

Droit bancaire



Jean-Pierre Mattout,

Avocat associé, Kramer Levin, Professeur-associé à l'Université Panthéon-Assas (Paris II),

André Prüm,

Professeur agrégé, Doyen de la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg

Janvier-juin 2008 : Un contexte international source d'influence et de tensions

La difficile conciliation entre la dimension internationale de nombreuses opérations et la portée essentiellement territoriale des droits nationaux se trouve au cœur des décisions probablement les plus intéressantes commentées dans la présente chronique. La jurisprudence y interprète, pour la première fois, le nouveau dispositif législatif destiné à protéger, sous certaines conditions, les avoirs que détiennent les banques centrales étrangères sur le sol français. Elle prend position, de manière discutable, sur les effets qu'une saisie pratiquée au siège social français d'une banque est susceptible de produire auprès d'une succursale étrangère ou apprécie encore les conséquences d'un boycott économique édicté à l'étranger.

Au delà de ces tensions, le droit s'enrichit aussi au contact des expériences internationales. La crise des *subprimes* inspire les nouvelles mesures de protection des emprunteurs à taux variables décidées par le législateur ou adoptées spontanément par les professionnels. Son influence se fait également sentir dans le renforcement du devoir d'information et de vigilance que la jurisprudence met à leur charge.

I – LÉGISLATION/RÈGLES PROFESSIONNELLES

A – Directive sur le crédit aux consommateurs

Le marché de la banque de détail peine à acquérir une véritable dimension européenne (Banque Centrale Européenne, *Financial Integration in Europe*, April 2008). Rares demeurent les clients qui ouvrent un compte dans une banque établie dans un autre État membre que celui de leur résidence ou prennent un crédit auprès d'un tel établissement. En même temps, l'activité de banque de détail représente une part significative du chiffre d'affaires global des établissements de crédit. Les prêts à la consommation alimentent à eux seuls un marché estimé à 800 milliards d'euros, dont moins d'un pourcent provient d'opérations transfrontières (Commission européenne, comm. IP/08/55, 16 janv. 2008). La

préférence des clients à traiter avec un établissement géographiquement proche n'explique pas pleinement cette situation. Elle tient aussi à la difficulté qu'ils éprouvent à comparer les offres de banques situées dans d'autres états et à une certaine crainte de conclure une opération soumise à un régime différent de celui offert par une banque locale. Convaincue que les banques aussi bien que leurs clients ne peuvent tirer que des avantages d'un marché européen intégré, la Commission européenne s'efforce de lutter contre sa fragmentation actuelle.

La recherche d'un plus haut degré d'harmonisation des règles applicables aux crédits à la consommation figure depuis plusieurs années parmi ses priorités. Son ambition de faire évoluer les règles de protection minimales, contenues dans la directive du 22 décembre 1986 (Dir. Cons. CE n° 87/102, 22 déc. 1986) destinées à rapprocher les règles relatives au crédit à la consommation en vigueur dans

Sommaire

I - LÉGISLATION/RÈGLES
PROFESSIONNELLES

A - Directive sur le crédit aux
consommateurs 90

Dir. CE n° 2008/48, 23 avr. 2008
L. n° 2008-3, 3 janv. 2008, pour
le développement de la concurrence
au service des consommateurs

B - Engagements professionnels
Engagements AFECEL, 22 mai
2008 92

L. n° 2008-3, 3 janv. 2008, pour
le développement de la concurrence
au service des consommateurs
Cass. crim., 19 mars 2008,
n° 07-85.054 (opérations de banque,
violation du monopole bancaire)
CE, 16 janv. 2008,
n° 292790 (fautes de gestion à l'égard
de l'Etat et de collectivités)
Cass. com., 26 févr. 2008,
n° 07-10.761 (couverture d'opérations à
terme, obligations de bonne conduite,
inexécution)

II - COMPTES ET INSTRUMENTS
DE PAIEMENT

A - Chèques 94

Cass. com., 15 avr. 2008,
n° 06-13.346 (chèque perdu,
subrogation de la banque contre
le débiteur du tireur)

B - Cartes de paiement 95

Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2008,
n° 07-10.186 (carte dérobée, preuve
d'une négligence constituant une faute
lourde)

III - CRÉDITS

A - Généralités 95

Cass. com., 5 févr. 2008,
n° 06-20.783 (TEG, inclusion des frais
de forage)
Dir. CE n° 2008/48, 23 avr. 2008,
art. 19 al. 1 et 2
Cass. com., 10 juin 2008,
n° 06-18.906 et 06-19.905 (TEG,
point de départ de l'action en nullité)
Cass. 3^e civ., 21 mai 2008,
n° 07-12.848 (crédit-bail immobilier,
clause pénale)

B - Garanties 97

Cass. com., 1^{er} avr. 2008,
n° 06-21.458 (cession de créances,
procédure collective, opposabilité au
débiteur cédé)
Cass. com., 15 avr. 2008,
n° 03-15.969 (titrisation, compatibilité
avec le retrait litigieux)
Cass. com., 27 mai 2008,
n° 07-11.428 (titrisation, compatibilité
avec le retrait litigieux, créance
individualisable)

IV - RESPONSABILITÉ
DU BANQUIER 98

Cass. com., 27 mai 2008,
n° 07-15.132 (devoir de vigilance,
pouvoirs des représentants d'une personne
morale)
Cass. com., 4 mars 2008,
n° 04-16.280 (devoir d'information,
compte-espèces associé au PEA)
Cass. com., 24 juin 2008,
n° 06-21.798 (devoir de cohérence
de l'information, délivrée, publicité)

Cass. com., 26 mars 2008,
n° 07-11.554 (obligation d'information,
client averti)
Cass. com., 12 févr. 2008, n° 06-
20.835 et 07-10.038 (obligation de
vérifier le degré de connaissance du client)
Cass. com., 8 avr. 2008, n° 07-13.013
(connaissance de la situation personnelle
du client, conseil inadapté, faute)

V - OPÉRATIONS
INTERNATIONALES 99

Cass. 2^e civ., 14 févr. 2008,
n° 05-16.167 (saisie au siège social
français d'une banque, effets sur la
succursale étrangère)
Cass. crim., 18 déc. 2007,
n° 06-82.245 (boycott économique)
Cass. crim., 12 déc. 2007, n° 07-
83.228 (communication de preuves)
TGI Paris, Juge de l'exécution,
24 janv. 2008 (saisie en France des avoirs
de banques centrales étrangères)
- n° RG 07/85428, Bank Markazi
c/Seth Charles (Klein), Ben Haim et al ;
- n° RG 07/85429, Bank Markazi
c/Jenny Rubin et al.
CA Paris, 10 mars 2008, 1^{er} ch.,
n° 08/01119, Sth Charles (Klein) Ben
Haim c/Bank Markazi (saisie en France
des avoirs de banques centrales étrangères)
TGI Paris, 7 mars 2008, n° 08/80538,
Banque Centrale de la Fédération de
Russie c/SA Cie Noga d'Importation
et d'Exportation (saisie en France des
avoirs de banques centrales étrangères)
TGI Nanterre, 6 mai 2008,
n° 08/02116, Banque Centrale de la
Fédération de Russie c/SA Cie Noga
d'Importation et d'Exportation (idem)

les États membres, vers une harmonisation plus complète s'est heurtée à de vives réticences. Après moult péripéties, un compromis a finalement été atteint entre la Commission, le Conseil et le Parlement, en début d'année, qui a permis l'adoption, le 7 avril 2008, de la nouvelle directive concernant les contrats de crédit aux consommateurs (Dir. CE n° 2008/48, 23 avr. 2008, JOUE n° L 133, 22 mai 2008, p. 66 ; RTD com., 2008, p. 395, obs. D. Legeais).

La nouveauté essentielle de ce texte réside dans l'obligation qu'il fait aux États membres d'aligner leur législation dans les domaines harmonisés sur les règles de la directive sans pouvoir prévoir des mesures de protection renforcées au profit des consommateurs. En d'autres mots, la directive accomplit bel et bien une harmonisation maximale - qu'il est devenu politiquement plus correct de nommer « complète ». La solution s'imposait pour faire fi de l'éclatement du marché unique en marchés nationaux et des distorsions de concurrence qui

les caractérisent. Sous couvert de vouloir assurer à leurs résidents le plus haut degré de protection, les États n'ont pas mis l'harmonisation maximale surtout au service d'une politique protectionniste ?

