

CHRONIQUE

DROIT BANCAIRE



THIERRY BONNEAU

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

Chèque – Dates de valeur – Nombre de jours de valeur – Délai d'encaissement.

Cass. com. 22 juin 2010, arrêt n° 702 F-D, pourvoi n° H 09-15.406, société Goto Provence et a. c. Société générale.

« Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si le nombre de jours de valeur appliqué par la banque était justifié au regard des délais nécessaires au dénouement de ces opérations, la cour d'appel a privé sa décision de base légale » au regard de l'article 1147 du Code civil.

Pour la Cour de cassation¹, les délais d'encaissement constituent la seule justification des dates de valeur de sorte que seules les opérations d'encaissement en nécessitant peuvent en être affectées : c'est le cas des remises de chèque à l'encaissement ; aucun délai n'est en revanche nécessaire pour les opérations de dépôts, de remises d'espèces et de virement. Aussi ces opérations ne peuvent-elles être affectées d'aucune date de valeur.

La position jurisprudentielle adoptée en matière de chèques n'autorise pas n'importe quelle date de valeur. Encore faut-il que les dates de valeur appliquées aux remises de chèques correspondent aux délais nécessaires à l'encaissement. C'est ce que rappelle la Cour de cassation dans son arrêt du 22 juin 2010 dans une espèce où les dates de valeurs appliquées avaient conduit à différer la prise en compte des remises de chèques entre 2 et 17 jours : les juges du fond avaient retenu

que « la banque étant autorisée à différer les dates de valeur pour les opérations en cause, l'examen des extraits de compte ne fait pas apparaître qu'elle aurait eu recours à cette pratique dans des conditions irrégulières » ; leur décision est censurée parce qu'ils ont omis de rechercher « si le nombre de jours de valeur appliqué par la banque était justifié au regard des délais nécessaires au dénouement de ces opérations ».

Cette solution n'est pas étonnante car elle est dans la dépendance de la cause justifiant les dates de valeur : ces dates ne sont admises qu'en raison des délais d'encaissement et uniquement dans la limite de ces délais. Ce qui devrait d'ailleurs conduire à considérer que des délais excessifs privent, au moins en partie, de cause les dates de valeur. On remarquera toutefois que la Cour de cassation s'est située sur le terrain de la responsabilité puisqu'elle a visé l'article 1147 du Code civil : des dates de valeur excessives engagent la responsabilité des banques. Une telle solution n'est pas sans avantage pour les banques puisqu'elle permet de ne pas les priver totalement du différé impliqué par les dates de valeur : celles-ci en auraient été, en effet, totalement privées si la Cour avait considéré que les dates de valeur correspondant à des délais d'encaissement abusifs étaient sans cause.

En conclusion, l'arrêt commenté doit être mis en perspective. Tout d'abord avec la tendance qui est à la réduction des délais d'encaissement grâce aux progrès technologiques. Ensuite avec l'article L. 133-14 du Code monétaire et financier, issu d'une loi du 19 octobre 2009², qui prévoit un délai d'un jour ouvré. L'arrêt commenté participe ainsi de la tendance générale visant à réduire et à mieux contrôler les dates de valeur.

1. Cass. com. 6 avril 1993, Bull. civ. IV n° 138 p 94 ; JCP 1993 éd. G, II, 22 062 et éd. E, II, 444, note J. Stoufflet ; D. 1993. J. 310, note Ch. Gavalda ; Rev. trim. dr. com. 1993. 549, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; Rev. jurisp. com. 1993. 262, note F. Grua ; Rev. dr. bancaire et bourse n° 37, mai-juin 1993. 126, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; Cass. com., 29 mars 1994, Bull. civ. IV, n° 134, p. 104 ; Rev. jurisp. com., 1994. 234, note F. Grua ; JCP 1994, éd. E, I, 376, n° 10, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet ; Banque n° 550, juillet-août 1994. 91, obs. J.-L. Guillot ; Rev. trim. dr. com., 1994. 532, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; D. 1994. J. 611, note Ch. Gavalda ; Cass. com., 7 juin 1994, Bull. civ. I, n° 201, p. 161 ; Rev. trim. dr. com., 1994. 758, obs. M. Cabrillac ; Banque n° 550, juillet-août 1994. 91, obs. J.-L. Guillot ; Cass. com., 10 janvier 1995, Bull. civ. IV, n° 8, p. 7 ; JCP 1995, éd. E, I, 465, n° 13, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet ; JCP 1995, éd. G, II, 22475, note F. Auckenthaler ; D. 1995. J. 229, note Ch. Gavalda ; Rev. trim. dr. com. 1995. 454, obs. M. Cabrillac ; Quotidien juridique, n° 9, 31 janvier 1995. 4, note J.-P. D. ; D. 1996 som. com. 114, R. Libchaber ; Cass. com., 21 mai 1996, Rev. trim. dr. com. 1996. 507, obs. M. Cabrillac.

2. Loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers. V. Th. Bonneau, chronique de droit bancaire, Banque & Droit n° 128, novembre-décembre 2009. 34.

Lettre de change – Absence de lieu de création – Lieu désigné à côté du nom du tireur – Recto ou verso du titre.

