

CHRONIQUE

DROIT BANCAIRE



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

Lettre de change – Défaut de paiement – Protêt irrégulier – Annulation.

Cass. com. 2 mars 2010, arrêt n° 264 FS-P+B, pourvoi n° S 09-10.723, Société Bocard c. Société Profiltubmeca et a., D. 2010, act. jurisp. p. 705, NDLR X. Delpech

Il résulte des articles L. 511-53 et L. 511-54 du Code de commerce que « le protêt doit se suffire à lui-même et ne peut être complété ou régularisé par des éléments extrinsèques ».

Dans l'espèce à l'origine de l'arrêt du 2 mars 2010, deux lettres de change avaient été émises par la société Profiltubmeca¹, escomptées auprès d'un établissement de crédit et acceptées par la société Bocard. Présentées au paiement, elles ont été retournées impayées de sorte que l'établissement de crédit en a contre-passé le montant au débit du compte du tireur. Malgré cette opération, les protêts ont été établis à la demande du tireur et de l'établissement de crédit, ce qui a conduit le tireur accepteur à en demander la nullité. En vain toutefois devant les juges du fond qui ont écarté la demande au motif que le tiré, « qui avait accepté les effets au profit de la société Profiltubmeca, avait connaissance par une procédure antérieure de la qualité de tireur redevenu porteur de cette dernière de sorte qu'elle avait exprimé son refus de paiement en sa qualité de débiteur cambiaire ». Mais avec succès devant la Cour de cassation qui, dans son arrêt du 2 mars 2010, censure la décision attaquée.

Cette cassation n'est pas étonnante. En effet, le protêt est un acte formaliste – selon l'article L. 511-53 du Code de commerce, « l'acte de protêt contient la transcription littérale de la lettre de change, de l'acceptation, des endossements et des recommandations qui y sont indiquées, la sommation de payer le montant de la lettre de change. Il énonce la présence ou l'absence de celui qui doit payer, les motifs du refus de payer et l'impuissance ou le refus de signer » – et les irrégularités l'affectant ne peuvent pas, sauf exception, être suppléées par des éléments extérieurs à l'acte : l'arti-

cle L. 511-54 du Code de commerce décide en effet que « nul acte de la part du porteur de la lettre de change ne peut suppléer l'acte de protêt, hors les cas prévus par l'article L. 511-32 à L. 511-37 et par les articles L. 511-40 et L. 511-41 ». Or les juges du fond avaient tenu compte d'éléments extérieurs aux protêts.

Dans son arrêt du 2 mars 2010, la Cour de cassation censure cette méthode de raisonnement, ce que confirme le motif de droit énoncé en tête de l'arrêt selon lequel « il résulte des articles L. 511-53 et L. 511-54 du Code de commerce que le protêt doit se suffire à lui-même et ne peut être complété ou régularisé par des éléments extrinsèques ». C'est sa seule portée alors même que d'autres critiques avaient été formulées.

En particulier, parce que les juges du fond avaient subordonné le prononcé de la nullité des protêts à la preuve d'un grief, le pourvoi soutenait, dans l'une des critiques formulées à l'encontre de l'arrêt attaqué, que les protêts ne sont pas des actes de procédure, mais des actes authentiques de sorte qu'ils ne sont pas soumis aux dispositions de l'article 114 du Code de procédure civile. Cette critique n'est pas examinée par la Cour de cassation : on ne peut donc tirer aucune déduction, sur ce terrain, de l'arrêt commenté. On rappellera toutefois que certains auteurs² considèrent que les dispositions de l'article 114 du Code de procédure civile sont applicables au protêt et que, toujours selon eux, la jurisprudence ne prononce, conformément au texte précité, la nullité du protêt que si l'irrégularité est substantielle, la nullité étant écartée si l'irrégularité ne présente pas un tel caractère, ce qui est le cas lorsque l'irrégularité concerne le motif du refus de paiement ou le refus de signer³. Aussi les juges du fond saisis sur renvoi après cassation auront-ils à se prononcer sur l'applicabilité de l'article 114 et sur le caractère substantiel ou non de l'irrégularité qui a affecté les protêts dans l'espèce à l'origine de l'arrêt commenté.

1. L'arrêt du 2 mars 2010 indique à tort que c'est la société Bocard qui a émis les lettres de change litigieuses. Car des titres émis et acceptés par la même personne ne peuvent être que des billets à ordre !

2. J. Issa-Sayegh, « Lettre de change. Recours et garanties de paiement. Définition et établissement du protêt », *Juris-classeur Commercial*, spéc. n° 117.

3. Sur cette jurisprudence, v. Issa-Sayegh, art. préc. n° 118 et 119.

Chèques – Transfert de la provision – Moment – Émission – Redressement judiciaire.

Cass. com. 12 janvier 2010, arrêt n° 4 F-P+B, pourvoi n° S 08-20.241, BNP Paribas c. Société Aurélie Lecaudey et a.

