

Droit bancaire



Jean-Pierre Mattout,
*Avocat associé, Kramer Levin, Professeur associé
à l'Université de Paris II, Panthéon-Assas*

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

Octobre 2005 à juin 2006 : de grands arrêts

Le contentieux de droit bancaire continue d'apporter des solutions, nouvelles ou en forme de premières, à des questions que la pratique avait identifiées mais qui n'avaient guère eu l'occasion d'affleurer devant les tribunaux ou d'y trouver d'emblée la réponse la plus adaptée. La période couverte en est particulièrement riche.

Ainsi, la transmission du cautionnement en cas de fusion de la banque bénéficiaire connaît enfin une évolution, même si les commentateurs se divisent sur sa portée. La cession à titre de garantie voit son régime précisé, ouvrant la voie à une généralisation dont on ne voit guère qu'elle ait besoin d'un texte spécial pour prospérer, tant il est devenu banal d'utiliser la propriété et son transfert pour donner garantie.

Mais c'est sans doute dans le domaine des opérations internationales que la moisson se révèle particulièrement riche et heureuse. Deux arrêts de la Chambre commerciale tranchent pour la première fois en droit français les conséquences de la fraude dans le crédit documentaire réalisable par acceptation et la question de la marge de manœuvre de la banque émettrice face à un donneur d'ordre qui veut la contraindre à accepter des documents non conformes sans les payer immédiatement.

Sommaire

I - RÈGLES PROFESSIONNELLES 75	IV - CRÉDITS	D - Responsabilité du banquier dispensateur de crédit 83
Rapport d'Olivier Pastre, réalisé sous l'égide du Comité consultatif de secteur financier	A - Généralités 79	Cass. com., 3 mai 2006 (3 arrêts) (devoirs envers les profanes)
Rapport de Jacques Delmas-Marsalet relatif à la commercialisation des produits financiers	Article D 313-14-1 du Code monétaire et financier (préavis de dénonciation des concours à durée indéterminée)	V - SERVICES BANCAIRES 84
Cass. com., 6 déc. 2005 (le Fonds de garantie des dépôts à la manœuvre)	CEDH, 14 févr. 2006 (loi de validation et respect des biens)	CA Paris, 30 sept. 2005, Crédit Lyonnais c/ B. Tapie (le « mandat de vente d'entreprise » est-il bien un mandat ?)
II - DEVOIRS PROFESSIONNELS 76	Cass. 1re civ., 7 mars 2006 (le contrat de prêt consenti par un non-professionnel reste un contrat réel)	VI - OPÉRATIONS INTERNATIONALES 84
Cass. com., 11 oct. 2005 (le contrat de coffre-fort n'est pas un contrat de louage)	B - Garanties des crédits 80	Cass. com., 28 mars 2006 (le contrat de change à terme est, sauf stipulation contraire, conclu à terme ferme)
III - COMPTES ET INSTRUMENTS DE PAIEMENT 77	Cass. com., 22 nov. 2005 (cession de créances à titre de garantie)	Cass. com., 11 oct. 2005 (fraude dans le crédit documentaire réalisable par acceptation)
Cass. com., 27 sept. 2005 (insaisissabilité des créances cambiales)	Cass. com., 8 nov. 2005 (survie des cautionnements consentis à une banque absorbée dans le cadre d'une fusion)	Cass. com., 25 avr. 2006 (fraude documentaire découverte par le donneur d'ordre)
Cass. com., 31 janv. 2006 (droit du bénéficiaire d'un chèque en présence d'une procédure collective)	C - Rémunération du prêteur 82	Cass. com., 28 mars 2006 (la lettre de crédit stand-by obéit aux principes de séparation des documents et du contrat de base)
Cass. com., 14 mars 2006 (obligation d'information du banquier avant de rejeter un chèque non provisionné)	Cass. 1re civ., 27 sept. 2005 (le TEG n'inclut pas l'indemnité de remboursement anticipé)	Cass. com., 20 juin 2006 (refus par la banque de documents non conformes)
Cass. com., 28 févr. 2006 (ordre de virement précipité)	Cass. com., 17 janv. 2006 et Cass. com., 14 févr. 2006 (TEG, sanction du décompte de l'année bancaire pour 360 jours)	

I - RÈGLES PROFESSIONNELLES

Le rapport Pastré. - Qu'il soit permis dans une chronique de droit bancaire de commencer en citant un rapport réalisé sous l'égide du Comité consultatif du secteur financier et piloté par le professeur Olivier Pastré, spécialiste d'économie bancaire, qui s'intitule « *Les enjeux économiques et sociaux de l'industrie bancaire* » (**Rapp. Pastré, mai 2006**, consultable sur le site www.minefi.gouv.fr/directions_services/dgtpe/secteur_financier/enjeux_economiques_banques_06.pdf). Le droit bancaire ne peut que s'enrichir de cette fréquentation.

Le rapport analyse, dans sa première partie, la situation présente du secteur bancaire. La France est toujours une grande puissance bancaire ; elle classe trois de ses établissements dans les vingt-cinq premiers mondiaux (en taille de bilan, en fonds propres durs, en capitalisation boursière) et détient la première place dans certains métiers comme les dérivés actions. Le secteur bancaire est le premier employeur privé du pays (2,5 % de la population active), avec des salariés au niveau de qualification élevé (30 % des embauches à Bac + 4 et au dessus), qui a su grandement améliorer sa productivité ces dernières années (les budgets technologiques représentent 15 % de leurs frais généraux depuis dix années), tout en jouant un rôle moteur dans le financement de l'économie.

La banque traditionnelle n'existe plus. L'activité bancaire s'exerce désormais au travers de métiers de plus en plus différenciés : la banque de détail, la banque d'entreprise ou banque de financement et d'investissement, la banque privée, l'activité sur marchés financiers, la banque d'affaires et de capital risque, la gestion d'actifs... ce qui pose la question de la différenciation des règles et des contrôles applicables. La plupart de ses activités sont très exposées à la concurrence internationale, avec un marché européen en pleine recomposition où les Espagnols et les Britanniques ont pris quelques longueurs d'avance. La sécurité du système bancaire est globalement bonne en France avec des établissements solides financièrement.

Dans la seconde partie le rapport aborde les défis à relever dans les dix prochaines années. C'est dans une concurrence encore accrue et souvent exercée à l'échelle mondiale, pour la plupart de ses métiers, que la banque française évoluera. À cet égard, le rapport pose le problème de la rentabilité des banques et, partant, de la rémunération des services et du cadre juridique de celle-ci (chèques, épargne réglementée). L'environnement réglementaire de la banque reste très évolutif avec les nouvelles normes comptables (IFRS), prudentielles (Bâle II), induisant une approche plus tournée vers les marchés et une maîtrise accrue des risques qui pourraient modifier les habitudes opérationnelles. La plus grande maîtrise des risques ne doit pas masquer le besoin

d'amélioration des systèmes d'information qui doit accompagner l'hétérogénéité croissante des métiers bancaires et l'apparition de nouveaux risques, notamment ceux liés à la criminalité informatique ou encore à la croissance exponentielle des dérivés. L'Europe des moyens de paiements est désignée comme un facteur d'incertitude pour les banques françaises, pourtant bien placées grâce à l'interbancaire et au niveau élevé de sécurité actuel. En effet, les évolutions technologiques et la place revendiquée par les opérateurs de téléphonie dans les modes de paiement nouveaux va probablement redistribuer les cartes.

Le rapport appelle aussi les banques à multiplier leurs efforts pour rehausser leur image de marque auprès des consommateurs en améliorant leur transparence, notamment en matière de tarification et de participation à la lutte contre l'exclusion.

Enfin il conclut sur quatre incertitudes :

- l'endettement des ménages, encore assez bas en France comparativement à d'autres pays développés, s'accompagne d'une montée du surendettement. Le glissement vers des pratiques plus proches des marchés pose la question du développement des taux variables dans un pays où la clientèle est habituée à emprunter souvent à taux fixe ;
 - le devenir de l'épargne réglementée qui soulève des problèmes de concurrence mais également de préservation des missions d'intérêt général qui y sont aujourd'hui attachées ;
 - l'internationalisation de la production bancaire ou des délocalisations d'emplois dans la banque. Encore très faible pour le secteur bancaire français, la question risque de se poser sous la pression concurrentielle et la multiplication des expériences faites par d'autres secteurs bancaires étrangers ;
 - l'harmonisation réglementaire européenne, forte en matière de cadre d'exercice de la profession, mais faible en termes de produits bancaires, encore très différents d'un pays à l'autre, ce qui ralentit la naissance de géants bancaires européens, notamment dans la banque de détail.
- Un rapport passionnant !

Le rapport Delmas-Marsalet. - Voici un autre rapport particulièrement riche et intéressant sur la commercialisation des produits financiers dont nous n'évoquerons ici que l'un des aspects, celui relatif à l'obligation de conseil, mais dont l'ensemble du droit bancaire peut bénéficier (**Rapp. J. Delmas-Marsalet, nov. 2005**, « *relatif à la commercialisation des produits financiers* », Rev. AMF 2005, n° 19, p. 1 et s.).

Mutatis mutandis, nombre de préconisations relatives à la vente de masse de ces produits financiers peuvent utilement inspirer le commerce de banque pour la distribution de ses différents services à la clientèle non professionnelle. Par exemple :

- présumer en général que les ventes sont des « ventes-conseillées », par opposition aux ventes réalisées en réponse à un ordre exprès et précis reçu du client ;
- bien connaître son client, ses objectifs, ses compétences, son horizon, son degré d'acceptation du risque ;
- bien présenter au client les différentes alternatives possibles avec leurs avantages et leurs inconvénients respectifs en veillant à respecter l'impartialité et l'objectivité du conseil.

Enfin, bien garder trace de la prestation de conseil.

Gageons que ces idées simples finiront par s'imposer et permettront de dépasser les querelles byzantines sur l'obligation d'information, de conseil ou de mise en garde...

Le Fonds de garantie des dépôts à la manoeuvre.

- C'est en 1996 que la Commission bancaire avait procédé à une inspection du Crédit Martiniquais et avait constaté une situation financière qu'elle devait qualifier de « totalement obérée », du fait d'un manque de provisionnement des crédits compromis. Le président de la Commission proposa au Fonds de garantie des dépôts, qui venait d'être créé par la loi du 25 juin 1999 (L. n° 99-532, 25 juin 1999, JO 29 juin 1999, devenu C. mon. fin., art. L. 312-4 et s.), d'intervenir à titre préventif ; ceci le conduisit à verser, début 2000, une somme supérieure à 1,6 milliard de francs, et peu après, en mai 2000, à initier une action en responsabilité à l'encontre des anciens dirigeants de la banque qu'il tenait pour responsables de la situation de la banque. La cour d'appel avait considéré que la création du Fonds étant postérieure aux faits reprochés et la nature de son intervention créant une action nouvelle contre les dirigeants, modifiant substantiellement leur situation, le principe de non-rétroactivité des lois s'opposait à la recevabilité de l'action intentée par le Fonds (CA Paris, 13 déc. 2002, D. 2003, AJ, p. 203).