Cass. com. 26 mai 2010, arrêt n° 585 FS-P+B, pourvoi n° P 09-14.561, Société de métallerie et de tôlerie du Maine (SMTM) c. société Fortis Banque, D. 2010, ac. P 1476, obs. X. Delpéch.

« Mais attendu qu'il résulte des dispositions de l'article L. 511-1-I-V du Code de commerce que lorsque le lieu de création n'est pas indiqué sur la lettre de change, celle-ci doit être considérée comme souscrite dans le lieu désigné à côté du nom du tireur ; que c'est exactement ce que la cour d'appel a retenu, que ce texte n'exige pas que l'indication de ce lieu figure au recto de la lettre de change. »

Le formalisme de la lettre de change est important puisqu'il implique le recours au papier et impose le respect de mentions obligatoires³. Il n'est cependant pas sans limite car l'absence de certaines mentions peut être suppléée. Il en est ainsi du lieu de création, c'est-à-dire du lieu d'émission de la lettre de change. Ce lieu participe des mentions obligatoires⁴, ce qui est utile en matière de conflits de lois, la loi du lieu de création ayant vocation à régir la forme du titre, les délais de recours et l'acquisition de la provision⁵. Cette mention peut toutefois être suppléée, si elle est omise, par le lieu indiqué à côté du nom du tireur : selon l'article L. 511-1, V, du Code de commerce, « la lettre de change n'indiquant pas le lieu de sa création est considérée comme souscrite dans le lieu désigné à côté du nom du tireur ».

Dans l'espèce à l'origine de l'arrêt du 26 mai 2010, la lettre de change ne mentionnait pas, au recto du titre, le lieu de création et si, sur ce recto, figurait la signature du tireur, aucune adresse n'était mentionnée ; l'adresse figurait seulement au verso du titre, le cachet du tireur comportant son adresse ayant été apposé, accompagné du paraphe de celui-ci⁶, à cet endroit. Selon le tiré accepteur de la lettre de change, qui en avait refusé le paiement et qui en demandait la nullité, cette mention au verso ne pouvait pas suppléer l'absence d'indication du lieu de création car la mention admise en équivalence au lieu de création aurait dû figurer au recto : cette prétention a été rejetée par les juges du fond qui en sont approuvés par la Cour de cassation.

La raison avancée par les juges emporte la conviction. Comme ceux-ci l'ont souligné, l'article L. 511-1, V, du Code de commerce ne pose aucune règle quant à la place de la mention : il n'exige pas que l'indication du lieu désigné à côté du nom du tireur figure au recto de la lettre de la lettre de change. Aussi peut-on admettre, et assurer ainsi la validité de la lettre de change, que cette mention figure au verso. On peut d'autant plus admettre cette solution que l'on ne voit pas en quoi la protection du débiteur cambiaire est compromise par cette localisa-

tion. L'essentiel est en effet que l'ensemble des mentions exigées, à titre principal ou à titre d'équivalence, par le Code de commerce y figure.

Compte – Lettre d'unité de compte – Action en paiement du solde débiteur de l'un des comptes couverts par la lettre.

Cass. com. 22 juin 2010, arrêt n° 688 F-D, pourvoi n° E 09-67.384, société Skorochood Arnaud et a. c. Association Crédit mutuel professions de santé du Bas-Rhin.

« Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la convention conclue entre la caisse et la société prévoyait que tous les comptes ouverts auprès de la banque, même sous des rubriques ou des qualifications différentes, forment irrémédiablement un compte unique indivisible et global, et qu'en conséquence, il est expressément stipulé que le solde global, après compensation des crédits et des débits de tous les comptes, représente à tout moment et en particulier à la fin de relations d'affaires, le solde du compte courant unique, la cour d'appel a violé » l'article 1134 du Code civil.

La lettre d'unité de compte a-t-elle pour seule fonction de permettre la compensation entre les différents comptes en cas de redressement judiciaire ? L'autonomie de fonctionnement des comptes couverts par ladite lettre est-elle incompatible avec celle-ci ? La cour d'appel de Colmar l'avait pensé dans sa décision du 6 avril 2009 : sa décision est cassée, sans surprise, le 22 juin 2010 par la Cour de cassation.

Sans surprise parce que la lettre d'unité de compte couvre des comptes qui, pendant toute la durée d'exécution de la lettre, sont considérés comme ne formant qu'un seul compte. C'est là une différence essentielle avec l'accord de compensation qui concerne des comptes juridiquement distincts tant que la faculté de compensation n'est pas exercée⁷.

Sans surprise également parce que la Cour de cassation a admis, dans son arrêt de principe du 28 septembre 2004⁸, que l'accord d'unité de compte n'est pas incompatible avec une certaine autonomie opératoire : les intérêts peuvent être différenciés selon les opérations auxquels ils se rapportent et des relevés de compte séparés peuvent être établis.

L'arrêt commenté est d'autant moins surprenant qu'il rejoint l'arrêt du 2 mars 2010⁹. Aussi est-il inutile d'y insister sauf pour rappeler que la lettre d'unité de compte couvrant deux comptes fait obstacle à ce qu'une banque réclame le solde débiteur d'une des rubriques et pratique une saisie sur le solde créditeur d'une autre rubrique. Elle ne peut réclamer que le solde global des comptes si celui-ci est débiteur et ne peut appréhender, via une saisie, que le solde global de l'ensemble des comptes.

