

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 2010 : Le vent réglementaire souffle de plus en plus fort

Après les rapports d'analyse sur les causes de la crise financière et les moyens à mettre en place pour prévenir la suivante, le temps est désormais venu du passage à l'acte. À l'échelle mondiale, avec le G20 et Bâle III, comme européenne, avec une nouvelle architecture financière et l'harmonisation maximale des conditions juridiques du crédit à la consommation, ou encore au plan national avec une révision de la loi de régulation bancaire et financière, on assiste à un encadrement toujours plus étroit de l'activité bancaire.

Dans le même temps, la jurisprudence poursuit son œuvre, régulatrice elle aussi, en adoptant des positions protectrices des intérêts des utilisateurs de moyens de paiement, comme des emprunteurs et des investisseurs.

Une nouvelle ère se dessine sans doute sous nos yeux dans le domaine du droit bancaire.

I – LÉGISLATION – RÈGLES PROFESSIONNELLES

La nouvelle architecture européenne de supervision financière. – La crise financière qui a éclaté en août 2007, et dont la fin n'est pas encore proclamée, a entraîné un mouvement réglementaire de grande ampleur dans le secteur bancaire et financier. Si certains banquiers commencent déjà à en dénoncer les éventuels excès, rien n'indique qu'ils parviendront à entraver ce mouvement d'encadrement plus étroit et qui se manifeste à tous les niveaux de la réglementation bancaire structurelle et sous toutes les latitudes.

Le rapport « de Larosière » (v. cette chronique, Dr. & patr. 2010, n° 190, p. 69) avait fixé les grands axes autour des concepts de macro et microsurveillance et de renforcement de la coopération internationale entre les autorités nationales compétentes.

L'heure de la mise en œuvre a désormais sonné depuis le 1^{er} janvier 2011, date de l'entrée en vigueur du nouveau **Système européen de surveillance financière (SESF)**, comme il y a le **Système européen de banques centrales (SEBC)**.

Il s'articule autour du **Comité européen du risque systémique (CERS)** (Règl. Parl. et Cons. n° 1092/2010/UE, 24 nov. 2010, JOUE 15 déc., n° L 331/1, qui l'institue (art. 3 ➔ 001), et Règl. Cons. n° 1096/2010/UE, 17 nov. 2010, JOUE 15 déc., n° L 331/162, confiant à la **Banque centrale européenne [BCE]** des missions spécifiques à son fonctionnement). Son siège est à Francfort. Le règlement n° 1092/2010/UE définit le risque systémique, en son article 2, comme « un risque de perturbation dans le système financier susceptible d'avoir de graves répercussions sur le marché intérieur et l'économie réelle », expression regrettable et qui laisse à penser que l'économie bancaire et financière

Extraits

➔ 001 Règl. Parl. et Cons. n° 1092/2010/UE, 24 nov. 2010, art. 3

« Le CERS est responsable de la surveillance macroprudentielle du système financier dans l'Union, dans le but de contribuer à la prévention ou à l'atténuation des risques systémiques pour la stabilité financière de l'Union, qui résultent des évolutions du système financier, et compte tenu des évolutions macroéconomiques, de façon à éviter des périodes de difficultés financières généralisées ».

Sommaire

<p>I – LÉGISLATION – RÈGLES PROFESSIONNELLES 92</p> <p>La nouvelle architecture européenne de supervision financière L'accord international sur « Bâle III » La loi du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière La réforme du crédit à la consommation L'augmentation de la garantie des dépôts (Arr. 29 sept. 2010) Les stress tests</p> <p>II – RELATIONS INTERBANCAIRES. CONCURRENCE 96</p> <p>Autorité de la concurrence, déc. n° 10-D-28, 20 sept. 2010 (<i>commissions interbancaires pour le traitement des chèques remis à l'encaissement</i>)</p> <p>III – COMPTES ET INSTRUMENTS DE PAIEMENT 97</p> <p>A – Comptes</p> <p>Cass. com., 6 juill. 2010, n° 09-70.544 (<i>limitation de la procédure de modification tarifaire</i>) Cass. 1^{re} civ., 16 sept. 2010, n° 09-13.947 (<i>la preuve du paiement, qui</i></p>	<p><i>est un fait, peut être rapportée par tous moyens</i>)</p> <p>B – Cartes de paiement</p> <p>Cass. com., 21 sept. 2010, n° 09-16.534 (<i>absence de faute lourde du titulaire</i>)</p> <p>IV – CRÉDITS 98</p> <p>A – Généralités</p> <p>Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 2010, n° 09-12.849 (<i>fondement du recours en contribution du co-emprunteur</i>)</p> <p>B – Garantie des crédits</p> <p>Cass. 3^e civ., 7 juill. 2010, n° 09-13.159 (<i>l'étendue de la subrogation du garant autonome</i>) Cass. 1^{re} civ., 16 sept. 2010, n° 09-15.058 (<i>l'incidence du contenu du cautionnement sur la qualité de la caution au regard du devoir de mise en garde</i>) Cass. com., 21 sept. 2010, n° 09-16.348 (<i>notion de caution avertie</i>) ; Cass. com., 21 sept. 2010, n° 09-11.707 (<i>inopposabilité d'un bordereau de cession de créances Daily</i>) Cass. com., 5 oct. 2010, n° 09-14.673 (<i>garantie à première demande ; appel motivé</i>)</p>	<p>C – Rémunération du prêteur</p> <p>Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 2010, 2 arrêts, n° 09-14.977 et n° 09-67.089 (<i>TEG : précisions de la Cour de cassation sur les éléments à prendre en compte</i>) Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2010, n° 09-67.930 (<i>sanction d'un calcul erroné du TEG</i>)</p> <p>V – RESPONSABILITÉ DU BANQUIER PRESTATAIRE DE SERVICES D'INVESTISSEMENT 100</p> <p>Cass. com., 30 nov. 2010, n° 09-70.810 (<i>l'obligation d'information préalable de l'investisseur non averti</i>) Cass. com., 12 oct. 2010, n° 09-16.961 (<i>la commercialisation des produits d'investissements</i>) Cass. com., 14 déc. 2010, n° 10-10.165 (<i>devoir d'information</i>)</p> <p>VI – OPÉRATIONS INTERNATIONALES 101</p> <p>Cass. com., 8 juin 2010, n° 08-162.98 et 08-16.485 (<i>cautionnement ; loi applicable</i>) Les Incoterms 2010 Cass. com., 6 juill. 2010, n° 09-69.919 (<i>virement transfrontalier et virement en devises</i>)</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

n'appartiendrait pas à la réalité ou qu'elle ne serait pas affectée, la première, par les crises financières ! Son rôle principal sera d'émettre des alertes et des recommandations aux différentes institutions de l'Union et aux États européens. Il pourra, au besoin, les rendre publiques.

Le SESF se compose en outre d'autorités européennes de surveillance (AES), en charge de l'aspect microprudentiel, essentiellement l'Autorité bancaire européenne, instituée par le règlement n° 1093/2010/UE du 24 novembre 2010 (JOUE 15 déc., n° L 331/12, art. 1 ➔ 002), l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles, instituée par le règlement n° 1094/2010/UE du 24 novembre 2010 (JOUE 15 déc., n° L 331) et l'Autorité européenne des marchés financiers, instituée par le règlement n° 1095/2010/UE du 24 novembre 2010 (JOUE 15 déc., n° L 331/84, art. 1 ➔ 003).

