

CHRONIQUE

COMPTES, CRÉDITS ET MOYENS DE PAIEMENT



THIERRY BONNEAU

Agrégé des facultés de droit
Professeur
Université Panthéon-Assas (Paris 2)



SOPHIE GJIDARA-DECAIX

Maître de conférences
Université Panthéon-Assas (Paris 2)

TEG – Assurance optionnelle – Condition d'intégration dans le calcul du TEG.

Cass. civ. 1^{re}, 6 déc. 2017, n° S 16-24620, la société Crédit Industriel et Commercial c/ SCI Amandine de Coulon.

« Qu'en statuant ainsi, alors, d'une part, que la clause "assurance" du contrat de prêt désignait comme optionnelle l'assurance litigieuse, sans la viser au titre des conditions dont dépendait l'octroi du prêt, d'autre part, que la clause "coût du crédit", indiquant que le crédit était réalisé "aux conditions suivantes", au nombre desquelles figurait cette assurance facultative, signifiait seulement que celle-ci était effectivement souscrite par la SCI, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Commentaire de Sophie Gjidara-Decaix

La question de l'intégration dans le TEG de certaines assurances continue d'alimenter le contentieux dont témoigne l'arrêt du 6 décembre 2017. Depuis 2012¹, il semble acquis que la prise en considération des primes d'assurance dans l'assiette du TEG dépend du caractère facultatif ou obligatoire de la souscription de l'assurance. Il en résulte que le coût d'une assurance facultative, dont la souscription ne constitue pas une condition d'octroi du prêt, n'a pas à être intégré dans le TEG, alors qu'il doit l'être dans le cas contraire. Cette distinction se trouve confirmée par la nouvelle rédaction, depuis l'ordonnance du 25 mars 2016, de l'ancien article L. 313-1 devenu l'art. L. 314-1 du Code

de la consommation, qui prévoit l'intégration dans l'assiette du TEG de tous les éléments qui constituent « une condition pour obtenir le crédit » ou bien encore une condition pour l'obtenir « aux conditions annoncées ». En l'espèce, la question se posait de savoir si les primes d'une assurance facultative que l'emprunteur avait finalement souscrite devaient être intégrées dans l'assiette du TEG. Pour les juges du fond, la réponse est positive, dès lors que l'assurance dite facultative figurait dans la liste des conditions dont dépendait la réalisation du prêt et avait été, à ce titre, ajoutée à l'assurance obligatoire tel que cela résultait du paragraphe 4.1.2 de l'offre intitulé « coût du crédit » et qu'elle semblait en réalité imposée par l'établissement de crédit comme condition d'octroi du prêt. Cette lecture n'a pas convaincu la Cour de cassation qui retient, d'une part, que la clause « assurance » du contrat de prêt ne faisait que désigner comme optionnelle l'assurance litigieuse, sans la viser au titre des conditions dont dépendait l'octroi du prêt, et que, d'autre part, la clause « coût du crédit » indiquant que le crédit était réalisé « aux conditions suivantes », au nombre desquelles figurait cette assurance facultative, signifiait seulement que l'assurance litigieuse avait été effectivement souscrite. Il en résulte que l'assurance litigieuse apparaissait bien facultative et que les primes y afférentes n'avaient pas à être intégrées dans le calcul du TEG. Si cette distinction entre assurances obligatoires et assurances facultatives semble claire et permet de tracer la frontière entre les éléments qui doivent être inclus dans le calcul du TEG et ceux qui doivent en être exclus, elle ne contribue pas pour autant à faire du TEG un outil de comparaison efficace du coût réel du crédit, dès lors que la répartition entre assurances obligatoires et assurances facultatives est laissée au choix de chaque banque. ■

1. Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2012, n° 11-13779, n° 11-21687 et n° 10-2537, LEDB 2012, p. 5, n° 111, obs. R. Routier ; RGDA 2013, p. 181, note M. Bruschi ; RTD com. 2012, p. 830, obs. D. Legeais ; RDB fin. 2012, comm. 146, obs. N. Matthey

Prêt – Clause de déchéance du terme – Mise en demeure préalable.

Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 2017, arrêt n° 1272 F-D, pourvoi n° B 16-19914, M. Sauvage et Mme Carpentier, veuve Sauvage c/ BNP Paribas.

« Attendu que, si le contrat de prêt de somme d'argent peut prévoir que la défaillance de l'emprunteur non commerçant entraînera la déchéance du terme, celle-ci ne peut, sauf disposition expresse et non équivoque, être déclarée acquise au créancier sans la délivrance d'une mise en demeure restée sans effet, précisant le délai dont dispose le débiteur pour y faire obstacle ».