3. Cf. art. L. 511-1, I, Code de commerce.

4. Art. L. 511-1, I, 7°, Code préc.

5. F. Pérochon et R. Bonhomme, « Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement », 8^e éd. 2009, LGDJ, n° 626 ; Ph. Delebecque et M. Germain, « Traité de droit commercial », 17^e éd. 2004, LGDJ, n° 1940.

6. Cf. les motifs de la décision attaquée, tels qu'ils sont indiqués dans le moyen annexé à l'arrêt du 26 mai 2010.

7. Sur l'accord de compensation et la lettre d'unité de compte, v. Th. Bonneau, « Droit bancaire », 8^e éd. 2009, Montchrestien, n° 395.

8. Cass. com. 28 septembre 2004, Banque & Droit n° 99, janvier-février 2005, 69, obs. Th. Bonneau ; Rev. dr. bancaire et financier janvier-février 2005, 11, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.

9. Cass. com. 2 mars 2010, Banque & Droit juillet-août 2010, obs. Th. Bonneau ; JCP 2010, éd. E, 1496, n° 8, obs. N. Mathey.

Prêt – Cause – Obligation de remboursement – Cause.

Cass. com. 26 mai 2010, arrêt n° 563 F-D, 26 mai 2010, Bigot c. Société Banque populaire Val-de-France.

« Mais attendu que le prêt consenti par un professionnel du crédit n'étant pas un contrat réel, c'est dans l'obligation souscrite par le prêteur que l'obligation de l'emprunteur trouve sa cause, dont l'existence, comme l'exactitude, doit être appréciée au moment de la conclusion du contrat ; que l'arrêt relève, par motifs adoptés, que le prêt de restructuration litigieux avait été accordé non à la société mais à M. et Mme Bigot co-emprunteurs solidaires, et, par motifs propres, que ce prêt était demeuré une dette personnelle de M. et Mme Bigot qui avaient été personnellement mis en demeure, faisant ainsi ressortir que Mme Bigot avait tiré profit de l'opération et que son engagement n'était pas sans contrepartie ; que par ce motif, abstraction faite du motif erroné critiqué par le moyen, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ».

Dans son arrêt du 5 février 2009, la Cour d'appel de Paris avait considéré que le prêt consenti à M. et Mme Bigot était causé parce que ceux-ci avaient reçu les fonds. Or, comme on le sait¹⁰, la remise des fonds ne justifie pas à elle seule, selon la Cour de cassation¹¹, l'obligation de remboursement : la cause comprend également les motifs déterminant des parties « dès lors que ceux-ci ont été intégrés dans le champ contractuel par un accord express ou tacite des parties »¹². La Cour rejette néanmoins, dans son arrêt du 26 mai 2010, le pourvoi dirigé contre la décision du 5 février 2009 parce que les juges du fond avaient fait ressortir que Mme Bigot avait tiré profit de l'opération et que, par voie de conséquence, son engagement n'était pas sans contrepartie.

Crédit-Bail – Publication du contrat – Irrégularités – Inopposabilité du contrat.

Cass. com. 11 mai 2010, arrêt n° 524 F-P+B, pourvoi n° F 09-14.048, société Crédi-par c. K'Nevez et a., D. 2010, act. p 1276, obs. A. Lienhard, JCP 2010, éd. G, 791, note Laserre Capdeville.

« Mais attendu qu'ayant constaté que la publicité du contrat a été effectuée par le crédit-bailleur le 16 décembre 2004, avant le jugement d'ouverture du 26 juillet 2006, au nom de Bernard Nevez, lieudit "Lasserre" 33 730 Noaillan alors que le contrat était au nom de Patrick K'Nevez, 11 Croix de Charles 33 210 Roaillan, l'arrêt retient que plusieurs erreurs ont été commises sur l'identité du contractant, son adresse, le code postal ainsi que la commune de domiciliation, de sorte que l'état relatif aux inscriptions et privilèges concernant l'activité de M. K'Nevez, obtenu le 1^{er} août 2007 par le

mandataire judiciaire, était vierge ; que l'arrêt retient encore qu'à la date du jugement d'ouverture, la publicité du contrat de crédit-bail n'était pas régulière de sorte que ce contrat, dont les créanciers de M. K'Nevez n'avaient pas connaissance, leur est inopposable ainsi qu'au mandataire judiciaire ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, c'est à bon droit que la cour d'appel a rejeté la demande en restitution dès lors qu'à la date d'ouverture de la procédure collective, le droit de propriété du crédit-bailleur sur le matériel, objet du contrat, n'était pas opposable aux créanciers du preneur, faute d'accomplissement auprès du greffe compétent de la publicité prévue par les articles L. 313-7 et R. 313-3 à R. 313-11 du Code monétaire et financier ; que le moyen n'est pas fondé ».

La publication du contrat de crédit-bail¹³ est primordiale puisqu'elle conditionne son opposabilité aux tiers : un contrat non publié est valable entre les parties, mais inopposable aux tiers sauf si ces derniers ont eu connaissance de l'existence des droits du crédit-bailleur¹⁴.

