

# CHRONIQUE

## DROIT BANCAIRE



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

### Billet à ordre – Nullité de l'engagement du donneur d'aval – Découvert en compte

Cass. com. 18 mars 2008, arrêt n° 376 FD, Caisse régionale de Crédit Agricole mutuel du Finistère c. Chouf

*« Mais attendu que l'arrêt retient que l'inscription du billet à ordre du 3 octobre 2001 au crédit du compte courant de la société a eu pour seul effet de réduire de manière significative son découvert en compte, dès lors que, dès cette inscription, la banque a cessé tout concours en rejetant immédiatement les chèques et effets se présentant au débit du compte mettant ainsi la société dans l'obligation de déclarer son état de cessation des paiements ; que l'arrêt retient encore que le retrait de la banque ne rentrait pas dans les prévisions de M. Chouf qui, dans cette perspective, n'aurait jamais consenti à se porter avaliste ; qu'en l'état de ces appréciations, la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder aux recherches inopérantes, mentionnées au moyen, a légalement justifié sa décision ; que le moyen ne peut être accueilli. »*

Pour résorber un découvert en compte, il peut être tentant de demander au débiteur à ce qu'il souscrive un billet à ordre. Car la banque va en inscrire le montant au crédit du compte débiteur de sorte que le découvert s'en trouve réduit à du concurrence.

Il est vrai que le souscripteur du billet à ordre en est le débiteur de sorte que le montant de sa dette globale reste inchangé : au lieu de l'être uniquement au titre d'un découvert en compte, il l'est à ce titre et à celui du billet à ordre. La situation du banquier peut toutefois s'en trouver modifiée. En effet, si le billet à ordre a circulé ou s'il a été avalisé, le banquier pourra, en cas de défaillance du souscripteur, exercer un recours cambiaire contre les signataires autres que le souscripteur.

Dans l'espèce à l'origine de l'arrêt du 18 mars 2008, le billet à ordre souscrit par la société débitrice a été avalisé par son gérant, celui-ci espérant que cet engagement conduirait la banque à maintenir son soutien financier au profit de la société. Il n'en a toutefois pas été ainsi puisque dès l'inscription du montant du billet à ordre au crédit du compte de la société, la banque a cessé tout concours en rejetant immédiatement les chèques et effets se présentant au débit du compte. Et comme la société a été mise en liquidation, la banque s'est retournée contre le donneur d'aval pour lui réclamer le montant du billet à ordre. En vain cependant puisque l'engagement d'aval a été annulé pour dol.

Cette solution ne doit pas étonner car le titre cambiaire laisse subsister le rapport fondamental de sorte que le dol peut être effectivement retenu dans les rapports du donneur d'aval et du banquier bénéficiaire de cet engagement. On pourrait toutefois considérer que l'arrêt commenté est peu prolix pour caractériser le dol. Il semble cependant assez évident que le dirigeant de la société débitrice n'aurait jamais donné son aval s'il avait su que la banque avait l'attention de cesser son soutien financier. Aussi, à tout le moins, la banque a commis une réticence dolosive logiquement sanctionnée par les juges.

### Chèques – Perte – Créance fondamentale – Subrogation légale

Cass. com. 15 avril 2008, arrêt n° 523 FS-P+B, Société Banque BCP c. Benhaïm, D. 2008, act. Jurisp. p 1404, NDLR V. Avena-Robardet

**La banque, qui a crédité le compte de sa cliente du montant d'un chèque émis à l'ordre de celle-ci et endossé à son profit, qui les a perdus avant sa présentation en chambre de compensation, peut réclamer le paiement, au tireur, de la créance fondamentale « à l'égard de laquelle elle était légalement subrogée après en avoir payé le montant ».**

L'équité impose de reconnaître au banquier présentateur le droit de réclamer au tireur des chèques le paiement des créances fondamentales dès lors qu'il a porté le montant des chèques au crédit du compte de son client. Mais l'équité n'est pas le droit : ce qui est équitable n'est pas nécessairement fondé juridiquement. Toutefois, comme le montre l'arrêt du 15 avril 2008, l'équité peut l'emporter sur le droit.

Il est vrai que le banquier qui paie un chèque n'est pas a priori sans droit. Il a les recours fondés sur le titre cambiaire qu'est le chèque – notamment celui contre le remettant – et les recours fondés sur la créance fondamentale, cette créance étant transmise lors de la remise du chèque<sup>1</sup>. Toutefois,

1. Comme l'a jugé la Cour de cassation dans un arrêt du 30 janvier 1996 (Cass. com. 30 janvier 1996, Bull. civ. IV, n° 27, p. 20 ; D. 1996. J. 320, note J.-L. Rives-Lange ; Quotidien juridique n° 24, 21 mars 1996. 5, note J.-P. D. ; Rev. dr. bancaire et bourse n° 54, mars/avril 1996. 52, obs. F. J. Crédot et Y. Gérard ; Rev. trim. dr. com., 1996. 302, obs. M. Cabrillac), « indépendamment de tout recours fondé sur le droit

à partir du moment où le chèque est perdu, les recours cambiaires le sont par voie de conséquence : le recours contre le remettant ne peut plus être exercé car il implique que la propriété du chèque puisse être transférée par le banquier qui opère la contrepassation<sup>2</sup>. Et les recours de droit commun sont impraticables si l'on ne peut pas prouver que l'on a été saisi de la créance fondamentale ; l'absence du titre cambiaire conduit à devoir prouver le transfert de la propriété de la créance fondamentale en respectant les règles de droit commun.

