DROIT BANCAIRE





PAR **JEAN-PIERRE MATTOUT,** AVOCAT ASSOCIÉ, KRAMER LEVIN, PROFESSEUR ASSOCIÉ À L'UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II), ET **ANDRÉ PRÜM,** PROFESSEUR AGRÉGÉ, DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE ET DE FINANCE DE L'UNIVERSITÉ DU LUXEMBOURG

JUIN À DÉCEMBRE 2012 : REMISE EN ORDRE À TOUS LES ÉTAGES

Dans une atmosphère réformatrice, visant à corriger les défauts du passé et à essayer d'anticiper sur les crises futures, le législateur avance – création de la Banque publique d'investissement – et peaufine encore l'encadrement institutionnel de l'activité bancaire post-crise. Les autres acteurs du droit, la jurisprudence, mais aussi la Chambre de commerce internationale ou encore l'Association de droit international, ne sont pas en reste, soit pour trancher des contrariétés de jurisprudence sur les effets d'actes authentiques formellement imparfaits ou fixer définitivement la durée de la prescription des crédits immobiliers consentis aux particuliers, soit pour faciliter le financement international par la voie du *forfaiting*, soit encore pour tenter de mettre fin à une particularité de la jurisprudence française en matière d'effet extraterritorial des saisies opérées en France.

SOMMAIRE

I – LÉGISLATION – RÈGLES PROFESSIONNELLES – CONCURRENCE

L. n° 2012-1559, 31 déc. 2012, relative à la création de la Banque publique d'investissement Proiet de loi de séparation et de

Projet de loi de séparation et de régulation des activités bancaires Union bancaire européenne

II - CRÉDITS......70

A - GÉNÉRALITÉS

Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 2012, n° 11-26.508 (prescription des crédits immobiliers)

B - GARANTIE DES CRÉDITS

Cass. com., 21 déc. 2012, nºs 12-15.063 et 11-28.688 (valeur des actes authentiques sans annexion de la procuration) Cass. com., 30 oct., n° 11-23.519 (avaliste et protection des cautions)

C - RÉMUNÉRATION DU PRÊTEUR

Cass. com., 30 oct. 2012, n° 11-23.034 (taux effectif global et intérêt à agir) Cass. 1^{rc} civ., 12 juill. 2012, n° 10-25.737 et 11-21.687 (frais d'assurance et taux effectif global)

III - RESPONSABILITÉ

Cass. com., 3 juill. 2012, n° 11-18.945 (interdiction bancaire et devoir de mise en garde) Cass. com., 27 nov. 1012, n° 10-24.121

(interruption de la prescription et actions tendant au même but) Cass. com., 30 oct. 2012, n° 11-21.826 (devoir de conseil du banquier et opération de leveraged buy-out) Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-21.661 (opérations spéculatives et devoir de mise en garde à l'ouverture du compte)

IV - OPÉRATIONS INTERNATIONALES..

Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2012, n° 11-23.022 (clause de juridiction asymétrique) Adoption par la CCI des Règles uniformes sur le forfaiting Résolution n° 3/2012 du Comité de droit monétaire international de l'Association de droit international (principes de compétence juridictionnelle sur les succursales de banques situées à l'étranger en matière de saisie ayant un effet extraterritorial)

I - LÉGISLATION - RÈGLES PROFESSIONNELLES -CONCURRENCE

L. n° 2012-1559, 31 déc. 2012, JO 1er jany. 2013, relative à la création de la Banque publique d'investissement (1). - La pénurie du crédit à laquelle se heurtent les entreprises en cette période de crise, et ce malgré les injections importantes de liquidités des banques centrales, ne constitue pas seulement un danger pour les entreprises mais paralyse largement la croissance de l'économie. La nécessité pour l'État, face à cette situation, de mieux coordonner et de renforcer ses moyens pour développer un vrai service public du crédit a été soulignée par la Cour des comptes dans un rapport déposé cet été (2). La création de la Banque publique d'investissement (BPI) par la loi n° 2012-1559 du 31 décembre 2912 est destinée à répondre à cette exigence. Aux termes de l'article 1er de cette loi, la BPI a pour objet « de soutenir la croissance durable, l'emploi et la compétitivité de l'économie » en favorisant « l'innovation, l'amorçage, le développement, l'internationalisation, la mutation et la transmission des entreprises, en contribuant à leur financement en prêts et en fonds propres ». Elle interviendra prioritairement en faveur des très petites entreprises et des PME et devrait être dotée d'une capacité d'engagement de l'ordre de 30 milliards d'euros.

Par la mise en place de cette nouvelle institution, l'État entend marquer sa détermination à jouer à nouveau un rôle plus actif dans le financement de l'économie et de repousser ainsi les limites d'un secteur bancaire entièrement privé qui ne semble guère enclin de prendre de grands risques de crédit. Le symbole posé est fort. même si la BPI s'appuie largement sur des structures préexistantes. Elle résulte en effet d'une transformation d'OSEO - un établissement public, créé en 2005, et pour suivant déjà des objectifs similaires, mais avec des moyens nettement plus restreints - et reprend aussi les missions du Fonds stratégique d'investissement qui avait vocation à soutenir des entreprises en prenant une participation minoritaire dans leur capital. La Caisse de dépôts et consignations détiendra à parité avec l'État le capital de la BPI. Sa gouvernance, qui a attiré l'attention lors des débats parlementaires, sera assurée par un conseil d'administration de vingt-sept personnes et composé paritairement entre femmes et hommes, épaulé par une direction générale. Un vaste Comité national d'orientation devra être consulté sur les orientations stratégiques et dans chaque région un comité régional d'orientation devra donner son avis sur les modalités d'exercice par la BPI de ses missions et leur cohérence avec la stratégie régionale de développement. Si cette architecture permet sans doute à la BPI de mieux ancrer ses interventions dans le développement régional, la composition de ces organes et comités et surtout du conseil d'administration paraît cependant trop ample pour assurer des prises de décisions efficaces. Les structures étatiques gagneraient à s'inspirer davantage des modes de gouvernance des entreprises privées. Leur mission d'intérêt général n'en serait que mieux assurée. Il faut espérer que la nouvelle BPI surmontera cet écueil par une direction éclairée et ambitieuse, car son objectif est des plus louables et des plus utiles.