Cette inopposabilité ne sanctionne pas seulement le défaut de publication, mais également la publication irrégulière, une telle publication revenant à une absence de publication. Toute irrégularité n'emporte cependant pas une telle conséquence. Encore faut-il qu'elle fasse obstacle à l'objectif de la publicité qui est de permettre l'identification des parties et des biens qui font l'objet des opérations de crédit-bail¹⁵.

Une publication comportant deux erreurs d'orthographe a été jugée régulière au motif qu'elle n'empêchait pas l'identification du crédit-preneur¹⁶. En revanche, une telle identification s'avère difficile, ou même impossible, si les erreurs ne sont pas seulement orthographiques ou lorsqu'elles sont trop nombreuses. Il en était ainsi dans l'espèce à l'origine de l'arrêt rendu le 11 mai 2010 par la Cour de cassation : le prénom du crédit preneur n'était pas le même et le nom de famille, ainsi que l'adresse, était altéré ; la publicité avait été faite, en effet, « au nom de Bernard Nevez, lieudit Lasserre 33 730 Noaillan » alors que le contrat était « au nom de Patrick K'Nevez, 11 croix de Charles 33 210 Roaillan ». Cette solution rejoint une précédente décision¹⁷ qui avait considéré qu'une publication mentionnant, pour désigner le crédit-preneur, l'enseigne sous laquelle celui-ci exerce, est une publication irrégulière.

Ces solutions doivent inciter les crédit-bailleurs à être rigoureux, d'autant que la continuation du contrat de crédit-bail par le crédit-preneur en redressement judiciaire et la résiliation du contrat par le liquidateur ne peuvent pas suppléer le défaut de publication. Il est vrai qu'une telle solution a pu être admise par la jurisprudence¹⁸. Elle n'est cependant plus de droit positif comme le mon-

10. V. Bonneau, « Droit bancaire », op. cit., n° 523-1.

11. Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2008, Banque & Droit n° 121, septembre-octobre 2008, 28, obs. Th. Bonneau ; JCP 2008 éd. E, 1964, note D. Legeais et éd. G, 10 150, note A. Constantin ; D. 2008, p 2369, obs. P. Chauvin et C. Creton ; Contrats-Concurrence-Consommation, novembre 2008, n° 255, note L. Levequeur ; Rev. trim. dr. com. 2008, 602, obs. D. Legeais ; Cass. com., 7 avril 2009, Banque & Droit, n° 126, juillet-août 2009, 18, note Th. Bonneau ; JCP 2009, éd. G, 77, note J. Lasserre Capdeville ; D. 2009, p. 2080, note J. Ghestin ; Cass. civ. 1^{re}, 5 novembre 2009, Banque & Droit n° 130, mars-avril 2010, 32, obs. Th. Bonneau.

12. Constantin, note préc. spéc. p 33 ; Ghestin, note préc., spéc. n° 7.

13. V. Bonneau, « Droit bancaire », op. cit., n° 546 et s.

14. Art. L. 313-10 et R. 313-10, Code monétaire et financier.

15. Art. R. 313-3, Code préc.

16. Cass. com. 16 mai 1995, Revue des procédures collectives n° 1995-4, p 467, n° 4, obs. B. Soinnie.

17. Cass. com. 29 avril 1997, Bull. civ. IV n° 112 p 98.

18. Cass. com. 6 décembre 1994, Bull. civ. IV n° 365 p 300 : « Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme l'y invitaient les conclusions de la société si, en exécutant les prestations du contrat de crédit-bail, l'administrateur n'avait pas opté pour la poursuite des conventions litigieuses, cette continuation impliquant reconnaissance du droit de propriété du crédit-bailleur sur le matériel loué sans que celui-ci ait à exercer l'action en revendication prévue à l'article 115 de la loi du 25 janvier 1985, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes susvisés ».

tre un arrêt rendu le 15 février 2005 par la Cour de cassation¹⁹ : « Mais attendu que l'arrêt retient à bon droit que dès lors que les contrats passés entre la débitrice et la société Saimlease n'avaient fait l'objet d'aucune publicité, la société Saimlease ne pouvait pas bénéficier des dispositions de l'article L. 621-116 du Code de commerce²⁰ et était tenue d'agir par la voie d'une action en revendication, peu important la connaissance par le liquidateur de son droit de propriété ». Étant toutefois rappelé que la publication du jugement arrêtant le plan de cessation supplée le défaut de publication conforme aux dispositions du Code monétaire et financier²¹.

Secret bancaire – Class actions – Demande d'entraide judiciaire – Juge américain – Empêchement légitime.

TGI Nanterre, 6^e ch. 25 mai 2010, Crédit agricole Corporate & Investment (CA-CIB) c. Louisiana State Employee's Retirement et a., RG : 09/11 035.

Le secret bancaire fait obstacle à la demande du juge américain en communication de documents concernant des crédits consentis à la société La Renaissance et garantis par la société Alstom.

Les class actions intentées, à l'étranger, par des actionnaires français contre des sociétés françaises (Vivendi et Alstom) ont récemment attiré l'attention²², un abus de forum shopping ayant été dénoncé à cette occasion²³, cela au détriment de la loi et du juge français. Toutefois, comme le montre le jugement rendu le 25 mai 2010 par le TGI de Nanterre, le recours au juge étranger n'est pas sans limite²⁴.