- Il résulte de l'article L. 131-31 du Code monétaire et financier « qu'un chèque est émis et sa provision transférée dès que le tireur s'en est dessaisi au profit du bénéficiaire, toute mention contraire étant réputée non écrite » ;
- Il résulte de la combinaison des articles L. 131-31 du Code monétaire et financier et L. 622-7 du Code de commerce « que la provision d'un chèque émis par un tireur avant d'être mis en redressement judiciaire n'est transférée au profit du bénéficiaire qu'autant qu'elle ait existé au jour du jugement d'ouverture ».

Le règlement échelonné d'une dette conduit souvent à remettre au créancier plusieurs chèques, avec des dates différentes, chaque date indiquant, dans l'intention des parties, la date à laquelle l'encaissement devra être effectué. Il en était ainsi dans l'espèce à l'origine de l'arrêt rendu le 12 janvier 2010 par la chambre commerciale de la Cour de cassation : pour régler sa dette, un débiteur avait adressé, le 30 septembre 2005, quatre chèques dont le dernier portait la date du 30 décembre 2005. Ce chèque ayant été rejeté par le banquier tiré au motif que le compte était indisponible à la suite du redressement judiciaire du tireur, son bénéficiaire a essayé d'en obtenir le paiement amiable, mais en vain. Aussi a-t-il assigné en paiement le banquier tiré et le liquidateur du tireur, le redressement judiciaire ayant été converti en liquidation judiciaire. Dans son arrêt du 17 juillet 2008, la cour d'appel de Bourges a fait droit à cette demande :

– après avoir constaté que le tireur et le bénéficiaire s'étaient accordés pour que la créance du second fasse l'objet de chèques émis par le premier et dont la provision serait transférée de façon échelonnée au bénéficiaire et énoncé que « l'émission d'un chèque est un fait qui peut être établi par tout moyen et qu'un chèque est émis au moment où le tireur s'en dessaisit au profit du bénéficiaire », la cour a retenu « que l'émission des chèques opérant transfert de la provision s'est réalisée à la date portée sur chacun d'entre eux, date à laquelle le tireur a entendu s'en dessaisir pour sa présentation à l'encaissement » ;

– « après avoir relevé que le transfert de la provision concernant le dernier chèque est intervenu le 30 décembre 2005, avant le jugement du 4 janvier 2006 prononçant le redressement judiciaire, et en avoir déduit que, sauf à prouver le défaut de provision à la date du 30 décembre 2005, la somme mentionnée sur le chèque est due » par le tireur au bénéficiaire, la cour retient que le relevé du compte du tireur « ouvert dans les livres de la banque du 30 novembre au 31 décembre 2005 fait apparaître un solde créditeur de 33 621,25 euros à cette dernière date ».

La décision de la cour de Bourges est cassée par la Cour de cassation dans son arrêt du 12 janvier 2010 sur le fondement de deux moyens, dont l'un a été relevé d'office par la Cour, ce qui est suffisamment rare pour être souligné. Cette cassation est entièrement justifiée et n'est guère étonnante en raison de la jurisprudence antérieure.

I – Le chèque suit un certain processus : il est créé, c'est-à-dire établi, avant d'être émis, ce qui implique, outre sa

création, sa remise au bénéficiaire⁴ – la Cour de cassation parle de « mise en circulation » dans un arrêt du 18 décembre 1990⁵ – lequel le présentera au paiement auprès de son banquier. La date de création du titre est indifférente au transfert de provision, ce qui se comprend aisément puisque le titre est toujours entre les mains du tireur. En revanche, la date de l'émission est importante puisque c'est à celle-ci que s'opère le transfert de la provision : ce transfert est lié à l'émission⁶, non à la création, ni à la présentation au paiement⁷.

Il est vrai que, pour certains auteurs⁸, la date portée sur le titre, dite date de création, est jusqu'à preuve du contraire la date d'émission. La Cour de cassation a toutefois considéré, dans un arrêt du 31 janvier 2006⁹, que la date d'émission d'un chèque ne peut pas être présumée être celle de sa création et qu'il s'agit d'un fait qui peut être établi par tout moyen ; on peut donc prouver que l'émission a été postérieure à la création. Mais inversement on peut prouver que l'émission est antérieure à la date indiquée sur le chèque, ce qui était le cas dans l'espèce à l'origine de l'arrêt du 12 janvier 2010, étant observé que cette antériorité n'était pas en l'occurrence contestée.

