

# CHRONIQUE

## DROIT BANCAIRE



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

### Chèques – Opposition pour perte – Contre-passation partielle – Action en enrichissement injuste – Droit au remboursement immédiat de l'avance consentie au client.

Cass. com. 3 novembre 2010, arrêt n° 1077 F-D, pourvoi n° H 09-16.326, Heddebaut c. Caisse régionale de crédit agricole mutuel Nord de France Drummond.

- « Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt, après avoir constaté que le compte personnel, et non pas professionnel, de M. Heddebaut sur lequel celui-ci, en sa qualité d'endosseur, avait remis le chèque en cause, a fait l'objet de retraits importants dans les jours qui ont suivi, de sorte que le chèque revenu impayé, n'a pas pu être contre-passé intégralement, relève que M. Heddebaut conteste qu'il se soit agi de retraits en numéraires à son profit, en prétendant avoir procédé à des virements au profit du compte de M. Lambelin, propriétaire du fonds, sans pour autant produire aucune pièce de nature à l'établir; que la cour d'appel [...] a pu retenir, qu'était caractérisé l'enrichissement injuste au sens de l'article L. 131-59 du Code monétaire et financier et juger recevable l'action de la banque » ;
- « Attendu, en second lieu, que ne commet aucune faute la banque, qui, ayant porté le montant d'un chèque au crédit du compte de son client, dès la remise de l'effet pour encaissement, et permis à ce client d'utiliser l'avance ainsi consentie, lui en demande le remboursement le jour où elle s'est vue refuser le paiement du chèque faute de provision; que l'arrêt retient que la banque qui a porté le montant des chèques en cause au crédit du compte de son client, dès leur remise, consentant ainsi seulement une avance pour encaissement, peut, si les chèques reviennent impayés à la suite d'une opposition pour perte ou d'une insuffisance de provision, procéder à la contre-passation des écritures autant que la provision le lui permet, sans manquer à ses obligations légales [...] ».

Dans l'espèce à l'origine de l'arrêt du 3 novembre 2010, les faits sont d'un grand classicisme: un chèque a été porté au crédit du remettant qui l'avait préalablement endossé au profit de sa banque et qui était ainsi devenu un coobligé du titre; le chèque est revenu impayé en raison d'une opposition du tireur; la banque qui avait crédité le compte de son client et qui était devenue porteur du chèque n'a pas pu opérer une contre-passation intégrale du chèque en raison des retraits intervenus avant celle-ci. D'où son action visant récupérer la somme correspondant au montant qui n'avait pas pu être contre-passé.

La banque devait surmonter une difficulté car son action a été introduite en 2005 alors que le rejet du paiement était intervenu en 1996: le délai de 6 mois dans lequel est

enformée l'action contre les endosseurs et autres coobligés était largement écoulé<sup>1</sup>. Elle devait, pour que son action soit recevable nonobstant la prescription, démontrer un enrichissement injuste de son client; cette condition, posée par l'article L. 131-59, alinéa 3, du Code monétaire et financier (CMF), suppose que l'enrichissement soit imputable au coobligé<sup>2</sup>. Elle explique la motivation des juges du fond, rappelée par la Cour de cassation dans son arrêt du 3 novembre 2010, qui insiste sur le fait que la contre-passation a été rendue partiellement impossible par les retraits opérés par le client à son profit.

Le client ne s'est pas borné à discuter la recevabilité de l'action de la banque. Il a également contesté le droit de la banque à demander le remboursement immédiat de l'avance consentie lors de la remise du chèque à l'encaissement. Sur ce terrain, le client n'a pas été plus chanceux que sur le précédent puisque sa prétention a été écartée aux termes d'une motivation qui n'est pas sans rappeler la jurisprudence antérieure rendue en matière de chèque sans provision. Il a, en effet, déjà été jugé qu'« en l'absence de faute de sa part, la banque a toujours, et quelle que soit la nature de l'endossement lui ayant bénéficié, le droit de se faire rembourser par le bénéficiaire de chèques, qui se sont révélés ensuite sans provision, le montant des avances qu'elles avaient accordées lors de leur remise dans l'attente de leur encaissement »<sup>3</sup>. L'arrêt du 3 novembre 2010 n'innove donc pas en reconnaissant que la banque ne commet aucune faute en demandant le remboursement immédiat de l'avance consentie lors de la remise du chèque pour encaissement.

### Chèques faux – Faute du titulaire du compte – Accès d'un membre de la famille au carnet de chèques – Vérification des relevés de compte.

Cass. com. 3 novembre 2010, arrêt n° 1079 F-D, pourvoi n° B 09-70.739, Cervera c. Cervera et a.

- « Attendu qu'en se déterminant par des moyens impropres à caractériser en quoi Mme Cervera avait pu commettre une faute en laissant sa nièce accéder à son carnet de chèque et à sa signature, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » ;

1. Art. L. 131-59, al. 1 et 2, du Code monétaire et financier (CMF).

2. V. M. Cabrillac, « Chèque, paiement et défaut de paiement », fasc. 330, Juris-classeur Banque, Crédit, bourse, v. spéc. nos 181 et 182.

3. Cass. com. 23 janv. 2007, Banque & droit n° 113, mai-juin 2007, 37, obs. Th. Bonneau.

« *Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si la faute commise par le client, pour s'être abstenu, en l'absence de toute circonstance particulière qui aurait pu l'empêcher d'y procéder, de vérifier l'arrivée régulière de ses relevés de compte, avait eu pour conséquence l'intégralité des débits contestés ou si elle avait seulement permis à Mme El Kamah de poursuivre ses agissements au-delà de la date à laquelle le titulaire du compte aurait dû recevoir un premier relevé qui les aurait fait apparaître, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».

