



PAR JEAN-PIERRE MATTOUT,  
AVOCAT ASSOCIÉ, KRAMER LEVIN,  
PROFESSEUR ASSOCIÉ  
À L'UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II),  
ET ANDRÉ PRÛM,  
PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DU LUXEMBOURG

## JANVIER - JUIN 2013 : ENTRE PRUDENCE ET INNOVATION

Sur fond d'une crise qui n'en finit pas de durer, au point de commencer à y voir plutôt l'aube de temps nouveaux, le droit bancaire poursuit son chemin, multipliant les réformes, les mises au point, les bilans et les évolutions jurisprudentielles. Toujours protectrice des consommateurs et non-professionnels, la jurisprudence innove sur l'indivisibilité juridique des contrats économiquement liés ou l'utilisation des sûretés en matière de gage sur stocks, jusqu'à inquiéter les tenants de la liberté contractuelle. En revanche, elle aborde la problématique de la responsabilité bancaire en matière d'emprunts dits « toxiques » avec réalisme et prudence, tout comme elle annonce une ouverture souhaitable en matière de définition de l'établissement de crédit en fonction de sa loi nationale.

### SOMMAIRE

#### I - LÉGISLATION - RÈGLES PROFESSIONNELLES .....87

L. n° 2013-100, 28 janv. 2013 (refonte de la législation sur la monnaie électronique)

C. comptes, Rapp. 2013, Le plan de soutien aux banques : un bilan financier encore provisoire, un encadrement des rémunérations à compléter

CJ AELE, 28 janv. 2013, n° E-16/11 (la garantie des dépôts en Islande)

ACP, comm. sanctions, déc. n° 2012-06, 1<sup>er</sup> mars 2013 (le contrôle interne)

Cass. com., 5 févr. 2013, n° 11-27.746 (secret bancaire et chèque)

Règl. n° 462/2013/UE, 21 mai 2013 ; Dir. n° 2013/14/UE, 21 mai 2013

(de nouvelles règles pour les agences de notation)

Ord. n° 2013-544, 27 juin 2013 (harmonisation du statut d'établissement de crédit à l'échelle européenne)

#### II - CRÉDITS .....89

##### A - GÉNÉRALITÉS

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 janv. 2013, n° 05-12.081 (destinataire de l'offre de crédit)

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 30 janv. 2013, n° 11-26.074 (nullité de la vente et nullité du prêt)  
Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n°s 11-22.927 et 11-22.768 (location financière et interdépendance des contrats)

##### B - GARANTIE DES CRÉDITS

Cass. com., 5 févr. 2013, n° 12-11.720 (formalisme du cautionnement et nullité relative)

Cass. com., 19 févr. 2013, n° 11-21.763 (gage sur stocks)

Cass. com., 19 févr. 2013, n° 11-27.666 (obligation de la caution postérieurement à l'apport du fonds de commerce de la banque cessionnaire)

CJUE, 14 mars 2013, aff. C-419/11 (billet à ordre, droit de la consommation)

##### C - RÉMUNÉRATION DU PRÊTEUR

TGI Nanterre, 6<sup>e</sup> ch., 8 févr. 2013, n°s 11/03778, 11/03779 et 11/03780 (emprunts structurés et TEG)

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 juin 2013, n° 12-16.651 (TEG et année bancaire)

TI Quimper, 31 janv. 2013, n° 2013-002718 (taux d'intérêt variable et clause abusive)

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 avr. 2013, n° 12-14.377 (TEG et souscription de parts sociales)

#### III - RESPONSABILITÉ .....95

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 nov. 2012, n°s 11-24.774 et 11-25.129 (mise en garde sur la variabilité du taux)

Cass. com., 8 janv. 2013, n° 11-19.387 (investissement défiscalisant et devoir d'information et de conseil)

Cass. com., 11 déc. 2012, n° 11-25.795 (sûretés excessives et responsabilité du banquier)

TGI Paris, 25 juin 2013, n° 11/04700 (prêt structuré à collectivité publique et responsabilité)

#### IV - OPÉRATIONS INTERNATIONALES .....97

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 mars 2013, n°s 10-25.938, 11-10.450 et 11-13.323 (immunité d'exécution d'un État souverain)

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 janv. 2013, n° 11-10.588 (protection de la caution et ordre public international)

Cass. com., 22 mai 2013, n° 11-26.503 (définition de l'établissement de crédit étranger sous sa loi nationale)

### I - LÉGISLATION - RÈGLES PROFESSIONNELLES

La refonte de la législation sur la monnaie électronique par la loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 (1). - L'émission et la gestion de monnaie électronique font l'objet, en Europe, d'un régime largement harmonisé. L'approche initiale de l'Union européenne, consacrée par la directive n° 2000/46/CE du 18 septembre 2000 (JOCE 27 oct., n° L 275), fut très prudente. Les émetteurs de monnaie électronique n'étaient reconnus qu'en tant que sous-catégorie des établissements de crédit et leur agrément obligatoire était soumis à de strictes exigences dont notamment un capital de départ d'au moins 1 million d'euros. La définition même de la monnaie électronique restait restrictive en visant principalement les applications de portemonnaie électronique. Se rendant compte du caractère peu stimulant d'un tel cadre, l'Union européenne a remis sa réglementation sur le métier et a adopté une nouvelle directive, le 16 septembre 2009, en remplacement de la première (2). L'ambition du nouveau texte est de permettre le développement de nouveaux services innovants et sûrs pour la monnaie électronique, de faciliter l'accès au marché pour les nouvelles entreprises et d'encourager une véritable concurrence entre tous les acteurs du marché.

Après avoir été rappelé à l'ordre par la Commission européenne, le législateur français vient enfin de transposer cette directive par la loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 (3). S'agissant pour l'essentiel d'une reprise des dispositions de la directive, visant une harmonisation complète aussi étendue que possible, un commentaire détaillé de la loi n'est sans doute pas indiqué ici. Retenons cependant que le législateur français soumet d'ores et déjà les activités d'émission et de gestion de monnaie électronique aux dispositions relatives aux services de paiement (C. mon. fin., art. L. 315-5). Anticipant un rapprochement qui reste à être fait dans la législation européenne, il assure ainsi aux utilisateurs de monnaie électronique, spécialement aux personnes physiques agissant à des fins non professionnelles, un haut niveau de protection. Parmi ces garanties figure en particulier le droit de pouvoir demander, à chaque instant, le blocage de l'instrument de paiement électronique. Au-delà du régime général des services de paiement, le détenteur de monnaie électronique se voit également reconnaître le droit d'en réclamer le remboursement, en principe sans frais, à l'émetteur. La frontière entre les nouveaux instruments de paiement électronique et les services de paiement régis par le régime général n'étant pas toujours aisée à tracer, la solution retenue paraît sage. Plusieurs

textes réglementaires ont entre-temps été pris pour préciser les dispositions de la loi (4).

Le plan de soutien aux banques : un bilan financier encore provisoire, un encadrement des rémunérations à compléter (Rapp. C. comptes 2013 (5)). - L'État avait su, lors de l'éclatement de l'affaire des « subprimes » et de la grave crise de liquidité bancaire qui avait suivi, apporter son soutien au système bancaire français. C'est justement et avec constance qu'il se penche, via la Cour des comptes, sur le résultat de son soutien et sur les besoins et les risques des établissements de crédit. Ce rapport est le troisième du genre, après ceux de juin 2009 et de mai 2010.

Le bilan financier, même s'il est encore provisoire, est positif pour l'État, tant au niveau de la Société de prises de participation de l'État (SPPE) que de la Société de financement de l'économie française (SFEF), les deux entités ad hoc par lesquelles il est intervenu. Le principal risque demeurant concerne Dexia.

Par ailleurs, de nouvelles difficultés sont survenues, au Crédit immobilier de France et à Banque PSA Finance, qui ont nécessité la garantie de l'État, à hauteur de 28 milliards d'euros pour la première et de 7 milliards d'euros pour la seconde.

En contrepartie des aides reçues, les banques françaises s'étaient engagées à maintenir une croissance de 3 à 4 % de leur encours de crédits à l'économie. La Cour constate que l'engagement est pratiquement tenu et s'il n'est pas tout à fait atteint, elle l'attribue à une baisse de la demande et non à une frilosité induite des banques. Elle note toutefois une intervention accrue de l'État, via le Fonds d'épargne et Oséo, en faveur des financements des collectivités territoriales et de l'innovation et en matière de crédits à long terme. Elle s'interroge sur l'utilité, désormais, de la Médiation du crédit, qui chevauche souvent les attributions du Comité interministériel de restructuration industrielle (CIRI), des comités départementaux d'examen des problèmes de financement des entreprises (CODEFI) et des commissaires au redressement productif, institués en juillet 2012.

