

## 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*

## Janvier 2010 – juin 2010 : Clair-obscur

La période couverte par la présente chronique montre d'abord que les points de frictions réguliers dans les relations entre les banques et leurs clients finissent par aboutir à des solutions jurisprudentielles équilibrées et prévisibles. Dans son rapport annuel et plusieurs arrêts récents, la Cour de cassation rappelle ainsi que l'existence et l'éventuelle portée du devoir de mise en garde susceptible de peser sur une banque vis-à-vis d'un emprunteur, d'une caution ou d'un investisseur doivent être appréciées à l'aune du principe de non-immixtion de la banque dans les affaires de son client. Ce même principe guide également sa position sur la faculté des banques d'accorder un crédit de caisse à un client pour honorer un chèque non provisionné.

La démarche par laquelle les juridictions distillent des critères pour dégager le juste équilibre entre les intérêts des banques et de leurs clients rappelle, par analogie, celle que suit le législateur pour se forger une conviction sur les règles que devraient observer les banques afin de maîtriser les risques auxquels elles s'exposent et leur mode de supervision. La fusion des autorités des contrôles bancaire et d'assurance dans une nouvelle Autorité de contrôle prudentiel marque une nouvelle étape dans la recherche de la solution la plus performante. La spécialisation de la fonction de surveillance des risques au sein du contrôle interne participe du même mouvement.

Ces solutions contrastent par leur clarté avec les incertitudes que révèlent les décisions relatives à l'incidence que peut avoir une loi de police étrangère sur l'exécution d'un contrat ou son articulation avec les Règles et usances uniformes (RUU) en matière de crédit documentaire. Elles dénotent également des divergences qui règnent au sein de la zone euro sur la signification du « cours légal » de la monnaie commune.

## I – LÉGISLATION – RÈGLES PROFESSIONNELLES

**Création de l'Autorité de contrôle prudentiel.** – À la suite du rapport « Deletré I » de janvier 2009, l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010, complétée par deux décrets du 3 mars 2010, a fusionné la Commission bancaire, l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM), le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI) et le Comité des entreprises d'assurances en une nouvelle

autorité : l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP) (Th. Bonneau, Commentaire de l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance, JCP E 2010, 1140 ; J. Bigot et J.-L. Bellando, La nouvelle Autorité de contrôle prudentiel et l'assurance : aspects structurels, JCP G 2010, p. 665 ; P.-G. Marly, Regard sur l'Autorité de contrôle prudentiel, Bull. Joly Bourse 2010, p. 206 ; V. Ruol, Création de l'Autorité de contrôle prudentiel, Premières leçons entre continuité et contraste, Banque 2010, p. 63).

Mesure de simplification, mesure d'économie, mesure de clarification, l'ACP est sans doute un peu de tout cela.

## Sommaire

<b>I – LÉGISLATION – RÈGLES PROFESSIONNELLES</b> 000	<b>B – Comptes</b> Cass. com., 16 mars 2010, n° 09-11.236 (dates de valeur et prescription)	Cass. com., 26 janv. 2010, n° 08-18.354 (point de départ de la prescription de l'action en responsabilité pour défaut de mise en garde)
Ord. n° 2010-76, 21 janv. 2010, portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance – création de l'Autorité de contrôle prudentiel.	<b>III – CRÉDITS</b> 000	<b>C – Banquier prestataire de services d'investissement</b> Le rapport 2009 de la Cour de cassation sur la vulnérabilité de l'investisseur
Arr. 19 janv. 2010, modifiant le règlement n° 97-02 sur le contrôle interne	Cass. 1 <sup>re</sup> civ., 14 janv. 2010, n° 08-18.581 (preuve de la remise des fonds)	<b>V – OPÉRATIONS INTERNATIONALES</b> 000
Report of the Euro Legal Tender Expert Group on the definition, scope and effects of legal tender of euro banknotes and coins	<b>IV – RESPONSABILITÉ DU BANQUIER</b> 000	Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-21.511 (embargo et loi de police étrangère)
<b>II – COMPTES ET INSTRUMENTS DE PAIEMENT</b> 000	<b>A – Responsabilité des administrateurs</b> Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17.841 (Crédit Martiniquais, responsabilité des administrateurs)	CGI, 26 mars 2010, Guidance paper on the Use of Sanction Clauses for Trade Related Products subject to ICC Rules
<b>A – Cartes de paiement – chèques</b> Cass. com., 30 mars 2010, n° 09-65.949 (chèque falsifié payé par facilité de caisse)	<b>B – Banquier dispensateur de crédit</b> Le rapport 2009 de la Cour de cassation sur la vulnérabilité de l'emprunteur et de la caution	Cass. com., 30 mars 2010, n° 09-12.701 (garantie à première demande et responsabilité délictuelle)
	Cass. 1 <sup>re</sup> civ., 25 févr. 2010, n° 08-70.072 (mise en garde et mauvaise foi de l'emprunteur)	

La crise financière a accéléré le mouvement de concentration des autorités financières que le regroupement, au sein de l'Autorité des marchés financiers (AMF), de la Commission des opérations de bourse (COB), du Conseil des marchés financiers (CMF) et du Conseil de discipline de la gestion financière, avait déjà initié en 2003.

Le choix de regrouper ou de spécialiser les autorités bancaires et financières est un choix difficile et qui peut varier selon les époques et les pays ; par exemple, la *Financial Services Authority* britannique (FSA), longtemps présentée comme un modèle du fait de la concentration en son sein de tous les pouvoirs de régulation en matière bancaire et financière, fait aujourd'hui, après la crise, l'objet de vives critiques au point que son démantèlement est désormais sérieusement envisagé. Inversement, l'éparpillement des autorités américaines, dans un État fédéral cependant, a été désigné comme source d'inefficacité et, partant, de risque supplémentaire. La concentration des pouvoirs apporte sans doute force et autorité ; la spécialisation apporte plus de compétence et de proximité entre le contrôleur et le contrôlé.

La double mission de la nouvelle autorité est de veiller « à la préservation de la stabilité du système financier et à la protection des clients, assurés, adhérents et bénéficiaires des personnes soumises à son contrôle » (C. mon. fin., art. L. 612-1, I) en intégrant la dimension internationale et communautaire de sa mission. Elle vise ainsi tant à assurer la stabilité financière qu'à veiller aux règles destinées à protéger les clientèles et notamment les méthodes de commercialisation de produits. Elle n'a pas de pouvoir réglementaire (mais peut émettre des recommandations, C. mon. fin., art. L. 612-1, II, 3°), dispose du pouvoir essentiel de prendre les décisions individuelles d'agrément et d'autorisation, d'un pouvoir de contrôle, de police administrative et de sanction. Dans un autre registre, elle peut également « porter à la connaissance

du public toute information qu'elle estime nécessaire à l'accomplissement de ses missions, sans que lui soit opposable le secret professionnel », pouvoir médiatique qui n'est pas le moindre.

Elle est une autorité administrative indépendante, largement adossée à la Banque de France, sans personnalité juridique propre, mais habilitée à se porter partie civile dans les procédures pénales pour faire respecter les dispositions relevant de sa compétence. Elle peut intervenir devant toute juridiction par l'intermédiaire de son président, le gouverneur de la Banque de France. Elle dispose d'un collège de seize membres, qui se subdivise à son tour en formations spécialisées, principalement autour de la banque et de l'assurance, dont les spécificités ne peuvent être effacées. Les mandats sont de cinq ans et renouvelables une fois. L'ACP dispose aussi d'un secrétariat général puissant.

Une commission des sanctions composée de cinq membres, non membres du collège, est instituée, dont le modèle est calqué sur celle attachée à l'AMF. Sont ainsi tirées les conclusions de l'arrêt « Dubus » qui avait stigmatisé le défaut d'indépendance et d'impartialité de la Commission bancaire (v. nos précédents commentaires, Dr. & patr. 2010, n° 190, p. 66 ; N. Mordaunt-Crook, De l'arrêt « Dubus » à la création de l'ACP, Banque et droit 2010, n° 129 p. 8).

Un pôle commun avec l'AMF est créé, chargé notamment de « coordonner les propositions de priorités de contrôle définies par les deux autorités », mais aussi « de superviser les conditions de commercialisation et le respect des obligations des opérateurs envers leurs clients, emprunteurs, assurés, adhérents, bénéficiaires et ayant droit » (C. mon. fin., art. L. 612-47).