Nouvelles orientàtions dans la régulation du secteur bancaire au niveau national et européen. – La crise financière a mis en lumière non seulement la fragilité de nombreuses banques et du système financier mais aussi les limites et les failles dans leur supervision. La régulation du secteur financier est de ce fait en train d'être largement repensée en Europe comme outre-Atlantique (3).

Projet de loi de séparation et de régulation des activités bancaires. - L'un des axes de ces réflexions consiste à cloisonner les activités de banque d'investissement par rapport à l'activité bancaire traditionnelle de réception de dépôts et d'octroi de crédits. Les pertes avant plongé de nombreuses banques dans des situations très difficiles trouvent, en effet, souvent leur source dans les activités dites de « marché et d'investissement ». Si seules les fonctions classiques de gestion des dépôts et de crédits sont jugées dignes d'une protection particulière, allant jusqu'à justifier l'emploi de deniers publics, les soutiens des États ont servi régulièrement à surmonter des difficultés qui n'y étaient qu'indirectement liées mais résultaient de positions risquées prises par les banques sur les marchés financiers, spécialement les produits dérivés. Pour prévenir désormais le risque d'une telle contagion, de nombreuses voix préconisent aujourd'hui la séparation des activités de banque d'investissement des activités de banque classiques. Les États-Unis ont récemment réintroduit cette exigence (Volcker Rule). La UK Independent Banking Commission (Vickers Rule) et le rapport de la commission « Liikanen » établi pour le compte de la Commission européenne recommandent essentiellement de suivre la même voie en suggérant seulement des modalités de mise en œuvre différentes. La France va sans doute emboîter le pas à son tour comme l'annonce le projet de loi de séparation et de régulation des activités bancaires enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale, le 19 décembre 2012. Selon ce projet, il serait dorénavant interdit aux

● NOTES

(1) D. Legeais, Vers un retour du service public du crédit, RD bancaire et fin. 2012, n° 5 repère 5 ; X. Delpech, D. Actualités 19 oct. 2012 R. Noguellou, Dr. adm. 2012, nº 12, alerte 63, comm. R. Noguellou. (2) Rapp. et communication de D. Migaud, 12 juill. 2012, Annonces de la Seine 13 août (3) Th. Bonneau, Régulation bancaire et financière européenne et internationale, Bruylant, Bruxelles, 2012, J.-Ph. Kovar et J. Lasserre Capdeville, Droit de la régulation bancaire Revue Banque Édition . 2012.

DROIT BANCAIRE

banques d'engager leur bilan dans des activités spéculatives ou d'investir dans des fonds spéculatifs du type des « hedge funds » ou de leur accorder des crédits non sécurisés. Ce même projet prévoit des mesures destinées à prévenir et à limiter les risques systémiques, à renforcer la capacité d'intervention des autorités publiques lors d'une crise bancaire et à mieux protéger le consommateur bancaire. Nous aurons l'occasion d'y revenir amplement.

Union bancaire (4). – Suivant les conclusions du Conseil européen et du sommet de la zone euro en juin 2012, la Commission a présenté, le 12 septembre 2012, une série de propositions législatives tendant à la création d'un mécanisme de surveillance bancaire unique, qui constituerait le premier pas vers une « union bancaire » intégrée, fonctionnant selon un règlement uniforme (« single rule book »). Le principe d'une telle union a été accepté par le Conseil ECOFIN du 13 décembre 2012. Une intégration plus poussée de la surveillance des établissements de crédit est dans la logique d'un renforcement du marché unique des services bancaires. La proposition actuelle n'embrasse toute fois que les banques installées dans un État membre de la zone euro – avec une option pour les autres d'y adhérer mais dont les détails restent à être définis -, laissant hors de son champ d'application la plus grande place financière d'Europe. Ce choix s'expliquerait par les enjeux particuliers que présenterait une union bancaire pour l'union économique et monétaire et la stabilité de sa monnaie unique. D'un point de vue pratique, il permet de s'appuyer sur les compétences de la Banque centrale européenne qui deviendrait le superviseur central, concentrant les compétences dévolues, dans le système actuel, à l'État membre d'origine et à l'État membre d'accueil. Pour les banques qui développent leurs activités tant à l'intérieur qu'en dehors de la zone euro, on recourrait aux mécanismes de coopération actuels, dont les failles, souvent décriées, sont pourtant l'une des raisons à l'origine du projet. Dans la perspective de la protection du système financier européen et eu égard au rôle clef occupé par la City, le clivage proposé ne paraît pas convaincant. N'est-ce pas l'investissement dans des produits structurés conçus et proposés, en bonne partie, à Londres qui a exposé certaines Landesbanken allemandes aux risques du marché des subprimes américain en les mettant au bord de la faillite?

● NOTES

(4) Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, COM[2012] 512 final; Th. Bonneau, Mécanisme de surveillance unique et union bancaire, JCP E 2012, n° 43, 1645; A. Gourio et L. Thébault, Propositions pour un cadre financier intégré, RD bancaire et fin. 2012, n° 5, comm. 164. (5) Cette chronique, Dr. & patr. mars 2012, n° 212, p. 83.

II - CRÉDITS

A - GÉNÉRALITÉS

La durée de prescription des crédits immo-

biliers consentis aux consommateurs (Cass.

EXTRAITS

♦ 001 D. n° 71-941, 26 nov. 1971, art. 21

« L'acte notarié porte mention des documents qui lui sont annexés.