En cas d'ordres de paiement faux dès l'origine, c'est-à-dire revêtus d'une signature autre que celle du donneur d'ordre qu'est le titulaire du compte, le banquier supporte normalement le mauvais paiement parce qu'il est en principe responsable de plein droit<sup>4</sup> ; il est donc responsable même en l'absence de toute faute de sa part. Il en va toutefois différemment s'il peut prouver la faute du titulaire du compte : en ce cas, sa responsabilité ne peut être retenue que si l'on prouve une faute à son encontre<sup>5</sup>.

Assez souvent, le banquier reproche à son client d'avoir mal surveillé son carnet de chèque ou d'avoir omis de vérifier ses relevés de compte, ce qui l'aurait amené à détecter la fraude commise et à faire opposition plus rapidement. Ces négligences sont en effet fautives, encore que, comme le montre la jurisprudence, elles ne peuvent pas être caractérisées en toutes circonstances.

Il a été ainsi jugé que le fait, pour le client d'une banque, victime du vol de chèques dans ses locaux professionnels, d'avoir déposé des formules de chéquiers, non signées, dans son cabinet d'architecture, sur son bureau ou dans un tiroir non fermé à clé, pendant la journée, ne constitue pas une négligence fautive<sup>6</sup>. De même, le titulaire du compte ne commet aucune faute en confiant ses chéquiers à une amie pendant ses vacances<sup>7</sup> ou en conservant à son domicile un chéquier « de réserve » tout en hébergeant un tiers à domicile<sup>8</sup>. Il n'en commet pas plus en donnant accès à ses chéquiers à des tiers auxquels il fait appel pour rédiger et signer des chèques en raison des difficultés qu'il éprouve à écrire.

Cette solution, consacrée par l'arrêt du 3 novembre 2010,

ne peut être qu'approuvée car elle est de bon sens. Elle l'est d'autant plus que le tiers en question, à qui il a été certes reproché d'avoir volé et falsifié les chèques, était a priori digne de confiance puisqu'il s'agissait de la nièce de la cliente. Aussi les juges du fond ne pouvaient-ils pas retenir une faute de surveillance des carnets de chèques à la charge d'une personne éprouvant des difficultés à écrire sans caractériser des faits autres que celui consistant à laisser la personne chargée de l'aider accéder à ses formules de chèques.

L'arrêt commenté mérite d'être approuvé également sur le terrain de la négligence de la cliente dans le suivi de son compte. Il est vrai que l'on peut légitimement reprocher à une cliente d'avoir omis de vérifier ses relevés de compte et d'avoir réagi très tardivement dans ses plaintes et opposition à paiement : une telle faute a pu déjà être retenue en jurisprudence<sup>9</sup>. Mais bien sûr, en ce qui concerne des chèques faux émis du 30 décembre 2002 au 13 mars 2003, la cliente ayant porté plainte le 20 mars 2003 et fait opposition le 9 avril 2003, il n'est pas sûr que, même si elle avait été diligente, la cliente aurait pu éviter tous les chèques dont elle contestait la validité. Aussi est-ce à juste titre que la Cour de cassation censure, dans son arrêt du 3 novembre 2010, les juges du fond en leur reprochant d'avoir omis de « rechercher si la faute commise par le client, pour s'être abstenu, en l'absence de toute circonstance particulière qui aurait pu l'empêcher d'y procéder, de vérifier l'arrivée régulière de ses relevés de compte, avait eu pour conséquence l'intégralité des débits contestés ou si elle avait seulement permis à Mme El Kamah de poursuivre ses agissements au-delà de la date à laquelle le titulaire du compte aurait dû recevoir un premier relevé qui les aurait fait apparaître ».

### Comptes bancaires – Saisie-attribution – Tiers saisi – Déclaration inexacte ou incomplète – Sanction – Dommages-intérêts.

Cass. civ. 2, 14 octobre 2010, arrêt n° 1802 F-D, pourvoi n° B 09-14.182, société Banque de Wallis et Futuna c. Viviant et a.

« *En cas de déclaration inexacte ou incomplète, le tiers saisi ne s'expose qu'à payer des dommages-intérêts* »

Les saisies – saisie-attribution comme saisie conservatoire – sont sources d'une obligation d'information à la charge du tiers saisi : celui-ci doit informer le créancier saisissant de la nature des comptes du débiteur et du montant de leur solde au jour de la saisie<sup>10</sup> ; il doit également l'informer, par l'envoi d'un relevé, en cas de diminution des sommes indisponibles, de toutes les opérations qui ont affecté les comptes depuis le jour de la saisie inclusivement<sup>11</sup>. À défaut, le tiers saisi encourt les sanctions prévues par les articles 60 (saisie-attribution)

4. Com. 3 janv. 1978, Bull. civ. IV n° 3, p. 3 ; Rev. trim. dr. com. 1978.141, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange ; D. 1978, IR, 306, obs. M. Vasseur ; Banque n° 375, juill.-août 1978.895, obs. L.M. Martin ; Com. 24 févr. 1987, Bull. civ. IV n° 48, p. 35 ; Rev. trim. dr. com. 1987.545, obs. M. Cabrillac et B. Teyslié ; Banque n° 473, juin 1987.624, J.-L. obs. Rives-Lange ; Com. 28 janv. 1992, Bull. civ. IV n° 37, p. 30 ; Com. 9 févr. 1993, Bull. civ. IV n° 52, p. 34 ; D. 1993 som. com. 316, obs. M. Cabrillac ; JCP 1993 éd. E, II, 439, note J. Stoufflet ; JCP 1993 éd. E, I, 302, n° 7, obs. C. Gavalda et J. Stoufflet ; Banque n° 536, mars-avr. 1993.88, obs. J.-L. Guillot ; Rev. dr. bancaire et bourse n° 37, mai/juin 1993.127, obs. F.J. Crédot et Y. Gérard.

