

Droit bancaire



Jean-Pierre Mattout,

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

André Priim,

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

Juillet - décembre 2007 : *subprime... but the show must go on !*

L'atmosphère générale du secteur bancaire est largement perturbée par la crise du *subprime*. On pressent déjà que le droit bancaire, celui de ses institutions d'abord, ne pourra pas ne pas en être affecté. Celui de ses opérations et de la combinaison astucieuse, trop astucieuse parfois, de ses mécanismes opératoires ne sera plus tout à fait considéré de la même manière qu'auparavant.

Mais la vie continue ! *The show must go on !* Et les décisions s'égrènent, pour mieux préciser les limites des cessions Dailly, parfois en tirant des conclusions trop définitives des distinctions entre la cession en pleine propriété et celle en garantie, ou en remettant en cause, après l'avoir récemment fixé, le domaine d'application international de la loi sur la sous-traitance par le biais de la qualification de loi de police.

D'autres décisions viennent rééquilibrer la balance entre le devoir de mise en garde du banquier et la prise en compte de la déloyauté de l'emprunteur profane (mais seulement dans certains domaines), ou encore étendre la protection des porteurs de cartes volées, fût-ce du fait de leur probable négligence.

Il est demandé beaucoup à la jurisprudence et aux juges pour réguler le flot des affaires et sécuriser les opérations. Il est sans doute difficile, dans un domaine souvent marqué par une forte technicité, d'y réussir à tout coup, malgré tout le soin régulièrement apporté par les cours à analyser les situations. Les arrêts encore nombreux sur le TEG montrent bien cette difficulté, parfois, à faire la part des choses entre l'analyse formelle pure et la réalité des opérations.

I - RÈGLES PROFESSIONNELLES

La crise du *subprime* fait rage et le juriste se doit de l'aborder « la main tremblante ». Inspirés initialement d'idées généreuses visant à favoriser l'octroi de crédit à une catégorie de la population qui en est traditionnellement exclue, des prêts hypothécaires rechargeables à taux variable et à très long terme, destinés à financer l'achat de résidences principales, montés selon une combinaison de clauses qui limitent le montant des premières échéances (dites « deux ans de soleil ») et alourdissent

celui des échéances futures (dites « vingt-huit ans de pluie ! »), ont été consentis massivement aux États-Unis. La hausse des taux intervenue ces dernières années, combinée à la baisse de valeur de l'immobilier, a rendu nombre de ces prêts proprement insupportables pour les emprunteurs. Il faut signaler les méfaits, dans ce contexte, de l'hypothèque rechargeable qui permettait de tirer à nouveau sur le crédit lorsque la valeur du bien immobilier sous-jacent augmentait, autorisant ainsi le refinancement des mensualités exigibles par un nouveau tirage. La baisse de valeur du bien sous-jacent a

Sommaire

I – RÈGLES PROFESSIONNELLES 72	B – Cartes de paiement 76	Cass. com., 18 sept. 2007, n° 06-13.736 (<i>démarche amiable auprès du cédé</i>)
Premières remarques sur la crise du <i>subprime</i>	Cass. com., 2 oct. 2007, n° 05-19.899 (<i>carte perdue et charge de la preuve de la faute lourde</i>)	Cass. 1 ^{re} civ., 19 sept. 2007, n° 04-18.372 (<i>bordereau Daily : distinction entre la cession-escompte et à titre de garantie</i>)
II – DEVOIRS PROFESSIONNELS 74	V – CRÉDITS	Cass. com., 2 oct. 2007, n° 06-14.343 (<i>conflit de mobilisations de créances et répétition de l'indu</i>)
Cass. com., 18 sept. 2007, n° 06-10.663 (<i>secret bancaire et renseignements commerciaux</i>)	A – Généralités 76	Cass. com., 2 oct. 2007, n° 06-14.343 (<i>conflit de mobilisations de créances et répétition de l'indu</i>)
Cass. crim., 3 oct. 2007, n° 07-80.045 (<i>paiements en espèces</i>)	Cass. 1 ^{re} civ., 20 déc. 2007, n° 06-14.690 (<i>TEG et crédit à taux variable</i>)	C – Responsabilité du banquier dispensateur de crédit 81
III – GÉNÉRALITÉS SUR LES CONTRATS BANCAIRES ET SUR LES RELATIONS AVEC LA CLIENTÈLE 75	Cass. 1 ^{re} civ., 19 sept. 2007, n° 06-16.964 (<i>TEG et limitation de la sanction à la seule substitution du taux légal</i>)	Cass. 1 ^{re} civ., 30 oct. 2007, n° 06-17.003 (<i>effets de la déloyauté de l'emprunteur non averti</i>)
D. n° 2007-1611, 15 nov. 2007, relatif au plafonnement des frais bancaires applicables aux incidents de paiement	Cass. 1 ^{re} civ., 6 déc. 2007, n° 05-17.842 (<i>TEG et inclusion du prix de souscription de parts sociales</i>)	Cass. com., 30 oct. 2007, n° 06-12.677 (<i>surveillance de la destination des fonds et immission</i>)
IV – COMPTES ET INSTRUMENTS DE PAIEMENT	Cass. 1 ^{re} civ., 8 nov. 2007, n° 04-18.668 (<i>crédit immobilier et renégociation : du respect du délai de réflexion</i>)	VI – OPÉRATIONS INTERNATIONALES 82
A – Virements 75	B – Garanties 78	Cass. ch. mixte, 30 nov. 2007, n° 06-14.006 (<i>sous-traitance internationale et loi applicable</i>)
Cass. com., 18 sept. 2007, n° 06-14.161 (<i>moment de la naissance des droits du bénéficiaire</i>)	Cass. com., 16 oct. 2007, n° 06-14.675 (<i>irrégularité du bordereau de cession Daily</i>)	

bloqué immédiatement une telle utilisation en *revolving* du crédit.

Une telle crise aurait pu se limiter à quelques difficultés pour les emprunteurs tout d'abord et ensuite pour les banques spécialisées dans ce type de concours et les leçons à en tirer auraient sans doute concerné essentiellement la façon dont il convient de faire crédit à des emprunteurs fragiles aux États-Unis. Ces leçons devront de toute façon être tirées, tout comme devra être menée une réflexion sur le rôle joué par des intermédiaires non réglementés dans la distribution de ces crédits.

Le problème a toutefois pris une toute autre dimension avec la diffusion de ces risques en dehors des bilans des banques prêteuses. En effet, ces créances *subprime* ont fait l'objet de cession par ces banques, au moyen d'opérations de titrisation (Z. Sekfali, *Droit des financements structurés*, Revue Banque Édition, 2004, n° 867 et s.). Ces opérations consistent à céder les créances à un véhicule dédié qui se finance, pour en payer le prix, en émettant des obligations (les fameuses *collateralized debt obligations*, CDO), elles-mêmes notées par les agences de *rating*, qui appréciaient la solvabilité de l'émetteur du titre. Il s'agit là d'une opération de désintermédiation bancaire, où le risque est diffusé – réparti, diront certains – entre les porteurs d'obligations, titres au porteur circulant librement et que personne ne peut identifier facilement. Dès lors qu'une forte dégradation du risque sous-jacent aux obligations de titrisation s'est révélée, s'est développé un mouvement de méfiance généralisé, où chaque banque suspectait les autres banques de porter, directement ou indirectement, une quantité importante de ces instruments. Le phénomène a entraîné un resserrement drastique du marché monétaire, le marché du court terme

où les banques se prêtent des fonds entre elles, se manifestant par une hausse brutale des taux courts et une raréfaction du crédit. Cela déclencha une intervention massive des banques centrales, obligées de jouer ainsi, contre remises de garanties, leur rôle essentiel, celui de prêteur en dernier ressort. Elles ont aussi procédé à une baisse des taux centraux, ou, pour la Banque centrale européenne, à une stabilisation de ces taux, afin de ne pas risquer d'aggraver la crise du crédit et favoriser ainsi une récession économique.