Les procurations sont annexées à l'acte à moins qu'elles ne soient déposées aux minutes du notaire rédacteur de l'acte. Dans ce cas, il est fait mention dans l'acte du dépôt de la procuration au rang des minutes »

1^{re} civ., 28 nov. 2012, n° 11-26.508). Il était prudent d'attendre, écrivions-nous en rapportant l'arrêt de la cour d'appel de Reims du 11 octobre 2011 (5), pour savoir si la prescription applicable aux crédits immobiliers restait soumise à la durée générale de cinq années, énoncée par l'article 2224 du Code civil, comme l'avait retenu la cour d'appel, ou bien si l'article L. 137-2 du Code de la consommation, qui dispose que « l'action des professionnels, pour les biens et les services qu'ils fournissent aux consommateurs, se prescrit par deux ans. », fixait désormais la nouvelle durée de la prescription dans ce domaine. La Cour de cassation, examinant le pourvoi introduit contre cet arrêt, tranche en faveur de la courte durée. La motivation est sobre et tranchante, se contentant d'énoncer, en forme de sentence définitive, que « les crédits immobiliers consentis aux consommateurs par les organismes de crédit constituent des services financiers fournis par des professionnels » pour justifier la cassation. Certes le temps s'accélère de façon générale et la réforme de la prescription n'a fait qu'en prendre acte. Néanmoins, nous persistons à penser que deux années sont un délai excessivement bref pour prescrire l'action d'une banque en matière de crédit immobilier et que le principal résultat concret sera de favoriser l'action judiciaire plutôt que la recherche d'une solution amiable entre le prêteur et son client en difficulté ne faisant plus face à ses échéances.

B - GARANTIE DES CRÉDITS Valeur des actes authentiques sans annexion de la procuration (Cass. com., 21 déc. 2012, nos 12-15.063 et 11-28.688). - ll est fréquent en pratique que les parties prenantes à un acte notarié ne se déplacent pas le jour de la signature et adressent à l'étude notariale une procuration pour être représentées par, le plus souvent, un membre de l'étude. Dans ce cas, l'article 21 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 (JO 3 déc., anciennement son article 8) intime soit d'annexer ladite procuration à l'acte authentique, soit de mentionner dans l'acte que celle-ci est déposée au rang des minutes du notaire (001). Les textes sont muets sur la sanction qui s'attache au défaut de respect de ce formalisme. La première chambre civile avait estimé que ce défaut n'était pas sanctionné par

la nullité de l'acte en tant que titre exécutoire (6), mais par une série de cinq arrêts du même jour, la deuxième chambre civile (7) avait au contraire jugé que l'acte qui ne satisfait aux conditions de forme énoncées par ce texte « perd son caractère authentique et ne vaut plus que comme écriture privée », en application de l'article 1318 du Code civil. Par voie de conséquence, n'étant plus un acte authentique, il perdait nécessairement son caractère exécutoire. Outre le fait que la perte du caractère authentique attaché aux contrats de prêt immobilier dont disposent les banques les aurait privées de la possibilité de poursuivre leurs emprunteurs défaillants en recouvrement forcé, les obligeant à les assigner en justice afin d'obtenir un nouveau titre exécutoire judiciaire, la question se posait du sort réservé aux sûretés immobilières prises par les banques en garantie du remboursement de ces prêts, généralement hypothèques et privilèges du prêteur de deniers.

La tentation existait de s'appuyer sur la jurisprudence constante de la Cour de cassation en vertu de laquelle l'hypothèque conventionnelle accordée par l'emprunteur à la banque subsiste en cas d'annulation du contrat de prêt : « l'obligation de restituer inhérente à un contrat de prêt demeurant tant que les parties n'ont pas été remises en l'état antérieur à la conclusion de leur convention annulée, l'hypothèque en considération de laquelle ce prêt a été consenti subsiste jusqu'à l'extinction de cette obligation » (8).

Cependant, lorsque la nullité sanctionne l'absence de signature de l'une des parties, ou la signature par une personne non habilitée à représenter une partie (9), c'est l'ensemble des conventions que renferme l'acte authentique affecté de ce défaut de signature, tels les cautionnements et les garanties immobilières, qui doit être annulé (10). Dans cette dernière hypothèse, c'est le caractère absolu de la nullité de l'instrumentum qui entraîne le défaut de validité de tous les accords que ledit acte contient. L'acte authentique ainsi annulé ne peut servir que de commencement de preuve par écrit et être alors complété par des éléments extrinsèques, la nullité de l'acte instrumentaire authentique ne s'étendant pas à l'acte juridique, c'est-à-dire au negotium (11). Cette solution vaut a fortiori lorsque l'acte authentique a simplement été disqualifié en acte sous seing privé. hypothèse dans laquelle le cautionnement consenti en garantie du remboursement du prêt est maintenu puisqu'une telle sûreté n'a pas à être consentie par acte notarié pour être valable. La solution n'est toutefois pas transposable à l'hypothèque conventionnelle qui, par application de l'article 2416 du Code civil, « ne peut être consentie que par acte notarié » ou au privilège de prêteur de deniers dont l'article 2374, 2°, du Code civil énonce que sont créanciers privilégiés sur les immeubles : « ceux qui ont fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble, pourvu qu'il soit authentiquement constaté, par l'acte d'emprunt, que la somme était destinée à cet emploi et, par quittance du vendeur, que ce paiement a été fait des deniers empruntés ».

Autant dire que l'incendie de vastes procès en responsabilité contre les notaires avant perdu de vue ce formalisme particulier menacait. Réunie en Chambre mixte, la Cour de cassation a rejeté l'interprétation draconienne, et pour tout dire dénuée de fondement juridique, de sa deuxième chambre civile, estimant au contraire que vu l'article 23 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971, dans sa rédaction applicable à la cause, et l'article 1318 du Code civil et leur combinaison, « il résulte que l'inobservation de ces obligations ne fait pas perdre à l'acte son caractère authentique, partant son caractère exécutoire ». Cette décision est la bienvenue pour les prêteurs et leurs notaires et remet une juste proportion entre l'erreur matérielle commise et la sanction qui peut s'y attacher. La position de la deuxième chambre civile sonnait comme un encouragement aux emprunteurs défaillants et de mauvaise foi qui auraient été bien en mal de démontrer leur préjudice résultant du manquement formel.