Commentaire de Sophie Gjidara-Decaix

Il est communément admis que, dans un contrat de prêt d'une somme d'argent, le prêteur peut se prévaloir de la déchéance du terme en cas de défaillance de l'emprunteur dans l'exécution de son obligation de remboursement. Mais si les effets financiers de cette déchéance du terme sont précisés par les textes pour le crédit à la consommation (C. cons. art. L. 312-39) et pour le crédit immobilier (C. cons. art. L. 313-51), les conditions formelles de cette déchéance du terme ne sont pas abordées. Dans deux arrêts de 2015 et 2017¹, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que la déchéance du terme ne peut, sauf disposition expresse et non équivoque, être déclarée acquise au créancier, sans la délivrance d'une mise en demeure restée sans effet, précisant le délai dont dispose le débiteur pour y faire obstacle. Ce sont ces règles que la Cour de cassation rappelle dans l'arrêt du 6 décembre 2017 en apportant une précision supplémentaire. En l'espèce, trois prêts immobiliers ont été consentis par la société BNP Paribas à M. Sauvage et Mme Carpentier. À la suite d'incidents de paiement, la société BNP Paribas leur a délivré trois commandements de payer valant saisie immobilière, dont ils ont sollicité l'annulation. Après avoir constaté que les emprunteurs avaient eu connaissance de l'exigibilité anticipée de leurs prêts qui, d'une part, avait été notifiée à Mme Carpentier pour chacun des prêts par lettre recommandée, tandis que, d'autre part, il avait été rappelé à M. Sauvage, dans trois lettres recommandées avec accusé de réception, qu'il demeurerait, en tant que « co-emprunteur », engagé au titre des trois prêts en cause, la cour d'appel a rejeté les demandes en annulation des commandements. Cassant l'arrêt de la cour d'appel au visa des articles 1134, 1147 et 1184 du Code civil dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, la Cour de cassation rappelle que s'il est possible de stipuler, dans un contrat de prêt de somme d'argent, que la défaillance de l'emprunteur non commerçant entraînera la déchéance du terme, celle-ci ne peut intervenir qu'après la délivrance d'une mise en demeure préalable au prononcé de la déchéance, précisant le délai

dont le débiteur dispose pour régulariser la situation, et que cette mise en demeure doit, en outre, être restée sans effet au terme du délai imparti. À cette exigence d'une mise en demeure préalable et infructueuse, la Cour de cassation n'apporte qu'une exception qui réside dans la stipulation « d'une disposition expresse et non équivoque dispensant le prêteur d'une telle formalité ». En l'espèce, la Cour de cassation reproche à la cour d'appel, en premier lieu, de ne pas avoir relevé la solidarité de l'engagement des emprunteurs qui aurait dû conduire le prêteur à délivrer à chacun des codébiteurs une mise en demeure préalable. Pour que la déchéance du terme puisse produire tous ses effets, le prêteur doit donc adresser une mise en demeure préalable conforme aux exigences évoquées *supra* à chacun des codébiteurs en cas d'engagement solidaire. En second lieu, elle lui reproche de ne pas avoir constaté l'existence d'une disposition expresse et non équivoque qui aurait dispensé la banque d'une telle formalité. Dans ces conditions, la déchéance du terme était nulle et non avenue. Cette exigence d'une mise en demeure préalable et restée sans effet se justifie par le caractère sanctionnateur de la déchéance du terme qui nécessite que l'emprunteur soit à tout le moins informé de sa survenance et de l'ultime occasion qui lui est offerte d'échapper aux conséquences de celle-ci en réglant ses impayés dans le délai imparti. En s'appuyant sur les dispositions du Code civil, la Cour de cassation a posé une règle générale visant à protéger « l'emprunteur non commerçant », à l'exclusion a contrario du professionnel. Cette solution n'a pas lieu d'être remise en cause par la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 et se trouvera même confortée par l'article 1225 nouveau du Code civil relatif à la clause résolutoire – à laquelle s'apparente la clause de déchéance du terme – qui subordonne expressément la résolution à une mise en demeure infructueuse. Par dérogation, seule une clause expresse et non équivoque excluant la mise en demeure préalable peut conduire au prononcé de plein droit de la déchéance du terme, ce que confirme également l'art. 1225 nouveau à propos de la résolution qui peut survenir du seul fait de l'inexécution s'il en a été convenu. Cependant, cette exception contractuelle interpelle pour ce qui concerne les crédits aux consommateurs, dès lors, d'une part, qu'elle va à l'encontre de l'esprit et de la lettre des textes qui font du prononcé de la déchéance non pas une obligation, mais une faculté à la discrétion du prêteur, et, d'autre part, qu'elle pourrait être qualifiée de clause abusive au sens de l'art. R. 212-2, 4^o du Code de la consommation en ce qu'elle reconnaît au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable. Il conviendra de veiller à la rédaction de cette clause de déchéance automatique du terme qui ne doit pas jouer comme un couperet². ■

1. Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2015, n° 14-15655 : *Juris-Data* n° 2015-013139 ; *RDB fin.* 2015, comm. 143, obs. N. Mathey ; *JCP E* 2015, 1010, obs. J. Stoufflet ; *RTD civ.* 2015, p. 875, obs. H. Barbier ; *D.* 2015, p. 1677, note G. Poissonnier ; *Gaz. Pal.* 8 oct. 2015, n° 280-281, p. 15, note S. Pledelièvre – Cass. 1^{re} civ., 22 juin 2017 : *Juris-Data* n° 2017-012214 ; *JCP E* 2018, 1002, n° 9, obs. R. Loir ; *RDB fin.* 2017, comm. 156, obs. N. Mathey ; *AJ Contrat* 2017, p. 386, note J. Lasserre-Capdeville.

2. G. Poissonnier, « Crédit à la consommation : vers une déchéance mieux encadrée sur le plan procédural », *D.* 2015, p. 1677.

Prêt – Transfert de la créance à un fonds de titrisation – Défaillance du débiteur – Qualité pour agir.

Cass. com. 13 décembre 2017, arrêt n° 1519 FS-P+B+I, pourvoi n° Y 16-19.681 et V 16-24.853, Fonds commun de titrisation Hugo créances 3 c/ Delauney.

« Mais attendu qu'il résulte de l'application combinée des articles L. 214-172 et L. 214-180 du code monétaire et financier, dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2013-676 du 25 juillet 2013, applicable en l'espèce, que si, ne jouissant pas de la personnalité morale, un fonds commun de titrisation est, à l'égard des tiers et dans toute action en justice, représenté par sa société de gestion, il appartient à celui qui lui transfère des créances par bordereau, ou à l'entité qui en était chargée au moment du transfert, de continuer à assurer le recouvrement de ces créances et, pour ce faire, d'exercer les actions en justice nécessaires, la possibilité offerte aux parties de confier tout ou partie de ce recouvrement à une autre entité désignée à cet effet supposant que le débiteur soit informé de cette modification par lettre simple ; qu'ayant relevé qu'aucune désignation précise n'avait été faite de l'entité chargée du recouvrement des créances cédées au fonds et qu'il n'était pas justifié que le débiteur ait été informé d'un éventuel changement à cet égard, c'est à bon droit que la cour d'appel, abstraction faite du motif erroné mais surabondant relatif au contenu du bordereau de cession, critiqué par la deuxième branche, a retenu que, si la société de gestion GTI était effectivement le représentant légal du fonds sans avoir besoin d'un pouvoir ou d'un mandat, elle n'était pas, pour autant, expressément chargée du recouvrement des créances cédées, ce recouvrement s'entendant notamment de l'action en justice nécessaire, et en a déduit que, faute de qualité à agir à cette fin, l'action en paiement qu'elle avait formée contre M. Delauney était irrecevable ».

Commentaire de Thierry Bonneau

L'absence de personnalité juridique des fonds communs de titrisation¹ est source d'ambiguïté. Car, d'un côté, les créances titrisées deviennent la propriété des fonds. D'un autre côté, le fonds, faute de personnalité, n'a pas la qualité de créancier, tout au moins si on considère que cette qualité est uniquement reconnue au profit des personnes juridiques. On ne doit toutefois pas exagérer la difficulté car les fonds sont représentés par une société de gestion et des règles de recouvrement des créances ont été

posées par l'article L. 214-172 du Code monétaire et financier². Ce texte est d'ailleurs clair. Il formule deux règles :

- à titre de principe, le recouvrement est assuré non par la société de gestion mais par l'établissement cédant dans des conditions définies par une convention passée avec la société de gestion de l'organisme de titrisation ;
- à titre dérogatoire, tout ou partie du recouvrement peut être confié à une autre entité dès lors que le débiteur est informé par lettre simple.

Ces règles demeurent après la réforme issue de l'ordonnance du 4 octobre 2017³. Certes, le texte a été modifié. Il ne modifie toutefois pas les règles de principe ; seules les modalités de mise en œuvre ont été légèrement modifiées :

« Lorsque des créances, autres que des instruments financiers, sont transférées à l'organisme, leur recouvrement continue d'être assuré par le cédant ou par l'entité qui en était chargée avant leur transfert dans des conditions définies soit par une convention passée avec la société de gestion de l'organisme, soit par l'acte dont résultent les créances transférées lorsque l'organisme devient partie à cet acte du fait du transfert des dites créances » ;

« Toutefois, tout ou partie du recouvrement de ces créances peut être assuré directement par la société de gestion ou confié par elle, par voie de convention, à une autre entité désignée à cet effet. Chaque débiteur est informé de ce changement ».