**L'arrêté du 19 janvier 2010 modifiant le règlement n° 97-02 sur le contrôle interne.** – Le règlement n° 97-02 relatif au contrôle interne des établissements

de crédit et des entreprises d'investissement a été modifié pour y introduire un nouveau chapitre concernant la surveillance des risques par une filière « risques ». Ces dispositions sont applicables depuis le 13 mai 2010. Elles introduisent en droit français, à la suite de la crise financière dite des *subprimes*, une organisation plus rigoureuse du contrôle des risques. Alors que les systèmes de mesure des risques et des résultats et les systèmes de surveillance et de maîtrise des risques étaient inclus, sans singularité particulière, dans le contrôle interne (art. 1 du règlement), ils sont désormais distingués par l'obligation de mise en place d'une organisation spécifique, à l'instar de ce qui a déjà été fait auparavant pour le contrôle permanent et pour le risque de non-conformité. Le texte impose aux entreprises assujetties de désigner un responsable de cette filière et de communiquer son identité à la nouvelle ACP. Ce responsable a vocation à exercer son autorité sur tous les agents et services compétents en charge de la surveillance et de la maîtrise des risques. Cette autorité doit être au minimum fonctionnelle ; elle peut aussi être hiérarchique, selon l'organisation choisie. Ce responsable doit être soit membre de l'organe exécutif, c'est-à-dire de la direction générale, soit y être directement rattaché. Sa fonction ne doit pas le conduire à effectuer des opérations commerciales, financières ou comptables, afin d'assurer sa totale indépendance.

Le contenu de sa mission est fixé par l'article 11-9 et inclut principalement :

- la mise en œuvre des systèmes de mesure et de surveillance des risques et des résultats, visés au titre IV du règlement (sélection et mesures des risques de crédit, mesures des risques de marché, mesure du risque de taux d'intérêt global, sélection et mesure des risques d'intermédiation, mesure du risque de liquidité et de règlement, prise en compte des risques dans la politique de rémunération) ; et
- les systèmes de surveillance et de maîtrise des risques visés au titre V du règlement (risque opérationnel, incluant le risque juridique, nouveaux produits, opérations de croissance, externalisation, etc.).

Il s'agit ainsi d'un regroupement des compétences au sein d'une filière à la spécialisation plus marquée qu'auparavant et au domaine d'intervention particulièrement large.

Le principe énoncé par le texte est que chaque entreprise assujettie se dote d'un tel responsable. Toutefois, il est permis de déroger à ce principe au sein d'un groupe en positionnant la fonction du responsable au sein d'une seule des entités du groupe. Dans ce cas, les organes délibérants (le conseil d'administration) des sociétés concernées doivent y consentir expressément.

Le choix entre les deux modes d'organisation doit être dicté en considération de l'efficacité de l'organisation retenue, compte tenu des activités, de la taille, des risques encourus par les différentes sociétés du groupe en France. L'article 11-10 du règlement énonce que la filière doit disposer « des moyens suffisants en termes de personnel, de systèmes d'information et d'accès aux informations internes et externes nécessaires à l'exercice de ses fonctions », ainsi que

de l'expérience, de la qualification et du positionnement adéquats.

L'article 11-8 du règlement prévoit qu'il est possible de confier cette nouvelle mission au responsable du contrôle permanent « lorsque la taille de l'entreprise ou les circonstances le justifient ». Il est également possible de choisir la personne déjà en charge des contrôles prévus par le règlement général de l'AMF. Cependant, il s'agit là d'une souplesse ouverte par le texte, qui devra être particulièrement justifiée aux yeux de l'ACP, le principe demeurant l'autonomie de la filière.

Le responsable de la filière risques a vocation à rendre compte périodiquement à l'organe délibérant ou, le cas échéant, au comité d'audit.

#### Report of the Euro Legal Tender Expert Group on the definition, scope and effects of legal tender of euro banknotes and coins.

— Un groupe d'experts européens s'est réuni et a publié, début 2010, un rapport sur la notion de « *legal tender* », soit pour un juriste français de « cours légal », de l'euro fiduciaire, c'est-à-dire les pièces et les billets (Le rapport ne porte pas de numéro. Il peut être consulté sur le site de la Banque centrale européenne). Il est accompagné d'une annexe reprenant les dispositions légales existantes de chaque pays. Le premier constat est de relever que si le concept de cours légal existe bien dans les différents pays, il n'y a pas de conception commune de la notion et du régime juridique qui lui est applicable. Ainsi, les Pays-Bas, mais ils sont les seuls, semblent attacher le cours légal à la monnaie scripturale, ou du moins à certaines de ses formes.

Le groupe d'experts retient trois critères cumulatifs du cours légal attaché à l'euro fiduciaire :

- l'obligation pour un créancier d'accepter un paiement en euro fiduciaire, sauf accord entre les parties ;
- acceptation de ce moyen de paiement pour sa valeur faciale ;
- pouvoir libératoire en matière d'obligation monétaire.

L'unanimité des experts n'a pu se faire sur des questions comme les conditions de destruction de la monnaie fiduciaire, la possibilité de refuser des paiements en monnaie fiduciaire entre professionnels et consommateurs, certains admettant que les parties puissent déroger contractuellement au principe de l'acceptation obligatoire, sur le refus de considérer les billets de montants élevés (200 et 500 euros) comme ayant cours légal, c'est-à-dire comme ne pouvant être refusés par un créancier... Toutefois, ils ne recommandent pas l'adoption d'un nouveau texte européen normatif dans ce domaine.

On peut noter par ailleurs que l'article L. 112-6 du Code monétaire et financier renvoie désormais à un nouvel article D. 112-3 du même code (D. n° 2010-662, 16 juin 2010), qui limite les paiements pouvant être effectués en espèces, lorsque le débiteur a son domicile fiscal en France ou agit pour les besoins d'une activité professionnelle à 3 000 euros, ce montant étant porté à 15 000 euros lorsque celui-ci justifie qu'il n'a pas son domicile fiscal en France et n'agit pas pour les besoins d'une activité professionnelle.

## II – COMPTES ET INSTRUMENTS DE PAIEMENT

### A – Cartes de paiement – chèques

**Chèque falsifié payé par facilité de caisse.** – Dans une espèce relative à un cas de chèque falsifié, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a, par un arrêt du 30 mars 2010 (Cass. com., 30 mars 2010, n° 09-65.949 ➔ 001), réaffirmé sa jurisprudence traditionnelle selon laquelle si la banque est tenue d'une obligation de vigilance et de vérification en matière de chèque, elle n'a cependant pas à s'immiscer dans les affaires de son client (v. par exemple, Cass. com., 5 nov. 2002, n° 01-11.314, Bull. civ. IV, n° 157, D. 2002, p. 3268, obs. V. Avena-Robardet, JCP E 2003, n° 1, p. 36 note Th. Bonneau, RD bancaire et fin. 2003, n° 1, p. 11 obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard, Gaz. Pal. 2003, somm., p. 2474, obs. S. Piedelièvre).

En l'espèce, les falsifications du chèque en cause portaient à la fois sur sa date de création, son montant ainsi que sur l'identité de son bénéficiaire. Le montant débité sur le fondement de ce chèque falsifié était tel que le compte du tireur s'est trouvé débiteur au-delà du montant du découvert autorisé. Pour la Cour, toutefois, « lorsqu'il n'existe pas de provision préalable suffisante, le banquier, en passant au débit du compte de son client un chèque émis par ce dernier et présentant toutes les apparences de la régularité, lui consent une facilité de caisse sur sa demande implicite (...), dès lors que la société n'a pas prétendu que le découvert aurait dû, par son importance, alerter la caisse, la cour d'appel a pu retenir

que cette dernière n'avait pas commis de faute, en ne se mettant pas en relation avec la société avant de débiter son compte ». S'il est classique pour la Cour, au nom du principe de non-ingérence, d'affirmer que le banquier ne peut s'enquérir auprès de son client de la cause ou de l'opportunité du chèque émis avant d'en effectuer le paiement (Cass. com., 14 juin 2000, n° 97-15.132, RD bancaire et fin. 2000, n° 141, p. 222 obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard), il paraît en revanche délicat – quoique considéré comme une faveur au client afin de lui éviter un incident de paiement tel que prévu à l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier – de poser en règle et à la seule discrétion des banquiers le paiement du chèque suivi de la reconnaissance de l'existence d'une facilité de caisse. *Quid*, en effet, si à la suite d'une telle opération le tireur se retrouve au bord de la faillite ? Il n'est pas totalement anodin de relever qu'en l'espèce, le tireur a dû faire face à un paiement dix-huit fois supérieur au montant par lui libellé *ab initio*. En outre, cette situation est de nature à susciter d'autres difficultés, notamment dans l'hypothèse où il faudrait déterminer le point de départ de la prescription d'une éventuelle action en responsabilité du banquier (v. *infra* nos commentaires sur Cass. com., 26 janv. 2010, n° 08-18.354).

