

CHRONIQUE

DROIT BANCAIRE



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

Lettre de change – Escompte – Contrepassation – Droit de refuser un effet à l'escompte.

Cass. com. 21 février 2012, arrêt n° 241 F-D, pourvoi n° J 10-27.625, Société intercontinentale d'expertise comptable de révision et conseils en gestion-intercogest et a. c/ SNVB.

« Mais attendu qu'après avoir énoncé qu'une banque a le droit de refuser de prendre à l'escompte des effets de commerce dont elle estime qu'ils présentent un risque, c'est sans inverser la charge de la preuve que la cour d'appel a décidé qu'il incombait à la société de démontrer que la banque avaient contre-passé ces effets de manière anormalement tardive et retenu, par une appréciation souveraine des éléments du débat, que cette preuve n'était pas apportée ».

Dès lors qu'ils n'ont contracté aucun engagement spécifique quant à l'escompte des effets de commerce et parce qu'il n'y a pas de droit au crédit¹, les banquiers ont le droit faire un tri parmi les effets présentés à l'escompte par leurs clients² et de refuser de prendre à l'escompte des effets dont ils estiment qu'ils présentent un risque³. Cette solution, qui est rappelée par la Cour de cassation dans son arrêt du 21 février 2012, ne paraît toutefois pas appliquée de manière convaincante car s'il y a contrepassation, c'est parce qu'un crédit a été définitivement consenti. À moins bien sûr d'admettre un « droit de repentir » sur le modèle de celui concernant les effets de commerce impayés qui ont été automatiquement contrepassés, le banquier annulant cette écriture au motif qu'il n'a pas réellement voulu contrepasser⁴. En d'autres termes, l'effet de commerce litigieux aurait été, en l'espèce,

automatiquement escompté, cet escompte ne traduisant pas la volonté définitive du banquier d'accepter l'effet à l'escompte de sorte que celui-ci peut en opérer la contrepassation à la condition que cette dernière ne soit pas anormalement tardive : cette condition est logique pour éviter de laisser naître une apparence de crédit.

Cette interprétation de l'arrêt commenté est sans doute celle qui s'impose. On peut toutefois regretter le manque d'explication factuelle qui est préjudiciable à sa bonne compréhension !

Chèques – Opposition – Vol – Dépossession involontaire.

Cass. com. 21 février 2012, arrêt n° 237 F-D, pourvoi n° P 11-11.441, Mengi c/ Sikyurek et a.

« Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que, dans ses écritures, Mme Sikyurek admettait elle-même avoir remis le chèque litigieux à M. Sikyurek qui en était bénéficiaire, ce dont il résultait, qu'indépendamment des conditions dans lesquelles M. Mengi avait pu entrer en possession de ce titre, indifférentes à la solution du litige, l'opposition pratiquée par Mme Sikyurek, qui n'en avait pas été volontairement dépossédée, n'était pas licite, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé » l'article L. 131-35 du Code monétaire et financier.

L'arrêt rendu le 21 février 2012 rejoint l'arrêt du 18 février 2004⁵, en fait comme en droit. En fait car le chèque avait été remis sans indication de bénéficiaire et avait été égaré par la personne qui l'avait reçu. En droit car la Cour de cassation rappelle qu'en raison de la remise initiale, il n'y a pas de dépossession involontaire. En d'autres termes, la perte du chèque postérieurement à sa remise ne peut pas justifier l'opposition.

1. Cass. Ass. Plén., 9 oct. 2006, Bull. civ., n° 11, p. 27 ; JCP 2006, éd. G, II, 10175, note Th. Bonneau, et éd. E, 2618, note A. Viandier, 1679, n° 19, obs. N. Mathey ; Banque & Droit n° 111, janv.-févr. 2007 ; 25, obs. Th. Bonneau ; D. 2006, act. jurisp. 2525, obs. X. Delpech ; D. 2006, J, 2933, note Houtcieff ; D. 2007, pan. p. 758, obs. D.-R. Martin ; Rev. dr. banc. et fin. n° 6, nov.-déc. 2006, 13, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin ; Rev. trim. dr. com. 2007, 207, obs. D. Legeais.
2. Sur le droit d'opérer un tri parmi les effets présentés à l'escompte, v. Cass. com. 22 avr. 1980, Bull. civ. IV n° 162 p. 127.
3. Sur l'incidence des textes relatifs aux discriminations, v. Th. Bonneau, Droit bancaire, 9^e éd., 2011, Montchrestien, n° 490.
4. V. Th. Bonneau, op. cit., note 407, p. 321.

5. Cass. com. 18 févr. 2004, Banque & Droit n° 95, mai-juin 2004, 49, obs. Th. Bonneau.

Chèque sans provision – Information à délivrer avant de refuser le paiement.