En l'espèce, plusieurs actionnaires de la société Alstom ont saisi le juge américain d'une class action en soutenant que cette société a, entre le 3 août 1999 et le 12 août 2003, manipulé ses résultats financiers pour masquer sa situation financière au préjudice des investisseurs. Celle-ci serait altérée en raison de certains de ses engagements, en particulier par l'engagement contracté par la société Alstom en vue de garantir des prêts consentis à la société Renaissance Cruises International (ci-après société Renaissance) pour l'achat de 8 navires de croisière. D'où la requête d'entraide judiciaire internationale du juge américain au juge français en vue d'obtenir la com-

munication des documents concernant les financements consentis à la société Renaissance par la société Calyon, devenue en 2009, Crédit Agricole Corporate & Investment (CA-CIB), pour l'achat des navires, le document interne de CA-CIB sur l'analyse des risques et de la solvabilité de la société Renaissance et les garanties consenties par la société Alstom liées au financement des navires acquis par cette société.

CA-CIB a opposé le secret bancaire à cette demande et a été suivi, sur ce terrain, par le TGI de Nanterre dans son jugement du 25 mai 2010. La décision est toutefois toute en nuances. Car si le tribunal « constate qu'il existe un empêchement légitime à la communication par Crédit Agricole Corporate & Investment bank (CA-CIB) des documents faisant l'objet de la requête d'entraide judiciaire » dont il a été saisi par le juge américain, il indique que CA-CIB devra justifier « avoir demandé aux bénéficiaires du secret en cause s'ils acceptent de l'en décharger » et juge que CA-CIB « est empêchée de produire les documents requis dans l'hypothèse où les bénéficiaires du secret n'acceptent pas de l'en décharger » : cette décision n'est pas étonnante.

Il est vrai que les articles 10 du Code civil et 11 du Code de procédure civile imposent à chacun d'apporter son concours à la justice, notamment aux mesures d'instruction. Toutefois, dans le même temps, le secret bancaire est une obligation qui s'impose aux établissements de crédit sous réserve toutefois des cas où ledit secret est levé : le banquier ne doit pas révéler aux tiers les informations couvertes par le secret hormis les cas où un texte autorise la communication. Or, si un tel texte existe au profit au juge pénal²⁵, aucun texte ne lève, à titre général, le secret bancaire au profit du juge civil. Par ailleurs, les articles 10 et 11 précités réservent eux-mêmes l'existence d'un motif légitime²⁶, d'un empêchement légitime²⁷, un tel motif ou empêchement permettant de ne pas apporter son concours à la justice. Or le secret constitue un tel motif, un tel empêchement, seul le bénéficiaire du secret pouvant délier le banquier de l'obligation de ne pas communiquer, à des tiers, les informations couvertes par le secret²⁸ : il en est ainsi parce que, selon la Cour de cassation²⁹, le secret bancaire étant de simple protection du client, celui-ci peut y renoncer.

Cette position est rejointe par le TGI de Nanterre qui a rappelé, dans son jugement du 25 mai 2010, que « le secret bancaire ne peut être détourné de sa finalité qui est de protéger la confidentialité d'informations recueillies par le banquier » et que le secret est « à la fois un moyen de protection de la personne du client et de défense du secret des affaires et renforçant la confiance dans le système bancaire français ». Le tribunal effectue ce rappel après avoir indiqué que la Convention de La Haye du 18 mars 1970 traitant de l'obtention de preu-

19. Cass. com. 15 février 2005, Bull. civ. IV n° 28 p. 32.

20. Les dispositions de l'ancien article L. 621-116 du Code de commerce ont été reprises par l'article L. 624-10.

21. Cass. com. 28 octobre 2008, Banque & Droit n° 123, janvier-février 2009, 22, obs. Th. Bonneau ; adde, F. Pérochon, « Cession d'entreprise, crédit-bail et publicité : surprise embellie pour les crédits-bailleurs », *Actualité des procédures collectives* n° 20, 15 décembre 2008.

22. H. de Vauplane et J-F. Poulain, « Class action : un actionnaire peut-il poursuivre sa société devant une juridiction étrangère ? », *Revue Banque* n° 722, mars 2010 p 81 et s. ; A. Couret et B. Dondero, « Mettre en échec la participation à une class action américaine devant le juge français ? (à propos de l'arrêt Vivendi, CA Paris, 28 avril 2010) », *Bull. Joly sociétés* mai 2010 § 104 p 514. Voir également, H. de Vauplane, J-J. Daigre, B. de Saint-Mars et J-P. Bornet, obs. sous Paris, 28 avril 2010, Vivendi v. Gérard et autres, *Banque & Droit* n° 131 mai-juin 2010, 23.

23. D. Cohen, « Contentieux d'affaires et abus de forum shopping », D. 2010, p 975 et s.

24. V. également, la décision rendue dans l'affaire Morrison : E. Gaillard, « États-Unis : coup d'arrêt aux class actions extraterritoriales ». À propos de l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis du 24 juin 2010, *JCP* 2010, éd. G, 743 ; M. Dubertret, « Affaire Morrison v. National Australia Bank Ltd : l'espoir d'un nouvel âge ? », à paraître in *Rev. dr. bancaire et financier* juillet-août 2010.

