

Droit bancaire



Jean-Pierre Mattout,

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

André Priim,

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

Novembre 2006 – juin 2007 : Entre espoirs comblés et déceptions

Tant au plan législatif et réglementaire qu'au plan des décisions de justice, la période couverte par la présente chronique se distingue par des avancées remarquables mais aussi des espoirs déçus. Des controverses relatives notamment à la notion d'emprunteur averti, au bénéfice de cession d'action ou de subrogation des cautions ou au terme de l'obligation annuelle d'information des cautions trouvent leur solution devant la Cour de cassation. Les clients des banques se réjouiront de l'attention que leur portent les juges, le législateur et les autorités en charge de la concurrence ou de la protection de la vie privée en renforçant les obligations d'information et de mise en garde des banques, en réglementant les frais bancaires tout en instaurant la concurrence pour les livrets d'épargne. Les opérateurs du commerce international se féliciteront des nouvelles règles et usances uniformes en matière de crédit documentaire. En même temps, la consécration tant attendue de la fiducie ne soulève qu'un enthousiasme mitigé devant l'approche trop frileuse du législateur français. Alors que le rejet par la Cour de cassation de la cession de créance à titre de garantie provoque l'incompréhension et la déception.

I – RÈGLES PROFESSIONNELLES

L'arrêté du 20 février 2007 relatif aux exigences de fonds propres applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement a été publié au *Journal officiel* du 1^{er} mars 2007 et détaille sur 398 articles et des annexes abondantes les exigences nouvelles résultant du célèbre ratio de solvabilité appelé « Bâle II », se substituant au non moins célèbre ratio « Cooke » (Arr. 20 févr. 2007, JO 1^{er} mars). Un autre arrêté de même date modifie de nombreux règlements du Comité de la réglementation bancaire et financière en conséquence. Une ordonnance du 19 avril 2007 (Ord. n° 2007-571, 19 avr. 2007, relative aux établissements de crédit, aux entreprises d'investissement et aux sociétés de crédit foncier, JO 20 avr.) parachève la construction. La nouvelle règle introduit notamment la possibilité pour les banques de faire reposer l'appréciation du risque de crédit sur chaque emprunteur, soit sur une notation de crédit externe, soit sur une notation de crédit inter-

ne et rendue publique, afin de déterminer ensuite la part de fonds propres correspondante obligatoire (P.-G. Wogue, La réforme de Bâle II transposée en droit français, LPA 2007, n° 125, p. 4 ; G. Hertig, Basel II and Fostering the Disclosure of Banks Internal Credit Ratings, *European Business Organisation Law Review* 2006, p. 625). Il est important de noter qu'en s'en remettant à une appréciation externe du risque de crédit, c'est un peu le cœur de métier de la banque qui peut se trouver externalisé. L'uniformité d'appréciation qui résulte de la référence à une appréciation externe, déjà extraordinairement concentrée en un petit nombre d'agences de notation, ne va-t-elle pas accentuer le comportement moutonnier, si souvent observé et dont la crise de l'immobilier *sub-prime* américain de l'été dernier constitue une nouvelle illustration ?

Rémunération des comptes à vue. – La Commission a traduit la France devant la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) au sujet de sa législation

Sommaire

I - RÈGLES PROFESSIONNELLES 66

Arr. 20 févr. 2007 et Ord. n° 2007-571, 19 avr. 2007 (*ratio de solvabilité « Bâle II »*)

Communiqué de presse de la Commission européenne, du 21 mars 2007 sur la rémunération des comptes à vue
Avis de la Commission européenne du 10 mai 2007 contre le monopole de distribution des livrets d'épargne
L. n° 2007-290, 5 mars 2007 (*fixation des frais bancaires*)

L. fin. rect. pour 2006, n° 2006-1771, 30 déc. 2006 (*limitation des frais bancaires*)

Rapport de la Banque de France dressant le bilan de la réforme de l'usure

L. n° 2007-131, 31 janv. 2007 (*l'accès au crédit des personnes présentant un risque de santé aggravé*)

Cass. com., 28 nov. 2006, n° 04-19.244 (*absence d'agrément et validité des opérations*)

Cass. com., 24 avr. 2007, n° 05-21.998 (*monopole bancaire et validité des opérations*)

Projet de loi AN n° 3430, 2006-2007, en faveur des consommateurs

II - DEVOIRS PROFESSIONNELS 69

Cass. com., 30 mai 2007, n° 06-11.036 (*secret bancaire et bons anonymes*)

Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-18.368 (*surveillance par le banquier des fonds prêtés*)

III - GÉNÉRALITÉS SUR LES CONTRATS BANCAIRES ET SUR LES RELATIONS AVEC LA CLIENTÈLE 70

L. n° 2007-211, 19 févr. 2007 (*consécration de la fiducie*)

IV - COMPTES ET INSTRUMENTS DE PAIEMENT**A - Comptes 70**

Cass. com., 20 févr. 2007, n° 04-11.989 (*acceptation TEG*)

Cass. com., 22 mai 2007, n° 06-12.180 (*défaut d'information régulière sur le TEG*)

B - Chèques 71

Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-18.557 (*chèque impayé et recours du banquier*)

C - Cartes de paiement 72

Cass. com., 12 déc. 2006, n° 05-15.481 (*paiement par internet*)

V - CRÉDITS**A - Généralités 72**

CNIE, 8 mars 2007 (*les fichiers positifs d'emprunteurs*)

Cass. com., 28 févr. 2006, n° 04-14.719 (*formation du contrat de crédit*)

B - Garanties 73

Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267 (*assurance groupe*)

Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-16.395 (*cession de créance à titre de garantie*)

Cass. ch. mixte, 17 nov. 2006, n° 04-12.863 (*cautionnement et terme de l'obligation d'information annuelle*)

Cass. com., 13 févr. 2007, n° 05-13.308 (*cautionnement et débiteurs de l'obligation d'information annuelle*)

Cass. ch. mixte, 17 nov. 2006, n° 04-19.123 (*cautionnement et bénéfice de cession d'action ou de subrogation*)

Cass. com., 3 avr. 2007, n° 06-12.531 (*cautionnement et bénéfice de cession d'action ou de subrogation*)

C - Responsabilité du banquier dispensateur de crédit 77

Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104 et 06-11.673 (*emprunteur non averti*)

VI - RELATIONS INTERBANCAIRES 77

Cass. com., 30 janv. 2007, n° 05-17.141 (*pool bancaire et déclaration de créances*)

VII - SERVICES BANCAIRES 77

Cass. com., 12 déc. 2006, n° 05-15.374 (*gestion financière et objet social*)

Cass. com., 19 juin 2007, n° 05-22.037 (*swap de taux, caractère non spéculatif*)

VIII - OPÉRATIONS INTERNATIONALES 78

Entrée en vigueur des nouvelles règles et usances uniformes (RUJ) 600

Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-18.557 (*suite : chèque impayé et risque de change*)

CA Paris, 24 mai 2007, Coso c/ Crédit Agricole (*responsabilité d'une maison mère pour une filiale bancaire étrangère*)

Cass. com., 19 déc. 2006, n° 04-18.888, et Cass. com., 23 janv. 2007, n° 04-10.897 (*sous-traitance internationale et loi applicable*)

Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-13.461 (*garantie à première demande, compensation et connexité*)

sur la rémunération des comptes à vue. Selon son communiqué de presse du 21 mars 2007, la Commission reproche à la France de ne pas avoir complètement adapté sa législation et notamment son Code monétaire et financier (C. mon. fin., art. L. 312-3, al. 1^{er}). À la suite de la décision « Caixa Bank » (Comm. bancaire, 16 avr. 2002, Banque et droit 2002, p. 51, obs. T. Bonneau, JCP E 2004, 11, obs. J. Stoufflet ; A. Prüm, *Mort lente de l'interdiction de la rémunération des comptes à vue ?*, RD bancaire et fin. 2003, p. 3), puis de la décision de la CJCE estimant la règle française contraire au droit communautaire (CJCE, 5 oct. 2004, aff. C-442/02 ; J. Stoufflet, *La fin de l'interdiction de la rémunération des dépôts à vue ?*, RD bancaire et fin. 2004, p. 437), suivie de l'annulation par le Conseil d'État de la décision de 2002 et de l'abrogation des textes réglementaires prohibant la rémunération des comptes à vue de résidents en monnaie nationale (Arr. 8 mars 2005, JO 16 mars), on aurait pu espérer l'affaire définitivement close au plan juridique.

À défaut d'être une pratique répandue encore aujourd'hui, cette rémunération est incontestablement deve-

nue licite en droit français. Il est vrai que, dans l'ordonnancement juridique interne, le texte légal qui servait de fondement aux restrictions réglementaires n'a pas encore disparu. C'est ce maintien qui a éveillé le recours soupçonneux de la Commission. Il paraît davantage motivé par un souci de politique juridique que d'efficacité pratique immédiate.

Monopole de distribution des livrets d'épargne. - Parallèlement, le débat sur le monopole de distribution des livrets d'épargne a connu une étape importante, la Commission s'étant prononcée pour l'abrogation du monopole en faveur des seules Caisses d'Épargne et de la Banque Postale (et du Crédit Mutuel pour le livret bleu) (N. Lenoir et D. Roskis, *La Commission européenne met fin aux droits spéciaux de distribution des livrets A et bleu*, JCP E 2007, act. 206). Le fondement de la décision de la Commission est l'atteinte à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services, ces monopoles créant une barrière à l'en-

trée sur le marché de l'épargne liquide pour les concurrents. Le raisonnement est analogue à celui suivi en matière de rémunération des comptes à vue. Les arguments mis en avant par la France, relatifs à l'affectation de ces dépôts au financement du logement social, n'ont pas été jugés suffisants pour justifier le maintien de ce mode particulier de distribution, la banalisation de celle-ci n'étant pas incompatible avec une obligation de centralisation des fonds à la Caisse des dépôts et consignations. La France a neuf mois pour se conformer, le recours qu'elle a introduit devant le Tribunal de première instance des Communautés européennes n'étant pas suspensif.