### B – Comptes

**Contestation d'intérêts en compte courant.** – Le régime des intérêts conventionnels des crédits par autorisation de découvert en compte continue à alimenter

#### Extraits

➔ 001 Cass. com., 30 mars 2010, n° 09-65.949

« Attendu, selon l'arrêt attaqué (Angers, 27 janvier 2009), que la société Patrick Richard volailles (la société) a émis, le 30 janvier 2005, sur son compte ouvert dans les livres de la caisse de crédit mutuel de Craon et du Craonnais (la caisse) un chèque d'un montant de 877,23 euros au bénéfice de la société Maïska Foods ; que ce chèque, présenté au paiement pour un montant de 16 077,23 euros à l'ordre de Rosalina X..., a été payé par la caisse ; que la société a assigné la caisse en restitution de cette somme avec intérêts à compter de la date de débit du chèque litigieux ;

Attendu que la société fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande et de l'avoir condamnée au paiement des dépens, ainsi que de 2 000,00 euros au titre des frais irrépétibles, alors, selon le moyen, que commet une faute la banque qui débite le compte d'un de ses clients du montant d'un chèque falsifié quand il en résulte un solde débiteur allant au-delà du découvert autorisé ; que, dans un tel cas, le dépassement du crédit disponible doit être considéré par la banque comme une anomalie rendant douteuse l'authenticité du chèque, de sorte qu'elle doit, soit refuser de contre-passer la somme en débit du compte de son client, soit, à tout le moins, se rapprocher de ce dernier pour l'informer de la situation et recueillir ses explications ainsi que ses éventuelles observations ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui a constaté que le chèque, qui avait été présenté le 21 avril 2005 au paiement à la caisse, avait été falsifié quant à sa date, quant à son montant et quant à l'identité de son bénéficiaire, a expressément relevé que

l'encaissement de ce chèque falsifié avait fait passer le débit du compte bancaire de la société au-delà de son autorisation de découvert ; qu'en estimant, cependant, qu'en égard au principe de non-ingérence du banquier dans les affaires de son client, cette circonstance ne permettait pas de reprocher utilement à la banque de ne pas s'être mise en relation avec ladite société avant de débiter son compte pour s'assurer de la normalité du montant du chèque, la cour d'appel n'a pas tiré les conclusions qui s'évinçaient de ses propres constatations et a violé, de ce fait, l'article 1147 du code civil, ensemble les articles L. 131-4 et L. 131-38 du code monétaire et financier ;

Mais attendu que, lorsqu'il n'existe pas de provision préalable suffisante, le banquier, en passant au débit du compte de son client un chèque émis par ce dernier et présentant toutes les apparences de la régularité, lui consent une facilité de caisse sur sa demande implicite ; qu'après avoir constaté que l'encaissement du chèque falsifié a rendu le solde du compte bancaire de la société débiteur au-delà de l'autorisation de découvert, l'arrêt relève que le montant de ce découvert n'est pas connu ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, dès lors que la société n'a pas prétendu que le découvert aurait dû, par son importance, alerter la caisse, la cour d'appel a pu retenir que cette dernière n'avait pas commis de faute, en ne se mettant pas en relation avec la société avant de débiter son compte ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi »

un contentieux dont la fréquence ne manque pas d'étonner vu le caractère tout à fait élémentaire du sujet dans les relations des banques avec leurs clients. En l'espèce, un client professionnel contestait à la fois la validité de la stipulation du taux d'intérêt conventionnel et l'existence de la cause de l'assiette d'intérêts fondés sur l'application de dates de valeur. Ses demandes de restitution des intérêts perçus indûment furent rejetées par la cour d'appel au motif, d'une part, que l'action en nullité de l'intérêt conventionnel était prescrite et, d'autre part, que la contestation des intérêts résultant des dates de valeur supposait que la stipulation d'intérêts conventionnels soit déclarée nulle pour violation de l'obligation impérative de fixer le taux d'intérêt effectif global (TEG) par un écrit accepté. La Chambre commerciale redresse utilement sur ces deux points l'analyse faite par la cour d'appel (Cass. com., 16 mars 2010, n° 09-11.236 → 002, JCP G 2010, 537, note D.-R. Martin, D. 2010, p. 823, comm. V. Avena-Robardet, Contrats, conc., consom 2010, comm. 150, note L. Leveneur, Omnidroit, Newsletter n° 94, 14 avr. 2010, p. 7-8).

S'agissant de la prescription de l'action en nullité de la stipulation de l'intérêt conventionnel, on sait qu'elle ne court qu'à compter du jour où l'emprunteur « a connu ou aurait dû connaître le vice affectant le taux effectif global » (Cass. com., 10 juin 2008 [3 arrêts], nos 06-18.906, 06-19.452 et 06-18.905). En présence d'un découvert en compte courant, ce point de départ doit correspondre à « la réception de chacun des écrits indiquant ou devant indiquer le TEG appliqué ». Comme l'a observé à juste titre un commentateur : « la prescription quinquennale de l'action se trouve donc rendue glissante » (D.-R. Martin, note précitée sous Cass. com., 16 mars 2010, n° 09-11.236). En d'autres mots, chaque relevé trimestriel d'intérêts courus qui ne porte pas mention du TEG calculé sur la période en question devient le point de départ d'une nouvelle action en nullité. C'est la conséquence logique du principe évoqué que la prescription

de l'action du titulaire du compte ne peut commencer à courir, avant même que celui-ci ait pu apprécier le TEG qui lui est appliqué.

En subordonnant l'action en restitution pour défaut de cause des intérêts liés à l'application de dates de valeur à l'annulation préalable de la stipulation du taux d'intérêt, la cour d'appel avait commis manifestement une erreur d'analyse. L'une et l'autre procèdent d'un fondement distinct et il n'y avait donc pas de raison de lier leur recevabilité. « L'action en restitution des intérêts perçus indûment par application de dates de valeur dépourvues de cause peut être engagée », corrige la Cour de cassation, « dans un délai de cinq ans à partir de leur perception, peu important l'absence de demande en nullité de la stipulation d'intérêts conventionnels ». On remarquera que par la même occasion, la Chambre commerciale se rallie à la position des première et troisième chambres civiles selon lesquelles la nullité encourue est relative. L'enjeu est moindre depuis la réforme 2008 – qui n'était pas encore applicable au présent litige – qui a réduit la prescription de l'action en nullité absolue à cinq ans.

L'arrêt de la Cour de cassation mérite approbation sur les deux points. Il serait bon que la pratique bancaire en matière d'intérêts en compte observe des règles somme toute claires et que les juridictions du fond évitent de s'égarer dans l'interprétation qu'elles en donnent.