La Cour de cassation devait casser (Cass. com., 6 déc. 2005, n° 03-11.858 ➔ 001, Procédures, D. 2006, p. 136, obs. V. Avena-Robardet, JCP G 2006, II, n° 1050, p. 57). La Cour opte ainsi pour une lecture dynamique du texte qui, il est vrai, était muet sur son application dans le temps, levant le doute sur le point de savoir si celui-ci ne pouvait initier d'action que pour des situations nouvelles, apparues après sa création en 1999. Le législateur avait d'ailleurs précédé la Cour en adoptant une disposition figurant à l'article 86 de la loi du 1er août 2003 (L. n° 2003-706, 1er août 2003, Loi de sécurité financière, JO 2 août 2003), rendant l'action recevable pour des faits antérieurs, mais dont il n'avait osé affirmer le caractère interprétatif par crainte d'être censuré par le Conseil constitutionnel ou la Cour européenne des droits de l'homme. Tant et si bien que la Cour de cassation s'est prononcée sur la base du texte avant cette modification législative.

Il faut souligner qu'il y a une certaine logique à cette décision dans la mesure où, si le Fonds avait bien vocation à intervenir pour garantir des situations antérieures à sa création, il y a du bon sens et du parallélisme à admettre qu'il pouvait également, pour ces mêmes situations, exercer les actions nécessaires « aux fins d'obtenir le

remboursement de tout ou partie des sommes versées par lui », comme le prévoit l'article L. 312-6 du Code monétaire et financier. Cette recevabilité ne préjuge en rien de la solution au fond qui sera retenue par la cour de renvoi de Versailles, qui devra notamment apprécier si cette action n'est pas par ailleurs prescrite.

II - DEVOIRS PROFESSIONNELS

Le contrat de coffre-fort n'est pas un contrat de louage. - Un client fut privé temporairement de la perception des intérêts produits par un bon au porteur qui nécessitait sa présentation physique pour en obtenir le paiement. Cette présentation fut empêchée par le fait que les bons se trouvaient dans un compartiment de coffre-fort de la banque, qui fut elle-même victime d'un incendie qui, sans détruire la salle des coffres, en interdit l'accès pendant les travaux de réparation. Le porteur demanda alors dédommagement à la banque qui tenta de se protéger derrière l'article 1722 du Code civil énonçant : « si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit ; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, selon les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a lieu à aucun dédommagement ».

La Cour de cassation refusa de qualifier le contrat de coffre-fort de contrat de louage (Cass. com., 11 oct. 2005, n° 03-10.975 ➔ 002, D. 2005, p. 2869, Banque et droit 2006, n° 105, p. 62, obs. Th. Bonneau). La Cour poursuit ainsi une jurisprudence établie (Cass. 1re civ., 2 juin 1993, n° 91-10.971, 91-12.013, 91-10.429 et 90-21.982, Bull. civ. I., n° 197) fondée sur le caractère essentiel de l'obligation de surveillance des locaux qui s'attache au contrat de coffre-fort et sur la particularité du fait que le client ne peut y accéder sans « la deuxième clé » détenue par la banque et seulement pendant les heures d'ouverture de ses bureaux. Dans la circonstance,

Extraits

➔ 001 : Cass. com., 6 déc. 2005, n° 03-11.858

« ... Il résulte des termes de la loi n° 99-532 du 25 juin 1999, que le législateur a entendu conférer au Fonds de garantie des dépôts le pouvoir d'exercer à l'encontre des dirigeants des établissements de crédit à l'origine de la situation ayant rendu nécessaire son intervention, fût-ce à titre préventif, toutes les actions en responsabilité déjà existantes, de sorte que l'action engagée ne se heurtait pas au principe de non-rétroactivité des lois ... ».

➔ 002 : Cass. com., 11 oct. 2005, n° 03-10.975

« ... L'article 1722 du Code civil n'est pas applicable au contrat par lequel la banque loue à un client un compartiment ou un coffre dont elle assume la surveillance et auquel le client ne peut accéder qu'avec le concours du banquier ... ».

le caractère de force majeure de l'incendie ne fut pas davantage retenu, ce qui peut surprendre compte tenu du fait qu'un arrêté de péril avait été pris par le préfet, interdisant l'accès aux locaux.

III - COMPTES ET INSTRUMENTS DE PAIEMENT

Insaisissabilité des créances cambiales. - La sécurité des effets de commerce ne s'accommode pas des mesures par lesquelles des tiers ou un débiteur cambial chercheraient à empêcher leur paiement entre les mains des porteurs. Les cas dans lesquels il doit néanmoins être permis de s'y opposer sont, pour cette raison, restreints par la loi aux hypothèses exceptionnelles de la perte du titre ou de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du porteur (C. com., art. L. 511-31 et L. 512-3). Partant, une procédure ordinaire de saisie n'est *a priori* pas admissible contre un effet de commerce. Les spécialistes des voies d'exécution sont unanimes pour en déduire « que les lettres de change et les billets à ordre sont insaisissables » en insistant sur le fait qu'il s'agit de « sauvegarder la libre circulation des titres cambiaux qui doivent offrir à ceux qui les détiennent la même sécurité que du papier monnaie » (R. Perrot et Ph. Théry, Les procédures civiles d'exécution, Dalloz, 2000, n° 216, et dans le même sens, M. Donnier, Les voies d'exécution et les procédures de distribution, Litec, 5e éd., 1999, n° 247).

La solution n'a, en vérité, jamais prêté à discussion pour les lettres de change. Elle est d'ailleurs confortée, les concernant, par le mécanisme du transfert automatique de la provision au profit des porteurs successifs que l'acceptation de la traite ou son échéance viennent consacrer. Sortant du patrimoine du tireur, la créance sur laquelle repose le tirage échappe de même que la créance cambiale à toute emprise des créanciers du tireur (Cass. com., 29 nov. 1982, n° 81-14.005, Bull. civ. IV, n° 374, D. 1983, somm., p. 246, obs. M. Cabrillac).

La Cour de cassation n'a pas hésité à réserver le même sort aux billets à ordre (Cass. com., 15 juin 1993, n° 91-14.201, Bull. civ. IV, n° 245, D. 1994, somm., p. 181, obs. M. Cabrillac) malgré leur structure différente. Souscrits directement par le débiteur final, ceux-ci ne s'appuient pas sur un rapport de provision, qui serait transmis aux porteurs successifs, mais sur une dette dite de « valeur fournie » dont le bénéficiaire d'origine de l'effet reste, sauf convention contraire, créancier. Cette particularité ne suffit cependant pas à permettre à ses propres créanciers de saisir la créance résultant du billet à ordre qui, du fait de son incorporation dans le titre, s'abstrait de la relation dont elle est issue. Admettre sa saisie dans les mêmes conditions que l'était la créance sous-jacente ruinerait la sécurité des porteurs ultérieurs du titre.

Dans un arrêt du 27 septembre 2005, la Chambre commerciale rappelle l'insaisissabilité par nature des créances cambiales constatées par un billet à ordre (Cass. com., 27 sept. 2005, n° 02-16.902 ➔ 003, Bull. civ. IV, n° 182, RJDA 2005,

n° 1386, RD bancaire et fin. 2005, p. 23, obs. S. Piedelièvre, Banque et droit 2006, n° 105, p. 57, obs. Th. Bonneau, RTD com. 2006, p. 166, obs. D. Legeais). Elle y apporte, en outre, la précision utile que le bénéficiaire de l'effet n'est pas le seul à pouvoir s'en prévaloir. Le souscripteur du titre peut y avoir également intérêt et ne se trouve pas empêché de s'opposer à la saisie pratiquée entre ses mains alors même que le bénéficiaire du billet, en sa qualité de débiteur saisi, n'a pas souhaité élever la moindre contestation. L'article 45 de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des voies d'exécution (L. n° 91-650, 9 juill. 1991, JO 14 juill. 1991), que la Cour a pris soin de viser expressément, ne réserve d'ailleurs aucunement les actions en nullité de saisies aux débiteurs saisis (Cass. 2e civ., 5 juill. 2000, n° 98-17.707, RJDA 2000, n° 1166). Risquant un double paiement, le souscripteur du billet à ordre a manifestement intérêt à soulever l'incompatibilité de l'initiative du créancier saisissant avec la nature de son engagement.

Droit du bénéficiaire d'un chèque en présence d'une procédure collective.

- Le fait pour le bénéficiaire d'un chèque de ne pas le remettre le plus rapidement à son banquier afin que celui-ci puisse l'encaisser peut lui jouer un mauvais tour. Le danger apparaît spécialement lorsque l'émetteur est soumis, peu de temps après avoir établi le chèque, à une procédure collective. Le sort du bénéficiaire dépendra, en effet, en pareille circonstance, de la preuve de l'antériorité de son droit sur la provision du chèque à la prise d'effet de cette procédure - à supposer bien entendu que le compte du tireur contienne les fonds nécessaires à sa couverture. Or, d'une part, celle-ci rétroagit à la première heure du jour du prononcé du jugement d'ouverture (D. n° 2005-1677, 28 déc. 2005, art. 55, al. 2, JO 29 déc. 2005). D'autre part, le transfert de la provision n'intervient qu'à l'émission - c'est-à-dire au moment où le tireur se dessaisit du titre au profit du bénéficiaire - et non dès la création du chèque. En pratique, il est peu fréquent que les bénéficiaires s'aménagent une preuve spécifique du moment exact auquel ils ont reçu leur chèque. Ils risquent de ce fait de devoir se contenter de se référer à la date à laquelle ils l'ont déposé, en vue de son encaissement, entre les mains de leur banquier.

Pour peu que ce soit le jour où le tireur est placé sous l'empire d'une procédure collective et le bénéficiaire du chèque se trouve privé de l'avantage que lui conférerait le transfert de la provision, dont il n'aura pas su démontrer qu'il l'avait acquise au moins la veille de cette procédure.

Extraits

➔ 003 : Cass. com., 27 sept. 2005, n° 02-16.902

« ... Le tiers saisi, souscripteur d'un billet à ordre, dispose d'un intérêt à agir pour s'opposer au paiement d'une créance cambiale par nature insaisissable et dont il pourrait avoir à répondre ... ».