Avaliste et protection des cautions (12). -L'aval d'un billet à ordre ne constitue pas un simple cautionnement. Celui qui prend un tel engagement doit être conscient qu'il ne saurait profiter du régime protecteur reconnu par le législateur ou les tribunaux aux cautions non commerçantes ou non averties. Qu'il s'agisse de l'interdiction faite par l'article L. 341-4 du Code de la consommation au créancier professionnel d'exiger d'une caution personne physique un engagement disproportionné par rapport à ses facultés de remboursement ou du devoir de mise en garde que la jurisprudence fait peser sur les créanciers professionnels à l'égard des cautions non averties, de telles exigences sont, en effet, inconciliables avec le droit cambiaire. Le titre régulier doit ici faire foi de la force des engagements qui y sont portés, y compris celui d'un aval. Autrement, un tiers auquel ce titre serait remis - en cas de titre au porteur - ou à qui il serait endossé ne pourrait plus, à la seule vue du titre, savoir quels sont les engagements qu'il contient. Or, telle est précisément la finalité du droit du change. La chambre commerciale fait bien de le rappeler solennellement dans un arrêt du 30 octobre 2012 : « l'aval, en ce qu'il garantit le paiement d'un titre dont la régularité n'est pas discutée, constitue un engagement cambiaire gouverné par les règles propres du droit du change, de sorte que l'avaliste

∞♦ NOTES

(6) Cass. 1re civ., 22 mars 2012, n° 11-11.925, D. 2012. p. 890, note L. Aynès. (7) Cass. 2e civ., 7 juin 2012, nºs 11-17.759, 11-15.112, 11-15.440. 11-16.107 et 11-15.439, D. 2012, p. 1789, note M. Mekki : Ph. Delebecque, L'acte authentique imparfait. Observations surle défaut d'annexion de procurations dans un acte notarié, JCP G 2012, 263. (8) Cass. 3e civ., 5 nov. 2008, n° 07-17.357. RD bancaire et fin. janv. 2009, 26, obs. D. Legeais; Cass. com., 2 nov. 1994, nº 92-14.487. (9) Cass. 1re civ., 12 juill. 2012, n° 11-22.637. (10) Cass. 1re civ., 10 mai 2005, n° 03-20.769, D. 2005, p. 1590, Banque et droitaoût 2005, 65, obs. N. Rontchevsky; Cass. 1re civ., 6 juill. 2004, n° 02-12,337. Banque et droit nov-déc. 2004, 50, obs. F. Jacob. (11) Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 2003, n° 01-02.654. (12) Cass. com., 30 oct. 2012. n° 11-23.519, Gaz. Pal. 13 déc. 2012, nº 348, p. 11, obs. M.-P. Dumont-Lefrand.

Juin à décembre 2012 : remise en ordre à tous les étages

n'est pas fondé à rechercher la responsabilité de la banque pour manquement au devoir de mise en garde ni pour violation de l'article L. 341-4 du Code de la consommation ». Il ne pourrait en être autrement que dans l'hypothèse où un engagement pris sous la forme d'un aval mais qui, en raison du caractère irrégulier de l'effet de commerce, ne pourrait valoir comme obligation cambiaire et serait requalifié en cautionnement (13). Dans ce cas, les règles spécifiques à celui-ci sont évidemment de nouveau applicables. Il faut dire que la Cour de cassation a ellemême entretenu une certaine confusion à ce sujet en consacrant l'exigence de proportionnalité, dans le fameux arrêt « Macron » (14), précisément à propos de l'aval d'une série d'effets de commerce par une personne dont les revenus étaient manifestement sans rapport avec l'étendue de la garantie qu'avait réussi à lui imposer une banque de mauvaise foi (15). Il faut se féliciter que le présent arrêt rétablisse la distinction qu'il faut opérer, à ce sujet, entre l'aval et le cautionnement.

C - RÉMUNÉRATION DU PRÊTEUR

TEG et intérêt à agir (16). – Le fait de calculer de façon incorrecte le taux effectif global (TEG) applicable à un crédit, en omettant notamment d'y intégrer les frais dus par l'emprunteur en cas d'utilisation d'une autorisation de découvert au-delà de son seuil, expose la banque au risque de perdre le bénéfice du taux d'intérêt convenu et de devoir se satisfaire du taux d'intérêt légal. Pour obtenir une telle réduction de la charge des intérêts liés à une autorisation de découvert, l'emprunteur titulaire du compte doit non seulement se plaindre avant l'expiration du délai de prescription quinquennal, mais aussi réclamer concrètement l'application de la sanction en question. Il ne suffit pas qu'il prétende vaguement au remboursement des frais et commissions facturés par la banque. Bien que cela paraisse évident, les plaideurs ne semblent pas en être toujours conscients, comme en témoigne l'arrêt évoqué de la Chambre com-

Celui-ci présente un intérêt sur un plan procédural qui mérite également d'être relevé bien que la solution soit aussi classique. Le gérant d'une société avait emprunté de l'argent auprès d'une banque qui, parallèlement, avait accordé certains financements à sa société. Ayant été assigné en paiement par la banque, l'emprunteur a cherché à se défendre en reprochant à celle-ci d'avoir rompu de manière abusive les crédits consentis à la société, ce qui lui portait préjudice par ricochet. La cour d'appel a rejeté sa demande comme irrecevable, en lui rappelant qu'il ne peut se substituer tout simplement à la société et ne peut pour le surplus agir contre la banque au motif qu'elle aurait commis une

faute à l'endroit de la société, qu'à condition de démontrer que cette faute lui a causé un préjudice personnel et distinct de celui subi par la société. Faute d'apporter cette preuve, l'emprunteur manquait d'intérêt à agir. Même si dans les faits les situations du gérant et de sa société étaient en l'espèce étroitement imbriquées, chacun ne peut faire valoir dans une action en justice que ses propres intérêts. Le critère de l'existence d'un préjudice personnel et distinct demeure à cet égard la juste condition de recevabilité des prétentions extérieures à la société.