### III – CRÉDITS

**Preuve de la remise de fonds.** – En raison de leur différence de nature, la preuve de la remise des fonds ne joue *a priori* pas exactement le même rôle pour les prêts entre particuliers et pour ceux consentis par un prêteur professionnel. Les premiers constituant des contrats réels, ils ne se forment qu'à travers le transfert des sommes prêtées. Les seconds échappant, dans un but de protection

#### Extraits

→ 002 Cass. com., 16 mars 2010, n° 09-11.236

« Vu l'article 1907, alinéa 2, du code civil, ensemble les articles L. 313-1 et L. 313-2 du code de la consommation ;  
Attendu que la prescription de l'action en nullité de l'intérêt conventionnel engagée par un emprunteur qui a obtenu un concours financier pour les besoins de son activité professionnelle court à compter du jour où il a connu ou aurait dû connaître le vice affectant le taux effectif global (TEG) ; que le point de départ de cette prescription, dans le cas d'un découvert, est la réception de chacun des écrits indiquant ou devant indiquer le TEG appliqué ;

Attendu que pour dire prescrite la demande de la société Serca en nullité de la stipulation d'intérêts conventionnels, l'arrêt, après avoir constaté que la convention d'ouverture de compte n'a pas été produite par les parties, que les conditions de compte notifiées le 8 mars 1990 par la banque à la société Serca ne mentionnent pas le TEG du crédit et qu'il résulte par ailleurs des éléments figurant dans le rapport d'expertise et non contestés que ce TEG du crédit n'était pas non plus porté sur les relevés de

compte adressés à la société Serca périodiquement, retient que cette dernière société ayant eu connaissance du non-respect de l'obligation d'indiquer par écrit le TEG du crédit accordé par la banque dès le mois de mars 1988, le délai de prescription a donc commencé à courir dès ce moment et que la demande en nullité de la stipulation d'intérêts conventionnels, ayant été formulée pour la première fois par conclusions du 10 mars 1995, a été formée après l'expiration du délai de prescription ;  
Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

[...]

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a dit prescrite la demande reconventionnelle de la société Serca relative à la nullité de la stipulation d'intérêts conventionnels et en ce qu'elle a fixé la créance au passif du redressement judiciaire de la société Serca à la somme de 129 586,40 euros et ordonné son inscription sur l'état des créances de la société Serca, l'arrêt rendu le 27 octobre 2008, entre les parties, par la cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion ; [...]. »

des emprunteurs, à cette qualification, ils existent indépendamment de la remise des fonds dont le prêteur doit toutefois apporter la preuve pour pouvoir en réclamer la restitution (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 mars 2000, n° 97-21.422, Société UFB Locabail c/M. Bermond). Deux arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation le 14 janvier 2010 illustrent cette différence.

Dans la première espèce, la Cour de cassation rappelle à un prêteur professionnel « qui sollicite l'exécution de l'obligation de restitution de l'emprunteur d'apporter la preuve de l'exécution préalable de son obligation de remise de fonds » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 janv. 2010, n° 08-13.160 ➔ 003).

La banque pensait pouvoir s'appuyer sur la seule signature par son client de l'offre préalable de prêt alors qu'elle restait curieusement incapable de démontrer la remise effective des fonds. C'était oublier le principe essentiel qu'un demandeur en justice doit toujours être à même de prouver ses allégations (G. civ., art. 1315). Remarquons simplement, avec un autre commentateur, l'affirmation maladroite par la Cour de cassation que tout « prêt consenti par un professionnel du crédit est un contrat consensuel », qui manque manifestement de nuance (D. Houtcieff, Gaz. Pal. 8 avr. 2010, p. 17).

L'autre affaire avait trait à un contrat de prêt entre personnes physiques non professionnelles et relevant donc de la catégorie des contrats réels. Le prêteur ne prouvait

pas non plus la remise des fonds mais avait entre ses mains une reconnaissance de dette signée par certains des emprunteurs. Pour les juges du fond, cela ne faisait pas de différence : « le prêt qui n'est pas consenti par un établissement de crédit étant un contrat réel supposant la remise d'une chose, il incombe à la personne se prétendant créancière d'une somme d'argent qu'elle aurait prêtée de rapporter la preuve du versement de celle-ci, nonobstant l'existence d'une reconnaissance de dette ». Telle n'est pas l'analyse de la Cour de cassation pour laquelle la reconnaissance de dette doit être prise en considération indépendamment de la preuve ou non de l'existence du prêt. Se fondant sur l'article 1132 du Code civil, elle conclut que « la convention n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée, de sorte qu'il incombait à M. X et M. Y, qui avaient signé les reconnaissances de dettes litigieuses et prétendaient, pour contester l'existence de celles-ci, que les sommes mentionnées ne leur avaient pas été remises, d'apporter la preuve de leurs allégations » (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 janv. 2010, n° 08-18.581 ➔ 004, D. 2010, p. 620, comm. V. Avena-Robardet, Gaz. Pal. 8 avr. 2010, p. 17, note D. Houtcieff, Gaz. Pal. 5 mars 2010, p. 17, note B. Bury). Voilà une manière aisée pour le prêteur non professionnel de faciliter son action en restitution des fonds prêtés. Reste à savoir si les banques pourraient en faire de même pour esquiver également la preuve de la remise des fonds.

## Extraits

➔ 003 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 janv. 2010, n° 08-13.160

« Attendu que suivant une offre préalable acceptée le 4 mai 1993, la société Cetelem a consenti à M. X... un prêt d'un montant de 50 000 francs ;

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Attendu qu'il est fait grief à la cour d'appel (Aix-en-Provence, 14 novembre 2007) d'avoir débouté la société Cetelem de sa demande en paiement et d'avoir renversé la charge de la preuve, alors, selon le moyen, que le contrat de prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel de sorte que la preuve du contrat de prêt requiert seulement que soit établi l'accord de volonté, lequel résulte de l'offre de crédit

régulièrement signée de l'emprunteur et qu'en considérant que la signature d'une offre préalable de prêt personnel ne suffisait pas à emporter la preuve du prêt et qu'il incombait à la société Cetelem de prouver la remise des fonds à l'emprunteur, la cour d'appel a violé les articles 1315, 1341 et 1892 du code civil ;

Mais attendu que si le prêt consenti par un professionnel du crédit est un contrat consensuel, il appartient au prêteur qui sollicite l'exécution de l'obligation de restitution de l'emprunteur d'apporter la preuve de l'exécution préalable de son obligation de remise des fonds ; que la cour d'appel, qui a relevé que la signature d'une offre préalable de prêt n'emportait pas la preuve que l'emprunteur, qui contestait avoir reçu la somme prêtée, l'avait perçue et que faute d'apporter une telle preuve, la société de crédit n'appartait pas celle de sa créance, a légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi »

➔ 004 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 janv. 2010, n° 08-18.581

« Vu l'article 1315 du code civil, ensemble l'article 1132 du même code ;

Attendu que M. Alain X... et son épouse, Mme Annie Y..., ont assigné en paiement de certaines sommes M. Daniel X..., Mme Maria Z... épouse X..., M. A... et Mme Annie X... épouse A... ; que la cour d'appel a confirmé le jugement en ce qu'il avait rejeté les demandes dirigées contre Mme Maria X... et Mme A... qui n'avaient pas souscrit de reconnaissance de dette et l'a infirmé pour le surplus en rejetant les prétentions formées contre M. Daniel X... et M. A... ;

Que pour se prononcer comme il le fait, l'arrêt attaqué retient que le prêt qui n'est pas consenti par un établissement de crédit étant un contrat réel supposant la remise d'une chose, il incombe à la personne se prétendant créancière d'une somme d'argent qu'elle aurait prêtée de rapporter la preuve du versement de celle-ci, nonobstant l'existence d'une reconnaissance de dette, puis constate que la remise des sommes prétendument prêtées par M. Alain X... et son épouse n'est pas démontrée ;

Qu'en statuant ainsi alors que la convention n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée, de sorte qu'il incombait à M. A... et M. Daniel X..., qui avaient signé les reconnaissances de dettes litigieuses et prétendaient, pour contester l'existence de la cause de celles-ci, que les sommes qu'elles mentionnaient ne leur avaient pas été remises, d'apporter la preuve de leurs allégations, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS [...] : CASSE ET ANNULE »

## IV – RESPONSABILITÉ DU BANQUIER

### A – Responsabilité des administrateurs

**Crédit Martiniquais – responsabilité des administrateurs.** – L'affaire dit du « Crédit Martiniquais », qui a déjà donné lieu à un arrêt de cassation (Cass. com., 6 déc. 2005, n° 03-11.858, Bull. civ. IV, n° 239, D. 2006, p. 136, obs. V. Avenarobardet, RTD com. 2006, p. 177, obs. D. Legeais), relève d'une véritable « saga judiciaire » d'autant plus qu'elle est appelée à revenir devant la cour d'appel de Paris à la suite de l'arrêt évoqué ici de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 30 mars 2010 (Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17.841 → 005, JCP E 2010, 1416, comm. A. Couret, Omnidroit, Newsletter n° 93, 7 avr. 2010, p. 6, D. 2010, p. 1678, comm. A. Lienhard, Rev. sociétés 2010, p. 304, obs. Ph. Le Cannu).