Les AES se substituent aux comités de niveau 3 Lamfalussy, comme le Comité européen des contrôleurs bancaires (CECB), le Comité européen des contrôleurs des assurances et des pensions professionnelles (CECAPP) ou le Comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières (CERVM) (respectivement, pour ce qui est des sigles en anglais, CEBS, CEIOPS et CESR), et poursuivront à ce titre l'élaboration de normes techniques en vue de parvenir à un haut degré d'harmonisation, voire d'uniformité. Elles disposent également de pouvoirs contraignants, assortis d'un pouvoir d'enquête et de sanction, afin de faire cesser ou de restreindre certaines activités

financières menaçant la stabilité. Elles pourront aussi intervenir en urgence en cas de crise.

D'autres textes sont intervenus, dont des modifications de textes existants réglementant la profession bancaire (J.-L. Guillot et P.-Y. Bérard, *La nouvelle architecture européenne*, Rev. banque 2010, 127).

L'accord international sur « Bâle III ». – Parallèlement, à l'échelon mondial cette fois-ci, les efforts pour renforcer l'assise financière des banques se poursuivent, avec un accord politique intervenu le 12 septembre 2010 sur le ratio de solvabilité nouveau, dénommé « Bâle III » (Rev. banque 2010, 46). L'accord, approuvé par le G20 à Séoul en novembre 2010, prévoit d'augmenter le noyau dur des fonds propres des banques (appelé, dans le jargon, « Core Tier One ») de 2 à 4,5 % au 1^{er} janvier

Extraits

➔ 002 Règl. n° 1093/2010/UE, 24 nov. 2010, art. 1
« L'Autorité a pour objectif de protéger l'intérêt public en contribuant à la stabilité et à l'efficacité, à court, moyen et long terme du système financier, pour l'économie de l'Union, ses citoyens et ses entreprises ».

➔ 003 Règl. n° 1095/2010/UE, 24 nov. 2010, art. 1
« L'Autorité a pour objectif de protéger l'intérêt public en contribuant à la stabilité et à l'efficacité, à court, moyen et long terme du système financier, pour l'économie de l'Union, ses citoyens et ses entreprises ».

Chroniques

2015 au plus tard, le « Tier One », plus large, passant de 4 à 6 %.

De plus, les banques devront détenir un coussin de sécurité de fonds propres (*buffer*) de 2,5 % supplémentaires, aboutissant ainsi à 7 % au titre du Core Tier One, au plus tard en janvier 2019. L'effort est substantiel et nombre d'établissements de crédit devront lever d'importants capitaux auprès de leurs actionnaires pour satisfaire ces exigences et ainsi limiter l'effet de levier. Ce coussin de sécurité complémentaire est inspiré des pratiques de la Banque d'Espagne, qui avait inauguré cette pratique contracyclique, contraignant les banques en période de prospérité à constituer des réserves supplémentaires pour les mauvais jours.

L'accord porte également sur deux autres ratios de liquidité (l'un pour le court terme, l'autre pour le moyen terme) et un troisième sur l'effet de levier.

Il y a encore un long chemin entre ces accords forgés au sein du Comité de Bâle, et dont les recommandations sont de la *soft law*, sans force contraignante, et le moment où ils deviendront une norme impérative dans les principaux pays. Cependant, ils sont essentiels pour l'activité bancaire, car de leur niveau d'exigence dépendent la distribution et le coût du crédit pour l'économie. De nombreuses difficultés, et notamment la concurrence entre les systèmes bancaires qui ne se plieraient pas aux mêmes ratios et seraient ainsi « favorisés », du moins en termes de capacité de distribution de crédit, mais encore le sort de certaines propositions, comme la surveillance des établissements les plus importants, aussi dénommés « *banques systémiques* », restent en discussion et peuvent encore influencer le contenu des accords de Bâle (J.-P. Caudal, Dossier Bâle III, Attention aux mesures inadaptées et excessives, Rev. banque 2010, 32).

La loi de régulation bancaire et financière. – La loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 (J023 est.) apporte sa contribution en France au mouvement général de renforcement de la supervision bancaire et financière. Pour s'en tenir à ce qui concerne directement l'activité proprement bancaire, il est créé un Conseil de la régulation financière et du risque systémique (CRFRS), à l'instar du CERS, évoqué ci-dessus. Il prend la suite du Collège des autorités de contrôle des entreprises du secteur financier (CACESF). Il est présidé par le ministre de l'Économie et regroupe des représentants des institutions à vocation financière du pays : Banque de France, Autorité des marchés financiers (AMF), Autorité des normes comptables (ANC), et des personnalités qualifiées. Sa mission est de veiller à la coopération et à l'échange d'informations entre les institutions que ses membres représentent, d'examiner les analyses de la situation et d'évaluer les risques systémiques, compte tenu des avis et recommandations de son homologue européen et de faciliter la coopération et la synthèse des travaux d'élaboration des normes internationales et européennes applicables.

Les agences de notation, qui doivent s'enregistrer auprès des autorités nationales, soit en France auprès de l'AMF,

se voient dotées d'un régime de responsabilité par l'article L. 544-5 du Code monétaire et financier, qui ne peut être écarté (C. mon. fin., art. L. 544-5 ⇒ 004). À titre principal, il ne fait que répéter, en d'autres termes, le régime juridique français de responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle de droit commun, mais apporte en revanche une neutralisation des clauses de compétence qui permettraient, par avance et exclusivement, d'éluder la compétence des juridictions françaises, lorsque les règles françaises les auraient désignées.

La politique tant décriée de certaines rémunérations bancaires a entraîné la création d'un comité des risques faisant aussi office de comité des rémunérations, par le **nouvel article L. 511-46 du Code monétaire et financier** (⇒ 005), applicable à compter du 1^{er} mai 2011.

Le statut des intermédiaires en opérations de banque et en services de paiement, très sommaire jusqu'ici, est légèrement complété et précisé ; il est créé une obligation d'immatriculation auprès de l'Organisme pour le registre des intermédiaires en assurance (ORIAS) choisi pour sa

Extraits

➔ 004 C. mon. fin., art. L. 544-5 et L. 544-6

Art. L. 544-5 : « Les agences de notation de crédit mentionnées à l'article L. 544-4 engagent leur responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle, tant à l'égard de leurs clients que des tiers, des conséquences dommageables des fautes et manquements par elles commis dans la mise en œuvre des obligations définies dans le règlement (CE) n° 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009, précité.

Tout accord ayant pour effet de soumettre, par avance et exclusivement, aux juridictions d'un État tiers à l'Union européenne un différend relatif aux dispositions du règlement (CE) n° 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil, du 16 septembre 2009, précité, alors que les juridictions françaises auraient été compétentes pour en connaître à défaut d'un tel accord, est réputé nul et non écrit ».

Art. L. 544-6 : « Les clauses qui visent à exclure la responsabilité des agences de notation de crédit mentionnées à l'article L. 544-4 sont interdites et réputées non écrites ».

➔ 005 C. mon. fin., art. L. 511-46

« Au sein des établissements de crédit mentionnés à l'article L. 511-1, à l'exception de ceux mentionnés à l'article L. 512-1-1, des entreprises d'assurance et de réassurance, à l'exception de celles mentionnées à l'article L. 322-3 du Code des assurances, des mutuelles régies par le Livre II du Code de la mutualité, à l'exception de celles mentionnées à l'article L. 212-3-1 du même code, et des institutions de prévoyance régies par le titre III du Livre IX du Code de la sécurité sociale, à l'exception de celles mentionnées à l'article L. 931-14-1 du même code, le comité mentionné à l'article L. 823-19 du Code de commerce assure également le suivi de la politique, des procédures et des systèmes de gestion des risques. Toutefois, sur décision de l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance, cette mission peut être confiée à un comité distinct, régi par les deuxième et dernier alinéas du même article L. 823-19 ».

compétence dans ce domaine. Leur statut demeure toutefois très souple (C. mon. fin., art. L. 519-1 et s.).