Elle n'a toutefois été possible qu'au prix de compromis relatifs au champ d'application de la directive et à l'étendue du domaine harmonisé. La directive couvre essentiellement les crédits à la consommation, quelle qu'en soit la forme - prêt, autorisation de découvert... - d'un montant allant de 200 à 75 000 euros. Les prêts hypothécaires au sens large et les crédits liés aux cartes sont exclus. L'harmonisation porte logiquement sur la publicité, l'information des emprunteurs, personnes physiques ou morales, le calcul du taux annuel effectif global et la protection des emprunteurs à travers le droit de rétractation et le droit de remboursement anticipé dans des conditions financières équitables. Les nouvelles règles appellent quelques ajustements du droit français sur ces

points. Sans le bouleverser, elles conduiront à éclaircir et à simplifier certains éléments, en écartant, par exemple, les différences qui subsistent entre les comptes de dépôts et les comptes courants qui paraissent de plus en plus superficielles (dans le même sens, v. obs. précitées de D. Legeais). Par la loi Chatel du 3 janvier 2008 (L. n° 2008-3, 3 janv. 2008, JO 4 janv., v. ci-après), le législateur français a déjà adopté les mesures prévues spécifiquement pour les crédits à taux variables. L'obligation faite aux prêteurs et à leurs intermédiaires de vérifier la solvabilité des futurs clients et de leur prêter une assistance pour choisir la solution qui leur sied le mieux ne font guère que confirmer la jurisprudence. Touchant plus la forme que le fond, la standardisation de la publicité et de l'information précontractuelle produira probablement l'effet le plus marquant en ce qu'elle stimulera une saine concurrence au bénéfice des futurs clients comme des banques elles-mêmes, obligées de présenter leurs offres de telle manière à ce qu'elles puissent être aisément comparées. Il ne reste qu'à espérer qu'elles saisiront maintenant l'opportunité de solliciter les clients sur un plan européen, dès avant l'expiration du délai de transposition de la directive, le 12 mai 2010.

B – Engagements professionnels

Les prêts à taux variables sont particulièrement risqués pour les emprunteurs non aguerris qui peuvent se laisser tenter dans une période où les taux sont particulièrement bas, comme c'est encore le cas aujourd'hui, par des endettements dont ils n'arriveront plus à supporter la charge lorsque les taux monteront de manière significative. Très populaires dans les pays anglo-saxons, les crédits à taux variables restent encore peu prisés par les emprunteurs français. Selon l'Observatoire du financement des marchés résidentiels, seuls 4,4 % des crédits souscrits en 2007 étaient à taux variables contre 8 % en 2006. La liquidité, par moment réduite des marchés monétaires, pourrait toutefois inciter les banques à favoriser ces crédits.

Un tel développement doit s'accompagner de mesures de protection des emprunteurs afin qu'ils n'en deviennent les victimes. L'initiative récente prise conjointement par la Fédération bancaire française et l'Association des sociétés financières de s'engager à respecter **douze mesures de protections essentielles** des futurs emprunteurs mérite d'être applaudie (Fédération bancaire française, communiqué, 22 mai 2008, www.fbf.fr ; JCP E, n° 23, 5 juin 2008, p. 13, 1740). Les engagements consistent notamment à présenter aux candidats à un crédit à taux variable une alternative de prêt à taux fixe ou à taux dit maîtrisable comportant soit un plafond d'évolution du taux, soit une limite d'évolution des mensualités et de la durée ; à lui communiquer systématiquement des simulations-types et une information renforcée sur les possibilités et les conditions pour passer à un taux variable. Les banques s'obligent aussi à abandonner les taux d'ap-

pel par lesquels des clients peuvent être incités à souscrire un crédit ne comportant que des mensualités réduites pendant les premiers mois, technique dont la crise des subprimes a révélé les effets pervers. L'effort d'autodiscipline vient utilement compléter les obligations d'information introduites par la loi Chatel (voir ci-dessous) en montrant qu'une régulation performante des activités bancaires et financières doit de plus en plus être le fruit d'un dialogue constructif entre leurs acteurs, les autorités et le législateur.

La loi Chatel du 3 janvier 2008 sur le développement de la concurrence au service des consommateurs consacre quelques-unes de ses dispositions au secteur bancaire. Elles concernent principalement la **transparence tarifaire et l'extension de la médiation bancaire** (P. Bouteiller, Les nouvelles mesures régissant les relations entre les établissements de crédit et leurs clients, RLDA n° 24, 2008, p. 30).

Ainsi, chaque mois de janvier, et pour la première fois en 2009 au titre de l'année 2008, un relevé, distinct du relevé de compte, devra être adressé, sans frais, aux clients personnes physiques (agissant ou non pour leurs besoins professionnels) et aux associations, récapitulant les frais perçus par la banque l'année précédente au titre des produits et services fournis dans le cadre de la gestion du compte de dépôt, y compris les intérêts (C. mon. fin., art. L. 312-1-1, II). Il n'inclura pas, pour le moment, les sommes payées et liées, par exemple, aux comptes-titres ou aux crédits en cours.

Par ailleurs, le législateur, dans la même loi, étend le champ d'application de la médiation bancaire. Alors que celui-ci était limité aux litiges relatifs aux ouvertures, au fonctionnement et à la clôture des comptes de dépôt et à ceux liés à la vente subordonnée ou aux primes de produits et services bancaires, il est désormais étendu à la totalité des litiges avec des personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels et relatifs au crédit et à l'épargne, incluant toutes les opérations de banque, les services d'investissement et les services connexes (C. mon. fin., art. L. 312-1-3).

Enfin, première retombée sans doute de la crise des *subprimes*, l'information de l'emprunteur à taux variable est renforcée par l'envoi de tableaux de simulation (C. consom., art. L. 312-8, 2° bis) et une information annuelle (C. consom., art. L. 312-14-2).

Le mouvement législatif se poursuit et s'amplifie en faveur de l'information des clients dans l'espoir de les inciter à faire jouer davantage la concurrence entre banques et qui passe par ce qu'il est convenu d'appeler désormais la **mobilité bancaire**, que le droit communautaire, de son côté, essaye également de favoriser.

La complicité dans l'accomplissement d'opérations de banque en violation du monopole bancaire, en l'occurrence la réception de fonds du public et le transfert de ces fonds, devient punissable indépendamment de la condition d'habitude posée pour l'auteur principal. Le complice dans cette affaire savait que l'auteur principal violait, de façon habituelle, le mono-

pole et cela a suffi à la cour pour considérer que le complice n'ayant participé lui-même qu'à un seul acte était punissable (**Cass. crim., 19 mars 2008, n° 07-85.054 ➔ 001** Droit pénal, JCP juin 2008, p. 36, n° 89). L'environnement « colombien » de l'affaire et la qualité d'ancien inspecteur des impôts du complice semblent avoir pesé sur la solution, même s'il est vrai que l'article 121-7 du Code pénal, qui détermine les actes constitutifs de la complicité punissable, n'exige nullement l'habitude. L'arrêt prend soin de constater qu'il avait connaissance du fait que l'auteur principal agissait de façon habituelle et illicite. L'emprunt de criminalité du complice aboutit à la reprise de l'entier passé de l'auteur principal, permettant ainsi la répression de tous les complices, même si l'auteur principal prend soin d'en changer à chaque opération illicite.

La cour de discipline budgétaire et financière n'est pas une juridiction faisant souvent l'objet de l'attention des juristes de droit bancaire. Cependant, celle-ci est compétente, en vertu de la loi du 25 septembre 1948, pour connaître et sanctionner les **fautes de gestion commises à l'égard de l'État et de diverses collectivités** (C. jur. fin., art. L. 312-1 et s.). Cette cour avait, le 24 février 2006 (CDBF, 24 févr. 2006, Lebon 650 ; AJDA 2006, 1249, chron. N. Groper et C. Michaut ; JCP 2006, II, 10152, note J-P Gastinel) prononcé une sanction contre l'ancien président du Crédit Lyonnais, dont celui-ci demandait l'annulation au Conseil d'État. Après avoir considéré que l'amende qui lui avait été infligée ne revêtait pas le caractère d'une sanction pénale, ni d'une sanction disciplinaire ou professionnelle au sens de la loi d'amnistie du 3 août 1995, et qu'en conséquence il ne pouvait en bénéficier, il rejette la demande formulée sur tous les points (**CE, 16 janv. 2008, n° 292790, AJDA 26 mai 2008, p. 1000, note M. Collet**).

À un moment où la dépénalisation du droit des affaires est relancée par le rapport Coulon (La dépénalisation de la vie des affaires, La Documentation française, 2008) et tout particulièrement sur la question du cumul de sanctions par le droit pénal et par le droit boursier (ou encore celui de la concurrence) pour certains comportements, aboutissant à une forme de « double peine », cette affaire en révèle une autre manifestation puisque le même comportement, déjà condamné par le juge pénal, aboutit ici à une nouvelle sanction par un autre juge.

Sur le fond, le message délivré est aussi important, même si la privatisation quasi complète du secteur bancaire n'expose plus ses dirigeants que marginalement aux possibles sanctions de cette Cour. Il n'en demeure pas moins que la Commission bancaire peut aussi sanctionner les dirigeants de toutes les banques et que la démarche du juge administratif peut sans doute être pour elle source d'inspiration.