Après les banques... les banquiers. Là, la Cour note que l'encadrement de leur rémunération s'est amélioré sous l'action d'abord du contrôleur des rémunérations, puis, de façon plus institutionnelle, de l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP). Elle appelle cependant à limiter les marges d'interprétation de la réglementation et à une forme de « say on pay » sur les enveloppes de bonus, sur lesquelles elle souhaite un

### NOTES

(1) L. n° 2013-100, 28 janv. 2013, JO 29 janv.

(2) Dir. n° 2009/110/CE, 16 sept. 2009, JOUE 10 oct., n° L 267.

(3) S. Piedelièvre et H. Lair, La monnaie électronique après la loi du 28 janvier 2013, JCP E 2013, n° 7, 1108 ; W. Prost et M. Roussille, Modalités pratiques applicables aux contrats d'émission de monnaie électronique, RD bancaire et fin, 2013, n° 3, étude 10 ; S. Moreil, La directive DM2 enfin transposée, D. 2013, p. 1150.

(4) D. n° 2013-372, 2 mai 2013, JO 4 mai ; Arr. 2 mai 2013, portant sur la réglementation prudentielle des établissements de monnaie électronique ; D. n° 2013-383, 6 mai 2013, JO 8 mai ; D. n° 2013-384 et 2013-385, 7 mai 2010, JO 8 mai.

(5) Rapp. C. comptes 2013, Le plan de soutien aux banques : un bilan financier encore provisoire, un encadrement des rémunérations à compléter.

vote consultatif des actionnaires. Elle note que si la France applique sérieusement les recommandations internationales, il n'en va pas de même ni aux États-Unis, ni même dans d'autres pays européens, qui ont une approche moins rigoureuse des critères, notamment la délimitation des « preneurs de risques » concernés par ces mesures. Le constat n'est pas neutre, car l'inflation en matière de surenchère salariale reste principalement alimentée par la concurrence entre banques !

**La garantie des dépôts en Islande (6).** – On se souvient que ce beau petit pays, membre de l'Association européenne de libre-échange (AELE), avait défrayé la chronique bancaire à l'occasion de l'éclatement de la crise des « *sub-primes* », qui a envoyé au tapis la quasi-totalité de son système bancaire hypertrophié. Les déposants néerlandais et britanniques de la banque Landsbanki, qui avaient souscrit, dans les succursales de cette banque dans ces deux pays, le produit d'épargne en ligne dénommé « *Icesave* », n'avaient pu accéder à la garantie des dépôts existante en Islande. L'Autorité de contrôle de l'AELE, soutenue par la Commission et plusieurs pays, contestaient l'absence de mise en œuvre et la mise en œuvre tardive de la garantie des dépôts par l'Islande. La Cour de justice de l'AELE, une juridiction rarement à l'honneur, devait donner raison à l'État islandais.

Le débat juridique portait sur le point de savoir si le mécanisme de garantie des dépôts imposé par le droit européen contenait ou non, pour les États, une obligation de résultat les contraignant à intervenir au cas où le fonds de garantie des dépôts institué s'avérait incapable d'honorer ses obligations envers tous les déposants concernés. La Cour estime que la seule obligation de l'État est de s'assurer qu'un système est effectivement en place, que les déposants disposent d'un droit de recours en cas de non-paiement, mais que les textes applicables, l'article 7 de la directive 2009/14/CE du 11 mars 2009 (JOUE 13 mars, n° L 68), dans sa version alors applicable, n'imposent pas à l'État de se substituer au fonds de garantie défaillant. Elle souligne de plus que le mécanisme de garantie des dépôts doit d'abord fonctionner grâce à l'abondement des banques et qu'il n'est pas adapté à une crise systémique balayant tout un système bancaire, mais plutôt conçu pour faire face à une défaillance ponctuelle. Du moins ses rédacteurs, selon la Cour, ne l'ont pas conçu ainsi.

La Cour écarte également l'accusation de traitement discriminatoire entre les déposants en Islande, dont les actifs ont été transférés dans

une « *new* » Landsbanki et totalement protégés, et les déposants dans les succursales en Grande-Bretagne et aux Pays-Bas qui n'ont pas même eu droit à la protection minimale prévue alors par le fonds islandais de garantie des dépôts, alors de 20 000 euros. La Cour relève, pour écarter toute discrimination, que le transfert dans la nouvelle banque n'était pas une mesure prise en application de la garantie des dépôts et que, partant, la mise en œuvre de ce mécanisme n'a pas pu être discriminatoire.

En définitive, le déposant, surtout étranger, tirera un goût amer de la conception procédurale et abstraite que la Cour retient de l'étendue de la notion de garantie des dépôts.

**Le contrôle interne (7).** – Le règlement n° 97-02 du 21 février 1997, modifié, relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, est un texte majeur en matière de fonctionnement des banques, et particulièrement pour tout ce qui concerne leur contrôle interne qu'elles doivent organiser, selon leur taille et la nature de leurs activités, en contrôle permanent, en contrôle périodique, en contrôle de premier niveau et en contrôle de deuxième niveau. Constatant de lourdes défaillances dans les différents contrôles, la commission des sanctions de l'ACP a lourdement condamné une banque tunisienne installée à Paris (un blâme et 700 000 euros d'amende).

Elle a refusé de considérer que la carence du contrôleur général, que la banque avait mis longtemps à licencier du fait de son statut de salarié protégé, pouvait constituer une excuse absolue, car cela « *ne pouvait dispenser les dirigeants responsables de prendre toutes les mesures propres à mettre fin à une situation incompatible avec la sécurité des opérations de la banque* ».

Les missions de contrôle de l'ACP se terminent souvent par une liste de recommandations à mettre en œuvre pour redresser la situation. La commission des sanctions se prononce sur la nature juridique des obligations imposées par ces « *lettres de suite* », auxquelles elle assimile les missions d'audit interne, pour indiquer que l'article 5 du règlement n° 97-02 impose « *aux établissements de crédit une obligation de résultat portant sur l'exécution effective, dans un délai raisonnable et clairement défini, de la totalité des recommandations faites par l'autorité de tutelle à la suite d'un contrôle sur place ou de celles faites à la suite d'un audit interne, dès lors que l'organe exécutif n'a pas explicitement et de manière dûment motivée décidé de les écarter* ».

**Secret bancaire et chèque (8).** – Le titulaire d'un compte en banque doit pouvoir se fier au respect par son banquier de son obligation au secret professionnel, même lorsque ce dernier est assigné par un tiers devant le juge civil. Le fait que les informations réclamées soient couchées sur un chèque, encaissé par le titulaire du compte, n'altère pas le devoir du banquier d'en refuser toute communication. La circonstance que le chèque ait pu être détourné n'y change rien tant que l'action n'est pas portée devant le juge pénal. La Chambre commerciale de la Cour de cassation vient de le rappeler utilement dans un arrêt du 5 février 2013, après qu'elle a jeté un certain doute par un arrêt du 11 octobre 2011 (9).

Une société était convaincue qu'une de ses vendeuses avait détourné des chèques remis par des clients pour les encaisser sur son propre compte. Elle souhaitait dès lors qu'un expert puisse vérifier si la banque de son employée n'avait pas commis d'erreur en manquant de vérifier la vraie identité du bénéficiaire indiqué sur ces chèques. Sa demande en référé ayant été rejetée par la cour d'appel de Douai, la banque s'est pourvue en cassation. Mais sans succès, puisque la Chambre commerciale retient que « *le secret professionnel institué par l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier constitue un empêchement légitime opposable au juge civil, (...) qu'il ne cesse pas du seul fait que l'établissement de crédit est partie au procès, dès lors que son contradictoire n'en est pas le bénéficiaire* ». Elle approuve ainsi la cour d'appel d'avoir « *exactement décidé que les pièces réclamées par la société, relatives au fonctionnement du compte bancaire de Mme X..., ne pourraient être communiquées à l'expert par la caisse qu'avec l'accord de sa cliente* ». Ces termes ne sont pas sans rappeler ceux d'un arrêt du 13 novembre 2003 (10) ou d'un autre du 25 janvier 2005 (11) par lesquels la Chambre commerciale avait déjà arrêté la même position.

Même si la décision ne recueille pas une approbation unanime (12), elle nous paraît parfaitement justifiée. Toute solution différente dans le cadre d'une instance devant le juge civil porterait gravement atteinte au secret bancaire. Aux justiciables de mieux choisir les voies procédurales qu'ils empruntent et d'agir, en pareille circonstance, devant le juge pénal pour profiter du fait que le secret bancaire n'est pas opposable au parquet (13).