C'est précisément cette situation qu'a eu à connaître la Cour de cassation dans une affaire à l'origine d'un arrêt de la Chambre commerciale du 31 janvier 2006 (Cass. com., 31 janv. 2006, n° 04-15.315 ► 004, RJDA 2006, n° 573, D. 2006, p. 573, RD bancaire et fin. 2006, p. 13, obs. F. Crédot et T. Samin). Une société bénéficiaire de deux chèques, créés le 24 avril 2001, les avait remis pour encaissement à sa banque le 27 avril. Le tireur ayant été déclaré en liquidation le même jour, la cour d'appel lui a refusé le droit d'être payé de ces chèques en dépit de l'approvisionnement suffisant du compte du tireur. N'étant pas en mesure de prouver que ce dernier lui avait laissé les chèques avant cette date, le bénéficiaire espérait pouvoir compter sur la présomption qu'un chèque est émis, à défaut d'autres indications, le jour de sa création, comme l'enseigne habituellement la doctrine.

Mais la Cour de cassation lui refuse le bénéfice d'une telle présomption et retient que la cour d'appel était en droit, dans le cadre de son pouvoir souverain d'appréciation, d'estimer que la remise des chèques n'avait pas eu lieu avant leur remise à l'encaissement. Elle ne fait par là que confirmer une position qu'elle avait déjà exprimée il y a une dizaine d'années mais sans doute de manière trop discrète, son arrêt n'ayant pas été publié au bulletin (Cass. com., 17 oct. 1995, n° 93-14.707, RJDA 1996, n° 92). La solution ne pourra dorénavant plus être ignorée.

La tentation à laquelle pourrait succomber un débiteur en cessation des paiements d'antidater des chèques pour privilégier certains de ces créanciers se trouve ainsi balayée. L'option suivie par la Cour de cassation est cohérente avec la règle gouvernant le sort des chèques tirés sur un compte frappé d'une saisie et dont le montant ne vient en déduction de l'assiette de la saisie qu'à condition qu'ils aient été remis à l'encaissement avant la saisie (L. n° 91-650, 9 juill. 1991, art. 47), même si du fait de sa combinaison avec la rétroactivité à l'heure zéro des jugements d'ouverture des procédures collectives, elle peut conduire à priver injustement le bénéficiaire d'un chèque de son droit à la provision.

Obligation d'information du banquier avant de rejeter un chèque non provisionné. - Avant de rejeter un chèque pour défaut de provision, le banquier tiré doit prévenir son client, « par tout moyen approprié » qu'il a mis à sa disposition, « des conséquences du défaut de provision » (C. mon. fin., art. L. 131-73). La délivrance, indépendamment de tout incident, d'une information générale sur les conséquences du défaut de provision des chèques qu'il pourrait émettre ne satisfait pas à cette exigence si la banque ne prend pas soin, au surplus, d'adresser un avertissement précis et ciblé à son client à chaque émission d'un chèque non couvert (Cass. com., 31 mai 2005 n° 03-15.659 ► 005, Bull. civ. IV, n° 119, RJDA 2005, n° 1145, D. 2005, p. 1693, obs. X. Delpéch, JCP E 2005, n° 1260, p. 1412, note I. Krimmer, RTD com. 2005, p. 813, obs. M. Cabrillac, RD bancaire et fin. 2005, n° 121, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard, Banque et droit 2005, p. 68, obs. Th. Bonneau). Peu importe, ajoute la Cour de cassation, par un arrêt du 14 mars 2006 (Cass. com., 14 mars 2006, n° 04-16.946, JCP G

2006, II, n° 1831, p. 763, D. 2006, p. 979, obs. V. Avena-Robardet), que le tireur ait été conscient d'émettre un chèque sans provision. Même si la Cour n'en a pas fait un élément de sa solution, il faut préciser que le tireur avait, en l'espèce, demandé à sa banque de lui accorder un découvert ponctuel et, à défaut, de prélever les sommes nécessaires au paiement du chèque sur un compte d'épargne qu'il détenait auprès d'elle. Or la banque n'avait réagi à aucune de ces deux voies à temps puisqu'elle s'était contentée d'effectuer le virement sollicité après avoir signifié l'interdiction bancaire à son client.

Virement. - Les clients se plaignent régulièrement que leurs banquiers exécutent tardivement leurs ordres de virement, mais rarement qu'ils y aient donné suite de manière précipitée.

Le cas de figure s'est présenté pour une banque lyonnaise qui avait été approchée par un médecin afin de financer son entrée dans une association de médecins. Pressé de réaliser son projet avant la fin d'une année civile, le médecin qui s'était contenté de solliciter le crédit moins de quinze jours avant cette échéance, avait signé un ordre de virement en blanc pour permettre à la banque d'opérer le transfert dès que celle-ci lui accorderait son concours. Sans attendre la conclusion définitive du prêt, alors que le compte de son nouveau client devait rester pratiquement vide et probablement au vu de l'insistance de ce dernier, la banque avait accepté

Extraits

► 004 : Cass. com., 31 janv. 2006, n° 04-15.315

« ... Mais attendu, d'une part, qu'après avoir énoncé à bon droit que la date d'émission d'un chèque ne peut être présumée être celle de sa création, c'est sans inverser la charge de la preuve que la cour d'appel a retenu que le bénéficiaire ne versait aucune pièce, telle des factures acquittées, susceptible d'établir que le tireur s'était dessaisi à son profit des chèques litigieux avant le 27 avril 2001, jour du prononcé du jugement d'ouverture de la procédure collective du tireur : (...) Et attendu, d'autre part, que la date d'émission d'un chèque étant un fait qui peut être établi par tout moyen, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel, procédant à la recherche prétendument omise, a fixé cette date, en l'absence de tout autre élément, à celle de la remise des chèques litigieux à l'encaissement ... ».

► 005 : Cass. com., 31 mai 2005 n° 03-15.659

« ... Attendu qu'en statuant ainsi, alors que dans cette lettre du 10 mai 2002, La Poste s'était bornée à délivrer à son client, indépendamment de tout incident, une information générale sur les conséquences du défaut de provision des chèques qu'il pourrait émettre mais ne lui avait adressé, avant le rejet des trois chèques litigieux intervenu les 10 et 14 mai 2002, aucun avertissement précis à leur sujet, ce dont il résultait que le tiré n'avait pas satisfait à ses obligations d'information, le tribunal a violé le texte susvisé ... ».

d'exécuter l'ordre de virement le lendemain de l'ouverture du compte. Quelques jours plus tard, son client renonça au projet et à sa demande de crédit. La banque lui demanda naturellement le remboursement immédiat du découvert ponctuel qu'elle lui avait consenti.

Afin d'y échapper, le médecin n'hésita pas à contester la validité de l'ordre de paiement au motif qu'il avait signé un formulaire sans le remplir et à reprocher, par ailleurs, à la banque de lui avoir avancé le montant du virement sans que le prêt nécessaire ait été conclu.

Ces prétentions sont rejetées à juste titre en première instance comme en appel. La Cour de cassation se rallie à cette solution, par un arrêt de la chambre commerciale du 28 février 2006 (**Cass. com., 28 févr. 2006, n° 04-17.204**, JCP E 2006, n° 1562, p. 666, D. 2006, p. 854, D. 2006, p. 854), en insistant « *qu'un écrit, même s'il comporte à l'origine un blanc seing, fait foi des conventions qu'il contient, comme si elles y avaient été inscrites avant la signature, sauf preuve contraire administrée par la partie qui allègue l'abus* ». La solution n'est pas nouvelle (Cass. com., 1er déc. 1981, n° 79-16.627, Bull. civ. IV, n° 422; Cass. 1re civ., 9 nov. 1977, n° 76-13.765, Bull. civ. I, n° 409) et s'impose avec d'autant plus de vigueur en présence d'un ordre de virement que celui-ci échappe à toute exigence de forme, même lorsqu'il émane d'un non-commerçant (A. Prüm, P. Leclercq et R. Mourier, Relations entreprises/banques, Lefebvre, 2003, n° 5125). En l'espèce, le médecin qui avait signé l'ordre de virement n'établissait pas que les mentions de cet ordre avaient été portées hors de sa présence et sans son consentement.

Quant à l'octroi de la facilité de caisse qui a permis l'exécution du virement, la Cour rappelle au client qu'il l'avait sollicitée lui-même et était donc mal venu à s'en plaindre par la suite.

À s'être montré trop pressé, le médecin en cause a dû subir les risques de son initiative insuffisamment préparée.

IV - CRÉDITS

A - Généralités

Le préavis de dénonciation des concours à durée indéterminée. - L'esprit de géométrie l'a emporté sur l'esprit de finesse et voilà le préavis applicable pour la dénonciation des crédits à durée indéterminée désormais unifié à soixante jours minimum par **l'article D. 313-14-1 du Code monétaire et financier**. La nature des crédits et leur particularité n'ont pas été prises en compte au bénéfice d'un modèle uniforme de protection de l'emprunteur. Reste cependant la possibilité pour le prêteur, pour certaines formes de crédit, de refuser telle ou telle opération en sélectionnant les risques, sans pour autant porter atteinte au maintien du crédit lui-même : escompte de créances, ouvertures de crédits documentaires...

Loi de validation et respect des biens. - On se souvient de la loi du 12 avril 1996 (L. n° 96-314, 12 avr. 1996,

JO 13 avr. 1996) qui a régularisé rétroactivement les contrats de crédit immobilier pour lesquels les emprunteurs n'avaient pas reçu un échéancier de remboursement faisant la distinction entre la part de principal et la part d'intérêts incluse dans chaque amortissement périodique. La loi mettait ainsi, du moins le croyait-elle, un terme à un débat susceptible d'être très coûteux pour l'ensemble des banques.

Certains plaideurs soulevèrent la contrariété de cette mesure législative de validation avec l'article 1er du Protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'homme. Après des échecs répétés devant la Cour de cassation (Cass. 1re civ., 13 nov. 2002, n° 00-11.415, Bull. civ. I, n° 268; Cass. 1re civ., 29 avr. 2003, n° 00-20.062; X. Pretot, La Cour de cassation et les lois de validation, note sous Cass. 1er civ., 9 juill. 2003, nos 99-15.213 et 99-15.369, JCP G 2004, II, n° 10016, p. 196), ils devaient obtenir satisfaction puisque la CEDH a jugé que cette loi de validation méconnaissait le droit au respect des biens en validant, pour le passé, les offres irrégulières des banques en matière de crédit immobilier. La loi du 12 avril 1996 avait en effet rendu ingagnables les procès en cours diligentés par nombre d'emprunteurs. Fut ainsi trahie, selon la CEDH, l'espérance légitime des plaideurs dans leur cause (**CEDH, 14 févr. 2006, n° 67847/01, Lecarpentier et autres c/ France**, LPA 2006, n° 88, p. 12, note E. Garaud, disponible sur <http://cmiskp.echr.coe.int>).