Le Conseil d'État retient en l'espèce une faute de gestion par abstention, qu'il qualifie de « *manquement au devoir de contrôle et de surveillance inhérent à ses fonctions* » de dirigeant. Les reproches, validés par le Conseil d'État, apparaissent, par contraste, comme un guide de bonne conduite, sans doute transposable à bien des situations

extérieures à la gestion des deniers publics, à savoir : « *d'une part, les usages prudentiels applicables aux établissements financiers et bancaires, qui comportent notamment le devoir de s'informer sur la situation réelle de l'emprunteur et le devoir de prudence dans l'instruction et le suivi des dossiers, ainsi que la nécessité de soumettre préalablement à une instance collégiale la décision d'octroi des crédits d'un montant élevé et, d'autre part, le principe selon lequel il revient aux représentants d'une société de veiller à la sauvegarde des intérêts matériels dont ils assurent la gestion, par la mise en œuvre des procédures d'évaluation et de contrôle* ».

Il ajoute, la faute de gestion reprochée étant intervenue dans une filiale, dont le dirigeant du Crédit Lyonnais était président du conseil d'administration puis du conseil de surveillance, que « *le devoir de contrôle et de surveillance qui incombe au dirigeant d'un groupe bancaire ne peut se limiter aux opérations de la maison mère, lorsque les opérations menées par des filiales revêtent une importance économique et financière caractérisée pour l'ensemble du groupe et que ces filiales disposent d'une autonomie réduite* ».

On reconnaîtra là le réalisme d'approche du droit public, même si l'on regrettera l'ignorance concrète de la règle *non bis in idem* que ces procédures consacrent au nom d'un principe d'exemplarité hautement discutable. Un léger changement de perspective permet au juge, à législation constante, d'infléchir le cours de sa propre jurisprudence. La banque Cortal vient d'en faire l'expérience, après tant d'autres. En effet, il était bien établi que l'obligation de couverture concernant les opérations sur marché à terme était une règle de protection des marchés et de ses professionnels et que le client qui avait « bénéficié » de la souplesse de son banquier, qui n'avait pas imposé la constitution ou l'adaptation stricte de la couverture, ne pouvait ensuite lui en faire grief lorsque celui-ci liquidait d'office sa position perdante (Cass. com., 5 nov. 1991, n° 89-18.005, Bull. civ. IV, n° 327 ; Cass. com., 8 juill. 2003, n° 00-18.941, Bull. IV n° 118).

En vertu d'un fondement, complémentaire à l'article 1147 du Code civil traditionnellement visé, et désormais puisé par la Cour de cassation dans le Code monétaire et financier, il en ira autrement (**Cass. com., 26 févr. 2008, n° 07-10.761 ➔ 002** JCP E 2008, I, n° 129 ; J. Stoufflet et N. Mathey, Chr. de droit bancaire, JCP E 2008, I, 1768, n° 33 ; Banque et droit, mars-avr. 2008, p. 24, obs. H. de Vauplane, J.-J. Daigre et al. ; RDBF mai-juin 2008, 51, obs. A-C Muller).

Le recours aux dispositions de l'article L. 533-4 du Code monétaire et financier, qui prescrit des obligations de bonne conduite aux prestataires de services d'investissement, offre des ressources inépuisables à la jurisprudence par la généralité de ses termes. Il faudra

Extraits

➔001 : : **Cass. crim. 19 mars 2008, n° 07-85.054**
 « ... Pour être punissable, la complicité d'une infraction d'habitude n'exige pas l'aide du prévenu à au moins deux actes de l'infraction principale... »

Chroniques

dorénavant en tenir compte comme source possible de mise en cause de la responsabilité civile des prestataires. La Cour semble ainsi considérer que ces « *réglementations applicables à l'exercice de leurs activités* », concourent désormais, d'une manière ou d'une autre « *à promouvoir au mieux les intérêts de leurs clients et l'intégrité des marchés* », pour reprendre les termes de l'article L. 533-4 7° du Code monétaire et financier, alors applicable. À terme, la jurisprudence sur le refus d'appliquer la sanction civile de la nullité aux opérations de banque conclues nonobstant l'absence d'agrément de l'établis-

Extraits

►002 : Cass. com., 26 févr. 2008, n° 07-10.761

« ... Vu l'article 1147 du Code civil, ensemble l'article L. 533-4 du Code monétaire et financier, dans sa rédaction alors applicable ;

Attendu qu'aux termes du second de ces textes, le prestataire de services d'investissement est tenu d'exercer son activité avec la compétence, le soin et la diligence qui s'imposent, au mieux des intérêts de ses clients et de l'intégrité du marché, ainsi que de se conformer à toutes les réglementations applicables à l'exercice de son activité de manière à promouvoir au mieux les intérêts de son client et l'intégrité du marché ; qu'il résulte du premier qu'il est tenu de réparer les conséquences dommageables de l'inexécution de ces obligations ;

Attendu que pour rejeter les demandes présentées par M. X sur le fondement de manquements imputés à la banque au regard de l'obligation de couverture, l'arrêt retient qu'il est de principe que le donneur d'ordres ne peut invoquer à son profit le non-respect de cette obligation, celle-ci n'étant édictée que dans l'intérêt de l'opérateur et afin de pourvoir à la sécurité des marchés, mais non dans le sien propre, ce qui rend son moyen de ce chef inopérant ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés... »

►003 : C. mon. fin., art. L. 132-3

« Le titulaire d'une carte mentionnée à l'article L. 132-1 supporte la perte subie, en cas de perte ou de vol, avant la mise en opposition prévue à l'article L. 132-2, dans la limite d'un plafond qui ne peut dépasser 400 euros. Toutefois, s'il a agi avec une négligence constituant une faute lourde ou si, après la perte ou le vol de ladite carte, il n'a pas effectué la mise en opposition dans les meilleurs délais, compte tenu de ses habitudes d'utilisation de la carte, le plafond prévu à la phrase précédente n'est pas applicable. Le contrat entre le titulaire de la carte et l'émetteur peut cependant prévoir le délai de mise en opposition au-delà duquel le titulaire de la carte est privé du bénéfice du plafond prévu au présent alinéa. Ce délai ne peut être inférieur à deux jours francs après la perte ou le vol de la carte.

Le plafond visé à l'alinéa précédent est porté à 275 euros au 1^{er} janvier 2002 et à 150 euros à compter du 1^{er} janvier 2003 » d'une telle faute... »

sement bancaire, basée aussi sur le fondement de la règle réputée ne concerner que la protection de l'intérêt général, pourrait être à nouveau modifiée, à rebours de la position adoptée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 4 mars 2005 (Cass. ass. plén., 4 mars 2005, n° 03-11.725, Dr. & patr., n°143, déc. 2005, p. 97, J.-P. Mattout et A. Prüm ; D. R. Martin et H. Synvet, RD bancaire et fin. 2008, n° 3, p. 871).

La crise financière et boursière conduit sans doute le juge à jeter un regard différent sur des situations maintes fois répétées et à faire évoluer le droit jurisprudentiel, à droit écrit constant, afin d'étendre la protection des clients.

II – COMPTES ET INSTRUMENTS DE PAIEMENT

A – Chèques

Lorsque la Chambre commerciale de la Cour de cassation se contente d'une motivation sommaire, sa décision prend parfois une allure plus péremptoire que convaincante. Son arrêt du 15 avril 2008, à propos d'une affaire apparemment banale de perte de chèque pêche par ce défaut (Cass. com., 15 avr. 2008, n° 06-13.346, FS-P + B, SAS Banque BCP c/Benhaim, D. 2008 p. 1404, obs. Avena-Robardet). Un banquier, qui avait avancé à son client le montant de deux chèques avant de les avoir perdus, essayait d'en recouvrer néanmoins le montant contre le tireur. Le juge de fond estima qu'il ne pouvait se prévaloir d'aucune créance contre le tireur et rejeta sa demande. La Cour casse en retenant, sans autre explication que « *la banque pouvait exercer l'action en recouvrement de sa créance à l'égard de laquelle elle était légalement subrogée après en avoir payé le montant* ». Or voilà précisément la question : le simple fait d'avoir avancé le montant des chèques à son client emportait-il subrogation de la banque dans les droits de ce dernier contre son débiteur. La même Chambre commerciale a déjà admis à deux reprises « *qu'après la prescription des actions qui lui avaient été ouvertes sur le fondement du droit des chèques, la banque pouvait encore exercer l'action en recouvrement de la créance à l'égard de laquelle elle était subrogée après en avoir payé le montant* » (Cass. com. 12 juill. 1993, n° 91-20.063, Bull. civ. IV, n° 293, RTD com. 1993, p. 691, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; Cass. com., 12 déc. 2006, n° 05-18.347, Bull. civ. IV, n° 242 ; D. 2008, pan. 871, obs. H. Synvet ; Banque et Droit, mars-avr. 2007, p. 29, obs. Th. Bonneau). Une telle subrogation peut certainement trouver sa source dans un accord entre le client remettant et la banque. À défaut, il reste toutefois discutable que le fait de créditer son client du montant du chèque puisse être assimilé à un paiement de la créance de celui-ci sur le tireur. Si le chèque émis par ce dernier sert à payer cette créance, il ne l'incorpore pas et ne permet donc pas de la transmettre d'office à l'endosataire. Même une interprétation extensive des conditions dans lesquelles se réalise une subrogation légale, telle que l'entend régulièrement la Cour de cassation, n'autorise pas à s'y méprendre. Ayant égaré le titre qui lui permettait d'agir contre le tireur, la banque au-

rait dû se retourner contre l'endosseur qui, ayant bénéficié de l'avance du montant du chèque, avait tout intérêt à lui transmettre sa créance fondamentale contre son débiteur ou à lui donner un mandat d'encaissement.