Une réflexion apparaît alors : la désintermédiation bancaire, qui prive les banques centrales d'un puissant outil de surveillance, n'a-t-elle pas dépassé les limites du raisonnable ? Comment surveiller la localisation des risques dans un tel contexte lorsque le risque final des crédits consentis est porté par des non-banques, par nature hors du champ de surveillance prudentiel ?

Mais souvent le risque de crédit porté par le véhicule dédié aura fait l'objet de garanties diverses, comme une garantie à première demande de la part d'une compagnie d'assurance spécialisée (dite *monoline*), voire d'opérations de dérivés de crédit comme les *credit default swaps*, dont la mise en jeu menace, par un effet domino, les banques qui les ont conclues. Puis encore, pour ne pas porter atteinte à leur réputation, les banques, qui ont recommandé, *via* leurs sociétés de gestion d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières, à leurs clients des placements contenant des risques *subprime* qu'elles n'avaient pas nécessairement portés à leur attention, se sentent aujourd'hui dans l'obligation commerciale de racheter ou de garantir ces produits, mettant ainsi dans leur bilan des risques qui, logiquement, n'avaient plus vocation à y être inscrits.

Bien souvent des lignes de crédit dites de *back-up*, c'est-à-dire en principe de secours, ont été aussi consenties par des banques aux véhicules de titrisation en cas de difficulté de refinancement par papier commercial, situation dans laquelle bon nombre d'entre eux se trouvent aujourd'hui, aboutissant ainsi à saturer les lignes de crédit et les ratios de solvabilité de nombreuses banques. Ainsi, la désintermédiation faite par la porte semble avoir abouti à une réintermédiation du risque – et parfois bien au-delà – par la fenêtre !

Une autre réflexion se dessine aussi sur les agences de notation. La notation, qui dispense en pratique bien des acteurs de mener eux-mêmes une réflexion approfondie sur les risques encourus, n'a-t-elle pas été parée de vertus qui vont bien au-delà de sa fonction ? La notation ne mesure pas la liquidité de ces titres – qui est la possibilité de les céder facilement à un prix non bradé – mais la capacité de principe de leur émetteur à pouvoir les rembourser.

Les règles comptables applicables – le *mark to market* –, c'est-à-dire la comptabilisation de ces instruments à leur valeur de marché et non à leur coût historique corrigé de provisions, obligent les porteurs à enregistrer des pertes comptables immédiates importantes, la non-liquidité ayant entraîné une forte dépréciation des instruments, même si le défaut de remboursement de l'émetteur des titres n'est pas encore constaté et ne le sera peut-être jamais pour beaucoup d'entre eux.

Last but not least, des directions générales des plus grands établissements bancaires ont été brutalement remerciées et un appel à un actionnariat de secours, souvent étranger et souverain, a dû être monté dans l'urgence, en attendant des opérations de déconsolidation sous forme de cession à des maisons-mère et peut-être demain à des fonds de garantie, dans une atmosphère générale de baisse sensible des cours des valeurs bancaires, porteuse de vulnérabilité !

Extraits

➡ 001 : Cass. com., 18 sept. 2007, n° 06-10.663

«... L'obligation au secret professionnel à laquelle sont tenus les établissements de crédit leur interdit de fournir à un client qui en formule la demande des renseignements autres que simplement commerciaux, d'ordre général et économique sur la solvabilité d'un autre de leurs clients ; dès lors qu'il n'est pas allégué que le laboratoire ait demandé à la banque de simples renseignements commerciaux sur la solvabilité de la clinique, la cour d'appel a retenu à bon droit que la banque, à laquelle il était exclusivement reproché un manquement à une obligation d'information, n'avait pas engagé sa responsabilité à l'égard du laboratoire... ».

➡ 002 : C. pén., art. R. 642-3

L'article R. 642-3 du Code pénal punit « le fait de refuser de recevoir des pièces de monnaies et des billets de banque ayant cours légal en France selon la valeur pour laquelle ils ont cours ».

De nombreux commentateurs ont commencé le procès de la complexité excessive des montages qui aboutissent à diminuer drastiquement le nombre de ceux capables de les comprendre et de les suivre.

Gageons que ce procès ne sera pas le seul ! De nombreuses *class actions* ont déjà été initiées aux États-Unis. Le législateur américain est aussi intervenu pour prendre des mesures de protection des emprunteurs en difficulté. Nous aurons certainement à y revenir.

Pour notre part, la réflexion de fond qui paraît la plus urgente se situe sur les limites nouvelles de la désintermédiation qu'il convient de rechercher en coordination entre les banques centrales des principaux pays. La tradition française qui considère que prêter de l'argent est une activité qui doit être donnée en monopole aux banques, et pas seulement pour leur consentir un avantage, pourrait connaître un certain resserrement et une nouvelle jeunesse !

II – DEVOIRS PROFESSIONNELS

Un dépôt de garantie de 4 millions de francs avait été effectué auprès d'une clinique par un laboratoire, dépôt financé par un prêt de la banque. Un peu plus d'un an après, la clinique devait déposer son bilan et le laboratoire voir son espoir de récupérer le dépôt s'évanouir définitivement. Il devait alors reprocher à la banque de ne pas l'avoir mis en garde sur la situation financière déjà obérée du dépositaire en l'en informant.

S'il est traditionnel de considérer que la fourniture de simples renseignements commerciaux généraux sur l'un de ses clients par une banque à la demande de l'un de ses autres clients ou d'un tiers n'est pas une violation de son **secret professionnel** (Ch. Gavaldà et J. Stofflet, *Droit bancaire*, Litec, 6^e éd., 2005, n° 742 et s.), rien ne permet de penser qu'une banque ait à prendre l'initiative de renseigner spontanément l'un de ses clients sur la situation financière d'un autre client. C'est le mérite de cette décision de le rappeler (**Cass. com., 18 sept. 2007, n° 06-10.663** ➡ 001 D. 2007, p. 2466, obs. X. Delpéch). L'invocation d'un devoir de mise en garde ne retient pas davantage l'attention de la Cour, car il ne peut constituer une exception au secret professionnel.

L'élaboration du statut juridique de la monnaie passe souvent par des décisions portant sur de menues affaires de la vie quotidienne, qui aujourd'hui relèvent souvent de la compétence du juge de proximité. Le gérant d'une société s'est vu poursuivi et condamné pour avoir refusé un paiement en espèces par l'un de ses clients. L'article R. 642-3 du Code pénal (➡ 002) impose la règle du **cours légal** des pièces et billets en euros, puisqu'en vertu de l'article L. 111-1 du Code monétaire et financier : « la monnaie de la France est l'euro. Un euro est divisé en cent centimes ».

Ledit gérant prétendait, pour excuser son attitude suspicieuse envers la monnaie fiduciaire, que sa société n'était pas équipée pour recevoir et conserver des espèces.

Il soutenait également que l'infraction ne pouvait être constituée que si le débiteur, en proposant de payer en espèces, fournissait la somme exacte en faisant l'appoint, comme l'exige l'article L. 112-5 du Code monétaire et financier. Il évoquait aussi le fait que, laissant à ses clients la faculté de payer par chèque, il n'avait dès lors pas commis l'infraction reprochée qui, selon lui, ne pouvait être constituée qu'en l'absence de moyens alternatifs de s'acquitter de sa dette.

Aucune de ces critiques ne retient l'attention de la Chambre criminelle (Cass. crim., 3 oct. 2007, n° 07-80.045), qui estime que « la société créancière n'acceptant aucun règlement en numéraire, le débiteur n'était donc pas en mesure d'effectuer un paiement en billets et pièces ni même de s'acquitter de l'obligation de faire l'appoint ». Elle rejette ainsi le pourvoi. Pour faire l'appoint, encore faut-il avoir la possibilité de payer en espèces ! Monsieur de La Palice ne l'aurait pas dit autrement ! La règle du cours légal ne prime pas la disposition contenue à l'article L. 112-5 du Code monétaire et financier, aux termes duquel c'est au débiteur de faire l'appoint (Cass. crim., 14 déc. 2005, n° 04-87.536, D. 2006, p. 498, JCP E 2006, 1889, obs. H. Kenfack et B. de Lamy).