**De nouvelles règles pour les agences de notation (14).** – Poursuivant le chemin emprunté depuis l'éclatement de la crise des « *sub-primes* », le législateur européen vient de renforcer les contraintes pesant sur les agences de notation financière. Il encadre la notation des

dettes souveraines en contraignant les agences à un calendrier prévisionnel afin de limiter les notations intempestives ; transforme les notes données par les agences de simples opinions librement exprimées en informations financières dont il espère pouvoir les tenir plus facilement responsables, tant envers l'émetteur qu'envers les investisseurs ; érige quelques barrières pour lutter contre les conflits d'intérêts (rotation obligatoire pour certains instruments financiers structurés complexes, limitation à la participation par actionnaire au capital des agences) et publicité des notations sur une plateforme. Enfin, encouragement des acteurs à moins se reposer sur les notations externes et à redévelopper leur propre appréciation des risques, piste difficile mais certainement la plus prometteuse (15).

**Harmonisation du statut d'établissement de crédit à l'échelle européenne (16).** – L'entrée en vigueur prochaine des dispositions du règlement n° 575/2013/UE du 26 juin 2013 (JOUE 27 juin, n° L 146) transcrivant le nouveau dispositif de fonds propres, dit « *Bâle III* », le 1<sup>er</sup> janvier 2014, aura contraint d'aligner la définition de l'établissement de crédit en droit français sur la définition européenne (17). Désormais, les établissements de crédit sont des « *personnes morales dont l'activité consiste à recevoir des fonds remboursables du public mentionnés à l'article L. 312-2 et à octroyer des crédits mentionnés à l'article L. 313.1* ». Par rapport à la définition actuelle, disparaît la fourniture de services bancaires de paiement et un lien est établi entre la réception des dépôts et l'octroi des crédits, ces deux derniers piliers devenant cumulatifs pour avoir la qualité d'établissement de crédit. La notion de dépôts à moins de deux ans comme critère de classement des établissements disparaît aussi.

Les établissements ne faisant qu'octroyer des crédits sans recevoir de fonds du public relèveront de la nouvelle catégorie des sociétés de financement, qui ne seront pas des établissements de crédit ; les actuelles catégories de sociétés financières ou d'institutions financières spécialisées disparaissent en tant que telles et deviendront soit des établissements de crédit spécialisés, soit des sociétés de financement. Un régime transitoire est organisé pour faciliter la mutation vers les nouvelles catégories.

## II - CRÉDITS

### A - GÉNÉRALITÉS

**Destinataire de l'offre de crédit (18).** – Les pratiques contractuelles en matière de crédits

## NOTES

(8) Cass. com., 5 févr. 2013, n° 11-27.746, Banque et droit 2013, n° 149, p. 28.

(9) Cass. com., 11 oct. 2011, n° 10-10.490, Banque et droit, n° 141, p. 34, obs.

T. Bonneau ; JCP G 2011, 1388, note J. Lasserre Capdeville.

(10) Cass. com., 13 nov. 2003, n° 00 199.73, Banque et droit, n° 94, p. 57, obs.

T. Bonneau, JCP E 2004, 736, obs. J. Stoufflet.

(11) Cass. com., 25 janv. 2005, n° 03-14.693, Bull. civ. IV, n° 13, Banque et droit 2005, n° 101, 70, obs.

T. Bonneau.

(12) T. Bonneau, Banque et droit, n° 149, p. 28 ;

J. Lasserre Capdeville, JCP G 2013, n° 18, 502.

(13) R. Routier, L'essentiel, 1<sup>er</sup> avr. 2013, n° 4, p. 5.

(14) Règl. n° 462/2013/UE, 21 mai 2013, JOUE 31 mai, n° L 146 ; Dir. n° 2013/14/UE, 21 mai 2013, JOUE 31 mai.

(15) J.-P. Mattout, Des agences de notations financières, in Mélanges Philippe Bissara, ANSA, 2013, 263.

(16) Ord. n° 2013-544, 27 juin 2013, JO 28 juin.

(17) T. Bonneau, La réforme des établissements de crédit, Commentaire de l'ordonnance du 27 juin 2013, JCP E 2013, 1429 ; J. Lasserre Capdeville, JCP G 2013, 805.

(18) Cass. 1<sup>er</sup> civ., 16 janv. 2013 n° 05-12.081.

## NOTES

(6) CJ AELE, 28 janv. 2013, n° E-16/11.

(7) ACP, comm. sanctions, déc. n° 2012-06, 1<sup>er</sup> mars 2013.

immobiliers ont beaucoup changé avec l'intervention, devenue fréquente, d'intermédiaires entre l'emprunteur et la banque prêteuse. Néanmoins, la Cour de cassation s'en tient à une lecture stricte des dispositions de l'article L. 312-7 du Code de la consommation (♦ 001). Elle refuse ainsi, dans un arrêt du 16 janvier 2013, de considérer que l'envoi de l'offre au mandataire de l'emprunteur, dont elle relève cependant qu'il avait à son tour transmis l'offre à l'emprunteur, ne vaut pas envoi à l'emprunteur en ce que ce détour ne permet pas de vérifier que l'emprunteur aura effectivement bénéficié du délai de réflexion prévu par la loi. Le rôle traditionnel du mandataire, qui pourtant représente juridiquement son mandant, est ainsi écarté. Il n'entre pas davantage en considération que ce mandataire aura pu jouer un rôle de conseil de l'emprunteur et l'éclairer particulièrement. Elle ne prend pas davantage en compte le fait que le prêt avait été consenti par acte authentique, excluant ainsi que la réitération ainsi faite ait pu purger l'envoi de l'offre au mandataire. Elle casse cependant la décision d'appel, en ce qu'elle avait privé le prêteur de son droit à intérêt, rappelant que l'article L. 312-33 du même code donne pouvoir d'appréciation au juge pour fixer la proportion d'intérêts dont il entend priver le prêteur, excluant toute automaticité.

Par ailleurs, l'arrêt réaffirme des solutions connues, refusant la nullité d'un prêt consenti par une banque étrangère non agréée en France en 1988 et rappelant que la sanction d'un taux effectif global inexact est la substitution du taux d'intérêt légal au taux conventionnel et non la déchéance totale du droit aux intérêts.

**Nullité de la vente et nullité du prêt (19).** – Les notaires sont exposés à des risques de responsabilité croissants comme en témoigne un arrêt de la troisième chambre civile du 30 janvier 2013. En manquant à son devoir de conseil envers l'acquéreur d'un immeuble, le notaire est, en effet, susceptible d'engager sa responsabilité non seulement vis-à-vis de ce dernier, mais également envers le banquier qui l'a financé. Trois sociétés s'étaient portées acquéreurs d'un

## EXTRAITS

## ♦ 001 C. consom., art. L. 312-7 :

« Pour les prêts mentionnés à l'article L. 312-2, le prêteur est tenu de formuler par écrit une offre adressée gratuitement par voie postale à l'emprunteur éventuel ainsi qu'aux cautions déclarées par l'emprunteur lorsqu'il s'agit de personnes physiques ».

## NOTES

- (19) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 30 janv. 2013, n° 11-26.074, Banque et droit 2013, n° 149, p. 27.  
(20) Cass. ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.927 et 11-22.768.

immeuble dont la vente initiale, dans le cadre d'une liquidation judiciaire, n'avait été autorisée qu'à condition que ledit immeuble reste affecté à l'exploitation d'un établissement pour adolescents handicapés. Les nouveaux acquéreurs le destinaient à un autre usage et n'avaient pas été prévenus par le notaire de cette condition. Pour réaliser l'acquisition, ils avaient obtenu un prêt bancaire d'une durée de deux ans. La vente à leur profit ayant été annulée, ils ont demandé et obtenu l'annulation par ricochet du prêt dont l'existence ne se justifiait qu'à travers le projet d'acquisition.

Pour la banque, la nullité du prêt n'était évidemment pas sans conséquence puisqu'elle la privait des intérêts stipulés. Peu importe à cet égard que le prêt ait été déjà remboursé puisque, par le mécanisme des restitutions, elle était tenue de rembourser les intérêts perçus. La Cour de cassation retient que la faute du notaire ayant abouti à l'annulation de la vente se trouvait également à l'origine du manque à gagner par la banque. Elle casse, en conséquence, la décision de la cour d'appel ayant rejeté la demande en dommages-intérêts de la banque. La solution paraît pleinement justifiée. Il n'y a aucune raison que le notaire qui, par sa faute, a causé un préjudice à la banque ne soit pas tenu d'en répondre. La circonstance que cette faute tient à la mauvaise exécution d'une relation à laquelle la banque n'est pas partie ne constitue pas un obstacle à une responsabilité sur le plan délictuel.