Frais bancaires. – Les frais bancaires ont eu l'honneur de figurer dans le catalogue des sujets débattus ardemment pendant la dernière campagne présidentielle. La loi de finances rectificative pour 2006 (**L. fin. rect. pour 2006 n° 2006-1771, 30 déc. 2006**, JO 31 déc., art. 147) et la loi du 5 mars 2007, instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale (**L. n° 2007-290, 5 mars 2007**, JO 6 mars, art. 71), sont intervenues, un peu un amont, pour fixer certains frais. Apportant une dérogation au principe général de liberté des prix des prestations de services (Th. Samin, *Les aspects juridiques de la tarification des services bancaires*, Banque et droit 1999, n° 67, p. 26), le législateur a voulu cantonner certains frais, afin de protéger les clients les plus vulnérables des banques, estimant, sans doute, que l'autorégulation et le droit de la concurrence ne suffisaient pas à assurer, dans des délais suffisamment rapides, la protection recherchée.

La loi de finances rectificative pour 2006 limite le montant des frais pouvant être perçus par les établissements de crédit en cas d'opposition administrative reçue sur un compte bancaire à 10 % des sommes dues par le titulaire du compte au Trésor public. La loi du 5 mars 2007 aborde les incidents de fonctionnement du compte. Elle plafonne les frais exigibles par la banque en cas de défaut de paiement d'un chèque tiré sur ses caisses ainsi que le montant des frais bancaires applicables en cas d'incidents de paiement autres que le rejet de chèque. Dans les deux cas, c'est au décret de fixer le montant applicable (F.-J. Crédot et T. Samin, *RD bancaire et fin.* 2007, p. 8). De nouvelles étapes sont d'ores et déjà programmées, comme la récapitulation annuelle des frais bancaires perçus.

Incidences de la réforme de l'usure. – Faire le bilan de l'application d'un texte est un exercice salutaire auquel le législateur devrait sacrifier plus souvent. Ainsi vient-il d'être établi à sa demande, par la Banque de France, une situation d'étape concernant les incidences de la réforme de l'usure sur les modalités de financement des PME (**Rapp. Banque de France déc. 2006**, www.banque-france.fr/fr/publications/rapport/rapport.htm). À la suite des réformes intervenues par la loi du 1^{er} août 2003, qui avaient exclu du champ de l'usure la plupart des crédits consen-

tis aux personnes morales puis par la loi du 2 août 2005, qui visait les personnes physiques exerçant une activité professionnelle, afin de favoriser leur accès au crédit –, il est heureux de constater que le crédit bancaire a été effectivement facilité pour les PME et surtout les TPE (**L. n° 2003-721, 1^{er} août 2003**, pour l'initiative économique, JO 5 août ; **L. n° 2005-882**, en faveur des petites et moyennes entreprises, JO 3 août). L'enquête note également que le taux de défaut ne s'est pas significativement détérioré. Une déréglementation aux effets positifs, que la Banque de France invite à poursuivre, au moins dans les domaines où l'offre de crédit est très concurrentielle.

Accès au crédit. – La loi du 31 janvier 2007 relative à l'accès au crédit des personnes présentant un risque aggravé de santé (**L. n° 2007-131, 31 janv. 2007**, JO 1^{er} févr.) s'inscrit également dans le mouvement général de protection des clients les plus vulnérables des établissements bancaires. La loi a repris les dispositions de la convention dite « AERAS » passée entre les banques, l'État, les assureurs et les associations de malades.

Défaut d'agrément d'une banque étrangère. – Le consensus règne dorénavant au sein de la Cour de cassation à propos de l'incidence du défaut d'agrément d'une banque étrangère pour certaines opérations de crédit sur les prêts qu'elle a pu accorder à des emprunteurs situés en France. Par un arrêt en date du 28 novembre 2006 (**Cass. com., 28 nov. 2006, n° 04-19.244**, D. 2007, p. 13, obs. V. Avena-Robardet, *Banque et droit* 2007, p. 30, obs. Th. Bonneau, *RD bancaire et fin.* 2007, p. 9, obs. F.-J. Crédot et T. Samin), la Chambre commerciale s'est ralliée à la solution adoptée par l'Assemblée plénière, le 4 mars 2005 (**Cass. ass. plén., 4 mars 2005, n° 03-11.725** ➔ 001 cette chronique, *Dr. & patr.* 2005, n° 143, p. 97), admettant qu'un tel défaut d'agrément n'était pas, en soi, une raison suffisante pour justifier l'annulation des prêts. La Chambre commerciale abandonne ainsi la position contraire qu'elle avait défendue jusqu'alors, au motif que « l'interdiction de toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer à titre habituel des opérations de crédit-bail (comme toute autre opération de crédit) protège non seulement l'intérêt général et celui des établissements de crédit, mais aussi celui des crédits-preneurs » (*Cass. com.*, 19 nov. 1991, n° 90-10.271, *Bull. civ. IV*, n° 347, *Banque* 1992, n° 526, obs. J.-L. Rives-Lange, *JCP E* 1992, I, 154, n° 5, p. 276, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *RTD com.* 1992, p. 426, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié, *RTD com.* 1992, p. 666, obs. B. Bouloc, *D.* 1993, som., p. 53, obs. M. Vasseur ; v. aussi Th. Bonneau, *Droit bancaire*, Montchrestien, 7^e éd., 2007, n° 216).

Il n'y a pas lieu de revenir ici sur les raisons pour lesquelles il faut se féliciter de cette solution, exprimées dans nos observations sous l'arrêt de l'Assemblée plénière. Les faits à l'origine de la présente affaire sont identiques à ceux qui sous-tendaient ce dernier. Rappelons simplement qu'il paraît particulièrement inadéquat de permettre à un emprunteur de se délier de son obligation de paiement d'intérêts afférente à un prêt à taux variable dont il a été heureux de bénéficier au motif que son prêteur – une caisse hypothécaire anversoise

— ne possédait pas en Belgique l'agrément pour consentir à titre habituel de tels prêts. Que l'obligation d'agrément soit rattachée uniquement à l'intérêt général ou posée également dans un but de protection des clients, son non-respect n'est pas susceptible de causer, dans les circonstances en cause, le moindre préjudice à l'emprunteur. Si celui-ci souhaite néanmoins en tirer argument, n'est-ce pas dans le seul dessein de s'arroger un avantage indu ? Une multiplication de telles prétentions pourrait même fragiliser le prêteur professionnel et porter directement atteinte à l'objectif essentiel de l'obligation d'agrément qui consiste à veiller à la solidité des établissements de crédit. Or cet intérêt doit certainement primer sur celui de la protection des clients, à supposer que ceux-ci puissent tirer de l'obligation d'agrément ou du monopole bancaire un quelconque droit direct. N'est-ce pas dans ce sens également que la Cour de justice des Communautés européennes a insisté pour marquer que la surveillance des établissements de crédit devait s'opérer d'abord et avant tout dans l'intérêt général même si cet objectif excluait, selon la législation d'un État membre, toute possibilité pour un particulier de se plaindre des fautes commises par l'autorité de surveillance dans l'exercice de celle-ci (CJCE, 12 oct. 2004, aff. C-222/02, Peter Paul e.a. c/ RFA, JOUE, 4 déc. 2004, n° C 300, p. 7) ? Dans la lignée de l'arrêt commenté ci-dessus, la Chambre commerciale de la Cour de cassation rejette aussi les actions en nullité contre des conventions conclues par un établissement financier spécialisé dépassant le champ d'activité pour lequel il a été agréé (Cass. com., 24 avr. 2007, n° 05-21.998, Banque et droit 2007, p. 16, obs. Th. Bonneau).

Le problème ne se pose pas dans les mêmes termes lorsque le crédit provient d'une personne qui n'a pas du tout la qualité d'établissement de crédit. Par son effet éminemment dissuasif, la nullité des opérations de crédit conclues en violation du monopole bancaire pourrait dans ce cas utilement compléter la sanction pénale. Mais l'arrêt de l'Assemblée plénière du 4 mars 2005 ne permet guère d'opérer aujourd'hui cette distinction. D'où l'initiative récente de l'introduire par voie législative. C'est ce que prévoit le projet de loi en faveur des consommateurs, dont l'article 18, I, envisage de compléter en ce sens l'article L. 511-11 du Code monétaire et financier (Projet de loi AN n° 3430, 2006-2007 ➔ 002 en faveur des consommateurs).

II — DEVOIRS PROFESSIONNELS

Secret bancaire et bons anonymes. — La date de remboursement de bons anonymes est une information couverte par le secret professionnel opposable aux héritiers du souscripteur. Une banque s'était vue enjoindre, dans le cadre d'un litige entre héritiers sur l'existence éventuelle de dons manuels que certains d'entre eux suspectaient en faveur des autres, de communiquer la date et les modalités de remboursement de bons anonymes souscrits par la défunte. La cour d'appel avait

Extraits

➔ 001 : Cass. ass. plén., 4 mars 2005, n° 03-11.725

« ... La seule méconnaissance par un établissement de crédit de l'exigence d'agrément, au respect de laquelle l'article 15 de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984, devenu les articles L. 511-10, L. 511-14 et L. 612-2 du Code monétaire et financier, subordonne l'exercice de son activité, n'est pas de nature à entraîner la nullité des contrats qu'il a conclus ... ».

➔ 002 : Projet de loi AN n° 3430, 2006-2007, art. 18, I

« ... Sont nulles les opérations réalisées sur le territoire français en violation des interdictions prévues aux deux alinéas précédents par des personnes autres que des établissements de crédit, les personnes mentionnées au premier alinéa de l'article L. 511-6 et les entreprises ou personnes morales ayant leur siège dans un État membre de la Communauté européenne ou dans un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen et ayant un statut comparable ... ».

maintenu la condamnation en première instance de la banque à fournir les renseignements demandés, au motif, classique, que les héritiers continuaient la personne du défunt et ne pouvaient en conséquence se voir opposer le secret professionnel, compte tenu de ce qui était demandé à la banque, à savoir la seule date du remboursement des bons. La Cour de cassation casse la décision, en estimant que cette information, certes limitée, appartient néanmoins au seul porteur des bons et non plus au souscripteur, qui s'était dessaisi des bons, et ainsi pas davantage à ses héritiers (Cass. com., 30 mai 2007, n° 06-11.036).

