

CHRONIQUE

DROIT BANCAIRE



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

TEG. Erreur affectant son calcul – Point de départ du délai de prescription de l'action en nullité du prêt – Charge de la preuve de l'erreur.

Cass. com. 17 mai 2011, arrêt n° 489 FS-P+B, pourvoi n° S 10-17-397, Société Meli hôtel c/ Société UCB entreprises et a., D. 2011, act. p. 1477, obs. V. Avena-Robardet.

• « Mais attendu que l'action en nullité d'un prêt fondée sur une erreur ou un dol résultant de l'erreur affectant la stipulation du taux effectif global se prescrit, dans les relations entre professionnels, dans le délai de cinq ans à compter du jour où l'emprunteur a connu ou aurait dû connaître le vice affectant ce taux ; que s'agissant d'un prêt, le point de départ de cette prescription est la date de la convention ; que par ce motif de pur droit, substitué à ceux critiqués, l'arrêt, qui a constaté que l'action en nullité du prêt conclu le 2 décembre 1992 a été introduite le 18 octobre 2005, se trouve justifié ; que le moyen n'est pas fondé » ;

• « Mais attendu que la cour d'appel a retenu que l'emprunteur ne rapportait pas la preuve, qui lui incombait, de l'erreur dans le calcul du taux effectif global, de sorte que la question de la date à laquelle cette erreur aurait été portée à sa connaissance ne se posait pas ; qu'ainsi, la cour d'appel n'était pas tenue d'effectuer une recherche devenue inopérante ; que le moyen ne peut être accueilli ».

Depuis ses arrêts du 10 juin 2008¹, la chambre commerciale de la Cour de cassation juge qu'à l'égard des professionnels, la prescription de l'action en nullité de la stipulation de la clause relative aux intérêts conventionnels court à compter de la date de la convention, y compris dans l'hypothèse où la mention du TEG est

erronée, et non à compter de la découverte de l'erreur. Cette solution se démarque de celle de l'article 1304 du Code civil qui décide, dans son alinéa 2, que la prescription de l'action en nullité des contrats pour erreur et dol court à compter du jour où ils sont découverts. Aussi est-il tentant de solliciter, non la nullité de la stipulation de la clause, mais la nullité du contrat pour erreur ou dol, même lorsque ce vice du consentement résulte de l'erreur affectant la stipulation du TEG : c'est un moyen pour le professionnel d'échapper à la rigueur des arrêts du 10 juin 2008. Il est toutefois sans portée depuis l'arrêt du 17 mai 2011 puisque la chambre commerciale a aligné le point de départ de la prescription de l'action en nullité du contrat sur celui de l'action en nullité de la stipulation d'intérêt.

Cet alignement n'est pas sans logique puisqu'il permet d'assurer, dans l'hypothèse où le vice du consentement invoqué résulte d'une erreur de calcul du TEG, une solution uniforme nonobstant l'objet de la demande. On peut toutefois se demander si la solution consacrée n'est pas *contra legem* en raison même des dispositions de l'article 1304, même s'il est vrai que la prétention que le contrat est nul pour erreur ou dol en raison de l'existence d'une erreur de calcul du TEG nous paraît quelque peu excessive. Mais la solution résultant de la jurisprudence du 10 juin 2008 nous paraît tout aussi discutable car il nous semble douteux que les professionnels puissent détecter un TEG erroné : de ce point de vue, les professionnels ne nous paraissent pas plus compétents que les consommateurs, même s'il est vrai qu'ils disposent d'une comptabilité et qu'ils peuvent demander à leur comptable de vérifier les TEG.

Cette sévérité jurisprudentielle se prolonge sur le terrain de la charge de la preuve puisqu'il revient aux clients de prouver que le TEG est inexact : cette solution a été retenue par les juges du fond, non désapprouvés par la Cour de cassation dans son arrêt du 17 mai 2011. Elle n'est pas étonnante puisque la jurisprudence du 10 juin 2008 est fondée sur la connaissance réelle ou présumée des clients : ils sont censés connaître le vice affectant le TEG. Aussi est-il logique de considérer qu'il leur revient de prouver l'erreur de calcul.

1. Com., 10 juin 2008, arrêts n° 694 et 696, *Banque & Droit* n° 121, septembre-octobre 2008, 28, obs. Th. Bonneau ; *Rev. dr. bancaire et financier* n° 4, juillet-août 2008, 48, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin ; *Revue Banque* n° 705, septembre 2008, 87, obs. J.-L. Guillot et M. Bocarra ; JCP 2008, éd. E, 2221, note A. Gourio et L. Aynès ; *Rev. trim. dr. com.* 2008, 2008, 604, obs. D. Legeais ; JCP 2008, éd. E, 2461, n° 23 et s., obs. J. Stoufflet. Dans le même sens, Cass. com. 16 mars 2010, n° 132, *Banque & Droit* juillet-août 2010, 20, note Th. Bonneau ; *Rev. dr. bancaire et financier* juillet-août 2010, n° 126, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin ; *Contrats, Conc., Consom.* juin 2010, n° 150, note L. Leveneur.