D'où l'intérêt de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 13 décembre 2017 et dont l'importance est soulignée par le fait qu'il est destiné au bulletin des arrêts (P), au bulletin d'information (B) et au site internet (I) de la Cour. Étant observé que la solution ne pouvait pas être autre dans l'espèce à l'origine de l'arrêt commenté : aucune entité de recouvrement autre que l'établissement cédant n'avait été désignée ; aucune information n'avait été donnée au débiteur. On peut dès lors se demander pourquoi donner une telle importance à l'arrêt du 13 décembre 2017. Sans doute cette importance est liée au fait que malgré son pouvoir de représentation et sa possibilité pour agir en justice, la société de gestion n'a pas, sauf si elle a été expressément désignée comme l'entité de recouvrement, la qualité pour agir à cette fin. Ce dont doivent prendre acte tant les sociétés de gestion que les établissements de crédit qui recourent aux opérations de titrisation. ■

1. Art. L. 214-180, al. 2, Code monétaire et financier.

2. V. Th. Bonneau, *Droit bancaire*, 12^e éd. 2017, LGDJ, n° 1076.

3. Ordonnance n° 2017-1432 du 4 octobre 2017 portant modernisation du cadre juridique de la gestion d'actifs et du financement par la dette.

Prêt à finalité professionnelle – Consommateur – Prescription biennale

Cass. 1^o civ., 6 déc. 2017, arrêt n° 1264 F-D, pourvoi n° W16-10341, La Société Lyonnaise de Banque c/ M. Mouren et Mme Mouren.

« Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que M. Mouren était inscrit au registre du commerce et des sociétés en qualité de loueur en meublé professionnel, et que les emprunteurs avaient procédé à neuf autres opérations similaires avec le concours de différents organismes bancaires, ce dont il résultait que le prêt litigieux était destiné à financer une activité professionnelle, fût-elle accessoire, exclusive de la prescription biennale applicable au seul

consommateur, la cour d'appel a violé les art. L. 312-3^o et L. 137-2, devenus L. 313-2^o et L. 218-2 du code de la consommation ».

Commentaire de Sophie Gjidara-Decaix

Réduisant à deux ans le délai de prescription de l'action des professionnels pour les biens ou services qu'ils fournissent aux consommateurs, l'art. L. 218-2 du Code de la consommation a vu son domaine d'application s'étendre ces dernières années au bénéfice des consommateurs. Sur le plan *ratione materiae*, la prescription biennale a ainsi vocation à s'appliquer aux crédits immobiliers accordés par des

organismes professionnels en tant que services financiers fournis aux consommateurs¹. Sur le plan *ratione personae*, cette prescription abrégée ne concerne que les professionnels et les consommateurs tels que définis, aujourd'hui, par la disposition liminaire du Code de la consommation. Il en résulte que seuls des consommateurs peuvent se prévaloir de cette prescription abrégée. C'est ce que vient rappeler la Cour de cassation, dans l'arrêt du 6 décembre 2017, qui s'inscrit dans la ligne d'arrêts précédemment rendus². En l'espèce, une banque avait consenti à des emprunteurs un prêt immobilier destiné à l'acquisition d'un appartement en état de futur achèvement à usage locatif. Ayant prononcé la déchéance du terme en raison d'échéances impayées, la banque avait fait pratiquer une saisie-attribution contestée par les emprunteurs devant le juge de l'exécution. Pour ordonner la mainlevée de cette mesure, les juges du fond avaient déclaré la créance de la banque prescrite en application de l'art. L. 137-2 en retenant que le prêt litigieux n'avait pas une finalité professionnelle. Cassant l'arrêt d'appel, la Cour de cassation relève que les emprunteurs avaient procédé à neuf autres opérations similaires avec le concours de différents organismes bancaires et que l'un des emprunteurs était inscrit au RCS en qualité de loueur en meublé professionnel, ce dont il résultait que le prêt avait une finalité professionnelle fût-elle accessoire, exclusive de la prescription biennale applicable au seul consommateur. Le fait est qu'un

consommateur se définit aujourd'hui clairement comme une personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, agricole ou libérale. Outre qu'elle doit être une personne physique, le consommateur doit donc agir en dehors de toute finalité professionnelle. Il reste alors à déterminer si, en l'espèce, l'opération financée entrait dans le champ d'application d'une activité professionnelle. À ce titre l'article L. 313-2 fournit un exemple de ce qu'est un prêt immobilier destiné à financer une activité professionnelle en citant « l'activité professionnelle des personnes physiques ou morales qui, à titre habituel, même accessoire à une autre activité [...] procurent sous quelque forme que ce soit, des immeubles ou fractions d'immeubles, bâtis ou non, achevés ou non, collectifs ou individuels, en propriété ou en jouissance ». En l'espèce, le prêt immobilier avait été contracté pour acquérir des locaux destinés à être mis en location, qui venait s'ajouter à neuf autres opérations similaires, démontrant le caractère habituel de cette activité professionnelle, même accessoire à une autre. L'exercice effectif de cette activité professionnelle se trouvait par ailleurs conforté par l'inscription de l'un des emprunteurs au registre du commerce et des sociétés en qualité de loueur en meublé professionnel. Si la référence au critère formel de l'inscription au registre du commerce et des sociétés peut être à elle seule discutable, elle vient cependant confirmer l'exercice effectif d'une activité professionnelle qui justifie que la qualité de consommateur soit refusée à cet emprunteur qui ne peut, de ce fait, prétendre bénéficier de la prescription biennale. En définitive, la lecture extensive qui est faite de l'article L. 218-2 du point de vue des actes qui y sont soumis, trouve sa limite dans la lecture stricte qui est faite de ses bénéficiaires qui ne peuvent être que des personnes physiques agissant à des fins n'entrant pas dans le cadre d'une activité professionnelle. ■

1. Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 2012, n° 11-26-508, JCP G 2013, 122, note G. Monachon-Duchêne; RTD com. 2013, p. 126, obs. D. Legeais, *Contrats, conc., consom.* 2013, comm. 45, obs. G. Raymond.
2. Cass. 1^{re} civ., 12 oct. 2016, n° 15-19670 et 15-20487, JCP E 2016, 1671, note R. Loir - 1^{er} mars 2017, n° 16-10375, n° 16-10376 et n° 16-10703, RDB fin. 2017, comm. 108, note N. Matthey - 25 janv. 2017, n° 16-10105, *Contrats, Conc., consom.* 2017, comm. 69, note L. Leveueur - 29 mars 2017, n° 16-10703, *Gaz. Pal.* 19 septembre 2017, p. 34, et RDB fin. 2017, comm. 127, note S. Piedelièvre.

Responsabilité – Article L. 650-1 C. Com. – Fraude.

Cass. com. 13 décembre 2017, arrêt n° 1486 F-D, pourvoi n° Y 16-21.498, CRCAM Charente-Maritime Deux-Sèvres c/ Pierrois.

« Qu'en se déterminant par ces motifs, impropres à caractériser, à l'encontre de la banque, une fraude, laquelle s'entend, en matière civile ou commerciale, comme un acte réalisé en utilisant des moyens déloyaux destinés à surprendre un consentement, à obtenir un avantage matériel ou moral indu, ou réalisé avec l'intention d'échapper à l'application d'une loi impérative ou prohibitive, et sans caractériser l'une des deux autres causes de déchéance du principe de non-responsabilité édicté par l'article L. 650-1 du code de commerce que sont l'immixtion caractérisée et l'obtention de garanties disproportionnées, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » au regard de l'article L. 650-1 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008.

Commentaire de Thierry Bonneau

En prise à des difficultés financières, des débiteurs ont bénéficié d'un accord de conciliation amiable prévoyant notamment l'octroi d'un nouveau prêt de 325 000 euros. Celui-ci a toutefois été finalement de 365 000 euros. Par ailleurs, la banque a obtenu de nouvelles garanties pos-

tériquement audit accord alors que l'article L. 351-6 du Code rural et de la pêche maritime, relatif au règlement amiable agricole, décide dans son alinéa 3 que « l'accord fait également obstacle, pendant la durée de son exécution, à ce que des sûretés soient prises pour garantir le paiement de ces créances ». Le non-respect de l'accord de conciliation amiable et la prise de garanties en méconnaissance de l'article L. 351-6 ont conduit les débiteurs à invoquer la fraude de la banque et les juges du fond à retenir la responsabilité de la banque. Mais leur décision est censurée par la Cour de cassation qui souligne, dans sa décision du 13 décembre 2017, que la fraude « s'entend, en matière civile ou commerciale, comme un acte réalisé en utilisant des moyens déloyaux destinés à surprendre un consentement, à obtenir un avantage matériel ou moral indu, ou réalisé avec l'intention d'échapper à l'application d'une loi impérative ou prohibitive » et que les juges du fond n'ont pas caractérisé les « deux autres causes de déchéance du principe de non-responsabilité édicté par l'article L. 650-1 du Code de commerce ».

La Cour précise que c'est la rédaction résultant de l'ordonnance du 18 décembre 2008¹ qui est prise en compte. Une

1. Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté : selon l'article L. 650-1, dans sa version de cette ordonnance,

telle précision peut paraître étonnante car c'est la version actuellement en vigueur. On doit toutefois remarquer que l'accord de conciliation date des 4 et 12 mai 2007, ce qui explique sans doute cette mention. On peut cependant penser que celle-ci n'est pas d'une grande utilité dans la mesure où la solution aurait été la même en prenant en considération la version antérieure à cette ordonnance².

L'arrêt commenté est dans la ligne de la jurisprudence antérieure. D'une part, l'article L. 650-1, en formulant des exceptions au principe de non-responsabilité, ne prévoit que des cas d'« ouverture » ou des cas de « déchéance » de la protection légale³ de sorte que leur caractérisation permet seulement d'écarter la règle de non-responsabi-

lité et d'ouvrir la voie à la condamnation des créanciers, celle-ci ne pouvant être prononcée que si une faute distincte des cas de déchéance – « fraude, immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou disproportion des garanties » – est prouvée⁴. D'autre part, la définition de la fraude donnée par l'arrêt commenté n'est pas nouvelle. Elle rejoint celle prise en compte dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 8 mars 2017⁵ : « Mais attendu qu'après avoir énoncé que toute personne agissant dans le but de préserver ses propres intérêts aux dépens d'autrui, ne commet une fraude que si elle accomplit un acte déloyal et obtient le résultat recherché par tromperie, manœuvres, falsifications ou autres actes répréhensibles, puis constaté que si, par l'octroi du prêt du 23 septembre 2010, assorti de la constitution d'une garantie, la Société générale avait cherché à préserver ses propres intérêts, ce seul fait ne suffisait pas à caractériser la fraude invoquée par le liquidateur en l'absence de manœuvres, de tromperie ou de contravention à la loi ou aux règlements, l'octroi d'un crédit en contrepartie d'une sûreté étant un procédé licite et la Société générale n'ayant pu méconnaître le principe d'égalité des créanciers qui ne s'applique qu'à compter de l'ouverture de la procédure collective ; qu'ayant souverainement déduit de ces énonciations, constatations et appréciations que le comportement reproché à la Société générale n'était pas constitutif d'une fraude, la cour d'appel a légalement justifié sa décision⁶. » ■

« 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. 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. »

2. Ancien article L. 650-1 : « 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. Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles. »

3. Cass. com. 27 mars 2012, arrêt n° 371, Banque et Droit n° 143 mai-juin 2012. 22, obs. Th. Bonneau ; D. 2012, p. 870, obs. A. Lienhard ; JCP 2012, éd. E, 1274, note D. Legeais, éd. E, 1373, n° 14, obs. J. Stofflet, et éd. G, 635, note S. Piedelièvre ; RTD com. 2012. 384, obs. D. Legeais ; RDB fin. juill.-août 2012, com. n° 114, note F.-J. Crédot et Th. Samin ; Revue des sociétés, févr. 2013, p. 91, note I. Riassetto. Dans le même sens, Cass. com., 19 juin 2012, Banque et Droit n° 145, sept.-oct. 2012. 18, obs. Th. Bonneau ; RTD com. 2012. 829, obs. D. Legeais ; Cass. com. 16 déc. 2014, arrêt n° 1113 F-D, pourvoi n° H 13-23748, Sanchez c/ Banque Populaire du Sud ; Cass. com. 22 mars 2017, arrêt n° 426 F-D, pourvoi n° F15-13290, CRCCAM de Lorraine c/ Orfila et al. ; Cass. com. 20 septembre 2017, arrêt n° 1162 F-D, pourvoi n° V 16-12.939, Menceur c/ CRCAM du Languedoc. V. également, G. Ansaloni, « La responsabilité du banquier et les sûretés disproportionnées », Revue Banque n° 748, mai 2012. 52 ; R. Routier, « La responsabilité pour soutien abusif prévue à l'article L. 650-1 du Code de commerce présume un concours fautif », Actualité des procédures collectives, n° 9, 28 mai 2012. 1 ; D. Demeyère, « Précisions sur les conditions de mise en œuvre de la responsabilité du créancier dans le cadre de l'article L. 650-1 du Code de commerce », Rev. proc. coll. juill.-août 2012, Études 25, p. 23.

4. V. Th. Bonneau, Droit bancaire, 12^e éd. 2017, LGDJ, n° 936, p. 716 et s.

5. Cass. com. 8 mars 2017, arrêt 313 F-D, pourvoi n° 15-20288, de Carrière, ès qualités de mandataire liquidateur c/ Société générale.

6. V. également, Cass. com. 2 octobre 2012, Banque et Droit n° 146, novembre-décembre 2012. 29, obs. Th. Bonneau : « Mais attendu qu'après avoir précisé que la fraude, en matière civile ou commerciale, ne se démarque guère de la fraude pénale et qu'il s'agit d'un acte qui a été réalisé en utilisant des moyens déloyaux destinés à surprendre un consentement, à obtenir un avantage matériel ou moral indu ou réalisé avec l'intention d'échapper à l'application d'une loi impérative ou prohibitive, puis constaté que le comportement reproché à la banque, la non-clôture du compte malgré la lettre de dénonciation et la négociation de conventions d'amortissement du solde débiteur, ne relevait nullement de la fraude, que ce soit une fraude à la loi ou une fraude aux droits des tiers, la cour d'appel en a exactement déduit que le comportement reproché à la banque n'était pas constitutif d'une fraude. »

Responsabilité – Crédit – Devoir de mise en garde – Charge de la preuve – Diviseur 360 – Sanction – Intérêts de retard et pénalités.

Cass. com. 29 novembre 2017, arrêt n° 1425 F-D, pourvoi n° F 16-17.802, Banque Nouvelle-Calédonie c/ Oltra.

- « Qu'en statuant ainsi, alors qu'il incombait à l'emprunteur qui invoquait l'existence d'un devoir de mise en garde de la banque à son égard de démontrer que les prêts n'étaient pas adaptés à sa situation financière et créaient, de ce fait, un risque d'endettement contre lequel il devait être mis en garde, la cour d'appel, qui a inversé la charge de la preuve, a violé » l'article 1315, devenu 1353 du Code civil ;
- « Qu'en statuant ainsi, alors que la sanction de l'inexactitude du taux effectif global, résultant de l'application d'un taux d'intérêt sur une base autre que l'année civile pour un prêt consenti à un consommateur ou à un non-professionnel, consiste seulement en la substitution de l'intérêt légal au taux conventionnel à compter de la date de conclusion du prêt, les intérêts de retard au taux légal et pénalités demeurant dus, la cour d'appel a violé » l'article 1134

du Code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016.

Commentaire de Thierry Bonneau

L'arrêt du 29 novembre 2017 attire l'attention tant sur le terrain du devoir de mise en garde (1.) que sur le terrain du diviseur 360 (2.).

1. Dans sa décision du 30 juillet 2015, la cour d'appel de Nouméa avait considéré qu'un banquier avait manqué à son devoir de mise en garde tout en soulignant dans le même temps que le débiteur ne lui avait pas communiqué l'ensemble des informations relatives à ses revenus et que ledit banquier était également dans l'incapacité de lui donner des éléments d'information. D'où la cassation sur le terrain de la charge de la preuve, la Cour de cassation considérant, dans son arrêt du 29 novembre 2017, qu'il revient au client de démontrer que les prêts qui lui avaient été consentis n'étaient pas adaptés à sa situation financière.

Cette solution n'est pas étonnante car il revient au débiteur de mettre le juge en mesure « de constater l'existence d'un risque d'endettement qui serait née de l'octroi de la somme prêtée »¹. La preuve de l'exécution du devoir de mise en garde est en revanche à la charge du banquier comme l'a décidé la Cour de cassation dans un arrêt du 11 décembre 2007².

2. La Cour de cassation, dans son arrêt du 29 novembre 2017, rappelle que la sanction attachée à l'usage du diviseur 360 est la substitution de taux : le taux conventionnel est remplacé par le taux légal³. L'apport de l'arrêt commenté est de mettre en lumière que cette substitution est sans incidence sur les intérêts de retard et les pénalités, ceux-ci restent dus. ■

1. Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 2009, *Banque et Droit* n° 125, mai-juin 2009, 25, obs. Th. Bonneau ; JCP 2009, éd. G, II, 10091, note A. Gourio et éd. E, 1364, note S. Piedelièvre, D. 2009, p. 1179, note J. Lasserre Capdeville ; RDB fin. juill.-août 2009, n° 117, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin ; Cass. com. 3 juill. 2012, *Banque et Droit* n° 145, sept.-oct. 2012, 19, obs. Th. Bonneau.
2. Not. Cass. com. 11 déc. 2007, *Banque et Droit* n° 118, mars-avril 2008, 17, obs. Th. Bonneau ; JCP 2008, éd. E, 1192, note D. Legeais et éd. G, 10055, note A. Gourio ; RTD com. 2008, 165, obs. D. Legeais ; Cass. 1^{re} civ., 19 nov. 2009, *Banque et Droit* n° 129, janv.-févr. 2010, 21, obs. Th. Bonneau ; JCP 2009, éd. E, 2140, note D. Legeais et 2010, éd. E, 1496, n° 15, obs. N. Mathey ; RDB fin. janv.-févr. 2010, 38, obs. D. Legeais ; Cass. com.

17 nov. 2009, *Banque et Droit* n° 129, janv.-févr. 2010, 22, obs. Th. Bonneau ; JCP 2010, éd. E, 1000, note D. Legeais ; RDB fin. janv.-févr. 2010, 40, obs. D. Legeais et mars-avril 2010, 46, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin ; Bull. Joly Bourse janv.-févr. 2010, § 8, p. 52, note M. Cohen-Branché.

3. Cass. com. 17 janv. 2006, Bull. civ. IV n° 11, p. 10 ; *Banque et Droit* n° 107, mai-juin 2006, 82, obs. Th. Bonneau ; JCP 2006, éd. E, 2658, note N. Mathey ; RDB fin. n° 2, mars-avril 2006, 14, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin ; JCP 2006, éd. E, 1850, n° 19, obs. J. S. ; *Revue Banque* n° 681, juin 2006, 95, obs. J.-L. Guillot et M. Boccara ; RTD com. 2006, 460, obs. D. Legeais.

Crédit – Cautionnement – Personne physique – Durée de l'engagement.

Cass. com. 13 déc. 2017, pourvoi n° S 15-24294, les sociétés Sea Invest NV, Ghent Coal Terminal et Sea Invest France c/ M. Garin.

« Mais attendu que l'arrêt énonce exactement que la mention "pour la durée de..." qu'impose, pour un cautionnement à durée déterminée, l'article L. 341-2 du code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 14 mars 2016, implique l'indication d'une durée précise ; qu'ayant retenu que les mentions des différents actes de cautionnement, stipulant un engagement de la caution jusqu'au 31 janvier 2014 "ou toute autre date reportée d'accord" entre le créancier et le débiteur principal, ne permettaient pas à la caution de connaître, au moment de son engagement, la date limite de celui-ci, la cour d'appel, sans ajouter à la loi ni avoir à effectuer la recherche inopérante invoquée par la troisième branche, a légalement justifié sa décision d'annuler les cautionnements en totalité ; que le moyen, inopérant en sa deuxième branche qui critique un motif surabondant, n'est pas fondé pour le surplus ».

Commentaire de Sophie Gjidara-Decaix

Quelles que soient sa qualité (particulier ou professionnel) ou ses compétences (avertie ou profane), toute personne physique souscrivant un cautionnement par acte sous seing privé auprès d'un créancier professionnel bénéficie du formalisme protecteur de l'article L. 331-1 du Code de la consommation qui exige que le cautionnement soit limité à la fois dans son montant et dans sa durée. À défaut d'indications légales sur la manière dont la durée de l'engagement doit être mentionnée dans l'acte de cautionnement, il est revenu à la jurisprudence de la préciser comme le fait la Cour de cassation dans l'arrêt du 13 septembre 2017. Dans cette affaire, le dirigeant d'une société s'est porté caution des dettes de cette dernière envers plusieurs créanciers. Poursuivi en paiement, la caution invoque la nullité des actes de cautionnement en raison de l'irrégularité de la mention manuscrite relative à la durée de l'engagement. Après avoir relevé que l'arrêt d'appel énonce exactement que la mention « pour la durée de... » qu'impose l'art. L. 341-2 du Code de la consommation dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 14 mars 2016, implique l'indication d'une durée précise, la Cour de cassation approuve les juges du

fond d'avoir annulé les actes de cautionnements stipulant un engagement de la caution « jusqu'au 31 janvier 2014 ou toute autre date reportée d'accord » entre le créancier et le débiteur principal, dès lors que cette mention ne permet pas à la caution de connaître, au moment de son engagement la date limite de celui-ci. Après avoir condamné la détermination de la durée du cautionnement par référence à celle de l'engagement principal¹, la Cour de cassation sanctionne la mention qui fixe la durée du cautionnement de manière alternative en précisant une durée fixe d'un côté et une autre date résultant d'un commun accord entre le créancier concerné et le débiteur principal de l'autre côté. Si, au regard du texte, le cautionnement à durée déterminée suppose l'indication d'une durée précise, exigence que respecte la première branche de l'alternative, la référence à une date reportée d'un commun accord entre le créancier et le débiteur envisagée dans la seconde branche de l'alternative entache d'incertitude le terme extinctif de l'engagement de la caution, tenue, par ailleurs, à l'écart de cet accord. De fait, la conformité de la première branche de l'alternative est balayée par l'indétermination de la seconde branche de l'alternative, qui ne permettait pas à la caution de connaître, au moment elle s'est engagée, la date limite de son engagement. Conformément à l'esprit du texte, la Cour de cassation adopte une interprétation rigoriste de la mention manuscrite relativement à l'indication de la durée de l'engagement, alors même d'une part, que précédemment à cette décision, la même chambre commerciale a validé l'indication d'une durée indéterminée du cautionnement en considérant que la mention « jusqu'au paiement de toutes les sommes dues » ne modifiait pas le sens et la portée de la mention manuscrite légale², et d'autre part, que l'avant-projet de réforme du droit des sûretés élaboré par l'Association Henri Capitant envisage de supprimer, dans le futur art. 2298 du Code civil, l'exigence d'une durée déterminée pour le cautionnement pour ne maintenir que l'exigence d'un montant déterminé. ■

1. Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2015 et n° 14-24287, LEDC 2015, n° 119, p. 2 ; D. 2015, p. 2231, note H. Kassoul.
2. Cass. 15 nov. 2017, n° 16-10504, *contrats, conc., consom.* 2018, comm. 19, obs. S. Berheim-Desvaux ; JCP 2018, 13, note PH. Simler – Cass. 15 nov. 2017, n° 16-10504 et Cass. com. 13 déc. 2017, RTD civ. 2018, n° 3, note P. Crocq.