La décision semble enfin amorcer une approche plus fine et plus satisfaisante de la poursuite du secret bancaire envers les héritiers. Appuyée sur le concept de continuation de la personne du *de cuius*, la jurisprudence française a tendance à refuser au défunt la protection de sa vie privée dont il a pu vouloir s'entourer, y compris outre-tombe. La jurisprudence suisse a, depuis longtemps, établi des distinctions entre ce qui peut et doit être communiqué aux héritiers, *grosso modo* l'aspect patrimonial de la relation bancaire, de ce qui peut être préservé par le secret, l'extrapatrimonial (M. Aubert, J.-P. Kernen et H. Schönle, Le secret bancaire suisse, éd. Staempfli et Cie SA Berne, 1982, p. 209 et s.). Ici, la distinction est plus circonstancielle. Seul le porteur des bons bénéficiant du secret bancaire sur la date du remboursement de ceux-ci, les héritiers du défunt sont, par définition, des tiers à qui le secret reste opposable.

La surveillance par le banquier des fonds prêtés fait souvent l'objet de controverses. — Les tiers peuvent avoir parfois un intérêt certain à ce que le banquier surveille bien la destination effective des fonds prêtés dans la mesure où leur bonne utilisation leur procure une garantie de fait. Aussi mettent-ils en cause la responsabilité de la banque lorsqu'il leur apparaît que leur préjudice résulte, au moins en partie, de ce défaut de surveillance. De façon nette, la Cour de cassation

estime qu'une telle obligation ne résulte pas d'une obligation générale imposée à tout prêteur, mais dépend des stipulations contractuelles propres à chaque espèce (Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-18.368 ► 003 Martres c/ Sté la Financière du Forum, Banque et droit 2007, p. 38, obs. T. Bonneau, JCP E 2007, 1679, n° 25, obs. J. Stoufflet). Il est vrai que lorsque ces clauses d'affectation sont expressément stipulées, le but poursuivi par la banque est principalement de s'assurer elle-même que les fonds prêtés vont bien servir au projet qu'elle a examiné et pour lequel elle a accepté de consentir un financement. Aussi n'est-ce que dans des cas tout à fait exceptionnels qu'elle aura entendu fournir une garantie d'utilisation à des tiers. Il est dès lors logique de ne pas ériger cette pratique, ni en obligation, ni en source de responsabilité envers les tiers.

La Cour relève, de plus, que les demandes formulées envers la banque étaient de nature à la contraindre de divulguer des informations couvertes par le secret professionnel.

III – GÉNÉRALITÉS SUR LES CONTRATS BANCAIRES ET SUR LES RELATIONS AVEC LA CLIENTÈLE

La fiducie et la banque. – Longtemps réclamée par la communauté bancaire, la fiducie vient de trouver, de manière presque inespérée, sa voie dans l'ordre juridique français à travers une loi du 19 février 2007 (L. n° 2007-211, 19 févr. 2007, JO 21 févr.), complétée par le décret du 7 mai 2007 relatif à la déclaration d'existence de la fiducie (D. n° 2007-725, 7 mai 2007, JO 8 mai). Destinée à doter celui-ci d'un « instrument juridique efficace et sûr », susceptible « de faire concurrence au trust anglo-saxon », la fiducie est reçue comme une nouvelle figure contractuelle « par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, des droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé ou profit d'un ou plusieurs bénéficiaires » (C. civ., art. 2011). Ce rattachement au droit des contrats, inspiré de solutions éprouvées dans d'autres pays de la famille romano-germanique, permet à la fiducie de se développer dans un cadre connu tout en lui offrant la plus grande souplesse. Sauf l'interdiction de s'en servir à des fins de libéralité, la technique est a priori ouverte à tous genres d'usage. Il est vrai que d'autres restrictions prévues par la loi réduisent sensiblement son utilité. Ainsi, seules les personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés peuvent constituer un patrimoine fiduciaire. Des personnes physiques ne peuvent donc pas y recourir, par exemple pour confier à leur banquier la gestion discrétionnaire d'un portefeuille de valeurs mobilières, alors que la fiducie aurait pu pallier ici les insuffisances du mandat. De même, leur demeure refusée la possibilité de transmettre entre les mains d'un fiduciaire indépendant des biens destinés à servir de ga-

Extraits

► 003 : Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-18.368

« ... En l'absence de dispositions légales ou de stipulations conventionnelles non alléguées en l'espèce imposant à l'établissement de crédit de surveiller l'utilisation par le promoteur-vendeur des crédits confirmés bénéficiant aux acquéreurs mais dont l'intéressé avait dès lors la libre disposition, la cour d'appel a exactement décidé que la seule obligation de la banque avait été de délivrer, conformément à ses engagements, l'intégralité du crédit confirmé, irrévocablement ouvert au vendeur jusqu'à l'achèvement de l'immeuble, mais qu'il ne pouvait lui être reproché de ne pas s'être assuré de la destination des fonds ... ».

rantie à l'un de leurs créanciers. Or, un tel mécanisme de garantie peut s'avérer moins dangereux pour le débiteur qu'un gage impliquant une dépossession entre les mains du créancier.

Le fait de réserver la qualité de fiduciaire aux établissements de crédit, aux entreprises d'assurance et autres entreprises ou institutions financières, soumis à une surveillance prudentielle, paraît, en revanche, un sage choix. L'atout principal de la fiducie que représente la ségrégation des biens détenus à titre fiduciaire, des biens personnels du fiduciaire risque, en effet, de s'avérer illusoire si celui-ci ne la respecte pas. En limitant le cercle des fiduciaires à des professionnels strictement contrôlés, le danger devient minimal.

D'autres dispositions de la loi s'avèrent moins heureuses, comme l'obligation d'enregistrement des contrats et des transferts subséquents de biens ou de droits, le formalisme trop astreignant auquel se trouve soumise la conclusion des contrats, le maintien d'un recours contre le patrimoine du constituant en faveur des créanciers de la fiducie, etc. Elles ont déjà fait l'objet de vives critiques en doctrine. L'espace de la présente chronique ne permet pas de se lancer dans une analyse plus poussée du texte. Gageons que les banques feront preuve de toute l'imagination dont elles sont capables pour exploiter pleinement les possibilités que leur offre la nouvelle fiducie. Maintenant qu'elle a trouvé enfin sa place dans le droit français, son régime peut toujours être amélioré et enrichi.

IV – COMPTES ET INSTRUMENTS DE PAIEMENT

A – Comptes

Stipulation du taux effectif global (TEG). – La souplesse caractéristique des autorisations de découvert en compte courant ne se concilie pas aisément avec le formalisme régissant les stipulations d'intérêts dans un but de protection des emprunteurs. Le contentieux important auquel continuent de donner lieu les exigences de transparence imposées en cette matière aux banques en témoigne.

Deux arrêts récents de la Chambre commerciale viennent préciser la portée de l'obligation de mentionner par écrit et préalablement le TEG applicable aux autorisations de découvert en compte.

Intégrant des éléments dépendant de l'utilisation effective du crédit, comme la commission dite du « plus fort découvert », le TEG ne peut être déterminé avec précision qu'*a posteriori*. Les relevés périodiques de compte ou d'intérêts – ou « tickets d'intérêts » – servent logiquement à informer le client sur le TEG réellement appliqué sur une période déterminée de son crédit. Faute d'élever une protestation contre ces relevés dans le délai convenu ou, à défaut, dans un délai raisonnable, celui-ci est censé accepter le taux indiqué.

L'indication *a posteriori* du TEG appliqué n'est cependant pas suffisante. Elle doit être complétée par une information *a priori* dès la conclusion de l'ouverture de compte sur le TEG auquel le client doit s'attendre au moyen d'exemples chiffrés.

C'est ce que la Chambre commerciale décide dans un arrêt du 20 février 2007 (**Cass. com., 20 févr. 2007, n° 04-11.989**

➔ **004** Banque et droit 2007, p. 17, obs. Th. Bonneau). Selon elle, d'une part, ce n'est qu'à partir de l'instant où la banque a éclairé son client sur le taux indicatif qu'elle peut prétendre à des intérêts et, d'autre part, la mention *a posteriori* du TEG réellement appliqué conditionne l'acceptation par le client de ce taux. Sans être nouvelle, la solution a le mérite de rappeler clairement la position de la Cour de cassation (v. Th. Bonneau, préc., n° 380).

Dans une seconde décision, en date du 22 mai 2007, la Chambre commerciale en tire les conséquences en ce qui concerne la prescription quinquennale de l'action en nullité sanctionnant le défaut l'information régulière sur le TEG (**Cass. com., 22 mai 2007, n° 06-12.180** ➔ **005** D. 2007, p. 1654, obs. V. Avena-Robardet). Le client ne pouvant approuver que le TEG effectivement appliqué, le délai de prescription de son action ne court qu'à partir du moment où il a reçu cette information. Les banques doivent donc s'attendre à ce que les conventions d'intérêts puissent être attaquées jusqu'à cinq ans après le moment où les intérêts débiteurs afférents à l'utilisation d'une autorisation de découvert auront été portés en compte et le client dûment averti du TEG.

B – Chèques

Le contentieux relatif au recours du banquier contre son client à qui il a avancé le montant d'un chèque remis à l'encaissement, lorsque ce chèque s'avère sans provision, demeure exceptionnel. Le droit du banquier d'obtenir le remboursement de l'avance consentie, et ce « *indépendamment de tout recours fondé sur le droit du chèque* », ne prête, en effet, guère à discussion (Cass. com., 30 janv. 1996, n° 94-12.885, Bull. civ. IV, n° 27, RTD com. 1996, p. 302, obs. M. Cabrillac, D. 1996, jur., p. 320, obs. J.-L. Rives-Lange).

Aussi mérite d'être signalée une décision récente où la Cour de cassation a eu à connaître d'un litige relatif à un chèque impayé libellé en USD. La banque chargée

Extraits

➔ **004** : Cass. com., 20 févr. 2007, n° 04-11.989

« ... En cas d'ouverture de crédit en compte courant, l'obligation de payer dès l'origine des agios conventionnels par application du taux effectif global exige non seulement que soit porté sur un document écrit préalable à titre indicatif le taux effectif global mais aussi que le taux effectif global appliqué soit porté sur les relevés périodiques, reçus par l'emprunteur sans protestation ni réserve ; (...) à défaut de cette première exigence, les agios ne sont dus qu'à compter de l'information régulièrement reçue, valant seulement pour l'avenir, et (...) à défaut de la seconde exigence, la seule mention indicative de ce taux ne vaut pas, s'agissant d'un compte courant, reconnaissance d'une stipulation d'agios conventionnels ... ».