B – Cartes de paiement

Si le montant des transactions effectuées au moyen de cartes de crédit est en constante augmentation (430,7 milliards d'euros en 2007 soit une croissance de 9 % depuis 2006), le taux de fraude semble se stabiliser (0,062 % des transactions). Dans son rapport d'activité 2007, l'Observatoire de la sécurité des cartes de paiement note que le préjudice global (hors coût de traitement et assurance) pour les transactions nationales est supporté à concurrence de 3 % par les porteurs, 51 % par les établissements émetteurs et acquéreurs et 46 % par les commerçants, principalement en vente à distance (<http://www.banque-france.fr/observatoire>). Cette répartition est le résultat d'une politique délibérée, sur un plan tant européen que français, pour prémunir les porteurs contre les conséquences d'une utilisation frauduleuse de leurs cartes. Introduit par la loi du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne, l'article 132-3 du Code monétaire et financier limite à 150 euros leur risque pour les transactions susceptibles d'être accomplies frauduleusement avant qu'ils n'aient eu le temps de s'y opposer. Ce plafond n'est écarté qu'en cas de « *négligence constituant une faute lourde* » ou lorsque l'opposition intervient franchement tardivement (**C. mon. fin., art. L.132-3 ⇒ 003**).

Prenant le relais du législateur, la jurisprudence protège les porteurs contre un renversement de la charge du risque dans l'hypothèse où un tiers a pu, au moyen du code secret, se servir d'une carte dérobée. Plus précisément, elle refuse de considérer que l'on déduise de cette seule circonstance l'existence d'une négligence caractérisée (Cass. com., 2 oct. 2007, n° 05-19.899, JCP E 2008, n° 23, p. 11, obs. P. Bouteiller ; RDBF nov. 2007, comm. 206, p. 42, obs. F.J. Crédot et T. Samin ; Banque et droit, janv. 2008, n° 117, p. 22, obs. T. Bonneau ; Comm. comm. électr., nov. 2007, comm. 139, p. 44, obs. É. Caprioli). La banque émettrice de la carte devra donc toujours prouver positivement que le porteur a imprudemment permis à un tiers de prendre connaissance du code secret, voire qu'il est complice de celui-ci.

C'est sur cette position que s'aligne, sans surprise la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 28 mars 2008 (**Cass. 1re civ., 28 mars 2008, n° 07-10.186 ⇒ 004** F-SP + B + R + I, JCP E, n° 23, p. 11, obs. P. Bouteiller ; D. 2008, p. 1136 ; JCP G 2008, II, 10109, p. 36, note E. Bazin ; Banque et Droit, n° 119, mai-juin 2008, p. 18, obs. Th. Bonneau ; Gaz. Pal., 27 mai 2008, n° 148, p. 12). Même si la solution est sévère pour l'émetteur « *en mettant à sa charge une preuve diabolique ou quasi impossible à rapporter* » (obs. E. Bazin, précitées), elle se justifie pleinement dans l'optique où les risques inhérents aux limites du dispositif de sécurité des cartes de paiement ou de crédit doivent être supportés par les émetteurs (Ch. Gavalda et J. Stoufflet, Instruments de paiement et

Extraits

► 004 : Cass. 1re civ., 28 mars 2008, n° 07-10.186

« ... Vu l'article L. 132-3 du code monétaire et financier ;
Attendu qu'en application de ce texte, en cas de perte ou de vol, le titulaire d'une carte de paiement qui a effectué la mise en opposition dans les meilleurs délais compte tenu de ses habitudes d'utilisation de cette carte, ne supporte intégralement la perte subie que s'il a agi avec négligence constituant une faute lourde ; qu'il appartient à l'émetteur de rapporter cette preuve ; que la circonstance que la carte ait été utilisée par un tiers avec composition du code confidentiel n'est, à elle seule, pas susceptible de constituer la preuve d'une telle faute... »

► 005 : C. consom., art. L. 313-1

« Dans tous les cas, pour la détermination du taux effectif global du prêt, comme pour celle du taux effectif pris comme référence, sont ajoutés aux intérêts les frais, commissions ou rémunérations de toute nature, directs ou indirects, y compris ceux qui sont payés ou dus à des intermédiaires intervenus de quelque manière que ce soit dans l'octroi du prêt, même si ces frais, commissions ou rémunérations correspondent à des débours réels.

Toutefois, pour l'application des articles L. 312-4 à L. 312-8, les charges liées aux garanties dont les crédits sont éventuellement assortis ainsi que les honoraires d'officiers ministériels ne sont pas compris dans le taux effectif global défini ci-dessus, lorsque leur montant ne peut être indiqué avec précision antérieurement à la conclusion définitive du contrat. En outre, pour les prêts qui font l'objet d'un amortissement échelonné, le taux effectif global doit être calculé en tenant compte des modalités de l'amortissement de la créance. Un décret en Conseil d'État déterminera les conditions d'application du présent article »

de crédit, Litec, 2006, 6e éd, n° 435 ; F. Pérochon et R. Bonhomme, Entreprise en difficulté, instruments de crédit et de paiement, LGDJ, 2006, 7e éd, n° 752 ; R. Routier, Obligations et responsabilités du banquier, D. Référence, 2008, 2e éd., n° 246.31). À eux de mettre en œuvre des solutions techniques plus sûres pour identifier l'auteur des transactions. Les contrôles d'identité opérés aujourd'hui aux frontières de certains pays laissent penser que la technologie existe.

III – CRÉDITS

A – Généralités

La détermination des éléments qui entrent dans le calcul du taux effectif global d'un prêt continue à prêter à discussion. D'après l'article L. 313-1 du Code de la consommation (► 005), les frais ou commissions liés au crédit entrent dans l'assiette de ce calcul, alors que ceux qui rétribuent un service distinct en restent naturellement exclus (Cass. com., 14 déc. 2004, n° 02-19.532, Banque et Droit, n° 100, mars-avr. 2005, p. 47, obs. Th. Bonneau).

Chroniques

En pratique, la diversité des frais et commissions que perçoivent les banquiers rend cette distinction souvent malaisée. Les **frais dits d'intervention ou de forçage** facturés au client lorsque celui-ci effectue une opération dépassant l'autorisation de découvert convenue avec son banquier en fournissent une illustration. S'agit-il d'indemniser le banquier pour le traitement spécifique que requiert une telle opération ou d'une rémunération pour un crédit complémentaire ?

Dans un arrêt du 5 février 2008, la chambre commerciale de la Cour de cassation tranche en faveur de la seconde interprétation (**Cass. com., 5 févr. 2008, n° 06-20.783** ► **006 F-P + B, JCP E, n° 12-13, p. 13 ; D. 2008 p. 609 ; JCP E, n° 24, 12 juin 2008, n°1768, R. Routier, Chronique de droit bancaire sous la dir. de J. Stoufflet et N. Mathey ; Banque magazine, 1er juin 2008, p. 79, obs. J-L. Guillot et M. Boccara ; Banque et droit, n° 119, mai-juin 2008, p. 20, obs. Th. Bonneau ; D. 2008, p. 543, obs. A. Lienhard ; RLDA 2008/25 ; Gaz. Pal., 26 avr. 2008, n° 117, p. 10).**

Extraits

► **006 : Cass. com., 5 févr. 2008, n° 06-20.783**

« ... *Viole les articles 1134, 1907 du code civil, ensemble l'article L. 313-1 du Code de la consommation la cour d'appel qui, pour rejeter la demande d'un emprunteur tendant à introduire dans le calcul de TEG les frais de forçage prélevés sur son compte à l'occasion de chaque opération effectuée au-delà du découvert autorisé, retient que ces frais, qui sont exigibles lors de chaque incident, sont distincts de l'opération de crédit proprement dite que constitue le découvert et qu'ils constituent la rémunération d'un service offert par la banque pour permettre d'honorer une transaction, alors que la rémunération d'une telle prestation n'est pas indépendante de l'opération de crédit complémentaire résultant de l'enregistrement comptable d'une transaction excédant le découvert autorisé...* »

