

CHRONIQUE

DROIT BANCAIRE



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

Carte bancaire – Responsabilité du porteur – Plafond – Faute lourde

Cass. com., 2 octobre 2007, arrêt n° 1050 FS-P+R, La Poste c/ Daurat, JCP 2007, éd. E, p. 2376, note P. Bouteiller; D. 2007, act. jurisp., p. 2604, NDLR V. Avena-Robardet; Revue Banque, n° 697, décembre 2007, p. 80, obs. J.-L. Guillot et S. Fayner; Rev. Dr. bancaire et financier, n° 6, novembre-décembre 2007, p. 42, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin.

« Mais attendu qu'en cas de perte ou vol d'une carte bancaire, il appartient à l'émetteur de la carte qui se prévaut d'une faute lourde de son titulaire, au sens de l'article L. 132-3 du Code monétaire et financier, d'en rapporter la preuve; que la circonstance que la carte ait été utilisée par un tiers avec composition du code confidentiel est, à elle seule, insusceptible de constituer la preuve d'une telle faute ».

Le porteur de la carte bancaire est, selon le contrat porteur, responsable des opérations effectuées avant l'opposition, même en l'absence de faute de sa part. Sa responsabilité est toutefois légalement plafonnée : il supporte les conséquences financières des opérations dans la limite d'un plafond de 400 euros. Ce plafond est cependant lui-même écarté en cas de « négligence constituant une faute lourde »¹.

La notion de faute lourde est un standard courant. Mais comme celui-ci est faiblement déterminé, il suscite les difficultés habituelles. Il est vrai que le contrat porteur peut donner des indications et que l'on peut apprécier l'existence d'une faute lourde au regard des obligations essentielles qui pèsent sur le porteur. En particulier, on prendra en considération les obligations contractuelles de conservation de la carte et de confidentialité du code pour considérer, par exemple, que le manquement cumulé de ces deux obligations est constitutif d'une faute lourde. Mais cette prétention est écartée par la Cour de cassation dans son arrêt du 2 octobre 2007 : « la circonstance que la carte ait été utilisée par un tiers avec composition du code confidentiel est, à elle seule, insusceptible de constituer la preuve » d'une faute lourde. Cette décision, qui

rejoint la position prise par les cours d'appel², peut paraître sévère pour les banques. Elle n'est toutefois pas étonnante si l'on considère que la notion de « négligence constituant une faute lourde » prend appui sur la notion communautaire de « négligence extrême »³. On peut toutefois regretter que l'arrêt commenté ne donne pas d'éléments positifs permettant de mieux appréhender une notion⁴ dont l'enjeu n'est pas négligeable en raison du montant peu élevé du plafond légal. On notera en revanche qu'il prend position sur la charge de la preuve qui pèse sur le banquier.

La solution n'étonnera pas car elle est conforme aux dispositions de l'article 1315 du Code civil⁵. Elle n'est pas sans conséquence pour les banques car la preuve de la faute lourde du client est en pratique difficile⁶. De sorte que la conclusion s'impose : les banques auront dû mal à « faire sauter » le plafond prévu par le Code monétaire et financier.

1. Art. L. 132-3, Code monétaire et financier.

2. CA Nîmes, 16 février 2006, Juris-data n° 2006-303316; CA Besançon, 14 novembre 2006, Juris-data n° 2006-322558. Dans sa décision du 16 février 2006, la solution est plus implicite qu'expresse car la cour de Nîmes se borne à viser des opérations de retrait et de paiement sans faire référence à l'usage du code confidentiel pour considérer que le porteur victime d'un vol de carte n'a pas commis de faute lourde. Dans son arrêt du 14 novembre 2006, la cour de Besançon énonce « que le fait d'oublier sa carte bancaire dans le distributeur de billets à la suite de l'intervention intempestive d'un tiers n'est pas constitutif d'une faute lourde dès lors qu'aucun élément n'établit que le code confidentiel a été divulgué par le fait volontaire du détenteur de la carte bancaire... Attendu que compte tenu des circonstances, il ne peut être reproché aux appelants un défaut de vigilance dans la surveillance de leur bien et une négligence dans la divulgation du code confidentiel ».

3. F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté*, Instruments de crédit et de paiement, 7^e éd. 2006, LGDJ, n° 853 p 858-859.

4. Selon la cour d'Orléans, dans une décision du 9 février 2006 (JCP 2006, éd. E, 1697, n° 49 p 2036, obs. N. Mathey), « seule la faute lourde, caractérisée par une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle, peut mettre en échec la limitation d'indemnisation prévue au contrat et par la législation ».

5. Art. 1315, Code civil : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

6. J.-L. Guillot et S. Fayner, obs. in Revue Banque, n° 697 décembre 2007, p. 80.

Taux effectif global – Assiette – Cotisation d'assurance

Cass. civ. 1^{er}, 8 novembre 2007, arrêt n° 1232 F-P+B, Époux Maire c/ Caisse de Crédit mutuel d'Auxerre La Fontaine.

« Attendu que l'arrêt énonce, à bon droit, que le coût d'une assurance facultative dont la souscription ne conditionne pas l'octroi du prêt, n'entre pas dans la détermination du taux effectif global ».

