

CHRONIQUE

DROIT BANCAIRE



THIERRY BONNEAU
Agrégé des facultés de droit
Professeur à l'Université Paris II (Panthéon-Assas)

Intermédiaire en opérations de banque – Exercice illicite – Dommages-intérêts.

Cass. crim. 2 décembre 2009, arrêt n° 6807, pourvoi n° A 09-81.088 F-D, Arnaud et a.

« Attendu qu'en l'état de ces énonciations, et dès lors que le délit d'exercice illégal de la profession d'intermédiaire en opérations de banque, dont les actes de complicité sont indissociables, est susceptible de causer aux victimes un préjudice direct résultant de la privation des garanties attachées à l'agrément des établissements de crédit, la cour d'appel, qui, contrairement à ce qui est soutenu, ne s'est pas contentée de confirmer le jugement annulé, et a souverainement apprécié, dans la limite des conclusions des parties, les indemnités propres à réparer le dommage né de l'infraction, a justifié sa décision. »

L'exercice illégal de l'activité d'intermédiaire en opérations de banque ou de services de paiement est sanctionné pénalement¹. Il l'est également civilement comme le montre l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 2 décembre 2009 : des dommages-intérêts peuvent être obtenus. En revanche, comme l'a jugé la chambre commerciale dans un arrêt du 15 octobre 1996, la méconnaissance de l'interdiction d'exercer une telle activité n'entraîne pas la nullité des actes conclus à la suite d'une entremise irrégulière².

1. Art. L. 571-15, Code monétaire et financier.

2. Cass. com., 15 octobre 1996, Bull. civ. IV, n° 232, p. 202 ; JCP 1997, éd. E, II, 921, note F. Pollaud-Dulian ; Rev. trim. dr. com. 1997, 123, obs. M. Cabrillac ; Dalloz Affaires, n° 41/1991, 1320 ; Rev. dr. bancaire et bourse n° 58, novembre-décembre 1996, 233, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.

Virement – Contre-ordre – Responsabilité – Liquidation judiciaire.

Cass. civ. 2, 10 décembre 2009, arrêt n° 1979 F-D, pourvoi n° C 08-70.299, Caisse régionale de Crédit agricole mutuel Charente-Maritime Deux-Sèvres c. Société Jacques Mosse.

« Qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions de la banque invoquant, d'une part, le défaut de légitimité du préjudice invoqué par la société Jacques Mosse pour avoir, par son prêt d'argent, tenté de financer abusivement la société Air Atlantique alors en état de cessation des paiements, d'autre part, la faute commise par la société Jacques Mosse pour avoir ensuite tardé à agir en recouvrement de sa créance contre la société Air Atlantique, la cour d'appel a violé » l'article 455 du Code de procédure civile.

Tant qu'il n'est pas exécuté, un ordre de virement peut être révoqué³. Aussi l'ordre donné un jour peut-il l'être par un contre-ordre donné un autre jour s'il n'a pas été exécuté, la non-exécution de l'ordre initial ne pouvant pas, en ce cas, engager la responsabilité de la banque. Encore faut-il cependant que l'ordre ait bien été révoqué. Car s'il ne l'a pas été, la non-exécution est alors fautive et engage la responsabilité de la banque au profit du bénéficiaire.

La preuve de l'annulation peut être délicate à établir si le contre-ordre a été donné verbalement. Il s'agit toutefois là d'une question de fait qui est normalement laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Aussi pouvait-on penser que la décision, par laquelle des juges estiment que n'est pas rapportée la réalité de l'ordre verbal d'annulation du virement, ne pouvait être que maintenue par la Cour de cassation. À moins qu'il y ait des faits et des arguments auxquels les juges du fond n'auraient pas répondu et qui justifieraient une autre solution. C'est ce que la Cour de cassation a manifestement pensé dans son arrêt du 10 décembre 2009 puisqu'elle a censuré une décision ayant condamné, au motif qu'il n'était pas prouvé que l'ordre de virement avait été annulé, un banquier pour non-exécution dudit ordre.

3. Th. Bonneau, « Droit bancaire », 8^e éd. 2009, Montchrestien, n° 438.

Il est vrai que les faits étaient quelque peu complexes :

- d'abord parce que l'ordre de virement initial a été donné par un dirigeant différent de celui à l'origine du contre-ordre, le changement de dirigeant étant lié à la cession de l'entreprise ;

- ensuite, parce que l'ancien dirigeant souhaitait récupérer, par l'ordre de virement, le montant d'une avance en compte courant que la société dont il demeurait le dirigeant avait consenti à celle dont il allait cesser d'être le dirigeant ;

- par ailleurs, parce que l'avance en compte courant avait été consentie en juin 2002, soit seulement quelques mois avant le virement et la cession, respectivement datés des 20 et 22 novembre 2002, la dernière date étant également celle du contre-ordre de virement ;

- et enfin, parce que le bénéficiaire du virement n'a agi en responsabilité contre la banque que postérieurement à la mise en liquidation judiciaire de la société donneur d'ordre, laquelle est intervenue courant 2004.