Frais d'assurance et TEG (17). – Les éléments à prendre en compte dans la composition du taux effectif global (TEG) continuent de susciter un contentieux disproportionné (18). Si bon nombre d'éléments ne portent plus à discussion, d'autres encombrent régulièrement le rôle des tribunaux ; il en va ainsi de la souscription de parts sociales, souvent exigée par les banques mutualistes de leurs nouveaux clients, des dépôts en fonds de garantie mutuelle ou encore de l'assurance incendie de l'immeuble financé. Dans ces trois cas, le bon sens est un peu heurté par la position traditionnellement répétée par la Cour de cassation.

En effet, les parts sociales restent un investissement pour l'emprunteur et cela bouscule le sens commun que de les considérer comme un coût à additionner aux commissions, « frais de notaires » ou autres frais de dossier. Pour l'assurance incendie, elle apparaît comme un acte de saine gestion pour tout acquéreur d'un bien immobilier, plus que comme un coût imposé par la banque à son client. Elle n'est pas de même nature que l'assurance décès-invaliditéchômage, qui constitue une garantie du remboursement du prêt et qui ne dure, contrairement à l'assurance incendie, que le temps du prêt.

La Cour de cassation, par ces deux décisions, reprend sa position, maintes fois affirmée: le critère d'inclusion dans le TEG dépend du fait que la banque a imposé la dépense – fût-elle temporaire – comme condition de l'octroi du prêt ou non; s'il s'agit d'une option facultative ou bien d'une simple recommandation, la dépense n'entre pas dans le calcul; dans le cas contraire, elle doit être incluse, sans autre considération sur sa nature d'élément remboursable et d'acte de bonne gestion de père de famille.

Nouvelle distinction, si l'assurance incendie n'est pas imposée comme condition d'octroi du prêt mais simplement comme une obligation pour son maintien, la Cour considère désormais que son coût n'a pas à être pris en compte dans le TEG. En revanche, si la banque n'a pris aucune sûreté sur l'immeuble financé, l'assurance incendie imposée conserve néanmoins

« le lien direct avec le prêt » exigé par l'article L. 313-1 du Code de la consommation et doit être incluse dans l'assiette de calcul. Subtiles nuances dans une jurisprudence qui reste critiquable, mais néanmoins dans la logique formelle suivie par la Cour suprême.

Il serait préférable que les dispositions de l'article L. 313-1 du Code de la consommation soient précisées pour en finir avec ce contentieux au coût social élevé et créant une insécurité disproportionnée aux enjeux réels.

III - RESPONSABILITÉ

Interdiction bancaire et devoir de mise en garde (19). – Afin de pouvoir reprocher à son banquier d'avoir manqué à son devoir de mise en garde en lui accordant un crédit excessif, l'emprunteur doit déjà prouver qu'il a effectivement bénéficié d'un tel crédit dont il n'était pas à même d'apprécier seul les conséquences. En d'autres mots, la mise en jeu de la responsabilité de la banque sur ce terrain suppose que l'emprunteur démontre qu'au vu de sa situation personnelle la banque aurait dû être alertée et n'aurait normalement pas dû lui accorder le crédit litigieux sans le prévenir du risque d'un surendettement. Le fait qu'une personne sollicite un crédit alors qu'elle fait l'objet d'une interdiction bancaire pour avoir émis des chèques sans provision aboutit-il nécessairement à une telle situation? Dans un arrêt du 3 juillet 2012, la Chambre commerciale rejette une telle déduction en estimant que, dans son appréciation souveraine, la cour d'appel pouvait parfaitement considérer qu'en l'espèce la mesure d'interdiction bancaire ne suffisait pas à caractériser la situation obérée de l'emprunteur. Un lien automatique et nécessaire ne correspondrait pas à la variété des cas de figure dans lesquelles une personne est susceptible d'être touchée par une interdiction bancaire. Faut-il rappeler qu'il s'agit là d'une mesure elle-

EXTRAITS

▶ 002 Cass. com., 27 nov. 1012, n° 10-24.121

« Il résulte des dispositions combinées des articles 2244 et 2246 du Code civil dans leur rédaction alors applicable, que l'interruption de prescription ne peut s'étendre d'une action à une autre et qu'il n'en est autrement que si les deux actions, bien qu'ayant une cause distincte tendent à un seul et même but de sorte que la seconde est virtuellement comprise dans la première ; la cour d'appel a exactement déduit que l'interruption de la prescription qui bénéficiait à la banque ne pouvait profiter qu'à elle seule et n'avait pas d'effet interruptif en faveur des emprunteurs dont l'action en dommages-intérêts, qui ne tendait pas au même but, ne pouvait être virtuellement comprise dans la première »

même automatique qui n'est souvent le fruit que d'une imprudence? En pratique, elle se trouve d'ailleurs fréquemment levée rapidement par une régularisation. En déduire que la personne touchée serait indigne de crédit serait le plus souvent faux.

Interruption de la prescription et actions

tendant au même but (20). - Originalité procé-

durale de cette affaire banale dans les faits : des emprunteurs défaillants sont pour suivis en juin 1981 par leur banque en remboursement de prêts consentis dans les années 1970 : à la suite d'un accord emportant paiement des arriérés, la banque se désiste de son action en 1982, se réservant de la reprendre en cas de nouvel impayé. De nouvelles poursuites ont lieu à la suite de nouveaux impayés en septembre 1990, aboutissant à déclarer la banque adjudicataire des biens immobiliers saisis. Longtemps après, en septembre 1998, les emprunteurs intentent en retour une action en responsabilité contre la banque, lui reprochant de leur avoir consenti des crédits excessifs. Leur demande est rejetée en appel. Ils se pourvoient et obtiennent la cassation de l'arrêt, la Cour de cassation reprochant à la cour d'appel d'avoir inversé la charge de la preuve en demandant aux emprunteurs de rapporter la preuve qu'ils avaient été mal conseillés, alors qu'elle ne précisait pas s'ils étaient des emprunteurs avertis ou non (21). Devant la cour de renvoi, les demandeurs reprennent leur demande indemnitaire et la banque leur oppose la prescription décennale de leur action, qui avait couru, selon elle, depuis $1981, date \, de \, leur \, premi\`ere \, assignation. \, Ils \, font$ alors valoir que la reprise d'une nouvelle action par la banque, en septembre 1990, avait fait courir un nouveau délai, le désistement de la banque ayant eu un effet interruptif qui les privait de la possibilité d'agir, puisque la banque ne leur réclamait plus le paiement (dont ils omettent toutefois de préciser qu'ils s'acquittaient volontairement entre la date du désistement et la nouvelle assignation, soit huit années). La cour de renvoi fit droit à la fin de non-recevoir de la banque et la Cour de cassation rejeta le nouveau pourvoi, estimant que l'action en remboursement initiée par la banque n'avait pas le même but que l'action en responsabilité contractuelle initiée par les emprunteurs contre leur prêteur et, partant, que l'interruption de prescription de l'action menée par la banque ne pouvait bénéficier à celle des emprunteurs envers la même banque (002). En fait, l'argument était quelque peu spécieux. Soutenir que tant qu'ils remboursaient le crédit, la banque ne les poursuivait pas et qu'ils n'avaient dès lors aucune raison de mettre en jeu sa responsabilité, mais que, en revanche, poursuivis pour impayés, ils trouvaient alors