À moins que l'on puisse invoquer un transfert automatique comme c'est le cas dans le cadre de la subrogation légale. Mais assurément, la subrogation légale prévue par l'article 1251, 3<sup>o</sup>, du Code civil – selon ce texte, la subrogation a lieu de plein droit « au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter » – n'est pas d'un grand secours. Car le banquier présentateur qui paie un chèque et, par voie de conséquence, la créance fondamentale, n'est ni un codébiteur ni un garant<sup>3</sup> ; il est totalement étranger à la dette de sorte qu'il n'a aucune des qualités conditionnant la subrogation prévue par l'article 1251, 3<sup>o</sup> du Code civil<sup>4</sup>.

Aussi, en censurant la décision qui avait écarté le jeu de la subrogation, la Cour de cassation déforme elle-même, pour en élargir le domaine, la subrogation au profit de celui qui a payé une créance. Cette solution, qui n'est pas nouvelle<sup>5</sup>, fait preuve de pragmatisme au profit du banquier et montre que la Cour de cassation, si elle est sensible à la protection de la clientèle, est néanmoins soucieuse à ce que celle-ci se comporte avec bonne foi et loyauté<sup>6</sup>. Car le refus de payer le chèque que l'on a établi et dont il n'est pas contesté qu'il est libellé au profit du client du banquier présentateur n'est certainement pas un comportement à encourager.

*du chèque, la banque a le droit de faire rembourser par le bénéficiaire de chèques, qui se sont révélés ensuite sans provision, le montant des avances qu'elle lui avait accordées lors de leur remise par lui en vue de leur encaissement » : cette solution a été reprise par la Cour de cassation dans un arrêt du 23 janvier 2007 (Banque et droit n° 113, mai-juin 2007, 37, obs. Th. Bonneau), étant rappelé que, dans cet arrêt, elle souligne que le droit au remboursement est subordonné à l'absence de faute de la banque et qu'il doit être reconnu « quelle que soit la nature de l'endossement » ayant bénéficié à la banque, qu'il s'agisse donc d'un endossement à titre de procuration ou d'un endossement translatif.*

2. Cass. com. 4 mars 2008, Banque et droit n° 119, mai-juin 2008, obs. Th. Bonneau : « Mais attendu que l'arrêt relève que la banque présentatrice, en droit de créditer le compte de son client sans attendre que le chèque ait été compensé, ne pouvait contre-passer l'effet qu'au vu de l'original, en raison de l'obligation qu'elle avait de répondre de la restitution de cet effet à son client, sans être juge des suites que celui-ci pouvait donner à l'affaire, et notamment de sa faculté d'exercer des recours ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a justement retenu que la banque tirée ne pouvait exiger de la banque présentatrice le remboursement de la somme reçue lors de la compensation du chèque litigieux, sans lui en restituer l'original ; que le moyen n'est pas fondé ».
3. Cette subrogation bénéficie au donneur d'aval : F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, Dalloz 8<sup>e</sup> éd. 2002, n° 1374.
4. Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stofflet-Munck, Droit civil, Les obligations, Defrénois 2004, n° 1299.
5. V. Cass. com. 12 juillet 1993, Bull. civ. IV n° 293 p 209 ; Rev. trim. dr. com. 1993, 691, obs. M. Cabrillac et B. Teysssié. Rapprocher, Cass. com. 12 décembre 2006, Banque et droit n° 112, mars-avril 2007, 29, obs. Th. Bonneau.
6. Cass. civ. 1, 30 octobre 2007, Bull. civ. IV n° 330 p 291 ; Banque et droit n° 117, janvier-février 2008, 27, obs. Th. Bonneau ; J.C.P. 2007, éd. E, 2576, note D. Legeais et éd. G, 10055, note A. Gourio.

## Comptes – Diligences du banquier – Personne morale – Détournement de fonds – Vérification des pouvoirs

Cass. com. 27 mai 2008, arrêt n° 633 FS-P+B, La Mutuelle de l'entraide maladie c. Caisse régionale de Crédit agricole mutuel Nord de France, D. 2008 act. jurisp. p 1687, NDLR V. Avena-Robardet

**« Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il appartient à la banque, tant lors de l'ouverture du compte bancaire d'une personne morale que, le cas échéant, en cours de fonctionnement à l'occasion du changement de mandataire, de vérifier la conformité des pouvoirs de ses représentants à la loi et aux statuts de cette personne morale, la cour d'appel a violé » l'article 1147 du Code civil.**