L'ensemble de ces faits éclaire le motif de cassation de la décision attaquée. On peut en effet s'interroger sur l'intérêt de consentir une avance de fonds seulement quelques mois avant une cession : serait-ce pour faciliter une cession en cours de négociation alors que la société connaît déjà des difficultés financières ? On peut également se demander pourquoi le bénéficiaire du virement n'a pas agi immédiatement contre la banque, et donc dès le défaut d'exécution. D'ailleurs, si ces éléments sont pris en considération dans le cadre d'un défaut de réponse à conclusions, c'est parce que la Cour de cassation a jugé celles-ci suffisamment pertinentes pour permettre d'écarter la responsabilité de la banque.

On peut hésiter à la suivre sur le terrain de l'action tardive car le seul fait d'agir en laissant écouler un certain délai ne peut pas être jugé à lui seul comme fautif⁴. En revanche, si l'avance de fonds que souhaitait récupérer le bénéficiaire du virement était destinée à soutenir l'entreprise, il est certain que ce soutien, s'il est abusif, est de nature à rendre illégitime le dommage subi⁵, ce qui permet de priver la victime de toute réparation. On rappellera toutefois que cette appréciation ne devrait pas pouvoir être maintenue en raison des dispositions de l'article L. 650-1 du Code de commerce qui écarte le principe d'une telle responsabilité, étant observé que les faits datent de 2002 alors que le texte date de 2005⁶ et que, pour cette raison, il ne peut sans doute pas être pris en considération dans l'espèce à l'origine de l'arrêt commenté.

4. La jurisprudence paraît peu abondante sur le caractère tardif des recours. V. CA Poitiers, 7 septembre 2004, Consorts Giraud c. Caisse d'épargne et de prévoyance des pays de la Loire, juris-data n° 2004-27614 : « Attendu que les appelants opposent à la Caisse d'épargne et de Prévoyance des Pays de Loire une autre "faute" : celle d'avoir tardé à les poursuivre de sorte que selon eux si la poursuite avait été exercée avec diligence, la dette d'intérêts se révélerait diminuée ; que ce grief apparaît d'autant moins fondé qu'il appartient au débiteur de payer ses dettes : qu'au demeurant si la poursuite des associés se révèle intervenir huit ans après le terme du prêt, le prêteur a fait diligence contre la débitrice principale : qu'elle a saisi les seuls revenus connus de la société dans les deux ans de ce terme et des mises en demeure, en dépit de l'attitude de fuite de sa débitrice : qu'elle a mis en œuvre dans les deux ans suivants la procédure de saisie immobilière avant d'obtenir dans les deux années suivantes l'adjudication des quelques immeubles encore en possession de la débitrice ; qu'en faisant commandement à la société débitrice non liquidée de payer le solde de sa dette en avril 2000, et aussitôt aux associés appelant, il ne peut être considéré que cette dernière a tardé à agir pour accroître délibérément sa créance en intérêt... ».

5. Sur le caractère légitime du dommage, v. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, « Droit civil, Les obligations », 10^e éd. 2009, Dalloz n° 704 et s. ; A. Bénabent, « Droit civil, Les obligations », 9^e éd. 2003, Montchrestien, n° 680.

6. V. Bonneau, op. cit. n° 737.

Prêt – Cause – Obligation de remboursement – Règles de preuve.

Cass. civ. 1^{re}, 5 novembre 2009, arrêt n° 1097 F-D, pourvoi n° B 08-18.824, Robillard c. Société CIC Banque Scalbert Dupont CIN et a.

« Qu'en se déterminant ainsi quand la preuve de la remise de fonds à une personne ne suffit pas à justifier l'obligation pour celle-ci de restituer la somme qu'elle a reçue, la cour d'appel, qui n'a pas constaté que preuve était apportée de l'existence du prêt litigieux conformément aux règles qui gouvernent la preuve des actes juridiques, a privé sa décision de base légale » au regard des articles 1315 et 1341 du Code civil.

La personne actionnée en remboursement d'un prêt peut-elle nier avoir contracté un tel prêt alors que la somme correspondant à son montant a été versée sur son compte ? Cela semble a priori difficile même lorsque le banquier ne peut pas produire le contrat de prêt. Les banquiers ne sont, en effet, pas des philanthropes de sorte que si les fonds ont été remis et que cette remise est établie par un relevé de compte établi au nom de la personne actionnée, on peut penser, tout au moins a priori, que celle-ci a bien contracté le prêt et que, par conséquent, elle est débitrice d'une obligation de restitution. Ce raisonnement, effectué par la cour d'appel de Douai dans sa décision du 6 décembre 2007, est cependant censuré par la Cour de cassation dans son arrêt du 5 novembre 2009.

