les établissements de paiement, une nouvelle catégorie d'acteurs introduite spécialement à cette fin (sur l'origine, l'évolution et les objectifs de cette directive, v. A. Prüm, *Vers un espace européen des paiements*, RD bancaire mai-juin 2004 ; V. Margerit, *La directive sur les services de paiement*, Bull. Banque de France août 2007 ; M. Vanden Bosch et N. Mathey, *Le marché unique des services de paiement en Europe*, RD bancaire, juill.-août 2007 ; A. Prüm, *Après l'euro, l'espace unique européen des paiements*, RD bancaire et fin., mai-juin 2007).

Le nouveau cadre de régulation et de contrôle des prestataires de services de paiement et de leurs activités, les règles d'accès au marché ainsi que la définition des droits et des obligations des utilisateurs et des prestataires de services de paiement qu'introduit l'ordonnance du 15 juillet 2009 doit être compris dans cette perspective (pour une analyse approfondie de cette ordonnance, v. S. Piedelièvre, *L'ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux conditions régissant la fourniture de services et de paiement*, Gaz. Pal. 8 sept. 2009, n° 251 et 10 sept. 2009, n° 253 ; E. Jouffin, O. Laplane et C. L'Hostis, *Banque et droit*, déc. 2009, n° spécial ; *The European Harmonization of the Payment Services : the Implementation of the Directive 2007/64/CE*, Euredia, Bruylant, 2009/4, 635-733).

La nouvelle réglementation s'articule autour de deux nouvelles notions : celle de « service de paiement » et celle d'« établissement de paiement ».

La première se veut délibérément large en embrassant aussi bien l'exécution d'opérations de virement et de prélèvement, que de la transmission de fonds, les services permettant de verser ou de retirer des espèces, l'exécution d'opérations pour lesquelles le payeur utilise un dispositif

de télécommunication numérique ou informatique ou la gestion d'un compte de paiement (est un compte de paiement, au sens de l'ordonnance — Ord. n° 2009-866, 15 juill. 2009, art. 5 ; C. mon. fin., art. L. 314-1, I, tel que modifié par l'ordonnance —, un compte détenu au nom d'une ou de plusieurs personnes, utilisé aux fins de l'exécution d'opérations de paiement). Dans un souci de meilleure protection des consommateurs, l'ordonnance encadre les conditions d'exécution des opérations de paiement (Ord. n° 2009-866, 15 juill. 2009, art. 1<sup>er</sup> ; C. mon. fin., art. L. 133-9 et s.), et prévoit notamment des délais stricts d'exécution — au plus tard à la fin du premier jour ouvrable suivant le moment de la réception de l'ordre de paiement —, bannit les décalages de plus d'un jour ouvrable entre l'inscription en compte et sa prise d'effet par le biais de dates de valeur et oblige les prestataires à mieux informer, *a priori* comme *a posteriori*, les utilisateurs de leurs services sur les conditions d'exécution, en particulier les intérêts, frais et éventuels taux de change (v. particulièrement le recours imposé dans certaines hypothèses à un contrat-cadre de services de paiement : Ord. n° 2009-866, 15 juill. 2009, art. 5 ; C. mon. fin., art. L. 314-12 et s.). Un régime de responsabilité objective vis-à-vis des utilisateurs est au surplus imposé aux prestataires de services de paiement à travers lequel les premiers se trouvent assurés d'être couverts contre les erreurs et les autres incidents qui ont pu empêcher l'exécution correcte d'un paiement soit par l'établissement destinataire des fonds, soit par celui qui a reçu l'ordre de paiement. Signalons au passage qu'une loi du 19 octobre 2009 (C. mon. fin., art. L. 131-1-1) règle également la question des dates de valeur pour les opérations de paiement par chèque, qui restaient pour l'instant largement épargnées par la position adoptée par la Cour de cassation depuis son fameux arrêt du 6 avril 1993 (Cass. com., 6 avr. 1993, Bull. civ. IV, n° 138, p. 94, D. 1993, 310, note G. Gavalda, JCP 1993, II, 22062, obs. J. Stofflet ; v. ci-dessous le commentaire de la loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des PME.)

L'introduction des établissements de paiement vise à permettre l'éclosion, à côté des banques, de nouveaux acteurs spécialisés dans les services de paiement soumis à un régime prudentiel plus léger (O. de Mattos, *Un nouvel acteur financier est né : l'établissement de paiement*, Cah. dr. entr., n° 4, juill. 2009, act. 17). Le cadre de ce nouveau statut, qui comporte notamment un agrément obligatoire, est posé par l'article 12 de l'ordonnance et a été précisé par l'arrêté du 29 octobre 2009 qui fixe autant les conditions d'accès précises à l'activité de services de paiement, en particulier les exigences de capital, que les règles de gestion et d'organisation que doivent respecter les établissements de paiement. De façon originale, la couverture des fonds reçus pour exécuter ou en exécution d'un service de paiement peut être garantie par un établissement de crédit ou une entreprise d'assurance qui se porte caution ou garant à première demande.

Sans révolutionner le régime des instruments de paiement, ces nouvelles règles n'en modifient pas moins sensiblement l'architecture. Il faut espérer qu'elles stimuleront une

saine concurrence au profit des utilisateurs et des prestataires de services, en France comme à travers l'Europe, tout en contribuant à la sécurité et à l'interopérabilité des systèmes de paiement de détail.

**SWIFT : la protection des données à caractère personnel des citoyens reste-t-elle assurée ?** –

L'Union européenne a signé, le 30 novembre 2009, un accord intérimaire maintenant l'accès de l'Administration américaine aux données sur les transactions bancaires européennes aux fins de la lutte contre le terrorisme (Europolitique n° 3872, consultable sur : [www.europolitique.info/politiques-externes](http://www.europolitique.info/politiques-externes)). L'ouverture des négociations en vue de la signature de cet accord a suscité de vives inquiétudes en Europe si les garanties relatives à la protection des données obtenues dans le cadre de l'accord de 2007, arrivé à échéance, se trouvent maintenues.

Ces inquiétudes ont trait plus précisément aux données recueillies par la société coopérative de droit belge SWIFT (Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication) dans le cadre de l'exploitation du système de communication qu'utilisent très largement les banques, les institutions financières et leurs clients pour opérer des transferts internationaux de fonds. Contraint par le programme de traçage des transactions financières mis sur pied par le Trésor américain (Terrorist Finance Tracking Programme [TFTP]), les bureaux américains de SWIFT, accédant, *via* une base installée aux États-Unis, aux données concernant les transferts de fonds initiés depuis l'Europe, avaient été amenés à communiquer ces données au bureau américain de contrôle des avoirs étrangers. Face aux critiques exprimées en Europe, le département du Trésor américain avait dû prendre, en 2007, l'engagement formel de les exploiter exclusivement dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et de ne pas conserver les données non utilisées à cette fin. Soucieux de dissiper les craintes européennes, SWIFT a décidé dans la foulée de revoir l'architecture de son réseau et d'éviter que les données recueillies en Europe ne soient dupliquées systématiquement sur une base installée aux États-Unis (« Le PDG de SWIFT s'adresse au Parlement européen » : [http://www.swift.com/about\\_swift/legal/compliance/statements](http://www.swift.com/about_swift/legal/compliance/statements), 3 sept. 2009). Pour permettre cependant au Trésor américain de continuer à se faire transmettre certaines données qui ne sont plus directement accessibles sur le territoire américain, la Commission européenne a négocié de nouvelles garanties avec celui-ci, qui sont inscrites maintenant dans l'accord intérimaire conclu le 30 novembre 2009. Sujet encore à l'approbation du Parlement européen, l'accord présente, outre sa forme, l'avantage, par rapport aux engagements unilatéraux de 2007, d'obliger les autorités américaines à respecter un certain formalisme dans leurs requêtes et de reconnaître le droit de l'État européen destinataire de vérifier leur conformité avec l'accord bilatéral en matière d'entraide judiciaire signé en 2003 (v. EU-US agreement on the processing and transfer of financial messaging data for the purposes of US Terrorist Finance Tracking Programme (TFTP) – Questions and Answers).