Le raisonnement est mené en deux temps : tout d'abord, la CEDH qualifie de « bien » la chance sérieuse de remporter un procès, par définition aléatoire et soumis, en l'espèce, à l'appréciation du juge tant sur le principe que sur le *quantum* de l'indemnisation. Ensuite, elle dénie à la loi de validation d'avoir poursuivi un but d'intérêt général dans la mesure où « *si les bénéficiaires des établissements concernés auraient pu souffrir de l'absence de la loi, il n'est pas établi que leur survie et, a fortiori, l'équilibre général de l'économie nationale auraient été menacés* ». Le critère paraît très exigeant.

Même si la décision n'aura pas de grand effet pratique sur ces crédits immobiliers imparfaits, elle est de nature, pour le futur, à faire hésiter le législateur français à adopter des lois de validation !

Le contrat de prêt consenti par un non-professionnel reste un contrat réel. - On se souvient du revirement jurisprudentiel à la suite duquel la Cour de cassation refusa la qualification traditionnelle de contrat réel, se formant par la remise de la chose, au contrat de prêt conclu par un établissement de crédit (Cass. 1re civ., 28 mars 2000, n° 97-21.422, Bull. civ. I, n° 105, JCP G 2000, II, n° 10296, p. 753, JCP E 2000, II, p. 898, concl. J. Sainte-Rose, RTD com. 2000, p. 991, obs. M. Cabrillac; Cass. 1re civ., 27 nov. 2001, n° 99-10.633, JCP G 2002, II, n° 10050, note S. Piedellèvre). L'enjeu pratique de la qualification consiste à donner force et effet aux promesses de prêt sur lesquelles un accord était intervenu et qui, à demeurer des contrats réels, n'avaient pas d'existence juridique.

La Cour de cassation rappelle ici que lorsque le prêt n'est pas consenti par un professionnel, il reste un contrat

réel qui ne se forme que par la remise des fonds (Cass. 1^{re} civ., 7 mars 2006, n° 02-20.374, BRDA 2006, n° 8, p. 8). Elle en déduit que la production d'une reconnaissance de dette ne suffit pas à démontrer la remise de fonds, pas plus que la remise d'un chèque par le prêteur à l'emprunteur.

B - Garanties des crédits

Cession de créances à titre de garantie. - En attendant que le législateur daigne consacrer, de manière générale, la fiducie-sûreté (v. not. A. Prüm, Une fiducie pour les banques ?, RD bancaire et fin. 2004, p. 3), la Cour de cassation s'applique à en définir, par touches successives, le régime. Un arrêt de la Chambre commerciale, en date du 22 novembre 2005, traitant d'une cession de créance par la voie d'un bordereau Dailly, constitue une pierre importante dans cet édifice (Cass. com., 22 nov. 2005, n° 03-15.669 ► 006, Bull. civ. IV, n° 230, D. 2005, p. 3081, obs. X. Delpech, JCP G 2006, I, n° 139, p. 953, obs. M. Cabrillac et P. Petel, RTD com. 2006, p. 169, obs. D. Legeais, RJDA 2006, n° 325).

Les faits à l'origine de la décision reflètent un usage répandu des bordereaux de cession de créances professionnelles. Une entreprise de construction convint avec son banquier, en exécution d'une convention cadre, de lui céder par cette technique l'ensemble des créances qu'elle détenait sur l'un de ses clients institutionnels en garantie de toutes sommes qu'elle pouvait lui devoir notamment au titre de crédits par signature. L'entreprise de construction ayant été par la suite mise en redressement judiciaire, son administrateur judiciaire réclama à la banque la restitution des sommes qu'elle avait pu encaisser sur le débiteur cédé postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective.

À l'appui de cette prétention, il faisait valoir, tout d'abord, que l'ouverture de la procédure collective à l'égard du cédant paralysait les droits de la banque sur les créances nées de la poursuite d'un contrat à exécution successive. L'argument était voué à l'échec depuis que la Cour de cassation a décidé « qu'il résultait des articles L. 313-23, L. 313-24 et L. 313-27 du Code monétaire et financier que, même si son exigibilité n'était pas encore déterminée, la créance (pouvait) être cédée et que, sortie du patrimoine du cédant, son paiement n'était pas affecté par l'ouverture de la procédure collective de ce dernier postérieurement à cette date. » (Cass. com., 7 déc. 2004, n° 02-20.732, Bull. civ. IV, n° 213). Certes, cette solution n'avait pas été dégagée à propos d'un contrat à exécution successive, mais à exécution différée. On voit difficilement cependant comment la Cour de cassation, après le revirement de jurisprudence opéré par l'arrêt du 7 décembre 2004, aurait pu maintenir une distinction entre ces deux types de situations (RD bancaire et fin. 2005, p. 23, obs. F.-X. Lucas). Même s'il n'innove guère sur ce terrain, l'arrêt du 22 novembre 2005 présente l'intérêt d'écarter à l'avenir toute discussion ; les créances issues d'un contrat à exécution successive échappent à l'emprise de la procédure collective du cédant dès lors qu'elles se rattachent à un contrat antérieur. Il a l'avan-

tage également d'affirmer cette solution en se référant expressément à une cession effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix.

Son principal apport doit toutefois être recherché dans une sorte d'*obiter dictum* par lequel la Cour précise que la cession à titre de garantie « implique la restitution du droit cédé au cas où la créance garantie viendrait à être payée » en n'opérant « qu'un transfert provisoire de la titularité de ce droit, l'éventualité de la restitution de la créance au cédant rest(ant) subordonnée à l'épuisement de l'objet de la garantie consentie ». Ce trait distinctif de la cession qualifie pleinement la cession fiduciaire à des fins de sûreté. Il justifie, en même temps, le droit de la banque cessionnaire de conserver les sommes perçues en exécution de la cession tant que le cédant ne l'a pas tenu indemne de toutes les sommes qu'il lui doit ou peut simplement lui devoir en vertu d'engagements de garantie souscrits à son profit, comme c'était le cas en l'espèce.

Survie des cautionnements consentis à une banque absorbée dans le cadre d'une fusion. - Depuis près de vingt ans la Cour de cassation estimait qu'une banque absorbant une autre banque, à l'occasion d'une fusion, perdait automatiquement le bénéfice des cautionnements antérieurement consentis à la dernière pour toutes les créances qui, bien que faisant partie du champ de la garantie, n'étaient nées qu'après la fusion (Cass. com., 20 janv. 1987, n° 85-14.035, Bull. civ. IV, n° 20, JCP G 1987, II, n° 20844,

Extraits

► 006 : Cass. com., 22 nov. 2005, n° 03-15.695

« ... Mais attendu, en premier lieu, que, même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix, la cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée, qu'elle prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau et que, étant sortie du patrimoine du cédant, son paiement n'est pas affecté par l'ouverture de la procédure collective de celui-ci postérieurement à cette date.

(...) Et attendu, en second lieu, que si la cession de créance faite à titre de garantie, qui implique la restitution du droit cédé au cas où la créance garantie viendrait à être payée, n'opère qu'un transfert provisoire de la titularité de ce droit, l'éventualité de la restitution de la créance au cédant reste subordonnée à l'épuisement de l'objet de la garantie consentie ; qu'ayant constaté qu'en l'espèce la cession litigieuse avait été souscrite par la société Entreprise Jean Nallet en faveur de la BTP pour garantir à celle-ci le remboursement de toutes sommes que l'entreprise pourrait lui devoir à quelque titre que ce soit, notamment en exécution de tous crédits par signature, et la BTP ayant indiqué sans être contredite qu'elle restait tenue, du chef de sa cliente, d'un encours de caution dont la mainlevée ne lui avait pas été transmise, la cour d'appel, qui n'a pas violé le texte cité au moyen, a, au contraire, exactement décidé que la banque était, en l'état, en droit de conserver les sommes perçues en exécution de la cession litigieuse ... ».

note M. Germain, JCP E 1987, n° 16342, n° 20, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain, D. 1987, somm., p. 435, obs. L. Aynès, Gaz. Pal. 1987, 1, p. 217, note S. Piedelièvre, Rev. sociétés 1987, p. 397, note O. Barret, Rev. dr. banc. 1988, p. 28 obs. M. Contamine Raynaud ; dans le même sens Cass. com., 17 juill. 1990, n° 89-11.059, Bull. civ. IV, n° 216 ; M. Cabrillac, Sûretés, Litec, 2004, n° 313 ; J. François, Les sûretés personnelles, Économica, 2004, n° 360-361 ; Ph. Simler, Cautionnement et garanties autonomes, Litec, 3e éd. 2000, n° 704). Si la solution arrange évidemment les cautions, elle pose de sérieuses difficultés aux banques. Souvent celles-ci font couvrir les risques auxquelles elles se trouvent exposées à travers les autorisations de découvert en compte courant, les ouvertures de crédit ou facilités de crédits dites « revolving » au moyen d'un cautionnement « tous engagements ». La fusion de la banque cautionnée au sein d'un autre établissement, préexistant ou nouveau, emportera évidemment le transfert des contrats et, par conséquent, le maintien de ces ouvertures de crédit. Il n'est ni logique ni acceptable pour la banque, qui reprend les engagements, de perdre au passage le bénéfice de la garantie. Certes, les contrats de crédits lui permettent souvent de se dégager pour l'avenir. Mais, même dans ce cas, sa couverture pour les avances antérieures risque de disparaître rapidement si celles-ci étaient portées dans un compte courant en raison de la réduction de l'engagement de la caution de toutes les remises ultérieures inscrites au compte. Dans l'intérêt commun du client-emprunteur et de la banque, les cautions sont ainsi systématiquement invitées à confirmer leur engagement en faveur de l'établissement absorbant. La charge administrative d'une telle opération est lourde et absolument improductive. Elle risque au surplus de retarder la fusion.

À l'appui de la solution jurisprudentielle, il peut certes être argumenté que la disparition de la personnalité juridique du bénéficiaire originel du cautionnement empêchait la naissance dans son chef de nouvelles créances susceptibles d'être garanties et que, au surplus, la caution s'est engagée en faveur d'un bénéficiaire bien déterminé et non d'un créancier indifférencié. Mais aucune de ces justifications n'a jamais emporté l'unanimité (O. Barret, préc. ; M. Germain, préc. ; Ph. Théry, Les sûretés, PUF, 2e éd., 1998, n° 82 ; D. Legeais, Rev. dr. banc 2001, n° 185, Cl. Champaut et D. Danet, RTD com. 2003, p. 114).