D'autres dispositions touchent encore sensiblement au droit financier et au traitement des entreprises en difficulté (T. Bonneau, *Commentaire de la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière*, JCP E 2010, 1957 ; Étude et clarification de la loi de régulation bancaire et financière, J. Lasserre Capdeville et M. Storck [dir.], LPA 2010, n° 250).

La loi habilite le gouvernement à poursuivre les réformes financières par voie d'ordonnance.

Par ailleurs, dans le même esprit, le renforcement du contrôle prudentiel a fait, sur de nombreux points de réglementation bancaire, l'objet d'un **arrêté du 25 août 2010** modifiant diverses dispositions réglementaires relatives au contrôle prudentiel des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (JO 24 sept.).

La réforme du crédit à la consommation. – Le crédit à la consommation a été réformé profondément par la **loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010** (pour des commentaires approfondis, v. Dr. & patr. 2010, n° 196, Dossier « La réforme du crédit à la consommation », p. 42 et s. ; A. Gourio, *La réforme du crédit à la consommation*, JCP E 2010, n° 29, 1675 ; P. Bouteiller, *La réforme du crédit à la consommation instituée par la loi du 1^{er} juillet 2010*, RLDA, juil.-août 2010, p. 32 et s. ; X. Lagarde et N. Mathey, Dossier « La réforme du crédit à la consommation », RD bancaire et fin. 2010, dossier 23). Il s'agissait, en premier lieu, de transposer en droit français la directive n° 2008/48/CE du 23 avril 2008. Celle-ci tend naturellement à renforcer la protection des emprunteurs, mais son objectif est également et peut-être surtout de favoriser le développement d'un marché unique européen du crédit à la consommation. Les activités de banque de détail, dont le crédit à la consommation représente une partie essentielle, ne tirent encore que très insuffisamment profit du marché intérieur. Dans cette perspective, la directive européenne opte pour un régime d'harmonisation complète destiné à encourager les prêteurs à étendre leurs offres de crédit à une clientèle non domestique. Elle se traduit, en particulier, par l'introduction de définitions harmonisées de l'opération de crédit, du prêteur, qui peut ne pas être un établissement de crédit, de l'emprunteur, nécessairement personne physique, et de la révision des critères d'application du dispositif, dont notamment le relèvement du seuil maximum à 75 000 euros, qui forment le cadre du marché visé. Étant donné qu'en droit français, les emprunteurs jouissaient déjà d'un niveau de protection élevé, ces ajouts ne modifient pas substantiellement leur situation.

Pour protéger l'emprunteur, le droit européen continue à se fier essentiellement à l'impact d'une meilleure information, surtout durant la période précontractuelle. Le prêteur se voit ainsi obligé de mettre à sa disposition une fiche d'information précontractuelle, remplaçant l'ancienne offre préalable, de lui expliquer les termes précis de son offre en attirant son attention sur les conséquences que le nouveau crédit est susceptible d'avoir sur sa situation financière, tout en ayant vérifié préalablement la solvabilité de l'emprunteur. Le législateur français a décidé de sanc-

tionner lourdement le non-respect de ces obligations en menaçant le prêteur d'une déchéance totale des intérêts, prononcée le cas échéant d'office par le juge.

Conformément à la directive européenne, la loi du 1^{er} juillet 2010 encadre également les conditions dans lesquelles le prêteur peut prétendre à une indemnité en cas de remboursement anticipé du crédit tout en plafonnant le montant d'une telle indemnité. Cette mesure doit être saluée alors que les taux d'intérêt, historiquement faibles, incitent les emprunteurs à s'endetter sans toujours apprécier les conséquences potentiellement dramatiques d'une montée des taux pour leurs crédits à taux variables.

Au-delà des prescriptions européennes, le législateur français a décidé d'encadrer certaines formes de crédit considérées comme présentant des risques particuliers, tels le crédit sur le lieu de vente et le crédit renouvelable. Sans entrer ici dans le détail de ces aménagements, notons que les techniques mobilisées à cette fin s'étendent d'une responsabilisation accrue des prêteurs dans l'octroi comme dans le maintien du crédit, ou encore le plafonnement des primes et commissions de distribution. L'obligation de sensibiliser l'emprunteur aux conséquences d'un crédit renouvelable n'a pas pour autant été négligée (v. D. n° 2010-1005, 30 août 2010, JO 31 août, p. 15812, lequel précise le contenu et les modalités spécifiques de présentation de l'exemple représentatif et chiffré illustrant le coût du crédit).

Les découverts en compte ainsi que les opérations de consolidation de différents crédits voient également leurs régimes précisés. Le nouvel article L. 313-15 du Code de la consommation met fin aux incertitudes et instaure désormais deux modalités juridiques pour les opérations de rachat/regroupement de crédits : lorsqu'il s'agit de restructurer des crédits de même nature – mobilier ou immobilier –, le nouveau contrat de crédit sera soumis aux mêmes règles que les crédits qu'il regroupe, alors même que le montant du nouveau crédit dépasse le seuil de 75 000 euros, tandis que, s'il est question d'un regroupement de crédits mixtes, le régime applicable aux crédits immobiliers s'impose lorsque la part des crédits immobiliers représente 60 % du montant total de l'opération de regroupement de crédit (v. C. consom., art. R. 313-11, tel qu'issu de D. n° 2010-1004, 30 août 2010, JO 31 août, p. 15811).

Signalons aussi que la loi du 1^{er} juillet 2010 comporte un important volet consacré au surendettement dont les principaux objectifs consistent à accélérer le traitement des dossiers, à améliorer la protection des débiteurs en difficulté (notamment par la suspension des procédures d'exécution dès que le dossier est jugé recevable) et à simplifier le déroulement de la procédure (v. C. consom., art. L. 330-1 et s. ; pour un commentaire détaillé de cette réforme, v. S. Piedelièvre, *Les nouvelles règles relatives au surendettement des particuliers*, JCP E 2010).

Liant la prévention du surendettement aux précautions à prendre dans l'octroi des crédits à la consommation, la nouvelle loi prévoit enfin la création d'un registre national des crédits aux particuliers dont le régime doit cependant encore être défini par une commission spécifique instituée à cet effet et qui devra tenir compte en particulier des

Chroniques

enjeux délicats en matière de protection de la vie privée que soulève un tel fichier (D. Legeais, *Vers la fin d'un serpent de mer ?*, RD bancaire et fin. 2010, repère 5).

L'arsenal des nouvelles mesures peut paraître impressionnant eu égard à la fréquence historiquement somme toute peu élevée en France des crédits à la consommation se soldant par des impayés (2 % des dossiers, selon le rapport du sénateur Dominati, *in Rapp. au Conseil économique et social*, par J.-Ch. Le Duigou, *Endettement et surendettement des ménages*, séance du 26 janvier 2000, Doc. fr., 2000). Le formalisme de plus en plus contraignant auquel se trouvent subordonnées les opérations de crédit à la consommation dépasse possiblement l'objectif recherché d'une meilleure protection des emprunteurs (X. Lagarde, *Aperçu critique de la réforme: une législation incertaine*, RD bancaire et fin. 2010, dossier 25). Mais, d'une part, ce formalisme est sans doute une condition indispensable de l'harmonisation complète de la protection au niveau européen, qui constitue un préalable à l'éclosion du marché paneuropéen du crédit à la consommation. D'autre part, la réforme ne néglige pas d'orienter l'activité de crédit par d'autres moyens, plus subtils, dont on peut espérer qu'ils préviennent les ménages de plus en plus nombreux qui connaissent en cette période de crise économique des difficultés de trésorerie, à s'endetter trop lourdement, leurrés par des taux d'intérêts encore très bas.