D'ailleurs, malgré la date portée sur le chèque, soit le 30 décembre 2005, celui-ci aurait pu être présenté au paiement dès sa remise au bénéficiaire en septembre 2005. Cette solution s'impose en raison des dispositions de l'article L. 131-31 du Code monétaire et financier qui décide, dans son alinéa 1, « le chèque est payable à vue. Toute mention contraire est réputée non écrite » et, dans son alinéa 2, que « le chèque présenté au paiement avant le jour indiqué comme date d'émission est payable le jour de la présentation ». Ce texte, visé par l'arrêt du 12 janvier 2010, explique également que l'accord des parties soit sans portée sur le transfert de la provision : les parties ne peuvent pas retarder ce transfert en portant sur le chèque une date postérieure à celle de l'émission. Cette solution consacrée par l'arrêt commenté rejoint la jurisprudence relative aux chèques de garantie, ces chèques pouvant être remis à l'encaissement même si le bénéficiaire a accepté de ne pas procéder à celui-ci : « Un chèque est un instrument de paiement que le bénéficiaire peut faire encaisser même dans le cas où il lui a été remis "à titre de garantie", sauf à lui à en restituer le montant si le paiement reçu était indu »¹⁰.

L'accord des parties est ainsi sans portée sur les règles gouvernant les chèques. Il ne peut pas en être autrement car, sauf à se répéter, les chèques sont des titres à vue. Cette caractéristique élémentaire du chèque ne

4. Cass. com. 3 décembre 1991, Bull. civ. IV n° 371, p. 256 : « Un chèque est émis au moment où le tireur s'en dessaisit au profit du bénéficiaire ».

5. Cass. com. 18 décembre 1990, Bull. civ. IV n° 326 p. 225 ; D. 1991 som. com. 216, obs. M. Cabrillac.

6. Cass. com. 18 décembre 1990, préc. : « Le transfert de la provision est réalisée par l'émission du chèque consistant à la fois à sa création et en sa mise en circulation ».

V. C. Youego, « Retour sur une notion controversée : la date d'émission du chèque », RDBF septembre-octobre 2008, Études 21.

7. Arrêt préc.

8. M. Cabrillac, obs. sous Cass. com. 24 juin 1997, Rev. trim. dr. com. 1997 p. 655 ; Ch. Gavalda et J. Stoufflet, « Instruments de paiement et de crédit », 5^e éd. 2003, Litec, n° 200 p. 230 ; comparer la 7^e éd. 2009, n° 200 p. 207-208.

9. Cass. com. 31 janvier 2006, Banque et droit n° 107, mai-juin 2006, 79, obs. Th. Bonneau.

10. Cas. Com. 24 octobre 1996, Bull. civ. IV n° 162 p. 144.

souffre d'aucune dérogation, même conventionnelle. Il revient donc aux parties de choisir un autre moyen de paiement si les règles du chèque ne correspondent pas à leurs attentes.

II – Le transfert de la provision dès la remise du chèque au bénéficiaire « a d'importantes conséquences qui, toutes, découlent du fait que, dès l'émission, la créance est sortie du patrimoine du tireur pour entrer dans celui du porteur »¹¹ : l'ouverture d'une procédure collective contre le tireur postérieurement à l'émission est sans incidence sur le droit du porteur. Encore faut-il toutefois, comme le décide la Cour de cassation dans son arrêt du 12 janvier 2010 – le moyen est soulevé d'office – que la provision ait existé au jour du jugement d'ouverture : à défaut, aucun transfert ne peut plus intervenir. Cette décision rejoint l'arrêt que la Cour de cassation a rendu le 4 décembre 1979¹² selon lequel, tel qu'il est interprété par Michel Cabrillac¹³, « le transfert de la propriété de la provision doit nécessairement s'être produit avant le jugement déclaratif ». L'arrêt n'est pas aussi clair que l'explication qui est donnée, même si la solution s'impose. Tout d'abord parce que le chèque reste valable même si le transfert de la provision n'a pas pu s'opérer faute de provision lors de l'émission¹⁴. Ensuite parce que la fourniture postérieure de la provision équivaut au paiement d'une créance antérieure et tombe sous le coup de l'interdiction posée par l'article L. 622-7 du Code de commerce.

Compte courant – Rupture – Délai de préavis et motivation – Abus.

Cass. com. 26 janvier 2010, arrêt n° 91 F-P+B, pourvoi n° H 09-65. 086, Société Riviera sport développement c. Caisse d'épargne et de prévoyance Côte d'Azur

« Mais attendu qu'en l'absence de disposition légale particulière, toute partie à un contrat à durée indéterminée peut, sans avoir à motiver sa décision, mettre fin unilatéralement à celui-ci, sauf à engager sa responsabilité en cas d'abus ; que l'arrêt retient que, si elle considère que cette faculté de résiliation discrétionnaire et arbitraire constitue une source potentielle de discrimination, la société Riviera n'établit pas ni même ne prétend que la décision de la banque qui a été assortie d'un délai de préavis de 90 jours suffisant à permettre à sa cliente de retrouver un nouveau banquier procéderait à un motif illégitime ou d'une volonté de nuire ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision. »

En principe, la convention de compte – compte de dépôt et compte courant – ne peut être résiliée à tout moment que si elle est à durée indéterminée ; elle ne l'est pas si elle a une durée déterminée¹⁵. Cette solution comporte

toutefois une dérogation lorsque s'il s'agit d'un compte de dépôt ouvert à une personne physique agissant pour des besoins non professionnels : la convention de compte peut être résiliée à tout moment même si elle est à durée déterminée. Cette faculté n'est reconnue, par l'article L. 312-1-1, III, du Code monétaire et financier, qu'au client ; le banquier doit respecter le terme si la convention est à durée déterminée, ce que confirme implicitement le même texte en reconnaissant au banquier une faculté de résiliation unilatérale uniquement pour les conventions à durée indéterminée.