Un arrêt en date du 8 novembre 2005 de la Chambre commerciale laisse espérer que la haute juridiction est prête à modifier sa position (**Cass. com., 8 nov. 2005, n° 01-12.896** ➔ **007**, Bull. civ. IV, n° 218, Banque et droit 2006, p. 52, obs. N. Rontchevsky et F. Jacob, JCP G 2005, II, n° 10170, p. 2265, note D. Houtcief, JCP E 2006, n° 1000, p. 14, note D. Legeais, D. 2005, p. 2875, obs. A. Lienhard, RDBF 2006, p. 14, obs. A. Cerles, A. Prüm, Fusion de banques et survie des cautionnements consentis en faveur des établissements absorbés, RDBF 2006, p. 1, JCP G 2006, I, n° 131, p. 731, n° 9 obs. P. Simler et P. Delebecque). Étaient en cause des cautionnements d'un crédit-bail immobilier consentis à une société spécialisée dans ce type de financement qui a été absorbée, par la suite, par un autre établissement fusionné à son tour ultérieurement avec une banque. Les cautions, cogérants du crédit-preneur, avaient tiré

prétexte de ces transferts pour prétendre à une décharge de leur couverture pour les loyers, indemnités d'occupation et primes d'assurances dus postérieurement à la disparition du bailleur originel. Pour rejeter la demande du nouveau bailleur, la cour d'appel de Poitiers s'était fondée sur l'argument traditionnel « que la fusion de la société créancière dans une personne morale nouvelle ou son absorption constitu(aient) un changement de créancier à l'égard de la caution, libérant celle-ci de ses obligations si elle n'a pas manifesté sa volonté de s'engager envers le nouveau bailleur ». Son arrêt est cassé pour violation de l'article L. 236-3 du Code de commerce prévoyant l'effet de transmission universelle de patrimoine en présence d'une fusion alors que, comme le retient la Cour de cassation, « en cas de fusion absorption d'une société propriétaire d'un immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit à la société absorbante ».

Le caractère synthétique des motifs de l'arrêt laissent planer quelques doutes sur sa réelle portée. Le visa de l'article L. 236-3 du Code de commerce nous paraît toutefois un signe clair que la Chambre commerciale n'a pas simplement entendu rappeler que la couverture de la caution est maintenue pour les dettes existantes quoique non exigibles avant la fusion. L'opération de crédit-bail impliquant un service continu peut d'ailleurs difficilement être assimilée à un prêt pur et simple qui aurait engendré une obligation de remboursement échelonnée mais née dans sa totalité dès la mise à disposition des fonds. Elle ressemble bien plus à une ouverture de crédit en laissant souvent la faculté au crédit-bailleur d'y mettre fin lorsque le preneur ne mérite plus sa confiance. Or, selon la solution classique de la Cour de cassation, une banque absorbante ne pouvait prétendre au maintien du cautionnement d'ouvertures de crédit (**Cass. 1re civ., 28 sept. 2004, n° 03-10.810, RJDA 2005, n° 142**). Sous

Extraits

➔ **007 : Cass. com., 8 nov. 2005, n° 01-12.896**

« ... Aux termes de l'article L. 236-3 du Code de commerce, la fusion-absorption entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante, dans l'état où il se trouve à la date de l'opération. Viole ce texte la cour d'appel qui, pour rejeter la demande d'un crédit bailleur qui avait absorbé une société ayant elle-même absorbé une première société bénéficiant du cautionnement solidaire des dirigeants d'une société en garantie d'un contrat de crédit-bail immobilier, retient que la fusion de la société créancière dans une personne morale nouvelle ou son absorption constituent un changement de créancier à l'égard de la caution, libérant celle-ci de ses obligations si elle n'a pas manifesté sa volonté de s'engager envers le nouveau bailleur, alors qu'en cas de fusion-absorption d'une société propriétaire d'un immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit à la société absorbante ... ».

cette perspective, l'arrêt du 8 novembre 2005 constitue un revirement utile. Gageons que la Cour de cassation en a saisi la nécessité et ne s'est donc pas contentée de rappeler le maintien de la garantie pour des dettes nées strictement avant la fusion, comme elle l'a fait dans un arrêt du même jour à propos d'un bail ordinaire, n'intégrant aucun financement (Cass. com., 8 nov. 2005, n° 02-18.449) et qui concerne, au surplus, la fusion du preneur, débiteur de la dette cautionnée.

C - Rémunération du prêteur

Le TEG n'inclut pas l'indemnité de remboursement anticipé. - Le rôle du TEG est de rendre comparable les différentes offres de prêt et ainsi de faire jouer pleinement la concurrence entre prêteurs au bénéfice des emprunteurs. Aussi, faut-il que les taux affichés soient réellement comparables et incluent bien les mêmes composants. En l'espèce, le débat devait se nouer du fait d'un remboursement anticipé fait par l'emprunteur, à la suite de la baisse sensible des taux. Le prêteur exigea alors le paiement de l'indemnité de remboursement anticipé qui avait été stipulée et que l'emprunteur contesta par le détour de sa non-inclusion - fautive selon lui - dans le TEG.

La Cour de cassation devait, à juste titre, refuser de suivre cette argumentation en justifiant clairement sa position (Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2005, n° 02-13.935 ► 008, D. 2005, p. 2760, obs. X. Delpech, Gaz. Pal. 6-8 nov. 2005, 2, p. 36, concl. J. Sainte-Rose, Banque et droit 2006, p. 59, obs. Th. Bonneau). Le caractère volontaire du paiement anticipé le rend aléatoire et l'exclut nécessairement du calcul. C'est ce même caractère volontaire qui a servi à la jurisprudence pour refuser la qualification de clause pénale à l'indemnité, le remboursement anticipé restant un mode choisi d'exécution du contrat de prêt (Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2005, n° 03-16.115, D. 2005, p. 2218, obs. X. Delpech). Elle souligne de plus que cette obligation de paiement de l'indemnité est parfaitement causée par « la réparation du manque à gagner subi par le prêteur du fait de la résiliation anticipée du contrat ».

La loi protège déjà les consommateurs dans le domaine des indemnités de remboursement anticipé, tant pour les crédits à la consommation (C. consom., art. L. 311-29 et R. 311-10) que pour les crédits immobiliers (C. consom., art. L. 312-21 et R. 312-2). Même si les techniques de couverture de risque de taux ont grandement progressé pour les établissements de crédit, qui peuvent facilement *swiper* un taux contre un autre, ce qui pourrait dans le futur conduire à un examen beaucoup plus circonstancié de la réalité du préjudice subi, il n'en demeure pas moins que la stipulation contractuelle est justifiée tant par le manque à gagner que par le coût d'une éventuelle couverture.

Le développement annoncé des crédits à taux variable pour la clientèle, qui l'expose au risque de hausse des taux - qui s'est récemment amorcée -, soulèvera sans doute des questions plus lourdes de conséquences pour les clients emprunteurs.

Le poids des années. - Cela faisait des siècles que les banquiers avaient pris l'habitude de décompter l'année bancaire pour 360 jours, soit 12 mois de 30 jours. Ce petit subterfuge simplificateur a pour conséquence d'obtenir 365/360 de la rémunération annuelle convenue.

Cela fait des lustres que la Cour de cassation a sanctionné cette pratique d'un autre temps (Cass. com., 10 janv. 1995, n° 91-21.141, D. 1995, jur., p. 229, note Chr. Gavaldà). La pratique bancaire ne s'est que très partiellement conformée à la règle, notamment en matière de relation avec la clientèle commerciale, compte tenu du faible risque contentieux. La Chambre commerciale, de nouveau saisie à deux reprises, maintient sa position mais aggrave très sérieusement la sanction en estimant qu'il ne suffirait pas de restituer les 5/360 trop perçus, mais que le mode de calcul étant faux, c'est le TEG tout entier qui l'est aussi et que, dans ce cas, cela équivaut à une absence de TEG écrit. La sanction est alors la substitution du taux légal au taux conventionnel pour l'ensemble du crédit et *ab initio*, avec un délai de prescription qui ne commence à courir qu'à compter de la découverte de l'inexactitude (Cass. com., 17 janv. 2006, n° 04-11.100 ► 009, D. 2006, p. 439, obs. V. Avena-Robardet ; Cass. com., 14 févr. 2006 n° 04-11.887, dans le même sens).

L'enjeu des litiges s'en trouve très nettement accru et la pratique bancaire devrait s'y plier rapidement plutôt que de soutenir qu'il est toujours possible de convenir d'une année de 360 jours à condition que le TEG soit bien calculé sur 365 jours. Cette pratique, source d'erreur - coûteuse - mais aussi d'opacité dans la relation avec le client, serait ainsi rangée au magasin des antiquités.

Extraits

► 008 : Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2005, n° 02-13.935

« ... Il résulte de l'article L. 313-1 du Code de la consommation que pour la détermination du taux effectif global, il y a lieu d'ajouter aux intérêts les frais, commissions ou rémunérations de toute nature, directs ou indirects intervenus dans l'octroi du prêt ; que c'est donc à bon droit que la cour d'appel a considéré que l'indemnité de remboursement anticipé dont la mise en œuvre était éventuelle et donc étrangère aux frais intervenus dans l'octroi du prêt, ne devait pas être prise en compte dans la détermination du taux effectif global de celui-ci ... ».

► 009 : Cass. com., 17 janv. 2006, n° 04-11.100

« ... Alors qu'elle avait constaté que la banque était redevable à son client d'une somme perçue par elle au titre des intérêts calculés par référence à l'année bancaire de 360 jours au lieu de l'avoir été par référence à l'année civile, ce dont il se déduisait que le taux d'intérêt indiqué n'avait pas été effectivement appliqué, de sorte que les exigences légales relatives à l'indication préalable et par écrit du taux effectif global n'avait pas été respectées, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé les dispositions des articles 1907 du Code civil, ensemble les articles L. 313-1, L. 313-2 et R. 313-1 du Code de la consommation ... ».

D - Responsabilité du banquier dispensateur de crédit

Les devoirs envers les profanes. - Les chambres civiles et commerciale de la Cour de cassation convergent vers une position commune sur les conditions dans lesquelles une banque est susceptible d'engager sa responsabilité envers un emprunteur ou sa caution pour octroi d'un crédit excessif. Le pas le plus important pour aboutir à cette unité a certainement été franchi par la première chambre civile à travers sa série d'arrêts du 12 juillet 2005, comme nous avons eu l'occasion de l'indiquer dans notre précédente chronique (J.-P. Mattout et A. Prüm, *Chronique de droit bancaire, Dr. & patr. déc. 2005*, n° 143, p. 98). La Chambre commerciale vient, à son tour, par un arrêt du 3 mai 2006 (**Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-19.315 ► 010**), de se rapprocher de critères dégagés précédemment par la première chambre civile pour préciser les devoirs du prêteur professionnel de deniers vis-à-vis d'un emprunteur ou d'une caution profanes.