La vérification des pouvoirs de celui qui prétend agir pour le compte d'autrui s'impose classiquement lors de l'ouverture du compte afin de vérifier qu'il est bien habilité à agir au nom de la personne qu'il prétend représenter : il faut éviter qu'une personne puisse créer une fausse apparence de pouvoir dont elle se servirait pour tromper les tiers<sup>7</sup>. La vérification des pouvoirs s'impose également lors du fonctionnement du compte afin de s'assurer que celui-ci fonctionne effectivement à l'initiative de celui ou de ceux qui ont été habilités<sup>8</sup>. Ces vérifications ne sont toutefois pas les seules comme le montre l'arrêt du 27 mai 2008 : en cas de changement de mandataire habilité à faire fonctionner le compte d'une personne morale, la banque doit vérifier les pouvoirs du nouveau représentant et leur conformité à la loi et aux statuts.

Cette vérification de la conformité s'impose tant lors de l'ouverture du compte qu'en cours de fonctionnement du compte, en cas de changement de mandataire. Et elle s'impose en toutes hypothèses, que les documents produits pour justifier le pouvoir du prétendu représentant soient apparemment réguliers ou qu'il existe des circonstances de nature à faire naître une suspicion sur le sérieux desdits documents : cette solution se démarque de la jurisprudence selon laquelle la banque n'a pas à vérifier les mentions d'un extrait K bis produit pour justifier l'identité d'une personne morale à moins qu'il existe des circonstances de nature à faire naître une suspicion sur le sérieux du nouveau client<sup>9</sup>.

Il est vrai que l'on peut se demander si la solution consacrée à propos des pouvoirs du représentant se démarque réellement de celle retenue à propos de l'identité de la personne morale. Car, en l'espèce, la banque avait eu « connaissance des statuts de la personne morale aux termes desquels le président engageait les dépenses cependant que le trésorier était chargé de leur paiement » : le président n'était donc pas habilité à faire fonctionner le compte. Aussi peut-on se demander s'il n'y avait pas là une circonstance de nature à faire naître des doutes sur le sérieux le procès verbal autorisant le président à faire toutes opérations. Mais on doit souligner :

– que les juges du fond avaient retenu que « l'extrait du

7. V. Th. Bonneau, Droit bancaire, 7<sup>e</sup> éd. 2007, Montchrestien, n° 365.

8. Ibid n° 370.

9. Com. 19 juin 1990, Bull. civ. IV n° 177 p 121 ; Rev.trim.dr.com. 1991, 74, obs. M. Cabrillac et B. Teysssié.

procès verbal de l'assemblée générale, fourni à la banque et autorisant le président à faire toutes opérations, avait les apparences de la régularité et qu'il n'appartenait pas à la banque de procéder à la vérification de cet extrait avec le procès-verbal de l'assemblée générale dès lors que le document présenté n'avait aucune apparence douteuse ni d'aller spécialement vérifier la conformité de cet extrait aux dispositions statutaires ou légales applicables » ;

– et que c'est cette motivation qui est censurée par la Cour de cassation au moyen d'un motif ne prenant pas en compte le contexte factuel dans sa formulation.

Il est ainsi certain que le contrôle de la conformité des pouvoirs à la loi et aux statuts s'impose en toutes circonstances, et non pas seulement en cas de doute. La difficulté est toutefois de justifier une telle solution car on ne voit pas bien pourquoi le contrôle des pouvoirs du mandataire d'une personne morale est plus strict que le contrôle de l'identité de celle-ci : la référence à la loi et aux statuts peut paraître faible. Mais on sait que l'apparence ne joue pas en toutes hypothèses et que la Cour de cassation ne l'a pas admis à propos des avals et cautions donnés par le président et non par le conseil d'administration d'une société : selon la jurisprudence<sup>10</sup>, le créancier bénéficiaire de la garantie ne peut pas « se prévaloir d'un quelconque mandat apparent, son erreur n'étant pas légitime ». De sorte que l'arrêt commenté est en harmonie avec la position jurisprudentielle adoptée habituellement à propos des pouvoirs des dirigeants.

### Intérêts débiteurs – Mention du TEG – Conséquence de la suppression des dates de valeur illicites

Cass. com. 10 juin 2008, arrêt n° 674-P+B, Société Liunic et a. c. Société Lyonnaise de Banque

*« Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir relevé que la banque devait rectifier son décompte, en ne retenant aucune date de valeur négative pour les chèques émis, pour les prélèvements et les virements, autres que ceux émanant d'American Express, et en appliquant une date de valeur de deux jours pour les remises de chèques et de factures carte bleue, l'arrêt retient que la société et M. Pons ne justifient aucunement en quoi la banque aurait fait une application inexacte du TEG, hormis la modification mécanique de ce taux résultant de cette rectification ; qu'ayant ainsi fait ressortir que le TEG indiqué sur les relevés de compte correspondait au coût du crédit réellement supporté pendant la période considérée, la cour d'appel n'a pas encouru les griefs des trois premières branches ;*