Lorsque la faculté de résiliation est ouverte, certaines conditions doivent être respectées lorsqu'il s'agit d'un compte de dépôt ouvert à une personne physique n'agissant pour des besoins professionnels. Du côté du client, un délai de préavis maximal de 30 jours peut être prévu et la résiliation doit intervenir sans frais lorsque le compte a été ouvert depuis plus de 12 mois. Les frais de résiliation sont également étroitement régis lorsque la résiliation du compte intervient à l'initiative du banquier qui doit respecter, quant à lui, un délai de préavis de 2 mois.

Ces conditions ne s'appliquent pas lorsque le compte de dépôt est ouvert à une personne physique agissant pour des besoins professionnels ou à une personne morale. Elles ne sont pas plus applicables, quelle que soit la personne du client, si le compte ouvert est un compte courant. Il faut cependant tenir compte des dispositions de l'article L. 312-1 du Code monétaire et financier qui reconnaît le droit à toute personne, physique ou morale, d'être titulaire d'un compte de dépôt : lorsqu'un tel compte a été ouvert en application de ce texte, la décision de clôture à l'initiative du banquier, qui ne peut concerner que les conventions à durée indéterminée, doit faire l'objet d'une notification écrite et motivée adressée au client et à la Banque de France et le banquier doit respecter un délai de préavis de 45 jours.

Sous réserve de cette disposition, et dès lors que l'on se situe en dehors du domaine de L. 312-1-1 du Code monétaire et financier, aucune disposition légale ne régit la résiliation des comptes de dépôt et des comptes courants, étant observé que la jurisprudence a toujours imposé le respect d'un délai de préavis raisonnable¹⁶ : dans l'espèce à l'origine de l'arrêt du 26 janvier 2010, le délai de préavis avait été de 90 jours. C'était toutefois moins une question de délai qu'une question de motivation qui était discutée : le client soutenait que le banquier aurait dû motiver « sa décision par des considérations propres à sa structure interne ou à son fonctionnement ou afférentes au mode de fonctionnement ». Cette prétention est écartée par la Cour qui considère que le banquier n'a pas l'obligation de motiver sa décision, sauf à engager sa responsabilité en cas d'abus.

La solution est classique : le principe est en effet que la rupture de la relation contractuelle n'a pas à être motivée¹⁷. Il est toutefois rare que la Cour de cassation ait l'occasion de l'affirmer aussi clairement en matière de comptes bancaires. D'où l'intérêt de l'arrêt du 26 janvier 2010,

11. F. Pérochon et R. Bonhomme, « Entreprises en difficultés, Instruments de crédit et de paiement », 8^e éd. 2009, LGDJ, n° 804.

12. Cass. com. 4 décembre 1979, Bull. civ. IV n° 320 p. 253.

13. M. Cabrillac, obs. sous Cass. com. 12 mars 1996, Rev. trim. dr. com. 1996, 501, spéc. p. 593.

14. Cass. com. 12 janvier 1993, Bull. civ. IV n° 3 p. 2 ; JCP 1993, éd. E, II, 425, note M. Cabrillac.

15. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, « Droit civil, Les obligations », 10^e éd. 2009, Dalloz, n° 479, spéc. p. 495.

16. Cass. com. 20 mai 1980, D. 1981, IR. 185, obs. M. Vasseur.

17. V. la jurisprudence citée par Terré, Simler et Lequette, *op. cit.* note 5 p. 494-495.

étant observé que celui-ci ne se limite pas à l'énoncé du principe pour concerner également la limite dont il est assorti, à savoir l'abus. Car la Cour indique, dans l'arrêt commenté, les cas dans lesquels l'abus pourrait être caractérisé : il y a abus si le motif de la rupture est illégitime ou si la rupture traduit une volonté de nuire. Cette limite ne doit toutefois pas créer de faux espoirs pour les clients. En effet, la preuve de l'abus, qui incombe au client, ne sera pas aisée. Elle le sera d'ailleurs d'autant moins si la notion de motif illégitime est étroite.