Comme nous l'avons écrit⁷, « la prise en considération des primes d'assurance dans l'assiette du TEG est liée au caractère facultatif ou obligatoire de la souscription de l'assurance : ces primes ne constituent un élément du TEG que si la souscription de l'assurance est la condition de l'octroi du crédit ; elles n'en constituent pas un dans le cas contraire ». La Cour de cassation l'a rappelé dans des décisions récentes, dans un arrêt du 23 novembre 2004⁸ à propos d'une assurance imposée par le banquier, et dans son arrêt du 8 novembre 2007 à propos d'une assurance facultative.

Prêt – Obligations du banquier – Construction de maison individuelle – Attestation de garantie de livraison – Contrôle formel

Cass. civ. 3, 26 septembre 2007, arrêt n° 848 FS-P+B, Époux Ellouk c/ Société Banque patrimoine et immobilier et a.

« Mais attendu qu'ayant relevé que les cinq opérations de déblocage des fonds avaient eu lieu alors que la banque était en possession de l'attestation de garantie de livraison, que M. et Mme Ellouk avaient donné leur autorisation et que le garant avait été informé conformément à l'article L. 231-7 du Code de la construction et de l'habitation, sans qu'il ait manifesté la moindre réaction, la cour d'appel, qui a retenu que le prêteur n'était pas tenu d'une obligation excédant le contrôle formel de l'existence de l'attestation de garantie de livraison, a pu en déduire que la Banque patrimoine et immobilier n'avait pas commis de faute, le banquier prêteur n'étant pas tenu de vérifier les conditions de la délivrance de l'attestation de garantie de livraison, ni de conseiller les maîtres de l'ouvrage sur la vérification de ces conditions ».

Le déblocage des fonds servant au financement du contrat de construction de maison individuelle est subordonné, par l'article L. 231-10 du Code de la construction et de l'habitation, à la remise de l'attestation de garantie de livraison⁹. Cette condition constitue un verrou destiné à protéger le maître de l'ouvrage qui s'est endetté pour financer la construction à laquelle il fait procéder. Mais sa portée ne doit pas être exagérée. Car le banquier qui consent le prêt servant au financement du contrat de construction ne doit vérifier que l'existence de la garantie de livraison : son contrôle est formel de sorte qu'il n'a pas à vérifier la réalisation des conditions suspensives qui affecteraient la garantie de livraison. C'est ce que décide

la Cour de cassation dans son arrêt du 26 septembre 2007. Cette décision n'est pas étonnante. Car elle rejoint tant l'opinion exprimée par certains auteurs à propos de l'attestation de garantie¹⁰ que la solution prônée pour le contrat de construction lui-même à propos duquel on souligne habituellement que le banquier n'est astreint qu'à un contrôle formel¹¹, celui-ci n'étant chargé que « d'un contrôle de présence » ; il « vérifie que la clause obligatoire par la loi figure à l'acte, mais il ne s'assure aucunement de sa réalité »¹². Solution qui n'est pas sans conséquence puisqu'elle justifie la jurisprudence selon laquelle le prêteur n'a pas l'obligation de requalifier le contrat¹³.

Cession Dailly – Garantie du Cédant – Démarche vis-à-vis du débiteur cédé

Cass. com., 18 septembre 2007, arrêt n° 978 F-P+B, Crédit industriel d'Alsace et de Lorraine c/ Hoff, D. 2007, act. jurips. p 2532, NDLR X. Delpech ; Rev. Dr. bancaire et financier, n° 6, novembre-décembre 2007, p. 44, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin

« Mais attendu que si le cessionnaire d'une créance professionnelle qui a notifié la cession en application de l'article L. 313-28 du Code monétaire et financier bénéficie d'un recours en garantie contre le cédant, garant solidaire, sans avoir à justifier préalablement d'une poursuite judiciaire contre le débiteur cédé ou même de sa mise en demeure, il est cependant tenu de justifier d'une demande amiable adressée à ce débiteur ou de la survenance d'un événement rendant impossible le paiement »

Lorsque le recouvrement des créances cédées est assurée par le cédant, le banquier cessionnaire peut mettre en œuvre la garantie du cédant sans être obligé d'effectuer une quelconque démarche auprès du débiteur cédé¹⁴. En revanche, lorsque la cession a été notifiée, c'est le banquier cessionnaire qui se charge du recouvrement. Aussi est-il normal de subordonner la mise en œuvre de la garantie du cédant à la preuve que le cessionnaire est dans l'impossibilité d'obtenir le paiement ou qu'il a sollicité le paiement du débiteur. Une simple démarche suffit toutefois ; la mise en jeu de la garantie n'est subordonnée, ni à une poursuite préalable du débiteur cédé, ni à sa mise en demeure.

Cette solution a été consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt du 14 mars 2000¹⁵ : en l'espèce, la mise en œuvre de la garantie a été admise car la banque cessionnaire « avait en vain cherché les éléments lui permettant de poursuivre utilement les débiteurs cédés, notamment des factures justifiées par des bordereaux de livraison et des bons de commande », ce dont il résulte

7. Bonneau, *Droit bancaire*, 7^e éd. 2007, Montchrestien, p. 53.

8. Cass. civ. 1^{er}, 23 novembre 2004, Bull. civ. I, n°289, p. 243 ; Banque & Droit n°100, mars-avril 2005, p. 46, obs. Th. Bonneau ; Rev. dr. bancaire et financier janvier-février 2005, p. 14, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.

