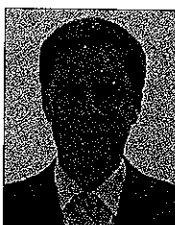


### Droit bancaire



**Jean-Pierre Mattout,**

*Avocat, Kramer Levin Paris, 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*

## Mars-septembre 2005 : des solutions réalistes et une personnalisation de la relation bancaire

Le constat n'est pas surprenant s'agissant de l'œuvre de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, mais l'observation vaut pareillement pour les décisions émanant de l'Assemblée plénière et de la première chambre civile ainsi que des juridictions du fond, durant la période couverte par la présente chronique.

Les plaideurs tentés de négliger les données réelles de situations conflictuelles, en arguant de règles dont la portée est accentuée pour les besoins de la cause, ne trouvent pas grâce devant une telle orientation. Les tentatives d'échapper au remboursement complet d'un crédit, sous prétexte qu'il a été consenti par une banque qui n'avait pas sollicité d'agrément en France, alors qu'elle était régulièrement installée dans un autre État membre de l'Union européenne ou au motif que l'emprunteur, pourtant averti, n'a pas été suffisamment mis en garde par le prêteur contre les risques du prêt demandé, se trouvent ainsi rejetées. L'argument du caractère abstrait des virements n'est pas davantage accueilli lorsqu'il est invoqué par une banque qui cherche à échapper à la restitution des fonds qu'elle a reçus après avoir été prévenue qu'ils lui avaient été adressés par erreur.

La nécessité de tenir compte des situations concrètes répondant au souci de prendre en considération la personnalité propre de chaque client fonde également le devoir de mise en garde mis à la charge du banquier qui consent des crédits à des personnes profanes ; devoir que la Cour de cassation, dans le même souci de réalisme, s'abstient de confondre avec une obligation de conseil générale et impersonnelle. La possibilité pour le banquier d'inclure toutes les ressources de son emprunteur, y compris des revenus raisonnablement prévisibles, lorsqu'il vérifie le caractère proportionné du prêt sollicité par un emprunteur non averti, repose sur une approche similaire.

Dans la même lignée, plusieurs arrêts témoignent de l'attachement des juridictions au respect de la parole donnée et à une interprétation pragmatique des conventions. Ce qui les conduit à rejeter les arguments visant à disqualifier une garantie autonome en un engagement accessoire ou le résultat promis par une lettre d'intention en obligation de moyens et à rappeler au banquier qui a convenu d'une convention d'unité de compte qu'il doit aussi la respecter en pratique. Les parties sont par la même occasion invitées à soigner le contenu de leurs conventions dont le silence n'est pas toujours gage de sécurité, comme le montre l'exemple d'une décision relative au nantissement d'une police d'assurance-vie.

Le rappel des limites géographiques des souverainetés nationales a permis enfin de briser l'illusion qu'une saisie pratiquée sur le sol français était en soi efficace au-delà des frontières.

Sommaire

<b>I - RÈGLES PROFESSIONNELLES</b> 97	Cass. com. 20 sept. 2005 (Responsabilité envers la caution)	<b>V - CRÉDITS</b> 102
Cass. ass. plén. 4 mars 2005 (Défaut d'agrément bancaire et effet sur les contrats de crédit conclus)	<b>III - COMPTES</b> 100	Cass. com. 12 juill. 2005 (2 arrêts) (Garantie à première demande justifiée et garantie des crédits)
<b>II - DEVOIRS PROFESSIONNELS</b> 98	CA Paris 31 mars 2005 (Effet extraterritorial des saisies)	Cass. com. 19 avr 2005 (2 arrêts) (Lettre d'intention)
Cass. com. 22 mars 2005 (Start-up)	Cass. com. 8 mars 2005 (Convention d'unité de compte)	CA Versailles 19 mai 2005 (Inclusion du droit préférentiel de souscription dans l'assiette du gage)
Cass. com. 22 mars 2005 et Cass. Ire civ. 12 juill. 2005 (4 arrêts) (Responsabilité du banquier dispensateur de crédit)	<b>IV - PAIEMENTS</b> 102	Cass. com. 12 juill. 2005 (Nullité de contrat d'assurance-vie)

**I - RÈGLES PROFESSIONNELLES**

**Défaut d'agrément bancaire et effet sur les contrats de crédit conclus.** - Voilà un grand et bel arrêt ! À la suite d'un prêt consenti en France, en 1986, par une banque belge qui ne disposait pas d'un agrément bancaire délivré par les autorités françaises, l'actionnaire de l'un des co-emprunteurs fut déclaré irrecevable à agir en nullité du prêt, l'Assemblée plénière estimant que la nullité n'était pas encourue dans un tel cas (Cass. ass. plén., 4 mars 2005, n° 03-11.725 ➔ 001, Bull. ass. plén., n° 2, p. 3, RD bancaire et financier mai-juin 2005, p. 48, obs. J. Stoufflet, JCP éd. E 2005, p. 690, obs. Th. Bonneau, RD bancaire et financier juill.-août 2005, p. 11, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard).

Cette décision met un terme à une divergence de jurisprudence entre la Chambre commerciale, traditionnellement favorable à la sanction de la nullité du prêt, et la première chambre civile, opposée à cette sanction. La position de la première civile a été justement retenue. La divergence de jurisprudence s'expliquait par le fondement différent que les deux chambres donnaient à la règle du monopole bancaire en matière d'opérations de crédit. Pour la première chambre civile, il s'agissait d'une règle dont le fondement était « l'intérêt général et celui de la profession de banquier » pendant que la Chambre commerciale y ajoutait également « celui des cocontractants privés ».

La portée de cette décision est déjà controversée, plusieurs commentateurs éminents estimant qu'elle englobe probablement toutes les opérations incluses dans le monopole bancaire et quel que soit celui qui s'y livrerait. À notre sens, l'Assemblée plénière a simplement indiqué que lorsqu'un établissement de crédit, déjà agréé dans son pays, consent un prêt en France sans y être agréé, la sanction est autre que la nullité de l'opération, le prêteur étant déjà un établissement de crédit, appellation qui dans tous les pays du monde ne se délivre qu'après une procédure d'autorisation ou d'agrément. Elle pose ainsi une juste limite à une sanction dont le seul effet pratique était de conférer un avantage indu à l'emprunteur de mauvaise foi en le libérant des intérêts

du, puisque la nullité suppose néanmoins de restituer le principal.

La décision est juste dans la mesure où la protection de l'emprunteur ne vient pas de la raréfaction du nombre de prêteurs possibles et où les fonds, une fois mis à disposition, c'est davantage le prêteur que l'emprunteur qui a besoin d'être protégé. Elle est juste encore parce que la situation de l'emprunteur n'est pas assimilable à celle du déposant qui reste un créancier tout au long de l'opération de dépôt. De plus, au regard de l'intérêt général et de celui de la profession de banquier, il est essentiel de protéger la collecte de l'épargne et sans doute moins essentiel de limiter la distribution des crédits.