Cass. Com. 7 février 2012, arrêt n° 144 F-D, pourvoi n° Q 10-27.078, Patras c/ Banque Populaire de l'Ouest

« Mais attendu qu'il incombe seulement à l'établissement de crédit de prouver, lorsqu'il délivre par courrier l'information requise par l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier, qu'il l'a adressée au tireur du chèque avant le rejet du chèque en cause; qu'ayant retenu, par une appréciation souveraine des pièces et éléments de preuve produits au débat, que, par une lettre du 26 septembre 2008 que M. Patras ne dénie pas avoir reçue, la banque l'a informé des conséquences d'un rejet éventuel du chèque émis et qu'il ressort d'un courrier de M. Patras à la banque que chèque a été rejeté au début du mois d'octobre 2008, de sorte que la lettre du 26 septembre 2008 de la banque constituait bien une mise en garde préalable, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

Le refus de payer un chèque sans provision ne peut intervenir qu'après une information du titulaire du compte des conséquences du défaut de provision. Cette information, qui est prévue par l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier, doit être spéciale et préalable, en ce sens qu'elle doit être liée au refus que le banquier envisage d'opposer. La Cour de cassation le rappelle dans son arrêt du 7 février 2012, étant observé que l'appréciation du contenu de la lettre de mise en garde relève du pouvoir souverain des juges du fond.

Cette solution n'est pas sans conséquence. En particulier, une information donnée lors de l'ouverture du compte, indépendamment de tout incident de paiement, est insuffisante⁶. Et s'il y a plusieurs chèques, chaque titre doit faire l'objet d'un avertissement précis comme l'a indiqué la Cour de cassation dans son arrêt du 30 septembre 2008⁷.

TEG – Prescription – Point de départ – Erreurs décelées par la lecture de l'acte.

Cass. com. 7 février 2012, arrêt n° 148 F-D, pourvoi n° C 11-10.833, Époux Mahé c/ Caisse régionale de crédit agricole mutuel, JCP 2012, 489, note J. Lasserre Capdeville.

Cass. civ. 1^{re}, 23 février 2012, arrêt n° 231 F-D, pourvoi n° B 10-27.572, Époux Charbonnier c/ Caisse d'épargne Alpes Provence Côte d'Azur.

• « Mais attendu qu'il résulte des dispositions des articles 1304, 1907 du Code civil et L. 313-2 du Code de la consommation qu'en cas d'octroi d'un crédit à un consommateur ou à un non-professionnel, la prescription de l'action en nullité de la stipulation de l'intérêt conventionnel engagée par celui-ci en raison d'une erreur affectant le taux effectif global court, de même que l'exception de nullité d'une telle stipulation contenue dans un acte de prêt ayant reçu un commencement d'exécution, à compter du jour où l'emprunteur a connu ou aurait dû connaître cette erreur, qu'ainsi le point de départ de la prescription est la date de la convention lorsque l'examen de sa teneur permet de constater l'erreur; qu'après avoir énoncé que la stipulation d'un TEG erroné

correspond à une nullité relative et obéit à la prescription quinquennale de l'article 1304 du Code civil qui ne court qu'à compter du jour de l'acte argué de nullité ou de la découverte de l'erreur affectant le TEG, l'arrêt retient que les libellés des conditions particulières de l'offre de prêt du 26 août 1994, faisaient apparaître par leur seule lecture que les souscriptions de parts sociales n'étaient pas intégrées dans le calcul du TEG, ni les autres éléments du TEG invoqués par les emprunteurs et qu'il en était de même pour les actes authentiques de prêt; qu'ayant ainsi fait ressortir que l'examen de la teneur de la convention permettait de constater l'erreur, ce dont il résultait que le point de départ de la prescription était la date des contrats de prêts, la cour d'appel a, abstraction faite des motifs surabondants critiqués aux première et deuxième branches, légalement justifié sa décision » (arrêt n° 148);

• « qu'en statuant ainsi sans constater que les emprunteurs étaient en mesure de déceler par eux-mêmes à la lecture de l'acte l'erreur affectant le taux effectif global, la cour d'appel a privé sa décision de base légale » (arrêt n° 231).

Dans son arrêt du 17 mai 2011⁸, la chambre commerciale de la Cour de cassation a aligné, dans les relations entre professionnels, le point de départ de la prescription de l'action en nullité du contrat fondée sur l'erreur sur celui de l'action en nullité de la stipulation d'intérêt, ce qui n'est pas sans conséquence: cette solution permet de faire partir la prescription à compter de la date de la convention nonobstant les dispositions de l'article 1304 du Code civil qui fait courir la prescription à compter de la découverte de l'erreur. À cet arrêt fait écho celui rendu le 7 février 2012⁹, la chambre commerciale mettant à nouveau ces deux actions sur le même plan. Mais cet arrêt rendu cette fois à propos d'un consommateur est sans réelle conséquence au regard de l'article 1304 car, en cette hypothèse, qu'il s'agisse d'une action en nullité pour erreur ou d'une action en nullité de la stipulation d'intérêt en raison de l'irrégularité affectant le TEG, le point de départ de la prescription est reporté à la découverte de l'erreur ou de l'irrégularité si celle-ci n'est pas décelable à la lecture de l'acte.