Les craintes que ces garanties n'assurent qu'un respect insuffisant de la sphère privée ne se sont pas totalement dissipées. Il est vrai que les États-Unis se montrent en général moins soucieux de la protection des données à caractère privé que l'Europe (v. notamment Rapp. Sénat français n° 97, 16 nov. 2009, p. 9).

**Le règlement n° 924/2009/CE du 16 septembre 2009 concernant les paiements transfrontaliers dans la Communauté.** –

Applicable depuis le 1<sup>er</sup> novembre 2009, le règlement n° 924/2009/CE du 16 septembre 2009 (JOUE 9 oct. 2009) établit les règles concernant les paiements transfrontaliers jusqu'à 50 000 euros au sein de la Communauté, afin de garantir que les frais bancaires soient les mêmes que ceux pratiqués à l'intérieur d'un État membre, hors frais de change. Il participe de la construction de l'Europe des paiements (la « *Single Euro Payment Area* », connue sous l'acronyme de SEPA) et de la politique suivie par la Communauté pour rendre tangibles à chacun les avantages de la monnaie unique. Le paiement transfrontalier est défini comme « une opération de paiement traitée de manière électronique et initiée par un payeur ou par, ou via, un bénéficiaire, lorsque le prestataire de services de paiement du payeur et celui du bénéficiaire sont situés dans des États membres différents ». S'agissant d'opérations traitées électroniquement, les chèques en sont exclus. Les articles 6 et 7 du règlement fixent le principe que les commissions interbancaires multilatérales, appelées « commissions d'interchange », sont validées jusqu'au 1<sup>er</sup> novembre 2012 pour les prélèvements nationaux et ne déterminent qu'à compter de cette date, à défaut d'accord bilatéral entre prestataires de services de paiement, la commission d'interchange qui sera applicable aux prélèvements transfrontaliers payable au prestataire du payeur et qui sera limitée à 0,088 euro maximum. Le considérant n° 11 explicite les considérations de droit de la concurrence sous-jacentes à ces dispositions qui ont désormais vocation à fixer un terme à certaines pratiques actuelles nationales ou internationales, principalement pour les prélèvements et les paiements par carte. Celles-ci sont préservées mais pour une période désormais transitoire.

**Le renforcement de la surveillance financière en Europe.** –

Enfant de la crise, le renforcement de la surveillance financière en Europe fait l'objet de toutes les attentions à la suite des recommandations du rapport « de Larosière » articulant la réforme autour de la nouvelle *summa divisio*, risque macro-prudentiel/risque micro-prudentiel. Cette distinction permet de concilier le besoin d'avoir une surveillance d'ensemble du système financier, tout en conservant la proximité nécessaire entre le contrôleur et le contrôlé.

La Commission a adopté un ensemble important de propositions législatives (IP/09/1347, 23 sept. 2009 et IP/09/1582, 26 oct. 2009) visant à établir un nouveau Comité européen du risque systémique (CERS) qui aura la tâche de surveiller et d'analyser le risque macro-prudentiel, adressera des alertes et formulera des recom-

mandations aux États membres et aux autorités de surveillance nationales et européennes. Cette institution sera le pendant du Conseil de stabilité financière créé par le G20 au plan mondial.

La coordination de la surveillance micro-prudentielle sera également renforcée par l'instauration d'un Système européen de surveillance financière (SESF), qui facilitera la coopération entre les autorités nationales de surveillance et avec de nouvelles autorités européennes qui résulteront de la transformation de trois comités consultatifs existants, en charge des banques, des assurances et des marchés financiers. Il s'agit de l'Autorité bancaire européenne (ABE), de l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP) et de l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF). Elles reprendront les attributions des comités qu'elles remplacent et se verront confier de nouvelles tâches, parmi lesquelles l'élaboration de normes techniques, la résolution des différends entre autorités nationales et la coordination en situation d'urgence. L'AEMF sera en charge de la surveillance des agences de notation.

Le Conseil et le Parlement européen sont saisis et la création effective de ces autorités est prévue pour la fin de l'année 2010 (A. Prüm, *En voie vers une supervision des marchés et des acteurs financiers à l'échelle européenne*, RD bancaire et fin., sept. oct. 2009, 1, et sur l'ensemble des mesures en cours d'adoption, S. Decoster, *La feuille de route pour 2010*, Rev. banque, déc. 2009, 91). Le projet de loi concernant la régulation bancaire et financière, présenté au Conseil des ministres du 16 décembre 2009 en France, qui prévoit notamment la création d'un Conseil de la régulation financière et du risque systémique et la création d'un collège de superviseurs, en est l'écho national.

**Le règlement n° 1060/2009/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 sur les agences de notation de crédit.** – Le règlement n° 1060/2009/CE du 16 septembre 2009 (JOUE 17 nov., n° L 302/1) s'inscrit également dans la droite ligne de cet effort de renforcement de la surveillance financière, en mettant en place, sur plus de 30 pages, un nouveau dispositif concernant les agences de notation. Il fixe « les conditions d'émission des notations de crédit ainsi que les règles relatives à l'organisation et à la gestion des agences de notation de crédit afin de favoriser leur indépendance et la prévention des conflits d'intérêts » (art. 1), applicables aux notations émises dans la Communauté et qui sont rendues publiques. Les agences seront tenues de s'enregistrer pour se voir reconnaître la qualité d'organisme externe d'évaluation du crédit (statut attaché aux besoins de notation dictés par les méthodes de calcul des ratios bancaires de solvabilité) et les utilisateurs principaux (établissements de crédit, OPCVM, assureurs et réassureurs) ne pourront utiliser, à des fins réglementaires, que des agences de notation dûment enregistrées. Outre le détail de la procédure d'enregistrement (qui s'effectuera à un guichet unique, le Comité européen des valeurs mobilières [CERVM], qui transmettra, en France, à l'Autorité des

marchés financiers [AMF] qui aura la charge du contrôle de ces agences), le règlement contient des dispositions relatives au retrait de l'enregistrement, à la préservation de l'indépendance des agences et de leurs agents et aux méthodes de notation, méthodes qui devront être publiées. Les demandes d'enregistrement devront être effectuées par les agences existantes au plus tard le 7 septembre 2010.