Cette évolution en appelle d'autres qu'il faut souhaiter : une différenciation entre les monopoles bancaires allant d'un monopole strict, pour la collecte des dépôts, à un monopole assoupli, pour les opérations de crédit et sans doute aussi pour la gestion des moyens de paiement que le développement des moyens modernes de télécommunication et de paiement à distance rend de plus en plus inadapté. Une telle évolution ne devrait d'ailleurs pas se limiter à l'Espace économique européen, car il est malthusien de restreindre l'offre de crédit en France au seul bénéfice de prêteurs de ce pays ou des pays bénéficiant désormais de la liberté de prestation de services. Rappelons que chaque jour, par exemple à l'occasion du financement des opérations du commerce international, des banques françaises prêtent de l'argent dans des pays qui exigent aussi un agrément bancaire et où elles n'ont cependant pas cet agrément parce qu'elles ne cherchent pas à y être installées de façon permanente !

**Extraits**

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

«... La seule méconnaissance par un établissement de crédit de l'exigence d'agrément, au respect de laquelle (...) les articles L. 511-10, L. 511-14 et L. 512-2 du Code monétaire et financier subordonnent l'exercice de son activité, n'est pas de nature à entraîner la nullité des contrats qu'il a conclus ... ».

Elles seraient fort surprises si elles apprenaient que leurs prêts pouvaient encourir la nullité.

Ceci permet de mettre en lumière qu'en matière de distribution du crédit, la capacité d'exercice de la banque doit relever de son pays d'origine et que cette considération est suffisante à assurer la protection de ses clients emprunteurs. S'ils commettent des fautes dans la gestion du crédit, par exemple en s'immisçant dans les affaires de leur client, leur absence d'agrément en France ne les met aucunement à l'abri d'une action en responsabilité dans ce pays.

Il faut se réjouir de voir l'Assemblée plénière le reconnaître clairement.

## II - DEVOIRS PROFESSIONNELS

Il semble que de plus en plus la jurisprudence s'attende à une personnalisation de la relation entre le banquier et son client et qu'elle juge à l'aune de cette adaptation au consommateur ou au professionnel, au profane ou à l'initié, l'étendue de ses devoirs professionnels.

### A - Start-up

En ces temps d'encouragement à entreprendre, pour les individus, et à financer les entrepreneurs, pour les banques, il est bon que la jurisprudence reconnaisse le bien-fondé de cette démarche. C'est ce qu'a fait la Chambre commerciale en énonçant une solution en forme de maxime dans un arrêt du 22 mars 2005 décidant que l'établissement de crédit n'engage pas sa responsabilité envers la caution dès lors qu'il accorde des crédits de démarrage à une entreprise au vu d'un prévisionnel réaliste (Cass. com., 22 mars 2005, n° 02-20.678 ➔ 002, Bull. civ. IV, n° 68, p. 71, RD bancaire et financier mai-juin 2005, p. 16, obs. D. Legeais, RDC juill. 2005, p. 838, obs. D. Houtcleff, Banque et droit juill.-août 2005, p. 67, obs. Th. Bonneau).

Naturellement, il est possible de commettre une faute et d'engager sa responsabilité envers l'entrepreneur ou sa caution, en acceptant de financer un projet dénué de sérieux et voué à un échec quasi certain. Néanmoins, l'appréciation *a posteriori* de la faute doit être encore plus pointilleuse dans le cas d'un lancement d'entreprise ou d'activité nouvelle, du seul fait qu'il y a là une part d'imprévu nécessairement plus importante. Prendre un risque n'est pas une faute en soi, surtout pour une banque et tout particulièrement s'il a fait l'objet d'une étude préalable menée selon les règles du professionnalisme. Il est d'ailleurs difficile d'imaginer que la caution ignorait qu'il s'agissait d'une création d'entreprise.

### B - Responsabilité du banquier dispensateur de crédit

Les idées trop simples manquent parfois de justesse. Il en va ainsi de celle qu'une banque engage sa responsabilité en accordant à une entreprise un crédit excédant ses capacités financières. Certes, la légèreté avec laquelle

l'établissement de crédit a pu soutenir une entreprise, dont il savait ou aurait dû savoir qu'elle se trouvait dans une situation irrémédiablement compromise pouvait, jusqu'à la récente réforme des procédures collectives (C. com., art. L. 650-1, créé par l'article 126 de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises ➔ 003 JO 27 juill., p. 12187), lui être reprochée par les autres créanciers de celle-ci dans l'hypothèse où l'emprunteur déposait son bilan. De même, une banque qui aurait consenti un crédit franchement ruineux, en ce sens qu'il ne pouvait que provoquer la croissance continue et insurmontable des charges financières de l'entreprise emprunteuse, s'exposait à devoir combler l'accroissement du passif dû à sa faute (Cass. com., 22 mars 2005, n° 03-12.922, Bull. civ. IV, n° 67, p. 70, D. 2005, p. 1020, note A. Lienhard, Banque et droit 2005, obs. Th. Bonneau). Mais il faut se garder de confondre purement et simplement ces hypothèses avec celle où un emprunteur *in bonis* se plaint lui-même d'avoir bénéficié d'un crédit disproportionné par rapport à ses moyens financiers. Dans ce cas, une responsabilité du prêteur professionnel de deniers ne devrait se concevoir qu'à condition qu'il ait abusé de l'inexpérience de son client ou du moins qu'il en ait tiré indûment avantage.

Si tel était bien le point de vue de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, les chambres civiles ne l'entendaient pas toujours ainsi (A. Prüm, P. Leclercq et R. Mourier, Relations entreprises banques, éd. F. Lefebvre, 2003, n° 6416). Depuis une dizaine d'années, la première chambre civile n'hésitait plus, en effet, à retenir la responsabilité du banquier sur le fondement d'un manquement au devoir de conseil lorsqu'il avait consenti « un prêt dont les charges sont excessives au regard de la modicité des ressources de l'emprunteur, sans avoir mis en garde cet emprunteur sur l'importance de l'endettement résultant de l'octroi » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 juin 1995, n° 92-19.212, Bull. civ. I, n° 287, p. 200, D. 1995, jur., p. 621, note S. Piedelièvre, RTD civ. 1996, p. 385, obs. J. Mestre, RJDA 12/95, n° 1400). Ni les compétences de l'emprunteur, ni le fait que celui-ci ait sollicité le prêt à titre professionnel n'étaient, selon cette chambre, de nature à dispenser le banquier de son

### Extraits

➔ 002 : Cass. com., 22 mars 2005, n° 02-20.678

« ... la circonstance que le crédit de trésorerie ait été accordé à une entreprise, avant toute activité et pour en permettre le démarrage, afin de financer l'activité d'achat et de revente de produits n'est pas de nature à lui seul à caractériser un comportement fautif de la banque ... ».

➔ 003 : C. com., art. L. 650-1 nouveau

« Les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci. Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles. »

obligation de conseil. Ils n'avaient d'impact que sur son intensité.