Cette notion est délicate à cerner. À l'évidence, un tel motif est distinct de la volonté de nuire. Mais, positivement, on peut s'interroger. Si la discrimination est certainement un motif illégitime, est-ce que tout motif tenant à la personne du client est obligatoirement un motif illégitime¹⁸ ? Il ne le semble pas puisque l'arrêt écarte l'obligation pour le banquier de motiver sa décision pour une question d'organisation et de fonctionnement qui lui serait propre. Inversement, tout motif lié à ces questions est-il forcément un motif légitime ? Rien n'est moins sur. La notion de motif illégitime a des contours incertains, encore que l'on peut penser qu'elle doit être entendue restrictivement puisque le principe est l'absence d'obligation.

Prêt – Absence de terme – Demande de remboursement.

Cass. com. 26 janvier 2010, arrêt n° 121 FS-P+B, pourvoi n° B 08-12. 591, Caisse régionale de crédit agricole mutuel Alpes Provence c. Mélis et a.

Il résulte de l'article 1900 du Code civil « que, lorsqu'un prêt d'argent a été consenti sans qu'un terme ait été fixé, il appartient au juge, saisi d'une demande de remboursement, de fixer, eu égard aux circonstances et, notamment, à la commune intention des parties, la date du terme de l'engagement, qui doit se situer à une date postérieure à celle de la demande en justice ».

Il est rare que les fonds soient versés avant la signature de l'acte de prêt. C'est pourtant ce qui est arrivé dans l'espace à l'origine de l'arrêt du 26 janvier 2010 dans des circonstances dont on peut penser qu'elles sont nées de la volonté de faciliter l'opération des clients. Ceux-ci voulaient acquiescer à un droit au bail ; le chèque en représentant le prix avait été remis à un avocat qui devait recueillir l'accord des clients sur l'acte de prêt au moment de la signature de l'acte de cession. Le second a été signé sans que le premier le soit ; il n'a d'ailleurs jamais été signé par les clients malgré les demandes répétées de la banque.

Cette situation peut être embarrassante pour la banque si l'accord des parties ne peut pas être prouvé : la seule remise des fonds est insuffisante pour justifier la

demande de remboursement du banquier¹⁹. En l'occurrence toutefois, le crédit n'était pas contesté ; la seule question était de déterminer les modalités de l'obligation de remboursement des emprunteurs. La demande du banquier a été écartée par les juges du fond parce que celui-ci ne pouvait pas justifier d'un engagement de l'emprunteur sur les modalités de remboursement : leur décision est censurée par la Cour de cassation, dans son arrêt du 26 janvier 2010, au motif qu'il résulte de l'article 1900 du Code civil « que, lorsqu'un prêt d'argent a été consenti sans qu'un terme ait été fixé, il appartient au juge, saisi d'une demande de remboursement, de fixer, eu égard aux circonstances et, notamment, à la commune intention des parties, la date du terme de l'engagement, qui doit se situer à une date postérieure à celle de la demande en justice ».

La motivation de l'arrêt commenté est classique. Certes, l'article 1900 se borne à décider que « s'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution, le juge peut accorder à l'emprunteur un délai suivant les circonstances ». Il ne fait pas ainsi référence à la commune intention des parties ni à une date de terme qui serait postérieure à celle de demande en justice. Mais cette décision rejoint la jurisprudence antérieure, la première chambre civile ayant déjà décidé, dans un arrêt du 19 janvier 1983²⁰, que la date du terme de l'engagement doit être fixée en tenant compte de la commune intention des parties et se situer à une date postérieure à la demande en justice.

Cette solution n'est pas sans conséquence. Le banquier ne peut pas en effet se prévaloir du non-respect d'échéances et du jeu d'une clause de déchéance du terme. La conséquence est logique puisque le terme ne peut être que postérieure à la demande en justice. La difficulté est cependant en amont pour le juge puisqu'il lui revient de fixer la date du terme en tenant compte de la commune intention des parties. Or celle-ci ne peut pas résulter uniquement du projet de contrat établi par le banquier et communiqué aux clients puisque ceux-ci ne l'ont pas signé.

Prêt – Offre de crédit signé par le client – Remboursement – Charge de la preuve de la remise des fonds.

Cass. civ. 1^{re}, 14 janvier 2010, arrêt n° 34 FS-P+B, pourvoi n° V 08-13.160, Société Cetelem c. Renucci, D. 2010, p. 259, NDLR, V. Avena-Robardet ; *Revue de droit bancaire et financiers* mars-avril 2010, com. 45, note X. Lagarde

« Mais attendu que si le prêt consenti par un professionnel du crédit est un contrat consensuel, il appartient au prêteur qui sollicite l'exécution de l'obligation de restitution de l'emprunteur d'apporter la preuve de l'exécution préalable de son obligation de remise des fonds ; que la cour d'appel, qui a relevé que la signature d'une offre préalable de prêt n'emportait pas la preuve que l'emprunteur, qui contestait avoir reçu la somme prêtée, l'avait perçue et que faute d'apporter une telle preuve, la société de crédit n'apportait pas celle de sa créance, a légalement justifié sa décision. »

18. On doit noter que les motifs tenant à la personne ne peuvent pas justifier un refus d'agrément d'un concessionnaire : v. Cass. com. 5 octobre 2004, *Contrats-Concurrence-Consommation*, janvier 2005, n° 1, note L. Leveneur. Cet arrêt prend également position sur la résiliation : « Attendu qu'en se déterminant par ces motifs, alors que le concédant était en droit de rompre le contrat à tout moment, indépendamment de l'échec de la reprise de la concession, la cour d'appel, qui n'a pas constaté que le concédant avait fait croire au concessionnaire que le contrat serait poursuivi pour l'inciter à procéder à des investissements, n'a pas donné de base légale à sa décision ».