**Location financière et interdépendance des contrats (20).** – Le ton de deux arrêts rendus par la Chambre mixte de la Cour de cassation, le 17 mai 2013, sur le sort des clauses de divisibilité figurant dans les contrats de location financière ne laisse guère de doute sur sa détermination de résoudre, une fois pour toutes, le contentieux que nourrissent ces clauses : « Les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière sont interdépendants (...) Sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance ». Et pour que chacun s'en rende bien compte, le communiqué de presse de la Haute juridiction insiste sur le fait que, « par ces décisions, la Cour de cassation remplit pleinement son rôle normatif, de création prétorienne du droit, mais exerce aussi sa fonction régulatrice, visant à harmoniser la jurisprudence sur l'ensemble du territoire ». Finies donc les divergences entre les juridictions du fond, auxquelles la Chambre commerciale et la première chambre civile s'étaient résolues de laisser le soin d'apprécier si les parties à un tel ensemble de contrats avaient décidé de les rendre ou non divisibles. Il faut dire que la Cour de cassation était elle-

même largement responsable de l'absence de cohérence dans la jurisprudence des juridictions du fond, faute de position unanime en son sein.

Les faits à l'origine des deux affaires sont classiques. Dans l'une, une société avait conclu un contrat de partenariat avec un prestataire de services pour la mise en place d'un réseau global de communication interactive. Pour disposer du matériel informatique nécessaire, le bénéficiaire des prestations avait conclu quelque temps plus tard un contrat de location financière avec une entreprise tierce. Ce contrat prévoyait expressément qu'il était indépendant du contrat de prestation de services et qu'une répercussion sur la location financière. Dans la seconde espèce, une société avait conclu des contrats de prestations informatiques auxquels étaient accouplés des contrats de location financière du matériel informatique. Ces derniers contenaient également une clause de divisibilité. Les deux arrêts d'appel avaient, malgré la similitude des situations, pris position dans des sens opposés. Dans la première affaire, il avait été décidé que la résiliation du contrat financé emportait celle du contrat de location financière alors que le second arrêt retenait que les contrats de prestation de services et de location financière étaient bien divisibles. Il était nécessaire que la Cour de cassation dégage enfin une solution uniforme.

Celle-ci se décline, en vérité, en deux éléments. La Cour affirme d'abord que les contrats formant une opération incluant une location financière sont nécessairement interdépendants. La solution ne surprend pas vraiment puisqu'elle se situe dans le prolongement de l'affaire « Sedri » où la Chambre commerciale avait déjà admis l'existence d'une interdépendance entre un contrat de partenariat et une location financière (21). Il faut dire toutefois qu'à l'époque elle avait pris soin de relever un ensemble de facteurs d'interconnexion entre les deux conventions qui marquaient clairement l'intention des parties de lier le sort de l'une et de l'autre. Rien de tel dans les arrêts de la Chambre mixte. L'interdépendance est décrétée sans autre explication. Prétendre, comme elle le fait dans son communiqué de presse, que « la Cour de cassation vient de préciser les éléments caractérisant l'interdépendance contractuelle » laisse un peu rêveur (22).

Mais c'est surtout le second élément de la décision, et son application concrète aux clauses de divisibilité, qui nous paraît le plus critiquable. Pour la Chambre mixte, les clauses par lesquelles les parties à un contrat de location fi-

nancière conviennent expressément que celui-ci doit survivre à une éventuelle résolution ou résiliation du contrat financé sont nécessairement inconciliables avec l'interdépendance entre les deux contrats. Une telle conclusion fait d'abord peu de cas de la liberté contractuelle sur laquelle la Chambre mixte croit cependant pouvoir s'appuyer, puisqu'elle rend l'une de ces décisions sous le visa de l'article 1134 du Code civil. Elle nous semble surtout se méprendre sur le sens des clauses de divisibilité. L'objet de celles-ci est d'affranchir le financeur du risque d'inexécution du contrat financé auquel il reste, par hypothèse, étranger. En octroyant un crédit au preneur, il mobilise des ressources sur une durée et moyennant un taux d'intérêt convenus avec celui-ci. Mettre fin avant le terme à un tel contrat de financement cause, en principe, un préjudice au financeur puisqu'il perd le bénéfice des intérêts à courir. On ne voit pas pour quelle raison les parties se verraient interdire de laisser le preneur supporter le risque, dans sa relation avec le financeur, d'une résolution ou résiliation du contrat financé alors que c'est lui-même qui a choisi son partenaire contractuel. Comme l'observe, à juste titre, notre collègue J.-B. Seube (23), les parties au contrat de location financière peuvent répartir le risque en question de différentes façons en laissant ou non subsister la location financière jusqu'à son terme. Dans cette optique, les clauses de divisibilité ne sont point inconciliables avec l'interdépendance des contrats ; elles traduisent simplement une manière de les articuler. Comme l'observe la Cour de cassation, il n'est pas nécessaire que des contrats soient conclus de manière concomitante pour former un ensemble interdépendant. Pourquoi serait-il inconcevable que l'un survive à l'autre, sans être frappé de caducité, alors que cette conjugaison ne traduit qu'un partage voulu du risque évoqué ? On regrettera que la Cour de cassation impose de manière catégorique et quelque peu liberticide une solution abstraite qui néglige des équilibres plus subtils entre des contrats interdépendants.

## B - GARANTIE DES CRÉDITS

**Formalisme du cautionnement et nullité relative (24).** – La personne physique qui s'est portée caution, par acte sous seing privé, d'un créancier professionnel et qui a exécuté son engagement, en sachant parfaitement qu'il était entaché de nullité pour vice de forme, ne peut plus s'en plaindre par la suite. Le formalisme imposé par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation sert incontestablement le seul but de protéger les cautions personnes physiques. Logiquement, la nullité de l'acte qui le sanctionne reste une nullité rela-

## NOTES

- (21) Cass. com., 4 avr. 1995, n° 93-14.585 ; v. le rapport de P. Leclercq, Indivisibilité entre contrats de fourniture, de prestation de services et de financement, RJDA 1995, 414.  
(22) D. Mazeaud, L'important, c'est la clause, l'important... D. 2013, p. 1658.  
(23) J.-B. Seube, Haro sur les clauses de divisibilité !, JCP G 2013, n° 24, 674.  
(24) Cass. com., 5 févr. 2013, n° 12-11.720.

tive (25). Seule la caution peut s'en prévaloir. Il est dès lors normal qu'elle puisse également y renoncer en confirmant l'acte irrégulier. C'est en ce sens que s'étaient déjà fixées plusieurs cours d'appel, même si d'autres restaient plus hésitantes (26). Traditionnellement, les règles de forme imposées à titre de validité d'un acte ne conditionnent-elles pas l'existence de celui-ci (27) ? Par un arrêt du 5 février dernier, la Chambre commerciale de la Cour de cassation valide l'analyse fondée sur la finalité de la nullité en admettant la possibilité d'une confirmation au sens de l'article 1338 du Code civil. En décider autrement, en considérant que l'acte ne pouvait, faute de respecter les formes requises, être pris en compte, aurait comporté le risque de voir le débiteur garanti se prévaloir de l'irrégularité à l'encontre de la caution. Loin de protéger la caution, les dispositions du Code de la consommation auraient alors risqué de se retourner contre elle.

L'arrêt évite heureusement ce piège. Pour la Chambre commerciale, il ne fait pas de doute que « la violation du formalisme des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, qui a pour finalité la protection des intérêts de la caution, est sanctionnée par une nullité relative, à laquelle elle peut renoncer par une exécution volontaire de son engagement irrégulier, en connaissance du vice l'affectant ». En même temps, elle se montre très prudente pour constater que les conditions d'une confirmation étaient réunies. Ainsi relève-t-elle, pour approuver l'arrêt au fond, que celui-ci « retient que la caution, après avoir souscrit un prêt à cette fin, a réglé les sommes dues, sans mise en demeure préalable et en dépit des conseils contraires de son avocat et de son comptable et, qu'ainsi conseillée, elle a agi en toute connaissance de cause ». Ces circonstances particulières ne laissent guère de doute sur l'intention de la caution de réparer le vice affectant son engagement en l'exécutant. Elle ne pouvait donc, sans se contredire manifestement, remettre en cause ce paiement spontané en alléguant, par la suite, la nullité de son engagement.

Une confirmation peut cependant intervenir également dans des situations moins flagrantes et notamment alors même que le créancier a réclamé, y compris en justice, l'exécution du cautionnement. Ce qui compte est d'apprécier si la caution a, en connaissance de cause, voulu renoncer ou non à la protection du formalisme instauré en sa faveur. Dès lors qu'elle a accepté, sans ambiguïté, de couvrir l'irrégularité de l'acte en exécutant son engagement, elle ne peut plus changer d'avis.