➔ **005** : Cass. com., 22 mai 2007, n° 06-12.180

« ... La prescription quinquennale de l'action en nullité de ce taux ne peut commencer à courir à partir de la date de la convention écrite préalable, mais seulement à compter de la réception des relevés périodiques mentionnant le taux effectif global appliqué ... ».

➔ **006** : Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-18.557

« ... En l'absence de toute faute de sa part, la banque a toujours, et quelle que soit la nature de l'endossement lui ayant bénéficié, le droit de se faire rembourser par le bénéficiaire de chèques, qui se sont révélés ensuite sans provision, le montant des avances qu'elle avait accordées lors de leur remise dans l'attente de leur encaissement ... ».

de l'encaissement avait crédité le compte de son client de la contrevaletur en FRF le jour de la remise, du montant du chèque avant de le débiter à nouveau pour la valeur en FRF au jour où elle a appris que le chèque était frauduleux. L'évolution du taux USD/FRF entre ces deux moments se traduisait par une perte de change pour le client.

Celui-ci a cru pouvoir contester, en premier lieu, le droit même de la banque d'obtenir le remboursement du montant du chèque au motif qu'il le lui avait été transféré en pleine propriété, de sorte qu'elle avait nécessairement pris elle-même le risque d'un défaut de couverture. Dans son arrêt du 23 janvier 2007 (**Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-18.557** ➔ **006** Banque et droit 2007, p. 37, obs. Th. Bonneau, RD bancaire et fin. 2007, p. 11, obs. F.-J. Crédot et T. Samin), la Chambre commerciale rejette, sans surprise, l'argument en insistant sur le fait que le droit au remboursement de l'avance du montant d'un chèque n'est pas fonction de la nature de l'endossement. La précision complète utilement la solution de principe posée par son arrêt précité du 30 janvier 1996.

La Cour n'a, en revanche, pas été insensible à l'argument selon lequel la banque aurait dû prévenir son client du risque de change encouru en obtenant une avance en FRF le temps qu'elle puisse présenter le chèque à l'encaissement et savoir s'il serait honoré. L'appréciation de sa décision sous ce second volet figure au chapitre « Opérations internationales » ci-dessous.

C – Cartes de paiement

Le paiement par internet par communication d'un numéro de carte, particulièrement lorsqu'il s'agit de réserver un hôtel à Las Vegas, peut se révéler une opération hasardeuse (Cass. com., 12 déc. 2006, n° 05-15.481 → 007 RTD civ. 2007, p. 349, obs. J. Mestre et B. Fages, RTD com. 2007, p. 424, obs. D. Legeais) ! Il s'agissait en l'espèce d'une réservation d'une nuit d'hôtel pour laquelle la cliente avait autorisé un débit de 49,05 dollars. À la suite d'une erreur de l'hôtel, celui-ci la fit débiter de 224,47 dollars. La banque reconnut l'erreur de l'hôtel mais refusa de restituer la différence, en s'arc-boutant sur les dispositions des articles L. 132-2 et L. 132-4 du Code monétaire et financier, qui ne prévoient de dégager la responsabilité des porteurs de cartes utilisées à distance que dans les cas de fraude ou de contrefaçon et pas en cas d'erreur.

La Cour remet la question sur le terrain où elle a l'habitude de se situer en matière de paiement, en considérant, comme elle le fait depuis longtemps en matière de faux pour d'autres moyens de paiement comme le chèque ou le virement (v. T. Bonneau, Droit bancaire, Montchrestien, 7^e éd., 2007, n° 457, la jurisprudence citée et les critiques formulées), que le défaut d'ordre du titulaire du compte prive la banque de toute autorisation de procéder au débit de son compte. Il s'agit là de l'uniformisation d'une solution étendant ainsi la responsabilité sans faute du banquier et destinée à protéger les porteurs de carte, plus que d'une conception élargie de la notion de fraude. Elle semble toutefois réserver la solution contraire en cas de stipulations contractuelles différentes, ce qui paraît peu compatible avec le fondement de sa solution.

V – CRÉDITS

A – Généralités

Les fichiers positifs d'emprunteurs. – Le débat est récurrent dans le monde bancaire sur le point de savoir si l'instauration de fichiers d'emprunteurs personnes physiques ne constituerait pas un moyen utile pour permettre aux banques de mieux lutter contre le surendettement. Ces fichiers, dans le jargon, sont dits « positifs », par opposition aux fichiers « négatifs », seuls pratiqués en France, comme celui des chèques irréguliers (É.-A. Caprioli, RD bancaire et fin. 2007, p. 29).

Les arguments mis en avant publiquement par les banques pour en contester l'instauration tournent autour de la défense de la vie privée et des libertés individuelles auxquelles ces fichiers porteraient une atteinte injustifiée. En aparté, elles confessent craindre aussi que ces fichiers ne constituent un moyen trop commode d'accroître la concurrence entre elles, en désignant, en creux, les clients peu endettés aux sollicitations répétées de leurs concurrents.

La Commission nationale informatique et libertés (CNIL) vient à nouveau de leur prêter main forte, le 8 mars dernier, en refusant d'autoriser la création d'une

base de données centralisée sur les crédits aux particuliers. Cette réticence lui est traditionnelle. Elle l'a exprimée à de nombreuses reprises, malgré des expériences réussies en cette matière dans d'autres pays démocratiques.

Au-delà des arguments de circonstance propres à ce fichier particulier (secret bancaire envers le sous-traitant non établissement bancaire, proportionnalité aux fins annoncées, insuffisante information des clients), le principal souci de la CNIL est d'affirmer clairement que l'instauration d'un tel instrument relève de la compétence du législateur et non de la sienne, tant dans son principe que dans ses modalités essentielles. On ne saurait lui en faire reproche !

De très nombreux textes protègent la vie privée des personnes. Des textes de portée générale, comme l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, ou encore l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, ou encore l'article 9 du Code civil qui énonce que « chacun a droit au respect de sa vie privée », et des textes plus spécifiques comme les directives européennes du 24 octobre 1995 sur la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel (Dir. CE n° 95/46, 24 oct. 1995, JOCE 23 nov., n° L 281, p. 1) et du 12 juillet 2002 portant sur la vie privée et les communications électroniques (Dir. CE n° 2002/58, 12 juill. 2002, JOCE 31 juill., n° L 201, p. 37).

La loi française du 6 août 2004, qui a modifié la loi du 6 janvier 1978, est le texte français principal (L. n° 2004-801, 6 août 2004, JO 7 août, mod. L. n° 78-17, 6 janv. 1978). Elle a substitué à la notion d'« informations nominatives » celle plus large de « données à caractère personnel » que l'article 2, alinéa 2, définit comme suit : « Constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres ».

La loi a aussi constitué en infraction pénale « le fait, par toute personne qui a recueilli, à l'occasion de leur enregistrement, de leur classement, de leur transmission ou d'une autre forme de traitement, des données à caractère personnel dont la divulgation aurait pour effet de porter atteinte à la considération de l'intéressé ou à l'intimité de sa vie privée, de porter, sans autorisation de l'intéressé, ces données à la connaissance d'un tiers qui n'a pas qualité pour les recevoir (...) » (C. pén., art. 226-22).

Extraits

➔ 007 : Cass. com., 12 déc. 2006, n° 05-15.481

« ... Le paiement effectué à distance, par simple communication du numéro de la carte bancaire, sans utilisation de son code confidentiel ni signature du titulaire, avait été réalisé sans mandat de cette dernière de sorte qu'à défaut de stipulations contractuelles contraires non invoquées, l'établissement de crédit, dépositaire des fonds, était tenu de les restituer à due concurrence de ce qu'il avait payé irrégulièrement ... ».

La concentration formidable d'informations dans les banques et la puissance des systèmes d'information dont elles disposent justifient sans doute qu'un débat parlementaire précède toute décision dans ce domaine sensible.

Forme. – La formation d'un contrat de crédit peut faire l'objet de débats. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle eu à connaître de cette question à l'occasion d'un crédit fournisseur international consenti par une banque italienne à laquelle avait été conviée à participer une banque française, qui, après le dépôt de bilan de l'emprunteur, devait contester avoir donné son accord définitif (**Cass. com.**, 28 févr. 2006, n° 04-14.719, RTD com. 2006, p. 755, obs. J. Mestre et B. Fages). La banque française n'en avait pas moins perçu une commission et déclaré l'existence du crédit à la Banque de France. La cour d'appel n'en avait pas moins considéré que le consentement final de la banque française n'avait pas été donné et ne constituait, du fait des circonstances, qu'un simple accord de principe. La Cour de cassation casse au visa de l'article 1134 du Code civil, en retenant, au contraire, que ces deux faits signifiaient « implicitement mais nécessairement qu'un accord de volontés était intervenu entre les parties sur les éléments qu'elle-même tenait pour essentiels même si des discussions se poursuivaient par ailleurs pour parfaire le contrat sur des points secondaires ». Ainsi se trouve reconnu un processus continu de formation du contrat aboutissant à un certain moment à une convention ayant force de loi entre les parties, même si l'accord n'est pas entièrement bouclé ni même signé, comme en l'espèce.

Les praticiens des opérations de banque devront redoubler de vigilance lorsqu'ils mènent de longues négociations complexes pour éviter d'accomplir des actes susceptibles d'être considérés, a posteriori, comme ayant franchi le Rubicon de la formation du contrat. Cette prudence s'ajoutera à celle déjà recommandée en matière de rupture des pourparlers avancés !