La première chambre civile le rappelle également dans son arrêt du 23 février 2012 en censurant des juges du fond qui avaient considéré que le point de départ de la prescription devait être fixé à la date de la convention au motif que les éléments pris en compte dans le calcul du TEG et permettant « ainsi de le vérifier ou de le faire vérifier » figuraient dans l'acte authentique de prêt. Cette censure n'est pas sans intérêt car elle permet de souligner que l'irrégularité doit pouvoir être décelée par l'emprunteur lui-même et qu'il importe peu qu'elle puisse l'être par un tiers. Aussi, si l'emprunteur ne peut pas déceler par lui-même l'irrégularité, le point de départ de la prescription doit être reporté au jour de la découverte.

Cette solution s'impose sauf à priver de toute portée la règle du report du point de départ de la prescription au jour de la découverte. On peut toutefois se demander si les

6. Cass. com. 31 mai 2005, Banque & Droit n° 103, sept.-oct. 2005, 68, obs. Th. Bonneau; D. 2005, act. jurispr. 1693, obs. X. Delpech; Cass. com. 14 mars 2006, Banque & Droit n° 108, juill.-août 2006, 59, obs. Th. Bonneau.

7. Cass. com. 30 sept. 2008, Banque & Droit n° 122, nov.-déc. 2008, 19, obs. Th. Bonneau.

8. Cass. com. 17 mai 2011, Banque & Droit n° 138, juill.-août 2011, 13, obs. Th. Bonneau; JCP 2011, éd. G, 826, note J. Lasserre Capdeville; JCP 2011, éd. E, 1882, n° 12, obs. N. Mathey.

9. Dans cet arrêt, la Cour de cassation décide également que « la seule méconnaissance par un établissement de crédit des limites de son habilitation n'est pas de nature à entraîner la nullité des contrats qu'il conclut »: sur la sanction civile de la violation du monopole bancaire, v. Th. Bonneau, Droit bancaire, op. cit., n° 216.

emprunteurs peuvent réellement déceler l'irrégularité à la lecture de l'acte de prêt. La Chambre commerciale semble le penser dans son arrêt du 7 février 2012 à propos de la souscription des parts sociales de l'organisme de crédit. Cette solution suppose toutefois que l'emprunteur connaisse la jurisprudence de la Cour de cassation qui inclut le montant de ces parts dans l'assiette du TEG¹⁰, ce dont nous doutons, même si nul n'est censé ignorer la loi !

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, 14 mars 2012, arrêt n° 318 FS-P+B, pourvoi n° P 11-10.291, Caisse Régionale de Crédit Agricole Mutuel de Champagne-Bourgogne c/ Époux Bostin

« Mais attendu qu'ayant relevé que la CRCAM avait débloqué une partie des fonds alors qu'elle n'avait pas reçu copie de la garantie de livraison à prix et délai convenus, la cour d'appel a exactement retenu, par ces seuls motifs, que cette faute de la banque avait privé les époux Bostin, qui n'étaient pas tenus de s'assurer de la délivrance de l'attestation de garantie de livraison, d'une chance d'éviter la faillite de leur projet dans une proportion qu'elle a souverainement appréciée ».

Selon l'article L. 231-10 du Code de la construction et de l'habitation, aucun prêteur « ne peut débloquent 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, même partiellement, du défaut de communication au banquier de l'attestation de garantie de livraison.

Il n'est toutefois pas rare que le banquier tente d'atténuer sa responsabilité en reprochant aux maîtres d'ouvrage de ne pas avoir veillé à l'obtention de la garantie. Un tel grief est cependant vain. Car si, il est vrai, il peut avoir un certain écho auprès de certains juges du fond, il n'en est pas de même auprès de la Cour de cassation. Les arrêts rendus les 25 mai 2011¹¹ et le 14 mars 2012, qui sont tous les deux destinés au bulletin officiel de la Cour de cassation, le montrent parfaitement. Il est donc acquis très clairement que le banquier est seul en cause en ce qui concerne

la garantie de livraison : il doit en obtenir communication avant de débloquent les fonds : à défaut, il engage, seul, sa responsabilité.

La portée de cette solution ne doit 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 2007¹². 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 2007¹³, les fonds correspondants au prix d'achat du terrain, qui doivent être distingués des fonds finançant le coût de la construction, peuvent être débloquentés avant la réception de l'attestation de garantie de livraison.