Le respect du cours légal de la monnaie implique nécessairement de ne pas refuser par principe le paiement en numéraire. Cette seule constatation du refus suffit à constituer l'infraction. Cette décision, quelque peu décalée par rapport aux pratiques dominantes de paiement et de suspicion à l'égard du numéraire, mérite l'approbation.

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

Le décret n° 2007-1611 du 15 novembre 2007 relatif au **plafonnement des frais bancaires applicables aux incidents de paiement** a modifié l'article D. 131-25 du Code monétaire et financier. Ces frais, qui doivent comprendre « l'ensemble des sommes facturées par le tiré au titulaire du compte, quelles que soient la dénomination et la justification de ces sommes », ne peuvent excéder 30 euros pour les chèques inférieurs ou égaux à 50 euros et 50 euros pour les chèques d'un montant supérieur. Pour les incidents de paiement relatifs aux autres instru-

Extraits

➔ 003 : Cass. com., 18 sept. 2007, n° 06-14.161

«... Si le bénéficiaire d'un virement acquiert le droit définitif sur les fonds dès que, selon l'article L. 330-1, III, du Code monétaire et financier, l'ordre est devenu irrévocable, à une date et selon les modalités conformes aux règles de fonctionnement du Système interbancaire de télécompensation (SIT), son droit de créance sur son propre banquier, chargé d'un mandat général d'encaissement, n'existe qu'à compter de la réception effective de ces fonds par ce dernier, qui les détient alors, pour le compte de son client, en qualité de dépositaire... ».

ments de paiement que le chèque, le plafond est fixé au montant de l'ordre de paiement et en toute hypothèse à 20 euros (C. mon. fin., art. D. 312-4-2). La disposition entrera en vigueur le 16 mai 2008.

La modération volontaire n'ayant pu prévaloir, l'ordre de la loi y pourvoit. On ne peut s'empêcher de constater que certaines dispositions impératives rappellent toujours que certaines activités bancaires s'apparentent à un service public.

IV – COMPTES ET INSTRUMENTS DE PAIEMENT

A – Virements

Le 2 juillet 2004, une association était mise en redressement judiciaire et, le même jour, elle recevait sur son compte une subvention importante. La position de son compte avant la réception de ce virement étant largement débitrice, le banquier teneur de compte opposa la compensation à la demande de mise à disposition des fonds reçus formulée par le liquidateur. La banque arguait du fait que le virement avait été accepté par elle dans le système de télécompensation la veille, soit le 1^{er} juillet 2004, date à laquelle il était devenu irrévocable, et qu'ainsi elle pouvait valablement opérer compensation avant l'ouverture de la procédure collective, même si elle n'en avait été créditée dans son compte à la Banque de France que le jour suivant.

La Cour de cassation (Cass. com., 18 sept. 2007, n° 06-14.161 ➔ 003, D. 2007, p. 2464, obs. V. Avena-Robardet, D. 2007, p. 2765, obs. M.-L. Belaval, JCP E 2007, p. 2499, note N. Mathey, Banque et droit 2007, n° 116, p. 27, note Th. Bonneau, RD bancaire et fin. 2007, p. 42, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin ; D.-R. Martin, De la télécompensation d'un virement, RD bancaire et fin. 2007, p. 7) refuse de faire droit à la demande de la banque et opère une distinction claire entre l'irrévocabilité et les droits qui en découlent pour le bénéficiaire, d'une part, et **la naissance des droits du bénéficiaire envers son teneur de compte**, d'autre part.

La date à laquelle un virement télécompensé devient irrévocable est fixée par le règlement de fonctionnement du système, comme l'indique l'article L. 330-1 du Code monétaire et financier, dont l'origine vient de la transposition en droit français de la directive sur le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement. Celui du Système interbancaire de télécompensation (SIT) aboutissait clairement à fixer cette date au 1^{er} juillet 2004. La Cour en donne acte et estime que le moment précis de cette irrévocabilité du virement fait acquérir au bénéficiaire « le droit définitif sur les fonds », sans que l'on sache précisément ce que cette expression recouvre. Il semble qu'il faille considérer que le moment de l'irrévocabilité fait simultanément perdre au donneur d'ordre ses droits sur les fonds virés et naître ceux du bénéficiaire sur ces mêmes fonds. La difficulté se situe ailleurs et notamment

dans les rapports envers les tiers (un créancier saisissant, notamment), question que l'arrêt ne tranche pas.

La décision, en revanche, apporte une réponse, pour la première fois, à la question de l'effet de ce « *droit définitif* » du bénéficiaire sur les fonds dans ses rapports avec son banquier teneur de compte. Les fonds ne sont à la disposition du bénéficiaire qu'à compter du crédit reçu par son banquier chargé de les recevoir. Cela signifie, notamment, que les droits du bénéficiaire ne sont pas liés à l'inscription du montant du virement à son propre compte, considéré comme une simple régularisation comptable, sans influence sur la date de l'acquisition des droits du bénéficiaire. Cette position est satisfaisante, car le banquier, mandataire général de son client, en recevant les fonds, les reçoit au nom et pour le compte de son client et les conserve dans le cadre de sa fonction de teneur de compte dépositaire. L'analyse correspond à ce que la Cour de cassation a déjà jugé sur le moment du paiement en monnaie scripturale (Cass. com., 22 oct. 1996, n° 94-18.887, D. aff. 1997, p. 22).

Dès lors, le 1^{er} juillet 2004, la banque du bénéficiaire n'ayant pas reçu elle-même les fonds, elle n'en était pas encore débitrice vis-à-vis de son client, alors qu'elle était bien créancière de celui-ci au titre du solde débiteur de son compte. Ainsi la condition structurelle de la compensation, la réciprocité, n'était-elle pas remplie. Le lendemain, elle l'était, mais il était trop tard, la procédure collective empêchant de faire jouer la compensation, faute d'établir la connexité exigée par l'article L. 622-7 du Code de commerce.

Il demeure que l'on s'interrogera pour savoir dans quel patrimoine cette somme d'argent a passé la nuit du 1^{er} au 2 juillet 2004. Dans celui du donneur d'ordre (Cass. com., 8 juill. 2003, n° 99-10.590, Bull. civ. IV, n° 117) ou dans celui de la banque du donneur d'ordre du virement ? Nous inclinons à pencher pour cette dernière éventualité, afin de rester cohérent avec la solution dégagée par la Cour dans cette décision.

B – Cartes de paiement

La loi a institué en 2001 un plafond de responsabilité pour le porteur, aujourd'hui fixé à 150 euros, en cas d'**utilisation frauduleuse de la carte entre la date de la perte ou du vol et celle de l'opposition**. Toutefois, ce plafond est écarté, notamment, si le porteur « *a agi avec une négligence constituant une faute lourde* » (C. mon. fin., art. L. 132-3).

Dès lors les termes du débat sont posés. L'utilisation frauduleuse d'une carte perdue dans le cadre d'un mode de paiement nécessitant l'utilisation du code secret ne suffit-elle pas à laisser présumer la faute lourde du porteur ? La réponse apportée par la Cour, pour la première fois saisie de cette question depuis la modification de la loi, est clairement négative (Cass. com., 2 oct. 2007, n° 05-19.899 ➔ 004 D. 2007, p. 2765, obs. M.-L. Belaval, JCP E 2007, 2376, note P. Bouteiller, RD bancaire et fin. 2007, p. 42, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin, RD bancaire et fin. 2007, p. 60, obs. É. Caprioli).

Il ne suffit pas de cet élément pour caractériser la faute lourde. La charge de la preuve par des éléments complémentaires caractérisant la faute lourde repose sur la banque. On imagine facilement que la banque sera le plus souvent dans l'impossibilité de la rapporter.