► **007 : Dir. CE n° 2008/48, 23 avr. 2008, art. 19 al. 1 et 2**

« 1. *Le taux annuel effectif global, qui équivaut, sur une base annuelle, à la valeur actualisée de l'ensemble des engagements (prélèvements, remboursements et frais), existants ou futurs, convenus par le prêteur et le consommateur, est calculé selon la formule mathématique figurant à l'annexe I, partie I.*
2. *Pour calculer le taux annuel effectif global, on détermine le coût total du crédit pour le consommateur, à l'exception des frais dont ce dernier est redevable en cas de non-exécution d'une quelconque de ses obligations figurant dans le contrat de crédit, et des frais, autres que le prix d'achat, lui incombant lors d'un achat de biens ou de services, que celui-ci soit effectué au comptant ou à crédit.*

Les frais de tenue d'un compte sur lequel sont portés tant les opérations de paiement que les prélèvements, les frais d'utilisation d'un moyen de paiement permettant d'effectuer à la fois des opérations de paiement et des prélèvements ainsi que d'autres frais relatifs aux opérations de paiement sont inclus dans le coût total du crédit pour le consommateur, sauf si l'ouverture du compte est facultative et que les frais liés au compte ont été indiqués de manière claire et distincte dans le contrat de crédit ou tout autre contrat conclu avec le consommateur »

Si le TEG doit permettre à l'emprunteur non seulement de se faire, dès avant la conclusion du crédit, une idée sur le coût prévisionnel de celui-ci, mais aussi d'apprécier *a posteriori* son coût effectif, il est nécessaire d'inclure les frais de forçage dans la détermination de ce taux. Peu importe, à cet égard, que le client soit à l'initiative du dépassement de son autorisation de découvert. Ce qui compte c'est que le banquier ait accepté de lui faire crédit pour couvrir l'opération.

La solution est conforme aux règles harmonisées de détermination du TEG édictées par la directive 2008/48 concernant les contrats de crédit aux consommateurs (**Dir. CE n° 2008/48, 23 avr. 2008, art. 19 al. 1 et 2** ► **007**).

Le point de départ du délai de prescription de l'action en nullité du TEG continue à poser problème. Le fait que le crédit résulte d'une autorisation de découvert tacite, et n'ait de ce fait pas donné lieu à l'indication du TEG, n'autorise pas l'emprunteur profitant de ce concours pour les besoins de son activité professionnelle à soulever éternellement cette irrégularité formelle.

L'argument n'est plus susceptible d'être opposé à la banque, même dans le cadre d'une exception de nullité, plus de cinq ans après le jour où l'emprunteur a connu ou aurait du connaître le vice affectant le TEG. La Cour de cassation vient de préciser utilement qu'en cas d'ouverture de crédit en compte courant, cette prescription court à partir de la réception de chaque relevé de compte qui aurait dû indiquer le TEG (**Cass. com., 10 juin 2008, n° 06-18.906, BF-COI, JurisData n° 2008-044313 ; JCP E, I, n° 25, 19 juin 2008, act. 316 ; Cass. com., 10 juin 2008, n° 06-19.905, JurisData n° 2008-044312**).

Il est parfois difficile de distinguer une indemnité due en vertu d'une **clause pénale** d'une indemnité due à un autre titre. Ces clauses indemnitaires, largement répandues dans la pratique bancaire, connaissent un sort différent selon les espèces. Ainsi la Cour de cassation considère-t-elle que l'indemnité conventionnelle de verser 3 % du montant du PEA à la banque teneur de compte, en cas de transfert de celui-ci vers une autre banque, n'implique pas directement une obligation de maintenir ce compte dans la même banque, assortie d'une peine. Partant, elle ne constitue qu'un coût d'opportunité pour le client, libre de son choix, non susceptible de recevoir la qualification de clause pénale (**Cass. 1^{er} civ., 28 nov. 2007, n° 05-17.927**) : « ... *Attendu que pour condamner la banque à rembourser aux époux X une somme de 6000 euros, l'arrêt attaqué retient que la stipulation litigieuse constitue une clause pénale qui a pour but de fidéliser le client en limitant les possibilités de rupture de la convention puisque le montant dissuasif de l'indemnité tend à contraindre le client à poursuivre l'exécution du contrat avec la banque où il a souscrit le PEA et qu'il convient de réduire le montant de cette clause pénale, manifestement excessive, à la somme de 444 euros. Qu'en se déterminant ainsi, sans constater que les époux X avaient l'obligation contractuelle de maintenir les PEA dans la banque Sanpaolo, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1152 et 1226 du Code civil...* ».

Dans une autre espèce, la Cour a eu une lecture différente de la situation. Il s'agissait d'une opération de cré-

dit-bail immobilier. Le crédit-preneur fit défaut au paiement des loyers et fut mis en liquidation judiciaire. Le crédit-bailleur déclara une créance égale au montant des loyers impayés, aux loyers non échus et à une indemnité conventionnelle égale à une année de loyers. La cour d'appel devait estimer que les impayés et les loyers futurs, devenus exigibles en application de la clause d'exigibilité anticipée, n'étaient que le résultat du jeu de la clause résolutoire, mais jugea que l'indemnité d'une année supplémentaire était bien une clause pénale, tout en refusant de la considérer comme excessive.

La Cour de cassation devait casser (**Cass. 3e civ., 21 mai 2008, n° 07-12.848 ➔ 008**) jugeant que la fixation des sommes à payer au titre du non respect du contrat remplissait les conditions de qualification de la clause pénale de l'article 1152 du Code civil, refusant ainsi de lui reconnaître la qualité de clause résolutoire. Cette décision jette le trouble, et même si elle peut se réclamer de certains précédents (Cass. 1re civ., 10 oct. 1995, n° 94-11.209, D. 1996, 486, note B. Fillion-Dufouleur ; somm. 116, obs. Ph. Delebecque), elle s'inscrit néanmoins en contradiction avec d'autres (Cass. 3e civ., 18 novembre 1998, n° 97-11.023, D. aff. 1999, p. 169, obs. J. F.). Il manque une indication essentielle pour apprécier pleinement la portée de la décision : la propriété du bien en crédit-bail restait-elle acquise au crédit bailleur dans cette hypothèse ? Si c'était le cas, l'explication pourrait alors venir du cumul des sanctions attachées au défaut d'exécution : paiements de tous les loyers impayés et de ceux restant dus, plus conservation du bien par le bailleur, alors que les loyers sont censés l'amortir financièrement.

B - Garanties

Cession de créance. - Le débiteur cédé d'un créancier cédant, soumis à une procédure collective, peut-il se voir opposer l'admission, dans le cadre de cette procédure, de la créance cédée déclarée par le cessionnaire ? Dans un arrêt du 28 avril 2004, la chambre commerciale de la Cour de cassation (Cass. com., 28 avr. 2004, n° 01-03.250) s'était prononcé en faveur de cette opposabilité au motif que le cédant et le cédé sont tenus solidairement vis-à-vis du cessionnaire et que la décision d'admission fait autorité de la chose jugée.

La solution n'était pas convaincante en droit et au surplus injuste vis-à-vis du cédé qui n'intervient pas dans la procédure d'admission. Il faut donc se féliciter du revirement opéré par l'arrêt du 1^{er} avril 2008 de cette même chambre (**Cass. com., 1^{er} avr. 2008, n° 06-21.458 ➔ 009**).

La solidarité du cédant n'est en matière de cession de créance professionnelle qu'une garantie pour le cessionnaire et ne peut alourdir l'engagement du débiteur cédé. Tant que celui-ci n'a pas accepté la cession, il demeure libre d'opposer au cessionnaire les exceptions inhérentes à la créance cédée. En faisant reconnaître sa créance contre le cédant, le cessionnaire ne peut priver le cédé de cette faculté. L'autorité de la chose jugée de la décision d'admission, qui a trait à une procédure à laquelle le cédé demeure totalement étranger, n'y change rien.