TEG – Mention écrite – Avenant – Absence de modifications des conditions initiales.

Cass. Com. 31 mai 2011, arrêt n° 523 F-D, pourvoi n° Q 10-15.854, Époux Delorme et a. c/ CRCAM Centre Est et a.

« Mais attendu que l'exigence d'un écrit mentionnant le taux effectif global ne s'applique pas à un avenant, dont l'objet est d'assurer l'étalement du remboursement d'un prêt, sans modification des conditions initiales ; qu'après avoir relevé que l'avenant ne fait que rapporter les caractéristiques du prêt consenti le 29 décembre 1999, l'arrêt retient que les mentions contestées relatives au taux d'intérêt conventionnel sont celles de cet acte, qui sont reproduites dans l'avenant lequel n'a pour but que d'aménager le remboursement du prêt initial ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir qu'en l'absence de novation, un nouveau délai de prescription n'avait pu courir, la cour d'appel, qui n'avait pas à rechercher l'incidence des frais notariés perçus lors de la conclusion de l'avenant, a exactement retenu que M. et Mme Delorme ne pouvaient se prévaloir d'un TEG erroné ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ».

De l'arrêt rendu le 31 mai 2011 par la Cour de cassation, il résulte une distinction. Si l'avenant prévoyant l'étalement du remboursement du capital ne modifie pas les conditions initiales du prêt, il n'est pas soumis à la règle exigeant la fixation écrite du taux effectif global. En revanche, cette règle s'applique si l'avenant modifie lesdites conditions. Cette distinction n'est pas étonnante car elle est déjà faite en matière de prorogation : c'est seulement si le taux de l'intérêt est modifié que la règle de l'écrit s'applique à l'acte de prorogation² ; elle ne l'est pas si le coût du crédit ne varie pas³.

Le lien établi entre la modification des conditions du crédit et la règle de l'écrit se comprend aisément puisque la conclusion de l'avenant conduit à solliciter le consentement de l'emprunteur dont la protection est alors en cause. La question de sa protection ne se pose toutefois pas si les conditions du crédit ne varient pas, ce qui explique que l'on écarte, en ce cas, la nécessité de l'écrit.

Cette solution n'est pas sans conséquence, comme le montre l'arrêt commenté. En effet, en l'absence de modifications des conditions du crédit, la conclusion de l'avenant ne peut pas faire courir un nouveau délai de prescription ; la date de la convention demeure le point de départ de la prescription de l'action en nullité de la stipulation d'intérêt.

2. Cass. com., 15 octobre 1996, Bull. civ. IV n° 232, p. 202 ; Dalloz Affaires n° 41/1996. 1321 ; *Quotidien juridique* n° 88, 31 octobre 1996. 4 ; D. 1997 som. com. 171, obs. L. Aynès.
3. Cass. com., 9 juillet 2002, Bull. civ. IV n° 118, p. 127 ; Banque & Droit n° 86, novembre-décembre 2002. 52, obs. Th. Bonneau ; *Rev. trim. dr. com.* 2002. 713, obs. M. Cabrillac ; *Les Petites Affiches* n° 183, 12 septembre 2002. 9, note E. C. ; *RJDA* 1/03 n° 54, p. 43.

TEG – Frais relatifs à l'assurance incendie – Frais liés à la garantie et non au prêt.

Cass. civ. 1^{re}, 26 mai 2011, arrêt n° 549 F-D, pourvoi n° Y 10-13.861, Époux Petit c/ Caisse régionale de crédit agricole mutuel de Normandie-Seine.

« Attendu que la cour d'appel, devant laquelle ni la nullité de la clause relative aux intérêts conventionnels, ni celle du prêt n'étaient sollicitées, a relevé par motifs adoptés, d'une part, que les frais relatifs à l'assurance incendie résultaient de l'obligation pour l'emprunteur de constituer une garantie suffisante à l'égard du prêteur et ne participaient pas des frais d'octroi du prêt, de sorte que celui-ci n'était pas subordonné à la souscription d'une telle assurance, d'autre part, que le décompte présenté par la banque n'avait pas fait l'objet de contestation autre que celle relative au calcul du TEG, de sorte que la contestation dont se prévaut la sixième branche du moyen était irrecevable pour avoir été présentée postérieurement à l'audience d'orientation devant le juge de l'exécution ; que le moyen, inopérant en sa sixième branche, n'est pas fondé en ses autres branches ».