En fait, il s'agit d'une position de politique juridique qui consiste à protéger le porteur de la carte dans la quasi-totalité des cas pratiques. Il n'en demeure pas moins qu'il était de bonne méthode législative de vouloir responsabiliser les porteurs en les incitant à la diligence. Néanmoins, cette position jurisprudentielle tend à limiter très sensiblement cette responsabilisation du porteur en réduisant le champ de la faute lourde par l'inversion de la charge de la preuve.

Ceci montre que la couverture de ce type de risque relève plus d'une extension des mécanismes assurantiels mutualisant ce risque plutôt qu'une analyse au cas par cas.

V – CRÉDITS

A – Généralités

Le taux effectif global (TEG) et ses modalités d'application sont une source intarissable, semble-t-il, de litiges les plus divers. Ils connaissent des solutions plus ou moins satisfaisantes. Dans une première espèce ayant donné lieu, fait rare, à une intervention de la Fédération des banques françaises aux côtés de la banque concernée, la question posée était de savoir si le crédit consenti à taux variable devait donner lieu, lors de chaque **variation du taux de référence, à une nouvelle information sur le nouveau TEG applicable**. La Cour de cassation s'y refuse justement, en faisant observer simplement que l'article L. 132-2 du Code de la consommation ne l'exige pas (Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 2007, n° 06-14.690 ➔ 005). La caution espérait ainsi voir se substituer le taux légal au taux conventionnel, seule sanction appli-

Extraits

➔ 004 : Cass. com., 2 oct. 2007, n° 05-19.899

«... En cas de perte ou vol d'une carte bancaire, il appartient à l'émetteur de la carte qui se prévaut d'une faute lourde de son titulaire, au sens de l'article L. 132-3 du Code monétaire et financier, d'en rapporter la preuve ; que la circonstance que la carte ait été utilisée par un tiers avec composition du code confidentiel est, à elle seule, insusceptible de constituer la preuve d'une telle faute... ».

➔ 005 : Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 2007, n° 06-14.690

«... Attendu que l'article L. 313-2 du Code de la consommation, s'il impose la mention du taux effectif global dans tout écrit constatant un prêt, ne fait pas obligation au prêteur, en cas de stipulation de révision du taux d'intérêt originel selon l'évolution d'un indice objectif, d'informer l'emprunteur de la modification du taux effectif global résultant d'une telle révision... ».

cable à l'exclusion de toute autre comme le rappelle encore un arrêt récent (Cass. 1^{re} civ., 19 sept. 2007, n° 06-16.964 ➔ 006 Banque et droit 2007, n° 116, p. 29, obs. Th. Bonneau) qui **refuse d'annuler la perception des cotisations d'assurance et des frais.**

La décision respecte le fondement même de la règle qui ne se justifie que par le souhait de permettre à l'emprunteur, au moment de la conclusion du contrat, de comparer entre différentes offres de différents banquiers, en les rendant justement comparables par une méthode unifiée de calcul du taux effectif (J.-P. Mattout, La rémunération du crédit, in Le contrat de financement, Étude comparative et prospective du crédit bancaire [ouvrage collectif sous la dir. de L. Aynès], Litec, 2006, p. 39). Dès lors, la variation du taux choisi par les parties en cours de contrat, si elle modifie nécessairement le TEG applicable, ne permettrait pas pour autant à l'emprunteur de se défaire du contrat et d'aller contracter avec un autre prêteur. Une telle information ne serait à cet égard d'aucune utilité.

Toute différente est la décision rendue par la même chambre en matière d'éléments entrant nécessairement dans le calcul du TEG (Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 2007, n° 05-17.842 ➔ 007). La Cour constatant que l'octroi du prêt était soumis à la condition obligatoire de la **souscription de parts sociales de la banque mutualiste** concernée, elle en conclut que ce coût devait alors nécessairement être inclus dans le calcul du TEG. Elle casse l'arrêt de la cour d'appel aux vises des articles L. 312-8 et L. 313-A du Code de la consommation. Elle refuse de prendre en compte l'argument de la banque qui soulignait que ces parts sociales étaient par nature remboursables et ne pouvaient dès lors être considérées comme des frais.

Cette décision réaffirme une position déjà adoptée par la Cour de cassation (Cass. 1^{re} civ., 23 nov. 2004, n° 02-13.206, RD bancaire et fin. 2005, p. 14, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard) qui, pour être réaffirmée, n'en reste pas moins contestable. En effet, outre le caractère d'actif remboursable déjà mis en avant et qui avait convaincu la cour d'Orléans dans sa décision du 6 avril 2006 ici cassée, la souscription d'une part sociale tient à la forme même de l'établissement bancaire qui opère sous forme mutualiste, forme qui suppose de souscrire au moins une part sociale de la part des clients. Que la souscription intervienne à l'occasion de l'octroi d'un prêt, si l'emprunteur n'est pas déjà client, ne modifie pas le fait que l'obligation résulte à la fois du statut légal de la banque et de la conclusion d'une première opération. C'est si vrai que si le même client vient à contracter un nouveau prêt, il ne lui sera plus demandé de souscrire de nouvelles parts sociales. Il serait artificiel de le nier, sans compter que cette décision fait naître une certaine distorsion de concurrence entre les banques mutualistes et les autres établissements bancaires fonctionnant sous forme de sociétés non mutualistes et qui peuvent se dispenser d'une telle exigence de souscription.

La fonction de comparaison entre ce qui est comparable assignée au TEG n'est plus remplie avec une telle inclusion.

Extraits

➔ 006 : Cass. 1^{re} civ., 19 sept. 2007, n° 06-16.964

«... L'erreur entachant le taux effectif global dont la mention est exigée dans un contrat de prêt est exclusivement sanctionnée par la substitution au taux d'intérêt contractuel du taux de l'intérêt légal ; dès lors, c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé qu'une telle erreur n'affectait pas le recouvrement des cotisations d'assurance litigieuses... ».

➔ 007 : Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 2007, n° 05-17.842

«... La souscription de parts sociales de l'établissement prêteur était imposée comme condition d'octroi du prêt, de sorte que le coût afférent à cette souscription ainsi rendu obligatoire avait un lien direct avec le prêt souscrit et devait être pris en compte dans le calcul du taux effectif global... ».

➔ 008 : C. consom., art. L. 312-14-1

«... En cas de renégociation de prêt, les modifications au contrat de prêt initial sont apportées sous la seule forme d'un avenant. Cet avenant comprend, d'une part, un échéancier des amortissements détaillant pour chaque échéance le capital restant dû en cas de remboursement anticipé et, d'autre part, le taux effectif global ainsi que le coût du crédit calculés sur la base des seuls échéances et frais à venir. Pour les prêts à taux variable, l'avenant comprend le taux effectif global ainsi que le coût du crédit calculés sur la base des seuls échéances et frais à venir jusqu'à la date de la révision du taux, ainsi que les conditions et modalités de variation du taux. L'emprunteur dispose d'un délai de réflexion de dix jours à compter de la réception des informations mentionnées ci-dessus... ».

Les crédits immobiliers pèsent souvent lourdement, et généralement pour de très longues durées, sur la situation financière des ménages. L'évolution de celle-ci comme les variations des taux d'intérêts conduisent ainsi fréquemment les emprunteurs à renégocier avec leur banquier le plan de remboursement de leur crédit. Le législateur a défini, par une loi du 25 juin 1999, le **formalisme qu'il convient de respecter, à l'occasion d'une telle renégociation**, dans un but de protection des emprunteurs (L. n° 99-532, 25 juin 1999, relative à l'épargne et à la sécurité financière, JO 29 juin, qui introduit un article L. 312-14-1 dans le Code de consommation ➔ 008 ; pour des commentaires, v. A. Gourio, Le nouveau régime des renégociations des prêts au logement, JCP E 1999, 1524 ; D.-R. Martin, in RD bancaire et bourse 1999, p. 108 ; S. Piedelièvre, Épargne et sécurité financière, les nouvelles dispositions relatives au crédit immobilier, Defrénois 2000, art. 37099, p. 143 ; v. aussi Ch. Jamin, Du rôle créateur de la mondialisation et de quelques articles d'invalidation valdante, RTD civ. 1999, p. 718). Tout en s'inspirant des règles applicables lors de la conclusion initiale du prêt, les exigences demeurent moins contraignantes, le législateur ayant délibérément souhaité mettre un terme à la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle le banquier devait émettre dans ce cas une nouvelle offre préalable, comme s'il accordait à son emprunteur un nouveau crédit (Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 1998, n° 95-21.880, D. 1998, jur., p. 503, rapport Catry, note D.-R. Martin, RTD civ. 1998, p. 698, obs. P.-Y. Gautier).