5. Com. 9 juill. 1996, Bull. civ. IV n° 202, p. 173 ; Banque n° 577, janv. 1997.88, obs. J.-L. Guillot ; Dalloz Affaires n° 34/1996.1100 ; RJDA 12/96, n° 1492, p. 1046 ; Quotidien juridique n° 80, 3 oct. 1996.4 ; Com. 26 nov. 1996, Quotidien juridique n° 8, 28 janv. 1997.9 ; Com. 10 oct. 2000, Banque magazine, n° 622, févr. 2001, p. 75, obs. J.-L. Guillot.

6. Cass. com. 4 nov. 1976, Bull. civ. IV n° 275, 232.

7. Cass. com. 23 oct. 2001 (aff. Clerc), Bull. civ. IV, n° 170, p. 162 ; Banque & droit n° 81, janv.-févr. 2002.45, obs. Th. Bonneau ; Les Petites Affiches n° 241, 4 déc. 2001.17, noter E. C. ; D. 2001, p. 3431 ; JCP 2001, p. 1886, note P. Bouteiller ; Rev. dr. bancaire et financier n° 6, nov.-déc. 2001.343, obs. F. J. Crédot et Y. Gérard ; RJDA 3/02, n° 302, p. 251 ; Rev. trim. dr. com., 2002.136, obs. M. Cabrillac.

8. Cass. com. 23 oct. 2001 (aff. Naib), Bull. civ. IV, n° 171, p. 162 ; Banque & droit n° 81, janv.-févr. 2002.45, obs. Th. Bonneau ; Les Petites Affiches n° 241, 4 déc. 2001.17, noter E. C. ; D. 2001, p. 3432 ; JCP 2001, p. 1886, note P. Bouteiller ; Rev. dr. bancaire et financier n° 6, nov.-déc. 2001.343, obs. F. J. Crédot et Y. Gérard ; RJDA 3/02 n° 303, p. 252 ; Rev. trim. dr. com., 2002.136, obs. M. Cabrillac.

9. Cass. com. 10 juin 1980, Bull. civ. IV n° 252, p. 204 ; Rev. trim. dr. com. 1981.110, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Langes ; Cass. com. 23 juin 1981, Bull. civ. IV n° 290, p. 230 ; D. 1982, IR, 174, obs. M. Vasseur.

10. Art. 47, al. 1, Loi n° 91-650 du 9 juill. 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution et art. 75, Décret n° 92-755 du 31 juill. 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n° 91-650 préc.

11. Art. 47, al. dernier, loi préc.

et 238 (saisie conservatoire) du décret du 31 juillet 1992 : selon l'alinéa 1 de l'article 60, « le tiers saisi qui, sans motif légitime, ne fournit pas les renseignements prévus est condamné, à la demande du créancier, à payer les sommes dues à ce dernier, sans préjudice de son recours contre le débiteur » : à ce texte fait écho l'alinéa 1 de l'article 238 qui décide que « le tiers saisi qui, sans motif légitime, ne fournit pas les renseignements prévus, s'expose à devoir payer les sommes pour lesquelles la saisie a été pratiquée si le débiteur est condamné et sauf son recours contre ce dernier » ; et selon l'alinéa 2 des deux textes, « il peut aussi être condamné à des dommages et intérêts en cas de négligence fautive ou de déclaration inexacte ou mensongère ».

Le terme « aussi » semble indiquer que les dommages-intérêts peuvent s'ajouter à la condamnation au paiement aux causes de la saisie de sorte que l'on peut être tenté d'en déduire que le banquier qui fait une déclaration inexacte peut être condamné aux causes de la saisie. Cette solution ne s'impose toutefois pas avec évidence car les hypothèses prévues par les deux alinéas de chaque texte sont différentes : le premier alinéa vise uniquement le défaut de déclaration alors que l'alinéa 2 mentionne la négligence fautive et la déclaration inexacte ou mensongère. Et comme la condamnation aux causes de la saisie n'est prévue qu'en cas de défaut de déclaration, on est alors conduit à considérer que cette sanction ne s'applique pas en cas de déclaration inexacte ou mensongère.

C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation dans ses arrêts du 5 juillet 2000<sup>12</sup> : seul un défaut de renseignements autorise le juge à condamner le banquier tiers saisi au paiement des causes de la saisie ; une déclaration inexacte ou mensongère ne peut donner lieu qu'à la condamnation à des dommages-intérêts. Cette solution a été rappelée par la Cour dans un arrêt du 3 juillet 2005<sup>13</sup> : « Mais attendu que l'arrêt retient exactement que les alinéas premier et second de l'article 60 du décret du 31 juillet 1992 ne sont pas interdépendants, de sorte que le tiers saisi qui ne s'est pas abstenu de procéder à la déclaration requise mais qui a fourni des renseignements inexacts ou mensongers encourt une condamnation au paiement de dommages-intérêts ». Aussi est-ce sans surprise que la Cour reprend, dans son arrêt du 14 octobre 2010, la même solution pour casser une décision qui avait condamné une banque qui avait fait une déclaration inexacte – la banque n'avait déclaré que l'existence d'un seul compte, en omettant de mentionner l'existence d'un second compte et d'une saisie antérieure – au paiement des causes de la saisie et à des dommages-intérêts.