Extraits

➔008 : Cass. 3e civ., 21 mai 2008, n° 07-12.848

« ... L'indemnité due en cas de résiliation pour inexécution qui, tant par l'anticipation de l'exigibilité des loyers dès la résiliation du contrat que par le paiement d'une année de loyer supplémentaire, majorait les charges financières dues par le débiteur, étant stipulée à la fois pour le contraindre à l'exécution du contrat et comme évaluation conventionnelle et forfaitaire du préjudice subi par le bailleur du fait de la rupture fautive de celui-ci est une clause pénale... »

➔009 : Cass. com., 1^{er} avr. 2008, n° 06-21.458

« ... Vu les articles 1351 du Code civil, L. 313-24 et L. 313-29 du Code monétaire et financier ;

Attendu que l'autorité de la chose jugée attachée à la décision d'admission de la créance du cessionnaire au passif de la procédure collective du cédant ne fait pas obstacle à ce que le débiteur cédé puisse opposer au cessionnaire l'exception d'inexécution de son obligation par le cédant... »

➔010 : C. civ., art. 1699

« Celui contre lequel on a cédé un droit litigieux peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts, et avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite »

➔011 : Cass. com., 15 avr. 2008, n° 03-15.969

« ... La circonstance que la cession des créances litigieuses se réalise au profit d'un fonds commun de créances, aux conditions prévues par la loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988, codifiées aux articles L. 214-43 et suivants du Code monétaire et financier, ne fait pas obstacle à l'exercice du droit au retrait litigieux prévu à l'article 1699 du Code civil... »

À la suite d'un défaut de paiement d'un crédit consenti à une entreprise et cautionné par son associé majoritaire, la banque prêteuse devait initier des poursuites contre les deux débiteurs, puis céder ces créances litigieuses à un fonds commun de créances, dans le cadre d'une titrisation réalisée en application des articles L. 214-43 et s. du Code monétaire et financier. La société de gestion du fonds commun de créances ayant acquis ces créances litigieuses devait alors continuer la procédure. La caution fit cependant valoir le retrait litigieux de l'article 1699 du Code civil (➔ 010). La cour d'appel refusa d'y faire droit en estimant que le mécanisme du retrait litigieux était incompatible avec les dispositions spéciales organisant la titrisation des créances. La Cour de cassation refusa de suivre cette thèse (**Cass. com., 15 avr. 2008, n° 03-15.969 ➔ 011** JCP E 2008, n° 22, p. 10, 1702, M. Cohen-Branche ; D. 2008, n° 25, p. 32, 1732, note V. Forti). Elle a jugé que le mécanisme de la titrisation, et son aspect global par lequel c'est un ensemble de créances évaluées forfaitairement qui fait l'objet de la cession, n'était nullement incompatible avec l'exercice du retrait litigieux.

Cela ne surprendra guère dans la mesure où la première chambre civile avait déjà estimé compatible la cession

en bloc de créances et le retrait litigieux sur l'une d'entre elles (Cass. 1re civ., 12 juill. 2005, n° 02-12.451, Bull. civ. 2005, I, n° 319 ; Cass. 1re civ., 4 juin 2007, n° 06-16.746, JCP E 2007, n° 51, p. 15, 2580, note P. Markhoff ; v. cependant Cass. com., 18 sept. 2007, n° 06-16.617, JCP E 2007, 2580, note P. Markhoff, qui avait écarté le retrait litigieux faute de pouvoir isoler le prix de l'une des créances).

Plus encore, le retrait litigieux est un mécanisme moralisateur visant à restreindre la spéculation sur les créances impayées au détriment du débiteur, que les temps présents caractérisés par les excès de la titrisation n'incitent guère à trop restreindre dans son application. Que le retrait litigieux perturbe une titrisation ne fait guère de doute, qu'il soit incompatible avec elle ne peut guère être soutenu. Le juge, habitué à procéder à des évaluations, pourra toujours fixer le prix d'une créance litigieuse à l'intérieur de l'enveloppe globale et ainsi satisfaire aux exigences du Code civil. Il n'est pas surprenant que la chambre commerciale l'ait à nouveau réaffirmé, le 27 mai 2008 (Cass. com., 27 mai 2008, n° 07-11.428, D. 2008, 1689, obs. X. Delpech), en soulignant que l'évaluation était nécessairement possible dès lors que la créance était individualisable.

Les monteurs d'opérations de titrisation de créances litigieuses, y compris les agences de notation, et les porteurs de parts de fonds commun de créances devront en tenir compte.

Extraits

►012 : C. mon. fin., art. L. 533-12

« I. - Toutes les informations, y compris les communications à caractère promotionnel, adressées par un prestataire de services d'investissement à des clients, notamment des clients potentiels, présentent un contenu exact, clair et non trompeur. Les communications à caractère promotionnel sont clairement identifiables en tant que telles. »

II. - Les prestataires de services d'investissement communiquent à leurs clients, notamment leurs clients potentiels, les informations leur permettant raisonnablement de comprendre la nature du service d'investissement et du type spécifique d'instrument financier proposé ainsi que les risques y afférents, afin que les clients soient en mesure de prendre leurs décisions d'investissement en connaissance de cause »

►013 : Cass. com., 26 mars 2008, n° 07-11.554

« Mais attendu qu'ayant relevé qu'il résultait du document produit par la banque que le nouveau marché présente un caractère spéculatif en raison de la nature même des sociétés cotées et s'adresse en priorité et principalement à une clientèle très avertie, et retenu qu'il n'était pas contesté que Mme X... n'était jamais intervenue sur le nouveau marché avant les ordres litigieux du 29 février 2000 et que ni l'expérience qu'elle avait pu acquérir d'opérations sur le marché au comptant depuis 1993, ni sa qualification d'avocat titulaire d'un DEA de droit des affaires ne démontrent qu'elle était instruite des risques particuliers présentés par les opérations sur le nouveau marché, la cour d'appel a pu en déduire que la banque était tenue de l'informer de ces risques ; que le moyen n'est pas fondé »

IV – RESPONSABILITÉ DU BANQUIER

Au-delà du devoir de mise en garde, nouveau sésame de la jurisprudence bancaire, ou du devoir de vigilance, qui contraint le banquier à vérifier la conformité des pouvoirs des représentants d'une personne morale à la loi et aux statuts « *tant lors de l'ouverture du compte bancaire d'une personne morale que, le cas échéant, en cours de fonctionnement à l'occasion du changement de mandataire* » (Cass. com., 27 mai 2008, n° 07-15.132), ou encore du devoir d'information qui le tient responsable de n'avoir pas informé son client que son compte espèces serait débité si l'ordre de bourse passé sur un PEA était d'un montant supérieur au solde du compte espèces associé à ce compte (Cass. com., 4 mars 2008, n° 04-16.280, D. 2008, n° 18, p. 1231, 842 ; Banque et Droit, mai-juin 2008, 21, obs. Th. Bonneau) et que l'on aurait pu classer au rang des évidences qu'un client de bonne foi ne saurait prétendre méconnaître, voici qu'on voit poindre également le **devoir de cohérence de l'information délivrée**.

Il s'agissait en l'espèce d'une publicité bancaire affirmant dans sa plaquette commerciale « *vous n'avez pas à vous inquiéter des évolutions des marchés financiers* », suivie d'un diagramme n'envisageant pas les hypothèses perdantes pour les parts de FCP proposées à la souscription. La notice COB, remise simultanément, ne manquait pas, quant à elle, de souligner, avec l'objectivité qui lui sied, les risques potentiels.

La Cour de cassation (Cass. com., 24 juin 2008, n° 06-21.798) devait estimer, au visa des articles 1147 du Code civil, et 33 alinéa 2 du règlement n° 89-02 de la COB modifié par le règlement n° 98-04, alors applicable, que « *l'obligation d'information qui pèse sur le professionnel ne peut être considérée comme remplie par la remise de la notice visée par la COB lorsque la publicité ne répond pas à ces exigences* ». Au-delà de la jurisprudence, l'article L. 533-12 du Code monétaire et financier (►012), désormais applicable, ne dit pas autre chose. La publicité financière se doit d'être avant tout informative et de ne pas cacher « *les risques inhérents aux options qui peuvent être le corollaire des avantages énoncés* », comme l'enjoint la Cour. Inversement, il faut rappeler que lorsque les plaquettes publicitaires sont parfaitement informatives et présentent les avantages comme les risques, la Cour a su rejeter les recours des investisseurs (Arrêts « Bénéfic », Cass. com., 19 sept. 2006, nos 05-15.304 et 05-15.305, Dr. & patr. 2007, n° 157, p. 96, J.-P. Mattout et A. Prüm).

On ne peut s'empêcher, ici encore, de penser que la crise boursière et financière actuelle influence grandement la jurisprudence de ces derniers mois dans le sens d'une plus grande sévérité envers les professionnels de la finance et au bénéfice des clients, sans s'embarrasser de toujours vérifier la bonne foi de leurs allégations. Manifestement la publicité bancaire, alléchante par nature, ne relève plus du *dolus bonus* ! On ne saurait le regretter.

Le degré de connaissance du client des risques inhérents aux transactions qu'ils peuvent effectuer module

le devoir de mise en garde du prestataire de service d'investissement avec lequel ils traitent. Les précautions qu'il doit prendre pour s'assurer si son client est susceptible de comprendre le caractère plus ou moins spéculatif d'une opération ne sont de toute évidence pas les mêmes si celui-ci est aguerri à de telles opérations ou non (**Cass. com., 26 mars 2008, n° 07-11.554** ➔ **013 F-P + B, n° 22, 29 mai 2008, 1705, JCP G 2008, IV, n° 21, 1917**).