*Attendu, en second lieu, qu'en cas d'ouverture de crédit en compte courant, l'obligation de payer dès l'origine des agios conventionnels par application du taux effectif global exige non seulement que soit porté sur un document écrit préalable à titre indicatif le taux effectif global mais aussi que le taux effectif global appliqué soit porté sur les relevés périodiques, reçus par l'emprunteur sans protestation ni réserve ;*

*Et attendu qu'à défaut de cette première exigence, les agios ne sont dus qu'à compter de l'information régulièrement reçue, valant seulement pour l'avenir, et qu'à défaut de la seconde exigence,*

*la seule mention indicative de ce taux, ne vaut pas, s'agissant d'un compte courant, reconnaissance d'une stipulation d'agios conventionnels. »*

La motivation de l'arrêt du 10 juin 2008 est classique<sup>11</sup> en ce qui concerne la motivation relative à la mention du TEG, caractérisée par la double exigence d'indiquer un TEG à titre indicatif et le TEG effectivement appliqué, et aux conséquences du défaut de l'une ou de l'autre. L'arrêt n'est toutefois pas sans originalité en raison de la prétention selon laquelle cette double exigence n'aurait pas été respectée puisqu'il avait été ordonné à la banque de rectifier les décomptes en ne retenant pas certaines dates de valeur et en appliquant des dates de valeur déterminées.

L'intérêt de cette prétention est de conduire à l'application du taux d'intérêt légal, sanction qui est plus favorable au client que la simple restitution des intérêts trop perçus à laquelle conduit la reconnaissance de l'illicéité des dates de valeur<sup>12</sup>. Mais comme le souligne la Cour de cassation dans l'arrêt commenté, l'irrégularité de la mention du TEG est une conséquence mécanique dans la mesure où elle est due à la rectification ordonnée. Et comme sans cette rectification, la banque avait fait une exacte application du TEG de sorte que le client connaissait effectivement le coût du crédit réellement supporté pendant la période considérée, il n'y a aucune raison de considérer que la mention du TEG était irrégulière.

### Crédit-bail – Indemnité de résiliation – Clause pénale

Cass. civ. 3, 21 mai 2008, arrêt n° 575 FS-P+B, Société Naticredimurs c. SCI Sepia, D. 2008, act. juris. p 1619.

*« Qu'en statuant ainsi, alors que l'indemnité due en cas de résiliation pour inexécution qui, tant par l'anticipation de l'exigibilité des loyers dès la résiliation du contrat que par le paiement d'une année de loyer supplémentaire, majorait les charges financières pesant sur le débiteur, était stipulée à la fois pour le contraindre à l'exécution du contrat et comme évaluation conventionnelle et forfaitaire du préjudice subi par le bailleur du fait de la rupture fautive de celui-ci, la cour d'appel a violé » les articles 1134 et 1152 du Code civil.*

L'indemnité de résiliation due par le crédit-preneur en cas de résolution du contrat pour non-paiement des loyers avait une double composante : le montant des loyers non échus et une année de loyer supplémentaire. Cette seconde composante n'étant due qu'en cas d'inexécution du contrat de crédit-bail, elle s'analyse manifestement en une clause pénale, une telle clause constituant une peine qui vient sanctionner une inexécution contractuelle. En revanche, dans sa première composante, la somme réclamée correspond à celle que le crédit-bailleur aurait été conduit à recevoir si le contrat de crédit-bail avait été normalement exécuté. Aussi peut-on hésiter à y voir une clause pénale. Mais, on le sait, la Cour de cassation considère que « la clause pénale

10. Sur cette jurisprudence, v. Ph. Merle, Droit commercial, sociétés commerciales, 11<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz, spéc. p 453 et la note 5.

11. V. not. Cass. com. 20 février 2007, Banque et droit n° 114, juillet-août 2007, 17, obs. Th. Bonneau.

12. V. Bonneau, Droit bancaire, op. cit., n° 381.

n'a pas pour objet exclusif de réparer les conséquences d'un manquement à la convention mais aussi de contraindre le débiteur à l'exécution »<sup>13</sup>. Or c'est manifestement la finalité poursuivie par la clause qui prévoit le paiement, à titre d'indemnité, du montant des loyers non échus : ce montant aurait été dû si le contrat de crédit-bail avait été normalement exécuté. Aussi la Cour de cassation ne pouvait-elle, dans son arrêt du 21 mai 2008, que censurer la décision qui décidait que « que l'indemnité de résiliation égale au montant des loyers non échus qui tend à préserver l'économie du contrat en cas de rupture anticipée de celui-ci et à indemniser le créancier du préjudice ainsi subi découle directement de l'anéantissement de la convention par le jeu de la clause résolutoire et ne constitue pas une clause pénale au sens de l'article 1152 du Code civil »<sup>14</sup>.