9. L'attestation de garantie de livraison peut être globale comme l'a jugé la Cour de cassation dans un arrêt du 12 septembre 2007 (Cass. civ. 1^{er}, 12 septembre 2007, Banque & Droit n° 116, novembre-décembre 2007, p. 30, obs. Th. Bonneau).

10. C. Saint-Alary Houin et B. Saint-Alary, « Le banquier face au contrat de construction de maison individuelle », rev. Dr. Imm. 1992, p. 283, spéc. n° 20.

11. Saint-Alary Houin et Saint-Alary, art. préc. spéc. n° 9 et s. ; F. Ribay, « Contrat de construction de maison individuelle. Les obligations nouvelles des établissements prêteurs », Banque n° 522, décembre 1991, p. 1130 ; J. Hugot et D. Sizaire, *Le contrat de construction d'une maison individuelle*, Litec 1992, n° 251 p 135 ; A. Chomel, « L'étendue du contrôle du prêteur de deniers », Act. Jur. Dr. Imm. 10 février 2000, 116, spéc. p 119 et s. ; V. également les auteurs cités par A. Gourio, note sous Com. 9 juillet 2002, JCP 2002, 1382, spéc. p 1533.

12. Saint-Alary Houin et Saint-Alary, art. préc. spéc. n° 12.

13. Cass. com. 9 juillet 2002, Banque & Droit n° 86, novembre-décembre 2002, p. 53, obs. Th. Bonneau ; JCP 2002, éd. E, 1382, note A. Gourio.

14. Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 593, p. 444.

15. Cass.com., 14 mars 2000, Bull. civ. IV, n°55, p. 48 ; Rev. dr. bancaire et financier n°3, mai/juin 2000, 173, obs. D. Legeais ; Rev. trim. dr. com., 2000, p. 996, obs. M. Cabrillac.

que la banque « a justifié, sinon d'une démarche auprès des débiteurs cédés, du moins de l'impossibilité dans laquelle elle se trouvait d'obtenir paiement ». En revanche, dans l'espèce à l'origine de l'arrêt du 18 septembre 2007, le jeu de la garantie n'est pas admis car la banque cessionnaire ne peut justifier d'aucune démarche amiable adressée au débiteur. L'arrêt commenté, qui est dans la mouvance de l'arrêt précité, innove toutefois formellement.

Car dans l'arrêt du 14 mars 2000, le motif de droit énoncé en tête de l'attendu expliquant le rejet du pourvoi ne faisait pas référence à la demande amiable, celle-ci n'étant visée qu'en fin d'attendu, suite à l'énoncé des éléments de fait décrivant ce que le banquier cessionnaire avait fait vis-à-vis du débiteur cédé; au contraire, dans l'arrêt du 18 septembre 2007, l'exigence de la demande amiable est posée dans le motif de droit qui dispense le banquier de justifier d'une poursuite judiciaire ou de la mise en demeure du débiteur cédé. Ce qui renforce incontestablement l'exigence de la demande amiable adressée au débiteur cédé et, à défaut, de la survenance d'un événement rendant impossible le paiement.

Cette exigence s'impose au banquier sans que celui-ci puisse y échapper au moyen d'une clause de dispense. C'est ce que laisse entendre la Cour de cassation lorsqu'elle souligne, dans son arrêt du 18 septembre 2007, que « la circonstance que le cédant ait autorisé la banque, par convention cadre, à débiter son compte, si le débiteur cédé laissait impayé sa créance à l'échéance » n'est pas « susceptible d'exonérer la banque notificatrice de cette démarche amiable ». On pourrait, il est vrai, rétorquer que cette clause ne formule aucune dispense express. Il nous semble toutefois peu probable qu'elle puisse être admise car elle permettrait de mettre à néant la protection du cédant voulue par la Cour de cassation.

Cession Dailly – Notification – Affacturage – Action en répétition de l'indu

Cass. com., 2 octobre 2007, arrêt n° 1028 F-P+B, Société Galva union c/ Société GE FactoFrance et a., D. 2007, act. jurisp. p. 2604, NDLR X. Delpech; Rev. Dr. bancaire et financier, n° 6, novembre-décembre 2007, p. 44, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin, p. 51, obs. A. Cerles.

« Attendu qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions par lesquelles la société FactoFrance faisait valoir qu'elle n'était pas tenue de restituer les fonds litigieux au débiteur cédé qui les avait réglés entre ses mains, dès lors qu'elle les avait reçus en qualité de mandataire et que cette réception faisait obstacle à une quelconque répétition de l'indu, seul le mandant bénéficiaire du règlement étant tenu à remboursement, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences » de l'article 455 du NCP.

Le cédé qui a payé tant le cessionnaire Dailly que l'affactureur est-il fondé à agir en répétition de l'indu contre celui qui n'aurait pas dû recevoir paiement de la créance ?

Dans l'espèce à l'origine de l'arrêt du 2 octobre 2007, la question ne se pose pas à propos du cessionnaire Dailly : celui-ci a en effet bénéficié de la cession première en date et celle-ci a été notifiée avant que l'affactureur ait été saisi de la créance. Le droit du cessionnaire Dailly sur la créance s'imposait ainsi au cédé qui ne pouvait réaliser un paiement libératoire qu'entre ses mains, tout autre paiement étant nécessairement de mauvaise foi, ce qui exclut le jeu

des dispositions de l'article 1240 du Code¹⁶. La question se posait en revanche à propos de l'affactureur qui avait bénéficié du paiement de la créance cédée au cessionnaire Dailly. La question du recours du cédé contre l'affactureur est toutefois délicate car tout dépend des circonstances à l'origine du paiement. L'arrêt du 2 octobre 2007 invite à distinguer deux hypothèses, selon que l'affactureur a ou n'a pas été investi de la propriété de la créance.