L'augmentation de la garantie des dépôts (Arr. 29 sept. 2010). – La garantie des dépôts a été portée de 70 000 à 100 000 euros par déposant et par établissement par l'arrêté du 29 septembre 2010 (10^{1^{er}} oct.) afin de renforcer la protection des déposants. En France, cette mesure a été, par un autre arrêté du même jour, assortie d'une taxe exceptionnelle sur les banques de 270 millions d'euros, prélevée par tiers sur trois années à compter de l'année 2010. Elle est destinée à renforcer les moyens financiers du fonds de garantie pour faire face à ses obligations étendues.

Les stress tests. – Les stress tests sont pour les établissements de crédit des exercices consistant à évaluer leur capacité de résistance financière à des situations détériorées définies à l'avance et supposés capables de les aider à déterminer les mesures leur permettant d'y faire face préventivement. Naturellement, selon la sévérité des hypothèses introduites dans le modèle, les résultats varient sensiblement. Ils ne semblent pas, du moins pour le moment, reposer sur une règle juridique spécifique.

Ceux réalisés par le CECB, et l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP) pour la France, ont été rendus publics en juillet 2010. Ils ont aussi aidé à rassurer les marchés financiers, les résultats ayant été, dans un premier temps, jugés plutôt satisfaisants (ACP, *Communiqué de presse*, 23 juill. 2010). La crise ayant depuis frappé les banques irlandaises, qui avaient passé avec succès lesdits stress tests, a conduit, dans un second temps, le marché à mettre en doute le sérieux des hypothèses sur lesquelles ils avaient été construits. Une nouvelle série de ces tests est annoncée.

L'art de la prévision est difficile. Il peut aussi être dangereux en matière de solidité des systèmes bancaires dans la mesure où il peut avoir un effet auto-prédicatif en précipitant des réactions négatives des marchés, même en dehors de la réalisation des hypothèses sous-jacentes. Une certaine prudence est de mise, surtout si la publicité des résultats est individualisée.

II – RELATIONS INTERBANCAIRES. CONCURRENCE

La décision n° 10-D-28 du 20 septembre 2010 de l'Autorité de la concurrence. – Relative aux tarifs et aux conditions liées appliqués par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement par les entreprises, la décision n° 10-D-28 de l'Autorité de la concurrence marque une étape dans l'évolution du droit de la concurrence applicable aux établissements bancaires en France. Une très lourde sanction de près de 400 millions d'euros a été infligée par l'Autorité de la concurrence à onze banques au titre de la commission interbancaire d'échange image chèque (CEIC) jugée anticoncurrentielle. La décision a été frappée d'appel par les établissements concernés, à l'exception toutefois de la Banque de France, pourtant condamnée également par l'Autorité, mais il est vrai modestement. Des associations de consommateurs et d'entreprises sont intervenues volontairement devant la Cour pour réclamer l'aggravation des sanctions. Malgré les plus de 160 pages de la décision, la question principale peut se résumer simplement. Lors du passage à l'euro, les banques furent incitées par les pouvoirs publics à accepter de passer d'un système physique de compensation des chèques dans les 104 chambres de compensation localisées dans tout le pays, dans les comptoirs de la Banque de France, à un système moderne de compensation informatisé au sein d'un ordinateur unique où de simples images chèques et non plus les chèques eux-mêmes s'échangeaient. Cela avait notamment pour conséquence d'accélérer la compensation des chèques, c'est-à-dire de faire créditer la banque remettante plus tôt que dans le système précédent et corrélativement de faire débiter la banque tirée plus tôt. Ceci aurait pu être neutre si toutes les banques avaient une position équilibrée sur les deux tableaux, la remise et le débit. Naturellement, ce n'était pas le cas et les banques de détail à réseau très dense ayant une clientèle nombreuse de particuliers, tireurs de chèques principalement et faiblement remettants, avaient alors vocation à être majoritairement tirées et ainsi devoir souffrir instantanément du débit accéléré par le nouveau système, perdant ainsi le produit de la trésorerie dont elles disposaient sur le *float*. À l'issue d'un constat technique opéré par une commission spécialisée de l'Association française des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (AFCEI), où se discutaient ouvertement ces questions, il fut décidé par l'ensemble des banques, sous l'égide de la Banque de France, que chaque banque remettante verserait une com-

mission de 4,3 centimes d'euro par chèque à la banque tirée en compensation du produit qu'elle tirerait de l'utilisation pour son compte de la trésorerie transmise plus tôt du fait des performances du nouveau système. Les banques ne discutèrent pas et ne s'entendirent pas entre elles sur les autres aspects de la réforme entraînée par cette modernisation, ni quant au rapport coût/bénéfice administratif global pour chacune d'elles, ni quant à la politique tarifaire à mener à l'égard des grands remettants par chacune d'elles.

L'Autorité, après une analyse essentiellement économique, remet complètement en cause le modèle choisi par les banques, estimant principalement que leurs calculs étaient faux et gravement incomplets, jugeant que si elles avaient pris en compte l'ensemble des bénéfices administratifs du passage à l'image chèque, mais se refusant à tenir compte de son côté de la modification des jours de valeur appliqués aux bénéficiaires, elles auraient été bénéficiaires, sans même instaurer la CEIC.

Ce dialogue de sourds sera réapprécié par la cour d'appel.

Au plan juridique, le point qu'il faut souligner est que l'Autorité a considéré que ce type de commission interbancaire constituait une restriction de concurrence par objet et non par effet. Le point est essentiel puisqu'il aboutit à frapper ce type d'accord, quasi systématique en matière de moyens de paiement faisant intervenir nécessairement plusieurs banques, d'un vice de construction. Il appelle à terme, si la cour maintient la qualification, une remise en cause du modèle sur lequel est construit le système des paiements.

D'ores et déjà, parallèlement aux autorités européennes de concurrence, qui œuvrent à une baisse des commissions interbancaires sur les moyens de paiement (v. Communiqué Comm. UE, IP/10/1684, 8 déc. 2010, annonçant que la Commission avait rendu obligatoires pour Visa Europe ses engagements de réduction des commissions interbancaires pour les cartes de débit) dans le cadre de la mise en place du *Single Euro Payment Area* (SEPA) (pour lequel la Commission vient de fixer une date limite, 2012, pour la mise en place, Communiqué Comm. UE, IP/10/1732, 16 déc. 2010), l'Autorité française a annoncé qu'elle instruisait sur les commissions interbancaires appliquées aux autres moyens de paiement utilisés, dont les cartes de paiement.

Affaire à suivre...

III – COMPTES ET INSTRUMENTS DE PAIEMENT

A – Comptes

La procédure de modification tarifaire que doit respecter le banquier pour les comptes de dépôts ne concerne pas les comptes d'instruments financiers. – La loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003, qui impose aux établissements de crédit d'informer, par tous moyens appropriés, leur clientèle sur les conditions générales

et tarifaires et précise, par ailleurs, les conditions d'acceptation par les clients (révisées par l'ordonnance n° 2009-866 du 15 juillet 2009), ne vise clairement que les opérations liées à un compte de dépôt. L'argument que tentait de faire valoir le titulaire d'un compte-titres selon lequel il n'avait pas pu accepter la modification des conditions tarifaires dont avait fait l'objet ce compte faute d'avoir été prévenu dans les conditions fixées par l'article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier ne pouvait dès lors qu'échouer, comme le retient à juste titre la Cour de cassation (**Cass. com.**, 6 juill. 2010, n° 09-70.544 ; J. Lasserre Capdeville, *Limitation de la procédure de modification tarifaire*, EDBA, 20 oct. 0901, n° 1, p. 3). Au législateur de décider s'il est opportun d'étendre les règles applicables en présence d'un compte de dépôts aux comptes d'instruments financiers.

La preuve du paiement, qui est un fait, peut être rapportée par tous moyens.