### Cession Dailly – Opposabilité des exceptions – Décision d'admission de la créance au passif de la procédure collective du cédant – Autorité de la chose jugée

Cass. com, 1<sup>er</sup> avril 2008, arrêt n° 465 FSP+B, société Rent A Car c. Banque Populaire Rives de Paris

« L'autorité de la chose jugée attachée à la décision d'admission de la créance du cessionnaire au passif de la procédure collective du cédant ne fait pas obstacle à ce que le débiteur cédé puisse opposer au cessionnaire l'exception d'inexécution de son obligation par le cédant. »

La cession Dailly est dominée par la règle de l'opposabilité des exceptions, que la cession ait ou non fait l'objet d'une notification<sup>15</sup>. Aussi le débiteur cédé, qui par hypothèse n'a pas accepté la cession<sup>16</sup>, peut-il toujours opposer au cessionnaire une exception tirée de son rapport avec le cédant, notamment une exception d'inexécution, peu important la date de naissance de cette exception, et donc même si cette exception est née postérieurement à la notification. Il en est ainsi parce qu'une telle exception est inhérente à la dette<sup>17</sup>.

Dans l'espèce à l'origine de l'arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2008, le débiteur cédé a opposé une telle exception au cessionnaire. Mais le cédant ayant été mis en liquidation judiciaire et le cessionnaire ayant déclaré sa créance, la question est de savoir si la décision d'admission n'est pas un obstacle à l'opposabilité de l'exception. Les juges du fond l'ont pensé au motif que la décision d'admission « est opposable au débiteur cédé du fait de la solidarité instituée à l'article L 313-24 du Code monétaire et financier et qu'en conséquence celui-ci n'est pas fondé à invoquer l'exception d'inexécution de cette obligation ». Leur décision est cependant cassée par la Cour de cassa-

tion dans son arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2008 pour violation de l'article 1351 du Code civil et des articles L 313-24 et L 313-29 du Code monétaire et financier, la Cour considérant que « l'autorité de la chose jugée attachée à la décision d'admission de la créance du cessionnaire au passif de la procédure collective du cédant ne fait pas obstacle à ce que le débiteur cédé puisse opposer au cessionnaire l'exception d'inexécution de son obligation par le cédant ». Cette cassation intervient alors que la décision attaquée n'est pas sans fondement.

En effet, dès lors qu'elle est devenue définitive, la décision d'admission a autorité de la chose jugée et s'impose à tous, notamment à la caution et au codébiteur solidaire<sup>18</sup>; elle paraît ainsi s'imposer au débiteur cédé dont la dette due au cessionnaire est garantie par le cédant. Cette solution peut, il est vrai, sembler sévère pour ces tiers. Mais les textes<sup>19</sup> ouvrent un recours à tous les tiers intéressés. En effet, ceux-ci peuvent former une réclamation devant le juge-commissaire dans le délai d'un mois de la publication au BODAC. Et c'est seulement une fois les voies de recours épuisées que la décision d'admission a autorité de la chose jugée.

La décision attaquée n'était pas non plus fondement au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation puisque, dans une décision du 28 avril 2004<sup>20</sup>, celle-ci avait jugé que l'admission de la créance est opposable au débiteur cédé :

« Mais attendu qu'aux termes des dispositions de l'article 1-1 de la loi du 2 janvier 1981, devenu l'article L 313-24 du Code monétaire et financier, sauf convention contraire, le créancier cédant reste tenu solidairement avec le débiteur cédé, du paiement de la créance cédée ;

Qu'il résulte de cette solidarité que l'admission des créances cédées au passif de la procédure collective du créancier cédant est opposable au débiteur cédé ; que c'est donc à bon droit, et en réponse aux conclusions invoquées, que la cour d'appel, qui a constaté que la créance déclarée par la banque cessionnaire au passif de la société Comex BTP, qui comprenaient celles faisant l'objet des cessions litigieuses, avait été admise et n'avait pas été discutée, en a déduit que la société Stim Bâtir ne pouvait plus les discuter ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ».

On peut toutefois hésiter à suivre le raisonnement relatif à la solidarité car le cédant est moins un codébiteur qu'un garant<sup>21</sup> de sorte que l'on peut se demander si la question n'est pas prise à l'envers. En effet, s'il est logique que la décision d'admission prise dans le cadre de la faillite du débiteur principal s'impose à la caution, il n'en va pas de même lorsque c'est l'inverse. Car l'étendue des droits à l'encontre du débiteur principal ne dépend pas de l'étendue des droits du créancier à l'égard du garant. C'est la garantie qui est accessoire à la créance et non l'inverse.

Aussi peut-on être tenté d'approuver la solution consacrée par la Cour de cassation dans son arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2008. Encore que l'on peut regretter que la Cour de cassation,

13. Cass. com. 29 janvier 1991, Bull. civ. IV n° 43 p 27.

14. Cette solution rejoint celle retenue à propos des frais de scolarité dus aux établissements d'enseignement privé : la clause qui prévoit le paiement intégral des droits d'inscription en cas de rupture du contrat est en effet, selon la Cour de cassation (Cass. civ. 1, 10 octobre 1995, D. 1996, J., 486, note B. Fillion-Dufouleur), une clause pénale.