Ainsi, le nouvel accord des parties peut être constaté dans un simple avenant au contrat dont la loi prescrit, certes, le contenu minimum mais ne fixe ni les modalités pratiques de communication au client, ni celles d'acceptation de sa part. Ce qui peut paraître surprenant, sachant que la réception de cet avenant par le client constitue le point de départ d'un délai de réflexion obligatoire de dix jours, dont, au demeurant, la loi s'abstient de prévoir la sanction exacte. La banque sera dès lors bien avisée de se ménager une preuve de la date d'envoi des informations qu'elle est tenue, aux termes de l'article L. 312-14-1, de donner à son client. À ce dernier de démontrer, s'il souhaite arguer d'une méconnaissance du **délaï de réflexion**, que son acceptation était prématurée. C'est ce que rappelle opportunément la Cour de cassation dans une décision du 8 novembre 2007 (Cass. 1^{re} civ., 8 nov. 2007, n° 04-18.668 ➔ 009, Dalloz Actualités, 20 nov. 2007, obs. C. Rondey). Ne souhaitant ou ne pouvant tout simplement pas indiquer la date à laquelle il avait signé l'avenant, ni celle à laquelle il l'avait retourné à la banque, un couple emprunteur s'est vu refuser par la Cour le droit de se prévaloir du non-respect du délai de réflexion. Leur carence ne les autorisait pas à obliger les juges du fond à rechercher eux-mêmes la date à laquelle ils avaient accepté les nouvelles conditions du crédit. Leur protection contre un manque d'information ou une décision insuffisamment murie suppose de la part des emprunteurs un minimum de prudence. En y renonçant, le législateur risquerait d'encourager des attitudes malhonnêtes.

B - Garanties

La période couverte par la présente chronique a été riche en décisions relatives aux cessions de créances professionnelles par bordereau Dailly. Quatre d'entre elles méritent d'être signalées plus particulièrement en ce qu'elles éclairent la portée du formalisme, la différenciation entre les cessions à titre d'escompte ou à des fins de garantie, les conditions du recours en garantie du cessionnaire contre le cédant et les risques auxquels s'expose le débiteur cédé qui a payé sa dette, par erreur, une deuxième fois.

Comme en matière d'effets de commerce, l'opposabilité de plein droit du transport de créance et, le cas échéant, le bénéfice de l'inopposabilité des exceptions s'appuient, en matière de cessions Dailly, sur le respect **d'exigences formelles prescrites par la loi**. Le titre qui ne comporte pas toutes les mentions obligatoires ou des mentions inexactes ou ambiguës « ne vaut pas comme acte de cession (...) de créance professionnelle » (C. mon. fin., art. L. 313-23, al. 6). Mais *quid* si le débiteur a néanmoins accepté la cession, en respectant les formes spécifiques prévues à cet effet ? Ne s'est-il pas obligé par un tel acte à régler sa dette entre les mains du cessionnaire, sans pouvoir contester l'existence et le montant de la créance ? L'acceptation en bonne et due forme purgerait, en quelque sorte, l'irrégularité formelle du bordereau dans les rela-

tions entre cessionnaire et débiteur cédé. C'est ce qu'avait cru pouvoir conclure la cour d'appel de Metz dans un arrêt du 8 février 2006 (CA Metz, 8 févr. 2006, SCI Dames visitandines c/Caisse d'Épargne et de prévoyance de Lorraine, JCP E 2006, 2582, p. 1874). Elle n'est pas suivie par la Cour de cassation, qui, par un arrêt du 16 octobre 2007 (Cass. com., 16 oct. 2007, n° 06-14.675 ➔ 010, SCI des Dames visitandines c/Caisse d'épargne et de prévoyance de Lorraine, JCP G 2007, IV, 3088, D. 2007, p. 2728, obs. X. Delpech), refuse de considérer qu'un bordereau irrégulier puisse donner lieu à une acceptation régulière. L'établissement d'un bordereau respectant toutes les mentions obligatoires pour valoir en tant que tel constitue une condition préalable indispensable aux actes subséquents, comme l'acceptation, qui vise à renforcer les droits que le cessionnaire tire du bordereau. Faut-il en conclure que le cessionnaire se trouve dépourvu de tout droit vis-à-vis du débiteur cédé ? Les termes de l'arrêt laissent plutôt entendre le contraire, puisqu'ils refusent au cessionnaire simplement le bénéfice de l'inopposabilité des exceptions, attaché à l'acceptation d'un bordereau Dailly, en permettant au débiteur cédé d'invoquer des exceptions tirées de ses rapports personnels avec le cédant. Ce qui suppose que le premier ait non seulement recueilli la créance, mais puisse aussi s'en prévaloir vis-à-vis du second alors même que les conditions de l'article 1690 du Code civil ne semblent pas avoir été respectées davantage que les formes pour établir un bordereau Dailly. En tout cas, l'acceptation sous seing privé selon les règles simplifiées prévues par l'article L. 313-29 du Code monétaire et financier ne satis-

Extraits

➔ 009 : Cass. 1^{re} civ., 8 nov. 2007, n° 04-18.668

«... Attendu qu'ayant constaté que les époux X... n'avaient indiqué ni la date à laquelle ils avaient signé l'avenant ni celle à laquelle ils l'avaient retourné à la banque, ce dont il résultait qu'ils n'étaient pas fondés à se prévaloir de leur propre carence pour arguer du non-respect du délai de réflexion de dix jours, la cour d'appel, qui n'avait pas à y suppléer en recherchant elle-même la date de renvoi de l'avenant ni à effectuer la recherche, rendue vaine par cette carence, de la date d'envoi par la banque et de réception par les emprunteurs de ce même avenant et du tableau d'amortissement, a, sans dénaturer les conclusions qui se bornaient à contester que l'échéancier fût annexé à l'avenant, légalement justifié sa décision, indépendamment du motif surabondant relatif aux conditions de renégociation du prêt plus favorables pour les emprunteurs ; que le moyen ne peut être accueilli en aucune de ses branches... ».

➔ 010 : Cass. com., 16 oct. 2007, n° 06-14.675

«... Attendu qu'en statuant ainsi alors que le bordereau de cession était irrégulier, ce dont il résultait que l'engagement de payer du débiteur cédé ne valait pas acceptation de la cession de créance au sens de l'article L. 313-29 du Code monétaire et financier et que la SCI était dès lors fondée à opposer au cessionnaire les exceptions tirées de ses rapports personnels avec le cédant, la cour d'appel a violé les textes susvisés... ».

fait point aux exigences de l'article 1690 du Code civil qui requiert toujours (*sic*) un acte authentique. Dans l'attente que ces exigences, manifestement plus conformes aux besoins du commerce, soient enfin révisées, il aurait été plus cohérent de ne pas reconnaître l'opposabilité de la cession au débiteur cédé.