Secret bancaire – Communication des coordonnées du bénéficiaire d'un virement – Empêchement légitime.

Cass. Com. 21 février 2012, arrêt n° 242 F-D, pourvoi n° A 11-10.900, Syndicat des copropriétaires du 32 avenue de la Grande armée à Paris 17^e c/ Banque populaire Rives de Paris.

« Mais attendu qu'après avoir énoncé que le secret professionnel auquel est tenu un établissement bancaire en application de l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier constitue un empêchement légitime opposable au juge civil, la cour d'appel a exactement décidé que les informations demandées, soit la dénomination, l'immatriculation et le lieu du siège social, identifiant son client, comme bénéficiaire du virement, étaient couvertes par le secret professionnel et ne pouvaient être communiquées à un tiers sans l'accord du client ».

L'arrêt rendu le 21 février 2012 est classique : le banquier n'a pas, sauf exception, à communiquer des informations couvertes par le secret bancaire ; il ne le peut qu'avec l'autorisation de son client. Le secret bancaire, qui est un empêchement légitime au sens de l'article 11 du Code de procédure civile, fait ainsi obstacle, selon la jurisprudence, à la communication du verso du chèque qui comporte, à l'initiative du bénéficiaire, le numéro de son compte¹⁴, et à la transmission de renseignements relatifs à l'identité de la personne ayant une procuration sur le compte¹⁵. Il fait

10. Cass. Civ. 1^{re}, 6 déc. 2007, Banque & Droit n° 118, mars-avr. 2008, 15, obs. Th. Bonneau ; Rev. trim. dr. com. 2008, 159, obs. D. Legeais ; Cass. civ. 1^{re}, 9 déc. 2010, Banque & Droit n° 136 mars-avr. 2011, 24, obs. Th. Bonneau ; JCP 2011, éd. E, 1009, note D. Legeais et 1369, n° 12, obs. H. Causse ; Contrats Conc. Consom. mars 2011, com. n° 55, note L. Leveneur et com. n° 79, note G. Raymond ; Rev. dr. banc. et fin. janv.-févr. 2011, com. n° 4, note N. Mathey et mars-avr. 2011, com. n° 41 p. 55, note F.-J. Crédot et Th. Samin ; D. 2011, pan. p. 1650, obs. D.-R. Martin ; Rev. trim. dr. com. 2011, 617, obs. D. Legeais. Adde, H. Causse, « La coopération bancaire ravalée à une fraction de TEG », JCP 2010, éd. E, 1576.

11. Cass. civ. 3^e, 25 mai 2011, Banque & Droit n° 138, juill.-août 2011, 16, obs. Th. Bonneau.

12. Cass. civ. 3^e, 26 sept. 2007, Banque & Droit n° 117, janv.-févr. 2008, 23, obs. Th. Bonneau.

13. Cass. civ. 1^{re}, 12 sept. 2007, Banque & Droit n° 116, nov.-déc. 2007, 30, obs. Th. Bonneau.

14. Cass. com. 13 juin 1995, Bull. civ. IV, n° 172, p. 159 ; Quotidien juridique n° 57, 18 juill. 1995, 8, note J.P.D. ; Rev. dr. banc. et bours. n° 50, juill.-août 1995, 145, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; Banque n° 563, oct. 1995, 93, obs. J.-L. Guillot ; JCP 1996, éd. E, I, 525, n° 7, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet ; Rev. trim. dr. com. 1995, 818, obs. M. Cabrillac ; Cass. com., 8 juill. 2003, Bull. civ. IV, n° 119, p. 138 ; Banque & Droit n° 93, janv.-févr. 2004, 54, obs. Th. Bonneau ; Rev. trim. dr. com. 2003, 783, obs. M. Cabrillac ; Rev. dr. banc. et fin. n° 1, janv.-févr. 2004, 15, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; Cass. com. 9 juin 2004, Banque & Droit n° 97, sept.-oct. 2004, 82, obs. Th. Bonneau ; Cass. com. 21 sept. 2010, Banque & Droit n°, nov.-déc. 2010, obs. Th. Bonneau.

15. Cass. com. 25 févr. 2003, Bull. civ. IV, n° 26, p. 30 ; Banque & Droit n° 89, mai-juin 2003, 56, obs. Th. Bonneau ; Rev. dr. banc. et fin. n° 2, mars-avr. 2003, 92,

encore obstacle, comme le montre l'arrêt du 21 février 2012, à la communication des coordonnées du bénéficiaire d'un virement, en l'occurrence sa dénomination, son immatriculation et le lieu de son siège social.