15. V. Bonneau, Droit bancaire, op. cit., n° 591 et 595.

16. En cas d'acceptation, « le débiteur ne peut opposer à l'établissement de crédit les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le signataire du bordereau, à moins que l'établissement de crédit, en acquérant ou en recevant la créance, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur » (art. L 313-29, al. 2, Code monétaire et financier).

17. V. Bonneau, op. cit. p 441.

18. J. Vallansan, Sauvegarde, Redressement et liquidation judiciaires. Déclaration et admission des créances, fasc. 2352, Juris-classeur procédures collectives, spéc. n° 270, 274 et 276.

19. Art. R 624-8, al. dernier, Code de commerce.

20. Cass. com. 28 avril 2004, pourvoi n° 01-03250, non publié au bulletin civil, Société Bouygues immobilier, inédit.

21. V. Bonneau, Droit bancaire, op. cit. n° 593.

qui opère ainsi un revirement de jurisprudence, n'ait pas donné d'explication à la solution qu'elle consacre alors que celle-ci n'aurait pas inutile puisque c'est généralement le droit des procédures collectives qui prime et non les autres branches du droit. Mais l'intérêt de la décision commentée n'est pas seulement théorique ; il est également pratique puisque celle-ci est protectrice du débiteur cédé. D'autant que l'on peut penser que la protection résultant du dispositif organisant la réclamation des tiers intéressés est quelque peu illusoire, la connaissance de la décision d'admission en raison de sa publication au BODAC paraissant assez irréaliste !

### Responsabilité – Rupture abusive de crédit – Preuve de l'existence du découvert

Cass. com. 15 avril 2008, arrêt n° 499 F-D, Société drômoise d'électronique et loisirs (SDEL) c. société Lyonnaise de banque

« Mais attendu qu'ayant relevé que l'examen des extraits de compte versés aux débats, s'il permettait de constater que le compte de la SDEL avait parfois présenté des soldes débiteurs, mettait également en lumière le caractère peu durable de l'ensemble de ces positions débitrices ainsi que le caractère exceptionnel de celles ayant atteint 50 000 euros puis retenu que le fait que le taux d'intérêt appliqué par la société Lyonnaise de banque correspondait au taux annoncé, dans son courrier précédant l'ouverture du compte, pour les découverts autorisés pouvait s'expliquer par un geste commercial et ne suffisait pas, en l'absence d'autres éléments, à établir le principe et le montant de l'autorisation de découvert, la cour d'appel, qui a ainsi concrètement recherché la commune intention des parties à travers l'analyse des variations du solde débiteur du compte courant, a pu en déduire, sans dénaturer, que la société Lyonnaise de banque ne pouvait se voir reprocher d'avoir rompu abusivement un crédit dont l'existence n'était pas démontrée ; que le moyen, qui s'attaque en sa quatrième branche, à un motif surabondant, ne peut être accueilli ; »

Le litige à l'origine de l'arrêt du 15 avril 2008 est classique. Un débiteur se plaint d'une rupture abusive de crédit, en ce qu'elle intervient en violation des dispositions de l'article L 313-12 du Code monétaire et financier relatif aux règles à observer en cas d'interruption ou de réduction de concours financiers<sup>22</sup>, alors même qu'il n'a pas bénéficié formellement – c'est-à-dire par écrit – d'une autorisation de découvert. De sorte que le débat se focalise sur la preuve de l'existence de l'autorisation de découvert, celle-ci conditionnant l'application de l'article L 313-12.

Dans cette hypothèse, il est habituel de souligner que la preuve du découvert peut résulter de nombreux indices tels que la constitution de sûretés, la qualification des commissions ou la fréquence des découverts<sup>23</sup> ; on peut également tenir compte de la durée des découverts et du montant exceptionnel de certains d'entre eux. La Cour de cassation le confirme dans son arrêt du 15 avril 2008, rejetant ainsi la prétention selon laquelle « pour caractériser l'existence d'une autorisation de découvert constitutive d'un concours financier au sens de l'article L 313-12 du Code moné-

taire et financier, il convient de s'attacher uniquement à la fréquence des facilités de trésorerie accordées par la banque au client, peu important la durée pendant laquelle le compte est, à chaque fois, resté à découvert ».

L'intérêt de l'arrêt commenté ne se borne pas à ce rejet. Il réside également dans la faculté reconnue aux juges d'écarter les éléments pouvant laisser croire à l'existence d'une autorisation de découvert dès lors qu'ils ont en fait une autre signification ; en l'occurrence, il s'agissait du taux d'intérêt appliqué car s'il correspondait à un taux annoncé dans un courrier précédant l'ouverture du compte, il correspondait en réalité à un geste commercial de la banque. Cette approche ne doit pas étonner puisque la preuve de l'existence de l'autorisation de découvert dépend de la commune intention des parties comme le rappelle la Cour de cassation dans l'arrêt commenté.