L'entreprise est hardie lorsque l'on sait que les trois principales agences de notation sont toutes des sociétés enregistrées aux États-Unis et qu'il est difficile à l'Europe de peser lourdement dans ce domaine. Néanmoins, la tentative sera peut-être utile si elle contribue à renforcer l'éthique dans ce domaine devenu si essentiel au bon fonctionnement des marchés financiers (A. Prüm, *Les agences de notation dans la ligne de mire des politiques*, RD bancaire et fin., janv.-févr. 2009, 1). À défaut d'instaurer un régime de responsabilité civile des agences (elles sont protégées en droit américain par leur statut d'agence de presse et par les dispositions constitutionnelles relatives à la liberté de la presse), le règlement invite les États membres à prévoir un régime de sanctions applicables en cas de violation du règlement, des sanctions « *effectives, proportionnées et dissuasives* » (art. 36).

**La loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des PME.** – La loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 (JO 20 oct., p. 17410) contient un certain nombre de dispositions qui intéressent directement les opérations courantes de banque.

Tout d'abord, elle élève à un rang législatif (C. mon. fin., art. L. 313-12) la durée de soixante jours du préavis requis des banques pour réduire ou mettre fin aux crédits à durée indéterminée consentis aux entreprises. L'article D. 313-14-1 du Code monétaire et financier, qui contenait déjà la même règle, est abrogé. Plus substantiellement, une nouvelle obligation est ajoutée dans cet article, l'obligation pour la banque, sur demande de son client et de lui seulement, de fournir les raisons de la rupture ou de la réduction des concours. Cette nouvelle obligation de transparence ne représente pas vraiment une charge nouvelle pour les établissements dans la mesure où il est de pratique courante pour une banque d'expliquer les raisons de sa décision. Dans le même esprit de transparence, un nouvel article L. 313-12-1 est inséré dans le code permettant à une entreprise, et à elle seulement, d'obtenir des explications sur la notation de crédit que la banque lui attribue à l'occasion d'une opération de demande de crédit. Les banques, pour les besoins du calcul du ratio de solvabilité de l'entreprise, doivent en effet procéder soit à une notation interne du risque de crédit, soit utiliser une approche standard du risque (Arr. Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, 20 févr. 2007).

Une autre disposition de cette loi instaure un nouvel article L. 131-1-1 dans le Code monétaire et financier et qui concerne les dates de valeur applicables aux opérations de paiement par chèque libellé en euros. La banque ne pourra désormais « *différer de plus d'un jour ouvré de la*

date retenue pour sa comptabilisation sur un compte de dépôt ». Après l'uniformisation des jours de valeur liés aux remises de chèques « hors place » avec ceux applicables aux chèques « sur place », liée à la mise en œuvre de l'image chèque, qui concentre sur un seul site de compensation le paiement de tous les chèques (le Système interbancaire de télé-compensation) et la remise en cause du principe même des jours de valeur par la jurisprudence pour les opérations autres que l'encaissement des chèques (Cass. com., 6 avr. 1993, Bull. civ. IV, n° 138, p. 94, D. 1993, 310, note C. Gavaldà, JCP 1993, II, 22062, obs. J. Stoufflet ; Cass. com., 10 janv. 1995, D. 1995, 229), ou encore pour les consommateurs et les non-professionnels sous l'angle des clauses abusives (TGI Paris, 18 mai 2004 [2 décisions], BRDA 2004, n° 11), la loi vient ici uniformiser ce mode de rémunération indirecte du banquier pour toutes les remises à l'encaissement de chèques en euros. La règle était déjà connue en droit suédois, qui fixe toutefois ce délai à trois jours.

Cette nouvelle règle s'inscrit dans la suite logique de la transposition, dans l'article L. 133-14, I, du Code monétaire et financier (⇒ 002), 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. Dès lors, il est probable que les termes de « compte de dépôt » utilisés par le texte ne sont pas à prendre ici dans leur sens juridique, ce « compte de dépôt » se distinguant alors du compte courant. Ils signifient probablement un compte enregistrant des dépôts (v. le commentaire ci-dessus sur la transposition de la directive sur les services de paiement).

## II – COMPTES ET INSTRUMENTS DE PAIEMENT

### A – Cartes de paiement – chèques

**Anomalie apparente d'un chèque sur une mention non obligatoire.** – La banque sur laquelle est tiré un chèque se doit, avant d'en effectuer le paiement, non seulement d'en apprécier la régularité formelle, mais encore de réagir par rapport à toute anomalie visible quelle qu'en soit la nature. Confirmant sa jurisprudence (Cass. com., 9 juill. 2002, n° 00-22.788, FS-P, Bull. civ. IV, n° 427 ; adde Cass. com., 17 déc. 1980, Bull. civ. IV, n° 427), la Chambre commerciale de la Cour de cassation vient de rappeler ce devoir de vigilance à propos d'un chèque sur lequel, outre une falsification indécidable du nom du bénéficiaire, avait été ajoutée une quatrième série de chiffres au bas de la face recto (Cass. com., 7 juill. 2009, n° 08-18.251 ⇒ 003 D. 2009, p. 2108, obs. X. Delpech, JCP G 2009, n° 43, 360, note J. Lasserre-Capdeville). D'aucuns pourraient estimer que la solution est bien sévère puisque la falsification ne portait pas, en l'espèce, sur l'une des mentions obligatoires du chèque mais seulement sur des indications destinées à en faciliter le traitement informatique. Formellement, le chèque était donc parfaitement valable. Il n'en demeure pas

moins que la banque tirée ne saurait ignorer une anomalie qui saute aux yeux. Si elle le fait, elle prend le risque d'effectuer un paiement pour lequel le tireur n'avait pas donné son accord. Sa volonté réelle prend à nouveau le pas sur une forme imparfaite.

### B – Comptes

**Paiement en faveur du conjoint non titulaire d'une procuration – action subrogatoire.** – Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation apporte un éclairage utile sur l'autonomie bancaire des époux qu'affirme l'article 221 du Code civil (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juill. 2009, n° 08-17.300 ⇒ 004 RD bancaire et fin., nov. 2009, comm. 180, comm. F.-J. Crédot et T. Samin, JCP E 2009, n° 44, 2022, comm. E. Naudin, JCP N 2009, n° 49, 1329, comm. T. Douville, Banque et droit, nov.-déc. 2009, p. 35, obs. Th. Bonneau).

Marié sans contrat, un époux avait fait verser les arrérages de sa pension de retraite sur un compte d'épargne ouvert

### Extraits

#### ⇒ 002 C. mon. fin., art. L. 133-14

« I. – La date de valeur d'une somme portée au crédit du compte du bénéficiaire ne peut être postérieure à celle du jour ouvrable au cours duquel le montant de l'opération de paiement est crédité sur le compte du prestataire de services de paiement du bénéficiaire. Le prestataire de services de paiement du bénéficiaire met le montant de l'opération à disposition du bénéficiaire après que son propre compte a été crédité. La date de valeur du débit inscrit au compte de paiement du payeur ne peut être antérieure au jour où le montant de l'opération de paiement est débité de ce compte. Ces dispositions s'appliquent si l'un des prestataires de services de paiement impliqués dans l'opération est situé sur le territoire de la France métropolitaine, dans les départements d'outre-mer, à Saint-Martin, à Saint-Barthélemy, à Mayotte ou à Saint-Pierre-et-Miquelon. Toute stipulation contraire au présent I est réputée non écrite »

#### ⇒ 003 Cass. com., 7 juill. 2009, n° 08-18.251

« la banque, tenue de relever les anomalies apparentes d'un chèque qui lui est présenté, doit assumer les conséquences du risque qu'elle prend en s'en abstenant »