B – Garantie des crédits

Obligation du banquier. – La solennité d'une décision de l'Assemblée plénière a remis sous les feux de la rampe une obligation que les banquiers ont tout naturellement à l'égard des emprunteurs à qui ils demandent de souscrire une police d'assurance groupe. En l'espèce, un emprunteur avait souscrit une police d'assurance groupe le couvrant en cas d'invalidité totale et définitive mais qui excluait la couverture des risques pouvant résulter de l'inaptitude survenue à exercer sa profession d'agriculteur. Ce risque s'étant cependant matérialisé, l'emprunteur n'a pas pu, en conséquence du défaut de couverture, obtenir indemnisation de la compagnie d'assurance. Il se retourna envers la banque prêteuse en lui reprochant de l'avoir mal informé et mal conseillé. Si son argumentation n'avait pas convaincu la cour d'appel, compte tenu du fait que la police d'assurance comportait une clause claire et précise d'ex-

Extraits

➔ 008 : Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267

« ... Le banquier qui propose à son client auquel il consent un prêt d'adhérer au contrat d'assurance groupe qu'il a souscrit à l'effet de garantir, en cas de survenance de divers risques, l'exécution de tout ou partie de ses engagements, est tenu de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation ... ».

clusion de ce risque, la Cour de cassation, au visa de l'article 1147 du Code civil, devait au contraire censurer (**Cass. ass. plén.**, 2 mars 2007, n° 06-15.267 ➔ 008 D. 2007, p. 985, note S. Piedelièvre, JCP E 2007, 1375, note D. Legeais, RD bancaire et fin. 2007, p. 11, obs. F.-J. Crédot et T. samin ; F. Sauvage, Le devoir d'information et de conseil du banquier intermédiaire en assurance emprunteurs, RD bancaire et fin. 2007, p. 57 ; Rev. banque 2007, p. 79, obs. J.-L. Guillot et S. Fayner). Sans vouloir ajouter à tous les commentaires savants auxquels cette décision a donné lieu, il faut répéter que les banques protégeront au mieux leurs intérêts et ceux de leurs clients profanes en présupposant qu'elles ont une obligation d'information et de conseil personnalisée dans leurs opérations avec eux, dont la mise en garde n'est qu'une des formes d'expression.

Rejet de la cession de créance à titre de garantie.

– Rares sont les décisions où la Cour de cassation a adopté une position aussi régressive et déconnectée de la pratique que celle par laquelle sa Chambre commerciale a refusé de reconnaître la validité d'une cession de créance à titre de garantie, en dehors des cas expressément prévus par la loi. Tant les circonstances tout à fait ordinaires à l'origine du litige que le très large consensus qui se dégage aujourd'hui en faveur de l'utilisation de la propriété à des fins de garantie auraient dû l'inciter à adopter exactement la position inverse en acceptant, de manière générale, qu'une créance puisse être cédée, en pleine propriété, en couverture d'une dette. Pour garantir le remboursement du prêt qui lui a permis d'acquérir un centre commercial, une société – la Foncière Forum 20 – avait consenti à son prêteur – la banque CGER – une cession des loyers dus par les locataires du centre. Outre la sécurité qu'il procure au prêteur de deniers, ce genre d'arrangement présente l'avantage pour l'emprunteur d'intégrer le remboursement progressif du prêt à travers les loyers. La solution est de pratique courante non seulement dans le financement de ce type d'acquisition, mais plus largement dans les financements dits de « projets » où l'activité développée au moyen du prêt est censée générer les revenus permettant d'en assurer le remboursement. Si la garantie peut parfois prendre la forme d'une délégation de créance, une pure cession de créance s'impose notamment lorsqu'il n'est pas possible de solliciter l'accord individuel des débiteurs concernés. Par la suite, alors que la société Foncière Forum 20 avait déjà fait l'objet d'une décision d'ouverture de redressement judiciaire, la banque

CGER a cédé sa créance résultant du prêt à un autre établissement financier – la Caisse fédérale du Crédit Mutuel du Nord de Paris. Se prévalant de la cession accessoire à son profit des loyers, cette dernière a signifié cette cession aux locataires, parmi lesquels figurait la société Diva, puis assigné Diva en paiement des loyers dus. Fort habilement, Diva s'est opposée à cette demande en arguant que « la cession n'étant stipulée qu'à titre de garantie, n'avait pas pour effet de faire sortir les créances locatives litigieuses du patrimoine de la société Foncière Forum 20 avant la mise en redressement judiciaire de celle-ci (...) et qu'ainsi la caisse était dépourvue de droit envers elle », sous-entendant que la garantie invoquée n'était qu'un nantissement irrégulièrement constitué, faute d'avoir fait l'objet d'une signification en temps utile, comme l'exigeait l'article 2075 du Code civil, dans sa rédaction applicable au moment des faits. Insensible à l'argument, la cour d'appel de Paris reconnut dans l'acte de garantie une véritable cession de créance et en déduisit logiquement que les loyers, définitivement sortis du patrimoine de la Foncière Forum 20, pouvait être cédés une nouvelle fois nonobstant la mise en redressement judiciaire entre-temps de celle-ci (v. dans le même sens pour une cession Dailly : Cass. com., 22 nov. 2005, n° 03-15.669, Bull. civ. IV, n° 230, évoqué dans la présente chronique de droit bancaire, Dr. & patr. 2006, n° 151, p. 80). Mais la Chambre commerciale casse l'arrêt au motif « qu'en dehors des cas prévus par la loi, l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de garantie, tous ses droits sur des créances, constitue un nantissement de créance » (Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-16.395, JCP E 2007, rapp. M. Cohen-Branche).

Largement commentée, la décision soulève une désapprobation quasi unanime (D. 2007, p. 344, note Ch. Larroumet, RTD civ. 2007, p. 160, obs. P. Crocq ; L. Aynès, La cession de créance à titre de garantie : quel avenir ?, D. 2007, p. 961 ; D. 2007, p. 319, note R. Dammann et G. Podeur, D. 2007, p. 76, note X. Delpech, LPA 2007, n° 273, p. 10, obs. S. Prigent, Gaz. Pal. 24 mai 2007, n° 144, p. 11, comm. S. Piedelièvre, RDC 2007, note Y.-M. Laithier, Defrénois 2007, p. 448 et s., note E. Savaux, Banque et droit 2007, p. 61, obs. F. Jacob, RD bancaire et fin. 2007, p. 12, obs. F.-J. Crédot et T. Samin, Rev. banque 2007, p. 75, obs. J.-L. Guillot et M. Boccara ; contra D. Legeais dans ses observations in JCP E 2007, 113, n° 5, in RD bancaire et fin. 2007, p. 20 et in RTD com. 2007, p. 217 ; v. aussi J.-F. Adelle, L'adoption de la fiducie a-t-elle remédié à la prohibition des cessions de créances en garantie de droit commun ?, RD bancaire et fin. 2007, p. 48 et s.).

L'affirmation péremptoire de la Cour de cassation est, en effet, loin de convaincre.

La prohibition du pacte commissaire sur laquelle s'appuie la solution, à travers le visa de l'ancien article 2078 du Code civil (à côté du visa de l'article 2075 du même code mais dont on ne perçoit guère en quoi il est susceptible d'apporter une justification), paraît aussi étrange aux cessions de créance à titre de garantie qu'elle l'est pour le gage-espèces ou le chèque de garantie à propos desquels la Cour de cassation a écarté son application. Avant même que la réforme du droit des sûretés ne la supprime, il était acquis au surplus qu'elle n'avait d'autre but que de protéger le débiteur qui pouvait

renoncer à la nullité relative qui la sanctionnait. Rechercher dans cette interdiction le fondement de sa décision est d'autant plus maladroit que l'argument jette un doute sur la validité du gage-espèces et des chèques de garantie auxquels il est parfaitement transposable (v. en particulier, P. Crocq, préc.).

Faute de trouver une justification dans l'ancienne prohibition des pactes commissaires, l'arrêt signifie tout simplement que la Chambre commerciale refuse qu'une personne puisse disposer de l'un de ses biens dans un but de garantie, sauf à y être spécialement autorisée. Elle vise, sans doute, de cette manière, d'une part, à prémunir les débiteurs contre un court-circuitage des droits et protections que leur réserve le régime du nantissement et, d'autre part, à éviter que l'usage de la propriété à titre de garantie ne vienne bouleverser l'équilibre qui doit exister, en présence d'une procédure collective, entre les titulaires de sûretés et les autres créanciers. Qu'il s'agisse là d'une position opportune est plus que discutable.

Surtout, la solution ne tient pas juridiquement en ce qu'elle porte une atteinte infondée à la liberté contractuelle et au droit de propriété. Le transfert de propriété à titre de garantie n'est pas à l'origine d'un démembrement de cette propriété puisque le cessionnaire la reçoit tout entière. Il n'aboutit pas davantage à la création d'un droit de préférence qui violerait le principe du *numerus clausus* des sûretés. Enfin, l'affectation d'un bien en garantie d'une dette ne crée pas une inaliénabilité qui serait interdite (sur tous ces arguments, v. P. Crocq, Propriété et garantie, préf. M. Gobert, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 248, 1995, n°s 153 et s., n°s 238 et s., n°s 252 et s. ; P. Crocq, Dix ans après : l'évolution récente des propriétés-garanties, in Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert, Economica, 2004, p. 347 et s.).

Curieusement, les discussions en cours, lors de l'adoption de l'arrêt, en vue de la consécration officielle de la fiducie, réalisée par la loi du 19 février 2007 (L. n° 2007-211, 19 févr. 2007, JO 21 févr.), n'ont pas incité la Chambre commerciale à retenir une approche plus ouverte de la propriété-garantie. Pourtant, les travaux parlementaires aussi bien que les propositions doctrinales qui les ont précédés ont mis en lumière les différentes fonctions qu'est appelé à remplir aujourd'hui le droit de propriété, en particulier son utilité comme garantie et les techniques d'un transfert assorti d'obligations. L'introduction de la fiducie dans le Code civil balaie définitivement les objections au transfert de propriété à titre de garantie, si tant est que ses multiples consécutions spécifiques par le passé aient laissé planer un doute sur leur pertinence.

Il importe à ce propos de ne pas se méprendre sur la portée de la loi du 19 février 2007 relative à la fiducie admettant formellement la fiducie-sûreté. L'objet essentiel de cette loi est de permettre la constitution de patrimoines fiduciaires, distincts du patrimoine personnel du fiduciaire. Cet avantage est lié à des conditions strictes en ce qui concerne notamment le statut des parties ou

l'enregistrement des contrats. Si l'isolation des biens dans un patrimoine spécifique constitue une protection importante pour le constituant comme pour les bénéficiaires, elle ne constitue pas pour autant une caractéristique fondamentale du transfert fiduciaire de biens. En d'autres mots, les parties concernées peuvent y renoncer et se satisfaire d'un transfert fiduciaire apportant les biens dans le patrimoine personnel du fiduciaire. Un tel transfert s'opère en marge de la loi du 19 février 2007 et échappe ainsi aux conditions qu'elle pose comme au régime qu'elle définit. L'on ne saurait donc en tirer argument pour considérer qu'elle ne crée qu'un nouveau cas pour des cessions de créance à titre de garantie. La validité de celles-ci doit être reconnue de manière générale. Formulons donc le vœu, avec d'autres, que la Cour de cassation ait rapidement l'occasion de revenir sur l'arrêt malheureux de sa Chambre commerciale.