**Gages sur stocks (28).** – La réforme du droit des sûretés opérée par l'ordonnance

n° 2006-346 du 23 mars 2006 (JO 24 avr.) visait à moderniser le régime des sûretés consacré par le Code civil. Les retouches apportées au gage sans dépossession figurent parmi les apports les plus appréciés. La réforme ne touchait cependant pas aux sûretés spécifiques régies par d'autres textes. Le régime du gage sur stock, tel qu'il est organisé par le Code de commerce, est ainsi resté inchangé. Cette existence de textes parallèles soulève la question de savoir si un établissement de crédit prenant une garantie sur un stock de marchandises peut soumettre celle-ci aux nouvelles dispositions du Code civil ou si sa sûreté doit impérativement être soumise au régime spécifique du Code de commerce (C. com., art. L. 527-1 et s.). La souplesse des règles du Code civil combinée à un formalisme moins astreignant ne pouvait manquer d'inciter les banques à préférer le nouveau régime à l'ancien. Le droit d'opérer un tel choix pouvait s'appuyer sur de bons arguments : l'avancée représentée par un texte plus moderne, l'efficacité douteuse des conditions surtout formelles requises par le Code de commerce au regard de l'objectif de protection du constituant de la sûreté, le principe de la liberté contractuelle en l'absence de toute exclusion expresse de l'option, etc. La doctrine, qui avait bien perçu la question, avait, pour ces raisons, largement plaidé en faveur du libre choix des parties.

Mais la Chambre commerciale de la Cour de cassation ne voit pas les choses de la même manière : « S'agissant d'un gage portant sur des éléments visés à l'article L. 527-3 du Code de commerce, les parties, dont l'une est un établissement de crédit, ne peuvent soumettre leur contrat au droit commun du gage de meuble sans dépossession », décide-t-elle. La solution est affirmée, comme trop souvent, de façon péremptoire, sans un début d'explication ou de justification. Sans surprise, les commentateurs sont unanimes pour la critiquer (29). Au-delà des arguments techniques susceptibles d'être opposés à la décision, n'est-il pas éminemment regrettable que la Chambre commerciale se montre aussi peu soucieuse des intérêts des opérateurs économiques – entreprises et banques confondues – en leur imposant la voie de la rigidité au lieu de leur permettre de bénéficier pleinement des efforts de modernisation du droit français ? Dicter une telle direction sans même prendre le soin de s'en expliquer sérieusement ne paraît plus dans l'esprit du temps.

**Obligation de la caution postérieurement à l'apport du fonds de commerce de la banque cessionnaire (30).** – C'est encore une manifestation de l'intransigeance de la jurisprudence sur le sort des cautionnements dans les opéra-

tions de restructuration bancaire qui aboutit à une décision décevante en date du 19 février 2013 (♦ 002).

Une personne physique avait cautionné solidairement les engagements d'une société envers sa banque en 1997, et notamment tous les engagements résultant d'une convention d'escompte et des bordereaux de cession Dailly qui feraient référence à cette convention d'escompte. La société emprunteuse fut mise en liquidation judiciaire en 2008 et la banque assigna en paiement la caution. Celle-ci fit valoir que la banque l'ayant assignée avait reçu ce client à la suite d'un apport partiel d'actif que lui avait consenti une autre banque en 1993 et que, partant, elle n'était pas tenue des engagements souscrits postérieurement à l'apport d'actifs. La cour d'appel avait écarté l'argument en se fondant sur le fait que les bordereaux de cession Dailly faisant tous référence à la convention d'escompte initiale, il convenait de considérer que la naissance de ces créances était donc antérieure à la convention d'apport, ce qui ne libérerait pas la caution. La Cour de cassation casse sèchement en s'appuyant sur les articles 2292 du Code civil et L. 313-24 et L. 313-27 du Code monétaire et financier, reprenant ainsi sa jurisprudence traditionnelle en la matière (31). Nous persistons à penser que cette jurisprudence procède d'une lecture extensive et injustifiée de l'article 2292 du Code civil. En l'espèce, elle va même contre la lettre de l'article L. 313-27, alinéa 3, du Code monétaire et financier qui énonce le transfert automatique des sûretés par la remise du bordereau « sans qu'il soit besoin d'autre formalité ». En effet, le changement de créancier résultant de l'apport partiel d'actif ne libère pas la banque recevant l'apport du devoir de poursuivre les crédits en cours, et c'est bien logique, tant au plan juridique, du fait du transfert de droits et obligations, qu'au plan

pratique puisque cela protège l'emprunteur. Il est paradoxal de considérer dès lors que la caution se trouve soudainement libérée du seul fait qu'elle n'a pas manifesté expressément son accord à ce changement de créancier qui ne modifie pourtant en rien la nature ou l'étendue de ses obligations nées après l'apport ; c'est un effet d'aubaine pour les cautions mal intentionnées que la jurisprudence leur fournit lors des rapprochements de banques où les milliers d'opérations concernées rendent souvent très difficile, voire impossible de recueillir l'accord de chaque caution. Il faut aussi rappeler que l'information annuelle que reçoivent les cautions les informe nécessairement du changement de créancier et qu'il est dès lors paradoxal de ne tirer aucune conséquence juridique du silence gardé par la caution à la suite de ces informations successives. À défaut d'évolution de la jurisprudence, il serait utile que le législateur intervienne pour affirmer le principe que l'apport, comme la fusion, ne libère pas les cautions qui restent tenues envers le nouveau créancier dans la limite de leurs engagements initialement souscrits. La nouvelle loi bancaire n° 2013-672 du 26 juillet 2013 (JO 27 juill.), qui va contraindre certaines banques à se scinder pour isoler dans une filiale certaines de leurs activités, a expressément organisé le transfert de plein droit des sûretés réelles et personnelles (art. 5, III). La Cour de cassation aurait pu anticiper !

**Billet à ordre et droit de la consommation (32).** – Il est intéressant de noter que la Cour de justice de l'Union européenne, saisie d'une question préjudicielle par un tribunal tchèque, a justement rappelé que l'avaliste personne physique d'un billet à ordre souscrit par une société dont il était le gérant, n'est pas un consommateur (CJUE, 14 mars 2013, aff. C-419/11 ♦ 003). L'enjeu principal portait sur une question de compétence, mais la solution vaut bien au-delà.

## C – RÉMUNÉRATION DU PRÊTEUR

**Emprunts structurés et TEG (33).** – Trois décisions analogues ont été rendues par le tribunal de grande instance de Nanterre qui n'ont pas manqué de retenir la plus grande attention en matière d'emprunts dits structurés et de taux effectif global (TEG). Le département de Seine-Saint-Denis avait eu recours à de nombreux emprunts à long terme de refinancement auprès de Dexia. Ces emprunts comportaient des modalités de taux particulières pendant une grande partie de leur durée, ceux-ci variant en fonction de l'écart entre les taux courts et les taux longs (stratégie de pente) ou de l'écart entre deux taux de change. Il soute-

## NOTES

(25) M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et P. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 9<sup>e</sup> éd., 2010, n° 129 ; D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 8<sup>e</sup> éd., 2011, n° 159.  
(26) F. Jacob, obs. sous l'arrêt commenté, *Banque et droit* 2013, n° 149, p. 42.  
(27) L. Aynès, obs. sous l'arrêt commenté, D. 2013, p. 1113 ; A. Aynès et Ph. Dupichot, obs. sous l'arrêt commenté, Dr. & patr. 2013, n° 227, p. 91.  
(28) Cass. com., 19 févr. 2013, n° 11-21.763, Dr. & patr. 2013, n° 227, p. 94.  
(29) Parmi les nombreux commentaires, v. en particulier P. Crocq, RTD civ. 2013, p. 418 ; D. Legeais, JCP E 2013, n° 12, 1173 ; A. Aynès et Ph. Dupichot, Dr. & patr. 2013, n° 227, p. 94.  
(30) Cass. com., 19 févr. 2013, n° 11-27.666, Gaz. Pal. 20-21 mars 2013, p. 21, note M.-P. Dumont-Lefrand, LPA 2013, p. 7, obs. N. Morelli.

## NOTES

(31) Cass. com., 20 janv. 1987, n° 85-140.35, Rev. sociétés 1987, p. 401, note O. Barret, et réaffirmée à maintes reprises, Cass. com., 8 mars 2011, n° 10.118.35, RD bancaire et fin. mai-juin 2011, 53, note D. Legeais ; Cass. com., 13 sept. 2011, n° 10.213.70, Rev. sociétés 2012, p. 500, note J.-F. Barbieri.  
(32) CJUE, 14 mars 2013, aff. C-419/11.  
(33) TGI Nanterre, 6<sup>e</sup> ch., 8 févr. 2013, n° 11/03778, 11/03779 et 11/03780, Bull. Joly Bourse 2013, p. 187, note P. Pailler ; J. Martin, RD bancaire et fin. mars-avr. 2013, p. 15, note J. Martin ; A. Juaristi et M. Le Touzé, *Emprunts toxiques, une jurisprudence à haut risque*, Banque 2013, p. 62 ; C.-E. Poncet, AJDA 2013, p. 784.

nait, compte tenu d'une évolution qui lui avait été défavorable, pouvoir en obtenir l'annulation ou la résolution pour manquement de la banque à son devoir de mise en garde, estimant que ces contrats revêtaient un caractère spéculatif et qu'il n'en avait pas eu conscience lors de leur souscription. Il demandait également l'annulation de la clause d'intérêt pour défaut d'indication du TEG. Le tribunal rejette la première demande mais accueille la seconde sur le TEG.