1. Lorsque l'affactureur n'a pas été investi de la propriété de la créance, il n'a aucun droit propre sur celle-ci. Si néanmoins, il réceptionne les fonds, c'est uniquement parce qu'il a été chargé du recouvrement de la créance à la demande de son client de sorte qu'il agit en qualité mandataire de son client et qu'une fois en possession des fonds, il en est le dépositaire au nom et pour le compte de son client, à savoir le cédant. De sorte que très logiquement, comme l'admet la Cour de cassation dans l'arrêt du 2 octobre 2007, le débiteur de la créance ne dispose d'aucune action en répétition de l'indu. Cette solution n'est pas étonnante car elle rejoint celle retenue dans le cadre du faux conflit opposant le banquier réceptionnaire de fonds au banquier cessionnaire Dailly¹⁷. Elle rejoint également, par le raisonnement mis en œuvre, articulé autour du mandat et du dépôt, la solution récemment retenue à propos du banquier du bénéficiaire d'un virement¹⁸.

2. Lorsque l'affactureur a été investi, en second, de la propriété de la créance, il est réalité sans droit sur la créance – il ne peut pas en avoir puisque le cédant n'en a plus lui-même – de sorte qu'il n'existe pas de créance entre lui-même et le débiteur cédé. Il s'agit d'un indu objectif¹⁹ qui fonde l'action en répétition de l'indu²⁰.

Cette seconde hypothèse est la plus habituelle car généralement, l'affactureur est effectivement investi de la propriété par voie de subrogation²¹. Mais il n'en est pas toujours ainsi. Aussi convient-il que les juges du fond vérifient l'existence d'un tel transfert dès lors que l'affactureur soutient dans ses conclusions qu'il n'agissait qu'en qualité de mandataire. Ces conclusions peuvent être pertinentes de sorte qu'elles ne peuvent pas rester sans réponse : à défaut, comme le souligne la Cour de cassation dans son arrêt du 2 octobre 2007, sont méconnues les dispositions de l'article 455 du Nouveau Code de procédure civile (devenu depuis Code de procédure civile).

16. Sur la règle de l'ordre des dates et la libération du débiteur, v. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 604, p. 453 et 605, p. 455.

17. Cass. com., 4 juillet 1995, Bull. civ. IV, n°203, p. 189; D. 1995. J. 488, note D. R. Martin et H. Synvet; Rev. dr. bancaire et Bourse, n°50, juillet/août 1995, p. 143, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard; Banque n°562, septembre 1995, p. 91, obs. J.-L. Guillot; JCP 1995, éd. E, II, p. 738, note Stoufflet; JCP 1995, éd. G, II, p. 22553, note D. Legeais; Rev. trim. dr. civ., 1995, p. 934, obs. P. Crocq; Rev. trim. dr. civ., 1996, p. 192, obs. P.-Y. Gautier; Rev. trim. dr. com. 1995, p. 822, obs. M. Cabrillac; Adde, Th. Bonneau, « La négation de l'obligation de restitution pesant sur le banquier réceptionnaire de fonds ou un virement inattendu ! (à propos de l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 4 juillet 1995) », *Dalloz Affaires* n°4/1995, p. 79; J.-M. Calendini, « Le cessionnaire, le cédant et le réceptionnaire : à propos de l'application de la loi Dailly par l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 4 juillet 1995 », Rev. dr. bancaire et Bourse, n°58, novembre/décembre 1996, p. 218.

18. Cass. civ. 1^{re}, 18 septembre 2007, Banque & Droit n°116, novembre-décembre 2007, obs. Th. Bonneau; JCP 2007, éd. G, 424, obs. M. Roussille, D. 2007, act. jurisp., p. 2465, obs. V. Avena-Robardet.

19. Cette hypothèse est visée à l'article 1376 du Code civil.

20. Si l'accipiens n'a aucune créance, l'action en répétition est admise sans qu'il soit nécessaire que le solvens prouve une erreur : Cass. civ. 1^{re}, 16 mai 2006, Banque & Droit, n° 109, septembre-octobre 2006, 47, obs. Th. Bonneau.

21. V. Bonneau, *Droit bancaire*, n° 572-573, p. 422, n° 578, p. 425.

Cession Dailly – Bordereau irrégulier – Acceptation – Opposabilité des exceptions

Cass. com., 16 octobre 2007, arrêt n° 1123 FS-P+B, SCI des Dames Visitandines c/ Caisse d'épargne et de prévoyance de Lorraine, D. 2007, act. jurisp., p. 2728, NDLR X. Delpech.

« *Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le bordereau de cession était irrégulier, ce dont il résultait que l'engagement de payer du débiteur cédé ne valait pas acceptation de la cession de créance au sens de l'article L. 313-29 du Code monétaire et financier et que la SCI était dès lors fondée à opposer au cessionnaire les exceptions tirées de ses rapports personnels avec le cédant, la cour d'appel a violé* » l'article L. 313-29 du Code monétaire et financier, ensemble l'article 1690 du Code civil.