Cette distinction, faite à propos de l'article 60, vaut dans le cadre de l'article 238 puisque ce texte prévoit les mêmes sanctions dans les mêmes hypothèses<sup>14</sup>. Seuls des dommages-intérêts sont possibles en cas de déclaration inexacte ou mensongère alors que le défaut de déclaration expose le tiers saisi à une double condamnation<sup>15</sup>.

Ce cumul pose toutefois une difficulté car le préjudice doit être caractérisé autrement que par le non-paiement de la créance puisque le tiers saisi est en même temps condamné aux causes de la saisie. Cette difficulté ne se pose pas en cas de déclaration inexacte ou mensongère, ce qui n'implique pas que la responsabilité du banquier soit inéluctablement retenue. Encore faut-il, comme le souligne la Cour de cassation, dans l'arrêt commenté, que soit établi un lien de causalité entre la faute retenue et le préjudice. En revanche, comme l'a jugé la Cour dans un arrêt du 19 mars 2009<sup>16</sup>, « l'efficacité de la saisie n'est pas une condition d'application de l'alinéa 2 de l'article 60 du décret du 31 juillet 1992 ». Aussi peut-on penser, que contrairement à ce que la Cour de cassation avait jugé dans des arrêts antérieurs<sup>17</sup>, le créancier, victime d'une déclaration mensongère du tiers-saisi, peut obtenir la condamnation de celui-ci même si la saisie n'a pas été dénoncée en temps utile<sup>18</sup>.

### Crédit-Bail – Indemnité de résiliation – Clause pénale.

Cass. com. 30 novembre 2010, arrêt n° 1214 F-D, pourvoi n° F 09-15.980, Paccou c. BNP Paribas et a.

« Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la majoration des charges financières pesant sur le débiteur, résultant de l'anticipation de l'exigibilité des loyers dès la date de la résiliation, a été stipulée à la fois comme un moyen de le contraindre à l'exécution et comme l'évaluation conventionnelle et forfaitaire du préjudice futur subi par le crédit-bailleur du fait de l'accroissement de ses frais et risques à cause de l'interruption des paiements prévus, et qu'elle constitue ainsi une clause pénale susceptible de modération en cas d'excès, la cour d'appel a violé » l'article 1152, alinéa 2 du Code civil.

Les clauses qui stipulent à titre d'indemnité, en cas de résiliation anticipée du contrat de crédit-bail, le paiement des loyers à échoir s'analysent-elles en des clauses pénales ? L'enjeu de cette qualification est le pouvoir modérateur du juge prévu par l'article 1152, alinéa 2, du Code civil. La question n'est pas nouvelle, la réponse ne l'est pas plus. Déjà dans un arrêt du 21 mai 2008<sup>19</sup>, la Cour de cassation avait considéré qu'une telle clause s'analyse en une clause pénale. Elle reprend cette solution, dans son arrêt du 30 novembre 2010, en s'appuyant sur une motivation désormais classique : la clause qui stipule le paiement des loyers à échoir en cas de résiliation est une clause pénale car elle répond à la définition de celle-ci, la clause pénale étant la clause qui a pour objet « de réparer les conséquences d'un manquement à la convention » et « de contraindre le débiteur à l'exécution »<sup>20</sup>.

12. Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 5 juill. 2000, Bull. civ. II, n° 115, p. 80 et n° 116, p. 81 ; Banque magazine n° 618, oct. 2000, 74, obs. J.-L. Guillot. Voir également, R. Perrot et P. Théry, « Saisie-attribution : la situation du tiers saisi (les arrêts du 5 juill. 2000) », D. 2001, chr. 714 ; J.-M. Delleci, « Responsabilité du tiers saisi : quels risques pour la banque ? », Banque & droit n° 77, mai-juin 2001, 26.

13. Cass. civ. 2, 3 juill. 2005, Procédures n° 10, oct. 2005, com n° 230, note R. Perrot.

14. Dans le même sens, Perrot et Théry, art. préc., spéc. n° 7, p. 716.

15. Une réponse tardive expose le banquier tiers saisi à payer les causes de la saisie lorsque le retard n'est pas justifié par un motif légitime (Cass. civ. 2, 9 juill. 2009,

pourvoi n° 08-15.192, Juris-Data n° 2009-049083).

16. Cass. Civ. 2, 19 mars 2009, Rev. trim. dr. civ. 2009, 371, obs. R. Perrot ; Procédures n° 6, juin 2009 com. n° 192, note R. Perrot.

17. Cass. civ. 2, 21 déc. 2006, Rev. trim. dr. civ. 2007, 180, obs. R. Perrot ; Cass. civ. 2, 6 déc. 2007, Rev. trim. dr. civ. 2008, 162, obs. R. Perrot.

18. En ce sens, Perrot, obs. préc.

19. Cass. civ. 3, 21 mai 2008, Banque & droit n° 120, juill.-août 2008, 15, obs. Th. Bonneau.

20. Cass. com. 29 janv. 1991, Bull. civ. IV n° 43, p. 27.

**Cession Dailly – Sous-traitance – Marché public  
– Cession à titre de garantie – Avance bancaire  
représentant une quote-part de la créance cédée  
– Action du sous-traitant et du cessionnaire Dailly  
contre l'entrepreneur principal – Paiement direct  
– Réduction du montant de la créance cédée –  
Responsabilité.**

Cass. com. 3 novembre 2010, arrêt n° 1105 FS-P+B, pourvoi n° H 09-69.870, Société Pouzet et a. c. Société Eiffage construction Limousin et a.

• « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si la société Oseo en ne déclarant qu'une créance correspondant à 85 % de la créance cédée, n'avait pas renoncé à la fraction de la créance cédée qui excédait le montant de la créance garantie, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* » ;

• « *Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la société Eiffage, en signant cet avenant, n'avait pas engagé sa responsabilité à l'égard de la société Oseo en privant cette dernière d'une partie de son droit à paiement dès lors qu'elle avait privé la société Pouzet de son droit au paiement direct d'une partie de la créance cédée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».

Dans l'espèce à l'origine de l'arrêt du 3 novembre 2010, ce n'est pas l'entrepreneur principal qui a cédé sa créance sur le maître de l'ouvrage – cette situation est classique – c'est le sous-traitant (la société Pouzet) qui a cédé ses créances à titre de garantie d'une avance consentie, à concurrence de 85 % du montant desdites créances, par le CEPME aux droits duquel se retrouve la société Oseo. En amont de cet élément, il faut savoir que le maître de l'ouvrage est un hôpital – le CHU de Limoges – et qu'il a accepté le sous-traitant de sorte que celui-ci bénéficie du paiement direct. En aval de la cession, on doit noter que le sous-traitant a été mis en redressement judiciaire, que l'un des organes de sa procédure a agi en paiement contre l'entrepreneur principal et que le cessionnaire Dailly s'est joint à cette instance pour rechercher la responsabilité dudit entrepreneur.

Aucune de ces demandes n'a été accueillie par les juges du fond. Aussi le sous-traitant et le cessionnaire Dailly ont-ils formé chacun un pourvoi. Le pourvoi principal formé par le sous-traitant et le pourvoi incident introduit par le cessionnaire Dailly ne sont pas restés sans écho auprès de la Cour de cassation puisque celle-ci censure la décision attaquée au profit des deux demandeurs.

I. En ce qui concerne le sous-traitant, la question était de savoir s'il pouvait agir en paiement contre l'entrepreneur principal alors même qu'il avait cédé ses créances. Les juges du fond ne l'avaient pas pensé au motif que « les créances nées des situations n° 13 et 14 ayant été intégralement cédées au CEPME aux droits duquel se trouve Oseo sont sorties du patrimoine de la société Pouzet qui n'a donc plus qualité à agir pour en demander le paiement ». La Cour de cassation censure cette décision au visa des articles 32 du Code de procédure civile et L. 313-24 du CMF au motif « qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si la société Oseo en ne déclarant qu'une créance correspondant à 85 % de la créance cédée, n'avait pas renoncé à la fraction de la créance cédée qui excédait le montant de la créance garantie, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

Le visa n'est pas sans justification puisque l'article 32 du Code de procédure civile énonce qu'« est irrecevable toute prétention émise par ou contre une personne dépourvue du droit d'agir », l'article L. 313-24 du CMF disposant, dans son alinéa 1, que « même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix, la cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée ». Il n'est pas sans justification puisque c'est un défaut de droit – le droit d'agir en justice – qui est reproché au sous-traitant ayant réalisé une cession à titre de garantie. Toutefois, la double motivation, tant celle des juges du fond que celle de la Cour de cassation, peut paraître étonnante car il n'est fait mention, ni dans le rappel des faits, ni dans les motifs conduisant à la cassation sur le fondement du pourvoi principal, de la notification qui met fin au mandat de recouvrement dont bénéficie le cédant. C'est seulement dans le cadre du pourvoi incident qu'il est indiqué que la cession a été notifiée au débiteur cédé, à savoir le CHU.

Il est vrai que cette mention peut paraître hors de propos dans le cadre du pourvoi principal qui concerne l'action du sous-traitant contre l'entrepreneur principal. Elle peut d'ailleurs être considérée comme source de confusion puisque l'on pourrait alors se demander qui – de l'entrepreneur principal ou du maître de l'ouvrage – est le débiteur du sous-traitant. La confusion n'est toutefois qu'apparente car, en fait, le sous-traitant a deux débiteurs : d'une part l'entrepreneur principal auquel il est lié contractuellement, et d'autre part le maître de l'ouvrage, en raison, en cas de marché public, du dispositif de protection qu'est le paiement direct<sup>21</sup>. Il y a bien deux débiteurs puisque, selon la jurisprudence :

– « l'institution, dans les marchés passés par l'État, les collectivités locales, les établissements et les entreprises publics, d'un paiement direct du sous-traitant par le maître de l'ouvrage n'a pas pour effet de décharger l'entrepreneur principal de son obligation contractuelle au paiement des travaux réalisés »<sup>22</sup> ;

– « la procédure de paiement direct ne faisait pas disparaître le contrat de sous-traitance et laissait au sous-traitant la faculté d'agir contre l'entrepreneur principal, sans être contraint d'épuiser auparavant les voies de recours contre le maître de l'ouvrage »<sup>23</sup>.