Par une série de quatre arrêts du 12 juillet 2005, la première chambre civile revient heureusement sur cette position en rapprochant son analyse de celle suivie par la Chambre commerciale (Cass. com., 21 juin 2005, n° 03-16.254 ➔ 004). Les emprunteurs dits « avertis » ne sauront dorénavant plus se plaindre d'avoir obtenu des crédits dépassant leurs capacités financières. Il n'en va autrement que dans l'hypothèse tout à fait exceptionnelle où la banque aurait eu connaissance d'éléments négatifs sur la situation financière de son client, ignorés en revanche par celui-ci, et sur lesquelles elle n'aurait pas attiré son attention (Cass. 1re civ., 12 juill. 2005, n° 03.10.770 ➔ 005). L'emprunteur était, en l'espèce, dirigeant de société. Dans l'une des autres affaires du 12 juillet 2005 (Cass. 1re civ., 12 juill. 2005, n° 02-13.155 ➔ 006), il s'agissait de cadres supérieurs, qui réalisaient habituellement des opérations immobilières pour lesquelles ils avaient demandé un financement. Ces derniers avaient d'ailleurs cru pouvoir se plaindre du seul fait que les échéances de leur prêt étaient supérieures aux rémunérations fixes dont ils disposaient lors de la conclusion du crédit sans tenir aucun compte des autres sources de revenus dont ils jouissaient depuis. La Cour de cassation en a profité pour rappeler (v. Cass. com., 21 juin 2005, n° 04-10.179, inédit) que la banque prêteuse était de toute manière autorisée à inclure dans son

appréciation les revenus prévisibles de l'emprunteur. Comment pourrait-on raisonnablement tenir un autre discours alors que l'analyse d'un risque de crédit suppose par nature d'anticiper l'évolution de la situation financière du client ?

Vis-à-vis de l'emprunteur profane, le banquier prêteur de deniers encourt logiquement une responsabilité plus lourde. Il doit veiller à ne pas inciter celui-ci à souscrire un crédit dont il est probable qu'il n'aura pas les moyens de l'honorer. Ceci suppose une double démarche active de sa part. Le prêteur professionnel doit d'abord évaluer les capacités de remboursement du candidat au crédit et vérifier si celles-ci sont en adéquation avec l'opération envisagée. Dans la mesure où il arrive à la conclusion que le crédit sollicité dépasse sensiblement les ressources du client, il doit le mettre en garde contre le danger qui le guette. C'est en ces termes qu'un troisième arrêt de la première chambre civile du 12 juillet 2005 (Cass. 1re civ., 12 juill. 2005, n° 03-10.921 ➔ 007) estime qu'une banque a pu faillir à ses devoirs vis-à-vis d'un couple auquel elle avait consenti un prêt destiné à financer l'acquisition d'une maison d'habitation dont celui-ci n'était pas en mesure d'assurer le remboursement. La première chambre civile se garde toutefois de se référer à l'existence d'une obligation de conseil, comme elle avait pu le faire auparavant (Cass. 1re civ., 27 juin 1995, préc.). Il s'agit là, à notre sens, d'une sage prudence. Cerner les contours précis d'un

## Extraits

➔ 004 : Cass. com., 21 juin 2005, n° 03-16.254

« ... Mais attendu qu'après avoir constaté que M. X... pharmacien diplômé depuis douze ans, était parfaitement informé sur l'officine acquise, dans laquelle il travaillait depuis dix ans et dont il connaissait la gestion et les perspectives envisageables, la cour d'appel, répondant aux conclusions prétendument délaissées, a relevé que celui-ci avait, à partir d'une étude établie par son expert-comptable, misé sur une progression rapide du chiffre d'affaires ; qu'en l'état de ces constatations desquelles il résultait que M. X... était parfaitement informé des risques qu'il prenait, la cour d'appel a pu décider que la Caisse n'avait pas manqué à son obligation de conseil ... ».

➔ 005 : Cass. 1re civ., 12 juill. 2005, n° 03-10.770

« ... C'est à bon droit que l'arrêt énonce que, ne prétendant pas que le Crédit lyonnais aurait eu sur sa situation financière des renseignements que lui-même aurait ignorés, M. X..., emprunteur averti, ne peut faire grief à cette banque de lui avoir accordé un prêt qu'il avait lui-même sollicité ; qu'aucun des griefs n'est donc fondé ... ».

➔ 006 : Cass. 1re civ., 12 juill. 2005, n° 02-13.155

« ... Attendu, d'abord, que la cour d'appel a relevé, par motifs propres et adoptés, que les époux X..., cadres supérieurs ayant créé une société qui avait pour objet la réalisation d'opérations immobilières, étaient des emprunteurs avertis, qu'aux revenus certains dont ils faisaient état en 1990 au titre de leurs

emplois, devaient être ajoutés les revenus allant raisonnablement leur échoir au titre de leurs activités professionnelles secondaires, qu'il y avait lieu ainsi de prendre en compte les dividendes et la rémunération que Mme X... entendait percevoir au titre de la société créée dont les époux X... étaient les seuls actionnaires, ainsi que ses prévisions de résultat et ses perspectives, celle-ci ayant démarré sous les meilleurs auspices, et qu'en outre les époux X..., condamnés pour soustraction frauduleuse à l'établissement et au paiement de l'impôt sur le revenu au titre de l'année 1990 percevaient d'autres revenus tirés de diverses activités ; que sans être tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, elle a pu en déduire que la BNP-Paribas n'avait pas commis de faute ... ».

➔ 007 : Cass. 1re civ., 12 juill. 2005, n° 03-10.921

« ... Mais attendu qu'après avoir analysé les facultés contributives des époux X..., en tenant compte notamment des revenus produits par la location de la maison achetée au moyen du prêt litigieux, la cour d'appel, constatant que les emprunteurs ne pouvaient faire face aux échéances de ce prêt avec leurs revenus locatifs, non plus qu'avec leurs très modestes ressources, a retenu que la banque avait méconnu ses obligations à l'égard de ces emprunteurs profanes en ne vérifiant pas leurs capacités financières et en leur accordant un prêt excessif au regard de leurs facultés contributives, manquant ainsi à son devoir de mise en garde ; qu'elle a légalement justifié sa décision de ce chef ... ».

devoir de conseil n'est pas chose aisée (D. Legeais, L'obligation de conseil de l'établissement de crédit à l'égard de l'emprunteur et de sa caution, in *Mélanges AEDBF II*, 1999, p. 257). Dans l'hypothèse qui nous concerne, il s'agit d'ailleurs avant tout de déconseiller une opération plus que de guider le client entre diverses solutions pour satisfaire ses désirs de crédit. L'obligation de mise en garde répond plus exactement à cet impératif. Elle présente, par ailleurs, l'avantage de ne pas heurter le devoir classique du banquier de ne pas s'immiscer dans les affaires de ses clients (Th. Borneau, *Droit bancaire*, Montchrestien, coll. « Domat », 6e éd., 2005, n° 405).