Le litige en question concernait un crédit-bail immobilier consenti à une SCI en vue du financement de l'acquisition d'un hôtel. Outre la caution des dirigeants de cette SCI, l'établissement de crédit-bail avait reçu également celle de l'enfant de l'un de ces dirigeants. Le recours des cautions-dirigeantes fut rejeté en appel et connu également un échec devant la Cour de cassation qui retint à leur égard qu'ils avaient une parfaite connaissance de l'opération, dispensant le crédit-bailleur de toute obligation de mise en garde à leur égard.

Dans son premier volet la solution est classique. Elle peut être rapprochée de deux autres arrêts rendus le

même jour par la Chambre commerciale, rejetant l'un comme l'autre la responsabilité d'une banque vis-à-vis d'emprunteurs avertis.

Les faits à l'origine de la première affaire présentaient l'originalité que le prêt avait été consenti à une personne dont le conjoint occupait une position de cadre au sein de l'établissement prêteur. Malgré l'importance des échéances de remboursement par rapport aux ressources mensuelles de l'emprunteur, la Cour a considéré que celui-ci ne pouvait légitimement s'attendre à être mis en garde par la banque alors que son conjoint, qui s'était d'ailleurs porté lui-même caution, était parfaitement à même de le renseigner sur l'opportunité de ce prêt. L'on retiendra de cet arrêt que la Chambre commerciale tient compte, pour apprécier si un emprunteur doit être considéré comme profane ou averti, de son environnement familial et, en particulier, des conseils qu'il peut obtenir dans ce cadre. Les chambres civiles ne nous semblent pas encore l'avoir admis (**Cass. com., 3 mai 2006, n° 02.11-211 ► 011**, RD bancaire et fin 2006, p. 20, obs. D. Legeais). Dans la seconde affaire, les prétentions des emprunteurs - deux époux ayant contracté des prêts pour acquérir une résidence hôtelière - sont rejetés au motif qu'ils ne démontraient aucunement qu'« à la date de leur octroi (...) les prêts litigieux auraient été excessifs au regard (de leurs) facultés de remboursement, compte tenu des revenus produits par les locations escomptées des biens acquis au moyen de ces prêts » (**Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-15.517 ► 012**, obs. D. Legeais, préc.). La disproportionnalité du prêt se trouve ainsi érigée en condition d'existence d'un devoir de mise en garde à la charge de la banque. Il en résulte, dans l'espèce considérée, que des emprunteurs, même

Extraits

► 010 : Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-19.315

« ... Mais attendu que l'arrêt retient que les époux X... se sont engagés dans une opération commerciale importante à laquelle ils étaient directement impliqués et qu'ils ne démontrent pas que la crédit-bailleresse ait eu sur leur situation et leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération entreprise par la SCI des informations qu'eux-mêmes auraient ignorées ; qu'en l'état de ces constatations, dont il se déduisait que les intéressés détenaient toutes les informations utiles pour leur permettre d'apprécier la portée des engagements qu'ils souscrivaient, la cour d'appel a pu décider, sans encourir les griefs du moyen, que la crédit-bailleresse n'était tenue d'aucun devoir de mise en garde à l'égard de ces cautions ; que le moyen n'est pas fondé ... ».

► 011 : Cass. com., 3 mai 2006, n° 02-11.211

« ... Mais attendu que l'arrêt relève que les prêts litigieux avaient été souscrits par Mme X..., pour financer les travaux d'aménagement et d'extension d'une villa lui appartenant et que, pour cette opération, elle avait été assistée de son conjoint, présent lors de la signature des actes, lequel exerçait alors des fonctions de

cadre supérieur au sein même de l'établissement prêteur et présentait, de ce fait, toute compétence pour apprécier la portée des obligations ainsi contractées par rapport aux capacités pécuniaires du ménage ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations dont il se déduisait, que l'intéressée avait été en mesure d'obtenir de son conjoint toutes les informations utiles pour lui permettre d'apprécier l'opportunité des engagements qu'elle souscrivait pour l'amélioration de son propre patrimoine, la cour d'appel a pu décider, sans encourir les griefs du moyen, que la banque, qui n'avait dès lors aucun devoir de mise en garde, n'avait pas commis de faute ; que le moyen n'est pas fondé ... ».

► 012 : Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-15.517

« ... Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, impropres à établir qu'à la date de leur octroi, en juin et octobre 1993, les prêts litigieux auraient été excessifs au regard des facultés de remboursement de M. et Mme X..., compte tenu des revenus produits par les locations escomptées des biens acquis au moyen de ces prêts, ce dont elle aurait pu déduire que l'établissement de crédit avait manqué à son devoir de mise en garde, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ... ».

non avertis, ne pouvaient s'attendre à ce que la banque les prévienne de l'importance du risque souscrit. On retrouve, dans cette corrélation entre l'absence d'excessivité du prêt et les devoirs du banquier, les termes employés par la Chambre commerciale dans la première affaire évoquée pour refuser le bénéfice de tout devoir de mise en garde à des cautions averties.

Le même raisonnement sous-tend encore la position prise par la Cour, toujours dans le dossier du crédit-bail, au profit d'une enfant des dirigeants de la société emprunteuse dont elle relève le jeune âge lors de l'engagement litigieux, sa situation d'étudiante et la modicité du patrimoine ainsi que l'absence de toute fonction au sein de la société emprunteuse. Manifestement inexpérimentée, cette personne méritait d'être protégée et ce malgré ses liens familiaux avec les dirigeants de la société emprunteuse. Aussi, la Cour n'admet pas que la banque ait pu être dispensée de tout devoir de mise en garde alors que son engagement était manifestement disproportionné par rapport à ses ressources (Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-19.315 ➔ 013).

Il faut se féliciter qu'à travers toutes ces décisions, la jurisprudence s'unifie autour d'une position raisonnable.

V – SERVICES BANCAIRES

Le « mandat de vente d'entreprise » est-il bien un mandat ? – Sans entrer dans les méandres des relations entre le groupe Crédit Lyonnais et le groupe Bernard Tapie dans les années 90 – ce qui dépasserait les limites de cette chronique – on relèvera, pour s'en étonner, que la mission de vendre une entreprise (en l'occurrence Adidas) donnée par un actionnaire majoritaire à une banque d'affaires, a été qualifiée de « mandat » dans la circonstance, en lui appliquant ensuite les règles du Code civil qui en découlent (CA Paris, 30 sept. 2005, *Crédit Lyonnais c/ B. Tapie* ➔ 014, JCP E 2005, n° 1617, p. 1908, obs. A. Viandier ; pour une approche radicalement différente, D. 2005, p. 2945, obs. X. Lagarde).

S'il est vrai que, dans la pratique, cette mission est souvent appelée « mandat de vente », il n'en demeure pas moins que la doctrine et la jurisprudence, jusqu'à présent, n'ont pas retenu cette qualification au plan juridique dans la mesure où il n'y a guère de représentation du vendeur par la banque chargée de trouver un acquéreur (H. Dubout, *Les contrats de « mandat » avec les banques d'affaires dans les opérations de cession-acquisition d'entreprises*, Bull. Joly Sociétés 1997, p. 1029 ; LPA 1995, n° 41, p. 27, sur les responsabilités dans les rapprochements d'entreprises ; Cass. com., 18 oct. 1988, n° 87-11.082, D. 1989, somm., p. 325, obs. M. Vasseur). C'est d'ordinaire un contrat d'entreprise où le banquier rassemble les informations disponibles sur la société à vendre – établissement de l'« info mémo » –, en fait une évaluation, approche divers acheteurs potentiels – sous couvert d'un engagement strict de confidentialité –, conduit les négociations et laisse ensuite le soin au vendeur d'accepter ou non la

proposition négociée. Ceci se traduira, *in fine*, par la signature de la vente par le vendeur lui-même et non par la banque. On n'imagine pas bien la circonstance dans laquelle un vendeur ne saurait pas exactement à qui et dans quelles conditions il vend, ce que semble pourtant avoir cru pouvoir constater la cour d'appel !

La Cour de cassation, saisie d'un pourvoi, permettra peut-être d'en savoir davantage sur la qualification à retenir pour ce type d'opération. Elle rappellera sans doute que c'est au juge de la déterminer, sans s'arrêter à l'appellation retenue par les parties et qui relève souvent d'une approche plus instinctive que rigoureuse. Le régime juridique qui s'en déduit est radicalement différent, comme l'arrêt permet de le constater, chèrement !

VI – OPÉRATIONS INTERNATIONALES

Le contrat de change à terme est, sauf stipulation contraire, conclu à terme ferme. – Il est rare que la jurisprudence alimente les appétits de l'observateur en matière d'opérations de change, malgré la taille proprement phénoménale de ce marché largement mondialisé où se concluent, de façon continue, de très nombreuses opérations. Il est vrai que la plupart de celles-ci interviennent entre professionnels et que les rares litiges se règlent le plus souvent en dehors des tribunaux.

Extraits

➔ 013 : Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-19.315

« ... Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si, eu égard à son âge lors de l'engagement litigieux, à sa situation d'étudiante et à la modicité de son patrimoine, l'engagement souscrit par Mme Isabelle X..., qui n'exerçait aucune fonction de direction, ni aucune responsabilité au sein de la SCI n'était pas hors de proportion avec ses facultés financières et si, de ce fait, la crédit-baillesse n'avait pas manqué à son devoir de mise en garde à l'égard de cette caution, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ... ».

➔ 014 : CA Paris, 30 sept. 2005, *Crédit Lyonnais c/ B. Tapie*

« ... Ces conventions ne constituent pas une simple promesse de vente mais un ensemble d'actes à accomplir par le mandataire ; la prétendue promesse de vente ne comprend d'ailleurs pas de bénéficiaire dénommé.

Ces conventions ne correspondent pas davantage à un contrat d'entreprise qui consiste à exécuter un travail déterminé pour une partie sans la représenter, et dont l'objet est constitué par des actes matériels.

Le mandat ainsi donné, emporte pour le mandataire l'obligation de loyauté, de transparence, d'information, de rendre compte et l'obligation visée à l'article 1596 du Code civil, sous forme d'interdiction pour le mandataire de se porter acquéreur lui-même ou par personne interposée, des biens qu'il est chargé de vendre ... ».

L'opération consistait ici en un projet de vente d'actions, par une personne physique, qui devait être réglé en dollars américains et dont le futur vendeur avait entendu couvrir le risque de change en vendant à terme à sa banque le montant en dollars à recevoir contre des francs français. La vente d'actions ne devait jamais se réaliser, si bien que le vendeur ne reçut pas les dollars et ne put ainsi les livrer à la banque au terme convenu. La banque dénoua alors l'opération, probablement en achetant sur le marché des dollars manquant, au cours du jour de la constatation de la non-livraison, afin de pouvoir les livrer à sa propre contrepartie. Cette opération dégagea une perte de change dont elle réclama le paiement à son client.