– Telle est la solution qui ressort d'une décision rendue le 16 septembre 2010 par la première chambre civile de la Cour de cassation (**Cass. 1^{re} civ.**, 16 sept. 2010, n° 09-13.947, LPA21 janv. 2011, 10, obs. J.-D. Bascugnana, *Contrats, conc., consom.* 2010, 14, obs. L. Leveneur). Elle marque une rupture avec la conception antérieure de la jurisprudence (**Cass. 1^{re} civ.**, 15 déc. 1982, *Bull. civ. I*, n° 365 ; **Cass. 1^{re} civ.**, 19 mars 2002, *Bull. civ. I*, n° 101 ; v. toutefois **Cass. 1^{re} civ.**, 6 juill. 2004, *Bull. civ. I*, n° 202, qui annonçait la présente décision mais dont la portée était discutée) pour laquelle le paiement, et notamment le paiement de sommes d'argent, était un acte juridique devant être prouvé selon les modes de preuve des actes juridiques énoncés aux articles 1341 et suivants du Code civil, c'est-à-dire le plus souvent par écrit, en tous les cas au-dessus de 1 500 euros.

La qualification d'acte juridique reposait pour l'essentiel sur la nécessité de recevoir l'accord du créancier pour que le paiement, entendu comme l'exécution d'une obligation en général, soit juridiquement satisfaisant. De nombreux auteurs avaient cependant déjà fait valoir le caractère mixte du paiement, à la fois acte juridique par certains aspects, mais aussi fait juridique dans sa matérialité (v. en particulier l'excellente thèse de C. Deschamp-Populin, *La cause du paiement, Une analyse innovante du paiement et des modes de paiement*, préf. A. Prüm, Larcier, 2010).

Cette décision s'inscrit, par avance, dans le sens du projet de réforme du droit des obligations et du possible futur article 1231 du Code civil qui en résulterait, puisque celui-ci prévoit que « le paiement se prouve par tous moyens ». La solution apporte une certaine cohérence avec la conception moderne de la jurisprudence qui fait du prêt accordé par le professionnel qu'est le banquier un contrat consensuel. La qualification, tout en maintenant la charge de la preuve sur celui qui invoque le paiement, a le mérite d'en faciliter la preuve en permettant notamment le témoignage.

B – Cartes de paiement.

La circonstance qu'une carte bancaire ait été utilisée par un tiers avec composition du code confidentiel est, à elle

Chroniques

seule, insusceptible de constituer la preuve d'une faute lourde du titulaire de la carte. Dans un arrêt du 21 septembre 2010 (Cass. com., 21 sept. 2010, n° 09-16.534), la Chambre commerciale de la Cour de cassation réaffirme une solution partagée par la première chambre civile (Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2008, n° 07-10.186, R. F. c/ Franfinance, Bull. civ. I, n° 91 ; Cass. com., 2 oct. 2007, Bull. civ. IV, n° 208) et consacrée entre-temps par le législateur. En vertu de l'article L. 133-33 du Code monétaire et financier, issu de la transposition en droit français de la directive n° 2007/64/CE du 13 novembre 2007 sur les services de paiement, l'utilisation de l'instrument de paiement suivant la modalité enregistrée par le prestataire de services de paiement ne suffit, en effet, en tant que telle ni à prouver que l'opération a été autorisée par le payeur, ni à démontrer que ce dernier n'a pas « *satisfait intentionnellement ou par négligence grave aux obligations qui lui incombent en la matière* ». En l'espèce, une banque s'était vue condamnée à supporter plusieurs paiements réalisés au moyen d'une carte de crédit volée dans une voiture. La banque estimait que le titulaire s'était rendu coupable d'une grave négligence en laissant sa carte, même de manière non apparente, dans son véhicule fermée à clef et devait, par conséquent, être privé du bénéfice de la limitation de sa responsabilité pour les opérations effectuées avant l'opposition signifiée à la banque. La Cour de cassation donne raison aux juges du fond d'avoir estimé que la banque manquait de rapporter la preuve d'une faute lourde ou d'une négligence grave.

IV – CRÉDITS

A – Généralités

S'obliger en tant que co-emprunteur n'est pas un acte neutre, ni vis-à-vis du prêteur, ni vis-à-vis du coobligé. Pour aider celle qui fut alors sa concubine à obtenir un prêt immobilier, son ex-concubin avait accepté à s'obliger à ses côtés. Ayant remboursé le prêt qui lui avait permis d'acquérir le bien dont elle est devenue seule propriétaire, l'ancienne concubine a assigné son ex-partenaire à lui payer la moitié des échéances versées à la banque. Celui-ci a tenté en vain de s'opposer à cette demande au motif que les fonds avaient été mis à la disposition et avaient profité exclusivement au *solvens*. Se ralliant à l'analyse des juges du fond, la Cour de cassation retient, en effet, que « *le recours en contribution à la dette exercé par le co-emprunteur qui acquitte celle-ci est fondé sur la subrogation légale prévue par l'article 1251, 3^o, du Code civil et non sur l'existence, entre les coobligés, d'un lien contractuel supposant une cause* » (Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 2010, n° 09-12.849).

Il ne fait pas de doute qu'ayant assumé seule la dette de remboursement du crédit consenti également à son ex-partenaire, l'ancienne concubine s'est trouvée subrogée dans les droits de la banque contre celui-ci et disposait à ce titre d'un recours en contribution à la dette commune. Il n'est pas davantage sujet à discussion qu'un tel recours

est indépendant d'un éventuel lien contractuel entre les coobligés (Cass. 1^{re} civ., 17 juin 1989, Bull. civ. I, n° 231). S'en tenir à ce constat ne constitue cependant qu'une solution incomplète. Le caractère autonome du recours subrogatoire ne saurait aboutir à ignorer complètement les relations entre coobligés. On ne voit pas, en effet, pour quelle raison la créance théorique résultant du recours en contribution ne saurait faire l'objet d'un aménagement contractuel entre coobligés, voire être totalement ou partiellement compensée par une créance réciproque résultant par exemple d'un enrichissement sans cause, comme cela semblait être le cas en l'espèce. Il faut se garder de se laisser induire en erreur sur la portée de la solution affirmée de façon sans doute trop abstraite par la Cour de cassation dans la présente affaire.

B – Garantie des crédits

L'étendue de la subrogation du garant autonome. – La banque qui a consenti une garantie d'achèvement des travaux n'a contre le vendeur garanti suite à l'exécution de cette garantie pas plus de droits que l'acheteur de l'immeuble dans les droits duquel elle est subrogée. La solution donnée par la Cour de cassation dans un arrêt du 7 juillet 2010 découle du mécanisme même de la subrogation (Cass. 3^e civ., 7 juill. 2010, n° 09-13.159). Le différend trouvait, en l'espèce, son origine dans le fait que le vendeur garanti avait bénéficié d'un crédit de TVA lié à l'opération immobilière dont la banque garante estimait qu'il réduisait le déficit créé par le non-accomplissement du projet dans les délais. Ayant dû couvrir ce déficit aux termes de l'engagement de garantie autonome qu'elle avait souscrit, la banque comptait récupérer contre le vendeur ce crédit de TVA. D'un point de vue économique, sa prétention était parfaitement compréhensible. Mais il lui manquait un fondement juridique. Dans le recours subrogatoire, le *solvens* ne peut en effet prétendre qu'au paiement de la créance dont son propre paiement l'a rendu titulaire. Or l'acheteur bénéficiaire de la garantie, dans les droits duquel la banque garante s'est trouvée subrogée, n'avait aucun droit sur le crédit de TVA. Il ne pouvait, par conséquent, transmettre un tel droit au garant. Éventuellement, le recours personnel du garant contre son donneur d'ordre, à supposer qu'il soit admis pour ce type de garantie, voire une action en enrichissement sans cause, aurait pu permettre au garant de prétendre à un remboursement complémentaire du montant de sa garantie. Mais les faits portés à notre connaissance par la décision ne permettent pas de l'apprécier.