#### ⇒ 004 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juill. 2009, n° 08-17.300

« Mais attendu, d'une part, que l'article 221 du Code civil réserve à chaque époux la faculté de se faire ouvrir un compte personnel sans le consentement de l'autre, d'autre part, que le banquier dépositaire ne doit, aux termes de l'article 1937 du même code, restituer les fonds déposés qu'à celui au nom duquel le dépôt a été fait ou à celui qui a été indiqué pour les recevoir ; que la cour d'appel a relevé que si les opérations effectuées par l'épouse ont été rendues possibles par les négligences de la banque, celle-ci était fondée à se prévaloir du bénéfice de la subrogation dès lors que l'épouse n'avait pas le pouvoir de disposer des fonds déposés sur le compte ouvert au seul nom du mari ; que, par ce motif de pur droit, suggéré par la défense, l'arrêt se trouve légalement justifié (...) »

à son seul nom. Son épouse, qui ne disposait d'aucune procuration sur ce compte, avait procédé à une série de retraits et de virements. Sur plainte du mari, la banque a dû restituer à celui-ci les sommes prélevées, sans autorisation, par son épouse (v. dans le même sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 juill. 2001, n° 99-19.868, Bull. civ. I, n° 198, Dr. famille 2001, comm. n° 120, note B. Beignier : « le banquier qui, à la demande d'une épouse, transfère sur son compte personnel des titres figurant sur un compte ouvert au nom du mari engage sa responsabilité même s'il s'agit de biens communs sur lesquels chacun des époux dispose, conformément à l'article 1421, alinéa 1er, du Code civil, d'un pouvoir d'administration »). La banque s'est ensuite retournée contre cette dernière. Par un arrêt du 31 janvier 2008, la cour d'appel de Rouen fit droit à ce recours au motif que les pensions de retraite du mari constituaient un bien propre. Le pourvoi de l'épouse, arguant que lesdites pensions faisaient partie de la communauté, est rejeté par la Cour de cassation, qui fonde toutefois le recours de la banque contre l'épouse indélicat sur une subrogation. Il faut supposer que la Haute juridiction fait référence à la troisième hypothèse de subrogation légale prévue par l'article 1251 du Code civil (→ 005), la banque ayant repris la dette de l'épouse indélicat vis-à-vis de son époux titulaire du compte.

N'est-ce pas méconnaître toutefois la réelle portée de l'article 221 du Code civil, qui, loin d'établir un titre de propriété, n'instaure qu'une présomption de pouvoir de tout époux à l'égard des tiers teneurs de compte, dans le but d'assurer à chacun des époux la possibilité de gérer son compte sans devoir s'expliquer si, au regard de son régime matrimonial, il peut ou non librement disposer des sommes ou des titres déposés ?

Dans les rapports entre époux, le régime des biens ne se trouve pas altéré par l'article 221 du Code civil. S'agissant, comme en l'espèce, de biens communs, les époux jouissent d'un pouvoir concurrent qui est, en principe, exclusif de tout recours de l'un contre l'autre (C. civ., art. 1421). Aucune faute n'ayant été *a priori* reprochée à l'épouse indélicat dans la gestion des sommes prélevées sur le compte de son mari, celui-ci ne peut pas se retourner contre elle. On ne voit plus dans quel droit la banque peut se trouver subrogée.

Si la subrogation ne constitue pas le bon fondement pour permettre un recours de la banque contre l'épouse indélicat, n'existe-t-il pas d'autres justifications ? La cour d'appel de Lyon, dans un arrêt du 20 septembre 2001 (CA Lyon, 20 sept. 2001, JCP N 2003, 1008, note V. Brémond), avait cru pouvoir l'asseoir sur l'enrichissement sans cause. Mais la confusion des patrimoines des époux communs en biens et l'existence d'une faute contractuelle de la banque permettent difficilement d'envisager une action *de in rem verso* dans le contexte de l'affaire commentée. L'action en répétition de l'indu paraît offrir, au contraire, un fondement plus adéquat. L'épouse indélicat n'avait aucun pouvoir sur les sommes déposées et a donc profité d'un paiement indu. Cette action permet aussi de tenir compte de la faute commise par la banque – *solvens* – dans la mesure où elle a pu causer un préjudice à l'épouse –

*accipiens* –, préjudice qui peut consister, par exemple, dans le fait qu'elle ait pu consommer les sommes en question et ne dispose plus des liquidités pour les restituer (v. en ce sens, comm. précité E. Naudin sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juill. 2009, n° 08-17.300).

Outre le fait de ne pas emporter la conviction sur le plan juridique, en ce qui concerne le recours subrogatoire, l'arrêt de la Cour de cassation paraît également plus que discutable dans ses effets puisqu'il fait tout simplement fi de la négligence fautive de la banque. Or comment justifier que celle-ci puisse se défaire de l'argent qui lui a été confié par l'un des époux entre les mains de l'autre en sachant pertinemment qu'il n'était ni cotitulaire du compte, ni bénéficiaire d'une procuration ? L'autonomie bancaire des époux ne va décidément pas aussi loin !

### III – CRÉDITS

#### A – Généralités

**TEG et souscription de parts sociales.** – Taux effectif global (TEG) et souscription de parts sociales continuent de faire l'objet d'une résistance de la part des juges du fond (TI Poitiers, 13 mars 2009 → 006 et TGI Orléans, 16 janv. 2009 → 007 JCP E 2009, 2020, nos 15 et s., obs. R. Routier, RD bancaire et fin., juill.-août 2009, 44, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin). La controverse est connue. Dans les banques et organismes mutualistes, il est souvent demandé à ceux qui souhaitent devenir clients de souscrire au capital de la banque, symboliquement le plus souvent, afin de marquer leur adhésion aux principes du système coopératif. Si cette souscription se fait à l'occasion d'une opération de crédit, le coût de cette souscription doit-il alors être inclus dans le calcul

#### Extraits

##### → 005 C. civ., art. 1251

« La subrogation a lieu de plein droit : (...) 3° : au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter. »

##### → 006 TI Poitiers, 13 mars 2009

« Il est erroné de prétendre que la souscription de parts sociales présente un lien direct avec le crédit consenti par le prêteur. Les parts sociales, qui représentent la contrepartie financière d'un apport en numéraire pouvant donner lieu à versement d'intérêts, sont distinctes des frais visés à l'article L. 313-1 du Code de la consommation, lesquels s'analysent en débours exposés à fonds perdus au titre du prêt » (1<sup>re</sup> esp.)