Pour justifier cette cassation, la Cour vise des textes relatifs à la preuve : l'article 1315, qui concerne la charge de la preuve, et l'article 1341, qui exige un écrit pour prouver les contrats dont le montant est supérieur à un certain seuil. Le visa du second texte n'est pas étonnant puisque le banquier n'avait pas pu produire le contrat de prêt, étant rappelé que cette exigence n'est pas absolue, qu'elle est écartée en certaines circonstances, notamment en cas de perte⁷ ou si existe un commencement de preuve par écrit⁸. De ce point de vue toutefois, la décision attaquée semble bien elliptique puisque les juges du fond se sont bornés à énoncer que la banque se trouvait dans l'incapacité de produire le contrat de prêt. Et comme, dans le même temps, ils ont souligné que « le montant intégral de celui-ci avait été versé sur le compte personnel de Mme Robillard, de sorte que l'obligation de restitution et de paiement de cette dernière était établie », la Cour de cassation a été conduite à indiquer, pour justifier la cassation qu'elle a prononcée, que « la preuve de la remise de fonds à une personne ne suffit pas à justifier l'obligation pour celle-ci de restituer la somme qu'elle a reçue ».

Cette motivation ne saurait étonner. Elle est en effet en parfaite harmonie avec la jurisprudence⁹ relative à

7. Art. 1347, Code civil : « [...] soit a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure ».

8. Art. 1348, du Code préc.

9. Cf. Cass. civ. 1, 19 juin 2008, Banque et droit n° 121, septembre-octobre 2008, 28, obs. Th. Bonneau ; JCP 2008 éd. E, 1964, note D. Legeais et éd. G, 10 150, note A. Constantin ; D. 2008, p 2369, obs. P. Chauvin et C. Creton ; Contrats-Concurrence-Consommation, novembre 2008, n° 255, note L. Leveneur ; Rev. trim. dr. com. 2008, 602, obs. D. Legeais ; Cass. com., 7 avril 2009, Banque et droit, n° 126, juillet-août 2009, 18, note Th. Bonneau ; JCP 2009, éd. G, 77, note J. Lasserre Capdeville ; D. 2009, p 2080, note J. Ghestin ; Cass. com. 12 janvier, arrêt n° 6 F-D, pourvoi n° G 08-17, 956, Distel et a. c. Banque Palatine : « Mais attendu, d'une part, que le prêt consenti par un professionnel du crédit n'étant pas un contrat réel, c'est dans

la cause du contrat de prêt selon laquelle la remise des fonds ne justifie pas à elle seule l'obligation de remboursement : la cause comprend également les motifs déterminants des parties « dès lors que ceux-ci ont été intégrés dans le champ contractuel par un accord express ou tacite des parties »¹⁰. Les juges du fond, saisis sur renvoi, devront donc rechercher si de tels motifs existent, étant précisé que l'analyse de la cause suppose la preuve, en amont, de l'existence du contrat du prêt. De sorte que si celle-ci n'est pas rapportée, la question relative à la cause du contrat sera sans objet !

Prêts – Restructuration d'ouvertures de crédit – Procédures collectives – Fraude – Paiement anormal.

Cass. com. 15 décembre 2009, arrêt n° 1183 F-D, pourvoi n° T 08-15.159, BNP Paribas c. Elleouet ès qualité de représentant des créanciers du redressement judiciaire de l'Union financière du groupe Sauvage et de ses filiales.

- « Attendu que pour prononcer la nullité des six prêts de restructuration et des inscriptions d'hypothèques conventionnelles prises en vertu de ces derniers, l'arrêt retient que la banque a transformé des concours bancaires par découvert autorisé, sans garantie hypothécaire inscrite, en prêts hypothécaires assortis de garanties, transformant des financements par découvert autorisé en prêts supérieurs à douze mois afin de bénéficier des dispositions de l'article L. 621-48 du Code de commerce qui permet d'obtenir, malgré l'ouverture de la procédure collective, le bénéfice du service des intérêts ; que l'arrêt retient encore que les manœuvres auxquelles la banque s'est livrée sont sanctionnées par la nullité dont le principe est posé par l'article 1131 du Code civil, dès lors qu'il est établi que les prêts ont été souscrits pour détourner la législation ; Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, impropres à caractériser la volonté de la banque d'enfreindre l'ordre public et l'intérêt général, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard » des articles 1131 du Code civil et L. 621-48 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises ;
- Le prêt de restructuration d'une dette ne peut pas être assimilé à un paiement anormal ;
- « Attendu qu'en se déterminant ainsi, faute d'avoir constaté que la banque avait eu connaissance de l'état de cessation des paiements des sociétés Sodexsa et Cofibra lors de l'octroi des prêts de restructuration, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale » au regard de l'article L. 621-108 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

La restructuration de crédits, par hypothèse déjà consentis, peut s'imposer en raison des circonstances concernant la situation du débiteur ou d'événements extérieurs

à celle-ci (une crise bancaire par exemple), mais se répercutant nécessairement sur elle. Elle n'est cependant pas toujours facile à mettre en œuvre en raison des problèmes et des difficultés qui peuvent exister. Cette restructuration peut en effet conduire à se demander si elle ne réalise pas une novation de la créance initiale, ce qui n'est pas sans inconvénient si la créance initiale était assortie d'une sûreté ou si la naissance de la nouvelle obligation se situe dans une période qui pourrait être ultérieurement considérée comme délicate ; le spectre de la période suspecte n'est pas loin, et avec elle, les nullités qui lui sont attachées.