Le formalisme du bordereau Dailly génère régulièrement de la jurisprudence²². Mais c'est, à notre connaissance, la première fois que la Cour de cassation est appelée à prendre position, dans son arrêt du 16 octobre 2007, sur le défaut de la mention relative à la soumission de l'acte aux dispositions des articles L. 313-23 à L. 313-34 du Code monétaire et financier : elle le fait d'ailleurs dans un sens qui n'est pas étonnant. Car cette mention est obligatoire en vertu de l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier qui décide dans son dernier alinéa que « le titre dans lequel une des mentions indiquées ci-dessus fait défaut ne vaut pas comme acte de cession ou de nantissement de créances professionnelles au sens des articles L. 313-23 à L. 313-34 » : un acte qui n'indique pas sa soumission aux textes précités ne peut pas valoir acte de cession et ne permet pas au cessionnaire de demander paiement au débiteur dans les formes établies par le Code monétaire et financier²³.

L'importance de l'arrêt du 16 octobre 2007 est toutefois moins dans cette solution que dans la conséquence qu'il en tire en ce qui concerne l'acceptation du débiteur cédé : l'acceptation d'une cession réalisée par un bordereau irrégulier est elle-même sans valeur au regard des dispositions de l'article L. 313-29 du Code monétaire et financier. Cette conclusion mérite d'être approuvée car l'acceptation, au sens du texte précité, du débiteur cédé porte sur la cession par bordereau Dailly. Or si celui-ci est irrégulier et que le transfert de la propriété des créances cédées n'a pas été réalisée par la remise du bordereau, l'acte d'acceptation prévu par l'article L. 313-29 se trouve privé de fondement et ne peut pas avoir de valeur au regard de ce texte.

L'acceptation du débiteur n'est cependant pas totalement

sans effet. Car si elle ne réalise pas une acceptation au sens de l'article L. 313-29, elle a une valeur sur le terrain du droit commun. Certes, l'article 1690 du Code civil vise l'acceptation du débiteur par acte authentique. Mais la Cour de cassation considère que l'acceptation contenue dans un acte sous seing privé, certes inopposable aux tiers²⁴, rend le transfert de propriété de la créance opposable au débiteur²⁵. Ce qui explique que la Cour de cassation ait visé, dans l'arrêt commenté, non seulement l'article L. 313-29, mais également l'article 1690 du Code civil, qu'elle ait considéré implicitement que le transfert de la créance est opposable au débiteur cédé et qu'elle ait souligné que celui-ci peut opposer au cessionnaire les exceptions tirées de ses rapports personnels avec le cédant.

Responsabilité – Refus de crédit – Preuve – Droit de la consommation. Pourparlers

Cass. civ. 1, 19 septembre 2007, arrêt n° 1004 F-P+B, Époux Bichwiller c/ Société Crédit industriel d'Alsace et de Lorraine.

« *Il incombe à l'emprunteur qui reproche à un établissement de crédit d'avoir refusé d'exécuter un contrat de prêt immobilier régi par le Code de la consommation d'apporter la preuve que celui-ci a été conclu conformément aux règles d'ordre public qui gouvernent la formation d'un tel contrat ; qu'ayant constaté que les époux Bichwiller ne prouvaient pas qu'une offre de prêt leur eut été adressée par le Crédit industriel, ni même, à supposer qu'un document intitulé « étude de financement » pût être regardée comme telle, qu'ils eussent manifesté la volonté de l'accepter, la cour d'appel en a déduit, sans encourir le grief invoqué par la première branche du moyen, que preuve n'était pas apportée de la conclusion du contrat de prêt dont ceux-ci se prévalaient ; qu'ensuite, en retenant qu'il n'était pas établi que le Crédit industriel eût fautivement rompu les pourparlers en refusant d'établir une offre préalable de crédit conforme à cette étude, la cour d'appel a écarté les divers arguments invoqués à cet égard par les époux Bichwiller, au nombre desquels figurait la conclusion d'un autre contrat de prêt à des conditions moins avantageuses que celles prévues par ladite étude, procédant, ainsi, à la recherche dont l'omission est alléguée par la seconde branche du moyen* ».

Le banquier est principe libre de refuser de consentir le crédit sollicité comme il est libre de rompre à tout moment les pourparlers.

1. Le banquier est libre de refuser le crédit sans avoir à justifier sa décision qui est discrétionnaire comme l'a affirmé l'assemblée plénière de la Cour de cassation dans un arrêt du 9 octobre 2006²⁶. Encore faut-il, pour que cette liberté puisse être utilement invoquée, qu'aucune offre de crédit n'ait été émise.

Car en ce cas, le banquier est lié par son offre, étant observé

22. Voir notamment :

– sur l'identification du cessionnaire, v. Cass. com., 23 octobre 2001, Bull. civ. IV, n°172, p. 164 ; D. 2001, p. 3430, obs. A. Lienhard ; Les Petites Affiches, n°241, 4 décembre 2001, p. 8, note EC ; Banque & Droit, n°81 janvier-février 2002, p. 47, obs. Th. Bonneau ; Rev. dr. bancaire et financier n°2, mars/avril 2002, p. 75, obs. A. Cerles ; RJDA 3/02 n°299, p. 250 ; Rev. trim. dr. com., 2002, p. 141, obs. M. Cabrillac.