##### → 007 TGI Orléans, 16 janv. 2009

« Ne doivent être intégrées au taux effectif global que les charges ayant un lien direct et exclusivement liées au prêt. Tel n'est pas le cas du coût de la souscription de parts sociales de l'organisme de caution mutuel garantissant les prêts, ce coût n'étant pas une charge mais un actif remboursable » (2<sup>e</sup> esp.)

du TEG ? La Cour de cassation y a répondu affirmativement (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 nov. 2004, n° 02-13.206, Bull. civ. I, n° 289) en considérant que le caractère obligatoire de cette souscription en faisait nécessairement un coût et qu'il devait en conséquence être pris en compte pour assurer la comparabilité des offres reçues de diverses banques, caractère qui constitue l'âme même du TEG. D'un autre côté, indépendamment du caractère obligatoire qui n'est pas toujours avéré en pratique, les partisans de la thèse inverse soulignent que les parts sociales portent intérêt et que, par ailleurs, elles constituent un actif remboursable, ce qui les rend non assimilables aux « frais » visés par l'article L. 313-1 du Code de la consommation. Les deux affirmations étant en elles-mêmes exactes, toute la question est dès lors de savoir laquelle doit prévaloir. L'argument de la comparabilité ne convainc pas vraiment, dans la mesure où, en n'incluant pas le prix de souscription des parts sociales, les TEG affichés par les divers établissements sont alors parfaitement comparables. Le prix affiché est bien alors celui proposé pour le même service, l'octroi d'un prêt. La condition supplémentaire de souscription apparaît bien alors comme détachable du crédit proposé et peut ainsi s'évaluer indépendamment de l'opération de crédit par l'emprunteur, qui en connaît précisément le prix. Il faut souhaiter, afin que cesse cette polémique, que la Cour de cassation le prenne en compte, le contraire aboutissant à une forme de distorsion de concurrence et de discrimination envers les organismes mutualistes. La question des taux d'intérêts, malgré les efforts d'harmonisation européenne, menace de soulever encore des difficultés dans d'autres domaines (P. Lutz, Taux débiteurs et TAEG dans la directive européenne sur le crédit aux consommateurs, D. 2009, 2955).

**Le vendeur d'un immeuble peut-il exiger du banquier ayant refusé un prêt communication du dossier de prêt et des notes internes de la banque ?** — Telle était la question à laquelle le juge a dû répondre, ce qu'il a fait par la négative (TGI Brest, ord., 29 juin 2009, Époux Bescond c/Époux Vaucher et a. n° 008 JGP N 2009, n° 38, 1268, obs. P. Bouteiller). En effet, des vendeurs malheureux de voir leurs acheteurs ne pas obtenir leur crédit immobilier et ainsi s'évanouir la perspective de vendre leur bien, mirent en doute la sincérité d'une lettre de refus motivée adressée par la banque sollicitée aux acheteurs désormais défaillants. L'article L. 312-15 du Code de la consommation prévoit que la promesse unilatérale de vente immobilière doit indiquer si le prix sera payé, en tout ou en partie, au moyen d'un prêt. Dès lors, le souci du vendeur de vérifier que l'acheteur potentiel a bien sollicité ce crédit, et éventuellement essuyé un refus, est en soi parfaitement justifié. En l'espèce, la banque avait bien adressé une lettre de refus explicite et motivée à l'emprunteur, mais le vendeur soupçonneux souhaitait avoir accès à l'entier dossier interne de la banque. Le juge estime sobrement que la lettre de la banque produite par l'acheteur était suffisante et que toute demande supplémentaire était dépourvue de légitimité.

Il aurait sans doute pu relever un autre argument en soulignant que la demande de communication faite par un tiers, ici les vendeurs, d'accéder au dossier remis par un client ou un client potentiel est nécessairement entravée par le secret professionnel du banquier. Si la demande avait été formulée par le client lui-même, la communication des pièces internes de la banque aurait pu également être refusée. En effet, si le secret bancaire n'est pas opposable au client qui en est le bénéficiaire, en revanche, le secret des affaires l'est à quiconque, y compris au client. La décision de la banque est suffisamment justifiée par une lettre de refus motivée, tout comme l'acceptation de la banque serait également suffisamment justifiée par l'envoi d'une offre ou l'octroi effectif du crédit, quand elle décide de l'accorder, sans qu'elle ait à fournir les documents internes établissant son processus interne de décision et qui lui reste propre.

## B – Garantie des crédits

L'étendue de la protection accordée par la loi n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003, dite loi « Dutreil », aux cautions qui se sont engagées vis-à-vis d'un créancier professionnel dépend largement de la définition que l'on retient de ce dernier. Deux décisions récentes viennent préciser les contours de cette catégorie originale. Dire que, hormis les banquiers, qui sont évidemment visés, le créancier professionnel ne peut être que celui qui bénéficie du cautionnement dans le cadre de sa profession reste sans doute une lapalissade. Faut-il alors se contenter d'un rapport quelconque avec la profession ou qualifier ce lien ? La Cour de cassation s'oriente vers une acception large de la notion.

Dans une première décision, elle exclut d'exiger que la catégorie soit limitée aux créanciers qui reçoivent ou ont vocation à recevoir à titre habituel des cautionnements (Cass. com., 25 juin 2009, n° 07-21.506, JGP E 2009, n° 1776, note B. Legeais). Un garagiste a ainsi été considéré comme un créancier professionnel.

Dans la même direction, la première chambre civile retient qu'une société créancière d'une autre à la suite d'une cession de ses parts dans celle-ci et la conversion en prêt d'un compte courant d'associé est un créancier professionnel vis-à-vis d'un associé de la société cessionnaire qui s'est porté caution pour elle (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juill.

### Extraits

➔ 008 TGI Brest, ord., 29 juin 2009, Époux Bescond c/Époux Vaucher et a.

« En l'absence de motif légitime venant fonder leur action basée sur les dispositions de l'article 145 du Code de procédure civile, la demande des époux B. sera rejetée, la lettre de refus de crédit par la banque paraissant de nature à établir que cette dernière avait bien étudié la demande, la refusant par des arguments révélant une analyse parfaitement professionnelle de la situation financière des requérants »



2009, n° 08-15.910, F-P + B + I., Banque et droit, sept.-oct. 2009, p. 44, note F. Jacob). Pour la Cour, « (...) au sens des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, le créancier professionnel s'entend de celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale (...) ».

La distinction que suggère la Cour entre le créancier dont la créance est née dans l'exercice de la profession – qui est toujours qualifié de professionnel – et celui dont la créance est simplement en rapport avec l'une de ses activités professionnelles, même accessoires, risque toutefois de soulever de délicats problèmes de preuve pour celui qui, souhaitant établir qu'il bénéficie d'un cautionnement valable, devra démontrer qu'il n'y a qu'un rapport indirect entre la créance garantie et ses activités. Cette subtilité mise à part, la Cour semble décidée à assurer le plus large champ d'application aux dispositions protectrices des cautions introduites par la loi « Dutreil ». La doctrine l'avait pressenti (L. Aynès, *La réforme du cautionnement par la loi Dutreil*, Dr. & patr. 2003, n° 120 ; P. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, Litec, 4<sup>e</sup> éd., n° 443).

**Une hypothèque offerte en garantie de la dette d'un tiers est un engagement nécessairement proportionné aux ressources du constituant.** – Par un arrêt de la Chambre commerciale du 24 mars 2009, signalé dans notre précédente chronique, la Cour de cassation a ouvert la voie à l'existence d'un devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit vis-à-vis d'un tiers garant. Elle refusait cependant d'en reconnaître le bénéfice à la « caution » réelle qui a restreint sa couverture à l'hypothèque d'un bien. La première chambre civile vient préciser la situation de celui qui constitue une hypothèque en garantie du crédit consenti à un tiers. Dans un arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2009 (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> juill. 2009, n° 07-18.824), elle décide qu'« une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire l'obligation d'autrui n'est pas un cautionnement et que, limitée au bien hypothéqué, elle est nécessairement proportionnée aux facultés contributives de son constituant ». Elle déduit par ailleurs de cette analyse, conforme à sa jurisprudence (Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, n° 03-18.210, Bull. civ. ch. mixte, n° 7), que les dispositions de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, instaurant une obligation d'information annuelle à la charge des banques bénéficiaires d'un cautionnement, ne sont pas applicables (v. dans le même sens déjà, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> févr. 2000, n° 98-11.390, Bull. civ. I, n° 33, p. 21).