Dans l'espèce à l'origine de l'arrêt du 15 décembre 2009, cinq ouvertures de crédit, quatre d'une durée de plus d'un an et une dont la durée était inférieure à un an, avaient été consenties à la société Sodexsa, filiale du groupe Sauvage. Une ouverture de crédit, dont la durée était inférieure à moins d'un an, avait été également consentie à la société Cofibra, autre filiale du groupe Sauvage. BNP Paribas avait ensuite consenti, en janvier 2002, des prêts de restructuration à chacune de ces sociétés qui ont, en avril 2002, été mises en redressement judiciaire. D'où l'action du représentant des créanciers en vue d'obtenir la nullité des prêts de restructuration, ce qu'il obtint de la cour d'appel de Rennes le 4 mars 2008. Mais cette décision est censurée par la Cour de cassation dans son arrêt du 15 décembre 2009. À juste titre à notre avis.

Il est vrai que l'apparence n'était sans doute pas en faveur de la banque. Car, alors que les crédits initiaux n'avaient fait l'objet d'aucune garantie hypothécaire, les prêts de restructuration en avaient été assortis, les prêts et les hypothèques tombant ainsi dans la période suspecte puisqu'ils avaient été consentis en janvier 2002, soit quelques mois avant le jugement d'ouverture, en date du 26 avril 2002, et quelques mois après la date de cessation des paiements fixée au 1^{er} novembre 2002. Mais, bien sûr, le contexte n'est pas en lui-même suffisant pour considérer que la banque avait eu la volonté de frauder la loi ou avait nécessairement connaissance de la mauvaise situation financière des débiteurs et qu'elle avait ainsi connaissance, à la date des actes en cause, de l'état de cessation des paiements des débiteurs.

La cour de Rennes, pour prononcer la nullité des prêts et des inscriptions hypothécaires, avait pris appui sur le droit commun, à savoir l'article 1131 du Code civil : la cause de ces actes aurait été illicite puisque l'objectif recherché par la banque aurait été d'obtenir « le bénéfice du service des intérêts », l'ancien article L. 621-48 du Code de commerce, dont les dispositions sont actuellement reprises par l'article L. 622-28, arrêtant le cours des intérêts à compter du jugement d'ouverture du redressement judiciaire « à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultants de contrats de prêts conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus ». Une telle décision était toutefois étonnante car seuls deux crédits sur six avaient une durée inférieure à un an. On comprend d'ailleurs d'autant plus mal la stigmatisation des juges du fond qu'aucun élément de fait ne semble avoir été énoncé au soutien de celle-ci : si les juges du fond font état de manœuvres auxquelles la banque se serait livrée, ils n'en indiquent

l'obligation souscrite par le prêteur que l'obligation de l'emprunteur trouve sa cause, dont l'existence, comme l'exactitude, doit être appréciée au moment de la conclusion du contrat ; qu'ayant relevé que l'acte notarié du 3 août 2001 mentionne que le montant du prêt doit être utilisé pour l'acquisition de l'immeuble, que le notaire devait adresser la somme de 4 700 000 francs destinée à souscrire le second contrat d'assurance-vie, lequel était nanti au profit de la banque en garantie du prêt, mais que cette disposition ne changeait pas l'objet du prêt ni n'en transformait la cause, la cour d'appel, par ces seuls motifs rendant inopérante la recherche prétendument omise, a légalement justifié sa décision ».

10. Constantin, note préc., spéc. p 33 ; Ghestin, note préc., spéc. n° 7.

aucune¹¹. À moins de considérer que la restructuration elle-même constitue ce procédé. Mais une telle analyse est manifestement condamnée par la Cour de cassation qui considère, dans la décision commentée, que les juges du fond n'ont énoncé aucun motif permettant de « caractériser la volonté de la banque d'enfreindre l'ordre public et l'intérêt général ».

La Cour ne suit pas plus les juges du fond sur le terrain des nullités de la période suspecte.