### Responsabilité – Assurance de groupe – Obligation d'éclairer l'emprunteur

Cass. civ. 2, 20 mars 2008, arrêt n° 437 F-D, Danican c. Caisse régionale de Crédit Agricole mutuel de la Guadeloupe

« Le banquier, qui propose à son client auquel il consent un prêt, d'adhérer au contrat d'assurance de groupe qu'il a souscrit à l'effet de garantir, en cas de survenance de divers risques, l'exécution de tout ou partie de ses engagements, est tenu de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation. »

Conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>24</sup>, l'arrêt rendu le 20 mars 2008 par la deuxième chambre civile mérite néanmoins de retenir l'attention car il illustre parfaitement l'obligation du banquier d'éclairer le client sur l'adéquation des risques couverts par l'assurance à sa situation personnelle. Car, en l'occurrence, la notice d'assurance remise à l'emprunteur, âgé de 59 ans lors de la mise en place du crédit consenti sur 15 ans, mentionnait clairement et précisément la déchéance de la garantie passé l'âge de 65 ans par l'assuré. Mais cette seule mention est insuffisante pour satisfaire à l'obligation pesant sur le banquier qui place une assurance de groupe lorsqu'il y a une disproportion entre la durée du prêt et celle de la garantie à l'expiration de laquelle les

24. Cass. Ass. Plén., 2 mars 2007, Bull. civ. n° 4 p 9 ; Banque et droit, n° 114, juillet-août 2007, 20, obs. Th. Bonneau ; JCP 2007, éd. G, 127, obs. B. Parance, II, 10098, note A. Gourio et éd. E, 1375, note D. Legeais ; ; Rev. trim. dr. com. 2007, 433, obs. D. Legeais ; D. 2007, p. 985, note S. Piedelièvre, Revue banque, juin 2007, n° 692, obs. J.-L. Guillot et S. Fayner ; Rev. dr. bancaire et financier mai-juin 2007, 11, obs. F. J. Crédot et Th. Samin. Adde, G. Courtieu, « Assurance des emprunteurs : la Cour suprême met les banques en demeure », Responsabilité civile et assurances, avril 2007, Étude 8 ; J.-M. Moulin, « Les obligations d'information et de conseil du banquier souscripteur d'une assurance groupe (à propos de Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 janvier 1999 et 23 novembre 1999) », Rev. dr. bancaire et financier n° 1, janvier/février 2000, 50 ; I. Rivière, « L'obligation d'information et de conseil du banquier souscripteur en assurance de groupe », Les Petites Affiches, n° 124, 22 juin 2001, 4 ; D. Legeais, « Les obligations et la responsabilité d'un banquier souscripteur d'une assurance de groupe », Rev. dr. bancaire et financier n° 5, septembre/octobre 2001, 316 ; S. Gossou, La distribution de l'assurance par les banques, Thèse Poitiers dact. 2005, sous la direction du Professeur C. Ophele, n° 364 ; F. Sauvage, Le devoir d'information et de conseil du banquier intermédiaire en assurance emprunteurs (à propos de Cass. ass. Plén., 2 mars 2007), Rev. dr. bancaire et financier mai-juin 2007, 57

22. Ibid n° 689 et s.

23. Ibid. n° 505.

cotisations sont maintenues au même taux : le banquier doit attirer l'attention de son client sur le fait que la garantie souscrite ne peut pas jouer pendant les 10 dernières années du crédit.

Cette décision ne peut être qu'approuvée puisqu'elle est consacrée dans une hypothèse où malgré la déchéance de la garantie après 65 ans, le coût de la prime d'assurance demeure la même pour le client jusqu'au terme du crédit : il est bien évident que ce maintien pouvait inviter l'emprunteur à penser que la garantie était maintenue jusqu'à celui-ci. Dans le même temps, la décision commentée, dont la motivation invite à penser que l'obligation d'éclairer le client n'a pas lieu d'être lorsque le montant de la cotisation d'assurance tient compte de la déchéance liée à l'âge, conduit à se demander si les banquiers ne devraient pas tenir compte de cette déchéance afin de ne pas faire payer une garantie à laquelle l'emprunteur n'a pas droit. C'est d'ailleurs peut-être là l'objectif recherché, étant toutefois observé que cette question relève moins du banquier que de la compagnie d'assurance qui est à l'origine du contrat d'assurance de groupe !

### Fonds communs de créances – Créances litigieuses – Droit au retrait litigieux – Art. 1699 du Code civil

Cass. com. 15 avril 2008, arrêt n° 505F-P+B, Simonnet c. Banque JP Morgan Chase Bank et a., D. 2008, p 1341, NDLR V. Avena-Robardet et p 1732, note V. Forti ; J.C.P. 2008, éd. E, 1702, Rapport M. Cohen-Branche

*« Attendu que la circonstance que la cession des créances litigieuses se réalise au profit d'un fonds commun de créances, aux conditions prévues par la loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988, codifiées aux articles L 214-43 et suivants du code monétaire et financier, ne fait pas obstacle à l'exercice du droit au retrait litigieux prévu à l'article 1699 du Code civil. »*

Depuis 1997<sup>25</sup>, les fonds communs de créances peuvent acquérir des créances litigieuses<sup>26</sup>, c'est-à-dire des créances qui font l'objet, au moment où elles sont cédées, d'un procès. Cette possibilité a toutefois été introduite sans que soit prévue la faculté de retrait litigieux, c'est-à-dire la faculté pour la personne actionnée de se substituer au cessionnaire « en lui remboursant le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts et avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite »<sup>27</sup>. Aussi peut-on se demander si la faculté de retrait prévue par l'article 1699 du Code civil – instituée pour dissuader la spéculation sur les créances<sup>28</sup> – est applicable à la cession des créances réalisée au profit d'un fonds commun de créances en application des dispositions du Code monétaire et financier<sup>29</sup>.