Les frais relatifs à l'assurance incendie doivent-ils être pris en compte dans le calcul du taux effectif global ? La réponse est assurément positive si l'assurance est une condition du crédit : la Cour de cassation a retenu cette solution dans son arrêt du 24 novembre 2004⁴. Elle est en revanche négative si l'assurance incendie n'a pas conditionné l'octroi du crédit, comme le montre l'arrêt du 26 mai 2011. L'arrêt commenté n'est toutefois pas totalement convaincant car on peut penser que la garantie, à laquelle l'assurance incendie est rattachée, a conditionné l'octroi du crédit. Aussi sommes-nous septiques lorsque les juges du fond indiquent que « les frais relatifs à l'assurance incendie résultaient de l'obligation pour l'emprunteur de constituer une garantie suffisante à l'égard du prêteur et ne participaient pas des frais d'octroi du prêt, de sorte que celui-ci n'était pas subordonné à la souscription d'une telle assurance ».

Cette motivation, même si elle n'est pas celle de la Cour de cassation, crée un doute quant à la pertinence de l'arrêt du 26 mai 2011. Nous convenons toutefois aisément que c'est le débat judiciaire lui-même qui était mal « ficelé », en raison même des demandes des débiteurs qui sollicitaient la déchéance du droit aux intérêts en raison du caractère erroné du TEG alors que cette erreur ne peut conduire qu'à la nullité de la stipulation de la clause relative aux intérêts conventionnels⁵ et à la substitution du taux légal au taux d'intérêt conventionnel⁶.

4. Cass. civ. 1^{re}, 23 novembre 2004, Banque & Droit n° 100, mars-avril 2005. 46, obs. Th. Bonneau.
5. Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 2007, Banque & Droit n° 115, septembre-octobre 2007. 28, obs. Th. Bonneau ; *JCP* 2007, éd. E, 2377, n° 30, obs. N. Mathey : « la sanction de la nullité de la clause relative aux intérêts conventionnels du prêt est également applicable en cas de mention d'un taux effectif global erroné ».
6. Cass. civ. 1^{re}, 13 mars 2007, Bull. civ. I n° 116 p. 101 ; Banque & Droit n° 115, septembre-octobre 2007. 28, obs. Th. Bonneau.

Prêt – Notion de dette conforme aux stipulations contractuelles – Capital restant dû – Capital emprunté.

Cass. civ. 1^{re}, 28 avril 2011, arrêt n° 403 F-D, pourvoi n° G 08-10.918, Cillario c/ Société GE Money Bank.

« Qu'en statuant ainsi, alors que le plafonnement des échéances initialement fixées, dont il n'était pas contesté qu'elles avaient été régulièrement payées jusqu'au changement de taux, ne pouvait justifier que le capital restant dû soit plus élevé que le montant du capital emprunté, la cour d'appel a violé » l'article 1147 du Code civil.

Le capital restant dû peut-il être supérieur au capital emprunté ? La question paraît incongrue tant la réponse semble s'imposer : le capital restant dû ne peut pas être supérieur au capital emprunté. Il peut d'autant moins l'être si des remboursements sont intervenus car, en ce cas, une partie du capital, même infime, a été remboursée, de sorte que le capital restant dû est nécessairement inférieur au capital emprunté. C'était pourtant la solution inverse que la cour d'appel d'Aix-en-Provence avait consacrée dans sa décision du 31 octobre 2007 : celle-ci est cassée à juste titre par la première chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt du 28 avril 2011.

À juste titre car le capital restant dû ne peut pas être supérieur au capital emprunté même si, en cours de prêt, est opérée une substitution de taux d'intérêt, ce qui était le cas en l'espèce, le taux d'intérêt ajustable ayant été remplacé par un taux d'intérêt fixe. Cette substitution est sans incidence car elle concerne non pas le montant emprunté, mais la rémunération et donc les intérêts. Le montant emprunté ne peut donc pas être accru à la suite d'une modification de taux d'intérêt. Il l'avait été pourtant dans l'espèce à l'origine de l'arrêt commenté puisque le tableau d'amortissement, établi lors de cette substitution, avait fait apparaître « un capital restant dû de 1 404 467, 98 francs supérieur au capital emprunté de 1 390 000 francs ». La cour d'Aix-en-Provence avait néanmoins considéré, dans sa décision du 31 octobre 2007, que la banque n'avait pas, lors de la substitution, fait peser sur l'emprunteur « une dette non conforme aux stipulations contractuelles » au motif que l'accroissement de la dette « procédait de ce que les échéances de remboursement contractuellement plafonnées par application de l'article 4 II-A-2 des conditions générales s'étaient avérées insuffisantes, compte tenu de la hausse du TIOP (taux interbancaire offert à Paris), à assurer le règlement des seuls intérêts du capital ». Cette motivation est censurée par la Cour de cassation qui reproche aux juges du fond d'avoir violé l'article 1147 du Code civil au motif que « le plafonnement des échéances initialement fixées, dont il n'était pas contesté qu'elles avaient été régulièrement payées jusqu'au changement de taux, ne pouvait justifier que le capital restant dû soit plus élevé que le montant du capital emprunté ».