NOTES

(19) Cass. com., 3 juill. 2012, n° 11-18.945, RD bancaire et fin. 2012, comm. 141, obs. J.-F. Crédot et Th. Samin, JCP E 2012, 1519, obs. D. Legeais. (20) Cass. com., 27 nov. 1012, n° 10-24.121. (21) Cass. com., 17 déc. 2007, n° 03-20.747.

■NOTES

(13) Cass. com., 5 juin 2012, n° 11-19.627. (14) Cass. com., 17 juin 1997, nº 95-14.105, RTD civ. 1998, obs. J. Mestre, et p. 157, obs. (15) X. Delpech, obs. sous le présent arrêt in D. 2012, (16) Cass. com., 30 oct. 2012, nº 11-23.034. (17) Cass. 1re civ., 12 juill. 2012, nos 10-25.737 et 11-21.687. JCP E 2012. 1576, obs. J. Dioudi. (18) V. par exemple, cette chronique, Dr. & patr. 2012. n° 102, p. 85.

une justification à considérer que s'ils ne pouvaient plus payer, c'est que le crédit consenti avait été excessif, aboutit à un raisonnement circulaire. En droit, ils se heurtaient à la jurisprudence établie qui n'étend pas la prescription à une seconde demande différente de la première, lorsque les deux actions sont distinctes par leur objet et par leur cause (22).

Devoir de conseil du banquier et opération de LBO (23). - Le recours à une holding de reprise pour acheter une société en endettant massivement ladite holding est une forme courante des montages d'acquisition connue sous l'appellation leveraged buy out (LBO). La Cour de cassation rappelle à la banque chargée de procéder à l'organisation du montage d'acquisition qu'elle ne doit pas se fier uniquement aux études menées pour le compte des emprunteurs et qui lui ont été communiquées, mais qu'elle doit aussi procéder à sa propre analyse et pouvoir en justifier.

En l'espèce, alors que les emprunteurs lui avaient confié une « mission d'organisation du financement global d'une opération d'acquisition de titres stipulant que la banque devait mener des études approfondies sur l'organisation financière la plus conforme aux objectifs de rachat des titres de la société et qu'elle était chargée de manière exclusive de l'organisation générale du montage financier de cette opération », la banque ne fut pas en mesure de produire « le moindre document susceptible de concrétiser le travail qui lui avait été confié », estimant que son rôle se limitait à évaluer les besoins de financement et les capacités de remboursement. Elle s'était uniquement fondée sur un rapport d'expert-comptable demandé par les investisseurs et qui affirmait la faisabilité d'un montage LBO. Relevant de plus que la rentabilité de la société cible étant sensiblement inférieure aux annuités de remboursement prévues par le financement LBO, la Cour approuve la cour d'appel d'avoir considéré que l'endettement avait été excessif et avait conduit le holding de reprise à la liquidation judiciaire.

Ce contrat de prestations de services, que les praticiens dénomment souvent, mais à tort, « mandat d'acquisition », implique pour la banque de s'acquitter en professionnel des différentes phases de sa mission. Il inclut la plupart du temps une valorisation de la cible par différentes méthodes, une appréciation de l'adéquation du montage basée sur ses propres études et investigations et un conseil sur la faisabilité financière de l'opération, débouchant in fine sur un avis équilibré, pesant soigneusement les avantages comme les inconvénients de l'opération envisagée (24), laissant cependant le choix final, mais le choix éclairé par les avis professionnels de la banque conseil, à l'in-

vestisseur : cela implique aussi que la banque soit en mesure de prouver qu'elle a satisfait à toutes ces étapes.

Opérations spéculatives et devoir de mise en garde à l'ouverture du compte (25). - Le devoir pesant sur les prestataires de services d'investissement de mettre en garde les investisseurs profanes contre les risques encourus dans les opérations spéculatives continue d'alimenter la jurisprudence. Deux arrêts du 12 juin 2012 de la Chambre commerciale en témoignent. Dans l'un (arrêt n° 11-21.661), la Haute juridiction réitère les termes de l'arrêt « Buon » du 5 novembre 1991 par lequel celle-ci a consacré ce devoir en décidant que « quelles que soient les relations contractuelles entre un client et sa banque, celle-ci a le devoir de l'informer des risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme, hors le cas où il en a connaissance » (26). Par l'autre, elle juge que, « sauf convention contraire, le prestataire de services d'investissement qui tient un compte-titres n'est pas tenu, en l'absence d'opérations spéculatives, de mettre en garde son client contre les risques de pertes inhérents à l'évolution du cours des titres financiers objets des ordres de vente dont ce dernier prend l'initiative » (arrêt n° 11-12.513). Éclairant des situations inverses, les deux décisions sont parfaitement cohérentes.