L'information des cautions. – L'obligation d'information annuelle des cautions que l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, issu de l'article 48 de la loi du 1^{er} mars 1984 (L. n° 84-148, 1^{er} mars 1984, JO 2 mars), met à la charge des établissements de crédit « *ayant accordé un concours financier à une entreprise* » continue, plus de vingt ans après son introduction, à soulever des difficultés d'interprétation dues essentiellement à la rédaction imparfaite du texte.

Ne donnant aucune précision sur le terme de l'obligation, la disposition laisse, tout d'abord, planer le doute sur le point de savoir si la banque reste tenue d'informer la caution après l'avoir assignée en paiement ou obtenu sa condamnation. Ne doit-on pas considérer que « *dès la sommation de paiement ou dès l'assignation en paiement, la caution a (une) parfaite connaissance du montant des sommes réclamées par l'établissement de crédit* » (J.-L. Guillot, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1993, n° 91-17.932, Banque 1994, p. 98), rendant superflue une nouvelle information ? La Chambre commerciale de la Cour de cassation a toujours refusé d'y voir une raison pour dispenser la banque de son devoir, estimant que la caution méritait de continuer à recevoir l'information annuelle jusqu'à l'extinction définitive de la dette garantie (Cass. com., 25 avr. 2001, n° 97-19.104, Bull. civ. IV, n° 76, p. 73, Dr. sociétés août-sept. 2001, comm. 125, obs. Th. Bonneau, JCP E 2001, p. 1276, note D. Legeais). Mais la première chambre civile, après quelques hésitations, s'était laissé convaincre qu'une condamnation définitive de la caution libérerait nécessairement la banque de son obligation, au motif qu'« *à l'obligation contractuelle primitive de la caution s'est substituée celle découlant d'une décision devenue irrévocable condamnant (la caution) à payer à la banque les dettes garanties* » (Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 2005, n° 02-13.492, Bull. civ. I, n° 488, JCP G 2006, I, 131, n° 6, obs. Ph. Simler, RTD com. 2006, p. 466, obs. D. Legeais).

Cette divergence de positions vient d'être tranchée par la Chambre mixte de la Haute juridiction, dans un arrêt du 17 novembre 2006 (Cass. ch. mixte, 17 nov. 2006, n° 04-12.863 ► 009 D. 2007, p. 174, note G. Biardeau et Ph. Flores, Banque et droit 2007, p. 46, obs. N. Rontchevsky, Banque et droit 2007, p. 32, obs.

Extraits

► 009 : Cass. ch. mixte, 17 nov. 2006, n° 04-12.863

« ... Il résulte de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier que les établissements de crédit ayant accordé à une entreprise un concours financier, au sens de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, sous condition d'un cautionnement, doivent se conformer aux prescriptions de ce texte jusqu'à l'extinction de la dette garantie ... ».

Th. Bonneau, RD bancaire et fin. 2007, p. 17, obs. D. Legeais), qui s'aligne sur la position, la plus protectrice des cautions, défendue par la Chambre commerciale. Les banques sauront dorénavant qu'elles doivent continuer à informer chaque année leurs cautions nonobstant les poursuites engagées contre elles jusqu'à l'extinction définitive de la dette garantie.

La solution peut paraître exagérément sévère vis-à-vis des banques, mais elle n'est pas dénuée de fondement. La décision condamnant la caution, même passée en force de chose jugée, ne se substitue pas à proprement parler à la dette, mais accuse seulement son caractère contraignant (v. en ce sens, N. Rontchevsky, obs. préc.). Elle n'oblige d'ailleurs pas la banque à en poursuivre rapidement l'exécution, de sorte que la dette, déterminée par l'acte juridictionnel, peut s'accroître des intérêts sur une durée plus ou moins longue. Dans l'espèce à l'origine de l'arrêt commenté, la banque avait attendu plus de dix ans avant de délivrer à la caution un commandement aux fins de saisie-vente. Il en résulte un danger particulier pour la caution si elle est intervenue aux côtés d'autres cautions qui n'ont pas non plus été tenues informées par la banque de l'ampleur de leur engagement depuis la condamnation de la première. En pareille circonstance, la caution qui n'a pas obtempéré rapidement à la décision perd la possibilité de réclamer aux autres cautions leur part dans le paiement des intérêts courus depuis cette décision (v. en ce sens, D. Legeais, obs. préc.). La solution retenue par la Chambre mixte doit, pour ces différentes raisons, être approuvée.

Débiteurs de l'obligation d'information. – Moins délicate fut l'autre question d'interprétation de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier soulevée devant la Chambre commerciale relative aux débiteurs de l'obligation d'information annuelle des cautions. Se portant elle-même caution d'un prêt consenti par un établissement de crédit, une banque s'est fait contre-garantir par des sous-cautionnements solidaires des associés et cogérants de l'emprunteur. Cette intervention devait-elle être assimilée à « *un concours financier* » au sens de la disposition en cause, obligeant ainsi la banque caution d'un devoir d'information vis-à-vis des sous-cautions ? La Chambre commerciale, dans une décision du 13 février 2007 (Cass. com., 13 févr. 2007, n° 05-13.308, Banque et droit 2007, p. 59, obs. F. Jacob, Banque et droit 2007, p. 32, obs. Th. Bonneau), a opportunément décidé de ne pas étendre l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier à ce type de relation, confirmant sur ce point sa jurispru-

Chroniques

dence (Cass. com., 3 déc. 2003, n° 99-12.653, Bull. civ. IV, n° 188, p. 216, Banque et droit 2004, p. 61, obs. Th. Bonneau). Certes, les termes trop vagues de la loi auraient permis la solution inverse, mais celle-ci aurait sans hésitation violé sa finalité. Une meilleure rédaction du texte aurait évité ce contentieux.

Caution et bénéfice de cession d'action ou de subrogation. – La controverse autour des conditions dans lesquelles une caution peut reprocher au bénéficiaire de son engagement de l'avoir privée du bénéfice de cession d'action ou de subrogation, en vertu de l'article 2314 du Code civil (C. civ., art. 2037 anc.), est en voie de trouver une solution tout en nuances à travers deux arrêts importants de la Cour de cassation. Tranchant un litige dont les premiers épisodes remontent à vingt-huit ans (!), la Chambre mixte, dans un arrêt du 17 novembre 2006 (Cass. ch. mixte, 17 nov. 2006, n° 04-19.123 ➔ 010 D. 2006, p. 2907, obs. V. Avena-Robardet, RTD civ. 2007, p. 157, obs. P. Crocq, JCP E 2006, 2775, note D. Houtcieff, Banque et droit 2007, p. 47, note F. Jacob, RTD com. 2007, p. 215, obs. D. Legeais, RD bancaire et fin. 2007, p. 15, obs. A. Cerles), considère que le créancier trompe l'attente légitime de la caution lorsqu'il manque de consolider le nantissement provisoire sur le fonds de commerce de son débiteur, pris en même temps que le cautionnement, par une inscription définitive. Certes, un créancier peut renoncer à transformer sa sûreté provisoire en une sûreté définitive. Mais lorsqu'il bénéficie en même temps d'un cautionnement, cette décision porte atteinte aux droits de la caution qui se trouve, du seul fait de son créancier, privée d'un recours efficace contre le débiteur principal.

Dans la lignée de cette solution, mais allant un pas plus loin, la Chambre commerciale, dans un arrêt du 3 avril 2007 (Cass. com., 3 avr. 2007, n° 06-12.531 ➔ 011, D. 2006, p. 1136, note V. Avena-Robardet, Banque et droit 2007, p. 60, obs. N. Rontchevsky, RD bancaire et fin. 2007, p. 14, obs. D. Legeais, JCP E 2007, 1776, obs. Ph. Simler), retient à la charge du banquier qui a financé l'acquisition d'un immeuble, l'obligation, vis-à-vis de sa caution, d'inscrire le privilège du prêteur de deniers que lui assure l'article 2374 du Code civil.

Dans les deux cas, c'est bien la renonciation à un droit, à travers l'abandon d'une faculté, qui fait perdre au créancier le bénéfice de son cautionnement. Si le créancier demeure libre de renoncer à des sûretés qui lui reviennent, il ne peut exercer cette liberté au détriment de sa caution. L'obligation de bonne foi dont il est tenu à son égard l'astreint à ménager à la caution les recours et sûretés auxquels celle-ci peut légitimement s'attendre. Tel est évidemment le cas lorsque le créancier s'est formellement obligé vis-à-vis de la caution à prendre certaines garanties, comme l'a déjà admis la première chambre civile le 29 février 2000 (Cass. 1^{re} civ., 29 févr. 2000, n° 97-20.090, Bull. civ. I, n° 70). Mais la caution est en droit de s'attendre à la même attitude solidariste lorsque les circonstances dans lesquelles elle s'est obligée lui permettent d'espérer que le créancier se trouve protégé par des sûretés qui lui reviendront, le cas échéant, par voie de

subrogation. Dans les deux affaires rapportées, le créancier a sans conteste trompé les espoirs légitimes de la caution en laissant s'éteindre un nantissement faute d'avoir procédé à sa publicité finale ou en négligeant d'inscrire un privilège qui constitue la garantie ordinaire de tout prêt immobilier. Or, ni dans le premier cas, ni dans le second, le créancier ne subissait le moindre inconvénient en se ménageant les sûretés en question. En y renonçant, il a exposé la caution à un risque accru. Il paraît juste que celle-ci puisse s'en plaindre et être déchargée de son engagement.

La situation ne serait évidemment pas la même au cas où le créancier s'abstiendrait d'exercer un droit susceptible d'altérer sa propre position. Ainsi ne saurait-on, en l'absence de toute promesse faite à la caution, l'obliger de requérir une sûreté conventionnelle – hypothèque ou gage – l'obligeant à entrer dans de nouvelles négociations avec le débiteur principal. Reste à savoir si, à l'inverse, le créancier pourrait convenir avec la caution que celle-ci renonce à l'avance à lui reprocher d'abandonner un droit dont la mise en œuvre ne présenterait aucun inconvénient pour lui. Certes, une telle clause ne constitue pas une renonciation directe au bénéfice de subrogation, prohibée par l'article 2314 du Code civil. On ne saurait cependant conseiller aux banques de s'aventurer dans cette voie, car il y a fort à parier qu'une telle astuce serait sanctionnée comme étant déloyale. Le cautionnement est une sûreté et ne doit pas être conçu par son bénéficiaire comme un moyen de changer de débiteur principal.

Extraits

➔ 010 : Cass. ch. mixte, 17 nov. 2006, n° 04-19.123

« ... Vu l'article 2037, devenu l'article 2314 du Code civil ; Attendu que la caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Attendu que pour admettre au passif de M. X..., en liquidation judiciaire, la créance de la société CBE, l'arrêt retient que la caution ne peut reprocher au créancier de ne pas avoir conservé un droit qu'il pouvait ne pas acquérir définitivement et sur lequel, par conséquent, elle ne pouvait compter ; que le fait de ne pas rendre définitif le nantissement judiciaire provisoire d'un fonds de commerce, en l'absence d'engagement pris par le créancier sur ce point, ne constitue pas un fait susceptible de décharger la caution de son obligation ; Qu'en statuant ainsi, alors que le créancier qui, dans le même temps, se garantit par un cautionnement et constitue une sûreté provisoire s'oblige envers la caution à rendre cette sûreté définitive, la cour d'appel a violé le texte susvisé ... ».

➔ 011 : Cass. com., 3 avr. 2007, n° 06-12.531

« ... Le prêteur de deniers, bénéficiaire du privilège institué par l'article 2374 du Code civil, qui se garantit par un cautionnement, s'oblige envers la caution à inscrire son privilège ... ».

C – Responsabilité du banquier dispensateur de crédit

« (...) à raison des capacités financières de l'emprunteur et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts (...) », voilà ce sur quoi le banquier prêteur doit une mise en garde envers l'emprunteur non averti. La Chambre mixte de la Cour de cassation, dans deux arrêts du même jour, l'affirme clairement en affinant sa définition de l'emprunteur non averti (**Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104 et 06-11.673**, D. 2007, p. 1950, obs. V. Avena-Robardet). Elle casse en reprochant aux cours d'appel de n'avoir pas établi, avant de donner gain de cause aux banques, si l'emprunteur était ou non averti. Elle permet ainsi, dans les deux espèces, de pouvoir considérer que le prêt peut être consenti pour des besoins professionnels et être toujours considéré comme consenti à une personne non avertie. Dans le premier cas, il s'agissait d'un agriculteur ayant souscrit, entre 1987 et 1999, seize prêts successifs ; dans le second, d'un couple ayant emprunté pour acheter un fonds de commerce, alors que le mari était expérimenté mais pas la femme, qui opérait une reconversion de l'enseignement vers le commerce.

Un constat tout d'abord : après la première chambre civile en 2005 (**Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2005, n° 03-10.921**, cette chronique Dr. & patr. 2005, n° 143, p. 99) et la Chambre commerciale en 2006 (**Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-19.315**, cette chronique Dr. & patr. 2006, n° 151, p. 83), la Chambre mixte réaffirme le devoir de mise en garde du banquier prêteur envers l'emprunteur non averti. À tout le moins, elle veut imposer au juge du fond de passer par ce test avant de décider du standard de responsabilité applicable et le censurera s'il le traite de façon elliptique.

Le début d'une inquiétude ensuite : au caractère disproportionné de l'emprunt par rapport aux ressources financières de l'emprunteur, qui paraissait justifier la mise en garde, semble succéder l'affirmation quelque peu tautologique du « *risque d'endettement né de l'octroi des prêts* » ; puis en négligeant le fait qu'il paraîtrait raisonnable de penser qu'à force d'emprunter, l'on devient averti (et peut-être avant la seizième fois, comme elle l'avait reconnu en d'autres circonstances, **Cass. com., 14 déc. 2004, n° 02-13.638**, Bull. civ. IV, n° 221) ; de même que si l'un des époux est averti et l'autre coemprunteur solidaire, il est alors nécessairement informé et non profane.

VI – RELATIONS INTERBANCAIRES

Être en pool et créancier d'un emprunteur faisant l'objet d'une procédure collective a toujours soulevé des difficultés pratiques (**Cass. ass. plén., 26 janv. 2001, n° 99-15.153**, D. 2001, p. 631). En effet, parmi les nombreuses tâches qu'accomplit un chef de file, la déclaration de créance ne paraît pas la plus importante. Cependant, les banques n'étant pratiquement jamais prêteurs solidaires dans les opérations en pool (à l'exception notable des crédits acheteurs consentis dans le cadre du financement des exportations et garantis par la Coface) et la déclaration de créance

Extraits

➔ **012 : Cass. com., 30 janv. 2007, n° 05-17.141**

« ... Lorsqu'un créancier non solidaire reçoit mandat d'un autre créancier de déclarer sa créance, la déclaration doit distinguer les créances respectives des deux déclarants, le non-respect de cette exigence n'entraîne pas la nullité de la déclaration de créance et le déclarant conserve la faculté d'individualiser les créances jusqu'à ce que le juge statue. Le tiers qui, en vertu du pouvoir spécial de représentation en justice dont le créancier l'a investi, déclare une créance au passif du redressement judiciaire d'un débiteur, peut, lorsqu'il s'agit d'une personne morale, déléguer le pouvoir d'effectuer la déclaration à l'un de ses préposés, sans qu'il soit exigé que ce dernier reçoive un mandat ad litem du créancier lui-même ni que sa délégation de pouvoir revête un caractère spécial ou qu'elle soit postérieure au mandat reçu du tiers par le commettant. Mais la personne qui déclare la créance d'un tiers, si elle n'est pas avocat, doit être munie d'un pouvoir spécial et écrit, produit lors de la déclaration de créance ou dans le délai légal de celle-ci ... ».

➔ **013 : Cass. com., 12 déc. 2006, n° 05-15.374**

« ... Les opérations sur le marché des options négociables passées au nom d'une société en nom collectif relèvent de sa gestion financière et le moyen tiré d'un dépassement de l'objet social est inopérant ... ».

étant juridiquement assimilée à une assignation, la représentation issue de la solidarité ne peut opérer. Si le chef de file déclare pour chacune des banques du pool, encore faut-il qu'il dispose d'un mandat spécial à cet effet. Le présent arrêt introduit quelque souplesse mais rappelle aussi fermement les principes classiques (**Cass. com., 30 janv. 2007, n° 05-17.141** ➔ **012** RTD com. 2007, p. 444, obs. A. Martin-Serf). Toutefois, lorsque la syndication est occulte, c'est-à-dire lorsque le chef de file apparaît comme le seul en relation juridique directe avec l'emprunteur, il peut procéder à la déclaration totale de la créance, y compris la part syndiquée auprès des sous-participants dont il reste le seul créancier à l'égard de l'emprunteur.

VII – SERVICES BANCAIRES

La tentation peut être grande pour une société de contester des opérations financières se révélant perdantes en prétextant du dépassement de l'objet social. C'est le principal intérêt de cette décision que d'affirmer clairement que la gestion financière d'une société est nécessairement incluse dans les activités autorisées à toute société, quels que soient sa forme et en définitive son objet (**Cass. com., 12 déc. 2006, n° 05-15.374** ➔ **013** RJDA 2007, n° 358, p. 341). Il s'agissait ici d'une société en nom collectif dont l'objet social était principalement immobilier. Le pourvoi tentait de tracer une ligne de partage entre les différents placements possibles en soutenant que certaines formes de placement relevant de la spéculation nécessitaient une disposition particulière dans la clause d'objet social. La Cour de cassation refuse à nouveau d'emprunter la voie tortueuse et incertaine de l'analyse exégétique de la clause statutai-

re d'objet social, pour estimer que la gestion financière est inhérente à toute activité et, partant, ne nécessite pas de mention particulière dans les statuts. Elle rejoint ainsi la position qu'elle avait déjà adoptée dans la célèbre affaire du Savour Club (Cass. com., 7 avr. 1998, n° 96-16.373, Bull. Joly Sociétés 1998, p. 1068, note J.-J. Daigre), ou plus récemment à propos d'une coopérative agricole (Cass. com., 25 avr. 2006, n° 03-19.431, Banque et droit 2006, p. 37, obs. H. de Vauplane et J.-J. Daigre).

Taux d'intérêt. — Le *swap* de taux d'intérêt est parfois exigé par le banquier prêteur, comme un élément de couverture du risque de taux qu'il souhaite voir souscrire par son client, pour tout ou partie du crédit qu'il lui consent. Comme un programme de couverture du risque de change, ou bien la souscription de polices d'assurances diverses (homme clé, risque environnemental, etc.), tout ceci participe désormais d'une conception élargie des garanties du crédit. Dans l'espèce, une banque avait consenti un crédit à long terme à taux variable à son client pour financer un programme immobilier. Le client devait signer, avec une autre banque que la banque prêteuse, une convention de *swap* de taux pour se prémunir d'une hausse éventuelle des taux. Il payait la jambe fixe du *swap* et recevait la jambe variable. Après avoir exécuté pendant quelques années la convention, le client interrompit ses paiements et assigna en résolution judiciaire de la convention de *swap* sur le fondement d'un manquement de la banque à son devoir de mise en garde au titre d'une opération spéculative. La cour d'appel ne devait pas accueillir son recours et la Cour de cassation rejeta sèchement son pourvoi (Cass. com., 19 juin 2007, n° 05-22.037, Banque et droit 2007, p. 28, obs. H. de Vauplane, J.-J. Daigre, B. de Saint-Mars et J.-P. Bornet), estimant que le *swap* est « une opération d'une particulière simplicité, laquelle consiste pour chacune des parties à prendre en charge les intérêts dus par l'autre », ne voyant guère dans cette opération de caractère spéculatif, et que la cour d'appel a, partant, « abstraction faite du motif surabondant lié au caractère averti ou non des associés de la SCI critiqué, à bon droit écarté l'existence d'un devoir de mise en garde à la charge de la banque vis-à-vis de son cocontractant ».