Un plafonnement d'échéance est en effet sans incidence sur le montant du capital emprunté, car même plafonnée, une échéance comporte deux éléments : une part de capital et des intérêts, ce qui explique le motif de cassation et ce qui invite à ne pas l'interpréter *a contrario*. Il serait faux de déduire de l'arrêt commenté qu'un défaut de remboursement pourrait justifier un capital restant dû d'un montant supérieur au montant du capital emprunté.

À moins, bien sûr, que le contrat prévoit que les intérêts non payés se capitalisent et s'intègrent pour cette raison au montant du capital restant dû. Mais cette capitalisation est une raison bien différente d'un simple plafonnement d'échéances régulièrement payées !

Prêt – Prescription – Action préventive – Intérêt à agir – Consistance du patrimoine.

Cass. civ. 1^{re}, 9 juin 2011, arrêt n° 614 F-P+B+I, pourvoi n° E 10-10. 348, CRCAM de la Corse c/ Chiodi.

« Mais attendu qu'après avoir exactement retenu que, même en dehors de tout litige, Mme Giovanni avait intérêt à faire constater la prescription de la créance de la banque afin de lui permettre de connaître la consistance exacte du patrimoine dont elle avait hérité et l'étendue des droits dont elle pouvait disposer compte tenu des hypothèques garantissant cette créance, c'est à bon droit que la cour d'appel a déclaré l'action recevable ».

Dès lors qu'il est actionné en paiement, le débiteur est tenté de s'y soustraire par tous moyens : la prescription est l'un d'eux. En ce cas, son intérêt à l'invoquer n'est pas contestable. En revanche, lorsque aucune demande en paiement n'a été formulée par le créancier, l'intérêt du débiteur à agir en vue de faire constater l'acquisition de la prescription ne s'impose pas a priori avec évidence.

En effet, l'article 31 du Code de procédure civile exige du demandeur un intérêt né et actuel, et donc un intérêt qui ne soit ni éventuel ni hypothétique⁷. Cette exigence, qui fait référence à l'existence d'un litige, rend difficile la recevabilité des actions préventives⁸, notamment des actions déclaratoires qui sont celles qui ont « pour but de faire déclarer judiciairement l'existence ou l'inexistence d'une situation juridique »⁹. Le droit français n'admet d'ailleurs pas « la pure action déclaratoire, c'est-à-dire celle qui aurait pour finalité de demander une simple consultation aux juges et qui serait totalement détachée de la notion d'intérêt [...] ». En revanche, la doctrine et la jurisprudence sont assez ouvertes à la recevabilité des actions qui, alors même qu'elle ne ferait pas référence à un litige déjà institué, s'appuient sur un intérêt certain né et actuel. L'intérêt à agir peut dans ce cas être valablement constitué par la nécessité sérieuse de lever un doute sur une situation patrimoniale ou extrapatrimoniale déterminante pour le demandeur¹⁰.

La Cour de cassation confirme cette solution dans son arrêt du 9 juin 2011. En l'espèce, pour faire obstacle à la demande de l'une de ses clientes dont le mari était décédé, la banque avait prétendu que l'action, qui tendait à faire constater l'acquisition de la prescription, était irrecevable puisqu'elle n'avait formulé aucune demande en paiement de sorte qu'aucun litige n'existait. Mais cette prétention ne pouvait pas prospérer puisque la demanderesse avait un intérêt à faire lever le doute sur la consistance exacte

7. Y. Desvives, Action en justice. Recevabilité. Conditions subjectives. Intérêt, *Juriclasser Procédure civile*, spéc. n° 39.

8. Sur les actions préventives, v. également, N. Cayrol, Action en justice, *Répertoire de procédure civile*, n° 311 et s., n° 488 et s.

9. Desvives, art. préc., n° 48.

10. *Ibid.* n° 49 et 50.

du patrimoine dont elle héritait et sur l'entendue de ses droits. Aussi est-ce sans surprise que la Cour confirme la recevabilité de l'action en vue de faire constater l'acquisition de la prescription.

Prêt – Diligence du banquier – Contrat de construction de maison individuelle – Attestation de garantie-livraison – Partage de responsabilité avec le maître de l'ouvrage.

Cass. civ. 3^e, 25 mai 2011, arrêt n° 594 FS-P+B, pourvoi n° K 10-10.905, Époux Rotger c/ société Caisse de crédit mutuel de Revin.