Celui-ci en refusa le paiement en prétendant qu'il n'avait pas accepté de supporter un quelconque risque de change. La cour d'appel de Poitiers devait le suivre, mais la Cour de cassation devait casser au triple visa des articles 1134, 1147 et 1184 du Code civil, considérant qu'un contrat de change à terme ferme ne comporte pas de condition ou de clause implicite de rétractation (Cass. com., 28 mars 2006, n° 03-12.018 ► 015, à paraître au Bulletin). L'affirmation vaut naturellement pour une vente, ou un échange, portant sur un bien quelconque ; l'originalité de l'arrêt est de rappeler que la même règle prévaut lorsque l'objet du contrat porte sur des devises.

Cela est d'autant plus vrai que les opérations à terme sur devises se répartissent traditionnellement entre opérations fermes et opérations optionnelles, dans lesquelles le bénéficiaire de l'option de change a la faculté, mais non l'obligation, de réaliser l'opération de change convenue. Devant une vente encore hypothétique, sans doute eût-il été préférable de conclure une vente à terme optionnelle des dollars à recevoir qui aurait alors permis au vendeur de ne pas réaliser la vente en abandonnant le montant de la prime payée au titre de l'option. Ces opérations sont couramment proposées par les banques. Elles sont toutefois d'un coût plus élevé que les opérations à terme ferme. Il est d'ailleurs arrivé à la jurisprudence de relever que la banque devait un conseil à son client sur le choix entre opération ferme ou optionnelle, selon le contrat ou le projet de contrat à l'origine du risque de change (CA Montpellier, 12 nov. 1998, Banque et droit 1999, p. 28, obs. H. de Vauplane). Mais dans cette affaire particulière, le débat ne s'était pas noué autour de l'obligation d'information et de conseil.

La fraude dans le crédit documentaire réalisable par acceptation. - C'est une espèce aux faits particulièrement enchevêtrés qui a donné l'occasion à la Cour de cassation de se prononcer, pour la première fois, sur les conséquences de la découverte d'une fraude sur un crédit documentaire réalisable par acceptation.

Sur ordre de Hamco, importateur, la Canara Bank devait ouvrir un crédit documentaire en faveur de Soficom, confirmé ensuite par le Crédit Lyonnais et réalisable par acceptation de traites tirées sur la banque confirmante à 180 jours. Les traites furent ainsi acceptées le 9 avril 1998, à échéance du 15 septembre 1998.

Avant même leur acceptation, Soficom devait céder sa créance à une autre banque du groupe Crédit Lyonnais, la BDEI, puis ensuite, lui endosser les traites revenues de l'acceptation. Le crédit ne fut pas payé à l'échéance convenue, ni par la banque émettrice, ni par la banque confirmatrice, du fait d'une situation confuse concernant une éventuelle prorogation de l'échéance. La banque émettrice devait ensuite, le 24 septembre 1998, justifier son refus de payer par la découverte d'une fraude sur les documents. La réalité de cette fraude n'a jamais été contestée. La BDEI, qui avait avancé les fonds à Soficom, fit alors saisie conservatoire sur des avoirs détenus par la Canara Bank, puis céda à son tour sa créance à une autre société de son groupe, le Crédit Lyonnais Forfaiting, qui devait pratiquer une seconde saisie conservatoire, avant d'être lui-même absorbé par la banque confirmatrice, le Crédit Lyonnais. Celui-ci continua alors la procédure de saisie mais se vit débouté. Le motif mis en avant par la Cour résonne comme une motivation de principe (Cass. com., 11 oct. 2005, n° 04-11.663 ► 016, D. 2005, p. 2802, obs. X. Delpech, RJDA 2005, n° 1139, rapp. M. Cohen-Branche, RTD com. 2006, p. 1172, obs. D. Legeais, JCP E 2005, n° 1677, p. 1980, note J. Stoufflet).

À une vente payable à terme correspondent des crédits documentaires réalisables à terme. Trois modes de réalisations sont disponibles, aux modalités et aux conséquences différentes : le crédit réalisable par paiement différé, le crédit réalisable par acceptation et le crédit réalisable par négociation.

Le crédit réalisable par paiement différé fixe simplement une date de paiement distincte de celle de la présentation des documents. La fraude découverte après la présentation des documents mais avant la date d'échéance stipulée dans le crédit paralyse le paiement et, si le paiement a été anticipé par quiconque, il est considéré comme une avance distincte du crédit documentaire lui-même et fait subir ainsi le risque découlant de cette fraude à la banque qui a anticipé ce paiement (Cass. com., 7 avr. 1987, n° 85-17.399, Banque 1987, p. 625, obs. J.-L. Rives-Lange, JCP

Extraits

► 015 : Cass. com., 28 mars 2006, n° 03-12.018

« ... La Cour ne tire pas les conséquences légales de ses constatations alors qu'elle avait elle-même relevé qu'un contrat ferme de vente à terme de devises, dont il n'est ni soutenu ni démontré qu'il aurait comporté une faculté de rétractation ou été assorti d'une condition, avait été souscrit par les parties et que le client n'avait pas, ainsi qu'il s'y était engagé, livré à la date d'échéance contractuelle les devises promises ... »

► 016 : Cass. com., 11 oct. 2005, n° 04-11.663

« ... Un crédit documentaire réalisable par acceptation étant seulement exécuté par le paiement de l'effet accepté, la fraude découverte antérieurement à ce règlement, fait échec à l'obligation de paiement de la banque acceptante au titre du crédit documentaire, hors la circonstance où cet effet serait présenté par un tiers porteur de bonne foi, non partie au crédit ... »

E 1987, n° 14973, obs. J. Stofflet, D. 1987, jur., p. 399, obs. M. Vasseur ; J.-P. Mattout et A. Prüm, Mise en œuvre de l'adage *fraus omnia corrumpit* dans le crédit documentaire réalisable à terme, DPCI 1988, p. 107 ; J.-P. Mattout, Droit bancaire international, Revue Banque éditeur, 3e éd., 2004, n° 305).

Dans le crédit réalisable par négociation, la particularité essentielle vient du fait que le crédit incorpore l'escompte de la créance et qu'en escomptant la banque réalise directement le crédit, c'est-à-dire le paie, et ne fait pas une avance distincte ; dès lors, la fraude découverte après cette négociation ne paralyse pas le paiement par la banque émettrice et son remboursement par le donneur d'ordre (Cass. com., 23 oct. 1990, n° 88-11.948, Bull. civ. IV, n° 242). En acceptant de faire ouvrir un crédit de ce type, le donneur d'ordre accepte ce risque.

Dans le crédit réalisable par acceptation, la situation est substantiellement la même que dans le crédit à paiement différé, à la différence que des traites matérialisent l'engagement de la banque émettrice ou confirmatrice. La présence de l'instrument cambiaire facilite également l'escompte de la créance. La question est alors de savoir comment le cas de fraude découverte avant le paiement de la traite par la banque l'ayant acceptée doit être résolu. Faut-il faire prévaloir le fait qu'il y a une anticipation du paiement du crédit qui doit se faire aux risques de la banque mobilisatrice, comme dans le crédit à paiement différé, ou bien, tenant compte de la présence d'un effet de commerce, établir une distinction selon la qualité du porteur ?

C'est cette dernière solution que la Cour consacre, avec justesse, à notre sens. En effet, pourquoi donner une protection supplémentaire à une banque partie à l'opération documentaire et qui sait ainsi parfaitement qu'elle réalise une avance sur un crédit qui ne l'incorporait pas. Inversement, une banque tierce à l'opération documentaire doit pouvoir se fier à la rigueur des obligations cambiales. C'est tout simplement ce que la Cour de cassation a reconnu en établissant une ligne de partage avec le tiers porteur de bonne foi, non-partie au crédit, qui doit être protégé.

Dans l'espèce, une première cession en faveur d'une filiale de la banque confirmatrice, avant acceptation, puis une deuxième cession post refus de paiement pour fraude, au profit d'une autre filiale et encore suivie de la fusion avec la maison mère, le Crédit Lyonnais, complique l'appréciation, faute de disposer de tous les éléments de fait dans l'arrêt. Logiquement c'est au moment du paiement anticipé qu'il conviendrait de se placer pour apprécier la protection due à la banque escompteuse, tiers porteur de bonne foi ou non. Mais là encore, il s'agissait d'une filiale de la banque confirmatrice qui, si elle constitue une personne juridique distincte, ne permet pas, à la lecture de l'arrêt, d'apprécier si cette situation particulière n'a pas influé sur la décision finale de la Cour. Celle-ci pose une règle de principe : la fraude découverte avant le paiement de la traite documentaire attachée à un crédit réalisable par acceptation paralyse son paiement si le porteur en est toujours la banque

acceptante au jour de la mise en œuvre de ses droits. La Cour ne semble pas attacher d'importance aux opérations intercalaires survenues entre temps. Ceci peut s'expliquer par le fait que le Crédit Lyonnais avait probablement désintéressé la BDEI en rachetant sa créance et qu'à son tour le Crédit Lyonnais avait également tenu compte, dans l'établissement de ses parités de fusion avec le Crédit Lyonnais Forfaiting, de la valeur douteuse de sa créance sur la Canara Bank.

Cela signifie clairement que, *a contrario*, un tiers porteur de bonne foi aurait pu exiger le paiement de la banque émettrice.

En ces matières, il ne faut pas perdre de vue qu'il importe avant tout que les solutions soient prévisibles de façon à ce que chacun apprécie, en amont, les risques pris en ayant recours à tel ou tel mode de réalisation. Si la Cour avait décidé autrement, elle aurait assimilé le crédit réalisable par acceptation au crédit réalisable par négociation, contraignant alors la banque émettrice à le payer et le donneur à la rembourser.

La fraude documentaire découverte par le donneur d'ordre. - La Cour de cassation rappelle que la fraude est une question de fait et que sa découverte n'est pas nécessairement le monopole des banques. Dans un crédit documentaire réalisable par paiement différé ouvert par Natexis et dont la Habib Bank avait réalisé le paiement par anticipation à la date d'échéance du crédit, le donneur d'ordre remarqua que les connaissements avaient été antidatés pour rester conformes aux prescriptions du crédit. Il assigna en interdiction de payer le crédit, notamment la banque émettrice, qui n'avait pas décelé la fraude. La cour d'appel devait lui donner tort en estimant que la fraude était indécélable par la banque émettrice sur la base de l'examen formel des documents auquel elle est astreinte par les « Règles et usances » relatives au crédit documentaire. L'arrêt, dont c'est le principal enseignement, refuse naturellement cette solution et sa motivation (Cass. com., 25 avr. 2006, n° 04-15.817 ➔ 017, D. 2006, p. 1366, X. Delpech).