À cet égard, le quatrième arrêt de la série (Cass. 1re civ., 12 juill. 2005, n° 03-10.115 ➔ 008) se démarque quelque peu des autres. Une banque, qui avait ouvert plusieurs comptes à une même cliente, voit ici sa responsabilité engagée au motif qu'elle n'a pas pris soin d'éclairer celle-ci, au moment où elle lui a accordé un prêt pour couvrir la position débitrice de son compte de dépôt, sur les avantages et inconvénients du recours au crédit par rapport à la mobilisation de l'épargne figurant sur d'autres comptes. La Cour rattache cependant ce devoir de conseil à la qualité de « gestionnaire des comptes » plutôt qu'à l'opération de crédit à proprement parler. Car le vrai reproche que l'on pouvait adresser en l'espèce à la banque était d'avoir abusé de la naïveté de son client qui avait accepté de lui payer des intérêts dont le montant dépassait sans doute sensiblement ceux auxquels il aurait dû renoncer sur son compte d'épargne. Un tel comportement méritait d'être sanctionné sur le fondement de la déloyauté indépendamment de l'existence d'un devoir de conseil sur l'opportunité d'un crédit.

Que le banquier ait manqué à une obligation de conseil ou au devoir de mise en garde, la sanction adéquate est offerte par les règles de la responsabilité civile. Sauf à démontrer que le client était véritablement victime d'un dol, l'existence du crédit désavantageux ou inopportun ne devrait pas être remise en cause. L'appréciation du préjudice, qui relève du pouvoir souverain des juges du fond, n'est évidemment pas toujours aisée. La perte du bénéfice des intérêts devrait constituer la mesure ordinaire, comme l'admet implicitement la Cour de cassation dans l'une des affaires précitées (Cass. 1re civ., 12 juill. 2005, n° 03-10.921). L'action engagée contre la banque ne devrait pas, hormis circonstances exceptionnelles, délier l'emprunteur de rendre au moins ce qu'il a reçu.

### C - Responsabilité envers la caution

Les dirigeants de sociétés qui se sont portés cautions de leur entreprise sont généralement mal placés pour reprocher à la banque de celle-ci de lui avoir consenti un crédit qu'elle n'était, en définitive, pas capable de rembourser. Car il leur sera pratiquement impossible de se plaindre de s'être mépris sur la portée et les dangers de leur garantie alors qu'ils disposent, en principe, d'un meilleur niveau d'information sur la situation de leur entreprise et ses perspectives que tout banquier. Certes les dirigeants de petites et moyennes entreprises n'ont-ils le plus souvent

aucun choix pour refuser leur garantie au banquier qui accepte de financer leur entreprise. La Cour de cassation y reste insensible en refusant de retenir la responsabilité de la banque tant que celle-ci ne savait pas positivement que l'emprunteur se trouvait, au moment de recevoir le prêt, déjà dans une situation irrémédiablement compromise et ne s'est pas abstenue d'en prévenir la caution qui, du fait de circonstances exceptionnelles, n'en était pas consciente (Cass. com., 21 juin 2005, n° 04-14.132, RD bancaire et financier sept.-oct. 2005, p. 21, obs. D. Legeais). Exceptionnellement, la bonne foi de la banque peut toutefois être mise en cause et, partant, sa responsabilité engagée. Un arrêt de la Chambre commerciale, en date du 20 septembre 2005 (Cass. com., 20 sept. 2005, n° 03-19.732 ➔ 009), en fournit une illustration. La faute commise par la banque consistait, en l'espèce, à ne pas avoir communiqué aux cautions d'une société franchisée le dossier qu'elle tenait du franchiseur et dont il résultait que la première était vouée à un échec « prévisible et même probable ». Un tel cas de figure devrait se présenter rarement. La voie de secours de l'action en responsabilité reste donc étroite pour les cautions dirigeantes.

## III - COMPTES

### A - Effet extraterritorial des saisies

Une salariée créancière de son ancien employeur, société de droit monégasque, à la suite d'un contentieux prud'homal dénoué en sa faveur, pratiquait une saisie-attribution au siège social en France d'une banque ayant également une succursale à Monaco. La banque tiers saisie déclara les sommes qu'elle détenait dans la Principauté mais avertit simultanément la saisissante qu'en vertu de la législation locale, elle ne pourrait pas procéder à leur blocage.

L'argument mis en avant par le demandeur s'appuyait sur les articles L. 210-6 du Code de commerce et 1837 du Code civil ainsi que sur le principe de l'universalité du patrimoine. En effet, la particularité d'une succursale est de ne pas avoir de personnalité juridique propre. Elle n'est qu'un démembrement physique du siège social de la banque. La jurisprudence en a conclu que la banque devait déclarer les sommes qu'elle détenait pour le compte du débiteur saisi dans ses succursales, fussent-

#### Extraits

➔ 008 : Cass. 1re civ., 12 juill. 2005, n° 03-10.115

« ... Qu'en se déterminant par de tels motifs, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si lors de la souscription de chacun des crédits consentis à Françoise X... par la banque, celle-ci avait, comme elle y était tenue en tant que gestionnaire de comptes, éclairé sa cliente sur les avantages et inconvénients du choix qui s'offrait alors à cette dernière, pour couvrir le solde débiteur de son compte de dépôt, entre le recours au crédit et la mobilisation de l'épargne figurant sur ses autres comptes, la cour d'appel, qui s'est fondée sur des motifs inopérants, n'a pas donné de base légale à sa décision, de ce chef ... ».

elles situées à l'étranger (Cass. com., 30 mai 1985, n° 82-13.334, Rev. crit. DIP 1986, p. 329, note H. Battifol, et qui concernait une saisie-arrêt selon le droit antérieur ; J.-M. Delleci, La déclaration des avoirs déposés chez une succursale étrangère. À propos d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 30 janvier 2002 en matière d'obligation d'information du banquier tiers saisi, RD bancaire et financier mai-juin 2003, p. 179). Même cette première phase déclarative peut en pratique se heurter à un obstacle juridique insurmontable : le secret bancaire imposé par la loi du lieu où est installée la succursale (J.-P. Mattout, Droit bancaire international, Revue Banque Éditeur, 3e éd., 2004, n° 25).

Mais à supposer cette difficulté inexistant ou surmontée, la phase suivante de la saisie, c'est-à-dire la phase de blocage ou attributive, se heurtera nécessairement à l'impossibilité de se produire spontanément à l'étranger, malgré l'unicité de personnalité juridique, en vertu de la territorialité des voies d'exécution, qui n'est qu'un aspect de la souveraineté de chaque État (CA Paris, 8e ch., sect. B, 31 mars 2005, P. Rocheton c/ BNP Paribas ► 010). Comment en effet admettre qu'une telle saisie puisse produire effet de blocage ou attributif, qui est une mesure portant atteinte aux droits du débiteur saisi, sans un ordre ou une autorisation de l'autorité du pays où sont situés les comptes saisis ? Là aussi, cela supposerait que le droit français admette la réciprocité et donne effet sur des comptes ouverts en France à une saisie pratiquée à l'étranger et notifiée dans une quelconque succursale étrangère d'une banque française. Ce n'est naturellement pas le cas.