**Le sort du cautionnement en cas de fusion-absorption de la société créancière serait-il aujourd'hui définitivement réglé ?** – Un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 30 juin 2009 semble l'indiquer (Cass. com., 30 juin 2009, n° 08-10.719, F-D, D. 2009, p. 2163, obs. A. Lienhard, Banque et droit, nov.-déc. 2009, p. 63, obs. N. Rontchevsky). Sous le visa de l'article 2015 devenu

l'article 2292 du Code civil, ensemble avec l'article L. 236-1 du Code de commerce, la Cour décide « qu'en cas de fusion de sociétés, par voie d'absorption d'une société par une autre, l'obligation de la caution qui s'était engagée envers la société absorbée, n'est maintenue pour la garantie des dettes nées postérieurement à la fusion que dans le cas d'une manifestation expresse de la volonté de la caution de s'engager envers la société absorbante ».

En l'occurrence, le gérant d'une société s'était porté caution solidaire envers une banque pour garantir le crédit que celle-ci avait consenti à la société pour financer l'acquisition d'un terrain à bâtir et des travaux de lotissement et couvrir une garantie d'achèvement. La banque dispensatrice du crédit fut absorbée par la suite par une autre banque. Assignée par cette dernière pour exécuter son engagement, la caution lui oppose l'argument qu'elle n'avait pas consenti à étendre son engagement à son profit. Constatant que le gérant avait, ès qualité, accepté de manière non équivoque la substitution de créancier en signant une offre de prorogation du crédit qui lui avait été adressée, à sa demande, par la banque absorbante, la cour d'appel ne retient pas cette objection et condamne le gérant à exécuter son cautionnement. Mais pour la Cour de cassation il n'y avait pas là une manifestation expresse de la volonté du gérant, pris en son nom personnel, de maintenir le cautionnement.

En exigeant le consentement exprès de la caution, plutôt que de s'attacher à l'effet de transmission universelle du patrimoine induit par une fusion, la Cour de cassation met en exergue le caractère *intuitu personae* du cautionnement. Bien qu'elle puisse paraître solidement fondée, l'approche ne convainc pas d'un point de vue pratique. Dans le cas de la fusion d'établissements de crédit, elle gêne considérablement la transmission des crédits garantis par des cautionnements en obligeant la banque absorbante à s'adresser à chaque caution pour lui demander de maintenir son engagement. Le coût de cette opération et le risque que certaines cautions refusent se répercuteront inévitablement sur les emprunteurs. Pour l'avenir, l'arrêt incite les banques à obliger les cautions à s'engager d'avance au bénéfice des personnes qui peuvent reprendre leur portefeuille de crédit, notamment à la suite d'une fusion-absorption. Les cautions ne gagneront rien à la standardisation de cette formule.

On regrettera donc que la Cour de cassation n'ait pas cherché une solution plus constructive. L'espoir nourri par ses arrêts du 8 novembre 2005 (v. Cass. com., 8 nov. 2005, nos 01-12.896 et 02-18.449, Dr. & patr. 2006, n° 151, p. 80) est déçu ! Il est d'autant plus que l'arrêt du 30 juin 2009 ne prend aucun soin de justifier sa solution autrement qu'à travers le visa de l'article 2292 nouveau du Code civil. Le débat dont cette question fait l'objet en doctrine depuis les arrêts de 2005, sur lequel la Cour de cassation elle-même a jugé nécessaire de revenir dans son Rapport annuel de l'année 2005 (p. 356), méritait une réponse d'une autre envergure que celle d'un arrêt péremptoire affiché au surplus comme ne méritant qu'une diffusion modeste (F-D). À l'heure de la restructuration du paysage bancaire,

notamment par voie de fusions d'établissements, c'est une occasion manquée.

#### IV – RESPONSABILITÉ DU BANQUIER DISPENSATEUR DE CRÉDIT

**Le devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit n'existe qu'à l'égard des emprunteurs non avertis et suppose que le crédit qui leur est proposé ne soit pas adapté au regard de leurs capacités financières.** – Il s'agit là de deux conditions cumulatives dont il importe peu de savoir dans quel ordre elles sont appréciées par les juridictions puisqu'il suffit que l'une fasse défaut pour que l'obligation n'existe point. Les hésitations suscitées par les arrêts de la Chambre mixte du 29 juin 2007 (v. Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, nos 05-21.104 et 06-11.673, Dr. & patr. 2007, n° 164, p. 77) – savoir si la vérification de la qualité de l'emprunteur s'imposait avant toute décharge de responsabilité du banquier – se trouvent aujourd'hui utilement dissipées tant par la Chambre commerciale de la Cour de cassation que par la première chambre civile. Pour l'une et l'autre, il importe peu que l'emprunteur soit profane ou non, si de toute manière le crédit qui lui est consenti n'emporte aucun risque d'endettement excessif. Après avoir donné un premier signe en ce sens (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 févr. 2009, n° 08-11.221, D. 2009, p. 625, obs. V. Avena-Robardet, Dr. & patr. 2009, n° 184, p. 101), la première chambre civile affirme, sans plus laisser planer de doute, qu'une cour d'appel qui constate qu'un prêt est adapté aux capacités financières des emprunteurs est en droit de conclure à l'absence de devoir de mise en garde sans avoir « à effectuer des recherches inopérantes » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 nov. 2009, n° 08-13.601 FS-P + B + I JCP E 2009, 2140, note D. Legeais, D. 25 nov. 2009, obs. V. Avena-Robardet). Sa position rejoint entièrement celle de la Chambre commerciale dans son arrêt du 7 juillet 2009 (Cass. com., 7 juill. 2009, n° 08-13.536 ➔ 009 FS-P + B, Banque et droit, sept.-oct. 2009, p. 26, obs. Th. Bonneau, JCP E 2009, 1948, note D. Legeais, D. 2009, p. 2318, obs. X. Delpech). Ce dernier arrêt présente un second intérêt en rappelant que le risque d'endettement excessif doit être apprécié seulement au regard de la situation patrimoniale dans laquelle se trouvent les emprunteurs au moment où le prêt leur est proposé. On voit d'ailleurs difficilement comment la banque pourrait devoir tenir compte d'éléments futurs purement hypothétiques. En l'occurrence, un emprunteur s'était plaint de ne pas avoir été mis en garde par son banquier alors que sa situation ne s'était dégradée qu'à la suite de son licenciement et du divorce avec son conjoint co-emprunteur. À juste titre, la Cour estime qu'il ne saurait être reproché à la banque de ne pas avoir intégré ces facteurs aléatoires dans son appréciation. De même, une banque ne saurait être tenue responsable d'avoir mal évalué la situation d'emprunteurs qui lui ont sciemment fourni des informations erronées sur leur situation (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 juin 2009, n° 08-16.434, Banque et droit, sept.-oct. 2009, p. 24, obs. Th. Bonneau). Une banque sollicitée par des époux en vue de l'obtention d'un prêt leur avait

demandé de remplir une fiche de renseignements sur laquelle ceux-ci déclaraient être propriétaires de leur résidence principale et disposer d'un revenu annuel moyen de près de 27 000 euros, soit environ 2 250 euros par mois. Un tel montant permettait de supporter le remboursement mensuel du prêt octroyé, à raison de 740 euros. Dans la réalité, cependant, les époux n'étaient que de simples usufruitiers de leur logement et leurs revenus étaient par ailleurs très irréguliers, provenant pour l'essentiel de l'activité, instable, d'agent commercial du mari. Ce dernier dut d'ailleurs déposer son bilan peu après. Une banque ne peut prévenir des emprunteurs du risque d'un endettement excessif si elle ne peut pas compter sur une collaboration loyale et honnête de ceux-ci dans l'évaluation de leur situation patrimoniale.