En effet, la fraude est rarement décelable par les banques quand elle est réalisée avec soin. Par définition, elle intervient avec des documents qui présentent toujours l'apparence de conformité, sans quoi aucun paiement ne peut intervenir et il n'est pas utile d'invoquer la fraude pour refuser le paiement. Devant des documents apparemment conformes, sauf fraude grossière, les banques, qui ne sont tenues qu'à un examen formel de

Extraits

➔ 017 : Cass. com., 25 avr. 2006, n° 04-15.817

« ... Le droit pour le donneur d'ordre de se prévaloir d'une fraude affectant les documents d'un crédit documentaire avant son exécution pour en paralyser le paiement n'est pas subordonné à la condition que cette fraude soit décelable par la banque émettrice au terme d'un simple examen formel ... ».

l'apparence de conformité, ont rarement la possibilité de déceler la fraude. Aussi, et particulièrement lorsque le crédit est à paiement différé, c'est le donneur d'ordre qui sera le premier à s'en rendre compte. Cela suffit à l'autoriser à faire bloquer le paiement du crédit, s'il n'est pas encore intervenu. C'est cette solution que la Cour rappelle avec juste raison.

La lettre de crédit stand-by obéit aux principes de séparation des documents et du contrat de base. - Dans le cadre d'une importation de médicaments en Côte d'Ivoire, une société de ce pays avait fait émettre par une banque locale une lettre de crédit *stand-by* en faveur d'un exportateur français, la société Dapharm, qui devait obtenir la confirmation de l'engagement bancaire par une banque française. Cette lettre de crédit *stand-by* était soumise aux Règles et usances uniformes (RUU) relatives aux crédits documentaires n° 500, comme c'est souvent le cas, et comme l'autorise expressément l'article 1er des RUU. Le paiement devait s'effectuer sur présentation de factures et de documents de transport.

Sur présentation, les documents furent jugés non conformes et le paiement total ne put intervenir. Sur assignation du bénéficiaire, la cour d'appel devait condamner solidairement les établissements bancaires au règlement du solde pour avoir, à tort selon elle, refusé partie du paiement « *alors que les défauts de conformité dont ils s'étaient prévalus s'expliquaient, pour les uns, par les propres exigences de la banque confirmatrice et, pour les autres, par les modifications intervenues dans l'exécution du transport* ».

La Cour de cassation casse justement cette décision et rappelle le principe fondamental applicable dans ce domaine : la séparation entre les marchandises et les documents ou, dit autrement, l'indépendance entre le contrat sous-jacent et la lettre de crédit (**Cass. com., 28 mars 2006, n° 04-15.682 ➔ 018**, D. 2006, p. 1284, obs. X. Delpech). L'article 4 des RUU le dit avec clarté : « *Dans les opérations de crédit toutes les parties intéressées ont à considérer des documents à l'exclusion des marchandises, services et/ou autres prestations auxquels les documents peuvent se rapporter* ». La règle de l'indépendance a vocation à jouer dans les deux sens : lorsque les documents ne sont pas conformes aux énonciations de la lettre de crédit mais conformes aux stipulations du contrat commercial sous-jacent (ce qui était probablement le cas en l'espèce), comme le cas, plus fréquent en pratique, où les documents sont conformes aux exigences de la lettre de crédit mais que le contrat n'est pas exécuté convenablement et les marchandises non conformes aux stipulations du contrat commercial de base.

Les banques ne peuvent et ne doivent se référer qu'à la lettre de crédit et non au contrat de base, de même qu'elles doivent constater si les documents sont conformes ou non, sans avoir à « s'expliquer », comme le suggérait la cour d'appel, sur les raisons de leur non-conformité. C'est le mérite de cet arrêt de le rappeler, y compris en matière de lettre de crédit *stand-by*.

Le refus par la banque de documents non conformes. - Quelle qu'ait été sa pratique antérieure, il appartient à la banque émettrice d'accepter ou de refuser de payer des documents non conformes, même si le donneur d'ordre qu'elle a sollicité lui donne instruction de les accepter. La banque émettrice de plusieurs crédits documentaires reçut des documents non conformes. Elle informa la banque présentatrice des documents de leurs irrégularités en lui indiquant qu'elle les tenait à sa disposition, conformément à l'article 14, d, des RUU. Parallèlement, et conformément à sa pratique antérieure avec son donneur d'ordre, elle l'en informa en lui demandant s'il souhaitait accepter néanmoins les documents irréguliers et, dans ce cas, payer immédiatement le montant des crédits, comme l'article 14, c, des RUU (➔ 019) le permet. Dans l'intervalle de temps séparant la réception des documents de la réponse du donneur d'ordre, celui-ci fit l'objet de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire.

Devant le refus de la banque de donner suite aux instructions de son client d'accepter les documents irréguliers mais sans paiement immédiat de sa part, celui-ci essaya alors, devant le juge des référés, d'obtenir leur remise, nécessaire pour accéder aux marchandises, en avançant que dans le passé, il avait toujours procédé ainsi, sans que la banque n'exige le paiement immédiat. Le premier juge puis la cour d'appel devaient lui donner largement raison en ordonnant à la banque émettrice la remise des documents, sans paiement, en estimant que la banque ne pouvait faire obstacle à la faculté pour le donneur d'ordre, sollicité par elle, d'accepter des documents non conformes.

Ainsi était posée pour la première fois à la Cour de cassation, la question de savoir si « *la banque émettrice qui approche le donneur d'ordre afin d'obtenir de celui-ci la levée des irrégularités* », comme le disent les Règles et usances, est ensuite tenue par sa décision ou bien si, même face

Extraits

➔ 018 : Cass. com., 28 mars 2006, n° 04-15.682

« ... En statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations que certaines des incohérences affectant les documents présentés par la société Dapharm ne pouvaient être résolues par le simple examen formel incombant aux établissements émetteur ou confirmateur d'une lettre de crédit mais nécessitaient l'analyse des conditions d'exécution du contrat de base que ceux-ci n'avaient pas à connaître, la cour d'appel a violé les articles 1134 du Code civil, ensemble les articles 3, 4 et 13 des Règles et usances ... ».

➔ 019 : RUU, art. 14, c

« Si la Banque émettrice considère que les documents ne présentent pas l'apparence de conformité avec les termes et conditions du crédit, elle peut de sa propre initiative approcher le donneur d'ordre afin d'obtenir de celui-ci la levée des irrégularités. »

à sa décision de lever les irrégularités, la décision finale appartient toujours et encore à la banque, et ce quelles que soient ses pratiques antérieures.

L'arrêt de la Chambre commerciale du 20 juin 2006 tranche par un motif de principe (**Cass. com., 20 juin 2006, n° 04-19.732 ➔ 020**) en cassant la décision d'appel au visa des articles 1134, 1271 et 1273 du Code civil, et des articles 9, 13, 14 et 42 des RUU. La décision est heureuse et en stricte conformité avec les dispositions des RUU et l'interprétation uniforme que la Chambre de commerce internationale elle-même en a donné sur ce point précis (Discrepant documents, waiver and notice, 9 avr. 2002, n° 470/952, consultable sur www.iccwbo.org/policy/banking, rubrique « Policy statements, rules & codes » ; J.-P. Mattout, Droit bancaire international, Banque éditeur, 3e éd., 2004, n° 299).

De même que la banque ne peut accepter des documents non conformes sans l'accord du donneur d'ordre (Cass. com., 7 janv. 2004, n° 01-02.572, D. 2004, p. 345), le donneur d'ordre ne peut imposer à la banque d'accepter des documents non conformes. L'engagement documentaire est celui de la banque émettrice et dès lors il est logique que le dernier mot lui appartienne. La Cour relève justement que les pratiques antérieures n'y font rien ; c'est bien opération par opération, voire dans les crédits utilisables par fractions, utilisation par utilisation, que la décision doit être prise. La référence à l'article 1273 du Code civil, qui affirme que la novation ne se présume pas, indique bien que seul un comportement explicite de la banque émettrice renonçant à ses droits, aurait permis d'aboutir à la solution retenue par le premier juge.

Par ailleurs, le même arrêt se prononce sur des remises documentaires stipulées « documents contre acceptation ». En effet, le premier juge des référés avait également ordonné, à la banque présentatrice, la remise des documents à l'encaissement, sans acceptation des lettres de

change par le donneur d'ordre, contraignant ainsi la banque présentatrice, faute de pouvoir restituer les documents ou les lettres de change acceptées à la banque remettante, à payer lesdites remises de ses propres deniers. Au visa de l'article 7 des Règles uniformes relatives aux encaissements de la CCI, n° 522 – qui prescrit de ne remettre les documents que contre acceptation des lettres de change dans les remises documentaires documents contre acceptation – et de l'article 1134 du Code civil, la Cour sanctionne la cour d'appel pour avoir refusé de considérer que le donneur d'ordre devait être condamné à payer la banque remettante et lui accorde ce qu'elle demandait, à savoir le bénéfice de l'article L. 621-32 du Code de commerce, aujourd'hui L. 622-17, puisque « la condamnation de la banque à la remise des documents litigieux à la société R. résultait d'une ordonnance judiciaire postérieure au jugement d'ouverture, sa créance était née régulièrement après le jugement d'ouverture ». C'est là une application intéressante de ce texte dans le cadre d'opérations bancaires internationales.

Extraits

➔ 020 : Cass. com., 20 juin 2006, n° 04-19.732

« ... Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans constater que la banque avait renoncé à ses prérogatives de banque émettrice d'une garantie autonome [il s'agit sans doute d'une erreur de plume et il convient plutôt de lire « d'un crédit documentaire »], alors que la banque émettrice peut, quelle qu'ait été sa pratique antérieure, refuser de lever les réserves et notifier son refus d'exécution du crédit documentaire, même si elle avait usé de la faculté laissée à sa discrétion, de solliciter l'avis du donneur d'ordre, et si celui-ci lui avait notifié sa décision de renoncer aux irrégularités ou non-conformités, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ... ».

CIBLEZ VOTRE COMMUNICATION AUPRÈS DES PROFESSIONNELS DU DROIT

**Réservez votre
emplacement publicitaire
dans DROIT & PATRIMOINE
le mensuel de référence**

Contacts

GASPAR BELEZA
01 76 73 30 94 gbeleza@wolters-kluwer.fr
JEAN-PIERRE LEMAIRE
01 76 73 37 98 jplemaire@wolters-kluwer.fr
PATRICK LEON-EMILE
01 76 73 37 99 pleonemile@wolters-kluwer.fr
Fax : 01 76 73 48 99