« Qu'en statuant ainsi, alors que le maître de l'ouvrage n'est pas tenu de s'assurer de la délivrance de l'attestation de garantie de livraison pour l'obtention d'un prêt destiné à financer un contrat de construction de maison individuelle avec fourniture de plan, la cour d'appel a violé » l'article L. 231-10 du Code de la construction et de l'habitation, ensemble l'article 1147 du Code civil.

Selon l'article L. 231-10 du Code de la construction et de l'habitation, aucun prêteur « ne peut débloquer les fonds s'il n'a pas eu communication de l'attestation de garantie de livraison ». Le déblocage des fonds est donc subordonné à une condition : la remise de l'attestation de garantie de livraison. Cette condition traduit l'existence d'une obligation qui est personnelle au banquier. Il en est ainsi en raison même de la lettre du texte précité qui ne fait nullement référence au maître de l'ouvrage. Il en est également ainsi en raison de l'objectif poursuivi : cette condition constitue un verrou destiné à protéger le maître de l'ouvrage qui s'est endetté pour financer la construction à laquelle il fait procéder. Pour ces raisons, on conçoit mal que le maître de l'ouvrage puisse être, directement ou indirectement, rendu responsable du défaut de communication au banquier de l'attestation de garantie de livraison.

Dans son arrêt du 24 novembre 2009, la cour d'appel de Douai l'avait pourtant pensé. Elle avait en effet considéré, pour retenir une responsabilité seulement partielle – à hauteur de 50 % – du prêteur, que « si le prêteur aurait dû rappeler au maître de l'ouvrage la nécessité de s'enquérir auprès du constructeur d'une garantie de livraison avant tout déblocage des fonds pour les travaux de construction entre les mains de l'emprunteur et aurait dû exiger la remise des justificatifs de cette garantie avant de libérer les fonds, le maître de l'ouvrage avait un devoir de vigilance sur l'opération en cause et il ne pouvait se décharger sur le banquier de ses propres obligations d'avoir à solliciter du constructeur l'attestation de garantie légalement prévue avant l'ouverture du chantier et à la remettre au prêteur préalablement à toute demande de fonds, qu'il ressort donc de ces circonstances que ni les maîtres d'ouvrage ni le prêteur n'ont rempli leurs obligations, d'où une absence de garantie supportée par les maîtres de l'ouvrage confrontés à la défaillance du constructeur ». La cour avait ainsi fait poser, à la charge du maître de l'ouvrage, une obligation qui est personnelle au banquier. Ce qui explique que la Cour de cassation ait visé, dans son arrêt du 25 mai 2011, l'article L. 231-10 du Code de la construction et de l'habitation pour casser la décision du 24 novembre 2009

et ait énoncé que « le maître de l'ouvrage n'est pas tenu de s'assurer de la délivrance de l'attestation de garantie de livraison pour l'obtention d'un prêt destiné à financer un contrat de construction de maison individuelle avec fourniture de plan ». Le banquier est donc seul en cause en ce qui concerne la garantie de livraison. Il doit en obtenir communication avant de débloquer les fonds. À défaut, il engage sa responsabilité. La portée de cette solution ne doit toutefois pas être exagérée.

En effet, d'une part, cette obligation ne porte que sur l'existence de la garantie de livraison : le contrôle du banquier est formel de sorte qu'il n'a pas à vérifier la réalisation des conditions suspensives qui affecteraient la garantie de livraison. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation dans un arrêt du 26 septembre 2007¹¹. D'autre part, la garantie de livraison couvre le maître de l'ouvrage uniquement contre les risques d'inexécution ou de mauvaise exécution des travaux. En conséquence, comme l'a admis la Cour de cassation dans un arrêt du 12 septembre 2007¹², les fonds correspondants au prix d'achat du terrain, qui doivent être distingués des fonds finançant le coût de la construction, peuvent être débloqués avant la réception de l'attestation de garantie de livraison.

Cession Dailly – Sous-traitance – Conflit entre le cessionnaire et le sous-traitant – Loi applicable – Loi de police.

Cass. com. 27 avril 2011, arrêt n° 414 FS-P+B, pourvoi n° M 09-13.524, Crédit Lyonnais et a. c/ Société Urmet et a., D. 2011, p. 1277, obs. X. Delpech et p. 1654, note Y-E. Le Bos.

« Attendu que, pour dire que les cessions de créances consenties par la société CS Telecom aux banques étaient inopposables à la société Urmet en application de l'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975 et confirmer la condamnation de la société Telecom Italia au paiement direct de la somme restant due à cette dernière, l'arrêt retient que cette loi étant une loi de protection du sous-traitant et de sauvegarde de l'organisation économique du pays, elle doit être considérée comme une loi de police ; attendu qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser l'existence d'un lien de rattachement de l'opération avec la France au regard de l'objectif de protection des sous-traitants poursuivi par le texte précité, la cour d'appel a privé sa décision de base légale » au regard de l'article 3 du Code civil, ensemble l'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975 et l'article 7, paragraphe 2, de la Convention de Rome du 19 juin 1980.