– sur l'absence des éléments permettant l'individualisation des créances cédées, v. Cass. com., 13 octobre 1992, Bull. civ. IV, n°301, p. 217 ; JCP 1993 éd. E, II, p. 395, note J. Stoufflet ; RJDA 2/93, n°145 ; Cass. com., 23 mars 1993, Quotidien juridique, n°36, 6 mai 1993, p. 5 ; Cass. com., 21 juin 1994, Bull. civ. IV, n°223, p. 175.

23. Cass. com., 9 avril 1991, Bull. civ. IV, n°121, p. 87 ; Rev. trim. dr. com., 1991, p. 421, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; Banque n°521, novembre 1991, p. 1086, obs. J.-L. Rives-Lange ; Cass. com., 8 novembre 1994, Quotidien juridique, n°7, 24 janvier 1995, p. 5 ; Rev. trim. dr. com., 1995, p. 455, obs. M. Cabrillac ; Cass. com., 11 juillet 2000, Bull. civ. IV, n°141, p. 127 ; Les Petites Affiches, n°167, 22 août 2000, p. 9 ; D. 2000, Cahier dr. affaires, p. 339 ; RJDA 12/00 n°1156, p. 920.

24. Cass. civ., 26 juillet 1880, DP 1880. 1, p. 366 ; CA Paris, 8 janvier 1969, D. 1969, somm., p. 37.

25. Cass. civ. 1^{re}, 19 janvier 1970, Bull. civ. I n° 19, p. 15.

26. Cass. Ass. Plén., 9 octobre 2006, Bull. civ., n°11, p. 27 ; JCP 2006, éd. G, II, p. 10175, note Th. Bonneau et éd. E, p. 2618, note A. Viandier ; D. 2006, act. jurisp., p. 2525, obs. Delpech ; D. 2007, pan., p. 758, obs. D. R. Martin ; Rev. dr. bancaire et financier, n°6, novembre-décembre 2006, p. 13, obs. F.-J. Crédet et Th. Samin ; Rev. trim. dr. com. 2007, p. 207, obs. D. Legeais.

que, pour un crédit soumis aux dispositions du Code de la consommation, l'offre doit être faite dans les formes exigées par ce Code : à défaut, le banquier ne peut pas être considéré comme ayant fait une offre de crédit et aucun refus de crédit ne peut lui être reproché. C'est ce qui résulte de l'arrêt rendu le 19 septembre 2007 par la Cour de cassation dont on relèvera qu'il fait peser la charge de la preuve sur l'emprunteur. Cette solution n'est toutefois pas étonnante en raison des termes de l'article 1315 du Code civil dont l'alinéa 1 décide que « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ».

L'arrêt n'est pas important sur ce seul terrain. Il l'est également sur le fond car il invite à bien distinguer les documents d'étude de financement, courants en pratique, et les offres de prêt, les premiers ne devant pas être assimilés aux seconds. Mais cette distinction ne peut être admise que si les études ne remplissent pas les conditions imposées aux offres.

On notera pour finir que la Cour de cassation insiste, dans son arrêt du 19 septembre 2007, sur l'absence d'acceptation des emprunteurs, ce qui consolide la solution consacrée. Car il est bien évident qu'un candidat emprunteur ne peut pas se plaindre d'un refus d'exécution d'un contrat qu'il n'a pas accepté.

2. Le banquier est libre de rompre les pourparlers. Cette liberté n'est cependant pas sans limite. Encore faut-il que le banquier ne commette pas de faute.

De l'arrêt du 19 septembre 2007, il résulte qu'aucune rupture fautive de pourparlers ne peut être reprochée au banquier qui refuse d'établir une offre de crédit conforme à une étude de financement qu'il aurait effectuée. Les banquiers doivent être néanmoins prudents et ne pas laisser croire, à partir de cette étude, que le crédit sera consenti. Car en ce cas, ils commettent une faute engageant leur responsabilité; il a en effet déjà été jugé que commet une faute la banque qui, après avoir laissé croire à l'octroi d'un crédit, a finalement refusé de le consentir²⁷.

En revanche, une rupture fautive de pourparlers ne peut pas être déduite de la conclusion d'un contrat de prêt à des conditions moins avantageuses que celles prévues dans le document intitulé « Étude de financement ». Cette solution est justifiée car ce n'est pas parce que l'on emprunte auprès d'un banquier autre que celui qui a refusé le prêt que l'on peut en déduire qu'il a rompu fautivement les pourparlers que l'on avait avec lui. On doit toutefois souligner que l'arrêt du 19 septembre 2007 est elliptique, l'arrêt n'indiquant pas expressément auprès de qui le prêt a été obtenu par les demandeurs.

Responsabilité – Crédit – Immixtion dans la gestion du débiteur

Cass. com., 30 octobre 2007, arrêt n° 1169 F-P+B, Consorts Colson c/ Banque Hervet créditierme et al., D. 2007, act. jurisp., p. 2870, NDLR X. Delpech.

« Mais attendu qu'après avoir constaté que la banque avait effectué le paiement des entrepreneurs en vertu d'une stipulation selon laquelle ces versements interviendraient sur présentation des situations dûment approuvées par l'emprunteur et vérifiées par elle, c'est à bon droit que la Cour d'appel a décidé que cette disposition avait pour seul objet le

contrôle de l'emploi des fonds empruntés pour le financement d'une opération immobilière et n'était pas susceptible de conférer à la banque un pouvoir de direction sur l'activité de son client ».