1) Parce que les crédits initiaux ont été remboursés, par compensation, au moyen des crédits de restructuration consentis pendant la période suspecte, la cour de Rennes avait cru pouvoir considérer que la compensation ainsi réalisée constituait un paiement anormal. La Cour de cassation censure leur décision, pour violation de l'ancien article L. 621-107, 4°, du Code de commerce, dont les dispositions ont été reprises par le nouvel article L. 632-1, 4°, qui déclare nul « tout paiement pour dettes échues, fait autrement qu'en espèce, effets de commerce, virements, bordereaux de cession visés par la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises ou tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires » : selon la Cour, « le prêt de restructuration d'une dette ne peut être assimilé à un paiement anormal ». Solution que les banques accueilleront avec satisfaction même si l'affirmation paraît un peu brève.

Car on pourrait en effet considérer qu'il y a eu compensation, ce qui génère des difficultés et souvent une nullité si la compensation a été provoquée¹². Une telle analyse suppose toutefois qu'une nouvelle obligation ait remplacé une ancienne obligation. Or, le plus souvent, ce n'est pas l'intention des parties : la restructuration implique seulement un réaménagement d'une dette préexistante.

Une telle opinion pourrait toutefois paraître contraire aux faits qui sont à l'origine de l'arrêt commenté puisque les prêts de restructuration semblent être considérés comme des prêts distincts des ouvertures de crédit initiales. On peut cependant penser qu'une telle conclusion est contraire à la réalité lorsque les prêts de restructuration sont consentis par la banque qui avait consenti les crédits initiaux : le plus souvent, l'intention n'est pas de permettre le paiement d'un crédit antérieur par un nouveau crédit, mais de réaménager le crédit existant. Mais bien sûr, tout dépend de l'intention des parties.

2) Pour conforter sa décision, la cour de Rennes avait souligné que « la banque avait eu une parfaite connaissance des difficultés que rencontrait à l'époque le groupe Sauvage, difficultés confirmées par l'ouverture de la procédure collective au mois d'avril 2002 et la fixation de la date de cessation des paiements au 1^{er} novembre 2000, soit plus d'une année avant la souscription des prêts hypothécaires ». Aussi peut-on se demander si la nullité desdits prêts ne peut pas être néanmoins justifiée au

regard des dispositions de l'ancien article L. 621-108 du Code de commerce, dont les dispositions sont actuellement reprises par l'article L. 632-2, qui prévoit la faculté pour le juge de prononcer certaines nullités « si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements ». Toutefois, selon la jurisprudence¹³, « l'objet de la connaissance requise chez le cocontractant est le fait précis de la cessation des paiements et non la simple conscience de la situation difficile ou embarrassée du débiteur »¹⁴. Dès lors n'est-il pas étonnant que les juges du fond aient vu leur décision censurée sur le fondement de l'ancien article L. 621-108 pour ne pas avoir constaté « que la banque avait eu connaissance de l'état de cessation des paiements des sociétés Sodexsa et Cofibra lors de l'octroi des prêts de restructuration ».

Prêt – Diligences du banquier – Contrat de construction de maison individuelle – Conditions suspensives.

Cass. civ. 3, 16 décembre 2009, arrêt n° 1506 FS-P+B, pourvoi n° G 08-70.143.

« Qu'en statuant ainsi, alors que lorsque le contrat de construction de maison individuelle est conclu sous conditions suspensives de l'obtention de l'assurance dommages-ouvrage et de la garantie de livraison, le banquier n'a pas, lors de l'émission de son offre de prêt, l'obligation de vérifier que ces conditions sont réalisées, la cour d'appel a violé » les articles L. 231-2 j), k) ; L. 231-4 d), e) et L. 231-10 du Code de la construction et de l'habitation.

Le Code de la construction et de l'habitation¹⁵ fait peser un certain nombre d'obligations sur le banquier qui finance la construction d'une maison individuelle :

- avant l'émission de l'offre de prêt, le banquier doit vérifier les énonciations du contrat de construction ;
- avant de débloquer les fonds, il doit avoir eu communication de l'attestation de garantie de livraison.

Cette garantie participe des conditions suspensives dont le contrat de construction peut être assorti¹⁶ : le contrat peut être également conclu sous la condition suspensive de l'obtention d'une assurance de dommages¹⁷. Mais seule la première doit être contrôlée par le banquier ; la seconde n'a pas à être vérifiée. Étant souligné que ce contrôle n'est exigé que lors du déblocage des fonds et non lors de l'émission de l'offre de crédit ; il n'est pas plus exigé, lors de ce stade, de vérifier l'obtention de l'assurance dommages : le banquier doit seulement vérifier les énonciations du contrat de construction de maison individuelle. Aussi n'est-il pas étonnant que la Cour de cassation, dans son arrêt du 16 décembre 2009, ait considéré que le banquier n'a pas, lors de l'émission de son offre de prêt, l'obligation de vérifier la réalisation des conditions suspensives d'obtention de l'assurance dommages-ouvrage et de garantie de livraison auxquelles le contrat de construction de maison individuelle était soumis.

11. Sur les éléments de la fraude, v. notamment F. Terré, « Introduction générale au droit », 5^e éd. 2000, Dalloz, n° 431 p 459-460.