Cette dualité ne doit toutefois pas conduire à penser qu'il y a deux créances : il y a bien une seule créance puisque la créance sur l'entrepreneur principal est une partie de la créance de ce dernier sur le maître de l'ouvrage. Aussi la cession de la créance sur le maître de l'ouvrage emporte nécessairement cession de la créance sur l'entrepreneur principal. De sorte que la cession Dailly doit être notifiée aux deux débiteurs et qu'à l'égard du débiteur qui n'a pas été le destinataire de la notification, le cédant est réputé avoir conservé le mandat de recouvrement.

Or, comme en l'espèce il n'est fait mention d'aucune notification à destination de l'entrepreneur principal, on aurait dû en déduire que le sous-traitant, cédant des créances, avait toujours qualité à agir. Ce défaut de notification n'a cependant pas été soulevé en l'espèce. En revanche, le cédant a soutenu, dans la seconde branche

21. Cf. art. 4 et s., Loi n° 75-1334 du 31 déc. 1975 relative à la sous-traitance.

22. Cass. civ. 3, 10 mai 1991, Bull. civ. III n° 131, p. 77.

23. Cass. civ. 3, 15 janv. 1992, Bull. civ. III n° 20, p. 12.

du premier moyen, « qu'en toute hypothèse, quand le cessionnaire s'abstient volontairement d'exiger le paiement de la part de la fraction de la créance cédée qui excède la créance garantie dont il est titulaire, le cédant a qualité pour solliciter le paiement de cette fraction »<sup>24</sup> : la Cour de cassation fait droit à cette critique dans son arrêt du 3 novembre 2010.

La solution consacrée doit être bien comprise. Le droit de propriété du cessionnaire sur la créance cédée n'est pas nié, tout au contraire. La Cour de cassation considère seulement que si le cessionnaire a renoncé à la fraction de la créance cédée qui excédait le montant de la créance garantie, le cédant est alors réinvesti de la propriété de cette fraction et qu'il est par conséquent en droit d'en réclamer le paiement. Cette solution n'est pas étonnante puisque la Cour de cassation a déjà jugé, dans un arrêt du 19 septembre 2007<sup>25</sup>, que le cédant retrouve « la propriété de la créance cédée sans formalité particulière dans la mesure où la garantie prend fin lorsque son bénéficiaire n'a plus de créance à faire valoir ou qu'il y renonce »<sup>26</sup>.

II. Le cessionnaire Dailly soutenait que l'entrepreneur principal avait commis une faute engageant sa responsabilité vis-à-vis de lui en ayant conclu, avec le maître d'ouvrage, un avenant ayant réduit le montant des créances dû au titre des travaux sous-traités. Les juges du fond avaient écarté cette prétention en considérant que « cet avenant ne privait pas la société Oseo de son droit à réclamer le paiement des factures auprès du CHU, débiteur cédé, à qui avait été notifié la cession ». La Cour de cassation casse leur décision au motif « qu'en se déterminant par de tels motifs, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la société Eiffage, en signant cet avenant, n'avait pas engagé sa responsabilité à l'égard de la société Oseo en privant cette dernière d'une partie de son droit à paiement dès lors qu'elle avait privé la société Pouzet de son droit au paiement direct d'une partie de la créance cédée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

La position des juges du fond n'était pas sans fondement, encore qu'elle ne soit pas totalement convaincante. Car s'il est exact que le cessionnaire Dailly peut actionner en paiement le maître de l'ouvrage, il peut également agir contre l'entrepreneur principal. Il peut s'adresser tant à l'un qu'à l'autre, de la même façon que le cédant lui-même. Or, comme la réduction du montant de la créance du sous-traitant a été décidée par le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal alors que ce montant avait été contractuellement accepté par les deux, et sans que le sous-traitant n'ait donné son accord, il nous semble certain que le sous-traitant pouvait réclamer au maître de

l'ouvrage comme à l'entrepreneur principal le montant de la créance correspondant à la réduction convenue ; la solution vaut, par voie de conséquence, pour le cessionnaire Dailly, dans la limite de la créance garantie.

Cette solution paraît consacrée par l'arrêt du 3 novembre 2010 même si celui-ci s'est situé, conformément à la première branche du moyen unique du pourvoi incident, sur le terrain de la responsabilité. Car bien sûr celle-ci ne peut être retenue que si la conclusion de l'avenant ayant réduit le montant de la créance du sous-traitant sans l'accord de ce dernier est fautive. Cette question est d'ailleurs en amont de celle du paiement direct qui ne peut pas faire l'objet de renonciation : toute renonciation au paiement direct est, en effet, « réputée non écrite »<sup>27</sup>. Aussi, en soulignant dans son arrêt que l'avenant litigieux avait privé le sous-traitant de son droit au paiement direct et, par voie de conséquence, le cessionnaire Dailly de ce droit, la Cour admet implicitement, mais nécessairement, que la conclusion de l'avenant ayant réduit le montant de la créance du sous-traitant peut être fautive.

### Concours financiers – Information de la caution – Extinction de la dette – Déchéance des intérêts – Dol ou faute lourde.

Cass. com. 16 novembre 2010, arrêt n° 1142 F-P+B, pourvoi n° B 09-71.935, *Biancotto c. Société Le crédit touristique C2T et a.*

Cass. com. 16 novembre 2010, arrêt n° 1141 F-D, pourvoi n° V 09-16.729, *Asara c. Société générale.*

- « Les établissements de crédit ayant accordé à une entreprise un concours financier sous la condition d'un cautionnement doivent se conformer aux prescriptions de ce texte jusqu'à l'extinction de la dette garantie » (arrêt n° 1142) ;
- « Sauf dol ou faute lourde, la méconnaissance de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier est sanctionnée par la seule déchéance des intérêts » (arrêt n° 1141).