On sait que le banquier qui réclame le bénéfice d'un cautionnement en couverture du crédit qu'il consent est tenu vis-à-vis de la caution non avertie d'un devoir de mise en garde. Le fait de savoir si une caution peut être qualifiée d'avertie ou non se trouve de ce fait, sans surprise, au cœur d'un nombre non négligeable de litiges. Deux arrêts récents de la Cour de cassation, l'un de sa première chambre civile, l'autre de la Chambre commerciale, pré-

cisent les critères à prendre en considération. Le premier statue sur un cautionnement délivré par les parents du gérant de la société financée. La cour d'appel avait estimé qu'en raison des liens familiaux étroits, de l'intérêt qu'ils avaient manifesté au développement de la société montée par leur fille et leur gendre et de l'assurance qu'ils avaient donnée aux termes du contrat d'avoir disposé d'informations suffisantes pour apprécier la situation de l'emprunteur, les deux parents devaient être considérés comme avertis au regard de l'opération de crédit. Ces éléments ne suffisent pas à caractériser cette qualité pour la première chambre civile (**Cass. 1^{re} civ., 16 sept. 2010, n° 09-15.058**). Dans la seconde espèce, le cautionnement avait été donné par deux époux dont l'un était associé et gérant de la société emprunteuse et l'autre associé fondateur disposant au surplus d'une procuration sur le compte de ladite société. La Chambre commerciale approuve la cour d'appel d'avoir estimé qu'ils devaient l'un et l'autre être considérés comme des cautions averties au moment où ils s'étaient engagés dans la mesure où ils étaient personnellement impliqués dans les affaires du débiteur garanti et disposaient de ce fait de tous les moyens pour connaître et apprécier sa situation financière (**Cass. com., 21 sept. 2010, n° 09-16.348**). Bien qu'aboutissant à des résultats inverses, les deux solutions sont parfaitement cohérentes en ce qu'elles vérifient les éléments pris en considération par les juges du fond pour apprécier si une caution était concrètement en mesure de se forger une opinion précise sur la solidité financière du débiteur principal. L'existence de liens familiaux n'offre en soi à cet effet aucune garantie, ce qui n'est évidemment pas le cas de la conduite des affaires du débiteur ou d'une participation étroite à celle-ci. Le défaut de pouvoir du signataire d'un bordereau de cession de créances Dailly est sanctionné par une inopposabilité qui ne peut être invoquée que par le cédant lui-même. La notification de cette cession peut être faite par tout moyen. Bien que la Cour de cassation n'ait apparemment pas encore eu l'occasion de prendre position sur ces deux points, l'arrêt de sa Chambre commerciale du 21 septembre 2010 est en ligne avec sa jurisprudence dominante en matière de mandat (**Cass. com., 21 sept. 2010, n° 09-11.707, F-P+B**). Une société chargée de la construction d'une maison d'accueil avait cédé à un établissement de crédit, suivant les formes des articles L. 313-23 et suivants du Code monétaire et financier, la créance qu'elle détenait sur une association au moyen d'un bordereau Dailly signé par le responsable administratif de la société cédante. L'article L. 313-25 du Code monétaire et financier exige que le bordereau de cession soit revêtu de la signature du cédant, apposée à la main ou par tout procédé non manuscrit. Reprochant au débiteur cédé d'avoir effectué des paiements entre les mains d'autres créanciers, l'établissement cessionnaire l'a assigné en paiement. Pour sa défense, le débiteur faisait d'abord valoir l'argument que le bordereau était irrégulier car signé par un préposé qui n'était pas titulaire d'une délégation de pouvoir à cet effet. La Cour de cassation lui rappelle qu'il est malvenu à s'en plaindre dans la mesure où le dépassement ou l'ab-

sence de pouvoir est sanctionné par une inopposabilité au seul profit de celui qui a été indûment représenté (**Cass. ass. plén., 28 mai 1982, D. 1983, jur., p. 349, note E. Gaillard**). En second lieu, le débiteur estimait que la cession ne lui avait pas été notifiée de manière régulière. L'argument était empreint d'une certaine mauvaise foi puisque le débiteur avait tenu compte pour plusieurs paiements de la cession en s'exécutant entre les mains du cessionnaire. Rappelant qu'aux termes de l'article L. 313-18 du Code monétaire et financier, la notification n'est pas soumise à un quelconque formalisme (**CA Paris, 15 oct. 1993, RTD com. 1994, p. 82, obs. M. Gabrillac et B. Teyssié**), la Cour considère que les juges du fond ont pu estimer, au vu des éléments concrets de l'affaire, que la cession avait bien été portée à la connaissance du débiteur cédé qui ne pouvait plus dès lors l'ignorer.

La garantie à première demande est parfois utilisée dans des opérations domestiques, et même à l'occasion d'opérations courantes portant sur de petits montants. Dans cette espèce, deux personnes physiques avaient garanti le remboursement à première demande de 50 000 euros au bénéfice d'une société au cas où une autre société ne paierait pas. Le mécanisme d'appel prévoyait que le bénéficiaire devait, pour actionner la garantie, adresser une lettre recommandée avec avis de réception aux garants et y déclarer que la somme demandée était due par la société. La cour d'appel avait cru devoir déceler dans cette déclaration assortissant la demande de paiement de la garantie, la preuve que la dette était celle de la société et non celle des garants. La cassation s'imposait (**Cass. com., 5 oct. 2010, n° 09-14.673 ; O. Gout, Des imperfections du droit actuel des garanties autonomes, D. 2011, p. 655**), la Cour rappelant que « *la demande formulée par le bénéficiaire de la garantie s'analysait en un appel motivé par l'inexécution par le débiteur de ses obligations, de sorte que les garants à réception de cette demande ne pouvaient en différer le paiement ni soulever d'objection* », ce qui est bien de l'essence même de la garantie à première demande. Il ne s'agissait ici que d'une garantie appellable sur demande motivée, ce qui correspond au canon que souhaite voir s'imposer la Chambre de commerce internationale (CCI) avec ses Règles uniformes pour les garanties sur demande (v. *cette chronique, Dr. & patr. 2010, n° 190, p. 77 ; J.-P. Mattout, La révision des Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande [n° 758], D. 2010, p. 1296*) et dont la validité en tant que garantie à première demande – et non de cautionnement – ne fait guère de doute. Motiver l'appel par l'inexécution du débiteur, ce qui est la circonstance la plus répandue, ne transforme pas pour autant l'engagement indépendant en engagement accessoire. Le rappel est salutaire et contribue à éclaircir encore davantage le terrain souvent contesté de la qualification de ces engagements.

C – Rémunération du prêteur

Par deux décisions du 9 décembre 2010, la première chambre civile de la Cour de cassation confirme, sans surprise, sa conception large des éléments faisant partie

Chroniques

du taux effectif global (TEG), qui, aux termes de l'article L. 313-1 du Code de la consommation, comprend, à côté des intérêts, tous les frais, commissions ou rémunérations de toute nature, qu'ils soient directs ou indirects (Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 2010, 2 arrêts, n° 09-67.089, FS-P+B+I, et n° 09-14.977, FS-P+B+I).

Dans la première affaire, il s'agissait de savoir si le coût des parts sociales dont la souscription est imposée par l'établissement prêteur comme une condition d'octroi du prêt constituait des frais entrant nécessairement dans le calcul du TEG. Fidèle à la position qu'elle a adoptée en 2004 (Cass. 1^{re} civ., 23 nov. 2004, n° 02-13.206) et confirmée en 2007 (Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 2007, n° 05-17.842, F-P+B), la Haute juridiction réaffirme que ce coût doit être pris en considération dans le calcul du TEG.