Classique, l'arrêt n'emporte toutefois pas totalement la conviction. Le secret bancaire couvre uniquement les informations confidentielles¹⁶ ; il ne couvre pas les informations qui sont publiques. Or si on peut légitimement considérer que sont confidentiels les numéros des comptes et les montants des soldes des comptes, on peut tout aussi légitimement estimer que sont publiques les informations telles que la dénomination, l'immatriculation et le lieu du siège d'une société : ces éléments sont en effet mentionnés au registre du commerce et tout personne peut obtenir un extrait K bis les contenant. Ils bénéficient ainsi d'une diffusion qui aurait dû conduire à exclure ces informations du domaine du secret bancaire et à admettre leur communication par le banquier.

En décidant le contraire, la Cour de cassation a, dans son arrêt du 21 février 2012, conforté la force du secret bancaire. Celle-ci n'est toutefois pas sans limite comme l'a montré un arrêt du 11 octobre 2011¹⁷ : le secret bancaire cède dès lors que la responsabilité du banquier est en cause.

Secret bancaire – Acte de cession de créances – Communication de l'acte de cession.

Cass. com. 31 janvier 2012, pourvoi n° 103 FS-P+B, pourvoi n° W 10-24.715, Crédit agricole Corporate and investment Bank c/ Wolfer et a.

« Mais attendu qu'après avoir relevé que la banque a persévéré à ne vouloir présenter à ses contradicteurs l'acte de cession qu'en communication et s'est bornée à produire un document comportant des anomalies évidentes, l'arrêt retient que la banque n'a pas produit un extrait authentique de l'acte de cession, demandé à la suite de la réouverture des débats, par lequel le notaire certifie la provenance du document comme son caractère intégralement probant et précise qu'aucune disposition de l'acte autre que celles figurant à l'extrait n'est susceptible de concerner les parties au litige ; que par ce motif non critiqué, duquel elle a déduit que ce document aurait permis de concilier le droit des parties à obtenir les pièces qu'elles ne détiennent pas et qui sont nécessaires à leur défense et le principe du secret professionnel, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

Il est très fréquent que des crédits soient mobilisés et donc transférés d'un banquier à un autre : c'est une opération de refinancement classique des établissements de crédit. Cette opération ne pose plus de difficultés au regard du secret bancaire en raison des dispositions de l'article L. 511-33, alinéa 3, du Code monétaire et financier – c'est l'apport de la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie¹⁸ – qui permet la communication d'informations couvertes par le secret bancaire aux cessionnaires, les cessions de créances étant expressément mentionnées parmi les opérations

couvertes par l'autorisation légale¹⁹. Le texte ne règle toutefois pas toutes les difficultés car suite à ce transfert, c'est le banquier cessionnaire qui actionnera le débiteur²⁰, d'où la question de savoir si le banquier doit produire l'acte de cession, cet acte prouvant qu'il a été effectivement investi de la créance dont il demande le paiement.

On peut être tenté de répondre négativement car l'acte de cession comporte des informations confidentielles concernant une pluralité de débiteurs. Or le secret bancaire s'oppose à la communication, à des tiers, d'informations couvertes par lui. En sens inverse toutefois, le débiteur poursuivi par le créancier a le droit d'obtenir la preuve que celui-ci a été régulièrement investi de la créance. Cette solution paraît imposer par le bon sens car nul ne peut être contraint de payer « en aveugle » et parce que le risque est, pour le débiteur, d'effectuer un mauvais paiement et, par conséquent d'être ultérieurement contraint à un second paiement.

On pourrait concilier ces intérêts divergents au moyen d'une mise à disposition de l'acte de cession pour simple consultation. Cette mise à disposition paraît toutefois insuffisante au regard de l'article 132 du Code de procédure civile dont l'alinéa 1 décide que « la partie qui fait état d'une pièce s'oblige à la communiquer à toute autre partie à l'instance ». La Cour de cassation le confirme expressément dans son arrêt du 31 janvier 2012 en visant « le droit des parties à obtenir les pièces qu'elles ne détiennent pas ». Étant observé que ce droit est réaffirmé sans qu'il soit totalement respecté puisqu'il résulte de l'arrêt commenté que l'acte de cession original et intégral aurait pu ne pas être communiqué si avait été produit « un extrait authentique de l'acte de cession [...] par lequel le notaire certifie la provenance du document comme son caractère intégralement probant et précise qu'aucune disposition de l'acte autre que celles figurant à l'extrait n'est susceptible de concerner les parties au litige ».

Cette solution, qui rejoint la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle la caution et ses ayants droit sont en droit d'obtenir la communication par le banquier, sans que celui-ci puisse leur opposer le secret bancaire, des documents concernant le débiteur principal, nécessaire à l'administration de la preuve de l'existence et du montant de la créance dont il leur réclame le paiement²¹, est respectueuse du droit de la preuve. Mais elle l'est tout autant du secret bancaire car aucune information autre que celle concernant le débiteur n'est transmise. La question est toutefois de savoir si seul un extrait authentique d'acte de cession permet de faire cette preuve ou si le banquier peut lui-même établir un document.