**Le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde s'analyse en la perte d'une chance de ne pas contracter.** – Devant certains errements des juridictions du fond, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, par un arrêt du 20 octobre 2009 (Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-20.274 ➔ 010 JCP E 2009, 2053, note D. Legeais), donne une qualification claire et précise au préjudice.

En l'occurrence, une banque avait consenti un prêt à un particulier pour financer l'acquisition d'un fonds de commerce. Sa responsabilité fut recherchée par la caution, mise en demeure de rembourser le crédit après la défaillance de l'emprunteur, et qui se plaignait de ne pas avoir été correctement mise en garde par le banquier lors de l'octroi du prêt. Devant les juridictions du fond, l'engagement de la caution se trouvait en quelque sorte compensé par l'allocation de dommages et intérêts correspondant aux échéances impayées.

#### Extraits

➔ 009 Cass. com., 7 juill. 2009, n° 08-13.536

« Dès lors qu'à la date de conclusion du contrat, le crédit était adapté au regard des capacités financières des emprunteurs et du risque d'endettement né de ce prêt, (...) il résulte que la banque, en l'absence d'un tel risque, n'était pas tenue à l'égard de ceux-ci d'un devoir de mise en garde, la cour d'appel, qui n'avait pas à effectuer des recherches inopérantes, a légalement justifié sa décision »

➔ 010 Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-20.274

« Vu l'article 1147 du Code civil ; Attendu que le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde s'analyse en la perte d'une chance de ne pas contracter ; Attendu que pour condamner la caisse à payer à Mme Y... une indemnité égale au montant de la dette, l'arrêt retient que le préjudice découlant du manquement de la caisse à son devoir de mise en garde envers Mme Y... consiste pour celle-ci à devoir faire face au remboursement du prêt consenti à Mme X... à concurrence du montant de son engagement ; Attendu qu'en statuant ainsi la cour d'appel a violé le texte susvisé (...) »

Concrètement, le manquement par la banque à son devoir de mise en garde n'avait cependant causé à la caution, pas plus d'ailleurs qu'à l'emprunteur, d'autre préjudice que la perte de la « chance » de ne pas garantir ou souscrire le prêt. Il fallait donc évaluer plus précisément l'hypothèse où la caution – en l'espèce la mère de l'emprunteur – ne se serait pas engagée, ce qui aurait conduit son fils à devoir sans doute renoncer également au prêt. Car, en matière de perte d'une chance, seule la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable donne lieu à indemnisation. La réparation doit logiquement être mesurée à la chance perdue. Celle-ci correspondra ainsi rarement à la totalité du gain manqué ou de la perte subie (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 avr. 2002, n° 00-13.314). Ces règles permettent de doser subtilement l'incidence du manquement reproché à la banque prêteuse par rapport à la disponibilité de l'emprunteur de s'endetter et de la caution de le garantir.

### V – OPÉRATIONS INTERNATIONALES

**Saisie des avoirs de banques centrales.** – La société Noga ayant un titre de créance contre la Fédération de Russie avait pratiqué un certain nombre de saisies-attributions sur les avoirs détenus par des banques françaises au nom de la Russie, mais également au nom de certaines de ses émanations, dont la Banque centrale de Russie. Elle avait essuyé un échec en première instance (cette chronique, Dr. & patr. 2008, n° 173, p. 100). La cour d'appel de Paris avait à se prononcer sur l'appel de l'une de ces décisions, celle du tribunal de grande instance de Paris du 7 mars 2008, qui avait ordonné la mainlevée. La cour d'appel (CA Paris, pôle 4, ch. 8, 17 sept. 2009, n° 08/05950, SA Compagnie Noga d'importation et d'exportation c/Banque centrale de la Fédération de Russie), sans surprise, reconnaît tout d'abord à la Banque centrale russe qualité pour demander la mainlevée de la saisie, ce que lui contestait Noga, qui lui attribuait bizarrement la qualité de tiers saisi. Surtout, la cour considère que les biens de la Banque centrale de la Fédération de Russie ne pouvaient être saisis en application de l'article L. 153-1 du Code monétaire et financier (→ 011), faute pour le saisissant d'établir que les fonds déposés par la Banque centrale dans les livres de la banque française appartenaient à la Russie ou bien que la Banque centrale serait une émanation de son pays, mais faute encore de pouvoir établir que les fonds saisis seraient affectés à une activité principale relevant du droit privé. La charge de la preuve est clairement mise sur le saisissant et non sur le demandeur à la mainlevée de la saisie pratiquée.

La cour d'appel suit ainsi la même argumentation que le premier juge, sans relever qu'en l'espèce aucune autorisation du juge de l'exécution n'avait été requise ou obtenue, comme le requiert pourtant l'article L. 153-1, alinéa 2, du Code monétaire et financier. Ce seul motif de pure procédure aurait pourtant suffi à justifier l'inefficacité de la saisie. La décision renforce cependant la protection des avoirs des banques centrales en France, ce qui était le but

poursuivi par la disposition du Code monétaire et financier introduite en 2005 en droit français (J.-P. Mattout, La saisie des avoirs de banques centrales étrangères et le tiers saisi, in Mélanges AEDBF France, t. V, Revue Banque Édition 2008, p. 305).

**Ententes dans le secteur bancaire, l'affaire du « Club Lombard ».** – Longtemps soumises à un droit de la concurrence largement dérogoratoire du droit commun, du fait de la spécificité de leur activité, les banques sont depuis longtemps largement intégrées dans le droit commun à cet égard (J.-P. de la Laurencie, Concurrence : les banques dans le droit commun, Rev. banque 2005, p. 44). L'affaire dite du « Club Lombard » avait donné lieu à une décision de la Commission européenne rendue le 11 juin 2002 (Déc. Comm. CE n° 2004/139, 11 juin 2002, aff. n° 36.571, JOUE 24 févr. 2004, n° L 56, p. 1), puis à une décision du Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) du 14 décembre 2006 (TPICE, 14 déc. 2006, aff. T-259/02 à T-264/02 et T-271/02). La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) avait à se prononcer sur le pourvoi frappant ces décisions, ce qu'elle fait dans cette décision (CJCE, 24 sept. 2009, aff. jointes C-125/07, C-133/07 P, C-135/07 P, C-137/07 P, Erste Group Bank et al., Europe nov. 2009, 33, obs. L. Idot). Les faits reprochés à l'ensemble des banques autrichiennes en cause visaient principalement la circonstance de s'être entendues entre elles sur l'application de nombreux tarifs applicables à plusieurs types de clientèles en matière de taux d'intérêt créditeurs et débiteurs, y compris en matière de financement des exportations, ainsi que sur des commissions et sur les tarifs des opérations sur titres. Autant dire que peu d'opérations échappaient à leur entente tarifaire.