La jurisprudence anglaise ayant eu à connaître de la même problématique a donné la même réponse que la cour d'appel de Paris, mais sur un fondement différent. En effet, elle a estimé qu'elle ne pouvait autoriser en Grande-Bretagne une saisie portant sur une créance localisée à l'étranger si, selon le droit applicable à cette

créance, la saisie n'entraîne pas la libération du tiers saisi qui risquerait sinon de devoir payer deux fois (House of Lords, Sté Eram Shipping Co. Ltd. vs Hong Kong and Shanghai Banking corp. Ltd., 2003, Journal of International Banking Law and Regulation 2004, p. 157, obs. A. McKnight). La Chambre des Lords a aussi refusé une telle saisie sur le fondement de l'article 22 (5) du règlement n° 44/2001, qui a remplacé la Convention de Bruxelles (Règl. n° 44/2001, 22 déc. 2000, JOCE 16 janv. 2001, n° L 12, p. 1), et qui prévoit que les tribunaux d'un État contractant ou membre ont seuls compétence dans les affaires d'exécution des jugements de cet État, considérant qu'une saisie était une procédure d'exécution *in rem* et que, la dette étant située à l'étranger (en Suisse, en l'occurrence), seuls les tribunaux de cet État pouvaient prononcer la mesure demandée (House of Lords, Kuwait Oil Tanker Co. SAK vs UBS AG, 2003, Journal of International Banking Law and Regulation 2004, p. 159, obs. A. McKnight).

Cette solution est satisfaisante dans la mesure où elle est respectueuse de la réalité internationale et de la souveraineté des États. Elle n'en soulève pas moins la question de savoir quel intérêt revêt l'obligation jurisprudentielle faite aux banques françaises de déclarer au créancier saisissant les avoirs existant à l'étranger qu'elles ne peuvent ni bloquer ni attribuer. L'information reçue par le saisissant est elle-même sans réel intérêt car elle ne lui permet pas, dans un délai suffisamment rapide, d'aller exercer une action sur le compte en saisissant les tribunaux locaux ou en requérant l'exequatur de la décision française.

## B - Convention d'unité de compte

Lors de l'ouverture de son compte courant en 1991, le titulaire, qui avait sans doute besoin d'avoir deux sous-comptes dans des monnaies différentes (francs et dollars),

### Extraits

► 009 : Cass. com., 20 sept. 2005, n° 03-19.732

« ... Mais attendu que l'arrêt relève que la crédit-bailleresse ne conteste pas que le dossier, établi par la société Primevère, lui a été transmis directement par cette dernière, qu'elle n'en a pas donné connaissance aux cautions, n'a pas vérifié que celles-ci avaient eu connaissance des éléments qu'il contenait, et qu'elle disposait ainsi d'éléments d'appréciation ignorés des cautions ; qu'il constate encore que "le compte prévisionnel type", apparemment établi en 1989, sur lequel la crédit-bailleresse a fondé sa décision en 1992 porte sur les années 1990 à 1994 ; quand l'exploitation de l'hôtel n'a commencé qu'à la fin de l'année 1992, que les conditions économiques étaient devenues globalement moins favorables et que les chiffres de ce compte étaient néanmoins alarmants, le résultat net comptable étant négatif pour les trois premières années, l'équilibre ne devant être atteint que la quatrième année avec un taux d'occupation de 70 %, hypothèse très optimiste ; qu'il retient aussi qu'un professionnel du crédit ne pouvait que déduire des éléments contenus dans ce dossier et l'échec prévisible et même probable de l'opération entreprise ;

qu'en l'état de ces constatations et appréciations faisant ressortir que la crédit-bailleresse détenait, au moment de la conclusion du cautionnement, des informations sur la viabilité de l'opération entreprise par la société emprunteuse dirigée par les cautions, que, par suite de circonstances exceptionnelles, ces dernières ignoraient, la cour d'appel a pu en déduire que cette crédit-bailleresse avait manqué à son obligation de contracter de bonne foi à l'égard de ces cautions ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ... ».

► 010 : CA Paris, 31 mars 2005, P. Rocheton c/ BNP Paribas

« ... Les procédures d'exécution sont soumises au principe de territorialité. L'effet attributif d'une saisie pratiquée sur le sol français ne peut jouer, par-dessus les frontières, sur les fonds se trouvant sur un compte bancaire situé à l'étranger soumis à une législation interne propre. La banque tiers saisi en France ne peut être contrainte matériellement au rapatriement en France des fonds que sa succursale monégasque détient, pour un tiers, en principauté de Monaco ... ».

le subdivisa en deux sous-comptes dans ces deux monnaies et accepta de signer une convention d'unité de compte. Le sous-compte en dollars fut clôturé d'autorité par la banque pour persistance d'une position débitrice non autorisée, avec effet au 9 juin 1997. Première surprise, sans doute, qui revient à nier l'unité de compte !

Cependant, quelques jours auparavant, une saisie conservatoire fut pratiquée par un créancier et la banque bloqua le sous-compte en francs. Seconde surprise dans la mesure où, là encore, la solution choisie par la banque revenait à nier l'existence d'un seul et même compte.

Avant comme après la saisie, le titulaire du compte ordonna un virement du compte en francs vers le compte en dollars pour couvrir la position débitrice, mais la banque refusa d'y donner suite. Quelques jours plus tard, la banque réclamait à son client le solde après compensation entre les deux sous-comptes.

Le titulaire poursuivit la banque pour refus d'avoir exécuté les virements ordonnés. La défense de la banque reposait principalement sur le fait qu'elle était en droit de n'invoquer la convention d'unité de compte qu'au moment de sa clôture et non pendant son fonctionnement. Si l'argument devait convaincre la cour d'appel, il manqua son objectif devant la Cour de cassation qui jugeait que la banque qui avait fait fonctionner comme des comptes indépendants des comptes compris dans une convention d'unité de compte ne pouvait ensuite en revendiquer le bénéfice sans manquer à son obligation d'exécuter de bonne foi la convention (Cass. com., 8 mars 2005, n° 02-15.783, Bull. civ. IV, n° 44, p. 49, D. 2005, p. 883, obs. X. Delpech, RD bancaire et financier mai-juin 2005, p. 9, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard, RTD com. 2005, p. 397, obs. D. Legeais ; M. Cohen-Branche, Rapport, LPA 25 mars 2005, p. 17, Banque et droit juill.-août 2005, p. 67, obs. Th. Bonneau).

Naturellement, il est parfaitement possible de convenir que différents comptes d'un même titulaire dans une même banque ont vocation, au moment de leur clôture, à voir leurs soldes respectifs se compenser. Cette convention est alors une convention de compensation qui laisse chacun des comptes fonctionner de façon indépendante des autres avant leur clôture.

Telle n'est pas en principe la vocation de la convention de fusion ou d'unité de compte qui vise à assurer à tout instant l'unicité du compte et, partant, de la position fusionnée, tant dans les rapports entre la banque et son client, que vis à vis des tiers et tout particulièrement des créanciers saisissants.

Il n'est pas possible de prétendre une chose et son contraire. Telle est la leçon administrée à la banque teneur de compte. Le discrétionnaire se combine mal avec la bonne foi dans l'exécution des conventions.