La question se pose parce que, dans l'espèce à l'origine de l'arrêt du 31 janvier 2011, il est souligné que la banque qui avait refusé la communication de l'acte de cession s'était bornée à produire « un document comportant des anomalies évidentes », ce qui laisse à penser qu'un document régulier, établi par la banque, reproduisant partiellement l'acte de

obs. F.-J. Crédet et Y. Gérard ; Rev. trim. dr. com. 2003, 343, obs. Th. Legeais.

16. Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 413.

17. Com. 11 oct. 2011, *Banque & Droit* n° 141, janv.-févr. 2012, 34, obs. Th. Bonneau ; JCP 2011, éd. G, 1388, note Lasserre Capdeville.

18. Art. 154, Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

19. Sur l'article L. 511-33, alinéa 3, Code monétaire et financier, v. Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 417-1.

20. Sauf si le banquier cédant demeure chargé du recouvrement des créances cédées : en matière de cession Dailly, v. Th. Bonneau, op. cit., n° 592.

21. Cass. com. 16 déc. 2008, JCP 2009, éd. E, 1037, note Th. Bonneau ; Cass. com. 15 févr. 2011, *Banque & Droit* n° 137, mai-juin 2011, 29, obs. Th. Bonneau.

cession aurait pu utilement apporter la preuve demandée. Une telle solution présente l'avantage d'éviter les coûts liés au recours à un notaire. Il n'est toutefois pas certain qu'elle ait été, même implicitement, consacrée par la Cour de cassation. Il est dès lors préférable de s'en tenir à l'extrait authentique de l'acte de cession et de l'établir conformément aux exigences posées par l'arrêt commenté.

Responsabilité – Créance de dommages-intérêts – Compensation avec la créance résultant de l'engagement de caution – Extinction de la dette principale.

Cass. com. 13 mars 2012, arrêt n° 304 FS-P+B, pourvoi n° H 10-28.635, Gleize et a. c/ Caisse fédérale de crédit mutuel du Centre, D. 2012 p 1043, note A. Dadoun

« Mais attendu qu'il résulte de la combinaison des articles 1234, 1294, alinéa 2, et 2288 du Code civil que la compensation opérée entre une créance de dommages-intérêts, résultant du comportement fautif du créancier à l'égard de la caution lors de la souscription de son engagement, et celle due par cette dernière, au titre de sa garantie envers ce même créancier, n'éteint pas la dette principale garantie mais, à due concurrence, l'obligation de la caution ; qu'ayant retenu par motifs propres et adoptés, que l'arrêt du 25 octobre 2007 avait sanctionné le comportement fautif de la banque en anéantissant son recours contre la caution par l'effet d'une condamnation pécuniaire se compensant avec sa propre dette, la cour d'appel en a exactement déduit que le recours de la cause contre la SCI débitrice principale demeurait intacte ».

Il résulte :

- de l'article 1234 du Code civil que les obligations s'éteignent par la compensation ;
- de l'article 1294, alinéa 2, du même Code que « le débiteur principal ne peut opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution » ;
- et de l'article 2288 du même Code que « celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même ».

L'article 1294, alinéa 2, du Code civil est visé par la Cour de cassation, dans son arrêt du 13 mars 2012, parce que le débiteur principal se prévalait, au côté de la caution, de l'extinction partielle de la créance du banquier pour faire obstacle à une procédure de saisie immobilière le concernant : la créance du banquier serait, selon eux, partiellement éteinte en raison de la compensation ordonnée en justice entre la créance de dommages-intérêts à laquelle le banquier avait été condamné et la créance due par la caution au titre de son engagement de couvrir la dette du débiteur. Une telle prétention se heurte toutefois à l'article précité puisque celui-ci interdit justement au débiteur principal de se prévaloir d'une créance de la caution vis-à-vis de son créancier : une telle créance ne peut pas s'imputer sur la créance que le banquier a sur son débiteur.

Il est vrai que l'engagement de la caution est un engagement accessoire et que la caution est tenue du montant de la dette principal si le débiteur ne paie pas : l'article 2288 du Code civil l'énonce expressément. Il est également vrai que si le créancier est intégralement désintéressé par la caution, il n'a plus de recours contre le débiteur principal. L'engagement de la caution ne doit toutefois pas être confondu

avec la dette principale²². Il s'agit d'un engagement distinct qui, d'ailleurs, subsiste après le désintéressement du créancier par la caution, celle-ci ayant un recours contre le débiteur principal²³. Ce recours montre, si besoin en était, que le paiement effectué par la caution ne conduit pas à l'extinction de la dette principale ; il ne peut conduire qu'à l'extinction de l'engagement de caution. La Cour de cassation le souligne dans son arrêt du 13 mars 2012 en énonçant que la compensation entre la créance du banquier sur la caution et la créance de la caution sur le banquier « n'éteint pas la dette principale garantie, mais, à due concurrence, l'obligation de la caution ».