En droit français¹³, le conflit entre le banquier cessionnaire Dailly et le sous-traitant est tranché en faveur du second : le sous-traitant prime le banquier cessionnaire Dailly. Cette solution, consacrée par la jurispru-

11. Cass. civ. 3^e, 26 septembre 2007, Banque & Droit n° 117, janvier-février 2008, 23, obs. Th. Bonneau.

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

13. Th. Bonneau, *Droit bancaire*, 9^e éd. 2011, Montchrestien, n° 607.

dence¹⁴, se fonde sur les dispositions de l'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975¹⁵ qui, en décidant dans son alinéa 1 que « l'entrepreneur principal ne peut céder ou nantir les créances résultant du marché ou du contrat passé avec le maître de l'ouvrage qu'à concurrence des sommes qui lui sont dues au titre des travaux qu'il effectue personnellement », interdit¹⁶ la mobilisation de la créance portant sur les travaux sous-traités. Cette règle comporte néanmoins une exception ; l'entrepreneur peut, selon l'alinéa 2 du même texte, qui renvoie à l'article 14, céder ou nantir le montant total de sa créance sur le maître de l'ouvrage s'il a obtenu préalablement et par écrit le cautionnement personnel et solidaire d'un établissement agréé.

Ces textes ont naturellement vocation à s'appliquer lorsque les faits ne comportent aucun élément d'extranéité. Toutefois, bien souvent, ils en comportent, soit que les parties – le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur principal et le sous-traitant – ne relèvent pas du même droit, soit qu'ils aient décidé de soumettre leurs contrats à une loi autre que la loi française, étant observé que des lois différentes peuvent régir le contrat conclu entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal d'une part, et le contrat conclu entre le second et le sous-traitant d'autre part. La difficulté est d'ailleurs d'autant plus grande qu'il n'existe aucun rapport contractuel entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant alors que, dans le même temps, la loi du 31 décembre 1975 reconnaît, dans son article 12¹⁷, au second une action directe contre le premier. Aussi peut-on hésiter, non seulement en ce qui concerne le choix du critère de rattachement, mais également en ce qui concerne le terrain, contractuel ou délictuel, à retenir pour déterminer la loi applicable à l'action directe. Cette question est à l'évidence importante lorsque le sous-traitant est en conflit avec le banquier cessionnaire Dailly ; il ne peut l'emporter, et par voie de conséquence, évincer le banquier cessionnaire Dailly, qui si la loi française est applicable.

Les auteurs paraissent s'accorder sur l'approche à retenir, à savoir l'approche contractuelle. Ils divergent toutefois dans le choix de la loi applicable, certains auteurs faisant prévaloir la loi applicable au contrat de sous-traitance alors que d'autres optent pour la loi du contrat conclu entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal¹⁸. Cette divergence est toutefois sans portée si la loi contractuellement choisie, par hypothèse étrangère, est écartée parce que des dispositions d'une loi française – en l'occurrence, la loi du 31 décembre 1975

– peuvent être considérées comme une loi de police. La première chambre civile de la Cour de cassation ne l'avait pas pensé dans son arrêt du 23 février 2007¹⁹ : « l'article 12 de la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance n'[est] pas une loi de police ». Mais, dans un arrêt du 30 novembre 2007²⁰, la chambre mixte de la Cour de cassation a décidé le contraire : « Attendu que l'arrêt a décidé à bon droit que, s'agissant de la construction d'un immeuble en France, la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, en ses dispositions protectrices du sous-traitant, est une loi de police au sens des dispositions combinées de l'article 3 du Code civil et des articles 3 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles »²¹.

Cette solution a été généralement critiquée en doctrine²², notamment en raison du critère de rattachement utilisé : la construction réalisée en France. Il est vrai que l'on a fait remarquer que d'autres critères, comme l'établissement du sous-traitant en France²³, ne sont pas très satisfaisants : « la protection des seuls sous-traitants établis en France serait en effet susceptible de créer une distorsion de concurrence entre les entreprises intervenant comme sous-traitants sur un même chantier, et ainsi porter atteinte aux règles de la libre concurrence »²⁴. Mais le critère résidant dans la construction réalisée en France ne l'est pas plus eu égard aux objectifs – la protection des sous-traitants et la sauvegarde de l'économie française – de la loi du 31 décembre 1975 car « la sauvegarde de l'ordre économique ne dépend pas du lieu de la construction immobilière. Seule la situation des constructeurs, entrepreneur et sous-traitants est significative à cet égard »²⁵. Ces critiques paraissent toutefois mineures au regard de celles qui ont conduit les auteurs à estimer qu'il était inutile²⁶ ou inexact²⁷ de qualifier la loi de 1975 de loi de police.