Les fonctions de la cession de créances professionnelles par bordereau Dailly autant que la qualité des personnes qui peuvent y recourir expliquent que le cédant est, sauf convention contraire, garant solidaire du paiement des créances cédées (C. mon. fin., art. L. 313-24, al. 2). Il peut dès lors être poursuivi sans que le cessionnaire ait à engager préalablement des poursuites judiciaires contre le débiteur cédé. Pour autant son engagement demeure, en tant que garantie, par essence subsidiaire. Dans l'hypothèse où la cession a été notifiée au débiteur cédé, le cessionnaire ne saurait donc actionner cette garantie sans avoir au moins adressé une **demande amiable** au débiteur cédé, tenu en première ligne, ou justifié de la **survenance d'un événement rendant impossible le paiement par celui-ci**. C'est ce que rappelle utilement la Cour de cassation dans un arrêt du 18 septembre 2007, rendu, comme le précédent, sur un pourvoi contre une décision de la cour d'appel de Metz (**Cass. com., 18 sept. 2007, n° 06-13.736** ➔ **011**, Crédit industriel d'Alsace et de Lorraine c/Hoff, JCP G 2007, IV, 2890, JCP E 2007, 2377, n° 46, obs. J. Stoufflet, D. 2007, p. 2532, obs. X. Delpech, RD bancaire et fin. 2007, p. 44, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin, RD bancaire et fin. 2007, p. 52, obs. A. Cerles), confirmant sa jurisprudence antérieure (Cass. com., 14 mars 2000, n° 96-14.034, Bull. civ. IV, n° 55, D. 2000, jur., p. 236, obs. J. Faddoul, RTD com. 2000, p. 996, obs. M. Cabrillac). Cette solution ne s'étend naturellement pas à l'hypothèse, qui demeure la plus fréquente en pratique, où la cession n'a pas été notifiée au débiteur cédé, le cédant continuant à encaisser les créances cédées pour le compte du cessionnaire.

Reste à savoir si le cédant peut libérer le cessionnaire de l'obligation de se retourner d'abord contre le débiteur cédé lorsque celui-ci a été officiellement informé de la cession. Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt précité, la banque cessionnaire estimait bénéficier d'une telle décharge puisque son client s'était engagé, dans une **convention-cadre de cession**, à « garantir le parfait paiement des créances qu'il cède ou qu'il cédera » et avait « autorisé la banque à débiter son compte courant si le ou les débiteurs cédés laissent impayées ces créances à l'échéance ». Pour la Cour de cassation, une telle stipulation n'était « pas susceptible d'exonérer la banque notificatrice de (la) démarche amiable » requise. Est-ce à dire, comme certains semblent le penser, que le cédant ne saurait en aucun cas renoncer au bénéfice de cette précaution ? L'arrêt ne permet pas, à notre sens, d'en tirer cette conclusion. L'autorisation de débiter le compte ne signifiait tout simplement pas assez clairement que le client acceptait de voir sa garantie mise en jeu sans que le débiteur cédé ait même été invité à honorer sa dette. Rien ne semble toutefois s'opposer à ce que le cédant y renonce par une clause non ambiguë.

Extraits

➔ **011** : Cass. com., 18 sept. 2007, n° 06-13.736

«... Mais attendu que si le cessionnaire d'une créance professionnelle qui a notifié la cession en application de l'article L. 313-28 du Code monétaire et financier bénéficie d'un recours en garantie contre le cédant, garant solidaire, sans avoir à justifier préalablement d'une poursuite judiciaire contre le débiteur cédé ou même de sa mise en demeure, il est cependant tenu de justifier d'une demande amiable adressée à ce débiteur ou de la survenance d'un événement rendant impossible le paiement ;

Attendu que la cour d'appel, qui a retenu que la banque, après avoir notifié la cession de créance à M. Y..., n'avait pas justifié d'une telle démarche, loin d'avoir méconnu l'article L. 313-24 du Code monétaire et financier, en a fait, par ces seuls motifs, l'exacte application, abstraction faite des motifs surabondants, visés par la troisième branche, la circonstance que le cédant ait autorisé la banque, par convention-cadre, à débiter son compte, si le débiteur cédé laissait impayée sa créance à l'échéance, n'étant pas susceptible d'exonérer la banque notificatrice de cette démarche amiable ; que le moyen, en aucune de ses branches, ne peut être accueilli... ».

Le transfert de créances au moyen d'un bordereau Dailly ne sert pas nécessairement à réaliser leur cession définitive. Il peut parfaitement être utilisé à **des fins de garantie**. La propriété reconnue au cessionnaire doit, dans ce cas de figure, revenir au cédant lorsque la garantie n'a plus de raison d'être, en raison du paiement de la dette couverte ou de son extinction par d'autres voies. Si la nécessité de cette rétrocession ne fait aucun doute, les conditions dans lesquelles elle s'accomplit posent encore de nombreuses questions. Techniquement, elle peut se fonder soit sur une obligation de restitution du cessionnaire, soit sur le jeu d'une condition résolutoire (v., à propos du transfert fiduciaire, C. Witz, La fiducie en droit privé français, Economica, 1981, n°307 et s.). Il appartient aux parties d'opérer un choix entre l'une et l'autre de ces deux solutions, bien qu'en pratique il ne soit pas toujours clairement effectué. Dans l'hypothèse où la rétrocession s'opère au moyen d'une obligation du cessionnaire, reste à savoir si elle est sujette au respect d'exigences formelles et, le cas échéant, lesquelles. En d'autres mots, la rétrocession de créances doit-elle être notifiée au débiteur cédé, conformément à l'article 1690 du Code civil, emprunter le formalisme simplifié d'un nouveau bordereau Dailly, ou se trouve-t-elle soustraite à toute condition d'opposabilité ? La Cour de cassation vient opportunément d'opter pour la troisième voie en la réservant cependant aux cessions conclues exclusivement à titre de garantie (**Cass. 1^{er} civ., 19 sept. 2007, n° 04-18.372** ➔ **012**, Bègue c/Lauret, JCP E 2007, 2261, RD bancaire et fin. 2007, p. 44, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin, Banque et droit 2007, n° 116, p. 30, obs. Th. Bonneau).

Une agence immobilière avait été mandatée par un promoteur pour commercialiser un immeuble à construire. Son mandat ayant été dénoncé avant son terme, elle a assigné le promoteur en responsabilité. Pour s'opposer à

cette demande, celui-ci soulève son irrecevabilité au motif que l'agence avait cédé sa créance par bordereau Dailly à une banque. La cession avait vraisemblablement été notifiée au débiteur cédé puisque la banque a cherché, mais en vain, à la recouvrer directement, avant d'en contrepasser le montant au compte de l'agence cédante. Suite à cette contrepassation, l'agence a récupéré la créance garantissant l'avance qui lui avait été consentie par la banque. Elle pensait donc pouvoir s'en prévaloir à nouveau à l'encontre du promoteur. Après avoir eu gain de cause en appel, ces espoirs ont cependant été balayés par la Cour de cassation. Tout en reconnaissant que dans la cession à titre de garantie « le cédant d'origine peut retrouver la propriété de la créance cédée sans formalité particulière, dans la mesure où la garantie prend fin lorsque son bénéficiaire n'a plus de créances à faire valoir ou lorsqu'il y renonce », la première chambre civile refuse d'étendre cette solution à la cession de créances effectuée à titre d'escompte. La soustraction à tout formalisme du retour de créances cédées temporairement dans un but exclusif de garantie constitue une excellente décision. On imagine difficilement, en effet, quelles pourraient être les justifications concrètes d'exigences d'opposabilité au cas où la propriété à l'issue d'une opération de garantie revient à son titulaire originel et cela d'autant moins que les débiteurs cédés auront généralement été laissés dans l'ignorance de la cession initiale. Et, à supposer qu'ils puissent légitimement croire que le cessionnaire garanti fût toujours propriétaire au moment où ils se sont acquittés de bonne foi de leurs dettes, l'article 1240 du Code civil devrait les protéger contre une remise en cause de ce paiement.