19. Cass. civ. 1^{re}, 5 novembre 2009, *Banque et droit* mars-avril 2010, obs. Th. Bonneau.

20. Cass. civ. 1^{re}, 19 janvier 1983, *Bull. civ. IV* n° 29 p. 26.

Le banquier qui demande à son client le remboursement des fonds prêtés peut-il se borner à produire l'offre de crédit signée par le client ou doit-il apporter la preuve de la remise des fonds ? Dans un arrêt du 27 juin 2006²¹, la première chambre civile de la Cour de cassation avait consacré la première branche de l'alternative ; elle consacre la seconde dans son arrêt du 14 janvier 2010 : ce revirement est tout à fait justifié.

Dans son arrêt du 27 juin 2006, elle avait fondé sa solution sur la règle selon laquelle le contrat de prêt n'est pas un contrat réel. Cette motivation n'emportait guère la conviction car ce n'est pas parce que la remise des fonds ne participe pas de la formation du contrat qu'elle ne doit pas être prouvée. Elle doit l'être, que le contrat soit réel ou consensuel, que la remise des fonds soit un élément de formation du contrat ou un acte d'exécution. On ne doit cependant pas en déduire que la distinction de contrats réels et des contrats personnels est sans portée sur ce terrain. Car, en cas de contrat réel, il convient de prouver que la remise des fonds a été effectuée à titre de prêt²² alors si le contrat est consensuel, la preuve consiste seulement à prouver la remise de la chose, la preuve du prêt étant dans la dépendance de l'accord des parties. Cette différence est toutefois, on doit bien l'admettre, mince puisque si la preuve de l'accord n'est pas rapportée, la seule remise des fonds est insuffisante pour justifier la demande de remboursement du banquier²³.

Cession Dailly – Cession à titre de garantie – Notification – Redressement judiciaire du cédant – Action du cessionnaire contre le cédé – Sort des sommes excédant la créance due.

Cass. com. 9 février 2010, arrêt n° 157 F-P+B, pourvoi n° K 09-10.119, société Royal Scandinavia hôtel Nice c. HSBC et a., D. 2010, act. jurispr. p. 578, NDLR X. Delpech

« Attendu qu'en statuant ainsi alors que la cession de créance effectuée à titre de garantie prend fin sans formalité particulière pour les sommes excédant la créance qui reste due à la banque cessionnaire par le cédant, laquelle s'élevait en l'espèce à la somme de 67 519,02 euros, la cour d'appel a violé les textes susvisés. »

Les « textes susvisés » mentionnés dans le motif de cassation de l'arrêt du 9 février 2010 se réduisent à un texte unique : l'article L. 313-24 du Code monétaire et financier. Et comme ce texte se borne à énoncer, dans son alinéa 1, que « même lorsqu'elle est effectuée à titre de garante et sans stipulation d'un prix, la cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée », et dans son alinéa 2, que « sauf convention contraire, le signataire de l'acte de cession ou de nantissement est garant solidaire du paiement des créances cédées ou données en nantissement », on peut ne pas être totalement convaincu par l'arrêt rendu le 9 février 2010 par la chambre commerciale de la Cour de cassation.

L'alinéa 2 de l'article L. 313-24 est en effet sans objet lorsqu'il s'agit, comme dans l'espèce à l'origine de l'arrêt commenté, d'une cession à titre garantie²⁴. Car si le cessionnaire agit contre le débiteur cédé, c'est parce que le cédant, qui est son débiteur principal, est lui-même défaillant : en l'espèce, celui-ci avait été mis en redressement judiciaire. Et comme l'alinéa 1 se borne à prévoir le transfert de propriété au cessionnaire, il ne permet pas de régler la question de savoir si le cessionnaire peut obtenir le paiement de l'intégralité de la créance cédée ou s'il ne peut obtenir qu'un paiement partiel, à concurrence de sa propre créance. La question présentait un intérêt pratique évident puisque la créance cédée à titre de garantie s'élevait à la somme de 283 383,65 euros alors que la créance du cessionnaire sur le cédant avait été réduite à la somme 67 519,02 euros.