Elles sont également en ligne avec les règles de bonne conduite qu'imposent aujourd'hui aux prestataires de services d'investissement la directive « Marché d'instruments financiers » du 21 avril 2004 (Dir. n° 2004/39/CE, 21 avr. 2004, JOUE 30 avr., n° L 145) et sa transposition dans l'ordre juridique français par l'ordonnance du 12 avril 2007 (Ord. n° 2007-544, 12 avr. 2007, JO 13 avr.). Seulement, ces dernières sont à la fois plus amples et plus précises et n'ont pas directement pour objet de fonder une responsabilité vis-à-vis de clients déterminés. Aux termes de l'article L. 533-11, II, du Code monétaire et financier: « Les prestataires de services d'investissement communiquent à leur client, notamment leurs clients potentiels, les informations leur permettant raisonnablement de comprendre la nature du service d'investissement et du type spécifique d'instrument financier proposé ainsi que les risques y afférents, afin que les clients soient en mesure de prendre leurs décisions d'investissement en connaissance de cause ». La satisfaction de cette obligation est fonction du caractère professionnel ou non professionnel du client. La distinction a l'avantage de moins prêter à discussion que celle opérée par la jurisprudence française entre les clients avertis et non avertis. Le devoir dépasse, par ailleurs, dans son étendue celui de l'arrêt « Buon », tel qu'il a été précisé par la suite, puisqu'il ne s'agit pas uniquement de prévenir le client du caractère risqué d'opérations spéculatives mais plus généralement d'attirer son attention sur les limites et dangers des services

Face à cette consécration par le législateur, la règle imposée par jurisprudence évoquée n'est-elle pas devenue superflue? Comme il a été observé ci-dessus, l'une et l'autre ne poursuivent pas directement le même dessein puisqu'il s'agit, d'une part, de préciser les conditions d'un droit à réparation et, d'autre part, de poser des standards de discipline professionnelle. La jurisprudence elle-même tend cependant à rapprocher ces deux objectifs en permettant aux clients de se prévaloir de la violation d'un devoir de bonne conduite dans la démonstration de la faute du professionnel (27). À terme, la jurisprudence « Buon » pourrait ainsi se trouver largement absorbée en ce qui concerne les conditions dans lesquelles la responsabilité d'un prestataire de services d'investissement peut être retenue par les devoirs de bonne conduite tels qu'ils sont fixés par le législateur (28).

IV - OPÉRATIONS INTERNATIONALES

Clause de juridiction asymétrique (29). -Dans les opérations internationales de banque, il est fréquent de rencontrer des clauses attributives de compétence asymétriques laissant à la banque le choix de poursuivre son client devant plusieurs tribunaux différents, alors que ledit client se voit contraint de ne la poursuivre que devant un seul tribunal préalablement désigné. Cette asymétrie est fondée sur le fait que la banque, pour recouvrer sa créance éventuelle, peut avoir à intenter son action là où le débiteur aura des actifs, plutôt qu'ailleurs.

En l'espèce, une cliente avait un compte dans une banque au Luxembourg, ouvert par l'intermédiaire d'une banque du même groupe à Paris. Elle y avait placé une somme importante et fut amèrement déçue par les performances dudit placement; elle poursuivit alors devant le tribunal de grande instance de Paris, la banque

EXTRAITS

♦ 003 Cass. 1re civ., 26 sept. 2012, n° 11-23.022

« Mais attendu qu'avant relevé que la clause, aux termes de laquelle la banque se réservait le droit d'agir au domicile de Mme X ou devant "tout autre tribunal compétent", ne liait, en réalité, que Mme X qui était seule tenue de saisir les tribunaux luxembourgeois, la cour d'appel en a exactement déduit qu'elle revêtait un caractère potestatif à l'égard de la banque, de sorte qu'elle était contraire à l'obiet et à la finalité de la prorogation de compétence ouverte par l'article 23 du règlement "Bruxelles I" »

luxembourgeoise et la banque parisienne. La banque luxembourgeoise souleva une exception d'incompétence, la convention la liant à sa cliente, soumise au droit luxembourgeois, comportant une clause attributive de compétence rédigée ainsi : « Les litiges éventuels entre le client et la banque seront soumis à la juridiction exclusive des tribunaux de Luxembourg. La banque se réserve toutefois le droit d'agir au domicile du client ou devant tout autre tribunal compétent à défaut de l'élection de juridiction qui précède ».

La cour d'appel rejeta l'exception d'incompétence, considérant que la clause attributive de compétence était non écrite et la Cour de cassation (* 003) rejeta à son tour le pourvoi formé par la banque sur le fondement de la contrariété de la clause à l'article 23 du règlement Bruxelles I (Règl. n° 44/2001/CE, 22 déc. 2000, JOCE 16 janv. 2001, n° L'12). Ce texte dit pourtant tout autre chose, indiquant simplement que « si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un État membre, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet État membre sont compétents. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties », admettant clairement la validité de la désignation de plusieurs tribunaux compétents. sans se prononcer sur le point de savoir si ce choix doit bénéficier à toutes les parties ou non. Le texte antérieur de la Convention de Bruxelles envisageait quant à lui l'attribution de compétence en faveur de l'une des parties, disposition non reprise dans le règlement « Bruxelles I » dans sa forme actuelle, ou par l'article 25 dudit règlement refondu du 6 décembre 2012, de nombreux auteurs s'accordant toutefois sur le fait qu'il ne fallait pas en tirer la conclusion que de telles clauses étaient désormais prohibées par le règlement. La potestativité, entendue comme le choix op-

tionnel laissé à l'une des parties (30), a mauvaise presse. En matière de compétence, seul le choix discrétionnaire par l'une des parties soulevait des difficultés jusqu'à présent (31). En l'espèce, tel n'était pas le cas puisque la liberté de la banque n'allait que jusqu'à la possibilité de saisir « un tribunal compétent » selon les règles de compétence applicables et non n'importe quel tribunal issu d'un processus aléatoire de forum shopping. De plus, la question posée concernait la partie parfaitement claire de la clause, celle s'imposant au client, et qui prévoyait la compétence exclusive des juridictions du Luxembourg, dont on ne voit pas pourquoi elle n'aurait pu être déclarée détachable du reste de la clause, en fait non concernée par l'action ici jugée.