Par ces deux décisions du 16 novembre 2010, la chambre commerciale de la Cour de cassation rappelle des solutions bien acquises en ce qui concerne l'information annuelle de la caution prévue par l'article 313-22 du CME.

Bien acquise dans sa propre jurisprudence<sup>28</sup> et, depuis l'intervention de la chambre mixte<sup>29</sup>, au sein des autres chambres de la Cour de cassation<sup>30</sup> : l'information doit être délivrée à la caution jusqu'à extinction de la dette. Cette solution, rappelée par l'arrêt n° 1142 du 16 novembre 2010, exclut que le banquier cesse de la fournir après la décision statuant définitivement sur le montant des sommes dues. Elle exclut également que l'information

24. Cf. Seconde branche du premier moyen du pourvoi principal annexé à l'arrêt du 3 nov. 2010.

25. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 19 sept. 2007, *Banque & droit* n° 116, nov.-déc. 2007. 30, obs. Th. Bonneau ; *Rev. dr. bancaire et financier* n° 6, nov.-déc. 2007. 44, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin ; D. 2007, *act. jurisp.*, p. 2532, NDLR X. Delpech ; *Rev. trim. dr. com.* 2008. 162, obs. D. Legeais.

26. V. également, Cass. com. 9 févr. 2010, *Banque & droit* n° 131, mai-juin 200. 20, obs. Th. Bonneau ; D. 2010, *act. jurisp.*, p. 578, NDLR X. Delpech ; JCP 2010, éd. E, 1523, n° 21, obs. J. Stofflet ; *Rev. dr. bancaire et financier*, mai-juin 2010, n° 84, p. 41, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin et n° 95, p. 49, obs. Cerles : « Attendu qu'en statuant ainsi alors que la cession de créance effectuée à titre de garantie prend fin sans formalité particulière pour les sommes excédant la créance qui reste due à la banque cessionnaire par le cédant, laquelle s'élevait en l'espèce à la somme de 67 519,02 euros, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

27. Art. 7, Loi préc.

28. Cass. com., 30 nov. 1993, *Banque*, n° 546, mars 1994. 98, obs. J.-L. Guillot ; *Rev. dr. bancaire et bourse*, n° 43, mai-juin 1994. 131, obs. M. Contamine-Raynaud ; Cass. com., 17 mai 1994, *Bull. civ. IV*, n° 176, p. 140 ; *Dr. soc. oct.* 1994, n° 164, note Th. Bonneau ; *Quotidien juridique*, n° 73, 13 sept. 1994. 2 ; Cass. com., 25 avr. 2001 (aff. Malique), *Bull. civ. IV*, n° 76, p. 73 ; *Dr. soc. août-sept.* 2001, n° 125, note Th. Bonneau ; JCP 2001, éd. E, p. 1276, note D. Legeais ; Cass. com. 25 nov. 2008, *Banque & droit* n° 123, janv.-févr. 2009. 23, obs. Th. Bonneau.

29. Cass. chr. mixte, 17 nov. 2006, *Bull. civ.*, n° 9, p. 29 ; *Banque & droit*, n° 112, mars-avr. 2007. 32, obs. Th. Bonneau.

30. Cass. civ. 2, 4 juill. 2007, *Banque & droit* n° 116, nov.-déc. 2007. 31, obs. Th. Bonneau.

cesse après la décision condamnant définitivement la caution au paiement de la dette garantie. Sauf à encourir la sanction prévue par l'article L. 313-22.

La seule sanction qui soit prévue par ce texte est la déchéance des intérêts contractuels. Après avoir décidé le contraire<sup>31</sup>, la Cour de cassation<sup>32</sup> a considéré que cette sanction excluait la responsabilité civile, tout en réservant en même temps, le dol et la faute lourde. La Cour de cassation le rappelle dans son arrêt n° 1141 du 16 novembre 2010 dans une espèce où il est assez évident qu'il n'y avait ni dol ni faute lourde de la part de la banque. Il est en effet difficile de reprocher à une banque d'avoir commis un tel dol ou une telle faute en n'informant pas la caution, ancien associé et ancien dirigeant de la société débitrice, du montant des crédits, fussent-ils inconsiderés, si celle-ci pouvait légitimement croire que la caution était toujours le gérant de la société débitrice. Or, la caution n'avait pas informé la banque créancière qu'il avait cédé ses parts sociales et cessé ses fonctions !

### Responsabilité – Banquier dispensateur de crédit – Devoir de mise en garde – Absence de risque particulier – Connaissances personnelles.

Cass. com. 30 novembre 2010, arrêt n° 1204 F-D, pourvoi n° J 10-10.950, Époux Lier c. Banque populaire Atlantique.

Cass. com. 30 novembre 2010, arrêt n° 1205 F-D, pourvoi n° P 10-30.274, Bremart et a. c. Caisse d'épargne et de prévoyance de Picardie.

- « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si les emprunteurs étaient avertis, et si, dans la négative, la banque avait satisfait à son obligation de mise en garde, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* » (arrêt n° 1204) ;
- « *La banque qui consent à un emprunteur un crédit adapté à ses capacités financières et au risque de l'endettement né de l'octroi du prêt à la date de la conclusion du contrat, n'est pas, en l'absence de risque, tenue à une obligation de mise en garde* » (arrêt n° 1205) ;

**Le motif que la caution ne pouvait pas ignorer que son patrimoine et ses revenus étaient hors de proportion avec l'engagement de caution souscrit est « impropre à dispenser la banque de son obligation de mise en garde de la caution au regard de ses capacités financières et des risques de l'endettement né de l'octroi du prêt » (arrêt n° 1205) ;**

Le devoir de mise en garde au profit de l'emprunteur ne se justifie que s'il existe un risque d'endettement excessif : si un tel risque n'existe pas, le banquier n'est tenu à aucune mise en garde comme le soulignent tant

la première chambre civile<sup>33</sup> que la chambre commerciale<sup>34</sup> de la Cour de cassation. Cette solution, qui est à nouveau consacrée par l'arrêt n° 1205 du 30 novembre 2010, n'est pas consécutive : en effet, si les juges du fond constatent une situation de non-risque, il leur est alors inutile de déterminer la qualité de l'emprunteur – est-il profane ou averti ? – et de vérifier, lorsque l'emprunteur est profane, si la banque a satisfait à son obligation de mise en garde.

Cette approche, consacrée par la chambre mixte de la Cour de cassation dans ses arrêts du 29 juin 2009<sup>35</sup>, est rappelée par la chambre commerciale dans son arrêt n° 1204 du 30 novembre 2010 dans une espèce où les juges du fond avaient cru pouvoir exclure le devoir de mise en garde parce que les emprunteurs étaient des professionnels. Or, on le sait, cette qualité ne participe pas des critères qui permettent de dire si les clients, débiteurs ou cautions, sont avertis ou profanes. Pas plus, comme le montre l'arrêt n° 1205 du 30 novembre 2010, la connaissance personnelle de la caution quant à sa situation financière ne dispense la banque de son devoir de mise en garde. Ce qui est logique puisque, d'une part, la qualité d'averti ou de profane est liée à l'expérience et à la compétence et que d'autre part, le devoir de mise en garde, destiné à attirer l'attention du client sur le risque encouru en raison de son engagement, est une obligation qui est personnelle au banquier. Cette solution n'est pas différente de celle qui refuse de dispenser le banquier de son devoir de mise en garde par la présence d'une personne avertie au côté de l'emprunteur profane<sup>36</sup>. ■

31. Cass. com. 20 oct. 1992, Bull. civ. IV, n° 311, p. 222 ; Dr. soc. janv. 1993, n° 1, note Th. Bonneau ; Banque, n° 535, févr. 1993, 98, obs. J.-L. Guillot ; JCP 1993 éd. E, II, 390, note D. Legeais ; Rev. trim. dr. civ. 1993, 115, obs. J. Mestre, spéc., p. 117 ; Rev. soc. 1993, 415, note Ph. Delebecque ; RJD 2/93, n° 154 ; Rev. trim. dr. com. 1993, 146, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; Rev. dr. bancaire et bourse, n° 38, juill.-août 1993, 168, obs. F. J. Crédot et Y. Gérard.

32. Cass. com. 25 avr. 2001 (aff. Basset), Bull. civ. IV, n° 75, p. 72 ; Dr. soc. août-sept. 2001, n° 125, note Th. Bonneau ; Banque magazine n° 629, oct. 2001, 74, obs. J.-L. Guillot ; Rev. dr. bancaire et financier n° 3, mai-juin 2001, 160, obs. D. Legeais ; JCP 2001, éd. E, p. 1276, note D. Legeais ; D. 2003, som. com. 342, obs. D. R. Martin ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 10 déc. 2002, JCP 2003, éd. G, IV, 1 209 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 févr. 2003, Bull. civ. I, n° 35, p. 28.

33. Comparer L. Dumoulin, obs. sous Cass. Civ. 1, 19 nov. 2009, JCP 2009, éd. G, 509 ; D. Legeais, note sous Cass. civ.1, 19 nov. 2009, JCP 2009, éd. E, 2140.

34. Cass. com. 12 mai 2009, Banque & droit n° 126, juill.-août 2009, 26, obs. Th. Bonneau ; JCP 2009, éd. E, 1700, note D. Legeais ; Cass. com., 7 juill. 2009, Banque & droit, n° 127, sept.-oct. 2009, 26, obs. Th. Bonneau ; JCP 2009, éd. E, 1948, note D. Legeais ; D. 2009, p. 2318, note J. Lasserre Capdeville

35. Cass. chr. mixte, 29 juin 2007, Bull. civ. n° 7 et 8, p. 18 et s. ; Banque & droit, n° 115, sept.-oct. 2007, 31, obs. Th. Bonneau ; JCP 2007, éd. G, 324, obs. B. Parente et II, 10146, note A. Gourio ; D. 2007, act. jurisp., p. 1950, obs. V. Avena-Robardet et p. 2081, note S. Piedelièvre ; D. 2008, pan., p. 878, obs. D. R. Martin ; JCP 2007, éd. E, 2105, note D. Legeais et 2377, n° 33, obs. H. Causse ; Banque n° 695, oct. 2007, 77, obs. J.-L. Guillot et S. Fayner ; Rev. dr. bancaire et financier n° 5, sept.-oct. 2007, 42, obs. F. J. Crédot et Th. Samin ; Rev. trim. dr. com. 2007, 579, obs. D. Legeais. Adde, S. Hocquet-Berg, « Les fournisseurs de crédit à nouveau mis en garde ! », Responsabilité civile et assurances, sept. 2007, Etudes 15.

36. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 30 avr. 2009, Banque & droit, n° 126, juill.-août 2009, 20, obs. Th. Bonneau ; Rev. dr. bancaire et financier juill.-août 2009, n° 117, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin.