

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)

Opération de paiement – Internet – Utilisation des données personnelles – Hameçonnage – Négligence du client.

Cass. com. 28 mars 2018, arrêt n° 346 FS-P+B, pourvoi n° Q 16-20.018, Société Caisse de Crédit Mutuel de Beauvais c/ Leclerc, JCP 2018, éd. G, 458, obs. N. Kilgus et éd. E, 1272, note K. Rodriguez.

- « Mais attendu que, si, aux termes des articles L. 133-16 et L. 133-17 du code monétaire et financier, il appartient à l'utilisateur de services de paiement de prendre toute mesure raisonnable pour préserver la sécurité de ses dispositifs de sécurité personnalisés et d'informer sans tarder son prestataire de tels services de toute utilisation non autorisée de l'instrument de paiement ou des données qui lui sont liées, c'est à ce prestataire qu'il incombe, par application des articles L. 133-19, IV, et L. 133-23 du même code, de rapporter la preuve que l'utilisateur, qui nie avoir autorisé une opération de paiement, a agi frauduleusement ou n'a pas satisfait intentionnellement ou par négligence grave à ses obligations ; que cette preuve ne peut se déduire du seul fait que l'instrument de paiement ou les données personnelles qui lui sont liées ont été effectivement utilisés ; que le moyen n'est pas fondé » ;
- « Qu'en statuant ainsi, alors que manque, par négligence grave, à son obligation de prendre toute mesure raisonnable pour préserver la sécurité de ses dispositifs de sécurité personnalisés l'utilisateur d'un service de paiement qui communique les données personnelles de ce dispositif de sécurité en réponse à un courriel qui contient des indices permettant à un utilisateur normalement attentif de douter de sa provenance, peu important qu'il soit, ou non, avisé des risques d'hameçonnage, la cour d'appel a violé » les articles L. 133-16 et L. 133-19 du Code monétaire et financier.

Commentaire de Thierry Bonneau

Les achats sur Internet conduisent les clients à utiliser leurs identifiants personnels nécessaires à l'exécution des paiements générés par ces achats. Ces identifiants (nom, numéro de carte bancaire, date

d'expiration et cryptogramme figurant au verso de la carte) participent des dispositifs de sécurité personnalisés mis à leur disposition par leur banque et devant être conservés précieusement¹, une négligence grave dans leur conservation ayant pour conséquence de mettre à leur charge toutes les pertes occasionnées par les opérations non autorisées². Étant rappelé que la preuve de la négligence incombe au banquier et que la seule utilisation de l'instrument de paiement et des données personnelles qui lui sont liées ne suffit pas à prouver la négligence³.

La Cour de cassation l'a rappelé dans ses arrêts du 18 janvier 2017⁴ alors même que les opérations de paiement nécessitent l'usage cumulé des identifiants bancaires et d'un code de confirmation envoyé sur le téléphone portable des clients. Solution qui nous avait interpellé car le code de confirmation, envoyé au moment de l'achat sur le téléphone portable personnel des clients, permet de sécuriser les opérations de paiement. Aussi aurait-on pu considérer que l'usage de ce code traduisait une négligence grave dans la conservation des données bancaires personnelles.

La Cour de cassation n'a pas retenu cette solution dans ses arrêts du 18 janvier 2017 : communiquer ses identifiants personnels et les codes de confir-

1. Art. L. 133-16, al. 1, Code monétaire et financier : « Dès qu'il reçoit un instrument de paiement, l'utilisateur de services de paiement prend toute mesure raisonnable pour préserver la sécurité de ses dispositifs de sécurité personnalisés. »
2. Art. L. 133-19, IV, Code préc. : « Le payeur supporte toutes les pertes occasionnées par des opérations de paiement non autorisées si ces pertes résultent d'un agissement frauduleux de sa part ou s'il n'a pas satisfait intentionnellement ou par négligence grave aux obligations mentionnées aux articles L. 133-16 et L. 133-17. »
3. Art. L. 133-23, Code préc.
4. Cass. com. 18 janvier 2017, Banque et Droit n° 172, mars-avril 2017, 32, obs. Th. Bonneau ; JCP 2017, éd. G, 241, note J. Lasserre Capdeville ; Revue Banque, mars 2017, 72, n° 806, note P. Storrer ; Rev. dr. bancaire et financier, mars-avril 2017, com. n° 44, obs. Th. Samin et S. Torck ; adde, v. Ch. Gamleu Kameni, « La responsabilité de la banque pour utilisation frauduleuse d'un instrument de paiement par un tiers », Banque et Droit, mars-avril 2017, 22, n° 172,

mation en réponse à un mail frauduleux – on parle d’hameçonnage ou de phishing – ne caractérise pas la négligence grave à l’obligation de conservation prévue par l’article L. 133-16 du Code monétaire et financier. Elle ne la retient pas plus dans ses arrêts des 25 octobre 2017⁵ et 28 mars 2018. Étant rappelé que l’arrêt du 25 octobre 2017 a posé une limite : la conscience du client. Si on peut considérer que le client a eu conscience du caractère frauduleux des mails reçus, la communication de ses identifiants bancaires et des informations relatives à son compte chez son opérateur téléphonique permettant de les obtenir est susceptible de caractériser une négligence grave à son obligation de conservation des dispositifs de sécurité personnalisés. L’arrêt du 28 mars 2018 est dans le prolongement de cette décision car il prend position sur l’approche à retenir pour caractériser la conscience du client.

Deux approches sont en effet possibles : une approche subjective et une approche objective. L’approche subjective consiste à savoir si le client, victime du hame-

çonnage, a pu personnellement détecter le caractère frauduleux des demandes d’informations. L’approche objective conduit à se demander si le client normalement attentif pouvait, en raison des éléments ou indices portés à sa connaissance, se douter du caractère frauduleux des demandes d’information. L’approche subjective a été retenue par les juges du fond. Leur décision est censurée par la Cour de cassation qui consacre, dans un arrêt du 28 mars 2018, l’approche objective : la négligence du client peut être caractérisée si le courriel « contient des indices permettant à un utilisateur normalement attentif de douter de sa provenance, peu important qu’il soit, ou non, avisé des risques d’hameçonnage ».

Cette décision est favorable aux établissements de crédit et participe, selon un auteur⁶, « d’une meilleure sécurité des moyens de paiement ». Elle n’est pas étonnante dans la mesure où l’approche objective est retenue dans bien d’autres domaines, notamment en matière de manquement d’initié⁷. Elle doit inviter les clients à la prudence lorsqu’ils reçoivent des mails truffés d’erreurs et leur demandant de communiquer des informations confidentielles. ■

5. Cass. com. 25 octobre 2017, Banque et Droit n° 177, janvier-février 2018, 20, obs. Th. Bonneau ; D. 2017 p 2465, note F. Mélin ; Revue Banque n° 814, décembre 2017, 64, obs. Storrer ; JCP 2017, éd. E, 1685, note D. Legeais ; Rev. dr. bancaire et financier, novembre-décembre 2017, com. n° 233, obs. Th. Samin et S. Torck ; Gaz. Pal, 27 février 2018, 55, note C. Houin-Bressan.

6. N. Kilgus, obs. sous Cass. com. 28 mars 2018, JCP 2018, éd. G, 458.

7. V. Th. Bonneau, Régulation bancaire et financière européenne et internationale, Bruylant, 4e éd. 2018, n° 289.

Prêts structurés – Emprunts toxiques – Franc suisse – Taux fixe – Taux variable – Personne morale de droit public – Contrat d’option – Spéculation – Aléa – Emprunteur averti.

Cass. com. 28 mars 2018, arrêt n° 344 FS-P+B+I, pourvoi n° V 16-26.210, Commune de Saint-Leu-La-Forêt c/ Dexia et al.

• « Mais attendu, en premier lieu, qu’ayant relevé que, si le taux d’intérêt de la deuxième phase de remboursement des prêts n’était pas fixé au moment de la signature des contrats, le mode de calcul de ce taux variable était précisément défini, l’arrêt retient que les engagements des parties ont ainsi été définitivement fixés lors de la conclusion des contrats litigieux, sans qu’une nouvelle manifestation de volonté de leur part ne soit requise ; que c’est donc à bon droit que la cour d’appel en a déduit que ces contrats n’incorporaient pas des contrats d’option ; Et attendu, en second lieu, qu’après avoir relevé que les contrats de prêts litigieux comportent un aléa, consistant en l’application, pour la deuxième phase de remboursement, d’un taux variable calculé en fonction du taux de variation du cours du change de l’euro en franc suisse, l’arrêt retient qu’ils ne constituent pas, pour autant, des contrats spéculatifs puisque, en les souscrivant, la commune n’a pas cherché à s’enrichir mais seulement à refinancer des investissements réalisés dans l’intérêt général à des conditions de taux d’intérêt les plus avantageuses possibles ; qu’en cet état, et dès lors que le caractère spéculatif d’une opération ne peut résulter de la seule exposition de la collectivité territoriale à des risques illimités, la cour d’appel, qui a procédé à la recherche invoquée par la première branche et n’avait pas à effectuer celle, inopérante, invoquée par la troisième, a légalement justifié sa décision » ;

• « Le caractère averti d’un emprunteur ne se présume pas et doit résulter d’une analyse concrète, au jour de la conclusion du prêt litigieux » ;

• « Mais attendu que la cour d’appel ayant, par les motifs vainement critiqués par le quatrième moyen, retenu que la commune était avertie, le moyen est sans portée ; Attendu que la solution du litige ne nécessitant, en conséquence, aucune interprétation de l’annexe, section B, de la directive 93/22/CEE du Conseil du 10 mai 1993 ni de l’annexe I, section C, de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004, il n’y a pas lieu à renvoi préjudiciel ».

Commentaire de Thierry Bonneau

Les emprunts structurés, encore appelés emprunts toxiques, opposent depuis quelques années les collectivités territoriales aux banques. Sont notamment concernés les emprunts commercialisés par Dexia auprès de quatre communes qui ont tenté de les remettre en cause. En vain, toutefois, devant la cour d’appel de Versailles qui les a déboutées de leur action dans quatre arrêts du 21 septembre 2016¹. En vain également devant la Cour de cassation comme l’illustre son arrêt du 28 mars 2018 qui concerne la commune de Saint-Leu-La-Forêt.

1. CA Versailles 21 septembre 2016 (4 arrêts), rev. dr. bancaire et financier, novembre-décembre 2016, com. n° 240, note J. Martin ; D. 2016, 2309, obs. H. Synvet.

On comprend bien l'origine du conflit : le coût du crédit pour cette commune en raison du mode de rémunération du prêteur. Si pendant deux périodes de temps, situées au début (phase 1) et en fin (phase 3) des contrats de prêt, le taux d'intérêt était fixe, il était prévu que pendant la période de temps intermédiaire (phase 2), relativement longue (entre 16 et 20 ans selon les contrats), dans l'hypothèse où « le cours de l'euro en franc suisse serait inférieur au cours pivot de 1,45 franc suisse, les intérêts seraient calculés par application d'un taux variable composé d'un taux fixe et de 50 % du taux de variation du cours de change de l'euro en franc suisse ». Or l'évolution ayant été défavorable à la commune de Saint-Leu-La-forêt, celle-ci a cherché à obtenir la nullité de ses engagements (I.) et, à défaut, la reconnaissance de la responsabilité de Dexia (II.)².

I. Selon la commune de Saint-Leu-La Forêt, les contrats de prêts sont nuls en raison de leur caractère spéculatif. À l'appui de cette prétention qui est articulée, dans le deuxième moyen, en plusieurs branches, sont mentionnés tant les articles L. 111-1 et L. 2121-29 du Code général des collectivités territoriales que les articles L. 211-1, L. 321-1 et D. 211-1-A du Code monétaire et financier. Mais aucun de ces textes ne prévoit expressément une telle nullité : les textes du premier code énoncent le principe de libre administration des collectivités locales et les attributs du conseil municipal qui notamment « émet des vœux sur tous les objets d'intérêt local » ; les textes du second donnent une liste des instruments financiers, des services d'investissement et des contrats financiers. Les textes mentionnés par le moyen nous paraissent ainsi peu pertinents. La Cour de cassation donne néanmoins d'intéressantes réponses.

Tout d'abord sur le terrain de l'analyse des contrats de prêt et des instruments financiers à terme parmi lesquels figurent les contrats d'option. On ne peut qu'approuver la Cour lorsqu'elle écarte la qualification de contrat d'option. Un tel contrat implique en effet de reconnaître que l'une des parties doit manifester sa volonté, et donc lever l'option. Or rien de tel dans les contrats de prêts litigieux puisque le calcul des intérêts pouvait s'effectuer à partir d'éléments indiqués aux contrats et donc sans que soit nécessaire une nouvelle manifestation de volonté de l'une des parties. Cette solution rejoint la position prise par la CJUE qui a, dans un arrêt du 3 décembre 2015³,

refusé d'analyser un prêt libellé en devise étrangère en un contrat terme.

Ensuite sur le terrain de l'aléa et le caractère spéculatif des contrats de prêts. On notera que la Cour de cassation souligne le caractère aléatoire des contrats de prêts, en raison de la stipulation d'intérêts qui lie le calcul de l'intérêt au taux de variation du cours du change de l'euro en franc suisse, tout en soulignant que lesdits contrats ne constituent pas pour autant des contrats spéculatifs. Étant observé que la Cour met en avant deux arguments :

- un élément subjectif : l'absence d'intention pour la commune de s'enrichir, celle-ci ayant seulement eu l'intention d'obtenir un refinancement à des conditions avantageuses ;

- un élément objectif : le caractère spéculatif d'une opération ne peut résulter de la seule exposition de la collectivité territoriale à des risques illimités.

Ces arguments nous paraissent guère contestables car ils prennent appui sur des approches classiques de l'aléa et de la spéculation. L'aléa réside dans tout élément de hasard dont les parties acceptent de faire dépendre le montant de leur prestation de sorte que chaque partie a une chance de gain ou de perte⁴ ; la spéculation vise à s'enrichir en profitant des fluctuations du marché⁵. Ces arguments ont permis à la Cour de cassation de rejeter les critiques sans avoir à statuer sur la question de savoir si le respect de l'intérêt local implique l'interdiction des contrats spéculatifs⁶.

II. La responsabilité de Dexia a été recherchée tant en sa qualité d'établissement de crédit dispensateur de crédit – c'est le 4^e moyen – qu'en sa qualité de prestataire de services d'investissement : ce sont les 5^e, 6^e et 7^e moyens. Aucune des critiques soulevées par la Commune de Saint-Leu-La-Forêt n'a été retenue.

1. Sur le terrain bancaire, la question était de savoir si la commune pouvait être considérée comme un emprunteur averti. La Cour de cassation met en avant le pouvoir souverain des juges du fond après avoir rappelé la motivation tant juridique que factuelle de l'arrêt attaqué.

Il est certain que « le caractère averti d'un emprunteur ne se présume pas et doit résulter d'une analyse concrète, au jour de la conclusion du prêt litigieux ». Cette énonciation des juges du fond rejoint la position de la Cour de cassation selon laquelle « la banque qui consent un prêt à un

2. La Cour de cassation prend également position sur la possibilité pour une commune de saisir la CEDH ou d'invoquer une stipulation de la convention européenne des droits de l'homme : « Mais attendu que l'arrêt énonce exactement qu'une commune, qui n'est pas assimilée à une organisation non gouvernementale au sens de l'article 34 de la Convention dans la mesure où, s'agissant d'une personne morale de droit public, elle exerce une partie de la puissance publique, ne peut ni saisir la Cour européenne des droits de l'homme, ni invoquer utilement devant les juridictions nationales les stipulations de la Convention ou de son premier Protocole additionnel et ce, quelle que soit la nature du litige ; que le moyen, qui postule le contraire, n'est pas fondé. » Sur cet argumentaire donné en réponse à la prétention de l'inconventionnalité de la loi de validation, v. Martin, obs. préc. sous CA Versailles 21 septembre 2016, spéc. pp. 62-63.

3. CJUE 3 décembre 2015, aff. C-312/14, *Banif Plus Bank Zrt c/ Marton et Martonné Lantos*, JCP (éd. G), 2015, 1401, obs. D. Berlin et 2016, 171, note M. Storck et J. Lasserre-Capdeville ; *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2016, comm. n° 99, note Th. Bonneau ;

Banque et Droit n° 165, janvier-février 2016, p. 64, obs. J. Morel-Maroger ; *Bull. Joly Bourse*, mars 2016, p. 102, note M. Roussille ; *Rev. trim. dr. com.*, 2016, 170, obs. D. Legeais ; *RISF*, 2016/2, p. 68, note M. Combet.

4. *Dictionnaire juridique Cornu*, 1987, PUF, v. Aléa. V. également, A. Bénabent, *Droit des obligations*, 15e éd. 2016, LGDJ, n° 22 : le contrat « est aléatoire lorsque ces prestations ou l'une d'elles dépend d'un événement aléatoire qui commande l'équilibre du contrat, dont la tournure effective est impossible à connaître à l'avance ».

5. *Ibid.* v. Spéculation. Rapprocher A-C. Muller, *Dernières décisions relatives à la responsabilité des professionnels*, *Rev. dr. bancaire et financier* mars-avril 2010, com. n° 74, spéc. p. 76 : selon cet auteur, la notion d'opération spéculative est fondée sur l'idée de risque : l'opération est spéculative si le risque de perte est plus élevé que le montant investi dans le produit financier.

6. Sur l'interdiction des produits spéculatifs, v. J. Martin, note sous TGI Paris, 10 novembre 2015, *Rev. dr. bancaire et financier* janvier-février 2016, com. 12.

emprunteur non averti doit apprécier sa situation au moment de la conclusion du contrat afin d'être en mesure de le mettre en garde »⁷.

Il est également pertinent de prendre en considération le fait que la commune avait déjà souscrit des prêts à taux variable et qu'elle développait une politique active de gestion de sorte qu'elle ne pouvait pas ignorer l'existence d'un risque. En revanche, on pourrait être plus réservé en ce qui concerne la motivation concernant le diplôme du maire et ses activités de trésorier. On doit toutefois rappeler qu'une personne morale ne peut agir que par l'intermédiaire de personnes physiques de sorte que leur compétence personnelle est prise en considération pour apprécier la qualité de la

commune en tant qu'emprunteur averti ou profane⁸.

2. Sur le terrain financier, la commune a développé plusieurs critiques qui insistent à nouveau sur le caractère spéculatif des prêts du fait de la présence d'une option et de l'impossibilité de connaître à l'avance l'étendue maximale des engagements. Les critiques apparaissent comme une redite des autres moyens de sorte qu'il n'est pas étonnant qu'elles aient été écartées. Les réponses données par la Cour de cassation semblent toutefois en décalage car elle revient sur le fait que la commune était avertie et qu'il est inutile d'obtenir une interprétation de la Cour de l'Union européenne. ■

7. Cass. civ. 1^{re}, 2 novembre 2005, Bull. civ. I, n° 397, p. 331; Banque et Droit n° 107, mai-juin 2006, 83, obs. Th. Bonneau; Rev. trim. dr. com. 2006, 171, obs. D. Legeais; Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2015, Banque et Droit n° 164, nov.-déc. 2015, p. 22, note 3, obs. Bonneau; Cass. com. 28 mars 2018, arrêt n° 276 F-D, pourvoi n° Z 16-25, 248, Toulin / CRCAM du Languedoc et al.

8. Cf. Cass. com. 11 avril 2018, arrêt n° 405 FS-P+B, pourvoi n° C 15-27-133, A 15-27-798, W 15-27-840, N 15-29-442, Schneider et al. c/ Legrand et al.: « Mais attendu que le caractère averti de l'emprunteur, personne morale, s'apprécie en la personne de son représentant légal et non en celle de ses associés, même si ces derniers sont tenus solidairement des dettes sociales. » voir également, D. Legeais, *Opérations de crédit*, 2e éd. 2018, Lexisnexus, n° 704.

Crédit à la consommation – Notion de crédit renouvelable – Contrat permettant de souscrire plusieurs crédits distincts – Prêt personnel ou affecté.

Cass. 6 avril 2018, avis n° 15007 P + B, AJContrat 2018, p. 234, obs. V. Legrand; D. Act. 4 mai 2018, obs. J.-D. Pellier.

« La cour est d'avis que :

1°/ L'article L. 312-57 du code de la consommation, en ce qu'il reprend la définition énoncée à l'article L. 311-16 du même code, en vigueur lors de la conclusion du contrat, doit être interprété en ce sens qu'il ne permet pas de qualifier de « crédit renouvelable par fractions » un contrat qui, s'il définit un montant maximal d'emprunts accordés à un consommateur, suppose lors de chacun des emprunts successifs, remboursable indépendamment des autres, à un taux fixe qui lui est propre, une négociation quant à ses clauses essentielles, de durée de remboursement, et du taux d'intérêt conventionnels fixe spécifique.

2°/ Chacun des emprunts s'analyse en un prêt, personnel ou affecté, justifiant de l'acceptation d'une offre préalable, ouvrant notamment droit à rétractation. »

Commentaire de Sophie Gjidara-Decaix.

Facteur d'endettement des consommateurs, le crédit renouvelable est une forme de crédit à la consommation dont la dangerosité a justifié l'édiction de règles spécifiques qui n'ont cessé, au fil des réformes, de renforcer la protection des consommateurs. Défini à l'article L. 312-57 du Code de la consommation (ancien article L. 311-6) comme « une ouverture de crédit qui assortie ou non d'une carte de crédit, offre à son bénéficiaire la possibilité de disposer de façon fractionnée, aux dates de son choix, du montant du crédit consenti », le crédit renouvelable offre à l'emprunteur une réserve de crédit qui se reconstitue en permanence au fur et à mesure des remboursements. Distinct du prêt personnel ou du crédit

affecté, le crédit renouvelable ne vise pas, en principe, à financer une opération particulière, et échappe ainsi aux règles qui régissent ces prêts. Cependant, la pratique a révélé que certains organismes prêteurs faisaient souscrire aux emprunteurs un contrat unique, qualifié de crédit renouvelable, permettant en réalité d'obtenir plusieurs crédits dont les conditions de remboursement variaient en fonction de l'affectation des fonds. Dénonçant un contournement par les prêteurs des règles protectrices régissant les prêts personnels et affectés, les juges du fond ont condamné cet usage du crédit renouvelable, dont la qualification juridique retenue paraissait contestable¹. C'est ainsi que le tribunal de Villefranche-sur-Saône a saisi la Cour de cassation d'une demande d'avis pour savoir si pouvait être qualifié de crédit renouvelable le Passeport crédit commercialisé par le Crédit mutuel « qui, s'il définit un montant maximal d'emprunts accordés à un consommateur, suppose lors de chacun des emprunts successifs, remboursable indépendamment des autres, à un taux fixe qui lui est propre, une négociation quant à ses clauses essentielles, de durée de remboursement, et du taux d'intérêt conventionnels fixe spécifique » et, dans l'hypothèse d'une réponse négative, si chacun des emprunts opérés devait s'analyser en « un prêt, personnel ou affecté, justifiant de l'acceptation d'une offre préalable ouvrant droit à rétractation ». Dans son avis, la Cour de cassation s'attache à dégager les principales caractéristiques du crédit renouvelable. Au regard de la

1. G. Biardeau, « Le compte permanent ou comment éluder la loi Scrivener? », Rev. dr. banc. et bourse, nov.-déc. 1994, n° 46, p. 244 – Ph. Florès et G. Biardeau, « La protection de l'emprunteur : une notion menacée », D. 2000, p. 191 – Cass. 1^{re} civ., 7 févr. 2006, D. 2006, p. 649, obs. C. Rondey et 2007, p. 753, obs. D.-R. Martin et H. Synvet; RTD Civ. 2006, p. 308, obs. J. Mestre et B. Fagès; RTD com. 2006, p. 460, obs. D. Legeais et p. 905, obs. B. Bouloc – CA Aix-en-Provence 2 déc. 2014, Contrats, conc., consom. 2015, comm. 102, note G. Raymond – G. Poissonnier, « L'offre préalable de crédit renouvelable n'est pas valable pour les crédits de type personnel », D. 2011, p. 1396.

définition légale, le crédit renouvelable a pour première caractéristique d'être un crédit dont le taux d'intérêt est révisable, à la hausse ou à la baisse, soit selon des indices extérieurs, soit selon le taux de base du prêteur, dans des conditions définies dans l'offre de prêt, étant précisé que le changement de taux d'intérêt en cours d'exécution du contrat est soumis à une information préalable de l'emprunteur qui peut le refuser. Le crédit renouvelable a pour seconde caractéristique de permettre à l'emprunteur de reconstituer le crédit utilisé, soulignant ainsi sa différence par rapport au crédit affecté destiné au financement de l'acquisition de biens particuliers. Au regard de ces critères, la Cour de cassation dénie la qualification de crédit renouvelable au Passeport crédit, « qui permet de souscrire plusieurs emprunts distincts, combinant la faculté de reconstitution du

crédit permanent avec les modalités de remboursement par échéances prédéterminées suivant un tableau d'amortissement établi lors de chaque emprunt d'une fraction de capital disponible, comportant un taux fixe spécifique selon l'affectation des fonds prêtés, et ne prévoyant qu'une acceptation unique donnée par l'emprunteur lors de sa conclusion ». Considérant que chacun des emprunts doit s'analyser en un prêt personnel ou en un crédit affecté, la Cour de cassation en déduit alors que chacun d'eux doit justifier de l'acceptation d'une offre préalable ouvrant notamment droit à rétractation. En définitive, cet avis vient conforter la position des juges du fond et souligner que le crédit renouvelable ne saurait être confondu ni avec un prêt personnel, ni avec un crédit affecté, chacun étant soumis à un régime spécifique. ■

Crédit immobilier – Remboursement en euros d'un prêt libellé en francs suisses – Clause abusive – Devoir d'information – Devoir de mise en garde.

Cass. 1re civ., 3 mai 2018, pourvoi n° 17-13593, BNP Paribas Personal Finance c/ M. et Mme Y, FS-P+B, D. Act. 17 mai 2018, obs. J.-D. Pellier.

« Après avoir énoncé que l'appréciation du caractère abusif des clauses, au sens de l'article L. 132-1, devenu L. 212-1 du code de la consommation, ne concerne pas celles qui portent sur l'objet principal du contrat, pour autant qu'elles soient rédigées de façon claire et compréhensible, l'arrêt relève, d'une part, que la clause litigieuse, en ce qu'elle prévoit la conversion en francs suisses du solde des règlements mensuels après paiement des charges annexes du crédit, définit l'objet principal du contrat, d'autre part, que cette clause figure dans une offre préalable qui précise que le prêt contracté est libellé en francs suisses, que l'amortissement du prêt se fait par la conversion des échéances fixes payées en euros, qu'une telle conversion s'opère selon un taux de change qui est susceptible d'évoluer à la hausse ou à la baisse, que cette évolution peut entraîner l'allongement ou la réduction de la durée d'amortissement du prêt et, le cas échéant, modifier la charge totale de remboursement ; qu'ayant ainsi fait ressortir le caractère clair et compréhensible de la clause litigieuse, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche ni de répondre à des conclusions que ses constatations et énonciations rendaient inopérantes, a légalement justifié sa décision de ce chef ;

Qu'ayant relevé, d'une part, que l'établissement de crédit qui consent un prêt à un emprunteur non averti, est tenu à son égard, lors de la conclusion du contrat, d'un devoir de mise en garde en considération des capacités financières de ce dernier et du risque d'endettement, qu'il n'est pas contesté que la banque a rempli son obligation de se renseigner sur les capacités financières des emprunteurs, que le prêt était, lors de sa souscription, proportionné à celles-ci et n'avait entraîné aucun endettement excessif, d'autre part, que les emprunteurs incriminaient en réalité le manquement de la banque à son devoir d'information sur le risque de variation du taux de change et des conséquences de cette dernière sur l'amortissement du prêt pour dire que leur consentement avait été vicié par leur erreur et par les manœuvres dolosives de la banque, et estimé que le manquement allégué n'était pas établi, la cour d'appel,

qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation ni de procéder à des recherches que ses constatations rendaient inopérantes, a légalement justifié sa décision de ce chef. »

Commentaire de Sophie Gjidara-Decaix

La crise financière a révélé la dangerosité pour les emprunteurs des prêts immobiliers en monnaie étrangère, notamment en francs suisses, et généré un contentieux important tant national qu'euro péen. En raison de la hausse du cours du franc suisse par rapport à l'euro, les emprunteurs ont, en effet, vu le coût de leur crédit considérablement augmenté, les incitant à contester en justice tout à la fois la régularité de la clause prévoyant l'indexation du prêt sur la valeur du franc suisse, son caractère abusif, et à dénoncer un manquement des prêteurs à leurs obligations d'information et de mise en garde. La contestation de la validité de cette clause d'indexation sur une monnaie étrangère n'a pas prospéré, la Cour de cassation ayant reconnu son caractère licite au regard de l'article L. 112-2 du Code monétaire et financier, dès lors que l'indice choisi entretenait une relation directe – appréciée abstraitement – avec l'activité de banquier de l'un des contractants¹. En revanche, la dénonciation du caractère abusif de cette clause est apparue plus prometteuse. Conformément à la juris-

1. Com. 22 mai 2001, n° 98-14406, Bull. civ. IV, n° 98 ; D. 2001, p. 2127, Defrénois 2001, p. 1067, obs. R. Libchaber. Néanmoins, il convient de préciser que la solution dégagée ne vaut que si le contrat de prêt utilise la monnaie étrangère comme un instrument de compte, et non comme un instrument de paiement. Dans les opérations purement internes, la clause prévoyant un paiement en monnaie étrangère est considérée comme illicite (CA Metz 6 avr. 2017, n° 15/00419 et n° 15/00410). Désormais, l'art. 1343-3 du Code civil tel qu'issu de la loi du 20 avr. 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 énonce expressément le principe selon lequel « le paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent s'effectue en euros » qu'il assortit d'exceptions, « Toutefois, le paiement peut avoir lieu en une autre monnaie si l'obligation ainsi libellée procède d'une opération internationale ou d'un jugement étranger. Les parties peuvent convenir que le paiement peut avoir lieu en devise s'il intervient entre professionnels lorsque l'usage d'une monnaie étrangère est communément admis pour l'opération concernée ». De même, le nouvel art. L. 112-5-1 du Code mon. et fin. précise que « Par exception au premier alinéa de l'article 1343-3 du code civil, le paiement peut avoir lieu en une autre monnaie si l'obligation ainsi libellée procède d'un instrument financier à terme ou d'une opération de change au comptant ».

prudence européenne², la Cour de cassation a ainsi considéré que les juges avaient l'obligation d'examiner d'office le caractère abusif d'une telle clause contractuelle, dès lors qu'ils disposaient des éléments de droit et de fait nécessaires afin de rechercher notamment si le risque de change ne pesait pas exclusivement sur l'emprunteur, et si en conséquence la clause litigieuse n'avait pas pour objet ou pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, au détriment des consommateurs³. Alors que certains auteurs⁴ avaient émis des doutes sur l'efficacité d'un tel contrôle, l'arrêt du 3 mai 2018 confirme leurs craintes. En l'espèce, les emprunteurs qui avaient souscrit auprès de BNP Paribas Personal Finance, un prêt immobilier libellé en francs suisses et remboursable en euros, dénommé Helvet Immo, reprochaient aux juges du fond de ne pas avoir d'office apprécié le caractère abusif de la clause indexant le montant du remboursement du prêt sur la valeur du franc suisse. Approuvés par la Cour de cassation, les juges du fond relèvent que l'appréciation du caractère abusif des clauses, au sens de l'article L. 132-1 devenu l'article L. 212-1 du Code de la consommation, ne concerne pas celles qui portent sur l'objet principal du contrat, pour autant qu'elles soient rédigées de façon claire et compréhensible. Ce faisant, les juges considèrent tout d'abord que la clause litigieuse, en ce qu'elle prévoit la conversion en francs suisses du solde des règlements mensuels après paiement des charges annexes du crédit, définit l'objet principal du contrat. C'est également en ce sens que s'est prononcée la Cour de justice de l'Union européenne, qui fait relever de l'objet principal du contrat la clause prévoyant le remboursement d'un prêt en une devise étrangère, qui n'est pas considérée comme une modalité accessoire de paiement, mais comme « un élément essentiel du contrat » relevant de la nature même de l'obligation du débiteur⁵. Si cette qualification conduit a priori à soustraire ce type de clause

du contrôle des clauses abusives, ce n'est cependant que pour autant qu'elle est rédigée de façon claire et compréhensible. Les juges du fond se sont ensuite attachés à apprécier le caractère clair et compréhensible de la clause au sens où l'entend là encore la Cour de justice de l'Union européenne, qui exige qu'elle soit non seulement « intelligible pour le consommateur sur un plan grammatical, mais également que le contrat expose de manière transparente le fonctionnement concret du mécanisme de conversion de la devise étrangère auquel se réfère la clause concernée [...], de sorte que le consommateur soit mis en demeure d'évaluer, sur le fondement de critères précis et intelligibles, les conséquences économiques qui en découlent pour lui ». En l'espèce, la clause expliquait parfaitement à l'emprunteur le mécanisme de conversion des échéances fixes payées en euros et l'informait clairement de ce que l'évolution à la hausse ou à la baisse du taux de change pouvait entraîner l'allongement ou la réduction de la durée d'amortissement du prêt, et le cas échéant modifier la charge totale de remboursement. Ce faisant, la clarté et l'intelligibilité de la clause excluaient tout contrôle sur le fondement du droit des clauses abusives. De même, les juges du fond en ont également déduit que la banque ne pouvait se voir reprocher aucun manquement à son devoir d'information sur le risque de variation du taux de change et des conséquences de cette dernière sur l'amortissement du prêt. Quant au devoir de mise en garde, qui est clairement distingué du devoir d'information, il est, en l'espèce, appréhendé selon des principes devenus classiques. Un établissement de crédit n'est tenu, lors de la conclusion du contrat, d'un devoir de mise en garde à l'égard d'un emprunteur non averti, que s'il existe au regard de ses capacités financières un risque d'endettement excessif né de l'octroi de crédit. Or, en l'espèce, le prêt était, lors de sa souscription, proportionné aux capacités financières de l'emprunteur et n'avait entraîné aucun endettement excessif. En définitive, cette jurisprudence laisse peu d'espoir aux emprunteurs de prêts en monnaie étrangère, dont la protection par le droit des clauses abusives est conditionnée à la rédaction défailtante des clauses litigieuses. Dans ces conditions, il est heureux que le législateur ait choisi de circonscrire ce contentieux pour l'avenir en encadrant, à l'article L. 313-64 du Code de la consommation, les prêts immobiliers libellés dans une devise étrangère, que les emprunteurs ne peuvent contracter que s'ils déclarent percevoir principalement leurs revenus ou détenir un patrimoine dans cette devise au moment de la signature du contrat de prêt, ou, si le risque de change n'est pas supporté par l'emprunteur. ■

2. CJCE 4 juin 2009, aff. C-243/08, Pannon : Juris-Data n° 2009-007422.

3. Cass. 1^{re} civ., 29 mars 2017, n° 15-27-231 Juris-Data n° 2017-005685 et n° 16-13050, Juris-Data n° 2017-005684, D. 2017, 2196, note H. A ; AJContrat, 2017, p. 278, note B. Brignon, JCP N 2017, p. 1158, note S. Piedelièvre, JCP G 2017, p. 278, note Th. Bonneau et p. 1267, note J. Lasserre Capdeville ; Gaz. Pal. 13 juin 2017, p. 49, note M. Roussille ; Rev. dr. banc. et fin. 2017, comm. 107, note N. Mathey ; Banque et Droit 2017, p. 25, note G. Helleringer.

4. M. Roussille, note précitée – N. Mathey, note précitée.

5. CJUE 30 avr. 2014, aff. C-26/13 Arpad Kasler, contrats, conc., consom. 2014, comm. 202, note G. Raymond – CJUE, 2^e ch., 20 sept. 2017, aff. C-186/16, Andriuc et al., AJContrat, 2017, p. 484, note B. Brignon, D. 2017, p. 2401, note J. Lasserre Capdeville ; Gaz. Pal. 14 nov. 2017, p. 61, note M. Roussille.

Crédit immobilier – TEG erroné – Action en annulation de la stipulation d'intérêts – Prescription – Point de départ du délai.

Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 2018, pourvoi n° W 16-22945, F-D, M. et Mme Payet c/ Caisse de Crédit Mutuel Boucles de Seine Ouest Parisien.

Cass. 2^e civ., 1^{er} février 2018, pourvoi n° E 16-26679, F-D, M. Baudeau c/ Caisse de Crédit Agricole Mutuel de la Corse.

Cass. 1^{re} civ., 7 mars 2018, pourvoi n° V 16-27613, F-D, Société Caisse d'Épargne et de Prévoyance de Midi-Pyrénées c/ la SCI Saint-Upéry, la Caisse Régionale de Crédit Agricole Mutuel Pyrénées Gascogne, la Société Crédit logement.

« Ayant relevé que l'offre mentionnait explicitement que seule l'adhésion à l'assurance couvrant le risque de décès était une condition d'octroi du prêt à l'exclusion d'aucune autre assurance, la cour d'appel a fait ressortir que les emprunteurs

pouvaient déceler par eux-mêmes, à la seule lecture de l'offre, les prétendues irrégularités affectant le TEG ; justifiant ainsi légalement sa décision de déclarer prescrite l'action en nullité de la stipulation de l'intérêt conventionnel en raison d'une erreur affectant le TEG » ;

« Ayant souverainement constaté que les énonciations de l'acte notarié de prêt permettaient de se convaincre de l'absence de mention du taux de période et de la durée de la période, la cour d'appel en a exactement déduit que la prescription de l'action en annulation de la stipulation d'intérêts résultant du TEG avait commencé à courir à la date de signature dudit acte » ;
 « Alors qu'elle avait constaté que la SCI avait pour objet social l'achat et la gestion de l'immeuble financé grâce au prêt, ce dont il résultait que celle-ci avait agi en qualité de professionnel, la cour d'appel, en accueillant l'action en nullité exercée par la SCI, a violé les articles 1304 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, et 1907 du même code, ensemble l'article L. 313-2 du code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016. »

Commentaire de Sophie Gjidara-Decaix

La détermination du point de départ de la prescription de l'action en nullité de la stipulation de l'intérêt conventionnel fondée sur l'ancien article 1304 du Code civil (et aujourd'hui sur l'article 2224) suscite des difficultés qui conduisent la Cour de cassation à rappeler régulièrement les principes qui gouvernent la matière. En cas d'absence de mention du TEG, la prescription court à compter de la date de la convention, tandis qu'en cas de TEG erroné, la prescription court à compter de la date à laquelle l'emprunteur a connu ou aurait dû connaître l'irrégularité entachant le TEG¹. Néanmoins, ce report du point de départ sup-

pose, en premier lieu, que l'irrégularité ne soit pas décelable à la lecture de l'acte² comme le rappelle la Cour de cassation dans ses arrêts du 31 janvier 2018 et du 1^{er} février 2018. En second lieu, ce report du point de départ ne profite qu'aux consommateurs à l'exclusion des professionnels. Alors qu'un arrêt du 31 janvier 2017 avait laissé temporairement penser à l'adoption d'une solution commune avant d'être désavoué par un arrêt du 4 mai 2017³, l'arrêt du 7 mars 2018 tranche la question en censurant la cour d'appel qui a accepté le report du point de départ de la prescription au profit d'une SCI qui avait agi en qualité de professionnel. La solution traditionnelle se trouve ainsi réaffirmée : en cas de TEG erroné, la prescription court, encore et toujours, à l'encontre des professionnels, à compter de la date de la convention et non à compter de la révélation de l'irrégularité. S'il paraît judicieux que le point de départ du délai de prescription fasse l'objet d'un report de la date de conclusion de l'acte à celle de la révélation de l'erreur entachant le TEG si celle-ci n'est pas décelable à la seule lecture de cet acte, le fait de n'en faire profiter que les consommateurs se justifie moins au regard des règles qui régissent le TEG, qui sont tout aussi complexes pour les consommateurs que pour les professionnels. ■

1. Cass. 1^{re} civ., 7 mars 2006, *Banque et Droit* n° 108, juill.-août 2006.61, obs. Th. Bonneau – Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2015, *Banque et Droit*, nov.-déc. 2015. 22, obs. Th. Bonneau.

2. Cass. 1^{re} civ., 29 mars 2017, n° 13-18042, *L'Essentiel Droit bancaire*, 1^{er} juin 2017, n° 6, p. 3, obs. S. Piedelièvre.

3. Cass. com. 31 janv. 2017, *Banque et Droit* n° 173, mai-juin 2017.26, obs. Th. Bonneau – Cass. com. 4 mai 2017, *JCP E* 2017, 1405, note J. Lasserre Capdeville.

RB

SÉMINAIRES

Les prochains rendez-vous

WORKSHOP

19 & 20 SEPTEMBRE 2018 (8h30-17h30)

RÉVOLUTION DIGITALE : IA ET SÉCURITÉ DU NUMÉRIQUE

Atelier

25 SEPTEMBRE 2018 (9h00-12h00)

LA GESTION DES **RISQUES OPÉRATIONNELS**

Club
BANQUE

25 SEPTEMBRE 2018 (18h00-20h00)

« **PAQUET BANCAIRE** » : LES GRANDS ENJEUX DE LA RÉVISION DU RÈGLEMENT PRUDENTIEL CRR/CRD

Atelier

9 OCTOBRE 2018 (9h00-12h00)

CRYPTO-ASSETS, ICOs : VONT-ILS PRENDRE LE POUVOIR EN 2028 ?
PLUS DE RÉGULATION, PLUS DE CONFIANCE ?

Club
BANQUE

16 OCTOBRE 2018 (18h00-20h00)

PREMIER BILAN DE LA **MISE EN ŒUVRE DE MIF2**

Atelier

NOVEMBRE 2018 (9h00-12h00)

IDENTITÉ NUMÉRIQUE

Club
BANQUE

20 NOVEMBRE 2018 (18h00-20h00)

LA REVUE DES MODÈLES INTERNES PAR LA BCE (TRIM) : OÙ EN EST-ON ?

Club
BANQUE

DÉCEMBRE 2018 (18h00-20h00)

EN ROUTE VERS L'OPEN BANKING : MENACES ET OPPORTUNITÉS

RB
REVUE BANQUE



revue-banque.fr/seminaires