La **différenciation entre la cession effectuée à titre d'escompte ou à titre de garantie** paraît, en revanche, moins convaincante. Certes, il s'agit là d'utilisations *a priori* distinctes du bordereau Dailly dans la mesure où le dénouement ordinaire de la première consiste en un paiement par le débiteur cédé, alors que dans la seconde le cédant a vocation à récupérer les créances cédées. À trop insister sur cette différence, on risque cependant de négliger que l'escompte consiste lui-même en un crédit et comporte, sauf convention contraire, une obligation de remboursement de la part du cédant (A. Prüm, P. Leclercq et R. Mourier, *Relations Entreprises-Banques*, Lefebvre, 2003, n° 5770 et s.). Ce dernier est donc parfaitement conscient qu'il risque de devoir récupérer les créances mobilisées après avoir pallié la défaillance du débiteur cédé. L'hypothèse d'une telle restitution ne nous paraît donc pas pouvoir être considérée comme une solution anormale au crédit accordé au cédant. Or, d'après l'arrêt rendu par la Cour de cassation, un tel retour est soumis aux formalités de l'article 1690 du Code civil, sauf à utiliser un second bordereau Dailly, lorsque cela est possible. La signification au débiteur cédé peut assurément résulter de l'assignation que le cédant risque de lui adresser, vu qu'il ne s'est déjà pas exécuté entre les mains du cessionnaire. Il n'en demeure pas moins que la dissociation complète de la cession opérée au profit du banquier

escompteur de l'éventuel retour des créances mobilisées à son client nous paraît peu respectueuse de l'économie de l'opération d'escompte. Espérons donc que la Cour de cassation reviendra sur sa distinction entre les cessions à titre d'escompte et à titre de garantie pour soustraire dans les deux cas le retour des créances au cédant à toute formalité.

La **mobilisation successive de mêmes créances** alimente régulièrement le contentieux des bordereaux Dailly. Le cas évoqué ici n'en présente pas moins une certaine originalité. Une société cède, à titre de garantie, une créance professionnelle à une banque par voie de bordereau Dailly, laquelle notifie cette cession au débiteur cédé. Par la suite, et ayant l'échéance de la créance, cette société transfère, apparemment par voie de subrogation, cette même créance à une société d'affacturage et prévient le débiteur qu'il devra dorénavant s'exécuter entre les mains de cette société d'affacturage. C'est ce que ce dernier fait quelque temps après, malgré la notification préalable de la cession Dailly. L'imprudence lui a valu d'être condamné à devoir payer une seconde fois la banque cessionnaire. « *Qui paye mal, paye deux fois !* » Afin de ne pas subir la charge définitive de double paiement, le débiteur agit alors en répétition de l'indu contre la société d'affacturage. Mais son recours est déclaré irrecevable. La société d'affacturage a prétendu, en effet, n'avoir reçu les fonds qu'en qualité de mandataire du créancier originel et non point pour son propre compte. C'est donc contre son mandant, qui a accepté le paiement nonobstant le fait qu'il ait déjà cédé la créance, que devait être dirigée l'action en répétition de l'indu. Or celui-ci avait entre-temps été déclaré en redressement judiciaire de sorte que tout recours contre lui était devenu vain. Sensible à l'argumentation de l'affactureur, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a reproché au juge du fond de l'avoir condamné sans vérifier auparavant dans quelles conditions celui-ci était réellement intervenu (**Cass. com., 2 oct. 2007, n° 06-14.343** ► 013, D. 2007, p. 2604, obs. X. Delpech, RD bancaire et fin. 2007, p. 45, obs. F. Crédot et Th. Samin, RD bancaire et fin. 2007, p. 51, obs. A. Cerles). Considérer que la société d'affacturage ne pouvait avoir acquis la créance qu'en pleine propriété méconnaissait la pratique selon laquelle les sociétés se ménagent habituellement le droit d'apprécier la qualité des créances qu'elles acceptent de payer. Dans l'hypothèse où elles préfèrent ne pas acquérir une créance qui leur a été

Extraits

► 012 : Cass. 1^{re} civ., 19 sept. 2007, n° 04-18.372

«... Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si la cession avait été effectuée à titre d'escompte ou à titre de garantie, alors que c'est seulement dans ce dernier cas que le cédant d'origine peut retrouver la propriété de la créance cédée sans formalité particulière dans la mesure où la garantie prend fin lorsque son bénéficiaire n'a plus de créance à faire valoir ou lorsqu'il y renonce, la cour d'appel a privé sa décision de base légale... ».

proposée, elles peuvent toujours chercher à l'encaisser pour le compte de leur client. Le paiement qu'elles sont susceptibles de recevoir reviendra directement à celui-ci, la créance n'ayant, en principe, jamais cessé de lui appartenir. Seulement, en l'espèce, le créancier a confié à la société d'affacturage le mandat d'encaisser une créance qui ne lui appartenait déjà plus. Ce n'est donc pas à celle-ci mais bien au créancier malhonnête que le débiteur aurait dû s'adresser.

C – Responsabilité du banquier dispensateur de crédit

Après avoir affirmé solennellement, en Chambre mixte, que le banquier qui prête à un emprunteur non averti est tenu vis-à-vis de celui-ci d'un devoir de mise en garde au cas où ses capacités financières paraissent insuffisantes ou que l'endettement impliqué par le prêt est trop risqué (Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104 et 06-11.673, v. notre chronique, Dr. & patr. 2007, n° 164, p. 77, RTD civ. 2007, p. 779, note P. Jourdain), la Cour de cassation vient refuser le bénéfice de cette obligation à l'emprunteur non averti mais déloyal (Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2007, n° 06-17.003 • 014, Épx X c/Sté Cofidis ; v. sous cet arrêt, D. Legeais, Incidence de la déloyauté de l'emprunteur non averti à l'égard du devoir de mise en garde du banquier, JCP E 2007, 2576, D. Actualités juridiques 19 nov. 2007, obs. V. Avena-Robardet). Sans doute pour ne pas alerter le banquier sur sa situation financière, par crainte de ne pas obtenir le crédit sollicité, un emprunteur avait cru bon de dissimuler au nouveau prêteur de deniers l'existence de prêts qu'il avait contractés ailleurs auparavant mais non encore complètement remboursés. Pour autant, il ne s'est pas gêné, lorsque les premières difficultés de trésorerie sont apparues, pour se plaindre de ne pas avoir été mis en garde par le banquier contre un endettement excessif. Il ignorait sans doute que « nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude ».

N'est-ce pas précisément au regard des capacités trop limitées dont dispose l'emprunteur pour honorer durablement le crédit sollicité que le banquier est appelé à prévenir son client des dangers de l'opération ? Or, pour examiner la situation financière de son client, le banquier est largement dépendant des informations que celui-ci accepte de lui fournir. Pour l'heure, il n'existe pas en France de fichier centralisé positif permettant à une banque de connaître l'état exact des encours de crédit pesant sur une personne. Seuls les incidents de paiement et une liste des débiteurs qui ont saisi la commission de surendettement se retrouvent recensés dans une base commune. Par respect pour la vie privée, la Commission nationale de l'informatique et des libertés se montre d'ailleurs plus que réticente à l'endroit de la création d'un tel fichier. Il ne reste donc au banquier guère d'autre voie que de réclamer les données au candidat au crédit lui-même. Si celui-ci décide de l'induire en erreur, en omettant de lui révéler des emprunts ou d'autres dettes qui réduisent sensiblement son revenu disponible, il est

Extraits

► 013 : Cass. com., 2 oct. 2007, n° 06-14.343

«... Attendu que pour condamner la société Factofrance à restituer à la société Galva une certaine somme, l'arrêt retient que la cession, irrévocablement jugée régulière, de la créance « Dailly », notifiée à la société Galva par la banque cessionnaire, est également opposable à la société Factofrance de sorte que l'action en répétition de l'indu engagée par la société Galva à l'encontre du « factor » à qui ont été réglés les fonds correspondants est recevable et que, malgré sa bonne foi, ce dernier, qui a reçu indûment ces fonds en sa qualité de subrogé, doit rembourser à la société Galva la somme de 141 777,59 euros ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions par lesquelles la société Factofrance faisait valoir qu'elle n'était pas tenue de restituer les fonds litigieux au débiteur cédé qui les avait réglés entre ses mains, dès lors qu'elle les avait reçus en qualité de mandataire et que cette réception faisait obstacle à une quelconque répétition de l'indu, seul le mandant bénéficiaire du règlement étant tenu à remboursement, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé... ».