Ces critiques n'ont pourtant pas convaincu la cour d'appel de Paris qui, dans un arrêt du 12 février 2009, rendu après une première cassation²⁸, a considéré que la loi du 31 décembre 1975 devait s'appliquer, en tant que loi de police : en l'espèce, le sous-traitant, de droit italien, était en droit d'obtenir du maître de l'ouvrage, également de droit italien, le paiement de sa créance alors même qu'elle avait été cédée, par bordereau Dailly, à des banques par l'entrepreneur principal, qui est de droit français. Cette solution a été consacrée alors que les faits présentaient bien des différences avec ceux à l'origine

14. Cass. com., 22 novembre 1988, Bull. civ. IV, n° 317, p. 213 ; Rev. jurisp. com., 1989, 252, note Ch. Gavalda ; D. 1989. J. 212, note A. Bénabent ; D. 1989. som. com. 189, obs. M. Vasseur ; Banque n° 491, février 1989, 211, note J.-L. Rives-Lange ; Rev. trim. dr. com., 1989, 481, obs. M. Cabrillac et B. Teysié ; Cass. Civ. 3^e, 18 mars 1992, Bull. civ. III, n° 97, p. 57.

15. Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

16. La cession n'est pas nulle, mais est limitée au montant des travaux qui n'ont pas été sous-traités (v. Cass. Com., 1^{er} décembre 1992, Bull. civ. IV, n° 380, p. 268 ; Rev. trim. dr. com., 1993, 347, obs. M. Cabrillac et B. Teysié).

17. Art. 12, al. 1, loi du 31 décembre 1975, préc. : « le sous-traitant a une action directe contre le maître de l'ouvrage si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après être mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance [...] ».

18. Sur ces opinions doctrinales, v. W. Boyault et S. Lemaire, note sous Cass. mixte, 30 novembre 2007, D. 2008, p. 753 et s., spéc. p. 756 et les notes 20 et 21 ; P. Berlioz, note sous Cass. mixte, 30 novembre 2007, JCP 2008, éd. E, 1201, spéc. p. 25.

19. Cass. civ. 1^{re}, 23 janvier 2007, D. 2007, p. 2008, note E. Boryzewicz et J.-M. Loncle et p. 2568, note S. Bollée ; Rev. droit imm. 2007, 418, note H. Périnet-Marquet.

20. Cass. ch. Mixte, 30 novembre 2007, JCP 2008, éd. E, 1201, note P. Berlioz et éd. G, II, 10000, note L. D'Avout ; D. 2008, p. 753, note W. Boyault et S. Lemaire.

21. Sur les lois de police dans le Règlement Rome I du 27 juin 2008, v. Bonneau, Droit bancaire, op. cit., n° 105 et s.

22. V. D'Avout, Boyault et Lemaire, Berlioz, notes préc.

23. Berlioz, note préc., spéc. p. 24 ; Boyault et Lemaire, note préc. spéc. p. 755.

24. Berlioz, note préc. spéc. p. 24.

25. Boyault et Lemaire, note préc. spéc., pp. 754-755.

26. Ibid., spéc. p. 755.

27. V. la sévère critique de Louis D'Avout, note préc. qui conteste la qualification de loi de police aussi bien sur le terrain contractuel que sur le terrain délictuel.

28. Cass. com. 19 décembre 2006, Bull. civ. IV n° 251, p. 276 : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'obligation faite à l'entrepreneur principal de ne céder les créances résultant du marché ou du contrat passé avec le maître de l'ouvrage qu'à concurrence des sommes qui lui sont dues au titre des travaux qu'il effectue personnellement résulte de l'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975 et que ces prescriptions ne peuvent être valablement opposées aux banques cessionnaires qu'à la condition que la loi française soit applicable au contrat liant le cédant, la société CS Telecom, et le « sous-traitant », la société Urmet, la cour d'appel a violé l'article 3 du Code civil et l'article 13-1 de la loi du 31 décembre 1975 ».

de l'arrêt du 30 novembre 2007, celui-ci concernant un maître d'ouvrage et un sous-traitant de droit français – l'entrepreneur principal étant de droit allemand – et une construction réalisée en France. Ce qui n'était pas le cas dans l'espèce à l'origine de l'arrêt du 27 avril 2011, le contrat principal étant un contrat de fourniture de matériel de télécommunication. Aussi n'est-il pas étonnant que la Cour de cassation, dans cette décision, censure les juges du fond au motif qu'ils n'ont pas caractérisé « l'existence d'un lien de rattachement de l'opération avec la France au regard de l'objectif de protection des sous-traitants poursuivis » par la loi du 31 décembre 1975.