L'argument du pourvoi qui retiendra ici l'attention est celui qui portait, selon les banques concernées, sur l'inapplicabilité du droit communautaire, et notamment de l'article 81, paragraphe 1, du Traité CE, à une entente horizontale purement nationale, qui avait longtemps été, de plus, couverte par des dispositions légales nationales. Il était reproché au TPICE d'avoir mal interprété la jurisprudence applicable, et notamment l'arrêt « Bagnasco »

#### Extraits

→ 011 C. mon. fin., art. L. 153-1 :

« Ne peuvent être saisis les biens de toute nature, notamment les avoirs de réserves de change, que les banques centrales ou les autorités monétaires étrangères détiennent ou gèrent pour leur compte ou celui de l'État ou des États étrangers dont elles relèvent.

Par exception aux dispositions du premier alinéa, le créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut solliciter du juge de l'exécution l'autorisation de poursuivre l'exécution forcée dans les conditions prévues par la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution s'il établit que les biens détenus ou gérés pour son propre compte par la banque centrale ou l'autorité monétaire étrangère font partie d'un patrimoine qu'elle affecte à une activité principale relevant du droit privé »

(CJCE, 21 janv. 1999, aff. C-215/96 et C-216/96, Rec. CJCE, I, p. 135), en retenant indûment qu'une pratique restrictive de concurrence appliquée à l'ensemble du territoire d'un État membre soit susceptible de contribuer au cloisonnement des marchés et à affecter les échanges intracommunautaires. Le débat se concentrait sur le point de savoir si un accord de portée nationale emportait nécessairement un effet de cloisonnement de ce marché national et entraînait alors tout aussi nécessairement une atteinte au marché intracommunautaire, susceptible alors d'être sanctionnée en application du droit communautaire et pas seulement du droit national.

La CJCE répond de façon précise et pragmatique. Elle ne lie pas abstraitement l'application du droit communautaire au caractère national de l'accord horizontal litigieux, elle en examine le contenu précis et ne fait découler son caractère d'entrave au commerce intracommunautaire et à la réalisation d'un marché unique que de son ampleur, ici exceptionnellement large. Le critère retenu pour l'affectation du commerce intracommunautaire, dont la CJCE rappelle qu'il suffit que cette affectation soit potentielle, tient à ce « qu'il (l'accord horizontal litigieux) *couvrait une très large gamme de produits et de services bancaires et qu'il s'étendait sur la totalité du territoire* ». Cette double condition paraît un gage de sécurité dans la mesure où elle n'inclut pas les accords interbancaires ponctuels qui peuvent intervenir dans ce secteur, notamment du fait de la nécessité pour celui-ci, dans certaines de ses activités, de fonctionner en réseau. À l'heure où les commissions interbancaires liées aux services de paiement font l'objet d'une grande attention de la part des autorités de concurrence, tant nationales qu'européennes, le rappel est salutaire.

**De nouvelles règles uniformes de la Chambre de commerce internationale relatives aux garanties à première demande.** – La garantie à première demande est un instrument élaboré par la pratique que la Chambre de commerce internationale (CCI) a tenté d'encadrer, comme elle l'a fait depuis longtemps et avec grand succès pour le crédit documentaire avec ses règles et usances. Dans une première tentative, elle a élaboré des règles uniformes pour les garanties contractuelles (Brochure n° 325), qui visaient à établir un instrument hybride, à mi-chemin entre le cautionnement et la garantie autonome. Ce fut un cuisant échec, les opérateurs de marché, et surtout les bénéficiaires, refusant de les adopter. Elle remit le travail sur le métier et élaborera, en 1992, la première version des règles uniformes relatives aux garanties sur demande (Brochure n° 458), qui connurent un meilleur sort, sans toutefois devenir le standard du marché. Malgré le progrès significatif que ces règles apportaient (J.-P. Mattout et A. Prüm, *Les règles uniformes de la CCI pour les garanties sur demande*, Banque et droit, juill.-août 1993, 3), nombre de bénéficiaires continuèrent de s'opposer au principe même de devoir motiver l'appel de la garantie, selon le principe contenu dans son article 20. Ce sont ces **règles n° 458** qui ont fait l'objet d'une révision et qui entreront en application pour les garanties émises à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2010 (Brochure n° 758).

En effet, la commission des techniques et pratiques bancaires et la commission des pratiques commerciales de la CCI viennent de les adopter, en novembre 2009, à l'unanimité de leurs membres, à l'exception toutefois de l'Allemagne, qui s'était d'ailleurs déjà opposée à leur première version.

Tout d'abord, ces règles sont, sur le plan de la forme, d'une grande clarté et utilisent les techniques rédactionnelles articulées autour de termes préalablement définis et de règles d'interprétation. Elles reprennent, sur nombre de points, les RUU 600 relatives aux crédits documentaires. Sur le fond, le reproche qui pouvait être adressé à leur première version, à savoir d'avoir insuffisamment pris en compte le rôle de la contre-garantie, a disparu. Désormais, les règles n° 758 prennent soin de préciser systématiquement le rôle du garant et celui du contre-garant.

Si les principes fondamentaux ne sont naturellement pas modifiés – indépendance par rapport au contrat sous-jacent et entre garantie et contre-garantie –, l'article 15 prévoit toujours, sauf stipulation expresse contraire, le principe selon lequel une demande de paiement doit indiquer le manquement invoqué par le bénéficiaire pour former sa demande, même si ni le garant ni le contre-garant n'ont à vérifier le bien-fondé de ce motif avant d'honorer leur engagement. L'article 16, fruit d'un délicat compromis, affirme l'obligation pour le garant et le contre-garant d'informer sans délai leur donneur d'ordres avant de payer ou de proroger. En application du principe d'indépendance de ces instruments, cette obligation d'informer ne prive pas le garant et le contre-garant du droit de prendre seuls la décision de payer dans les cinq jours (art. 20). Parmi les dispositions les plus novatrices, il faut signaler particulièrement :

– l'article 21, qui prévoit que la garantie doit être payée dans la monnaie dans laquelle elle est stipulée, mais qui offre la possibilité alternative, dans certains cas, de payer dans la monnaie du lieu de paiement ;

– l'article 23, sur la pratique du « prorogez ou payez », qui prévoit, dans ce cas, la possibilité pour le garant de suspendre le paiement pour une période de vingt jours maximum, et pour le contre-garant également, mais pour une durée réduite, et à défaut de consentir à la prorogation demandée, de devoir payer, même si les instructions du donneur d'ordres sont de proroger ;

– l'article 26, sur la force majeure, qui organise, dans le cas où la garantie expirerait pendant une période de force majeure, une prorogation automatique de trente jours calendaires et, dans le cas où la demande aurait été faite avant que survienne le cas de force majeure mais où le paiement n'aurait pu être effectué du fait de cette force majeure, une obligation de payer lorsque cesse cette force majeure, même si l'expiration de la garantie est survenue dans l'intervalle.

L'avenir dira si cette nouvelle version des règles connaîtra enfin le succès qu'elle mérite. La CCI va élaborer des modèles de garanties intégrant pleinement les règles n° 758 ainsi qu'un guide pratique d'utilisation. Une version française de ces règles est également en préparation. ■