Il reconnaît justement que le but poursuivi par le département était de couvrir son risque de taux sous-jacent et non de spéculer. Les opérations de couverture ne consistent pas à éliminer un risque mais le plus souvent à arbitrer un risque jugé élevé contre un autre risque jugé moindre. Sur ce point aussi il est possible de se tromper sur l'évolution future, mais cela ne transforme pas l'opération initiale de couverture d'un risque sous-jacent bien identifié en une spéculation. La spéculation suppose une intention spéculative et ne peut intervenir que dans des opérations à court terme. Le tribunal reconnaît ensuite le caractère averti du département pour ce type d'opérations en prenant en compte la multitude d'opérations analogues réalisées depuis des années et le caractère revendiqué par les instances politiques du département de leur volonté de mener une gestion active de leur dette. La combinaison du caractère averti de l'emprunteur et de l'absence de spéculation conduit le premier juge à considérer, en application d'une jurisprudence désormais bien établie, à l'absence de devoir de mise en garde pour la banque.

En revanche, la question du TEG réserve des surprises ! En effet, Dexia avait envoyé initialement une proposition, sous forme d'abord de courriel puis par fax, indiquant les principales caractéristiques de l'opération projetée pour obtenir confirmation irrévocable pour l'emprunteur de son accord et celle-ci ne comportait pas de TEG, celui-ci ne figurant que dans le contrat définitif signé quelques jours plus tard. La question posée consistait à savoir si la proposition acceptée constituait déjà le contrat de prêt, et aurait dû dès lors comporter la mention du TEG, ou bien s'il s'agissait d'un document préparatoire, liant les parties sur les caractéristiques essentielles, mais ne valant pas contrat de prêt. Le tribunal estime que la proposition, compte tenu de son contenu précis sur les caractéristiques essentielles du prêt, valait contrat de prêt, le contrat définitif étant considéré comme simple *instrumentum* de confirmation. Dès lors, la sanction en découlait : substitution du taux légal au taux conventionnel.

La cour d'appel, saisie d'un recours, aura à s'interroger particulièrement sur ce dernier point. En effet, afin de fixer les conditions applicables, ce qui implique pour la banque prêteuse qu'elle puisse se couvrir immédiatement sur le marché, il convient d'arrêter, dans un premier temps, montant, taux et durée. C'est l'objet du premier accord, que l'emprunteur ne peut plus modifier quant à ces caractéristiques, car la banque se sera déjà couverte sur ces bases pour garantir les taux offerts à l'emprunteur pour les montants et la durée convenus. Puis intervient le contrat qui, lui, comprend toutes les autres clauses, dont l'importance ne peut être contestée : modalités de la mise à disposition des fonds, déclarations et garanties, cas de défaut, droit applicable, tribunaux compétents, etc. Il est dès lors hardi, pour ne pas dire inexact, de dire que le contrat définitif n'est que l'*instrumentum*. Un contrat de prêt n'est pas une vente. Il ne suffit pas qu'il y ait accord sur la chose et sur le prix pour que le contrat soit formé. Il n'y a pas si longtemps, le contrat de prêt, même consenti par un professionnel, était un contrat réel ne se formant que par la remise des fonds ! Par ailleurs, la plupart du temps, ces opérations sont précédées d'un appel d'offres lancé par la collectivité publique, période pendant laquelle elle a tout loisir de comparer les propositions faites par les différents établissements de crédit, si bien que la vertu informative de la communication *ex ante* du TEG est aussi satisfaite pendant la période d'examen des différentes offres reçues que la collectivité a tout loisir de comparer avant de retenir celle qui lui convient le mieux.

La loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 (JO 27 juill.) sur la séparation et la régulation des activités bancaires, dans ses articles 32 et suivants, a apporté un nouveau cadre juridique à ces opérations conclues par les collectivités publiques.

**TEG et année bancaire (34).** – L'année bancaire, selon un usage très ancien, était décomptée pour 360 jours, par souci de simplicité, mais aussi de lucre, car cela permettait au prêteur d'encaisser 360/365 d'intérêts en toute discrétion. Cette pratique a été réduite à néant pour le calcul du TEG dont la jurisprudence a indiqué qu'il devait être calculé sur le nombre exact de jours d'une année, soit 365 jours, voire 366 les années bissextiles (35). Néanmoins, la jurisprudence a laissé la possibilité, tout en calculant le TEG sur l'année civile pleine, de stipuler au contrat que les intérêts conventionnels seraient décomptés et payés sur la base d'une année de 360 jours (36). C'est cette tolérance qui est ici battue en brèche par la Cour de cassation, du moins pour le consommateur ou le non-professionnel (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 juin 2013,

## EXTRAITS

♦ 004 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 juin 2013, n° 12-16.651  
« Attendu qu'en application combinée de ces textes (l'article 1907, alinéa 2, du Code civil ensemble les articles L. 313-1, L. 313 et R. 313-1 du Code de la consommation), le taux d'intérêt conventionnel mentionné par écrit dans l'acte de prêt consenti à un consommateur ou un non-professionnel doit, comme le taux effectif global, sous peine de se voir substituer l'intérêt légal, être calculé sur la base de l'année civile ».

n° 12-16.651 ♦ 004). Le professionnel pourra toujours se voir appliquer cette stipulation particulière, ce qui est la pratique courante, notamment dans les prêts internationaux. Peut-être pas pour longtemps encore...

**Taux d'intérêt variable et clause abusive (37).** – Dans un contrat de crédit à la consommation renouvelable, le prêteur avait stipulé un taux d'intérêt fixe, différent selon les modes d'utilisation du crédit, mais qu'il se réservait de modifier, à la hausse comme à la baisse, en fonction « du taux de base que la banque applique aux opérations de même nature, ou du taux qui figure dans les barèmes qu'elle diffuse auprès du public », s'engageant à informer préalablement son client. En cas de refus, le client avait la possibilité de rembourser de façon échelonnée le crédit en cours, au taux initial. Bien que ce type de clause ait déjà été validé par la jurisprudence (38), à la suite de la réinterprétation générale de l'article 1129 du Code civil (39), le tribunal d'instance a saisi la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle sur la conformité de la clause de révision unilatérale du taux au regard de la directive n° 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 (JOCE 21 avr., n° L 95). Il faut toutefois rappeler que la Commission des clauses abusives, dans deux avis du 27 mai 2004, a déjà estimé, de façon surprenante, que le taux de base bancaire constituait une clause abusive dans les crédits à la consommation (40). Affaire à suivre...

**TEG et souscription de parts sociales (41).** – Celui qui souhaite obtenir un prêt d'une caisse coopérative doit, le plus souvent, en devenir membre en souscrivant des parts. La question se pose dès lors de savoir si la valeur des parts doit être prise en compte dans le calcul du TEG de prêt. La Cour de cassation a déjà pris position en faveur de l'inclusion de la valeur des parts dans le TEG par un arrêt de sa première chambre civile du 9 décembre 2010 (42). Elle vient de confirmer cette solution dans un arrêt de la même chambre du 24 avril 2013. Elle assure par ce biais à l'emprunteur une informa-

tion très complète du prix de son crédit ainsi que la possibilité de le comparer aux prix d'offres concurrentes recueillies auprès d'autres banques, y compris celles n'ayant pas la forme d'une coopérative, ce qui revient à comparer des choses différentes. Mais la solution ne saurait pleinement convaincre. L'acquisition de parts sociales constitue indéniablement un élément bien distinct des autres facteurs de coût d'un crédit. La qualité de coopérateur donne des droits échappant au client d'une banque ayant une autre forme (43). Il ne s'agit pas d'un investissement à fonds perdus, puisque les parts sont, d'une manière ou d'une autre, remboursables. Les inclure dans le TEG nous paraît, en définitive, bien artificiel. La difficulté ne saurait-elle tout simplement être évitée en liant l'entrée du client dans la coopérative à l'ouverture de son compte plutôt qu'au contrat de prêt ? Les banques coopératives seraient sans doute bien avisées de réfléchir si elles n'ont pas intérêt, avec cette jurisprudence persistante, à changer leurs habitudes de lier la souscription de parts à l'opération de crédit.