12. V. C. Regnaud-Moutier, note sous Cass. com. 19 décembre 2000, *Actualités des procédures collectives*, n° 2-2 février 2001, n° 26 ; F. Pérochon et R. Bonhomme, « Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement », 8^e éd. 2009, LGDJ, n° 517, spéc. p 564 ; C. Saint-Alary-Houin, « Droit des entreprises en difficulté », 6^e éd. 2009, Montchrestien, n° 1040 et note 299 p 653 ; J. Vallansan (sous la direction de), « Difficultés des entreprises, Commentaire article par article du livre VI du Code de commerce », Litec, 5^e éd. 2009, v. spéc. p 307.

13. V. not. Cass. com. 25 février 1963, Bull. civ. III n° 120 p 98.

14. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1049, spéc. p 663.

15. Art. L. 231-10, al. 1, Code de la construction et de l'habitation.

16. Art. L. 231-4, l, e), Code préc.

17. Art. L. 231-4, l, d), Code préc.

Cette décision est d'autant moins étonnante qu'elle participe de la jurisprudence antérieure selon laquelle la banque n'est pas tenue d'exiger la communication d'une déclaration d'ouverture de chantier¹⁸, n'est pas obligée de requalifier le contrat qui lui est soumis¹⁹ et n'est pas tenue de vérifier la remise en original des documents énoncés à l'article L. 231-2 du Code de la construction et de l'habitation²⁰. Comme le souligne la doctrine²¹, sauf exception, le contrôle exercé par le banquier est formel : l'arrêt du 16 décembre 2009 en est une nouvelle illustration.

Crédit-Bail immobilier – Redressement judiciaire du crédit-preneur – Déclaration de créances – Créance postérieure – Jouissance postérieure au jugement d'ouverture.

Cass. Com. 12 janvier 2010, arrêt n° 37 FS-P+B, pourvoi n° N 08-21.456, Société Finamur et a. c. société OJM et a.

« Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la créance relative aux loyers du crédit-bail dus pour la période de jouissance suivant l'ouverture du redressement judiciaire constituait une créance née régulièrement après le jugement d'ouverture, qui n'était pas soumise à l'obligation de déclaration, et ne pouvait donc être éteinte en raison de l'irrégularité de cette dernière, la cour d'appel a violé » les articles L. 621-32, L. 621-43 et L. 621-44 du Code de commerce, dans leur rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde²².

Le régime des créances postérieures²³ se caractérise doublement : elles ne sont pas soumises à l'obligation de déclaration et doivent être payées à l'échéance. Il concernait, avant la loi du 26 juillet 2005, toutes les créances postérieures²⁴, y compris les créances de loyers nées d'un contrat de crédit-bail dès lors que celles-ci correspondaient à une période de jouissance postérieure au jugement d'ouverture. La Cour de cassation l'avait déjà jugé dans un arrêt du 16 octobre 1990²⁵ : « Mais attendu qu'après avoir énoncé, exactement, que l'ouverture de la procédure collective n'avait pas entraîné la résiliation des contrats de location conclus antérieurement, la société Locamion s'étant ainsi trouvée

dans l'obligation de remplir ses propres engagements jusqu'à la renonciation de l'administrateur, la cour d'appel a retenu à bon droit que les loyers dus par la société Routhier en contrepartie de la jouissance des véhicules pendant la période considérée constituaient une créance née régulièrement après le jugement d'ouverture du redressement judiciaire et relevant, à ce titre, des dispositions de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 ». Elle réitère la solution dans son arrêt du 12 janvier 2010, dans une espèce où une déclaration irrégulièrement faite portait sur des sommes échues et à échoir : l'irrégularité n'affecte que les créances antérieures ; elle n'affecte pas les créances postérieures.

La même solution doit être consacrée sous l'empire des textes issus de la loi de 2005. Car s'il est vrai que le régime de faveur ne concerne plus l'ensemble des créances postérieures mais uniquement celles « nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur »²⁶, cette modification est sans incidence en matière de crédit-bail puisque les créances de loyer dites postérieures, visées par la jurisprudence antérieure, correspondaient déjà à une période de jouissance postérieure au jugement d'ouverture et supposait déjà que le crédit-bailleur fournisse une contrepartie au débiteur.

Responsabilité – Banquier dispensateur de crédit – Devoir de mise en garde. Emprunteur non averti – Déloyauté.

Cass. civ. 1^{re}, 8 décembre 2009, arrêt n° 1224 F-D, pourvoi n° E 08-14.848, Epoux Prano c. BNP Paribas.