L'épisode commenté a été l'occasion pour la Cour de cassation de rétablir une certaine clarté sur les conditions dans lesquelles le Fonds de garantie des dépôts peut, après avoir injecté des fonds dans une banque pour prévenir un dépôt de bilan, se retourner contre les responsables de cette situation comme le prévoit l'article L. 321-6 du Code monétaire et financier. Il faut dire que la cour de Versailles dans l'arrêt avant dire droit (CA Versailles, 13 déc. 2007, RD bancaire et fin. 2007, n° 5, p. 41, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin), puis dans sa décision au fond (CA Versailles, 29 mai 2008, RD bancaire et fin. 2008, n° 5 p. 29, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin, Banque et droit 2008, n° 121 p. 27, obs. Th. Bonneau) s'était quelque peu égarée s'agissant en particulier du cadre probatoire et procédural de l'action. Elle avait ainsi écarté la production de rapports d'enquête de la Commission bancaire au motif, d'une part, que la disposition légale envisageant cette production n'était pas encore applicable au litige et, d'autre part, que lesdits rapports étaient couverts par le secret bancaire. Ses arguments méconnaissaient les principes régissant l'application des lois dans le temps et la portée de la confidentialité des rapports en question. Il en allait de même de la prétendue atteinte au principe du contradictoire que la cour d'appel avait retenue sans tenir compte du fait que la production des documents, qui n'avaient pas été communiqués, n'avait pas été requise. L'arrêt de la Cour de cassation est plus instructif s'agissant des questions de fond soulevées par la responsabilité des administrateurs. « *Commet une faute individuelle chacun des membres du conseil d'administration ou du directoire d'une société anonyme qui, par son action ou son abstention, participe à la prise d'une décision fautive de cet organe, sauf à démontrer qu'il s'est comporté en administrateur prudent et diligent, notamment en s'opposant à cette décision* ». L'affirmation, par la généralité de ses termes, ressemble à un principe général du droit des sociétés que la Cour veut ancrer. En présumant l'existence d'une faute individuelle de chaque administrateur et membre du directoire, la Haute juridiction oblige chacun d'eux à démontrer qu'il a tenté activement d'éviter la décision dommageable de l'organe s'il souhaite s'exonérer de sa responsabilité. La solution a le mérite de faire peser la charge de la preuve sur celui qui devrait

détenir les moyens d'y faire face plutôt que sur la victime. La Cour apporte enfin des éclaircissements sur la prescription des actions en responsabilité contre les dirigeants de droit et de fait. Pour les premiers, la volonté de dissimuler le fait qui se trouve à l'origine du préjudice a pour conséquence de différer le cours de la prescription (Cass. com., 23 oct. 1990, n° 89-14.721, Bull. civ. IV, n° 255, Juris-Data, n° 1990-002650, Bull. Joly Sociétés 1990, p. 1036, note M. Jeantin). Les seconds se trouvent écartés du bénéfice de la prescription spéciale dont est assortie l'action contre les dirigeants de droit (Cass. com., 21 mars 1995, n° 93-13.721, Bull. civ. IV, n° 98, Juris-Data, n° 1995-000674, D. 1995, I.R., p. 112, Rev. sociétés 1995, p. 501, note B. Saintourens). Si toutes ces solutions ne sont point neuves, elles méritaient d'être rappelées dans un litige dont le cours s'est trouvé perturbé du fait *a priori* neutre que l'action a été intentée par le Fonds de garantie des dépôts.

### B – Banquier dispensateur de crédit

**Le rapport 2009 de la Cour de cassation sur la vulnérabilité de l'emprunteur et de la caution.** – La Cour de cassation rend hommage à elle-même en synthétisant le travail prétéorien important qu'elle a accompli ces dernières années dans le domaine de la responsabilité du dispensateur de crédit. La première considération tient à la qualité d'averti ou de non averti de l'emprunteur ou de la caution. Envers le non averti, « *la banque est tenue d'un devoir de mise en garde impliquant sa responsabilité en cas d'octroi d'un crédit excessif au regard des capacités contributives de l'emprunteur. À l'égard de l'emprunteur averti, au contraire, la responsabilité de la banque ne peut être engagée que si cette dernière détenait sur la situation financière de son client des informations que lui-même ignorait* ». Il s'agit d'établir une

#### Extraits

► 005 Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17.841

« *Mais attendu, en premier lieu, que commet une faute individuelle chacun des membres du conseil d'administration ou du directoire d'une société anonyme qui, par son action ou son abstention, participe à la prise d'une décision fautive de cet organe, sauf à démontrer qu'il s'est comporté en administrateur prudent et diligent, notamment en s'opposant à cette décision ; que l'arrêt relève que le conseil d'administration du Crédit martiniquais a arrêté les comptes infidèles de l'exercice 1996 résultant notamment de l'insuffisance de provisionnement de 800 000 000 francs (121 959 213,79 euros), masquant ainsi l'apparition en comptabilité des difficultés de l'établissement ; que, de ces seuls motifs, sans avoir à procéder à une recherche inopérante, dès lors qu'aucun de ceux qui étaient administrateurs à cette date n'a établi ni même allégué s'être opposé personnellement à cet arrêté des comptes, la cour d'appel a pu déduire la volonté de dissimulation de chacun des membres du conseil d'administration et a exactement retenu que le point de départ de la prescription triennale de l'action en responsabilité à leur encontre devait être fixé à la date de la révélation du fait dommageable ; »*

symétrie de l'information pertinente pour les deux futurs cocontractants.

Dès lors, distinguer le non averti de l'averti devient essentiel. L'emprunteur averti se reconnaît souvent à sa profession, « *dès lors du moins que celle-ci lui permet d'apprécier la portée de son engagement* ».

Les cautions bénéficient de la même solution, les cautions non averties, ce que ne sont pas les dirigeants et associés directement impliqués, étant de plus protégées par le principe de proportionnalité entre l'engagement pris et leur situation et leurs ressources au moment de la conclusion de leur engagement. La disproportion de l'engagement de la caution peut aussi résulter de l'existence d'autres garanties constituées au profit du prêteur.

Aussi, en raison du principe de non-immixtion dans les affaires de son client, il n'y a guère de devoir général et systématique de mise en garde à la charge du banquier. « *Il appartient normalement au client de veiller lui-même à ses intérêts* ».

La mise en garde consiste dès lors à « *attirer l'attention du client sur les risques et les aspects négatifs du prêt proposé. Il ne s'agit pas de conseiller l'emprunteur (...)* ». L'information, en revanche, doit être réciproque et ne dépend guère de la qualité d'averti ou non de l'emprunteur. Le client doit disposer des éléments nécessaires à la prise de connaissance suffisante de l'opération proposée, tout comme l'emprunteur doit communiquer au banquier loyalement les éléments nécessaires à la formulation d'une offre adaptée. Dès lors, tout emprunteur déloyal qui n'informe pas, ou informe mal, le banquier se voit privé du bénéfice de la mise en garde.

Le dommage subi en cas de non-respect du devoir de mise en garde est la perte d'une chance, c'est-à-dire « *un préjudice distinct de celui résultant des opérations réalisées* ». Cependant, la Cour rappelle que pour les cautions données après le 1<sup>er</sup> août 2003, l'article L. 341-4 du Code de la consommation accorde une protection plus large à la caution personne physique ayant donné un engagement disproportionné à tout créancier professionnel, indépendamment de sa qualité d'averti ou non, et sanctionne cette situation par l'inefficacité totale dudit cautionnement. L'engagement de caution n'est toutefois pas frappé de nullité puisque la caution pourra être néanmoins recherchée si, au jour de la mise en jeu de son engagement, elle a trouvé meilleure fortune (une illustration en est donnée par Cass. com., 22 juin 2010, n° 09-67.814). La règle nouvelle, distincte de la solution jurisprudentielle fondée sur la perte d'une chance, est de droit étroit et ne s'applique pas à la caution réelle.