L'arrêt retiendra l'attention. Tout d'abord, il affirme qu'un *swap* de taux d'intérêt est une opération d'une particulière simplicité ! Que de chemin parcouru en quelques années ! Ensuite, il restreint sensiblement, et justement, la définition de l'opération spéculative, refusant d'assimiler la spéculation à la seule difficulté à mesurer d'avance le bénéfice financier d'une opération, même si, en l'espèce, la Cour semble avoir été rassurée par le fait que le demandeur à l'action payait le taux fixe. Il ne lui restait plus ensuite qu'à écarter, conformément à sa jurisprudence, l'obligation de mise en garde qui ne saurait s'appliquer à une opération simple et non spéculative.

Afin de lever toute ambiguïté éventuelle, il faut souhaiter que le caractère spéculatif ou non d'une telle opération soit recherché principalement dans l'intention des parties et ne soit pas déterminé par l'obligation de payer la jambe fixe ou la jambe variable d'un *swap*. Sinon, à ce

compte-là, emprunter à taux variable pourrait déjà être considéré comme une spéculation sur la baisse des taux et emprunter à taux fixe comme une autre spéculation sur la hausse des taux !

VIII — OPÉRATIONS INTERNATIONALES

Les règles et usances uniformes (RUU) nouvelles sont arrivées ! — Les crédits documentaires sont des crédits à l'importation dont la vigueur ne se dément pas au fil des années. Une des raisons de cette réception universelle tient dans la mise à jour à intervalles réguliers des règles qui les régissent. L'autre tient dans la méthode même de cette actualisation périodique. Elle est le résultat d'un processus de concertation très large, mené par la Chambre de commerce internationale, qui tend à faire évoluer le texte et à aplanir, lors de chaque nouvelle version, les difficultés d'interprétation apparues sur la version précédente.

Les nouvelles RUU 600, les septièmes du genre et applicables aux crédits émis depuis le 1^{er} juillet 2007, plus simples dans leur formulation que les précédentes, ne font désormais plus référence qu'aux crédits documentaires irrévocables, à vrai dire les seuls utilisés par la pratique. Elles étendent la notion de « documents conformes » à celle de « présentation conforme », incluant, outre les documents, le respect des autres conditions du crédit, comme élément déclenchant l'obligation d'honorer le crédit.

À côté de nombreuses améliorations formelles et pratiques, les nouvelles RUU ont cependant ouvert un domaine d'incertitude en jetant un doute sur la répartition des responsabilités entre les acteurs, en cas de paiement anticipé des crédits ayant fait l'objet de fraude (J.-P. Mattout, Les nouvelles règles et usances 600 de la CCI relatives aux crédits documentaires, Banque et droit 2007, p. 22 ; G. Affaki, Le nouveau droit des crédits documentaires : les règles et usances 600, Banque et droit 2007, p. 3 ; D. Doise, La révision 2007 des règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires [RUU 600], RDAI 2007, p. 106).

Chèques en devises. — Les risques de change dans l'encaissement de chèques en devises (Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-18.557, BRDA 2007, n° 04/07, p. 8) ne sont à la charge du remettant que si celui-ci a été dûment informé par la banque du risque encouru ; telle est la leçon qu'il faut retenir de cette décision où le banquier avait crédité son client, dès la remise du chèque tiré sur l'étranger, puis avait contre-passé l'écriture au retour du chèque impayé. Entre les deux dates, les cours de change avaient évolué, entraînant une perte de change. Si la pratique suivie par les banques est généralement de créditer immédiatement le montant des chèques remis, à l'encaissement comme à l'escompte, dans les deux cas, s'il revient impayé, la contre-passation s'effectue. Cette solution est expressément reconnue par la décision. En revanche, dans le cas d'un chèque libellé en devises, la contre-passation peut réserver une bonne ou une mauvaise surprise au bénéficiaire, selon l'évolution des cours de change. La Cour indique que le client,

gnante, n'est pas applicable aux établissements bancaires ayant leur siège à l'étranger. La loi argentine avait vocation à s'appliquer à plusieurs titres. En plus d'être la loi du lieu de réalisation du dommage, elle était surtout la loi du siège du Banco Bisel et partant celle dictant la responsabilité des actionnaires et la réglementation bancaire prudentielle applicable.

Financements bancaires internationaux. – Deux décisions viennent éclairer le domaine d'application de la loi du 31 décembre 1975 (L. n° 75-1334, 31 déc. 1975, JO 3 janv. 1976) sur la sous-traitance dans ses rapports avec les financements bancaires internationaux articulés sur des cessions de créance. Dans la première (**Cass. com., 19 déc. 2006, n° 04-18.888** → 014 Banque et droit 2007, p. 38, obs. G. Affaki et J. Stoufflet), la Cour de cassation a limité la protection dont bénéficie le sous-traitant aux termes de l'article 13-1 de la loi, qui interdit à l'entrepreneur principal de céder ou nantir les créances résultant d'un marché passé avec un maître de l'ouvrage au-delà des sommes qui lui sont dues personnellement. Elle a fait dépendre l'application de la loi française, non pas du mode de cession utilisé dans la relation entre la banque et l'entrepreneur principal (en l'espèce une cession Dailly soumise à la loi française), mais de la loi applicable à la relation commerciale entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant. Dans la seconde espèce (**Cass. 1^{er} civ., 23 janv. 2007, n° 04-10.897** → 015 LPA 2007, n° 167, p. 8, obs. J.-G. Mahinga, Banque et droit 2007, p. 3, obs. M.-H. Bessis), il s'agissait d'une entreprise française sous-traitante d'une entreprise allemande qui avait elle-même contracté avec un maître de l'ouvrage français pour des travaux à exécuter en France. À la suite de la défaillance de l'entreprise principale allemande, le sous-traitant français

exerça une action directe contre le maître de l'ouvrage français, sur la base de l'article 12 de la loi de 1975. La Cour, rejetant le pourvoi du sous-traitant, renvoie à l'application de la loi régissant le contrat principal et le sous-traité, tous deux en l'espèce soumis à la loi allemande.

Ces deux décisions, qui constituent le pendant l'une de l'autre au sens où l'interdiction de céder la part du sous-traitant va de pair avec son action directe contre le maître de l'ouvrage, sont cohérentes et bienvenues. En effet, elles donnent toutes deux des indications précieuses en limitant l'application de la loi française à ceux qui l'ont choisie, expressément ou implicitement, comme loi de leur contrat donnant naissance à leur créance. Elle refuse, et c'est sans doute le point le plus notable, de considérer que la loi française s'applique, indépendamment de la *lex contractus*, comme loi de police, même lorsque des éléments importants de localisation situent de nombreux intérêts en France. Fort logiquement, elle refuse également de considérer que toute loi étrangère qui ne comporterait pas des dispositions similaires à la loi française en faveur des sous-traitants soit contraire à l'ordre public international tel qu'il est conçu par le droit français.

Garantie à première demande. – Si la date de naissance de la créance du banquier garant à première demande envers son donneur d'ordre est la « date à laquelle l'engagement à première demande a été souscrit » et non la date du paiement de la garantie par le garant (la Cour l'a déjà jugé en matière de cautionnement, **Cass. com., 16 juin 2004, n° 01-77.199, JCP G 2005, I, 107, n° 15, obs. M. Cabrillac**), comme le soutenait la banque pour tenter de bénéficier de la priorité de paiement d'une période d'observation, en revanche, il est difficile de suivre la Cour de cassation lorsqu'elle refuse la compensation entre la créance de la banque sur son donneur d'ordre au titre du paiement de la garantie et une dette de la banque envers son client, au motif « que le caractère autonome d'une garantie exclut la connexité entre la créance du garant à l'encontre du débiteur et toute créance de celui-ci à l'encontre du garant » (**Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-13.461, Banque et droit 2007, p. 49, obs. F.-J. Crédot**). L'autonomie de la garantie à première demande est une autonomie par rapport au rapport fondamental qui protège le bénéficiaire contre toute exception qui pourrait lui être opposée. Elle ne modifie en rien le rapport entre la banque garante et le donneur d'ordre, puisque la garantie n'est, dans leurs rapports, qu'un simple crédit par signature qui a vocation à devoir être remboursé, y compris par compensation, si la garantie est valablement mise en jeu. L'autonomie de l'engagement devrait être sans le moindre effet à cet égard. Aussi, si les conditions de la compensation sont réunies, on ne comprend guère la réticence de la Cour à l'admettre, même si cette solution n'est guère nouvelle (**Cass. com., 6 mars 2001, n° 98-17.428, D. 2001, p. 1173, obs. A. Lienhard, RTD com. 2001, p. 752, obs. M. Cabrillac**). Que la connexité ne soit pas toujours présente dans une telle situation de compensation *post concursum* est une évidence ! Là où l'arrêt encourt la critique, c'est lorsqu'il estime que cette connexité ne peut jamais exister, du fait de l'autonomie de la garantie. ■

Extraits

➔ 014 : Cass. com., 19 déc. 2006, n° 04-18.888

« ... L'obligation faite à l'entrepreneur principal de ne céder les créances résultant du marché ou du contrat passé avec le maître de l'ouvrage qu'à concurrence des sommes qui lui sont dues au titre des travaux qu'il effectue personnellement résulte de l'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975 et que ses prescriptions ne peuvent être valablement opposées aux banques cessionnaires qu'à la condition que la loi française soit applicable au contrat liant le cédant et le sous-traitant ... ».

➔ 015 : Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2007, n° 04-10.897

« ... Attendu qu'après avoir relevé que le contrat d'entreprise et le contrat de sous-traitance étaient tous deux régis par la loi allemande choisie par les parties, qui ne conférait pas au sous-traitant une action directe lui permettant d'obtenir, auprès du maître de l'ouvrage, le paiement de tout ou partie des créances qu'il détenait à l'encontre de l'entreprise principale, la cour d'appel a exactement décidé, par une décision motivée, que la loi allemande n'était pas contraire à l'ordre public international français et que l'article 12 de la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance n'était pas une loi de police régissant impérativement la situation au sens de l'article 7-2 de la Convention de Rome du 16 juin 1980 ... ».