## III - RESPONSABILITÉ

**Mise en garde sur la variabilité du taux (44).** – Les risques pris par un emprunteur profane en souscrivant un prêt à taux variable augmentent, de toute évidence, avec la durée du prêt. Un particulier ayant été encouragé par une société de conseil à réaliser un investissement immobilier avait sollicité à cet effet un prêt bancaire. Au moment de l'obtention du prêt, le taux d'intérêt relativement faible conjugué à une durée prévisionnelle de vingt-sept ans permettait de dégager des mensualités ne grevant pas de manière significative les ressources de l'emprunteur. Mais cette situation a vite évolué, confrontant celui-ci à une dette dont il n'arrivait plus à supporter la charge. Au surplus, la durée très longue du prêt l'empêchait définitivement d'investir dans une résidence principale, ce qui correspondait à son vœu le plus cher, comme il avait pris soin d'en avertir la banque. Celle-ci pensait être à l'abri de toute critique, la réglementation ne l'obligeant pas, pour un prêt de ce type, à remettre à l'emprunteur un échéancier des remboursements avec une simulation de l'impact d'une variation du taux sur les mensualités. Mais elle est rappelée à l'ordre par la cour d'appel de Toulouse, qui lui reproche d'avoir manqué à son devoir de mise en garde vis-à-vis d'un emprunteur profane qu'elle n'avait pas prévenu des risques que comportait un crédit qui n'était pas adapté à ses facultés contributives. Par son arrêt du 20 novembre 2012, la troisième chambre civile approuve la solution. Eu égard à la très longue durée du crédit, la banque aurait, en effet, dû

## NOTES

- (37) TI Quimper, 31 janv. 2013, n° 2013-002718, Contrats, conc., consom. 2013, comm. 33, obs. G. Raymond.  
(38) Cass. com., 9 juill. 1996, n° 94.17.612, Bull. civ. IV, n° 205, p. 176, JCP G 1996, II, 22721, note J. Stoufflet, RD bancaire et bourse 1996, n° 57, p. 194, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; Cass. com., 18 nov. 1997, n° 95-20.499 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 mars 1998, n° 96-13.765 ; L. Finel, Les règles relatives à la détermination du prix et le contrat de prêt bancaire, JCP G 1996, I, 3957.  
(39) Cass. ass. plén., 1<sup>er</sup> déc. 1995, n° 93-13.688, 91-15.578, 91-19.653 et 91-15.999, Bull. civ. ass. plén., n° 9, Bull. inf. C. cass., 15 janv. 1996, p. 10, concl. M. Jéol, note J. Fossereau, D. 1995, p. 13, note L. Aynès, JCP G 1996, II, 22565, note J. Ghestin, Gaz. Pal. 1995, 1, p. 626, note P. de Fontbressin, Defrénois 1996, p. 747, obs. Ph. Delebecque, RTD civ. 1996, p. 153, obs. J. Mestre.  
(40) X. Lagarde, Crédit à la consommation : licéité de la clause de variation du taux d'intérêt ?, D. 2004, p. 2702.  
(41) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 avr. 2013, n° 12-14.377.  
(42) Cass. 1<sup>re</sup> civ. 9 déc. 2010, n° 09.67089, Banque et droit 2011, n° 136, p. 24, obs. Th. Bonneau, JCP E 2011, 1009, note D. Legeais.  
(43) H. Causse, La coopération bancaire ravivée à une fraction du TEG ?, JCP E 2010, 1576.  
(44) Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 nov. 2012, n° 11-24.774 et 11-25.129.

## NOTES

- (34) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 juin 2013, n° 12-16.651 ; S. Piedelièvre, Un pas supplémentaire vers l'interdiction de l'année lombarde, Gaz. Pal. 31 juill.-1<sup>er</sup> août 2013, p. 16.  
(35) Cass. com., 10 janv. 1995, n° 91-21.141, D. 1995p. 229 ; T. Samin, Réflexions juridiques sur la durée de l'année bancaire, Banque et droit févr. 1995, p. 3 ; A. Plateaux, La durée de l'année bancaire et son influence sur les taux d'intérêt, Gaz. Pal. 28-30 juillet 1996, p. 9 ; Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07.138.68, Banque et droit sept.-oct. 2008, 28, obs. Th. Bonneau.  
(36) Cass. com., 24 mars 2009, n° 08-12.530, Banque et droit 2009, n° 125, p. 26, obs. Th. Bonneau.

s'assurer que l'emprunteur mesurait, à sa juste portée, le danger d'une hausse du taux d'intérêt et le coût d'une transformation en un crédit à taux fixe.

**Investissement défiscalisant et devoir d'information et de conseil (45).** – Les particuliers sont souvent attirés par des investissements immobiliers défiscalisants, comme si la défiscalisation était un argument suffisant pour faire un achat important ! Nombreux sont ceux qui ont essuyé des déconvenues et ont ensuite recherché la responsabilité des divers intervenants. Ici, la difficulté avait surgi du fait d'un dépassement des coûts prévisionnels particulièrement important – 37 % –, suivi d'un redressement fiscal conduisant l'acheteur à se retourner contre l'agence immobilière et la banque prêteuse, ces deux entités appartenant au même groupe, ce qui explique sans doute la suite. En effet, la Cour a retenu que l'emprunteur, qui était non averti, n'avait pas été suffisamment informé et conseillé sur les risques de dérive des coûts préalablement à son engagement, si bien que la cour d'appel de Rennes avait pu déduire « que la banque et la société avaient manqué à leur devoir d'information et de conseil, en les privant de la possibilité d'évaluer, en toute connaissance de cause, l'adéquation de l'opération proposée à leur situation et leur attente ». On relèvera qu'il s'agit ici essentiellement du devoir de conseil et que c'est sous l'angle de l'adéquation de l'opération à l'emprunteur que le juge a apprécié la responsabilité. La responsabilité ici retenue est en amont de toute opération de prêt.

**Sûretés excessives et responsabilité du banquier (46).** – Nous avons évoqué dans une précédente chronique commentée un arrêt remarqué de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 27 mars 2012 par lequel celle-ci a pris position sur les conditions d'application de l'article L. 650-1 du Code de commerce, en décidant que l'action en responsabilité contre un créancier n'est admise que dans les trois hypothèses visées par le texte et à condition que le concours consenti soit lui-même fautif (47). Dans la droite ligne de cette solution, la Chambre commerciale précise que ces mêmes exigences valent aussi pour l'action en nullité des garanties.

En l'espèce, une banque avait octroyé à une société plusieurs concours en se faisant garantir par des cautionnements des deux conjoints, respectivement gérant associé et associé, ainsi que par des hypothèques conventionnelles consenties par l'un d'eux. La société emprunteuse ayant été mise en liquidation six mois plus tard, les époux cherchaient à se dégager de leurs garanties. Les juges du fond leur ont

donné satisfaction, mais sans rechercher si les concours consentis par la banque l'avaient été de façon fautive. Au vu de la position de principe prise par la Cour de cassation dans son arrêt précité du 27 mars 2012, cette décision ne pouvait manquer d'être sanctionnée. Notons que, bien que dans le litige en question les modifications apportées par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 (JO 19 déc.) au texte en cause n'étaient pas encore applicables, la solution reste pleinement valable sous le nouveau régime de la nullité facultative des garanties.

**Prêt structuré à collectivité publique et responsabilité (48).** – C'est à nouveau le département de Seine-Saint-Denis qui, pour couvrir un risque de taux au titre d'un prêt à vingt ans conclu avec une banque, avait contracté, avec une autre banque, un « swap » de taux d'intérêt à quatre ans qui fut lui-même réaménagé en cours d'exécution et qui évoluait en partie en fonction de différentiels entre le cours de change de différentes monnaies. Cette couverture du risque de taux entraîna une charge importante pour le département qui, de ce fait, rechercha l'annulation ou la résolution du contrat de « swap » et la responsabilité de la banque, lui reprochant de lui avoir fait signer un contrat « spéculatif », que le signataire n'avait pas le pouvoir de signer en application de la circulaire du 15 septembre 1992 et qui, en toute hypothèse, s'appuyait sur un consentement vicié par l'erreur, la violence et le dol. Dans un jugement très motivé, le tribunal de grande instance de Paris rejette l'ensemble des demandes du département. Après avoir rappelé que la circulaire de 1992 ne pouvait ajouter à la loi, qui permet aux collectivités de gérer leur risque de taux, il écarte l'annulation, car « ce sont bien en l'espèce des motifs d'intérêt général présentant un caractère local qui ont présidé à la conclusion du contrat, qui était adossé et dimensionné sur un contrat de dette précisément identifié, et était d'une durée limitée à quatre ans, l'objectif poursuivi étant de réduire le taux finalement à la charge du département ».

En application de l'article L. 3211-2 du Code général des collectivités territoriales, il écarte également le grief d'incompétence, « le contrat d'échange de taux litigieux constituant une opération financière utile à la gestion de l'emprunt sous-jacent, au sens de ce texte ». S'appuyant sur les différents documents de présentation de l'opération, avant la conclusion du contrat, le tribunal relève que l'information fournie était claire et complète et ne dissimulait aucunement les risques encourus ; il en conclut qu'aucun vice du consentement ne peut être retenu. Restaient encore la résolution du contrat

et la recherche de responsabilité de la banque que le tribunal écarte, aucune preuve de la non-exécution de ses obligations par l'établissement de crédit n'étant rapportée.

#### IV - OPÉRATIONS INTERNATIONALES

**Immunité d'exécution d'un État souverain (49).** – Les recours contre la République d'Argentine continuent à alimenter le contentieux sur les conditions de l'immunité de juridiction et d'exécution des États (50).

Par deux nouvelles décisions en date du 28 mars 2013, la première chambre civile de la Cour de cassation précise sa jurisprudence sur les exigences que doivent présenter les clauses de renonciation à l'immunité d'exécution. Une société créancière détenue par un « fonds vautour » basé aux îles Caïmans avait racheté des emprunts émis par l'État argentin en espérant réaliser une importante plus-value en réclamant le remboursement de ces emprunts. Depuis que l'État argentin a été sévèrement condamné par une décision du 18 décembre 2006 du tribunal fédéral de première instance de New York, plusieurs « fonds vautours » se sont, en effet, spécialisés dans ce type de spéculation (51).

Les contrats d'émission de la dette en cause comportaient bien une clause par laquelle l'Argentine renonçait à son immunité d'exécution. On sait que la Cour de cassation exige que de telles clauses soient précises. Or cette précision faisait défaut en l'espèce, la clause ne visant pas de façon spécifique les biens sur lesquels la renonciation avait été consentie. Les mesures de saisie-attribution ordonnées de manière conservatoire entre les mains de BNP Paribas et de la société Total Austral, débitrices, l'une et l'autre, de l'Argentine, par le biais de succursales, de diverses contributions sociales et fiscales, avaient fait l'objet de mainlevées pour cette raison par le juge de l'exécution dont la décision avait été validée entre-temps par la cour d'appel de Paris. La Cour de cassation rejoint leur analyse et rejette le pourvoi. Les « fonds vautours » retiendront certainement la leçon.

**Protection de la caution et ordre public international (52).** – Une importante banque russe avait prêté plusieurs millions de dollars à une société russe avec le cautionnement de son dirigeant. À la suite de la faillite de l'emprunteur, la banque obtint la condamnation de la caution par une cour russe et obtint l'exequatur en France de cette décision. Celle-ci contesta cet exequatur en soulevant plusieurs moyens, dont la méconnaissance par le juge étranger de l'article L. 341-4 du Code de la consommation (♦ 005), que le juge d'appel avait

#### EXTRAITS

##### ♦ 005 C. consom., art. L. 341-4

« Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ».

écarté en relevant que la caution était dirigeant de l'emprunteur, motif impropre à écarter l'application. Par une substitution de motifs, la Cour de cassation écarte aussi l'argument, mais parce que cet article « édicte une norme dont la méconnaissance par le juge étranger n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international ». Elle avait rappelé, dans un motif précédent, que, « pour accorder l'exequatur en l'absence de convention internationale (...), le juge français doit s'assurer que trois conditions sont remplies, à savoir la compétence indirecte du juge étranger fondée sur le rattachement du litige au juge saisi (ici il y avait une clause expresse d'attribution de compétence), la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure ainsi que l'absence de fraude ». C'est là une conception salutaire de l'ordre public international qu'il est logique de ne pas étendre extensivement.

**Définition de l'établissement de crédit étranger sous sa loi nationale (53).** – Voilà une décision bienvenue et qui pourrait, enfin, contribuer à remettre bien des choses en ordre. En effet, depuis longtemps le débat autour de la notion d'établissement de crédit partage les uns et les autres autour de la question de savoir selon quelle loi est-on considéré ou non comme un établissement de crédit : sa loi nationale ou bien la loi du pays dans lequel sont effectuées les opérations de banque ? En effet, opter pour la seconde solution implique pour une banque de recevoir un agrément dans chaque pays où elle opère à titre habituel, spécialement en dehors de la zone européenne « passeportée », indépendamment de l'agrément ou de la licence qu'elle aura nécessairement obtenue dans le pays de son siège. Cela ne correspond en rien à la réalité du monde bancaire. Par exemple, les banques françaises effectuent chaque jour des opérations de banque dans des pays lointains où elles ne sont pas agréées et, inversement, de nombreuses banques étrangères non européennes font la même chose en France, sans y être agréées. La logique juridique sous-jacente de cette situation est que la capacité à exercer le métier de banquier dépend de sa loi nationale.

#### NOTES

- (45) Cass. com., 8 janv. 2013, n° 11-19.387, RD imm. 2013, p. 146, obs. H.H.D.  
 (46) Cass. com., 11 déc. 2012, n° 11-25.795.  
 (47) Cass. com., 27 mars 2012, n° 10.20.077, Dr. & patr. 2012, n° 220, p. 102-111.  
 (48) TGI Paris, 25 juin 2013, n° 11/04700.

#### NOTES

- (49) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 mars 2013, n° 11-10.450 et 10-25.938.  
 (50) Dr. & patr. 2012, n° 212, p. 80-90, et Dr. & patr. 2007, n° 157, p. 106, obs. J.-P. Mattout et A. Prüm.  
 (51) P. Wautlet, *Vulture Funds, Creditors and Sovereign Debtor: How to Find a Balance?*, in M. Audit, *Insolvabilité des États et dettes souveraines*, LGDJ, 2011, p. 103.  
 (52) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 janv. 2013, n° 11-10.588.  
 (53) Cass. com., 22 mai 2013, n° 11-26.503, JCP G 2013, 937, note J. Lasserre Capdeville.

Opter pour la première branche de l'alternative permettrait enfin de considérer qu'une banque étrangère peut faire en France des opérations de banque pour lesquelles elle est agréée dans son pays, sans solliciter un nouvel agrément en France, du moins tant qu'elle ne s'y installe pas, et sans encourir les foudres du délit d'exercice illégal du métier de banquier, pour lequel, à notre connaissance, aucune banque étrangère n'a d'ailleurs jamais été condamnée. Cela permettrait aussi de considérer qu'étant un établissement de crédit, elle peut participer, par exemple, à des crédits Daily, où le cessionnaire doit être un établissement de crédit (54).

#### NOTES

(54) J.-P. Mattout, *Droit bancaire international*, Revue Banque Édition, 4<sup>e</sup> éd., n° 60.

(55) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 janv.

2013 n° 05-12.081, v. *supra*.

(56) Cass. ass. plén., 4 mars

2005, n° 03-11.725.

(57) J.-P. Mattout, *Droit bancaire international*, précité, n° 20, p. 42 ; v. aussi à propos de l'article L. 314-4 du Code de la consommation sur la proportionnalité du cautionnement, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 janv. 2013, n° 11-10.588, précité.

La position que cet arrêt semble amorcer, de plus pour un établissement suisse, est dans la suite logique de la position de l'Assemblée plénière qui, par un arrêt de principe, suivi par beaucoup d'autres (55), a clairement jugé que l'absence d'agrément en France d'un établissement de crédit étranger agréé dans son pays ne peut aboutir à la nullité de l'opération de banque conclue en France (56).

Dans la présente espèce, la question était de savoir si une société suisse, dont l'objet social comportait la faculté de consentir des opérations de financement en Suisse et à l'étranger, qui avait consenti deux prêts à une personne

physique française avec un cautionnement d'une société civile immobilière française, intégré à l'acte notarié de prêt, devait être considérée comme un établissement de crédit au sens de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, qui fait obligation aux établissements de crédit de délivrer une information annuelle aux cautions. La cour d'appel avait retenu cette qualité, ce que la société suisse lui reprochait dans son pourvoi en s'appuyant sur la définition de l'établissement de crédit en droit français, notamment son absence d'agrément en France, se déniait à elle-même la qualité d'établissement de crédit. La Cour de cassation estime le moyen inopérant : « *s'agissant d'une société établie en Suisse, le moyen en ce qu'il se réfère exclusivement à la définition de l'établissement de crédit en droit français est inopérant* », renvoyant ainsi à la loi de son siège social, le droit suisse, pour déterminer sa qualité d'établissement de crédit.

Cela aboutit ainsi, en creux, à vouloir lui appliquer l'obligation d'information annuelle de la caution prévue en droit français, ce qui peut par ailleurs se discuter, car il n'est pas certain que la loi française ait pour ambition de protéger les cautions françaises engagées envers des établissements de crédit étrangers (57). Mais ce dernier point n'était pas dans le débat judiciaire.