#### IV - PAIEMENTS

**Annulation de virement.** - Le virement bancaire constitue de loin le principal vecteur de la monnaie scripturale. Il est essentiel que les transferts qui reposent sur sa technique s'accomplissent de manière sûre et défi-

nitive. C'est la raison pour laquelle il est admis que la banque destinataire d'un virement, qui en a crédité le montant sur le compte du bénéficiaire apparent, est dégagée de toute obligation de restitution, alors même que les fonds lui ont été adressés à la suite d'une erreur, lorsque ceux-ci ont été absorbés par la position débitrice du compte de son client (Cass. com., 19 déc. 2000, n° 97-15.394, Bull. civ. IV, n° 193, p. 169, D. 2002, p. 640, obs. D. Martin, RTD com. 2001, p. 749, obs. M. Cabrillac, RD bancaire et financier mars-avr. 2001, p. 78, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard).

Le caractère abstrait du virement connaît toutefois des limites. Il cède, en particulier, devant l'hypothèse où l'absence de cause a été portée à temps à la connaissance de la banque qui doit recevoir les fonds.

C'est ce que rappelle la Cour de cassation dans un arrêt du 8 mars 2005 (Cass. com., 8 mars 2005, n° 02-15.539, inédit). Se rendant compte qu'elle venait d'exécuter à deux reprises le même ordre de virement, une banque s'est dépêchée de prévenir immédiatement sa correspondante destinataire du transfert de l'erreur qu'elle venait de commettre. Celle-ci n'avait alors pas encore reçu les fonds. Mais lorsqu'ils lui sont parvenus le lendemain, elle crédita sans sourciller le compte de son client. Par malchance, ce dernier était placé le même jour en redressement judiciaire.

Tant pis pour la banque du bénéficiaire, décida la Cour de cassation : « dûment avertie du caractère indu du virement qu'elle était susceptible de recevoir », elle aurait dû « prendre toute disposition utile pour que, dans l'hypothèse où ils lui seraient effectivement transférés, les fonds litigieux ne soient pas inscrits au crédit du compte de sa cliente ».

#### V - CRÉDITS

##### A - Garantie à première demande

La pratique des garanties autonomes à première demande est maintenant largement installée dans les opérations internationales et conquiert chaque jour du terrain dans les opérations internes. Leur régime juridique est aussi largement stabilisé, grâce à une action continue et cohérente de la jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation.

La question qui donne aujourd'hui le plus lieu à contentieux est celle de la qualification de l'instrument soit en cautionnement, soit en garantie autonome. Le régime juridique des deux institutions, aux fonctions économiques si proches, est si différent que, bien souvent, selon la qualification retenue, la solution pratique pourra être très différente, voire opposée.

À l'instar de la Chambre de commerce internationale qui s'est efforcée de moraliser les garanties à première demande en systématisant les garanties à première demande justifiées dans sa brochure n° 458 sur les « Garanties sur demande » (J.-P. Mattout et A. Prüm, Les règles uniformes de la CCI pour les garanties sur demande, Banque et droit juill.-août 1993, p. 3), en demandant au bénéficiaire d'indiquer la raison précise pour laquelle il met en jeu la

garantie, la pratique s'oriente dans le même sens, en requérant aussi parfois des demandes de paiement qu'elles soient accompagnées de certains documents justificatifs. Les donneurs d'ordre sont alors tentés de voir dans l'obligation de joindre des « justificatifs » une obligation pour le garant d'en vérifier la véracité ou le bien-fondé et, partant, de solliciter des tribunaux qu'ils requalifient la garantie en cautionnement.

La Cour de cassation ne cède pas à cette tentation. À juste titre.

Motiver une demande de paiement remplit deux fonctions :

- une fonction préventive, dans la mesure où la motivation responsabilise le bénéficiaire qui s'apprête à appeler la garantie ; en le forçant à en indiquer la raison, il ne peut que se sentir contraint d'agir raisonnablement ;
- une fonction curative, dans la mesure où, après le paiement par le garant, le donneur d'ordre dispose d'un moyen d'action plus aisé pour poursuivre en remboursement le bénéficiaire qui se serait appuyé sur un motif faux ou erroné.

En cela, les garanties justifiées équilibrent la balance des intérêts entre les protagonistes de façon plus satisfaisante que les garanties sur simple demande, mais à condition aussi qu'elles ne fournissent pas de faux prétextes à des tentatives de requalification en cautionnement.

C'est ce que la Cour de cassation a bien compris et a voulu signifier dans ces deux décisions clairement « régulatrices » (Cass. com., 12 juill. 2005, n° 03-20.364 et n° 03-20.365 ➔ 011, D. 2005, p. 2214, obs. X. Delpech). C'était sans doute une condition indispensable au développement des garanties à première demande justifiées, par rapport aux garanties sur simple demande.

## B - Garantie des crédits

### 1°/ Lettre d'intention

Il y a bien des façons de dire à un banquier que l'on entend soutenir sa filiale en cas de difficulté. La déclaration la plus claire et la plus chaleureuse porte le nom de « cautionnement solidaire » ou de « garantie à première demande ». En dehors de ces figures au style imposé, les figures libres portent souvent le nom ambigu de « lettre d'intention ». De l'intention à l'action il peut y avoir plus que de la coupe aux lèvres. Les formulations sont si variées qu'elles peuvent se limiter à un engagement de ne pas céder sa participation dans la filiale sans en informer la banque, ou s'étendre à une véritable obligation de se substituer dans le paiement si d'autres moyens plus indirects de remettre à flot la filiale se sont avérés sans résultat.

Le nécessaire est ce à quoi on ne peut échapper. Dès lors, s'engager à « faire le nécessaire » est certes une obligation de faire mais à laquelle on ne peut se soustraire si le résultat — qui est le plus souvent le remboursement des crédits consentis par la banque à la filiale — n'est pas atteint. La Cour de cassation a bien raison de continuer de donner leur vrai sens aux mots (Cass. com., 19 avr. 2005, n° 03-11.567 et n° 01-12.347 ➔ 012) et d'en conclure

que la banque n'avait pas à administrer la preuve que le signataire de la lettre avait commis une faute pour obtenir le remboursement des concours (Cass. com., 26 févr. 2002, n° 99-10.729, Bull. civ. IV, n° 43, p. 43 ; Cass. com., 9 juill. 2002, n° 96-19.953, Bull. civ. IV, n° 117, p. 126, RJDA 1/03, n° 75, p. 56). Il suffisait de constater qu'ils restaient impayés.

La rigueur dans l'interprétation de la portée de l'engagement et sa qualification doit commander une cohérence quant à son régime. Aussi est-il normal qu'un tel engagement soit considéré comme une garantie au sens de l'article L. 225-35, alinéa 4, du Code de commerce et qu'il nécessite pour sa validité l'autorisation préalable du conseil d'administration. En effet, il porte la marque distinctive des types d'obligations pour lesquels les organes de la société doivent intervenir, par exception à la plénipotence usuelle dont bénéficient les dirigeants de sociétés dans notre droit : l'engagement du patrimoine social pour couvrir la dette d'autrui. Aussi, la banque qui n'aurait pas demandé la preuve de cette autorisation préalable aurait elle-même ainsi agi à la légère, voire dénié elle-même toute portée contraignante à la lettre d'intention pourtant demandée.