Le contrôle, par la banque, de l'emploi des fonds empruntés pour le financement d'une opération immobilière conduisait celle-ci à ne verser lesdits fonds aux entrepreneurs que sur présentation des situations dûment approuvées par l'emprunteur et après vérification par elle-même de celles-ci : la caution, qui entendait mettre en cause la responsabilité de la banque pour soutien abusif et pour immixtion dans la gestion de la société débitrice, en déduisait que « la banque bénéficiait d'un pouvoir de décision sur l'activité de la SCI Vendôme et qu'elle s'était ainsi immiscée dans la gestion de celle-ci ». Mais ni les juges du fond, ni la Cour de cassation ne l'ont suivi, la seconde approuvant, dans son arrêt du 30 octobre 2007, les premiers d'avoir décidé que la clause du contrat de prêt permettant le contrôle de l'emploi des fonds par la banque « n'était pas susceptible de conférer à la banque un pouvoir de direction sur l'activité de son client ».

Au regard de la notion de direction de fait²⁸, la solution consacrée ne fait guère de doute. Car celle-ci implique, de la part de la personne que l'on souhaite qualifier de dirigeant de fait, des actes positifs de gestion ou de direction; n'en sont pas des actes permettant seulement d'avoir un simple rôle de surveillance ou de contrôle. Ce qui était le cas en l'espèce puisque la banque se contentait d'effectuer des contrôles pour s'assurer, conformément aux dispositions du contrat de prêt, que le versement des fonds était justifié par l'état d'avancement des travaux : cette solution n'est pas sans conséquence puisqu'elle interdit de retenir la responsabilité de la banque sur le fondement de l'article L. 651-2 du Code de commerce relatif à l'action en comblement du passif.

La solution consacrée exclut également que l'on puisse rechercher la responsabilité de la banque sur le fondement des dispositions de l'article L. 650-1 selon lequel « 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 ». Car l'immixtion visée par ce texte rejoint celle à l'origine de la qualification de dirigeant de fait, étant toutefois rappelé que si la notion de dirigeant implique l'existence d'une activité, l'immixtion de l'article de l'article L. 650-1 peut être ponctuelle : « elle peut donc être retenue même à l'encontre de personnes qui, tout en s'immisçant, n'en seraient pas le dirigeant même de fait »²⁹. D'où l'importance de l'arrêt du 30 octobre 2007 sur le terrain de l'article L. 650-1 même si celui-ci statue à propos de faits auxquels ce texte n'est pas applicable³⁰. La même observation vaut pour une décision du 3 juillet 2007³¹ qui rappelle que le fait d'exiger des informations de son client

27. Cass. com., 31 mars 1992, Bull. civ. IV, n°145, p. 102; JCP 1993 éd. E, I, p. 302, n°11, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet.

28. V. not. Ch. Hannoun, « Redressement et liquidation judiciaires, Dirigeants sociaux. Sanctions patrimoniales. Responsabilité pour insuffisance d'actif. Obligation aux dettes sociales », Juris-classeur procédures collectives, fasc. 2905, spéc. n° 20 et s.

29. Bonneau, Droit bancaire, op. cit., n° 737.

30. Sur les questions de droit transitoire, v. CA Versailles, 15 décembre 2005, D. 2006, act. jurisp., p. 1601, obs. A. Lienhard.

31. Cass. com. 3 juillet 2007, JCP 2007, éd. E, p. 2377, n° 35, obs. J. Stoufflet : « en payant une taxe foncière, des primes d'assurance et des acomptes sur des factures dues par son client à des artisans après avoir mis celui-ci en demeure de payer les intérêts échus sur des crédits et de couvrir le solde débiteur d'un compte, la banque s'est comportée comme un créancier soucieux de sauvegarder sa créance sans accomplir des actes positifs de gestion ».

ou de prendre des mesures tendant à sauvegarder sa créance ne permet pas de retenir la qualification de dirigeant de fait; ces actes sont en effet insuffisants au regard tant de l'article L. 651-2 que de l'article L. 650-1.

Responsabilité – Crédit – Devoir de mise en garde – Client non averti – Déloyauté du client.

Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 2007, arrêt n° 1159 F-P+B+I, Époux Debure c/ société Cofidis, D. 2007, act. jurispr., p. 2871, NDLR V. Avena-Robardet; JCP 2007, éd. E, p. 2576, note D. Legeais

« *Attendu qu'ayant constaté que Mme Debure avait dissimulé à la société Cofidis l'existence de prêts en cours de remboursement, de sorte que les éléments d'information qu'elle avait, sur la demande de cette société, portés à la connaissance de celle-ci étaient compatibles avec l'ouverture de crédit litigieuse, le tribunal en a exactement déduit que Mme Debure, eu égard à sa déloyauté que la banque ne pouvait normalement déceler, n'était pas fondée à imputer, de ce chef, à ladite société un manquement au devoir de mise en garde auquel est tenu le professionnel du crédit à l'égard de son client non averti* ».

Le devoir de loyauté a vu son importance s'accroître ces dernières années. Assez souvent, il est mis en lumière à propos des dirigeants sociaux³² ou des établissements financiers³³ qui doivent agir avec loyauté vis-à-vis de leurs clients. Il ne faut cependant pas oublier qu'il pèse également sur chacun d'entre nous, et donc y compris les particuliers qui sollicitent un crédit: la Cour de cassation le rappelle dans son arrêt du 30 octobre 2007 à propos d'un client profane qui a dissimulé des prêts en cours de remboursement à l'organisme de crédit qui lui a consenti une ouverture de crédit.