#### Mise en garde et mauvaise foi de l'emprunteur. —

Un emprunteur, qui se plaint de s'être endetté au-delà de ses capacités de remboursement, est malvenu de reprocher à la banque qui lui a prêté de l'argent de ne pas l'avoir mis en garde lorsqu'il l'a lui-même trompée quant à sa situation financière réelle. La cour d'appel de Paris avait rappelé ce principe de bon sens à un emprunteur qui avait réussi à obtenir un prêt en certifiant sur l'honneur

à son banquier qu'il disposait de revenus annuels en qualité d'employé de commerce suffisants pour rembourser ce prêt alors qu'en réalité il ne percevait que l'allocation spécifique de solidarité et une modeste pension d'invalidité. Pour autant, celui-ci ne s'est pas découragé d'intenter un pourvoi en cassation que la première chambre civile ne pouvait que rejeter (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 févr. 2010, n° 08-70.072 ➔ 006, Dalloz Actualités, 22 mars 2010, comm. P. Guio-mard) vu sa jurisprudence claire sur ce point (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 juin 2009, n° 08-16.434, v. cette chronique, Dr. & patr. 2010, n° 190, p. 74).

L'attitude procédurière de l'emprunteur ne trouve de pendant que dans son manque de loyauté dans la relation avec son banquier. Il conviendrait de lui rappeler que la justice a un coût pour ceux qui doivent s'y défendre contre des allégations injustifiées, comme pour la société.

#### Point de départ de la prescription de l'action en responsabilité pour défaut de mise en garde. —

Au fil d'une jurisprudence nourrie, les contours de l'obligation de mise en garde du banquier se dessinent. Par un arrêt du 26 janvier 2010, la Chambre commerciale précise le régime de la prescription de l'action en responsabilité contractuelle en en définissant le point de départ (Cass. com., 26 janv. 2010, n° 08-18.354 ➔ 007, JCP E 2010, 1153, comm. D. Legeais, D. 2010, p. 934, comm. V. Avena-Robardet, JCP G 2010, 354, note A. Gourio, Gaz. Pal. 23 mars 2010, n° 82, p. 19, note S. Piedellèvre, JCP E 2010, 1496, chron. L. Dumoulin, RD bancaire et fin. 2010, étude 12, par T. Favario).

L'action avait, en l'espèce, été intentée seize ans après la conclusion d'un premier prêt. La controverse portait

#### Extraits

➔ 006 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 fév. 2010, n° 08-70.072

« *Attendu que la BNP Paribas, qui avait consenti plusieurs crédits à Mme X..., l'a assignée en remboursement ; que la cour d'appel (Paris 31 janvier 2008), a accueilli cette demande et rejeté celle de l'emprunteuse qui sollicitait, à titre reconventionnel, la condamnation de la banque à lui payer une indemnité pour manquement à son devoir de conseil ; Attendu qu'après avoir rappelé que la banque avait un devoir de mise en garde à l'égard de son client et devait lui accorder un prêt en rapport avec ses capacités contributives, la cour d'appel, qui a constaté que Mme X..., qui ne percevait en réalité que l'allocation spécifique de solidarité d'un montant mensuel de 441 euros, outre une pension d'invalidité de 291 euros par mois, avait certifié sur l'honneur percevoir des revenus de 18 600 euros par an en qualité d'employée de commerce chez le même employeur depuis 1978 et régler des charges nettes, incluant le coût du crédit, de 2 267 euros par an, de sorte que les éléments d'information erronés qu'elle avait portés à la connaissance de la banque faisaient état de capacités financières compatibles avec l'octroi des prêts litigieux, en a exactement déduit qu'aucune faute ne pouvait être reprochée à la banque ; Que le moyen n'est pas fondé ;*

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi »



bien sur le point de départ de la prescription, l'application du délai décennal, en vigueur avant la réforme de 2008, ne prêtant pas à discussion. Pour la cour d'appel aussi bien que pour la Cour de cassation, ce délai courait dès la conclusion du contrat. Mais alors que la première se fonde sur l'inexécution de l'obligation contractuelle, la seconde se réfère à « la réalisation du dommage ou la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance ». La Chambre commerciale se rapproche ainsi de la première chambre civile pour laquelle toutefois la réalisation du dommage est le critère essentiel (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juill. 2009, n° 08-20.274). Mais elle ne partage pas l'analyse de celle-ci en ce qu'elle estime que le dommage ne se cristallise qu'au moment où apparaissent les premières difficultés de remboursement (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juill. 2009, n° 08-10.820). Pour la Chambre commerciale, le préjudice consiste en effet dans la perte d'une chance – celle de ne pas contracter le prêt – qui se manifeste nécessairement dès l'octroi du crédit (v. en matière de cautionnement, Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-20.274, Juris-Data, n° 2009-049987, RD bancaire et fin. Janv. Fév. 2010, p 39, comm. 7, par D. Legeais).

Le raisonnement est implacable. Il a le mérite d'éviter d'exposer le banquier à un risque d'action en responsabilité – aujourd'hui – plus de cinq ans après l'octroi du crédit alors que le plus souvent l'emprunteur aura déjà commencé à rembourser son crédit et a donc dû se rendre compte si les échéances étaient supportables. Certes, il est des situations dans lesquelles il n'aura pas encore pu se rendre compte de la charge effective du crédit, soit parce que celui-ci est intégralement remboursable *in fine*

### Extraits

➔ 007 Cass. com., 26 janv. 2010, n° 08-18.354

« Attendu que les consorts X... font grief à l'arrêt d'avoir déclaré prescrite l'action en responsabilité engagée en 2004 à l'encontre des banques, tendant à la réparation du préjudice causé par le manquement de ces dernières à leur obligation de conseil lors de l'octroi du prêt et de l'ouverture de crédit, alors, selon le moyen, que le point de départ de l'action en responsabilité contractuelle dirigée contre un établissement bancaire à raison d'un manquement à son devoir de mise en garde n'est pas le jour où le manquement a été commis, mais le jour où le dommage qui en est résulté pour le client, ou l'aggravation de ce dommage, se sont manifestés ; que la cour d'appel a violé les articles 1147 du code civil ;

Mais attendu que la prescription d'une action en responsabilité court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance ; que le dommage résultant d'un manquement à l'obligation de mise en garde consistant en une perte de chance de ne pas contracter se manifeste dès l'octroi des crédits ; qu'ayant ainsi retenu que l'inexécution alléguée s'était manifestée, à la date de conclusion des contrats, la cour d'appel en a exactement déduit que l'action engagée en février 2004 à l'encontre des banques par les consorts X... était prescrite ; que le moyen n'est pas fondé ; »

ou assorti d'une période de moratoire, soit parce que la charge des intérêts a cru considérablement du fait de la variabilité du taux. Mais il paraît difficile de ne pas appliquer dans ces cas la même solution. À l'emprunteur qui accepte de s'endetter de cette manière de prendre soin de mesurer dès le départ les risques qu'il prend.

### C – Banquier prestataire de services d'investissement

**Le rapport 2009 de la Cour de cassation sur la vulnérabilité de l'investisseur.** – Dans le cadre général de l'examen de la protection des personnes vulnérables par la jurisprudence de la Cour de cassation, l'investisseur se devait aussi de figurer en bonne place. Ici le critère de distinction s'articule autour de la notion d'opération spéculative ou non spéculative.

Dans l'hypothèse d'une opération non spéculative, l'investisseur doit néanmoins recevoir une information préalable « sincère et complète mais aussi adaptée à sa situation ». Cette information ne peut résulter de la seule note d'information, alors que les documents publicitaires ne mentionneraient pas, par exemple, le risque de perte en capital. La cohérence entre les deux s'impose. Le rapport souligne que dans ce domaine la jurisprudence accompagne la réglementation et notamment les articles L. 533-11 et suivants du Code monétaire et financier. Sans aucun doute, le devoir d'information qui pèse sur le professionnel, indépendamment de la nature de l'opération confiée, est une obligation forte qui suppose une démarche active et double : s'enquérir des connaissances du client sur les opérations envisagées et ne pas se satisfaire de ses simples affirmations, qu'il peut lui-même surévaluer. Et de conclure en indiquant qu'« ainsi, la protection de la vulnérabilité des opérateurs investissant dans des produits non spéculatifs passe par l'information, mais s'arrête aussi avec cette information ». En clair, il n'y a pas dans cette hypothèse de devoir de mise en garde.