La cohérence implique aussi, pour la société émettrice, qu'elle procède à la comptabilisation correcte de la lettre d'intention dans ses engagements donnés au hors bilan. Il faut sans doute se demander si l'émetteur d'une lettre d'intention comportant une obligation de résultat ne s'éviterait pas bien des incertitudes, et peut-être de faux espoirs, en souscrivant directement un cautionnement.

### Extraits

#### ➔ 011 : Cass. com., 12 juill. 2005 (2 espèces)

1<sup>re</sup> espèce (n° 03-20.364) : « ... N'est pas sérieusement contestable le caractère autonome de la garantie résultant de la stipulation par laquelle le garant, dans la limite d'un montant déterminé, s'engage à payer toute somme réclamée par le bénéficiaire, sans pouvoir différer le paiement ni soulever d'exception; l'exigence formelle de la production de pièces justificatives ne conférant pas au garant une quelconque faculté d'en discuter le bien-fondé ... ».

2<sup>e</sup> espèce (n° 03-20.365) : « ... l'exigence d'une demande "justifiée", qui ne confère pas au garant une quelconque faculté d'en discuter le bien-fondé; ne suffit pas à exclure la qualification de garantie autonome ... ».

#### ➔ 012 : Cass. com., 19 avr. 2005 (2 espèces)

1<sup>re</sup> espèce (n° 03-11.567) : « ... La société qui s'oblige à faire le nécessaire pour que sa filiale respecte ses engagements envers un tiers contracté à l'égard de celui-ci une obligation de faire qui s'analyse en une obligation de résultat ... ».

2<sup>e</sup> espèce (n° 01-12.347) : « ... La cour d'appel a décidé à bon droit que, par ces termes, [la société mère] a souscrit une obligation de faire qui s'analyse en une obligation de résultat constitutive d'une garantie nécessitant l'autorisation du conseil d'administration ... ».



## 2°/ Inclusion du droit préférentiel de souscription dans l'assiette du gage

Le directeur général et actionnaire d'une société avait sollicité plusieurs prêts de son banquier. En garantie de ses engagements, il avait remis en nantissement des actions de sa société. Dans le cadre d'une restructuration de ces crédits, l'emprunteur obtint au profit de son prêteur que deux autres actionnaires et dirigeants de la société consentent à leur tour un gage sur comptes d'instruments financiers contenant des actions de la même société et tenus dans une autre banque.

La société procéda quelque temps plus tard à une augmentation de capital en numéraire avec maintien du droit préférentiel de souscription. La banque teneur des comptes d'instruments financiers demanda alors l'autorisation à la banque créancière gagiste de pouvoir librement disposer des droits préférentiels de souscription (DPS) en faveur de leurs propriétaires, ce qui lui fut refusé. La banque créancière gagiste prit soin de faire ordonner en référé la vente des DPS et d'en faire séquestrer le produit dans l'attente d'une décision au fond.

Au titre de l'action au fond, le TGI de Nanterre ordonnait, le 18 mars 2004, que le produit de cette vente soit porté au crédit des comptes d'instruments financiers, estimant que « les droits préférentiels de souscription attachés aux actions font partie de l'assiette du gage de comptes d'instruments financiers ».

La cour de Versailles a repris la solution et sa motivation à son compte (CA Versailles, 19 mai 2005, n° 265, A. Kniazeff et autres c/ BNP Paribas et autres ➔ 013). Elle s'est appuyée sur les dispositions de l'article L. 431-4 du Code monétaire et financier dans sa rédaction antérieure à la réforme du 24 février 2005 (➔ 014) et a rejeté les arguments adverses qui tendaient à interpréter le terme « complément » visé dans le texte, comme se référant à une clause d'arrosage. La clause d'arrosage, classique dans le gage d'instruments financiers, est celle par laquelle le constituant s'engage à compléter le gage par de nouveaux instruments si la valeur de ceux déjà remis vient à baisser en dessous d'un certain plancher. Bien différente est la question de savoir si le DPS attaché à des actions est nécessairement inclus dans l'assiette du gage.

Le DPS n'est pas un fruit et appartient à ce titre au nu-propriétaire (C. com., art. L. 225-140). Il n'est pas davantage un produit comme le serait un dividende payé en numéraire ou en actions. Restait alors la qualification générale et imprécise de « complément » visée par le texte pour asseoir la décision. Cette qualification convient cependant dans la mesure où le DPS est un droit clairement attaché à l'action, même s'il peut s'en détacher et se négocier indépendamment. Retenir autre chose aboutirait à faire subir à l'actionnaire, et au-delà au créancier gagiste, une perte de substance et de valeur de ses actions, la fonction du DPS étant justement de compenser la perte de valeur des actions anciennes qui résultera mécaniquement de la dilution provenant de l'augmentation du nombre d'actions.

La cour écarte aussi l'argument tiré du fait que la mention manuscrite de l'acte de nantissement ne faisait aucune référence aux DPS, estimant que cette absence de mention n'avait pas pour effet de les exclure et rappelle que le compte gagé constitue une universalité susceptible d'accroissement ou de modification de sa constitution d'origine.

Ce dernier argument aurait été par lui-même suffisant pour justifier la solution, dans la mesure où, que le DPS ait été exercé ou vendu, n'en restaient pas moins inclus les nouvelles actions souscrites ou le produit de la vente des droits dans le compte gagé d'instruments financiers, sauf accord contraire du créancier gagiste. C'est le propre de cette sûreté que de porter sur le compte et non sur les instruments pris individuellement qui le composent (H. Le Nabasque, J.-M. Gaillard et M. Baffreau, L'assiette du nantissement de compte d'instruments financiers, RD bancaire et financier 1998, p. 81 et s. et p. 125 et s.), même si le point fait l'objet de discussion de la part de certains (H. Synvet, L'objet du gage de compte d'instruments financiers, in Droit et actualités, Mélanges J. Béguin, Litec, 2005, p. 719).

C'est le mérite de cette décision que de se prononcer pour la première fois, à notre connaissance, sur cette question et de le faire avec justesse. La réforme du gage d'instruments financiers intervenue en février 2005 va dans le même sens, tout d'abord en étendant pleinement le régime de ce gage aux titres nominatifs, et ensuite en levant les incertitudes nées au sujet de l'extension du gage aux nouveaux instruments financiers inscrits dans le compte postérieurement et sans lien objectif avec les précédents déjà inscrits au compte gagé (D. Robine, La réforme du gage d'instruments financiers par l'ordonnance n° 2005-171 du 24 février 2005, Bull. Joly Bourse 2005, p. 400). Le projet de réforme des sûretés se prononce toutefois pour une certaine limitation des possibilités d'extension de l'assiette du gage et vers un glissement du nantissement

### Extraits

➔ 013 : CA Versailles, 19 mai 2005, A. Kniazeff et autres c/ BNP Paribas et autres

« ... Les droits préférentiels de souscription attachés aux actions figurant dans les comptes gagés et distribués en complément de ces dernières ont intégré l'assiette du gage constitué et sont compris dans celle-ci ; il en est de même du produit en monnaie de la vente de ces droits préférentiels de souscription.