- NOTES

(27) Cass. com., 26 févr. 2008, n° 07-10.761, RTD com. 2008, p. 371, obs. M. Storck, RD bancaire et fin. 2008, comm. n° 91, obs. A.-C. Muller, Dr. et soc. 2008, nº 7, comm. n° 161, 30, note Th.

Bonneau (28) J.-J. Daigre, L'obligation de mise en garde a-t-elle vocation à survivre ?, RTDF 2009, p. 108; Th. Bonneau, Droit bancaire, Montchrestien, coll. « Domat », 8º éd., 2009, n° 764, p. 604; H. Synvet, Chronique de droit bancaire, D. 2009, p. 1056. (29) Cass. 1re civ., 26 sept. 2012, nº 11-23.022, LPA 2012, n° 228, obs. J.-G. Mahinga, D. 2012, p. 2876, obs. D. Martel, RJ com. 2012, 21, obs. P. Berlioz. (30) I. Najjar, La potestativité, RTD civ. 2012, p. 601. (31) CA Paris, 5 juill. 1989, JDI 1990, p. 151, obs. A. Huet.

NOTES

(22) Cass. 3º civ., 19 janv. 2000, n° 98-13,773, D. 2000, p. 177, obs. Y. Rouquet. (23) Cass. com., 30 oct. 2012. nº 11-21 826 (24) Pour un exemple récent. Cass. com., 3 avr. 2012, nºs 11-13370 et 11-13.581. (25) Cass. com., 12 juin 2012, n[∞] 11-12.513 et 11-21.661, LPA 2012, n° 225, p. 22, obs. M. Storck. (26) Cass. com., 5 nov. 1991. nº 89-18.005, Bull. civ. IV,

76 CHRONIQUES

DROIT BANCAIRE

NOTES

(32) Résolution n° 3/2012 du Comité de droit monétaire international de l'Association de droit international, Banque et droit sept.-oct. 2012, 21, note G. Affaki et J. Stoufflet. (33) 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 fin. mai-juin 2003, 179; JCP E 2002, 587, note G. Cuniberti. (34) Cass. 2e civ., 14 févr. 2008, Banque et droit marsavr. 2008, 33, obs. G. Affaki et J. Stoufflet, Dr. & patr. 2008, nº 173, p. 99, obs. J.-P. Mattout et A. Prüm, S. Bollée, JDI 2008, p. 1100; G. Cuniberti, Le principe de territorialité des voies d'exécution, JDI 2008, p. 963; JCP E 2009, 1307, obs. G. Huchet; D. 2009, p. 1049, obs. D. R. Martin et H. Synvet. (35) J.-P. Mattout, Droit bancaire international, Revue Banque Édition, 4e éd., 2009, n° 25; G. Affaki et J. Stoufflet, note précitée.

Il faut insister sur le fait que ces clauses sont ainsi rédigées parce que le client trouvera toujours suffisamment d'actifs saisissables au siège de la banque, alors que la banque pourra devoir rechercher des actifs saisissables de son client à différents endroits, de plus mobiles et évolutifs dans le temps. Il n'y a dès lors aucune espèce de déséquilibre à prévoir une clause de compétence asymétrique pour des positions respectives qui le sont également; et l'esprit de l'article 23 du règlement « Bruxelles I » que la Cour de cassation a cru devoir relever pour justifier sa décision, frontalement contraire à la volonté exprimée des parties pourtant consacrée par l'article 23 du règlement, est bien évanescent à cet égard pour fonder une telle décision, du moins sans poser d'abord une question préjudicielle sur ce point à la Cour de justice... à Luxembourg.

Adoption par la CCI des Règles uniformes sur le forfaiting. - La Chambre de commerce internationale (CCI) poursuit son œuvre normative au bénéfice des opérations de financement du commerce international. Elle aborde ici, avec ces nouvelles Règles entrées en application le 1er janvier 2013, le financement sans recours des créances commerciales, tant sur le marché primaire que sur le marché secondaire, appelé en français « escompte à forfait ». Elle aborde ainsi un nouveau domaine pour elle, à savoir les crédits par caisse, alors qu'elle s'est surtout illustrée jusqu'à présent en fournissant des règles pour les opérations de crédit par signature, comme les crédits documentaires, les garanties à première demande et les lettres de crédit stand-by, ou les opérations d'encaissement libre ou documentaire du papier commercial.

Principes de compétence juridictionnelle sur les succursales de banques situées à l'étranger en matière de saisie ayant un effet extraterritorial (32). – Malgré les critiques dont elle a fait l'objet régulièrement, la Cour de cassation française n'en a pas moins adopté une position intransigeante et isolée sur l'effet des saisies ordonnées en France dans les succursales bancaires situées hors de France, en validant tant la phase déclarative, nonobstant le secret bancaire applicable dans la succursale étrangère (33), que la phase attributive, nonobstant l'effet en principe territorial des voies d'exécution (34). Elle appuie sa jurisprudence sur l'unicité du patrimoine de la banque tiers saisie, qu'elle fait prévaloir sur toutes les autres considérations. On ne trouve guère de positions analogues dans la jurisprudence d'autres pays, sensibles à la théorie de l'autonomie des succursales (35).

Aussi faut-il saluer la résolution prise par l'Association de droit international sur ce sujet, qui a adopté à l'unanimité, en août 2012 à Sofia, une résolution déclarant que : « En matière de procédures civiles d'exécution de jugements étrangers ou de sentences arbitrales internationales, les bureaux, succursales, agences ou autres établissements d'une banque doivent d'une manière générale être traités comme des entités distinctes n'ayant pas la possession, la garde ou le contrôle des biens remis par des déposants dans les bureaux, succursales ou agences, ou au siège, situés dans un autre État.

En application de ce principe, en matière de procédures civiles d'exécution de jugements étrangers ou de sentences arbitrales internationales, les tribunaux d'un État ne devraient pas ordonner la saisie d'un bien détenu auprès du bureau, de la succursale, de l'agence ou de la filiale d'une banque situé en dehors de leur compétence territoriale ».

Il faut souhaiter que la Cour de cassation entende désormais ce vœu unanime et s'attache à le satisfaire.