► 014 : Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2007, n° 06-17.003

«... Attendu qu'ayant constaté que Mme X... avait dissimulé à la société Cofidis l'existence de prêts en cours de remboursement, de sorte que les éléments d'information qu'elle avait, sur la demande de cette société, portés à la connaissance de celle-ci étaient compatibles avec l'octroi de l'ouverture de crédit litigieuse, le tribunal en a exactement déduit que Mme X..., eu égard à sa déloyauté que la banque ne pouvait normalement déceler, n'était pas fondée à imputer, de ce chef, à ladite société un manquement au devoir de mise en garde auquel est tenu le professionnel du crédit à l'égard de son client non averti ; qu'aucun des griefs du premier moyen n'est donc fondé... ».

particulièrement malvenu pour lui reprocher ensuite de ne pas l'avoir prévenu qu'il risquait de connaître des difficultés pour rembourser le prêt sollicité. D'abord devait-il se douter que sa situation financière était trop tendue pour s'endetter davantage, sinon il n'aurait pas cherché à l'embellir en en donnant une image inexacte. Mais, surtout ne peut-il se plaindre de l'inexécution d'une obligation qu'il a, en définitive, vidée lui-même de son sens. L'exigence de bonne foi et de loyauté qui pèse sur tout cocontractant l'oblige à coopérer avec son partenaire contractuel pour lui faciliter l'exécution de ses obligations et ne lui permet pas de l'en empêcher.

Les banques tireront de cette solution l'avantage d'une position claire. Si leur client ne leur fournit pas les indications demandées, dont elles auraient pu déduire l'existence d'une situation critique, elles ne sont plus tenues de mettre celui-ci en garde contre les dangers potentiels du crédit sollicité. Peu importe que l'emprunteur ne soit pas une personne dite « avertie ». À condition de s'être enquis auprès de leur client de sa situation financière, elles peuvent se fier aux informations fournies par celui-ci. Elles n'ont pas, en principe, à se livrer à des investiga-

tions complémentaires pour vérifier si ces informations sont exactes et complètes. La plupart du temps, leur devoir traditionnel de non-immixtion le leur interdirait d'ailleurs. Cette protection ne vaut évidemment que pour autant que l'établissement de crédit ne suspecte pas une fraude ou une attitude manifestement déloyale de son client. Mais en ce cas, il ferait sans doute mieux de s'abstenir tout simplement d'accorder le crédit.

La surveillance par le banquier de l'affectation des fonds prêtés pourrait, dans certains cas, prêter à confusion. Un associé d'une société de construction-vente, caution de la société emprunteuse, reprochait à la banque d'avoir assorti les prêts consentis d'une clause en réservant la mise à disposition directement entre les mains des entrepreneurs-fournisseurs, sur présentation de situations de travaux dûment approuvées par l'emprunteur et vérifiées par la banque. À la suite de la liquidation judiciaire de l'entreprise, l'associé reprochait à la banque de s'être ainsi immiscée dans la gestion de l'emprunteur. Lorsqu'un crédit est spécialement affecté à un emploi bien déterminé, décaisser entre les mains du fournisseur est une opération courante et somme toute utile. En effet, le banquier s'assure ainsi simplement que le crédit est bien utilisé à l'emploi pour lequel il a été demandé et consenti. Les exemples foisonnent dans la pratique. C'est ainsi le cas pour les crédits acheteurs, crédits à l'exportation où l'emprunteur est l'exportateur mais où les fonds sont remis directement au fournisseur français, sur présentation de documents préfixés. C'est aussi naturellement le cas pour le crédit documentaire, de façon encore plus formalisée, où le donneur d'ordre emprunteur donne l'ordre à la banque émettrice de verser les fonds au bénéficiaire, fournisseur, sur présentation de documents. Aussi ne faut-il pas s'étonner que dans une situation de ce type, la Cour de cassation se soit refusée à y voir une immixtion caractérisée (Cass. com., 30 oct. 2007, n° 06-12.677 ⇒ 015). Elle s'attache aussi à définir ce qu'il faut entendre par « **immixtion** », à savoir un pouvoir de direction sur l'activité du client, qui ne saurait être confondu avec le pouvoir de contrôle. À l'heure où l'immixtion caractérisée est un comportement, prévu à l'article L. 650-1 du Code de commerce, auquel peuvent s'attacher de lourdes sanctions, la définition est bienvenue. Cette décision complète utilement celle déjà intervenue le 23 janvier 2007

Extraits

➔ 015 : Cass. com., 30 oct. 2007, n° 06-12.677

« ... Après avoir constaté que la banque avait effectué le paiement des entrepreneurs en vertu d'une stipulation selon laquelle ces versements interviendraient sur présentation des situations dûment approuvées par l'emprunteur et vérifiées par elle, c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé que cette disposition avait pour seul objet le contrôle de l'emploi des fonds empruntés pour le financement d'une opération immobilière et n'était pas susceptible de conférer à la banque un pouvoir de direction sur l'activité de son client ... ».

(nos commentaires, Dr. & patr. 2007, nov. 2007, n° 164, p. 69), décidant qu'il n'existe pas d'obligation générale imposée au prêteur de surveiller l'utilisation des fonds prêtés.

VI – OPÉRATIONS INTERNATIONALES

La satisfaction aura été de très courte durée. Après avoir délimité le **domaine d'application international de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 en matière de sous-traitance** en faisant dépendre celle-ci de la loi applicable au sous-traité et en refusant de lui reconnaître le caractère de loi de police (Cass. com., 19 déc. 2006, n° 04-18.888 ; Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2007, n° 04-10.897, Dr. & patr. 2007, n° 164, p. 80 et nos commentaires), la Chambre mixte prend une position troublante en affirmant que « *s'agissant de la construction d'un immeuble en France, la loi relative à la sous-traitance, en ses dispositions protectrices du sous-traitant, est une loi de police* » (Cass. ch. mixte, 30 nov. 2007, n° 06-14.006, JCP G 2008, 10000, note L. d'Avout, D. 2008, p. 5, obs. X. Delpech).

En l'espèce, il s'agissait d'un maître de l'ouvrage, société française, ayant confié à une société allemande, maître d'œuvre, la réalisation d'un immeuble industriel en France, en soumettant leur contrat au droit allemand. Cette dernière avait attribué un lot de travaux dans cet immeuble à un sous-traitant, société française, et convenu de l'application de la loi allemande à leurs relations contractuelles. Après la faillite de l'entrepreneur principal, le sous-traitant essuya un refus de paiement du maître de l'ouvrage français qui s'appuyait sur la non-application du droit français aux différentes relations contractuelles.

L'arrêt est ciselé à la façon des arrêts de principe. Il relève que ce sont « *les dispositions protectrices du sous-traitant* » qui forment la loi de police, pour les appliquer à l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage (L. n° 75-1334, 31 déc. 1975, précitée, art. 12), laissant ainsi supposer que la cession de la part de la créance du sous-traitant par l'entrepreneur principal au-delà des sommes qui lui sont dues personnellement (L. n° 75-1334, 31 déc. 1975, précitée, art. 13) devrait être désormais jugée à la même aune. Les financements internationaux par cession de créances consentis par les banques devront s'y conformer désormais.

Dès lors, la question sera de déterminer le critère qui déclenchera l'application de la loi de 1975, en sa qualité de loi de police évinçant la loi du contrat. À lire l'arrêt, cela dépend, en matière immobilière, du lieu de situation de l'immeuble. Le critère s'avère simple et traditionnel en matière immobilière et devrait dès lors profiter également à un sous-traitant étranger. Mais *quid* lorsque la prestation du sous-traitant ne concernera pas la matière immobilière, la loi sur la sous-traitance ayant un domaine d'application *ratione materiae* général ? C'est sans doute ouvrir la porte à une appréciation au cas par cas de la localisation de la prestation principale ou de celle du sous-traitant qui s'y intègre et qui conduit à une casuistique sans fin, source d'insécurité, que les précédents arrêts avaient su éviter fort opportunément en appliquant la loi d'autonomie choisie par les parties. ■