Dans l'espèce à l'origine de l'arrêt rendu le 15 avril 2008

par la chambre commerciale de la Cour de cassation, le débiteur et la caution avaient été assignés en paiement le 21 octobre 1997 et le créancier avait cédé sa créance à un fonds commun de créances le 27 mars 2000. Pour faire obstacle à l'action reprise par les représentants du fonds, la caution a invoqué le retrait litigieux de l'article 1699. Dans son arrêt du 17 février 2003, la cour d'appel de Basse-Terre n'a pas admis le jeu de cette faculté au motif que la cession de créances litigieuses soumise aux dispositions de la loi du 23 décembre 1988<sup>30</sup> « se situe en dehors du champ du droit commun ». Mais la Cour de cassation casse la décision des juges du fond au motif que « la circonstance que la cession des créances litigieuses se réalise au profit d'un fonds commun de créances, aux conditions prévues par la loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988, codifiées aux articles L 214-43 et suivants du code monétaire et financier, ne fait pas obstacle à l'exercice du droit au retrait litigieux prévu à l'article 1699 du Code civil ».

On pourrait hésiter à suivre la Cour de cassation en soutenant que le régime de la cession des créances au profit des fonds communs de créance n'autorise pas le retrait et que même il l'exclut implicitement en autorisant la cession des créances litigieuses. Mais cet argument est faible. Car la cession des créances litigieuses est également possible en application des dispositions du Code civil qui prévoit le retrait litigieux. Et comme le Code monétaire et financier n'exclut pas expressément les règles de droit commun et que la cession régie par le Code monétaire et financier est de même nature que la cession régie par le Code civil, les dispositions du droit commun doivent être combinées avec les dispositions du droit spécial<sup>31</sup> de sorte que l'arrêt rendu le 15 avril 2008 s'impose.

Cette solution, qui conserve tout son intérêt malgré la réforme opérée par l'ordonnance du 13 juin 2008<sup>32</sup>, n'est pas sans avantage pour la personne contre laquelle est invoqué le droit litigieux lorsque le prix payé dans la cession est inférieur au montant nominal de la créance : car comme l'énonce la Cour de cassation<sup>33</sup>, « le retrayant n'est tenu au principal que la somme payée par le retrayé » et non du nominal de la créance. Elle n'est toutefois pas sans inconvénient puisqu'elle peut freiner la cession des créances litigieuses au fonds commun de créances. Mais bien sûr, cet inconvénient n'en est un que si l'on croit à l'opportunité de la cession des créances litigieuses ! ■

25. V. Th. Bonneau, La titrisation des créances douteuses : une innovation opportune ?, Droit des sociétés février 1998, Repères.

26. Art. R 214-94, 1°, Code monétaire et financier.

27. Art. 1699, Code civil.

28. Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, Droit civil, Les obligations, op. cit., n° 920 p 456 ; A. Bénabent, Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, 5<sup>e</sup> éd. 2001, Montchrestien, n° 26 p 24.

29. Art. L 214-43, al. 8, Code monétaire et financier.

30. Loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et portant création des fonds communs de créances. V. Bonneau, Droit bancaire, op. cit., n° 849 et s.

31. Dans le même sens, les auteurs qui se réfèrent aux articles 1604, 1689 et 1693 du Code civil pour expliquer les obligations du cédant des créances transmises au fonds commun de créances : Th. Granier et C. Jaffeu, La titrisation, aspects juridique et financier, préf. Y. Guyon, av. propos J.-P. de Cormis, Economica, 2<sup>e</sup> éd. 2004, p 96-97 ; Z. Sekfali, Droit des financements structurés, préf. J.-P. Mattout, Revue Banque éditions 2004, n° 907. 1 p 610.

32. Ordonnance n° 2008-556 du 13 juin 2008 transposant la directive 2005/68/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2005 relative à la réassurance et réformant le cadre juridique des fonds communs de créance : les dispositions relatives à la cession des créances par bordereau restent situées dans l'article L 214-43, alinéa 8, du Code monétaire et financier. Sur cette réforme qui a notamment conduit à changer la dénomination des fonds communs de créances, ces fonds étant désormais appelés fonds communs de titrisation, v. Th. Bonneau, Titrisation, réforme, à paraître in Revue Droit bancaire et financier juillet-août 2008.

33. Cass. Civ. 1, 12 juillet 2005, Contrats – Concurrence – Consommation décembre 2005, n° 199, note L. Leveneur.