25. Art. L. 511-33, al. 2, Code monétaire et financier.

26. Art. 10, Code civil.

27. Art. 11, Code de procédure civile.

28. Art. L. 511-33, al. 4, Code monétaire et financier.

29. Cass. com., 11 avril 1995, Bull. civ. IV, n° 121, p. 197 ; *Rev. dr. bancaire et bourse*, n° 50, juillet-août 1995, 145, obs. F. J. Crédot et Y. Gérard ; *Rev. trim. dr. com.*, 1995, 635, obs. M. Cabrillac ; *JCP* 1996, éd. E, I, 525, n° 6 obs. Ch. Gavalda et J. Stofflet. V. également, T. Bonneau, « Communication de pièces et secret bancaire (à propos de l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 11 avril 1995) », *Rev. dr. bancaire et bourse* n° 49, mai-juin 1995, 94.

ves à l'étranger en matière civile et commerciale permet, dans son article 11³⁰, de tenir compte des interdictions de communication posées par la législation de l'État où la demande d'entraide judiciaire est formulée. Aussi peut-il considérer que CA-CIB est astreint au secret bancaire et qu'il ne peut en être délié au profit des tiers sollicitant la communication de documents, à savoir les actionnaires de la société Alstom, que par le bénéficiaire du secret, à savoir la société Renaissance qui est sa cliente.

Cette conclusion ne peut toutefois être, en l'espèce, certaine qu'en tenant compte de deux autres éléments.

■ Le premier concerne le bénéficiaire du secret. La société Renaissance a en effet été liquidée judiciairement en 2001. Ne pourrait-on pas alors admettre la communication ? Selon CA-CIB, « rien ne permet de dire que tous ses droits et actions sont définitivement liquidés nonobstant la décision de clôture finale » : selon le TGI de Nanterre, « cette assertion est exacte », ce qui le conduit à considérer que « cette entité bénéficie toujours du secret bancaire pour des demandes émanant de tiers ». Est-ce à dire que la solution contraire doit être consacrée si tous les droits et obligations avaient été effectivement intégralement liquidés ? Rien n'est moins sûr. Il est vrai que la cessation du secret bancaire permet d'assurer l'accès à des documents d'une société ayant disparue, qu'il y ait ou non des ayants droits prenant sa suite comme bénéficiaire du secret. Inversement, le secret bancaire n'étant pas limité dans le temps, son efficacité doit être assurée au-delà de la disparition du bénéficiaire, même si celui-ci n'a pas d'ayant droit.

■ Le second concerne la société Alstom : n'est-elle pas, au même titre que la société Renaissance, un bénéficiaire du secret bancaire ? Le TGI de Nanterre paraît considérer, dans son jugement du 25 mai 2010, que la société Alstom n'est pas réellement bénéficiaire du secret même si elle doit en profiter : « Alstom ayant par ailleurs apporté sa garantie à Renaissance pour permettre à celle-ci d'acquiescer des bateaux de croisière, force est d'admettre qu'Alstom est une personne concernée par l'opération objet de la demande de production de document au sens de l'article L. 511-33 précité.

Partant, cette personne morale bénéficie dans la présente cause, par une sorte d'effet de capillarité du secret bancaire à l'instar de Renaissance ».

Cette opinion repose sur l'idée que le banquier est tenu au secret envers son client. Elle n'est pas sans fondement car souvent, comme le montre l'espèce à l'origine du jugement commenté, la relation en jeu est effectivement une relation entre un banquier et son client. Il n'en demeure pas moins que l'obligation au secret n'est pas posée, par l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier, au profit des clients, mais des personnes concernées par les informations couvertes par le secret. Les bénéficiaires

du secret auquel peut être tenu un banquier peuvent être ainsi, soit ses clients, soit des personnes qui n'en sont pas : en l'espèce, la société Alstom est, tout autant que la société Renaissance, bénéficiaire du secret bancaire auquel est tenu CA-CIB. Aussi était-il inutile de recourir à l'« effet de capillarité » pour justifier une solution qui s'imposait sans détour.

Responsabilité – Symétrie de l'information – Précarité de la situation financière du vendeur – Informations sur les capacités de remboursement des emprunteurs ou sur les risques de l'opération financée – Circonstances exceptionnelles.

Cass. com. 22 juin 2010, arrêt n° 687 F-D, pourvoi n° A 09-15.124, BNP Paribas c. Arnaud ès qualités de liquidateur judiciaire de M. Gérard Duthe.

« Attendu qu'en se déterminant ainsi, par un motif impropre à établir la connaissance par la banque d'informations sur les capacités de remboursement des emprunteurs ou sur les risques de l'opération financée que, par suite de circonstances exceptionnelles, ces emprunteurs auraient pu ignorer, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »

Lorsqu'une banque finance l'achat de l'un de ses clients et qu'elle est en même temps créancière du vendeur, comment-elle une faute à l'égard des emprunteurs lorsque le crédit s'avère inadapté et qu'elle seule connaît les difficultés financières du vendeur ? Assurément, la réponse ne peut être que négative. La responsabilité du banquier dispensateur de crédit s'apprécie au regard du seul emprunteur, qu'il s'agisse de mettre en garde l'emprunteur profane contre les conséquences résultant de l'importance de l'endettement ou qu'il s'agisse d'informer l'emprunteur averti, la banque commettant une faute si elle dispose d'un élément d'information relatif à la fragilité financière du client que celui-ci ignore³¹.