Le compte gagé constitue une universalité susceptible d'accroissement ou de modification de sa constitution d'origine ... ».

➔ 014 : C. mon. et fin., art. L. 431-4, 1 (avant la réforme du 24 février 2005)

« Les instruments financiers figurant dans le compte gagé, ceux qui leur sont substitués ou les complètent de quelque manière que ce soit, ainsi que leurs fruits et produits en toute monnaie, sont compris dans l'assiette du gage. »

de compte à celui du nantissement des instruments financiers (P. Crocq, La future réforme du droit français des sûretés réelles, RLDC oct. 2005, n° 20, n° 829, p. 27 et s., spéc. p. 34). Il fait toutefois l'objet de vifs débats.

### 3°/ Nantissement de contrat d'assurance-vie

Le régime traditionnel du gage avec dépossession n'a de toute évidence pas été conçu pour l'hypothèse, pourtant aujourd'hui sans doute la plus fréquente, où la garantie porte sur des meubles incorporels ou des ensembles de biens. Il laisse, dans ce cas, planer des doutes sur les conséquences précises de la constitution de la sûreté et, tout particulièrement, sur l'étendue des droits respectifs du constituant et du bénéficiaire sur la chose engagée.

Il faut saluer ici l'arrêt de principe de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 12 juillet 2005 (Cass. com., 12 juill. 2005, n° 04-10.214, RD bancaire et financier sept.-oct. 2005, p. 23, obs. D. Legeais, D. 2005, p. 2142, obs. X. Delpech), par lequel celle-ci vient éclairer une question fondamentale du régime des nantissements de police d'assurance vie en unités de compte. Le litige trouvait son origine dans les arbitrages que le titulaire de trois polices d'assurance continuait à opérer entre les différents supports en valeurs mobilières disponibles auprès de son assureur après avoir nanti ces contrats au profit d'un établissement de crédit qui lui avait consenti un prêt. Les premiers mouvements s'étant avérés peu judicieux, la banque bénéficiaire du gage s'est opposée aux nouveaux ordres d'arbitrage que le titulaire avait adressés à la compagnie d'assurance. Celle-ci s'était alors abstenue d'exécuter les instructions de son client. Devant ce refus, le titulaire résilia les polices et engagea une action en responsabilité contre la banque bénéficiaire du gage et sa compagnie d'assurance. L'une et l'autre ont été condamnées en appel. Dans leur pourvoi, elles reprochaient essentiellement à l'arrêt d'avoir méconnu le droit du créancier gagiste de préserver la valeur de son gage, qui lui permettait, en particulier, de s'opposer aux arbitrages demandés par le titulaire des polices d'assurance.

La Cour de cassation rejette leur prétention au motif que si la dépossession « fait perdre au constituant une partie de ses prérogatives sur la chose donnée en gage », elle « ne les confère pas pour autant au créancier nanti, qui dispose, en sa qualité de dépositaire de la chose jusqu'à sa restitution, du seul pouvoir de les garder et conserver sans acquérir celui d'en user ni de l'administrer ». Cette solution ne peut être qu'approuvée. Comme le remarque un commentateur, « c'est la seule qui soit compatible avec le maintien de la propriété du bien assiette de la garantie au constituant » (D. Legeais, préc.).

Le créancier gagiste qui craint que les initiatives du constituant puissent porter trop gravement atteinte à la valeur de sa garantie doit prendre soin de priver ce dernier de son pouvoir de gérer les supports sur lesquels repose la police d'assurance ou du moins d'en restreindre l'exercice par une clause appropriée du contrat de nantissement. Or une telle clause faisait défaut dans le nantissement litigieux. Faute d'avoir pris cette précaution, le créancier ne pouvait s'opposer aux arbitrages initiés

par le titulaire de la police, pas plus que la compagnie d'assurance ne devait tenir compte de l'avis du premier (Cass. com., 12 juill. 2005, n° 04-10.214, préc. ➔ 015).

La solution retenue par la Cour de cassation a, au surplus, le mérite d'éviter une discordance inappropriée entre le nantissement de polices d'assurance-vie en unités de compte et le gage de comptes d'instruments financiers. Dans les deux cas, la sûreté repose en définitive sur un portefeuille de valeurs mobilières. La question de savoir si le constituant conserve le droit d'administrer ces instruments se pose dès lors dans des termes quasiment identiques et présente en tout cas le même enjeu pour le bénéficiaire. Au-delà du débat sur l'objet du gage sur comptes d'instruments financiers (H. Synvet, L'objet du gage de compte d'instruments financiers, in Droit et actualités, Mélanges J. Béguin, Litec, 2005, p. 719 ; P. Crocq, La future réforme du droit français des sûretés réelles, RLDC oct. 2005, n° 20, n° 829, p. 27 et s., spéc. p. 34), il est admis que le constituant conserve dans ce cas la gestion de son compte titres. Il est clair, depuis l'arrêt commenté, que le titulaire d'un contrat d'assurance-vie en unités de compte donné en nantissement dispose de la même liberté. Dans les deux cas, il appartient aux parties de limiter ce pouvoir si elles l'estiment utile. Ces clauses, dont la validité ne fait aujourd'hui plus de doute, devraient d'ailleurs se ressembler en pratique.

La symétrie entre les deux nantissements mériterait certainement d'être poussée plus loin. Le récent projet de réforme du droit des sûretés n'en a malheureusement pas saisi l'intérêt. Le nantissement de polices d'assurance n'y est visé que de manière presque anecdotique alors que le nantissement de compte d'instruments financiers bénéficie d'améliorations sensibles. Espérons que le présent arrêt incitera ceux qui y ont contribué à réfléchir à la manière dont certaines d'entre elles – notamment en matière de subrogation réelle – pourraient être étendues au nantissement de police d'assurance-vie en unités de compte. La similitude entre la détention de valeurs mobilières dans un compte titres ou par le biais d'une police d'assurance le commanderait.

### Extraits

➔ 015 : Cass. com., 12 juill. 2005, n° 04-10.214

« ... Qu'ayant relevé qu'en l'espèce les polices souscrites réservaient au seul souscripteur le choix de la répartition de ses versements entre les différents supports financiers qui lui étaient proposés et que les actes de nantissement ne comportaient à cet égard aucune clause restrictive en faveur du créancier nanti, la cour d'appel, loin d'avoir violé les textes cités par les deux premières branches du moyen, a, au contraire, exactement décidé qu'en l'absence de stipulation expresse l'y autorisant, la société Athena Banque s'était fautivement opposée à l'exécution de l'ordre litigieux et que les sociétés W Finance et Coparo avaient aussi manqué à leurs obligations en se soumettant à son veto ... ».