Un tel motif montre que la chambre commerciale ne remet pas en cause le principe même de la solution : la loi du 31 décembre 1975 est une loi de police. Cette loi ne peut toutefois être appliquée que si un élément de fait permet de rattacher l'opération de sous-traitance à la France, ce que ne pense pas la Cour de cassation au vu des éléments factuels qui lui ont été soumis. À juste titre car si l'opération principale de fabrication des matériels de télécommunication est située en France, les travaux sous-traités sont sans doute – on peut le penser même si l'arrêt commenté ne le précise pas – exécutés en Italie de sorte que le sous-traitant n'est ni la partie faible travaillant en France et protégée à ce titre par la loi française, ni un acteur considéré « en tant que maillon essentiel de l'économie française, créateur d'emplois en France »²⁹. Le sous-traitant italien n'a ainsi aucun lien de rattachement avec la France. Aussi ne peut-il pas prétendre à l'application de la loi du 31 décembre 1975, ni à la jurisprudence qui se fonde sur celle-ci pour faire prévaloir le sous-traitant sur les banquiers cessionnaires Dailly.

Responsabilité – Banquier dispensateur de crédit – Devoir de mise en garde – Déloyauté du client.

Cass. civ. 1^{re}, 26 mai 2011, arrêt n° 548 F-D, pourvoi n° X 10-11.284, société Socram banque c/ Thiou.

« Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que l'emprunteur qui n'avait déclaré aucune charge, avait mentionné sa profession, son salaire et avait fourni un contrat de travail alors qu'il était en réalité sans emploi et déjà en situation de surendettement de sorte qu'il ne pouvait être reproché à la société de crédit d'avoir accordé un prêt excessif eu égard aux véritables ressources et charges de l'emprunteur dissimulées par ce dernier, compte tenu du caractère erroné des informations par lui fournies, la cour d'appel a violé » l'article 1147 du Code civil.

Toute information inexacte susceptible d'influer sur la décision du banquier de consentir ou de refuser le crédit sollicité par un client non averti³⁰ caractérise une

29. Berlioz, note préc. spéc. p. 24.

30. Voir récemment : Cass. com. 31 mai 2011, arrêt n° 521 F-D, pourvoi n° P 09-71.509, Caisse d'épargne et de prévoyance Rhône-Alpes c/ Hirsowitz, veuve Feige : « Mais attendu qu'après avoir relevé que Mme Feige exerçait la profession de pharmacien et qu'elle avait contracté des emprunts, notamment pour l'achat de son officine ou pour des acquisitions immobilières, l'arrêt retient qu'elle ne peut être considérée comme un emprunteur averti au regard de l'opération financée et qu'il n'est pas établi qu'elle avait une connaissance exacte du projet professionnel financé ni des opérations financières effectuées

déloyauté du second le privant de la protection résultant du devoir de mise en garde qui pèse sur le premier³¹. La dissimulation peut concerner l'existence de crédits en cours de remboursement³², la composition du patrimoine³³ ou encore l'existence d'un apport personnel³⁴. Elle peut être plus générale, comme dans l'espèce à l'origine de l'arrêt du 26 mai 2011, le client ayant dissimulé son chômage et sa situation de surendettement. Dans tous les cas, la dissimulation est fautive – on peut parler de déloyauté même si l'arrêt commenté ne le dit pas –, ce qui interdit au client de reprocher au banquier de ne pas l'avoir mis en garde.

Cette solution, inaugurée dans un arrêt du 30 octobre 2007³⁵ et réitérée maintes fois³⁶, notamment dans l'arrêt du 26 mai 2011, ne peut être qu'approuvée. En effet, 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. ■

par son mari dans ce cadre ».

31. Voir récemment : Cass. com. 17 mai 2011, arrêt n° 470 F-D, pourvoi n° S 10-14.936, Rigail c/ BNP Paribas : « attendu qu'en se déterminant par de tels motifs impropres à établir que la caution était avertie et, dans la négative, si la banque n'était pas tenue à son égard d'un devoir de mise en garde, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

32. Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 2007, Bull. civ. IV n° 330 p. 291 ; Banque & Droit n° 117, janvier-février 2008. 27, obs. Th. Bonneau ; JCP 2007, éd. E, 2576, note D. Legeais et éd. G, 10055, note A. Gourio.

33. Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2009, Banque & Droit n° 127, septembre-octobre 2009. 25, obs. Th. Bonneau.

34. Cass. civ. 1^{re}, 8 décembre 2009, Banque & Droit n° 130, mars-avril 2010. 35, obs. Th. Bonneau.

35. Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 2007, arrêt préc.

36. Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2009 et 8 décembre 2009, arrêts préc.