Dans la seconde espèce, l'interrogation portait sur l'intégration de la somme payée par l'emprunteur au titre de la constitution d'un fonds de garantie créé par une société de caution mutuelle pour garantir la bonne exécution du prêt et dont le montant est déterminé lors de la conclusion du prêt. La banque ayant subordonné l'octroi du crédit à la couverture par la société de caution mutuelle, la Cour de cassation retient logiquement aussi que ces sommes doivent être comptées dans le calcul du TEG.

Le critère pour déterminer si les sommes que déboursa l'emprunteur à l'occasion du crédit font partie du TEG tient ainsi pour la Cour au caractère obligatoire ou non de cette « dépense », indépendamment de leur nature et sans qu'il importe que ces sommes servent en définitive à acquérir un actif – parts sociales ou créance sur un fonds de garantie – que l'emprunteur a vocation à récupérer à l'issue du remboursement du crédit. Cette acception est défendable si le TEG doit servir exclusivement à comparer différentes offres de crédit. Il faut cependant se rendre compte qu'il ne permet plus alors d'apprécier le coût d'un crédit déterminé et peut aboutir à des discriminations de concurrence envers les établissements mutualistes qui font souscrire des parts sociales remboursables à leurs nouveaux clients.

L'enjeu du calcul correct du TEG demeure de taille dans la mesure où la jurisprudence assimile le TEG erroné à l'absence de TEG (Cass. com., 17 janv. 2006, n° 04-11.900). La Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer également ce point dans une décision du 30 septembre 2010 (Cass. 1^{re} civ., 30 sept. 2010, n° 09-67.930). Cette décision apporte, par ailleurs, une précision utile sur la portée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle l'action visant à faire constater les manquements du prêteur à ses obligations d'information préalablement à l'octroi d'un crédit à la consommation s'analyse en un bien dont l'emprunteur ne peut pas être privé rétroactivement par l'application d'une loi nouvelle – ici la loi du 12 avril 1996 – modifiant ces obligations. En l'espèce, l'action en question avait été introduite après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, ce dont la Cour a conclu logiquement que « la déchéance du droit aux intérêts dont aurait été privé M. X... par application de l'article 87-1 de la loi du

12 avril 1996 est une sanction civile laissée à la discrétion du juge, par nature incertaine et ne pouvant donc faire naître une espérance légitime, s'analysant en un bien au sens de l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel, avant toute décision au fond, laquelle étant intervenue suite à une action introduite postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi précitée, n'a pu créer une telle espérance ».

V – RESPONSABILITÉ DU BANQUIER PRESTATAIRE DE SERVICES D'INVESTISSEMENT

L'information que l'intermédiaire financier doit au client investisseur non averti quant au caractère plus ou moins risqué d'un investissement n'a de toute évidence de sens que si ce dernier est prévenu des risques auxquels il s'expose préalablement au placement envisagé. C'est ce que la Cour de cassation a dû rappeler dans un arrêt en date du 30 septembre 2010 (Cass. com., 30 nov. 2010, n° 09-70.810). Une société avait conclu, par le biais d'un intermédiaire, une convention de compte-titres avec une société financière, agissant comme teneur de compte et transmetteur d'ordres en versant le même jour sur ce compte la somme de 3 000 000 francs (457 347,05 euros), puis ultérieurement la somme complémentaire de 2 500 000 francs (381 122,54 euros). Ces sommes avaient été placées, sans mandat de gestion, sur des supports OPCVM distribués par la société financière. Les placements en cause ayant connu une forte baisse, la société cliente a décidé d'assigner l'intermédiaire et la société financière pour voir prononcer la nullité des contrats et, subsidiairement, pour leur réclamer des dommages-intérêts. En vain, le teneur de compte et l'intermédiaire financier ont fait valoir qu'ils avaient donné au client toutes les informations qui lui permettaient d'apprécier les conséquences de ses décisions d'investissement alors que ces informations ne lui avaient été communiquées que deux mois après la conclusion du contrat et bien après l'accomplissement des opérations de souscription des parts d'OPCVM spéculatifs.

L'arrêt retient de manière intéressante et tout à fait justifiée la responsabilité *in solidum* de l'intermédiaire teneur de compte et du démarcheur financier. En pratique, c'est bien ce dernier qui noue le contact le plus concret avec le client et doit dès lors veiller à ce qu'il dispose de toutes les informations pour prendre des décisions avisées. La décision s'inscrit ainsi dans la tendance générale d'un renforcement de la responsabilité des démarcheurs et autres intermédiaires financiers, marquée notamment par la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010.

La commercialisation des produits d'investissement. – Cette commercialisation est au centre de bien des préoccupations aujourd'hui. Le juge français, mais aussi le législateur (G. mon. fin., art. L. 533-13, notamment), ou l'Autorité des marchés financiers (v. AMF, Guide des bonnes pratiques pour la rédaction des documents commerciaux et la commercialisation des instruments financiers, 21 juin 2010 ; position de

L'AMF n° 2010-05 sur la commercialisation des instruments financiers complexes, 15 oct. 2010), ont développé un faisceau d'obligations à la charge des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement pour les responsabiliser dans la distribution de leurs produits de placement, source pour beaucoup d'investisseurs, souvent peu attentifs ou croyant aux mirages de l'argent facile, de bien des déconvenues (Ph. Arestan, *Commercialisation des produits financiers, La responsabilité des conseillers en investissements et des démarcheurs bancaires et financiers*, LPA 28 juill. 2010, 4). Cette tendance de fond sera encore accentuée par la prochaine entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 2011, de l'obligation pour le distributeur de remettre à l'investisseur un court document résumant les informations clés.

La décision commentée fait suite à celles déjà intervenues dans l'affaire dite « Bénéfic » (Cass. com., 19 sept. 2006, n° 05-14344, Dr. & patr. 2007, n° 157, p. 96), produit de placement largement diffusé par la Poste à de très nombreux investisseurs. Le produit garantissait un rendement de 23 % en trois ans en cas de stabilité ou de hausse de l'Euro 50, un indice boursier, mais indiquait également qu'en cas de baisse de l'indice au-delà de 23 %, la baisse du placement serait alors limitée à 23 %. Cette seconde hypothèse n'avait pas toujours été bien notée par les investisseurs. Or c'est elle qui se produisit, conduisant à de nombreuses contestations. La Cour de cassation (Cass. com., 12 oct. 2010, n° 09-16.961 ➔ 006 Bull. Joly Bourse janv. 2011, 17, obs. D. Lukács) se refuse à accueillir les contestations, après avoir cependant vérifié plusieurs points de passage désormais obligés : détermination du caractère non spéculatif du produit, accomplissement du devoir d'information loyale et complète, cohérence de la publicité avec les clauses contractuelles, adéquation du produit au client.

On signalera que le même processus de contrôle a été conduit par la Cour de cassation à l'occasion de la commercialisation de parts de société civile de placements immobiliers (SCPI) (Cass. com., 14 déc. 2010, n° 10-10.165 ➔ 007). L'opération consistait à proposer à un client d'emprunter à la banque pour acheter des parts de SCPI, la location du bien et la plus-value attendue permettant en principe de rembourser le prêt *in fine*. Tel ne fut pas le cas, les parts de SCPI s'étant dévalorisées sensiblement, conduisant l'investisseur à rechercher la responsabilité de son banquier. La Cour estime tout d'abord que l'opération n'était pas spéculative et que dès lors la banque n'avait pas à mettre en garde particulièrement son client, pharmacien de son état. Selon la Cour, ce n'est pas sa qualité de pharmacien qui le rendait apte à apprécier seul les risques de l'opération, mais le fait tout simplement qu'elle n'était pas spéculative. Cependant, la Cour casse la décision d'appel, reprochant à celle-ci de n'avoir pas vérifié que l'information préalable délivrée au client comportait une présentation des aspects les moins favorables et les risques encourus.