Responsabilité – Crédit – Article L. 650-1 du Code de commerce – Exigence d'une faute – Fraude.

Cass. com. 27 mars 2012, arrêt n° 371 FS-P+B+R+I, pourvoi n° E 10-20.077, Lesimple c/ société BTP banque, D. 2012, p. 870, obs. A. Lienhard ; JCP 2012, éd. E, 1274, note D. Legeais.

Cass. com. 27 mars 2012, arrêt n° 373 FS-D, pourvoi n° R 11-13.356, société CIC Iberbanco c/ Dupain et a., D. 2012, p. 870, obs. A. Lienhard ; JCP 2012, éd. E, 1274, note D. Legeais.

- « Mais attendu que lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou de disproportion des garanties prises, que si les concours consentis sont en eux-mêmes fautifs ; que l'arrêt se trouve justifié, dès lors qu'il n'était ni démontré ni même allégué que le soutien financier, pour lequel le cautionnement de M. Lesimple avait été donné, était fautif ; que le moyen n'est pas fondé » (arrêt n° 371) ;
- « Attendu que pour décider que la banque a commis une fraude, l'arrêt retient que la situation de la société était irrémédiablement compromise lors de l'octroi, le 14 novembre 2006, de l'autorisation de découvrir d'un montant de 158 000 euros pour une durée d'un mois, que cette autorisation ne pouvait avoir aucun retentissement favorable sur l'activité et la pérennité de la société et n'a eu pour effet que de retarder sa déclaration de cessation des paiements ; que l'arrêt retient encore que cette autorisation de découvert revêtait, compte tenu de ces circonstances, un caractère frauduleux dans la mesure où elle a constitué la contrepartie de l'obtention de l'engagement des cautions et que la banque, en agissant dans le seul but d'obtenir une sûreté personnelle, a rompu l'égalité entre les créanciers de la société à son profit ; Attendu qu'en se déterminant par ces motifs, impropres à caractériser l'intention frauduleuse de la banque, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » (arrêt n° 373).

Issues de la loi du 26 juillet 2005²⁴ et légèrement modifiées par une ordonnance du 18 décembre 2008²⁵, les dispositions de l'article L. 650-1 du Code de commerce ne sont applicables qu'aux procédures ouvertes après

22. Comparer, A. Dadoun, note sous Cass. com. 13 mars 2012, D. 2012 p. 1043, spéc. p. 1045.

23. V. not. D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 8^e éd., 2011, LGDJ, n° 308 et s.

24. Loi n° 2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises.

25. Ordonnance n° 2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficultés.

le 1^{er} janvier 2006²⁶, ce qui était le cas dans les espèces à l'origine des deux arrêts du 27 mars 2012 qui sont les premiers à appliquer ce texte. Ces arrêts n'ont toutefois pas la même importance pour la Cour de cassation car seul l'arrêt n° 371 est estampillé FS-P+B+R+I, ce qui n'est pas étonnant puisqu'il prend position sur la portée générale de l'article L. 650-1 qui protège le banquier contre les actions en responsabilité intentées en raison des crédits distribués.

Selon l'alinéa 1 de ce texte, « lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci ». Ce texte pose un principe et prévoit, dans le même temps, des exceptions. Parce le principe posé est un principe d'irresponsabilité, les exceptions apparaissent comme des cas de responsabilité : dès lors que l'un d'eux est caractérisé, les créanciers engagent leur responsabilité sans qu'il soit nécessaire de démontrer, d'une façon distincte, une faute de leur part. En d'autres termes, la fraude, l'immixtion et la disproportion des garanties sont autant de fautes qui à elles seules déclenchent la responsabilité des créanciers²⁷. Cette interprétation n'est toutefois pas partagée par tous les auteurs. Il a été, en effet, soutenu que les exceptions posées par l'article L. 650-1 sont seulement des cas d'« ouverture » de l'action en responsabilité pour soutien abusif²⁸ ou des cas de « déchéance »²⁹ de la protection légale de sorte que leur caractérisation permet uniquement d'écarter la règle de l'irresponsabilité et d'ouvrir la voie à la condamnation des créanciers, celle-ci ne pouvant être prononcée qu'à la condition que soit prouvée une faute à la charge des créanciers qui est, par hypothèse, distincte de la fraude, de l'immixtion ou de la disproportion des garanties.