Cette modulation oblige l'intermédiaire financier à se faire une idée du caractère plus ou moins averti de son client en s'enquérant aussi bien de sa situation financière que de son expérience en matière d'investissement. Ce devoir lui incombe quelle que soit la nature des relations contractuelles qu'il entretient avec son client (**Cass. com., 12 févr. 2008, nos 06-20.835 et 07-10.038** ; D. 2008, p. 689, obs. X. Delpech ; RTD Com. 2008, p. 374, obs. M. Storck ; Banque et droit, n° 119, mai-juin 2008, p. 23, chron. H. de Vauplane, J.-J. Daigre, B. de Saint Mars, J.-P. Bornet). En pratique, les compétences du client sont évaluées à partir d'un questionnaire que lui soumet l'intermédiaire financier. Dans les arrêts précités, la Cour de cassation les prévient qu'ils ne peuvent en toutes circonstances se contenter des réponses fournies. Dans les deux affaires, des clients envisageaient d'effectuer des opérations hautement spéculatives, sans témoigner d'une expérience significative et partant sans démontrer qu'ils disposaient réellement des connaissances utiles pour avoir pleinement conscience des risques encourus. L'appréciation de la bonne exécution de ce devoir reste une question de fait qui devrait échapper au contrôle de la Cour de cassation. Les termes très généraux dans lesquelles elle s'exprime ne doivent pas conduire à amplifier l'obligation d'investigation du professionnel qui doit pouvoir normalement se fier aux informations fournies par son client, comme l'y autorise expressément l'article 314-53 du règlement général de l'AMF sauf s'il sait ou ne peut ignorer qu'elles sont manifestement périmées, erronées ou incomplètes.

Un client correctement informé peut néanmoins être mal conseillé. Informée des contraintes liées à la situation familiale et économique de son client et du fait qu'il ne pouvait se permettre de prendre un risque de perte en capital, une banque lui avait toutefois conseillé d'investir une partie de ses économies dans des SICAV actions. Ayant été obligé de vendre à perte les parts de SICAV, le client a recherché sa responsabilité. La banque pensait pouvoir y échapper en arguant du fait qu'elle avait transmis à son client les notices d'information relatives aux SICAV en le mettant ainsi en mesure d'apprécier en toute connaissance les risques auxquels il s'exposait. Pour la Cour de cassation, cette circonstance n'est pas de nature à excuser la faute commise par la banque en donnant à son client un conseil inadapté, ni à rompre son lien de causalité avec le préjudice subi, comme l'avait estimé la cour d'appel (**Cass. com., 8 avr. 2008, n° 07-13.013** ➔ **014 F-P + B, JCP E 2008, n° 22, n° 1705, p. 15, Banque et Droit, mai-juin 2008, 23, obs. H. de Vauplane, J.-J. Daigre, B. de Saint-Mars, J.-P. Bornet, D. 2008, p. 1202 obs. X. Delpech ; RLDC 2008/50**). En fondant sa décision sur l'article 1147 du Code civil (➔ **015**),

Extraits

➔ **014 : Cass. com., 8 avr. 2008, n° 07-13.013**

« ... Vu l'article 1147 du Code civil... Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations que la caisse avait, en fournissant à son client un conseil inadapté à sa situation personnelle dont elle avait connaissance, commis une faute sans laquelle ce dernier n'aurait pas procédé aux opérations génératrices de pertes, la cour d'appel a violé le texte susvisé... »

➔ **015 : C. civ., art. 1147**

« Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part »

➔ **016 : Cass. 2e civ., 14 févr. 2008, n° 05-16.167**

« ... Que la banque, qui a seule la personnalité morale, est dépositaire des fonds détenus dans une succursale située à l'étranger et que la circonstance que les fonds sont déposés dans une telle succursale est, pour l'application de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, sans incidence sur l'effet d'attribution au profit du créancier saisissant de la créance de somme d'argent à la restitution de laquelle est tenue la banque tiers-saisi en sa qualité de dépositaire... »

sans viser les règles de conduites auxquelles se trouvent assujettis les intermédiaires financiers, la Cour donne à sa décision la portée la plus large. Celle-ci ne vaut donc pas seulement pour les professionnels qui offrent un service de conseil en investissement mais chaque fois qu'ils prennent l'initiative de fournir un conseil, que celui-ci leur ait été demandé ou non.

V – OPÉRATIONS INTERNATIONALES

Il est difficile de donner une bonne réponse quand la question est mal posée. La question de savoir quels sont les effets d'une saisie pratiquée au siège social d'une banque en France sur les avoirs détenus sur un compte ouvert dans une succursale située à l'étranger (Monaco en l'espèce) est de nouveau venue devant la Cour de cassation et a reçu une réponse concertée entre sa deuxième chambre civile et sa chambre commerciale (**Cass. 2e civ., 14 févr. 2008, n° 05-16.167** ➔ **016 D. 2008, Act. jurisp. 686, V. Avena-Robardet ; Banque et Droit, mars-avril 2008, n° 118, p. 33, obs. J. Stoufflet et G. Affaki ; Banque magazine, n° 702, mai 2008, p. 74, obs. J.-L. Guillot et P.-Y. Bérard ; RDBF mai-juin 2008, 26, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin, et 37, obs. S. Piedelièvre**).

Affirmer l'unité du patrimoine entre une société et l'une de ses succursales découle de la nature même de la succursale, qui, par définition, n'a pas de personnalité juridique et par conséquent pas de patrimoine propre. Nul ne songe à le contester. En déduire que les voies d'exécution prononcées en France produisent leurs effets à l'étranger, en ignorant le principe de l'effet territorial de celles-ci, c'est établir un lien dont on ne voit

guère le fondement. Sans reprendre les arguments que nous avons développés lorsque nous avons approuvé l'arrêt d'appel ici censuré (Dr. & patr., n°164, nov. 2007, p. 79, J.-P. Mattout et A. Prüm), il faut insister sur les dangers que la position de la Cour de cassation recèle.

En effet, si le concept sur lequel il convient de raisonner est l'unicité du patrimoine, il devrait être tout aussi clair qu'une saisie pratiquée dans une succursale quelconque d'une banque, en France ou à l'étranger, devrait affecter tout le patrimoine de ladite banque et devrait, par conséquent, avoir les effets que la loi selon laquelle la saisie a été pratiquée lui confère. L'identité de personnalité juridique est aussi forte dans une succursale qu'au siège social. Pour être plus concret, cela devrait logiquement entraîner l'attribution des sommes détenues en France au siège social ou dans une autre succursale en France, à une saisie attribution pratiquée dans une succursale de cette banque au Brésil, au Zimbabwe ou au Vietnam, sans autre forme de procès en France. Il sera intéressant de voir si la jurisprudence est prête à valider, sans intervention du juge de l'exécution français, une telle mesure sur notre territoire. La logique développée dans cette décision y conduit, en toute cohérence.

Comme nous l'écrivions déjà, nous préférons l'approche, plus élaborée au plan juridique, des juridictions anglaises qui ont estimé qu'elles ne pouvaient autoriser en Grande-Bretagne une saisie portant sur une créance localisée à l'étranger si, selon le droit applicable à cette créance, la saisie n'entraîne pas la libération du tiers saisi qui risquerait sinon de devoir payer deux fois (House of Lords, Société Eram Shipping Co Ltd v. Hong Kong and Shanghai Banking Corp. Ltd, 2003, JIBLR 2004, 157, obs. A. McKnight). La Chambre des Lords a aussi refusé une telle saisie sur le fondement de l'article 22 (5) du Règlement 44/2001, qui a remplacé la Convention de Bruxelles, et qui prévoit que les tribunaux d'un État contractant ou membre ont seuls compétence dans les affaires d'exécution des jugements de cet État, considérant qu'une saisie étant une procédure d'exécution *in rem* et que, la dette étant située à l'étranger (en Suisse en l'occurrence), seuls les tribunaux de cet État pouvaient prononcer la mesure demandée (House of Lords, Kuwait Oil Tanker Co SAK v. UBS AG, 2003, JIBLR 2004, 159, obs. A. McKnight).

Si l'implantation à l'étranger tend de plus en plus à se faire sous forme de filiales, fin 2005, les banques françaises avaient encore 190 succursales à l'étranger !

Plutôt que de lancer dans plusieurs pays des procédures d'exécution contre leurs débiteurs étatiques aux avoirs plurilocalisés, les fonds vautours faisant commerce du rachat à bas prix des dettes souveraines sauront que certaines juridictions sont plus accueillantes que d'autres.