La Cour de cassation le rappelle, dans son arrêt du 22 juin 2010, en censurant une décision qui avait retenu que « le concours manifestement inadapté ainsi consenti par la banque en l'absence de perspectives précises d'accroissement des bénéfices d'exploitation de ce fonds de commerce au prix largement surévalué, ne s'explique que par l'intérêt direct qu'elle trouvait à l'opération, étant créancière du vendeur, son client, dont elle connaissait, au contraire des acheteurs, la précarité de la situation financière ». Une telle motivation, qui se référait à la situation du vendeur pour justifier la responsabilité de la banque par rapport aux emprunteurs, ne pouvait pas être maintenue. Et comme aucune indication n'est donnée sur la qualité de l'emprunteur alors qu'une référence est faite aux risques de l'opération – « qu'en se déterminant ainsi, par un motif impropre à établir la connaissance par la banque d'informations sur les capacités de remboursement des emprunteurs ou sur les risques de l'opération financée que, par suite de circonstances exceptionnelles, ces emprunteurs auraient pu ignorer, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » – l'arrêt commenté donne l'impression de viser tant l'emprunteur

30. Art. 11, Convention de La Haye du 18 mars 1970 traitant de l'obtention de preuves à l'étranger en matière civile et commerciale :

« La commission rogatoire n'est pas exécutée pour autant que la personne qu'elle vise invoque une dispense ou une interdiction de déposer, établies :

a) soit par la loi de l'État requis ; ou

b) soit par la loi de l'État requérant et spécifiées dans la commission rogatoire ou, le cas échéant, attestées par l'autorité requérante à la demande de l'autorité requise ».

En outre, tout État contractant peut déclarer qu'il reconnaît de telles dispenses et interdictions établies par la loi d'autres États que l'État requérant et l'État requis, dans la mesure précisée dans cette déclaration.

31. Sur ces solutions jurisprudentielles, v. Bonneau, « Droit bancaire », op. cit. n° 737-1.

profane que l'emprunteur averti. On peut cependant penser qu'en réalité, n'est visée que la situation des emprunteurs avertis puisque la Cour fait référence à des informations que la banque aurait eues et que les emprunteurs « auraient pu ignorer ».

De ce point de vue, l'arrêt présente un double intérêt. Tout d'abord parce qu'il semble élargir les éléments d'information à prendre en considération : dans son arrêt « Guigan » du 12 juillet 2005³², la Cour de cassation n'a visé que des informations sur la situation financière de l'emprunteur ; dans l'arrêt du 22 juin 2010, la Cour vise non seulement les capacités de remboursement des emprunteurs mais également les risques de l'opération financée. Ensuite parce que cet élargissement semble s'accompagner d'une restriction puisque la Cour souligne que c'est « par suite de circonstances exceptionnelles » que les emprunteurs auraient pu ignorer les informations connues de la banque. Cette restriction est toutefois plus apparente que réelle car les clients sont normalement les mieux informés de leur propre situation.

Responsabilité – Cautions – Jugement définitif des condamnés – Action en responsabilité introduite postérieurement – Autorité de la chose jugée.

Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 2010, arrêt n° 690 F-P+B+I, pourvoi n° B 09-10.364, Consorts Audibert c. société Crédit Agricole Mutuel, caisse régionale Alpes Provence, D. 2010, act. 1780, obs. V. Avena-Robardet.

« Mais attendu qu'il appartenait aux consorts Audibert de présenter dès l'instance initiale l'ensemble des moyens qu'ils estimaient de nature à justifier le rejet total ou partiel de la demande ; qu'ayant relevé que, poursuivis en exécution de leurs engagements de caution, les consorts Audibert n'avaient développé lors de l'instance initiale que des contestations relatives à la validité et à la portée de ces engagements sans faire valoir que la banque avait engagé sa responsabilité civile à leur égard et devait être condamnée à leur payer des dommages-intérêts qui viendraient en compensation avec les condamnations prononcées à leur encontre, la cour d'appel en a exactement déduit qu'était irrecevable la demande dont elle était saisie, qui ne tendait qu'à remettre en cause, par un nouveau moyen qui n'avait pas été formé en temps utile, la condamnation irrévocable prononcée à leur encontre ; que le moyen n'est pas fondé. »

La caution condamnée, par une décision irrévocable, à payer le banquier le montant de la dette garantie est-elle irrecevable à agir en responsabilité contre le banquier ? Lorsque la caution se plaint d'une atteinte à une sûreté, la réponse est assurément positive car c'est, selon l'article 2314 du Code civil, une cause de décharge de son obligation de caution. Mais lorsque la caution se plaint d'une faute autre que celle visée à l'article précité, comme par exemple un défaut de mise en garde

de l'emprunteur profane, une réponse négative semble possible : l'objet de la demande en responsabilité paraît distincte de l'objet de la demande en paiement.