Le raisonnement adopté par la cour d'Aix-en-Provence dans sa décision du 16 octobre 2008 n'était pas sans pertinence. La cession de créance ayant été notifiée au débiteur et la notification réalisant une interdiction de paiement entre les mains du cédant²⁵, il n'était pas illogique de considérer que le cessionnaire pouvait obtenir l'intégralité de la créance, quitte pour lui à en restituer l'excédant au cédant, cette restitution s'imposant puisque le créancier ne peut pas s'enrichir au détriment du débiteur. Une telle solution n'était toutefois pas compatible avec la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la cession Dailly à titre de garantie.

Car si le cessionnaire conserve, selon la Cour²⁶, la créance tant que l'objet de la garantie n'est pas épuisé, le cédant retrouve, toujours selon la Cour²⁷, « la propriété de la créance cédée sans formalité particulière dans la mesure où la garantie prend fin lorsque son bénéficiaire n'a plus de créance à faire valoir ou qu'il y renonce ». C'est reconnaître que la garantie devient caduque lorsque son objet est épuisé et cette caducité entraîne ipso facto le retour des créances cédées dans le patrimoine du cédant. Aussi est-il logique de poursuivre le raisonnement et de considérer que le cessionnaire est sans droit sur la partie de la créance qui excède le montant de sa propre créance et qu'il peut uniquement demander au cédé le paiement d'une somme correspondant au montant de sa créance sur le cédant.

On peut pourtant hésiter à approuver une telle solution car elle paraît contraire à l'article L. 313-24 qui affirme la propriété du cessionnaire. L'hésitation est encore permise

21. Cass. civ. 1^{re}, 27 juin 2006, *Contrats-concurrence-consommation*, novembre 2006, n° 221, note L. Leveneur.

22. V. F. Grua et N. Cayrol, « Prêt de consommation ou prêt simple », fasc. unique, art. 1892 à 1904, *Juris-classeur civil*, n° 74.

23. Cass. civ. 1^{re}, 5 novembre 2009, arrêt préc.

24. Sur l'utilité, selon la jurisprudence, de la garantie du cédant en cas de cession à titre de garantie, v. Com., 4 décembre 2001, *Bull. civ. IV*, n° 192, p. 185 ; D. 2002, 210, obs. A. Lienhard ; *Banque et droit* n° 82, mars-avril 2002, 56, obs. Th. Bonneau ; *Rev. trim. dr. com.*, 2002, 142, obs. M. Cabrillac.

25. Art. L. 313-28, Code monétaire et financier : v. Bonneau, « Droit bancaire », op. cit. n° 595.

26. Cass. com., 22 novembre 2005, *Bull. civ. IV*, n° 230, p. 249 ; *Banque et droit* n° 106, mars-avril 2006, 67, obs. Th. Bonneau ; D. 2005, act. jurispr. 3081, note X. Delpech ; *RDBF* n° 1, janvier-février 2006, 18, note A. Cerles ; *Rev. trim. dr. com.* 2006, 169, obs. D. Legeais. Adde, R. Bonhomme, « Effet d'une cession Dailly en garantie en cas de redressement judiciaire du cédant », *Actualités des procédures collectives* n° 2, 10 février 2006 ; I. Tchoutourian, « La cession à titre de garantie, entre cession et garantie fiduciaire : le "transfert de propriété" des créances n'est que "provisoire" », *RJDA* 4/06, p. 331.

27. Cass. civ. 1^{re}, 19 septembre 2007, *Banque et droit* n° 116, novembre-décembre 2007, 30, obs. Th. Bonneau ; *RDBF* n° 6, novembre-décembre 2007, 44, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin ; D. 2007, act. jurisp. p. 2532, NDLR X. Delpech ; *Rev. trim. dr. com.* 2008, 162, obs. D. Legeais.

parce qu'il aurait été tout à fait possible de distinguer nettement les hypothèses, selon que la garantie joue ou ne joue pas : paiement au cessionnaire avec restitution en cas d'excédant dans la première hypothèse ; caducité de la garantie et retour automatique dans le patrimoine du cédant dans la seconde. En sens inverse toutefois, la solution consacrée protège le débiteur cédé²⁸ sans altérer la protection du banquier. Aussi peut-on finalement approuver l'arrêt du 9 février 2010.

Responsabilité – Banquier dispensateur de crédit – Devoir de mise en garde – Prescription de l'action en responsabilité – Point de départ.