Une société émiratie avait conclu un contrat avec une société française pour l'achat d'une machine dont le prix était payable par crédit documentaire. Parmi les documents exigés, figurait une attestation selon laquelle la livraison de la marchandise ne transiterait pas par Israël et ne se ferait pas par un transporteur israélien, attestation fournie par l'exportateur et visée par la Chambre

de Commerce et de l'Industrie de Limoges. La CCI et son directeur signataire de l'attestation, la société exportatrice française et son dirigeant devaient être poursuivis par la LICRA pour discrimination économique en raison de l'origine nationale, complicité et recel. Après une condamnation pénale en correctionnelle, puis une relaxe en appel fondée sur l'état de nécessité et l'erreur de droit, la Cour de cassation cassa. La cour d'appel de renvoi, saisie des seuls intérêts civils, devait estimer qu'aucune faute n'avait été commise, l'attestation ayant été fournie dans le cadre d'un **boycott économique** réciproque entre la quasi-totalité des États arabes et Israël qui « se trouvent dans un état de belligérance privant de conditions normales l'exercice des relations commerciales aussi bien pour les acteurs économiques des États en conflit que pour ceux des pays tiers ». La Cour de cassation devait casser (Cass. crim., 18 déc. 2007, n° 06-82.245, D. Caron et S. Ménotti, Chr. C. cass., Ch. Crim., D. 2008, 1727, n°8) : «... Constitue une discrimination punissable, au sens des articles 225-2, 2° et 225-1 du code pénal, le fait d'entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque en opérant une distinction entre les personnes notamment en raison de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une nation déterminée. Une discrimination en matière économique ne peut être justifiée par l'existence d'un boycott irrégulier que l'article 225-2, 2° du code pénal a pour but de sanctionner... ».

Malgré les arguments développés par la société française, placée elle-même entre le marteau et l'enclume, la Cour de cassation a affirmé clairement le caractère impératif de la prohibition du Code pénal français en France et le refus du droit français de donner effet à un boycott édicté à l'étranger, le privant ainsi de toute portée extraterritoriale en France.

L'exportateur plaidait aussi l'absence d'élément intentionnel de sa part, déclarant qu'il n'avait pas eu conscience de nuire aux intérêts israéliens. L'argument n'est guère retenu, faisant ainsi apparemment de la discrimination économique une faute objective. La banque n'était pas poursuivie en l'espèce, pour avoir transmis un crédit comportant une telle clause.

Désormais, banques, exportateurs et organismes certificateurs, souvent confrontés à ce type d'exigence, devront tenir compte de la position adoptée par la Cour de cassation pour éviter d'engager leur responsabilité.

Autre manifestation de souveraineté de la Cour de cassation (Cass. crim. 12 déc. 2007, n° 07-83.228) qui a fait application de la loi du 26 juillet 1968 (L. n° 68-678, JO 27 juill. 1968), modifiée, en matière de **communication de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères**. Il s'agissait des conditions de reprise de la société américaine d'assurances Executive Life, qui a défrayé la chronique judiciaire en France et aux États-Unis. La MAAF avait été poursuivie devant un tribunal californien par le commissaire aux assurances de cet État. Le tribunal californien avait délivré des commissions rogatoires internationales selon la procédure prévue par la Convention de la Haye du 18 mars 1970, en vue d'obtenir la communication de certains documents.

Parallèlement à cette procédure classique, l'avocat américain du commissaire aux assurances, par l'intermédiaire de son correspondant en France, avait cherché à obtenir directement de l'un des administrateurs en France de la MAAF des renseignements sur les conditions dans lesquelles le conseil d'administration avait pris ses décisions lors de cet investissement. La MAAF devait alors porter plainte contre l'avocat correspondant en France pour violation des articles 1 bis et 3 de la loi de 1968. La cour d'appel retint la culpabilité et la Cour de cassation rejeta le pourvoi : « ... *L'incrimination, qui vise à limiter les abus pouvant être commis dans la recherche de la preuve, ne constitue pas une entrave disproportionnée aux droits de la défense, dont l'exercice est assuré par les garanties attachées aux procédures instaurées par la Convention de la Haye. Il résulte que les renseignements recherchés sur les circonstances dans lesquelles le conseil d'administration de la MAAF a pris ses décisions sur le rachat de la société Exécutive Life sont d'ordre économique, financier ou commercial et tendent à la constitution de preuves dans une procédure judiciaire étrangère, la cour d'appel, qui a répondu aux arguments péremptoires des conclusions a justifié sa décision...* ».

La portée qu'entend donner la Cour suprême à cette disposition légale, initialement prise pour lutter contre les tentatives d'exporter la procédure américaine de *discovery* en France, notamment dans les procédures américaines liées au droit de la concurrence, est notable. D'une part, la simple tentative d'obtenir des preuves illégalement apparaît comme punissable, d'autre part la seule procédure utilisable est celle prévue par la Convention de la Haye.

La rareté des décisions dans ce domaine, important pour la pratique bancaire française souvent exposée aux procédures américaines, et la fermeté de la position adoptée en font tout l'intérêt.

La saisie en France des avoirs de banques centrales étrangères a fait l'objet d'une série de décisions récentes (TGI Paris, Juge de l'exécution, 24 janv. 2008, n° RG 07/85428, *Bank Markazi c/Seth Charles (Klein), Ben Haim et al.* ; TGI Paris, Juge de l'exécution, 24 janv. 2008 n° RG 07/85429 *Bank Markazi c/Jenny Rubin et al.* ; CA Paris, 10 mars 2008, 1^{er} ch., 10 mars 2008, n° 08/01119, *Sth Charles (Klein) Ben Haim c/Bank Markazi* ; TGI Paris, 7 mars 2008, n° 08/80538, *Banque Centrale de la Fédération de Russie c/S. A. Compagnie Noga d'Importation et d'Exportation* ; TGI Nanterre, 6 mai 2008, n° 08/02116, *Banque Centrale de la Fédération de Russie c/S. A. Compagnie Noga d'Importation et d'Exportation*) qui sont les premières applications jurisprudentielles des dispositions insérées à l'article L. 153-1 du Code monétaire et financier par la loi du 26 juillet 2005 (C. mon. fin., art. L. 153-1 → 017).

À l'instar de nombreuses législations étrangères, la France s'est dotée d'un régime protecteur des avoirs de banques centrales étrangères, afin de favoriser leur dépôt en France. Le plus souvent, des créanciers tentent d'obtenir la saisie des avoirs appartenant à des États étrangers sur lesquels ils détiennent un titre exécutoire, en visant l'État lui-même mais aussi et surtout le plus grand nombre possible de ses émanations.

En établissant qu'une entité étatique est une émanation,

cela permet, en pratique, d'atteindre son patrimoine, la théorie des émanations permettant dans ce cas de confondre les biens de l'émanation et ceux de l'État (Cass. 1^{er} civ., 6 févr. 2007, nos 04-13.108 et 04-13.107, Rev. arb. 2007, n° 3, 1^{er} juill., p.483, note L. Franc-Menget ; Rep. Dr. int. janv. 2008, 20, obs. H. Synvet ; RTD com. 2008, 207, obs. Ph. Delebecque). De plus, les États recourant de plus en plus souvent à l'arbitrage, le risque est élevé que l'acceptation de ce mode de résolution des litiges soit considéré comme valant renonciation à l'immunité d'exécution attachée traditionnellement aux États (Cass. 1^{er} civ., 6 juill. 2000, n° 98-19.068, D. 2000, I.R., 209, JCP 2001, II, 763, note Kaplan et Canubert ; Rev. Arb. 2001, p. 114, note Leboulanger ; Clunet 2000, 1054, note Pingel-Lenuzza ; CA Paris, 12 déc. 2001, Rev. arb. 2003, 417, note P. Leboulanger ; Maury, L'incidence de la stipulation d'une clause compromissoire sur l'immunité d'exécution de l'État étranger, D. 2001, 2139).

Aucune des décisions intervenues ne relève l'absence d'autorisation préalable par le juge de l'exécution prévue pourtant à l'article L. 153-1 alinéa 2, qui, à elle seule, aurait du suffire à faire constater la nullité de la saisie. Cela aurait été sans doute préférable, s'agissant d'une formalité substantielle instaurée par le législateur pour canaliser les saisies contre les avoirs de banques centrales étrangères. Les juges ont préféré constater que les dispositions légales protectrices étaient applicables tant aux mesures conservatoires qu'aux mesures d'exécution, puis constater ensuite que la preuve n'était pas rapportée par les créanciers saisissants que les biens des banques centrales étaient affectés à une activité principale relevant du droit privé.

Aucune des banques tiers-saisies n'avaient été incluses dans les procédures, bien qu'elles aient bloqué les fonds, en application du principe traditionnel que le tiers saisi n'est pas juge des saisies, transcrit à l'article 24 de la loi du 9 juillet 1991 (L. n° 91-650, 9 juill. 1991, JO 14 juill. ; J-P Mattout, La saisie des avoirs de banques centrales étrangères et le tiers saisi, Mélanges AEDBF France, tome V, à paraître, revue Banque édition, 2008).

Extraits

→ 017 : 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'Etat ou des Etats 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 »