Cette interprétation accroît la protection des créanciers et peut, pour cette raison, prendre appui sur l'objectif de la réforme qui est de protéger les banquiers. Elle ne nous paraît toutefois pas convaincante car elle ajoute une condition non posée par l'article L. 650-1 du Code de commerce³⁰. Elle a pourtant été consacrée par la Cour de cassation dans son arrêt n° 371 du 27 mars 2012 : la responsabilité du banquier en cas de fraude, d'immixtion ou de disproportion des garanties ne peut être retenue que si les concours financiers sont eux-mêmes fautifs³¹. Il reste à savoir comment définir de tels concours d'une

façon distincte des cas mentionnés à l'article L. 650-1, ce qui n'est pas évident.

La difficulté peut toutefois, il est vrai, sembler plus apparente que réelle. En effet, on peut considérer³² que le caractère fautif des concours doit être caractérisé à la lumière de la jurisprudence antérieure selon laquelle étaient fautifs la fourniture de moyens ruineux et le soutien abusif, celui-ci étant défini comme la fourniture de crédits excessifs pour permettre la prolongation de l'activité d'une entreprise dont la situation est irrémédiablement compromise³³. Mais bien sûr on peut s'interroger sur l'autonomie d'une telle faute face aux cas dits d'ouverture de l'alinéa 1 de l'article L. 650-1. Car on peut se demander si l'on pourra réellement caractériser une faute distincte de la fraude lorsque celle-ci réside dans la fourniture d'un crédit qui a eu pour but de masquer la situation irrémédiablement compromise du débiteur le temps de se dégager au détriment des autres créanciers³⁴. De même, la disproportion des garanties s'explique le plus souvent par l'insuffisance de la surface financière du débiteur : c'est parce que le crédit est disproportionné eu égard à ses facultés contributives que des garanties disproportionnées ont été exigées. Le crédit excessif étant ainsi sous-jacent à la disproportion des garanties, il ne paraît pas pouvoir être pris en considération pour caractériser un concours financier fautif. Et s'il devait l'être, on ne voit pas alors l'intérêt de poser une telle exigence puisque la preuve de la disproportion des garanties emportera la preuve du crédit excessif.

Exiger une faute distincte revient donc à fermer encore un peu plus le jeu des actions en responsabilité et va décourager les actions³⁵. La même observation vaut lorsque, comme dans l'arrêt n° 373, la Cour de cassation exige la caractérisation d'une intention frauduleuse pour retenir la fraude. Cette exigence nous paraît toutefois fondée puisque la fraude vise des comportements, pénaux ou non, d'une certaine gravité qui ne peuvent, à notre sens, être caractérisés que si un élément intentionnel s'ajoute à l'élément matériel. Ce qui montre qu'une définition rigoureuse des cas de responsabilité de l'article L. 650-1 du Code de commerce, qui jouent comme des soupapes de sécurité, aurait suffi à endiguer les actions en responsabilité et à rendre effective la protection des créanciers voulue par le législateur³⁶. ■

26. Cass. com. 8 janv. 2008, Gaz. Pal. 27-29 avr. 2008, p. 31, obs. R. Routier.

27. En ce sens, F.J. Crédot et Y. Gérard, « Encadrement de la responsabilité des créanciers pour soutien abusif », *Rev. dr. banc. et fin.*, sept.-oct. 2005, com. n° 154.

28. V. P. Crocq, *Sûretés et proportionnalité*, Mélanges Simler, Litec-Dalloz 2006, p. 291, n° 26 : « le fait de se faire consentir une sûreté disproportionnée n'est donc pas une faute susceptible en elle-même d'engager la responsabilité d'un créancier mais un simple cas d'ouverture d'une action en responsabilité pour octroi d'un crédit abusif, laquelle n'a donc pas totalement disparu ».

29. V. A. Lienhard, note sous Cass. com. 27 mars 2012, D. 2012. 870 ; D. Legeais, note sous Cass. com. 27 mars 2012, JCP 2012, éd. E, 1274, spéc. p. 35.

30. Comparer Crocq, art. préc., n° 26.

31. L'exigence d'une faute distincte de la fraude, de l'immixtion et de la disproportion des garanties se répercute sur les dispositions de l'alinéa 2 de l'article L. 650-1 du Code de commerce selon lequel « pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours peuvent être annulées ou réduites par le juge » : v. Legeais, note préc.

32. En ce sens, Legeais, note préc.

33. Sur cette jurisprudence, v. Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 737.

34. Crédot et Gérard, art. préc.

35. Legeais, note préc.

36. Comparer Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, op. cit. : à propos de l'article L. 650-1, l'auteur souligne que « les cautions vont bénéficier de cette disposition. En présence d'une sûreté excessive, le juge peut réduire ou annuler la sûreté consentie [...] C'est une nouvelle consécration du principe de proportionnalité qui est ainsi énoncée. Il est prévisible que cette exception ruine le principe énoncé et que, contrairement au souhait des promoteurs du texte, les actions en responsabilité se multiplient ».