Cass. com. 26 janvier 2010, arrêt n° 35 FS-P+B, pourvoi n° R 08-18. 354, Jolly et a. c. Crédit Foncier de France et a., JCP 2010, éd. E, 1153, note D. Legeais et éd. G, 354, note A. Gourio, D. 2010, act. jurisp. p. 578, NDLR V. Avena-Robardet et p. 934, note J. Lasserre Capdeville

« Mais attendu que la prescription d'une action en responsabilité court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance ; que le dommage résultant d'un manquement à l'obligation de mise en garde consistant en une perte de chance de ne pas contracter se manifeste dès l'octroi des crédits ; qu'ayant ainsi retenu que l'inexécution alléguée s'était manifestée, à la date de conclusion des contrats, la cour d'appel en a exactement déduit que l'action engagée en février 2004 à l'encontre des banques par les consorts Savouret était prescrite. »

Le temps joue désormais contre les clients. Tout d'abord parce que le délai de prescription des actions visées par le Code de commerce est passé, depuis 2008²⁹, de 10³⁰ à 5 ans³¹. Ensuite parce que la jurisprudence est stricte quant au point de départ des délais de prescription³².

Dans un arrêt du 9 juillet 2009³³, le client, qui reprochait à sa banque de lui avoir consenti des crédits et de ne pas lui avoir proposé d'assurance perte d'emploi, avait tenté de situer ce point de départ, non à la date d'octroi des crédits ou des premières difficultés de paiement, mais à celle de la moins-value subie lors de la vente de l'immeuble réalisée à l'initiative du créancier. À juste titre, ce point de départ du délai de prescription avait été écarté par les juges du fond, la première chambre civile de la Cour de cassation énonçant, dans son arrêt du 9 juillet 2009, que « la prescription d'une action en responsabilité court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance » : ce même motif est repris par la chambre

commerciale dans son arrêt du 26 janvier 2010.

En l'espèce, il s'agissait d'une action en réparation du dommage résultant d'un manquement au devoir de mise en garde. Le client prétendait que le point de départ du délai n'était pas le jour où le manquement avait été commis, « mais le jour où le dommage qui en est résulté pour le client, ou l'aggravation de ce dommage, se sont manifestés ». Cette prétention est écartée par la chambre commerciale qui approuve les juges du fond d'avoir retenu la date de l'inexécution alléguée. Cette décision, qui confirme l'analyse selon laquelle le dommage né du défaut de mise en garde réside en la perte d'une chance³⁴, mérite une pleine approbation.

On pourrait, il est vrai, hésiter à adhérer à cette solution³⁵ car on pourrait penser que le dommage n'apparaît que lors des premières difficultés de remboursement. Mais celles-ci ne sont que la traduction matérielle d'un dommage qui s'est réalisé dès l'octroi du crédit puisque le manquement consistant dans le défaut de mise en garde est contemporain à la décision d'octroi du crédit en raison même de son objectif qui est d'attirer l'attention du client sur l'importance de l'endettement qui résulterait du prêt sollicité, de l'alerter de l'importance du risque encouru. Aussi est-ce bien à la date de l'inexécution de ce devoir qu'il convient de fixer la date de réalisation du dommage, et donc de retenir cette date comme point de départ du délai de prescription à moins que le client puisse prouver – cette hypothèse est expressément envisagée par la jurisprudence – qu'il a eu connaissance du dommage seulement postérieurement. Mais on voit mal comment ce tempérament pourra être appliqué à propos du devoir de mise en garde, sauf à confondre la connaissance du dommage et la prise de conscience du client³⁶. ■

28. Rapprocher X. Delpech, NDLR sous Cass. com. 9 février 2010, D. 2010, p. 578-579.

29. Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.

30. Art. L. 110-4 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 17 juin 2008.

31. Art. L. 110-4 du Code de commerce dans sa rédaction de la loi du 17 juin 2008.

32. Cf. nouvel article 2224, Code civil : « Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer » ; ancien article 2270-1, Code civil : « Les actions en responsabilité civiles extracontractuelles se prescrivent par dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation ».

33. Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2009, Banque et droit n° 128, novembre-décembre 2009, 37, obs. Th. Bonneau ; JCP 2009, éd. G, 154, obs. L. Dumoulin ; Rev. trim. dr. com., 2009, 794, obs. D. Legeais.

34. Com. 20 octobre 2009, Banque et droit n° 129, janvier-février 2010, 20, obs.

Th. Bonneau ; JCP 2009, éd. G, 422, obs. L. Dumoulin, éd. G, 482, note S. Piedelièvre et éd. E, 2053, note D. Legeais ; RDBF janvier-février 2010., 39, obs. D. Legeais D. 2009, p. 2607, obs. X. Delpech et p. 2971, note D. Houtchief ; Revue Banque n° 721, février 2010, note J.-L. Guillot et P.-Y. Bérard.

35. V. les réserves de J. Lasserre Capdeville, note au D. 2010, p. 934 et s.

36. V. Dumoulin, note préc. sous Cass. Civ. 1^{re}, 9 juillet 2009. Comparer D. Legeais, note sous Cass. com. 26 janvier 2010, JCP 2010, éd. E, 1153, qui souligne que « l'emprunteur ne peut prendre conscience d'un manquement au devoir de mise en garde qu'au jour de sa première échéance impayée » et qui considère que l'on pourrait retarder le point de départ du délai de prescription au jour de la première échéance impayée.