Le rapport réaffirme l'actualité de la jurisprudence « Buon » du 5 novembre 1991 qui avait affirmé que l'intermédiaire financier est en principe tenu, quelle que soit la nature des relations contractuelles avec son client, d'informer celui-ci des risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme, sauf s'il a lui-même connaissance de ces risques, « le droit n'a plus alors à se préoccuper d'une vulnérabilité qui s'expose volontairement ». Cette connaissance est susceptible de s'acquérir par la multiplication des opérations. Le rapport, mais c'est aussi le cas de la jurisprudence, ne donne pas de définition de l'opération spéculative, mais semble considérer que les opérations à terme en constituent une catégorie dangereuse et génératrice « d'une particulière vulnérabilité, l'investisseur se trouve (ant) ici protégé sans qu'il importe de savoir s'il est ou non averti ». Cette affirmation finale n'éclaire pas davantage la notion de spéculation, pourtant capitale, encore largement en friche dans la jurisprudence.

Il rappelle enfin, comme un élément essentiel de la protection du client, la nouvelle jurisprudence qui impose

au professionnel de respecter les obligations de provisionnement et de couverture réglementaires et la possibilité pour le client de s'en prévaloir comme source de son préjudice, dans les cas où elles ne lui auraient pas été appliquées. La facilitation des opérations boursières par l'utilisation d'Internet et la généralisation de techniques commerciales agressives des intermédiaires, qui multiplient les encouragements à opérer, semblent avoir joué un rôle décisif dans la construction de cette jurisprudence.

En définitive, ces deux rapports d'étape sont utiles pour comprendre les principes que la jurisprudence entend défendre. Il est rassurant de voir qu'elle sanctionne les conduites impersonnelles des professionnels face à des clients mal informés ou structurellement surexposés. Il est tout aussi rassurant de constater également qu'elle n'entend pas glisser au-delà de cette « assistance à personne en danger » vers un devoir général d'immixtion du banquier dans les affaires de ses clients.

## V – OPÉRATIONS INTERNATIONALES

**Embargo et loi de police étrangère.** – La situation de fait à l'origine de cette affaire est de celles que la multiplication des lois d'embargo est susceptible de reproduire plus souvent. Un exportateur français avait vendu de la viande bovine congelée au Ghana et en avait confié le transport, par voie maritime, à un transporteur, au terme d'un contrat de transport soumis au droit français. La viande bovine d'origine française ayant fait l'objet d'un embargo sanitaire par les autorités ghanéennes, la cargaison fut réacheminée en France et vendue à l'encan par le

vendeur qui chercha alors auprès du transporteur l'indemnisation de la perte subie. La cour d'appel devait estimer que la loi d'embargo ghanéenne n'avait pas force obligatoire à l'égard de l'exportateur et qu'au regard de la loi française applicable, la cause des contrats de transport ne remplissait aucune des conditions énoncées par l'article 1133 du Code civil français en matière d'illicéité. Dès lors, elle considéra que c'était à tort que le transporteur maritime soutenait qu'en raison de l'embargo la cause des contrats n'était pas licite et, partant, l'exonérait. La Cour de cassation (**Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-21.511 ► 008, JCP G 2010, 996, obs. D. Bureau et L. d'Avouf**) casse la décision pour non-respect des dispositions de l'article 7, paragraphe 1, de la Convention de Rome relatif aux lois de police étrangères. « *Lors de l'application de la loi d'un pays déterminé, il peut être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat* ».

C'est la première fois que la jurisprudence française accueille le mécanisme de prise en compte d'une loi de police étrangère. L'arrêt reprend la formulation de l'article 7, paragraphe 1, de la Convention de Rome, qui ouvre une simple faculté de donner effet à des dispositions impératives étrangères, alors que cette loi n'est pas applicable à la relation contractuelle. Le débat, académique jusqu'à présent, a porté sur la question de savoir si lorsque la loi de police étrangère devait être appliquée, le cas échéant, elle devait l'être en sa qualité de règle de droit ou bien si elle devait simplement être « prise en considération » dans la mise en œuvre de la loi normalement applicable et ainsi en atténuer les effets. L'arrêt apparaît

### Extraits

► 008 Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-21.511

« Vu l'article 7, paragraphe 1, de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ;

Attendu que, lors de l'application de la loi d'un pays déterminé, il peut être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (deuxième chambre civile, 18 octobre 2007, pourvoi n° 06-19.389), que la société Viol frères (la société Viol) ayant vendu de la viande bovine congelée en a confié l'acheminement de France au Ghana à la société Philippe Fauveder et compagnie (la société Fauveder), qui s'est substituée les sociétés, Dampskibsselskabet AF 1912, Aktieselskab and Aktieselskabet Dampskibsselskabet Svendborg, aux droits desquelles se trouve la société Ap Moller Maersk A/S, pour effectuer le transport par voie maritime ; que n'ayant pu être livrée au destinataire en raison d'un embargo décrété par l'Etat du Ghana sur les viandes bovines d'origine française, la marchandise a été rapatriée et remise à la société Viol, qui a procédé à sa vente en sauvetage ; que pour obtenir l'indemnisation de son préjudice, la société Viol a assigné en responsabilité la société Fauveder et la société Ap Moller Maersk A/S ;

Attendu que pour condamner in solidum la société AP Moller Maersk A/S et la société Fauveder à payer à la société Viol la somme de 54 936,44 euros et condamner la société AP Moller Maersk A/S à garantir la société Fauveder de toutes les condamnations prononcées contre elle au profit de la société Viol, l'arrêt retient que l'embargo décrété unilatéralement par l'Etat du Ghana sur la viande bovine d'origine française n'a pas de force obligatoire à l'égard des sociétés Viol et Fauveder, qu'au regard de la loi applicable la cause des contrats de transport ne remplit aucune des conditions énoncées par l'article 1133 du code civil français et qu'en conséquence c'est à tort que le transporteur maritime soutient qu'en raison de l'embargo, la cause de ces contrats n'est pas licite ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait de déterminer par application de la Convention de Rome l'effet pouvant être donné à la loi ghanéenne invoquée devant elle, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, [...] : CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il a rejeté la fin de non-recevoir tirée de la prescription et déclaré recevable l'action exercée par la société Viol, [...] »

compatible avec ces deux conceptions puisqu'il ne tranche pas la question directement mais soulève d'office l'application de la Convention de Rome, laissant à la cour de renvoi le soin de déterminer l'effet pratique à donner à la loi étrangère, ici de nature à exonérer le transporteur de sa responsabilité.

Pour les contrats conclus après le 17 décembre 2009, c'est le règlement « Rome I » qui devra désormais s'appliquer et les dispositions de son article 9, qui traite de la question des lois de police étrangères, dans des termes quelque peu différents de l'article 7 de la Convention de Rome.

Pour les opérations de banque finançant le commerce international comme le crédit documentaire, la réception des lois de police concernant notamment les embargos reste une question très discutée à la Chambre de commerce internationale (CCI), où deux positions s'expriment : celle qui consiste à les ignorer et à ne considérer que l'aspect formel et documentaire des opérations, l'autre, plus nuancée, qui fait valoir que même si les documents présentés sont conformes, la banque émettrice peut se voir dans l'obligation de respecter une loi de police nationale, étrangère, voire internationale (émanant des Nations unies) et devoir refuser le paiement si l'opération viole une disposition impérative qui s'impose à elle. Cette affaire montre que le débat mérite d'être poursuivi afin que les responsabilités encourues par chacun soient bien comprises et bien mesurées.