« N'est pas fondé à reprocher à la banque un manquement à son devoir de mise en garde l'emprunteur non averti qui fit preuve de déloyauté vis-à-vis de celle-ci pour l'inciter à lui accorder son concours. »

L'emprunteur profane²⁷ est privé de la protection résultant du devoir de mise en garde²⁸ en cas de déloyauté. La Cour de cassation a retenu cette solution pour la première fois dans un arrêt du 30 octobre 2007²⁹ : en l'espèce, le

18. Cass. civ. 1^{re}, 12 septembre 2007, Banque et droit n° 116, novembre-décembre 2007, 30, obs. Th. Bonneau.

19. Cass. com. 9 juillet 2002, Banque et droit n° 86, novembre-décembre 2002, 53, obs. Th. Bonneau.

20. Cass. com. 12 février 2003, Banque et droit n° 89, mai-juin 2003, 58, obs. Th. Bonneau.

21. En ce sens, v. C. Saint-Alary Houin et B. Saint-Alary, « Le banquier face au contrat de construction de maison individuelle », *Rev. Dr Imm.* 1992, 283, spéc. n° 9 et s. p. 285 ; F. Ribay, « Contrat de construction de maison individuelle : les obligations nouvelles des établissements prêteurs », *Banque* n° 522, décembre 1991, 1130 ; Hugot et Sizaïre, « Le contrat de construction d'une maison individuelle », *op. cit.*, n° 251 p. 135 ; A. Chomel, « L'étendue du contrôle du prêteur de deniers », *Act. Jur. Dr Imm.* 10 février 2000, 116, spéc. p. 119 et s. ; V. également les auteurs cités par D. Sizaïre, note sous Versailles, 16 mars 1999, *Construction-Urbanisme* mai 1999, n° 144 et par A. Gourio, note sous Com. 9 juillet 2002, *JCP* 2002, 1382, spéc. p. 1533.

22. Les dispositions des anciens articles L. 621-32 (paiement à l'échéance des créances postérieures), L. 621-43 et L. 621-44 (déclaration des créances) du Code de commerce ont été repris (et modifiés) par les articles L. 622-17 (paiement à l'échéance des créances postérieures), L. 622-24 et L. 622-25 (déclaration des créances).

23. Cf. Pérochon et Bonhomme, « Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement », *op. cit.* n° 303 et s.

24. Ancien art. L. 631-32, Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005.

25. Com., 16 octobre 1990, *JCP* 1992, éd. E, II, 300, note P.-M. Le Corre.

26. Article L. 622-17 du Code de commerce dans sa rédaction de la loi du 26 juillet 2005.

27. L'emprunteur averti ne bénéficie que du principe de symétrie de l'information, ce que rappelle un arrêt du 12 janvier 2010 (Cass. com. 12 janvier 2010, arrêt n° 9 F-D, pourvoi n° F 08-20.898, Carpio et a. c. Société générale) : « Mais attendu qu'ayant retenu que l'affaire avait fonctionné normalement jusqu'à la date de cessation des paiements en 2001, soit pendant près de huit ans, et que M. Carpio, emprunteur averti, ne démontrait pas que la banque aurait détenu des informations que lui-même ignorait, la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'entrer dans le détail de l'argumentation des parties, a légalement justifié sa décision ».

28. Voir également : Cass. com. 12 janvier 2010, arrêt n° 31 F-D, pourvoi n° U 08-21.278, Perret c. Banque Tarneaud et a. : « Attendu qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à établir que M. Perret, caution non avertie, avait été personnellement mis en garde au regard de ses capacités financières et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts, la cour d'appel a privé sa décision de base légale » ; Cass. com. 12 janvier 2010, arrêt n° 9 F-D, pourvoi n° F 08-20.898, Carpio et a. c. Société générale : « Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si Mme de Mora, veuve Molet, avait la qualité de caution non avertie et, dans l'affirmative, si, conformément au devoir de mise en garde auquel la banque était tenue à son égard lors de la conclusion du contrat, celle-ci justifiait avoir satisfait à cette obligation à raison des capacités financières de la caution et des risques de l'endettement né de l'octroi du prêt, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

29. Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 2007, *Bull. civ.* IV n° 330 p. 291 ; Banque et droit n° 117, janvier-février 2008, 27, obs. Th. Bonneau ; *JCP* 2007, éd. E, 2576, note D. Legeais et éd. G, 10 055, note A. Gourio.

client avait dissimulé l'existence de crédits en cours de remboursement. Depuis, la Cour a réitéré sa position. Ainsi, dans un arrêt du 25 juin 2009³⁰, elle a sanctionné un client qui avait donné à la banque des informations erronées sur la composition de son patrimoine. Et dans son arrêt du 8 décembre 2009, elle censure une décision pour avoir omis de rechercher « si les emprunteurs n'avaient pas empêché la banque de remplir son devoir de mise en garde en lui fournissant des renseignements inexacts, lors de la souscription du premier prêt, sur l'existence d'un apport personnel et, lors de la souscription du second, sur l'état d'avancement des travaux financés, les sommes nécessaires pour les achever et l'existence d'une créance garantie à recouvrer contre le constructeur »³¹.