Cette solution n'est pas sans conséquence pour le client non averti puisqu'il lui est interdit d'imputer à l'organisme de crédit un manquement au devoir de mise en garde auquel celui-ci est tenu à son égard. La solution nous paraît logique et, pour cette raison, indiscutable. Car le devoir de mise en garde a pour objectif d'avertir le débiteur du risque encouru en raison de l'importance du crédit sollicité eu égard à sa propre situation financière³⁴. Aussi est-il bien évident que si le client ne donne pas toutes les informations au professionnel appelé à apprécier l'importance de cet endettement, celui-ci est dans l'incapacité de remplir l'obligation qui pèse sur lui.

Secret bancaire – Renseignements commerciaux – Devoir de mise en garde

Cass. com., 18 septembre 2007, arrêt n° 1000 FS-P+B, Turcon et al. c/ Société marseillaise de crédit, D. 2007, act. jurispr., p. 2466, NDLR X. Delpech; Rev. Dr. bancaire et financier, n° 6, novembre-décembre 2007, p. 46, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin.

32. V. Cas. com. 27 février 1996, Bull. civ. IV n° 65, p. 50; Cass. com. 12 mai 2004, Bull. civ. IV n° 94, p. 97; Rev. trim. dr. civ. 2004, p. 500, obs. J. Mestre et B. Fages. Voir également, D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly éditions 2004, n° 36, p. 47 et s.; M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 20^e éd. 2007, Litec, n° 271, p. 134.

33. Cf. art. L. 533-11, Code monétaire et financier: « lorsqu'ils fournissent des services d'investissement et des services connexes à des clients, les prestataires de services d'investissement agissent d'une manière honnête, loyale et professionnelle, servant au mieux les intérêts des clients ».

34. Sur le devoir de mise en garde, v. Bonneau, *Droit bancaire, op. cit.*, n° 737-1, p. 558.

« *Mais attendu que l'obligation au secret professionnel à laquelle sont tenus les établissements de crédit leur interdit de fournir à un client qui en formule la demande des renseignements autres que simplement commerciaux d'ordre général et économique sur la solvabilité d'un autre de leurs clients* ».

Un banquier, qui connaît la situation financière obérée du bénéficiaire d'un dépôt de garantie qu'il a financé en partie en accordant un prêt au déposant, doit-il informer celui-ci de la situation de celui-là? Cette question n'est pas sans intérêt lorsque, comme dans l'espèce à l'origine de l'arrêt du 18 septembre 2007, le dépositaire a été mis en redressement judiciaire et qu'il a été indiqué au déposant que sa créance relative au dépôt de garantie ne serait pas réglée. Est-ce à dire que le déposant est fondé à obtenir, de la banque dispensatrice du crédit et teneur du compte crédité du montant du dépôt de garantie, la réparation de son préjudice résultant de la non-restitution dudit dépôt? Les juges du fond ne l'ont pas pensé en se retranchant derrière le secret professionnel du banquier. Ce que critique le déposant en se fondant sur l'obligation d'information du banquier et sur son devoir de mise en garde. Mais la Cour de cassation écarte ces prétentions dans son arrêt du 18 septembre 2007.

La Cour souligne qu'il était seulement reproché au banquier d'avoir manqué à son obligation d'information. De sorte que l'on peut en déduire que le banquier n'avait pas à donner, spontanément, d'information sur le dépositaire. Ce qui ne doit pas étonner. Car l'information porte sur des éléments qui concernent, en matière de crédit, le débiteur lui-même, le banquier n'ayant pas à s'immiscer dans les affaires de son client et donc à donner une appréciation sur le bien financé. De même, le devoir de mise en garde a pour seule finalité d'avertir le débiteur du risque encouru en raison de l'importance du crédit sollicité eu égard à sa propre situation financière. Ce qui exclut que soit prise en considération la situation financière d'autrui, même si le crédit sollicité doit être versé à un tiers qui est tenu d'une obligation de restitution. Il peut d'autant moins en être ainsi que le secret professionnel interdit au banquier de divulguer des informations précises relatives à des tiers sauf si ceux-ci ont permis la levée du secret bancaire³⁵.

Le secret bancaire fait obstacle à cette information spontanée de même qu'il constitue une limite à la fourniture de renseignements: comme le souligne la Cour dans son arrêt du 18 septembre 2007, l'obligation au secret professionnel interdit la fourniture de « renseignements autres que simplement commerciaux d'ordre général et économique sur la solvabilité d'un autre de leurs clients ». Et comme la Cour indique qu'il n'est pas allégué que le déposant-emprunteur « ait demandé à la banque de simples renseignements commerciaux sur la solvabilité » du dépositaire, on peut penser que la formulation d'une telle demande aurait permis au premier d'être informé de la situation difficile du second. ■

35. Cf. Cass. com., 11 avril 1995, Bull. civ. IV, n° 121, p. 197; Rev. dr. bancaire et Bourse, n° 50, juillet/août 1995, p. 145, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard; Rev. trim. dr. com., 1995, p. 635, obs. M. Cabrillac; JCP 1996, éd. E, I, p. 525, n° 6 obs. Ch. Gavalda et J. Stofflet; D. 1996, J. 573, note Matsopoulou; v. Th. 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, p. 94.