Le plus souvent toutefois, la responsabilité du banquier apparaît comme un moyen de défense pour la caution. Il en est ainsi logiquement lorsque la caution invoque, comme défense au fond, la responsabilité du banquier pour être déchargée du montant de son engagement. Mais il en est également ainsi, selon le doyen Serge Guinchard³³, lorsque la caution forme une demande reconventionnelle car « en présentant sa demande de dommages-intérêts, la caution cherche seulement à annihiler la demande en paiement du créancier, sans rien obtenir de plus et si ce mode de défense réussit elle aura fait échec à cette demande en paiement, mais elle n'aura pas obtenu de dommages-intérêts supplémentaires : son "avantage", processuellement parlant, se confond avec sa défense, c'est-à-dire le rejet de la prétention de son adversaire et ce rejet seulement ; il n'y a pas d'ajout ». Autrement dit, parce que la caution ne prétend obtenir qu'une décharge de son engagement, la demande reconventionnelle n'en est pas réellement une.

Ce qui explique que le doyen Guinchard ait critiqué le recours à la notion demande reconventionnelle ainsi que la jurisprudence de la Cour de cassation qui considérerait que la caution devait faire valoir la responsabilité de la banque uniquement par voie de demande reconventionnelle³⁴. Cette solution a toutefois été abandonnée par la Cour qui a, par la suite, admis que la caution puisse agir aussi bien par voie de défense au fond que par voie de demande reconventionnelle : « Poursuivie en paiement par le créancier, la caution qui demande à être déchargée de son obligation en raison de la faute commise par celui-ci à l'encontre du débiteur principal, sans prétendre obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire, peut procéder par voie de défense au fond ; qu'elle peut aussi, par voie de demande reconventionnelle, demander à être déchargée indirectement en sollicitant des dommages-intérêts puis la compensation entre le montant de sa dette et celui de ces dommages-intérêts »³⁵. La Cour est même allée plus loin en considérant que la qualification procédurale de la demande est indifférente, le juge ne pouvant pas écarter celle-ci au prétexte qu'elle a été mal qualifiée³⁶. Aussi, même si la caution ne demande rien d'autre que le rejet de la demande en paiement sous couvert de demande reconventionnelle, le juge doit vérifier si la banque a commis une faute, et si c'est le cas, la condamner à des dommages-intérêts venant se compenser avec le montant de l'engagement cautionné.

Avec son arrêt du 1^{er} juillet 2010, la Cour de cassation prolonge son raisonnement en considérant qu'une demande en responsabilité contre le banquier est irre-

32. Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, Banque & Droit, n° 104, novembre-décembre 2005, 81, obs. Th. Bonneau ; D. 2005, act. jurisp. 2276, obs. X. Delpech ; D. 2007, pan. p. 761, obs. D. R. Martin ; JCP 2005, éd. E, 1359, note D. Legeais et éd. G, II, 10 140, note A. Gourio ; Revue Banque n° 673, octobre 2005, 94, obs. J.-L. Guillot et M. Boccarra ; Rev. dr. bancaire et financier n° 6, novembre-décembre 2005, n° 203, note F.-J. Crédot et Y. Gérard ; Rev. trim. dr. com. 2005, 820, obs. D. Legeais ; D. 2006, pan. 167, obs. D. R. Martin.

33. S. Guinchard, « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? (qui cassera les arrêts de la Cour de cassation ?), Mélanges en hommage à François Terré », Dalloz, PUF, Editions du juris-classeur, 1999, p 761 et s., spéc. p 764 et s. L'opinion du doyen Guinchard a été ensuite reprise par Paul Grimaldi (note sous Cass. com. 26 avril 2000, D. 2000 p 665).

34. Cass. com. 13 mars 1993, Dr. sociétés juin 1993, n° 109, note Th. Bonneau ; D. 1993, som. p 314, obs. L. Aynès.

35. Cass. com. 26 octobre 1999, Bull. civ. IV n° 182 p 156 ; Cass. com. 26 avril 2000, D. 2000, p 665, note P. Grimaldi.

36. Cass. ch. mixte, 21 février 2003, Bull. civ. IV n° 3 p 7 ; JCP 2003, éd. G, II, 10 103, note F. Boucard et éd. E, 1073, note D. Legeais. Adde, R. de Gouttes, « Défense de la caution poursuivie en paiement par le créancier », RJDA 6/03 p 495 et s.

cevable lorsque la caution a été condamnée par un jugement irrévocable : même si la caution, dans l'instance en exécution de son engagement, a omis de faire valoir la responsabilité de la banque, sa demande, qui ne tend qu'à remettre en cause, par un moyen nouveau qui n'a pas été formé en temps utile, la condamnation irrévocable prononcée à son encontre, est irrecevable. Cette solution est logique au regard de la jurisprudence antérieure et peut être approuvée lorsque, comme dans l'espèce à l'origine de l'arrêt commenté, l'objectif poursuivi par la caution était une décharge de l'engagement de caution au moyen d'une condamnation à des dommages-intérêts d'un même montant que le cautionnement : la demande introductive n'était en effet, pas plus que la demande

reconventionnelle, une véritable demande. Toutefois, si jamais elle en était une, la solution de l'arrêt commenté devrait être écartée afin de ne pas déformer les notions de défense au fond³⁷ et de demande reconventionnelle³⁸, afin également de ne pas méconnaître la portée de l'autorité de la chose jugée³⁹. ■

37. Art. 71, Code de procédure civile : « Constitue une défense au fond tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire ».

38. Art. 64, Code préc. : « Constitue une demande reconventionnelle la demande par laquelle le défendeur originaire prétend obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire ».

39. Art. 1351, Code civil.