Cette jurisprudence, qui conduit, sur le fondement de la déloyauté, à interdire aux emprunteurs de se prévaloir d'un défaut de mise en garde, est justifiée. Car le devoir de mise en garde a pour objectif d'avertir le débiteur du risque encouru en raison de l'importance du crédit sollicité eu égard à sa propre situation financière. Aussi est-il bien évident que si le client ne donne pas toutes les informations au professionnel appelé à apprécier l'importance de cet endettement, celui-ci est dans l'incapacité de remplir l'obligation qui pèse sur lui.

La déloyauté, comme mécanisme correcteur au devoir de mise en garde, s'impose donc. Elle ne doit toutefois être retenue que si elle est avérée, ce qui suppose qu'elle soit prouvée, la charge de cette preuve incombant au banquier. Il ne peut pas en être autrement sauf à priver de portée la protection résultant du devoir de mise en garde.

Plan d'épargne logement – Don manuel – Devoir de renseignement, de conseil et de mise en garde.

Cass. civ. 1^{re}, 6 janvier 2010, arrêt n° 3 F-D, pourvoi n° C 08-12.684, Mercier c. Banque Postale et a.

« Mais attendu, d'abord, qu'après avoir relevé, d'une part, que la réglementation ne permettait d'être titulaire que d'un seul plan épargne-logement compte tenu des avantages attachés à ce placement et, d'autre part, que Mme Potez avait reconnu avoir pris connaissance et accepté les conditions générales de fonctionnement du plan et que les fonds versés constituaient des dons manuels au profit de ses petits-enfants, la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à la recherche que ses constatations rendaient inopérante, a légalement justifié sa décision. »

Est-ce que l'ouverture par un même souscripteur de plusieurs plans d'épargne logement au nom d'enfants mineurs est atypique? Est-ce que ce particularisme ne devrait pas fonder un devoir de mise en garde, à la charge du banquier, quant à l'irrévocabilité des versements et des pouvoirs des titulaires du plan? C'est ce que prétendait une grand-mère qui, après avoir ouvert des PEL au nom de ses petits-enfants, se heurtait à la banque qui refusait de les fermer et de restituer les sommes versées : sa position n'a pas été approuvée, à juste titre, par la Cour

de cassation dans son arrêt du 6 janvier 2010.

Il est vrai que l'ouverture multiple de PEL pourrait paraître singulière puisque la règle est qu'une personne ne peut être titulaire que d'un seul PEL³². Cette singularité est toutefois plus apparente que réelle puisqu'il n'est pas rare qu'un adulte ouvre au nom de mineurs des comptes pour y effectuer des versements. On comprend toutefois aisément l'intérêt de cette prétention : elle permettait de justifier un éventuel devoir de mise en garde ; une telle obligation ne peut pas être reconnue si la situation est banale. Or elle l'est comme l'a implicitement admis la Cour de cassation qui souligne en revanche expressément, en s'appuyant sur les motivations des juges du fond, que le souscripteur avait été informé et avait accepté les conditions générales de fonctionnement des PEL. Une telle motivation fixe ainsi clairement le cadre des obligations des banquiers qui ouvrent plusieurs PEL à la demande d'un même souscripteur : ils doivent informer, mais ils n'ont aucun devoir de mise en garde.

Le banquier n'est pas débiteur d'une telle obligation alors même que le souscripteur ne peut pas récupérer à son profit les sommes versées. Il en est ainsi lorsque les versements alimentent des PEL ouverts au nom de tiers et qu'ils reposent sur une intention libérale de leur auteur : ils s'analysent en effet en des dons manuels, lesquels impliquent un dessaisissement définitif du donateur. De ce point de vue, les dons manuels portant sur la monnaie scripturale – ils peuvent être également réalisés par la remise de chèque³³ – ne diffèrent pas des dons manuels résultant d'une remise de monnaie métallique ou fiduciaire de la main à la main : ils sont irrévocables³⁴ et ne peuvent pas être récupérés même si postérieurement, le donateur entre en conflit avec le donataire. Les parents ou grands-parents qui souscrivent des PEL au nom de leurs enfants ou petits-enfants ne doivent pas l'oublier! ■

30. Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2009, Banque et droit n° 127, septembre-octobre 2009, 25, obs. Th. Bonneau.

31. Dans la même affaire, voir déjà, Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2006, Bull. civ. I n° 398 p 342.

32. Art. R 315-5, Code de la construction et de l'habitation : « Ne peut être titulaire simultanément de plusieurs comptes d'épargne-logement, sous peine de perdre la totalité des intérêts acquis ainsi que la vocation à bénéficier du prêt et de la prime d'épargne prévus aux sous-sections 2 et 3 ».

33. V. Cass. civ. 1^{re}, 3 avril 2002, Banque et droit n° 84, juillet-août 2002, 44, obs. Th. Bonneau.

34. N. Peterka, « Donations et testaments – Donations entre vifs – Don manuel », fasc. 30, art. 931, Jurisclasseur, n° 101, n° 133 et 143.