On retiendra que ne pas avoir à mettre en garde ne dispense pas de devoir faire une présentation équilibrée des placements proposés, comportant les avantages comme les risques.

VI – OPÉRATIONS INTERNATIONALES

Le cautionnement, en raison de son caractère accessoire, a l'habitude de vivre dans l'ombre de l'engagement principal qu'il garantit. C'est la raison pour laquelle on a longtemps enseigné et jugé qu'à défaut de droit applicable expressément prévu, il devait suivre le droit applicable au contrat principal garanti (Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 1981, n° 80-11.934, JDI 1982, p. 878, obs. J.-L. Bismuth ; Cass. 1^{re} civ., 3 déc. 1996, n° 94-18.281, JCP 1997, II, 22827, obs. H. Muir Watt). Ce point de vue avait été sérieusement mis en doute après l'adoption de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur le droit applicable aux obligations contractuelles, qui ne prévoyait pas de règles particulières de détermination du droit applicable pour les engagements accessoires. La doctrine majoritaire préconise désormais de trancher la question en appliquant tout simplement les critères dégagés par la Convention elle-même, sans référence à l'accessoriété. C'est cette voie que suit la Cour de cassation (Cass. com., 8 juin 2010, nos 08-16.298 et 08-16.485, Gaz. Pal. 5-6 nov. 2010, p. 42, note J. Morel-Maroger) pour affirmer clairement que : « *Le contrat de cautionnement est soumis à sa loi propre. En l'espèce, il résultait de façon certaine des dispositions du contrat de cautionnement que les parties avaient décidé de soumettre ce contrat au droit français* ».

Il s'agissait en l'occurrence d'un prêt consenti par une banque anglaise à une société française, soumis au droit anglais et garanti par un cautionnement solidaire des associés résidents français, passé en France devant notaire et comportant une clause d'attribution de compétence au juge français rédigée de façon particulièrement confuse.

Extraits

➔ 006 Cass. com., 12 oct. 2010, n° 09-16.961

« *La responsabilité ne peut être retenue envers une banque commercialisant un fonds à formule, jugé non spéculatif, dès lors que même s'il n'a pas été particulièrement mis en exergue, le risque d'une baisse supérieure au taux mentionné n'a pas été exclu de la notice du fonds, que les documents publicitaires sont cohérents avec cette notice et que la banque a bien vérifié l'adéquation du placement projeté aux capacités financières de son client* ».

➔ 007 Cass. com., 14 déc. 2010, n° 10-10.165

« *Ayant relevé que le placement litigieux, qui consistait en la souscription de parts de SCPI, ne présentait aucun caractère spéculatif et ne relevait en conséquence d'aucun devoir de mise en garde, la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'effectuer une recherche que ses constatations rendaient inopérante, a légalement justifié sa décision.*

Mais en se déterminant sans rechercher si l'information délivrée était cohérente avec l'investissement proposé et mentionnait le cas échéant les caractéristiques les moins favorables et les risques inhérents aux options qui peuvent être le corollaire des avantages énoncés, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

Chroniques

Le critère retenu par la Cour pour appliquer le droit français n'a sans doute pas été puisé à la source la plus orthodoxe, dans la mesure où elle affirme « *que le contrat de cautionnement attribue compétence aux tribunaux de Paris et que c'est donc le droit français qui s'applique à ce dernier* », dans la mesure où il suffisait de rappeler que les cautions étant résidentes en France au moment de la passation de l'acte, le droit français était applicable en tant que droit du siège du débiteur de la prestation caractéristique. Si le fondement ainsi choisi laisse à désirer, y compris au regard du règlement « Rome I » qui retient le même critère que la Convention, il est important de noter que la Cour a clairement refusé de rechercher dans le contrat principal, qui, lui, mentionnait expressément le droit anglais comme droit applicable, la source du système juridique applicable à un engagement de cautionnement. Celui-ci est bel et bien soumis « *à sa loi propre* ».

Les Incoterms 2010. – On signalera que la Chambre de commerce internationale (CCI) vient d'adopter de nouveaux Incoterms 2010 (Publication CCI, n° 715), applicables à compter du 1^{er} janvier 2011 (C. Nourissat, *Entrée en application des nouveaux Incoterms 2010 de la CCI*, RLDA févr. 2011, 50). Deux nouveaux Incoterms font leur apparition, *Delivered at Place* (DAP) et *Delivered at Terminal* (DAT), auxquels il convient alors d'ajouter le lieu ou le terminal de destination. Dans le même temps, quatre anciens Incoterms disparaissent (DAF, DES, DEQ et DDU).

Les Incoterms, qui déterminent les obligations et l'allocation des risques entre acheteurs et vendeurs dans les contrats internationaux, ont parfois des répercussions dans les contrats qui financent ces opérations du commerce international et notamment les crédits documentaires (P. Jasinski, *Les nouveaux Incoterms et le crédit documentaire*, Banque 1990, p. 917 ; G. Jimenez, *When can the improper use of Incoterms result in L/C discrepancies ?*, *Documentary Credits Insight*, été 1996, 20 ; E. Jolivet, *Les Incoterms. Étude d'une norme du commerce international*, Litec, coll. « Bibliothèque du droit de l'entreprise », 2004, 486 p.).

Virement transfrontalier et virement en devises. – Étrange affaire qui a conduit la Cour de cassation à se

pencher sur l'interprétation de pouvoirs donnés par une société à certains de ses agents (Cass. com., 6 juill. 2010, n° 09-69.919, JCP E 2011, 158, n° 10, obs. J. Béguin). Une société avait donné à des salariés pouvoir d'effectuer tous paiements en France et à l'étranger. En revanche, elle avait réservé à son seul gérant le pouvoir de faire des opérations de change. Les salariés ordonnèrent trois virements par débit du compte de la société en euros vers le compte de trois de leurs filiales, tenu dans la même agence, mais dans des comptes libellés en dollars. Le gérant contesta l'exécution par la banque de ces ordres au motif qu'ils impliquaient nécessairement une opération de change pour laquelle lesdits salariés n'avaient pas reçu pouvoir. Des opérations de virement à destination d'un compte dans une autre monnaie sont certes des virements mais incluant une opération de change. Dès lors, le paiement effectué relève simultanément des deux catégories. Dans une appréciation stricte de la délégation de pouvoirs, la banque aurait pu refuser ces virements, en ce qu'ils incluaient une opération de change pour laquelle les délégués n'avaient pas été habilités.

La solution retenue est cependant différente, plus influencée par les circonstances de la cause que par une analyse rigoureuse de la nature des opérations et des pouvoirs délégués. Elle retient en effet que « *les trois opérations portent sur des virements effectués du compte de la société à destination des comptes de trois sociétés distinctes, et qu'il s'agit en l'espèce de versements de trésorerie de la part de la société financière du groupe au profit de sociétés de ce groupe ; que si le virement d'une somme libellée en euros vers un compte libellé en dollars passe nécessairement par une opération de change, ce type d'opération a été autorisé expressément par la société qui indiquait que les personnes autorisées à faire fonctionner le compte étaient autorisées à effectuer "tous paiements" par "chèques et virement France et étranger"* ». Ainsi, pour la Cour de cassation, la cour d'appel n'a pas confondu virement transfrontalier et virement en devises. Décision essentiellement pragmatique où le caractère intragroupe de l'opération, la localisation des comptes dans la même banque et sans doute le fait que l'opération était à titre principal un virement et seulement à titre secondaire une opération de change, a prévalu.