D'ores et déjà, la question a fait l'objet d'une prise de position, le 26 mars 2010, par la CCI, dans son *Guidance paper on the Use of Sanction Clauses for Trade Related Products subject to ICC Rules* (n° 470/1129). Ce document rappelle l'usage de plus en plus fréquent de mesures économiques restrictives comme instrument de la politique extérieure des États. Elle rappelle que les Règles de la CCI édictées pour les opérations de banque (RUU, RUGD, ISP, etc.) ne sont pas à même de résoudre ces difficultés qui relèvent de la loi applicable aux opérations et des tribunaux compétents. Elle relève que désormais, pour tenter de se protéger, de nombreuses banques insèrent dans leurs engagements des clauses de sanctions allant du simple rappel de l'existence de ces sanctions dans certaines hypothèses (lois anti-boycott, anti-blanchiment, anti-terrorisme, anti-traffic de drogue, etc.) à la discrétion laissée à une banque émettrice de rejeter le paiement, malgré une présentation de documents conformes, malgré l'irrévocabilité de ses engagements et l'indépendance des engagements de ce type, du fait de l'applicabilité de ces lois de police diverses. Ce sont ces derniers types de clauses qui sont particulièrement déstabilisants pour le commerce international et le règlement bancaire des opérations. (Un exemple de clause soulevant des difficultés : « *Trade and economic sanctions ("sanctions") imposed by governments, governments agencies or departments, regulators, central banks and/or transnational organisations (including the United Nations and European Union) impact upon transactions involving countries, or persons resident within countries currently including Balkans, Belarus, Cote d'Ivoire (Ivory Coast),*

*Lebanon, Liberia, Rwanda, Sierra Leone, Somalia, Syria, the Democratic Republic of Congo, Uzbekistan, Afghanistan, Iran, Iraq, Myanmar (Burma), North Korea, Cuba, Zimbabwe and Sudan. Issuing bank and all of its related bodies corporate might be subject to and affected by sanctions, with which it will comply. Please contact issuing bank for clarification before presenting documents to issuing bank for negotiation or undertaking any dealings regarding this credit involving countries or persons affected by sanctions. Issuing bank is not and will not be liable for any loss or damage whatsoever associated directly or indirectly with the application of sanctions to a transaction or financial service involving issuing bank. Issuing bank is not required to perform any obligation under this credit which it determines in its discretion will, or would be likely to, contravene or breach any sanctions. This clause applies notwithstanding any inconsistency with the current edition of the International Chamber of Commerce Uniform Customs and Practice for Documentary Credits »)*

La CCI fait quelques recommandations dont la première est qu'une clause de sanctions ne devrait pas remettre en question l'engagement bancaire relatif à une opération. L'autre recommandation principale est d'encourager les praticiens à se renseigner sur les lois de ce type applicables dans les différents pays avant de conclure leurs opérations. Il est en effet à craindre que la prévention soit le meilleur moyen actuellement disponible pour concilier les impératifs du commerce international et l'application des lois de police économique.

**Garantie à première demande et responsabilité délictuelle.** – Les cas où une garantie internationale soumise aux Règles Uniformes de la CCI relatives aux Garanties sur Demande (RUGD) aboutissent devant les tribunaux sont suffisamment rares pour devoir être signalés. Ils le méritent d'autant plus lorsqu'ils donnent lieu à une décision qui apporte non seulement des éclaircissements sur le sens de ces règles, mais contribue au surplus à définir le régime général des garanties autonomes. L'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 30 mars 2010 présente cette double qualité (Cass. com., 30 mars 2010, n° 09-12.701 → 009, JCP G 2010, 567, note O. Gout, D. 2010, p. 957, comm. X. Delpech, RLDC 2010/72, p. 3850).

Une société française avait conclu avec une entreprise publique iranienne un contrat de fourniture de matériel, dont l'exécution était garantie par une banque iranienne elle-même contre-garantie par une banque française. La garantie de premier rang visait l'application des RUGD (version 458) qui disposent que « toute demande de paiement (...) devra être faite par écrit et sera appuyée (...) d'une déclaration écrite stipulant (i) que le donneur d'ordre a manqué à son ou ses obligations selon le(s) contrat(s) de base (...) (ii) en quoi le donneur d'ordre a manqué à ses obligations » (art. 20 a) et prévoient que cette exigence ne peut être écartée que par une clause expresse (art. 20 c) (la solution est reprise par la nouvelle version des RUGD, v. J.-P. Mattout, La révision des Règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande [n° 758], D. 2010, p. 1296). En même temps, l'acte de garantie n'exigeait du bénéficiaire que l'annonce d'un manquement contractuel. C'est ce que celui-ci s'est

contenté d'indiquer en mettant en jeu la garantie que la banque de premier rang n'a pas hésité à exécuter tout en mettant à son tour en jeu la contre-garantie. Ayant dû couvrir le contre-garant, le donneur d'ordre s'est retourné ensuite contre le garant de premier rang en lui reprochant, dans le cadre d'une action en responsabilité délictuelle, d'avoir commis une faute en payant le bénéficiaire final sans respecter les termes de son engagement. La cour d'appel reçoit sa demande et condamne la banque iranienne de premier rang à des dommages et intérêts équivalents au montant qu'a dû supporter le donneur d'ordre suite à l'appel de la garantie et de la contre-garantie. Le pourvoi contre cette décision est rejeté.

La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir interprété les RUGD en ce sens qu'elles ne permettent de déroger à l'exigence d'un appel justifié, tel qu'indiqué ci-dessus, qu'au prix d'une stipulation expresse. Une reprise partielle des conditions ordinaires d'appel ne pallie pas, par son silence, cette exigence. Il était donc acquis que le bénéficiaire de la garantie n'avait, en l'espèce, pas respecté les RUGD et que le garant de premier rang avait commis une faute en donnant effet à un appel irrégulier.

L'argument de l'indépendance de la garantie de premier rang vis-à-vis du contrat de base et de la contre-garantie était-il de nature à tenir en échec l'action en responsabilité du donneur d'ordre ? La Cour de cassation l'écarte à

juste titre et ce, sur un double plan. L'absence de relation contractuelle directe entre le donneur d'ordre et le garant de premier rang n'exclut, pour la Haute juridiction, nullement que le premier puisse demander réparation du préjudice que lui cause directement la faute commise par le second à l'occasion de l'exécution de son engagement de garantie. La vocation générale de la responsabilité civile délictuelle imposait cette solution (Cass. ass. plén., 6 oct. 2006, n° 03-11.858, Bull. civ. ass. plén., n° 9, D. 2006, p. 2825, note G. Viney, p. 2484, obs. I. Gallmeister). Remarquons au détour que la Cour de cassation a soigneusement évité de découvrir entre le donneur d'ordre et le garant de premier rang l'existence d'un contrat, comme le suggèrent certains. L'indépendance de la contre-garantie à l'égard de la garantie de premier rang ne doit pas non plus interdire « au donneur d'ordre, tenu au titre de la garantie autonome à première demande, d'agir en responsabilité contre l'un quelconque des garants qui, par sa faute, l'a contraint de payer ». En d'autres mots, la mise en jeu de la responsabilité délictuelle du garant de premier rang n'est pas subordonnée à une action en responsabilité contractuelle contre le contre-garant. L'autonomie de la garantie et celle de la contre-garantie sont destinées à renforcer la protection du bénéficiaire. Elles n'ont pas vocation à servir d'écran au garant qui a commis une faute.

## Extraits

► 009 Cass. com., 30 mars 2010, n° 09-12.701

« Attendu que la Bank Mellî fait grief à l'arrêt de sa condamnation à paiement, alors, selon le moyen :

1°/ que la contre-garantie est indépendante de la garantie de premier rang ; qu'en jugeant, par motif adopté, que la société Eurocopter était fondée à soutenir qu'en ne vérifiant pas l'irrégularité entachant la forme dans laquelle la garantie a été appelée, la bank Mellî Iran avait commis une faute lui faisant grief en raison de l'appel par cette dernière de la contre-garantie de la banque Natexis, cependant qu'il n'était pas allégué que la contre-garantie, dont l'exécution avait seule fait grief au donneur d'ordre, ait été appelée de manière irrégulière ou abusive, la cour d'appel a méconnu l'indépendance nécessaire entre la contre-garantie et la garantie de premier rang, en violation de l'article 1134 du code civil ;

2°/ que la Bank Mellî faisait valoir dans ses conclusions d'appel que, faute de rapporter la preuve du caractère abusif de l'appel

de la garantie de premier rang par son bénéficiaire, la société Eurocopter ne pouvait se prévaloir d'aucun préjudice autonome né de l'exécution de cette garantie sur un appel formellement irrégulier ; qu'en négligeant de répondre à ce moyen péremptoire, cependant qu'il lui appartenait de s'assurer de la réalité du préjudice dont la réparation était demandée, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ; Mais attendu que l'indépendance de la contre-garantie à l'égard de la garantie de premier rang n'interdisant pas au donneur d'ordre, tenu au titre de la garantie autonome à première demande, d'agir en responsabilité contre l'un quelconque des garants qui, par sa faute, l'a contraint de payer, la cour d'appel, qui n'avait pas à répondre à une alléguation dépourvue d'offre de preuve, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi »