

CHRONIQUE

DROIT BANCAIRE



THIERRY BONNEAU

Professeur à l'Université Paris II (Panthéon-Assas)
Professeur associé à l'Université de Luxembourg

Commission bancaire – Procédure disciplinaire – Sanctions assimilables à des sanctions pénales – Défaut d'indépendance et d'impartialité.

CEDH, 5^e sect. 11 juin 2009, requête n° 5242/04, affaire Dubus SA c. France

- La Commission bancaire, lorsqu'elle inflige la sanction d'un blâme, doit être regardée comme un « tribunal » au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ;
- le blâme a une « coloration pénale » dès lors qu'elle fait partie des sanctions prononçables telles que la radiation et la sanction pécuniaire qui, en raison de leurs conséquences financières importantes, peuvent être qualifiées de sanctions pénales ;
- la procédure disciplinaire devant la Commission bancaire n'est pas conforme aux dispositions de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

À un moment où l'on s'interroge sur l'avenir de certaines autorités comme la Commission bancaire et le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, leur fusion étant envisagée¹, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu, le 11 juin 2009, une décision dont il devra être tenu compte, que l'on se contente de réformer la Commission bancaire ou que l'on crée une autorité de supervision résultant de la fusion d'autorités existantes. La décision, qui prend le contre-pied de celle du Conseil d'État en date du 30 juillet 2003², est importante car c'est, à notre connaissance, la première fois que la Cour prend position sur la procédure disciplinaire devant la Commission bancaire. Elle présente un double intérêt.

D'une part, la Commission bancaire, qui est en droit interne qualifiée de juridiction administrative lorsqu'elle statue en matière disciplinaire³, est considérée, au regard

de la Convention européenne, comme un tribunal décidant « du bien-fondé d'accusation en matière pénale »⁴. Cette appréciation, qui rejoint celle que l'on retient habituellement à propos des autorités financières comme l'AMF⁵, repose sur les critères habituellement retenus par la Cour⁶ : la qualification juridique de l'infraction en droit interne, la nature même de l'infraction et le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé. Il est ici inutile d'insister sur ces critères alors qu'il est important de souligner l'appréciation selon laquelle le blâme a une « coloration pénale » dès lors que la personne poursuivie peut encourir la radiation et/ou une sanction pécuniaire « au plus égale au capital minimum auquel est astreinte la personne morale sanctionnée », sanctions qui, en raison de l'importance de leurs conséquences financières, peuvent « être qualifiées de sanctions pénales »⁷. Cette appréciation n'étonnera pas ceux qui pensent que les sanctions prononcées par les autorités financières sont, au moins pour certaines d'entre elles, des sanctions pénales qui ne disent pas leur nom.

D'autre part, la Cour considère que la procédure disciplinaire devant la Commission bancaire ne répond pas aux exigences d'indépendance et d'impartialité posées par l'article 6 § 1 de la convention. Son raisonnement s'articule en deux temps. Après avoir souligné « l'imprécision des textes » – « il ne ressort pas du CMF, ni d'un éventuel règlement intérieur, de distinction claire entre les fonctions de poursuite, d'instruction et de sanction dans l'exercice du pouvoir juridictionnel de la Commission bancaire »⁸ –, la Cour met en lumière le flou entourant les actes accomplis dans l'espèce dont elle est saisie : « la décision de poursuivre et d'ouvrir une procédure à l'encontre de la requérante fut prise par

1. Cf. B. Deletré, « Rapport de la mission de réflexion et de propositions sur l'organisation et le fonctionnement de la supervision des activités financières en France », janvier 2009.
2. CE, 30 juillet 2003, Société Dubus SA, Req. 240 884 : voir M. Guyomar, Respect du principe d'impartialité et fonctionnement de la Commission bancaire, *Petites affiches* n° 37, 20 février 2004. 3.
3. Art. L 613-21, I, Code monétaire et financier.

4. Art. 6, § 1, Convention européenne des droits de l'homme.

5. CE, 4 février 2005, 6^e et 1^{er} ss-sect. n° 269001, Sté GSD Gestions, Dr. sociétés novembre 2005, n° 197, note Th. Bonneau ; *Revue AMF* n° 14, mai 2005. 77 ; Banque et droit n° 101, mai-juin 2005. 44, obs. H. de Vauplane et J.-J. Daigre ; *Les Petites Affiches* n° 82, 26 avril 2005. 5, concl. M. Guyomar ; *Bull. Joly bourse* mai-juin 2005 § 76 p 227, note N. Decoopman ; *Rev. trim. dr. com.* 2005. 384, obs. N. Rontchevsky ; CE, 27 octobre 2006, 6^e ss-sect. n° 276069, 277 198, 277 460, Dr. sociétés mars 2007, n° 55, note Th. Bonneau ; *JCP* 2007, 1218, n° 30, obs. B. Dondero.

6. CEDH, 11 juin 2009, préc. § 36.

7. CEDH, 11 juin 2009, préc. § 37.

8. CEDH, 11 juin 2009, préc. § 57.

procès-verbal du 28 septembre 2000 par le secrétaire général de la Commission bancaire tandis que la notification des griefs à son égard incombait à la Commission bancaire en la personne de son président le 24 novembre 2000... Quant à l'instruction de l'affaire, la Cour constate qu'elle n'est pas dévolue à une personne précise »⁹. D'où l'avis de la Cour selon lequel « la société requérante pouvait raisonnablement avoir l'impression que ce sont les mêmes personnes qui l'ont poursuivie et jugée »¹⁰. Auquel elle a ajouté des observations sur la saisine d'office de la Commission bancaire¹¹ – la Cour « croit nécessaire d'encadrer plus précisément le pouvoir de se saisir d'office de manière à ce que soit effacée l'impression que la culpabilité de la requérante a été établie dès le stade de l'ouverture de la procédure »¹² – et sur la confusion qui résulte du rôle du secrétaire général de la Commission bancaire, avant de conclure : « En résumé, la Cour n'est pas convaincue par l'affirmation du Gouvernement sur l'existence d'une séparation organique au sein de la Commission bancaire. Elle estime que la requérante pouvait nourrir des doutes objectivement fondés quant à l'indépendance et l'impartialité de la Commission du fait de l'absence de distinction claire entre ses différentes fonctions ».

Compte courant – Découvert – Dénonciation – Intérêts contractuels – Paiement des chèques.

Cass. com. 7 avril 2009, arrêt n° 329 F-D, pourvoi n° W 08-15.484, Crédit du Nord c. société Affipige

- La dénonciation de l'autorisation de découvert n'emporte pas dénonciation de la convention de compte courant ;
- la banque n'est pas obligée de payer les chèques dès lors que leur montant conduit au dépassement du découvert autorisé.

Quelles sont les conséquences de la dénonciation, par le banquier, de l'autorisation de découvert qu'il avait accordée à son client ? L'arrêt rendu le 7 avril 2009 par la Cour de cassation aborde certaines d'entre elles en rappelant des solutions bien acquises.

1) En matière d'intérêts, on sait que le taux conventionnel prend en principe fin avec le contrat de compte et qu'il convient d'appliquer le taux légal sauf si un accord est intervenu entre les parties pour maintenir, après la clôture du compte, les intérêts au taux conventionnel¹³. La clôture du compte ne saurait toutefois être confondue avec la dénonciation de l'autorisation de découvert : la première implique en effet la seconde alors que l'inverse n'est pas vrai. Si un banquier se contente de dénoncer l'autorisation de découvert qu'il a consentie, cette dénonciation n'emporte pas rupture de la convention de courant. Cette solution s'impose car l'autorisation de découvert est une convention distincte de la convention

de courant même si les deux conventions sont contenues dans le même instrumentum. C'est la raison pour laquelle nous approuvons la Cour de cassation qui censure un arrêt qui, pour écarter le taux contractuel au profit du taux d'intérêt légal, avait déduit la dénonciation d'une convention de compte courant, de courriers dénonçant seulement l'autorisation de découvert.

2) Si la dénonciation de l'autorisation de découvert, qui doit être effectuée conformément aux dispositions de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, est abusive, la banque doit accorder le concours interrompu et engage sa responsabilité si le client a subi un préjudice : la première doit donc payer les chèques émis par le second¹⁴. Cette obligation ne s'impose toutefois au banquier que dans les limites du montant de l'autorisation de découvert¹⁵ : cette solution n'est pas différente de celle qui s'impose en l'absence de toute rupture. Le banquier n'étant jamais obligé de payer des chèques dont le règlement conduirait à dépasser le montant autorisé, le non-paiement de tels chèques ne peut pas être reproché au banquier qui n'aurait pas respecté les dispositions de l'article L. 313-22 précité pour interrompre le concours financier qu'il avait accordé au client. La Cour de cassation le souligne dans son arrêt du 7 avril 2009 en reprochant aux juges du fond d'avoir retenu la responsabilité d'un banquier, pour ne pas avoir respecté un délai de préavis avant de dénoncer l'autorisation de découvert et refuser le paiement de chèques, sans avoir recherché si ce règlement n'aurait pas généré un découvert supérieur au montant du découvert moyen autorisé.

Compte bancaire – Saisie-attribution – Incidence du régime matrimonial – Séparation de biens.

Cass. civ. 1^{re}, 20 mai 2009, arrêt n° 561 FS-P+B, pourvoi n° M 08-12.922, Époux Grosdemange c. Caisse de crédit mutuel Semouse et Combeaute

Lorsque le créancier d'un époux marié sous le régime de la séparation des biens fait pratiquer une saisie sur un compte ouvert au nom de deux époux, il lui appartient d'identifier les fonds personnels de l'époux débiteur.

Les saisies de comptes bancaires subissent nécessairement l'incidence des régimes matrimoniaux auxquels sont soumis leurs titulaires¹⁶. Les règles ne sont d'ailleurs pas les mêmes selon que les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale ou sous le régime de la séparation des biens : dans le premier cas, il conviendra d'appliquer les articles 1402 et 1415 du Code civil alors que dans le second, les dis-

9. CEDH, 11 juin 2009, préc. § 59.

10. CEDH, 11 juin 2009, préc. § 60.

11. Sur la saisine d'office de la Commission bancaire, v. également, CE, 6^e et 1^{er} sous-sect. Réunies, 30 mai 2007, Req. n° 266737, Société Dubus Management SA, Banque et droit n° 116, novembre-décembre 2007, 26, obs. Th. Bonneau.

12. Ibid.

13. Cass. com., 17 mars 1981, Bull. civ. IV, n° 142, p. 111 ; Cass. civ. 1^{re}, 11 juillet 1984, Bull. civ. I, n° 229, p. 193 ; Cass. com., 29 janvier 1985, Bull. civ. IV, n° 38, p. 30 ; Cass. com., 11 juin 1991, Bull. civ. IV, n° 216, p. 152.

14. Cass. com., 3 décembre 1991, Banque, n° 529, juillet-août 1992, 734, obs. J-L. Rives-Lange ; Cass. com., 15 juillet 1992, RJDA 12/92, n° 1160, p. 930.

15. Sur le respect du montant du découvert autorisé, v. Cass. com. 30 mai 2000, Bull. civ. IV n° 110 p 98 : « Si la banque, sur laquelle un chèque a été émis, n'est pas tenue d'en payer le montant, lorsque le solde du compte tiré, supérieur à la provision du chèque lors de son émission, est devenu ensuite insuffisant à la suite de retraits ordonnés par le client titulaire du compte, il en est autrement lorsque la provision était constituée lors de l'émission grâce à une autorisation de découvert alors consentie au tireur, la révocation ultérieure de ce découvert ne pouvant préjudicier au bénéficiaire du chèque ».

16. V. S. Guinchard et T. Moussa (sous la direction de), « Droit et pratique des voies d'exécution », 2004, Dalloz, n° 921, 34.

positions de l'article 1538 du même Code ont seules vocation à jouer. Les juges du fond avaient pourtant appliqué les dispositions de l'article 1415 à une saisie sur un compte ouvert au nom des deux époux. Il était inévitable que la Cour de cassation casse leur décision dans son arrêt du 20 mai 2009.

Lorsque les époux sont communs en biens, la présomption de communauté prévue par l'article 1402 du Code civil conduit à considérer que les soldes des comptes sont saisissables par les créanciers. La jurisprudence considère toutefois, en se fondant sur les dispositions de l'article 1415 du Code civil – « chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres » – que les comptes joints alimentés par les revenus de chacun des époux ne sont pas saisissables, en cas de cautionnement et d'emprunt, lorsque les créanciers sont dans l'incapacité d'identifier les revenus de l'époux débiteur¹⁷.

La charge de la preuve pèse ainsi, dans le cadre du texte précité, sur les créanciers et non sur l'époux non débiteur. Les juges du fond, qui avaient appliqué l'article 1415, avaient pourtant décidé le contraire : « Qu'il appartenait donc à celui qui n'est tenu d'aucune solidarité avec le débiteur saisi d'établir que les sommes figurant au compte joint lui appartiennent et que Mme Grosdemange ne verse aux débats aucune pièce de nature à justifier que le compte, objet de la saisie, était alimenté par les revenus de chacun des époux ». Ce qui explique que la Cour de cassation ait visé, dans son arrêt, l'article 1315 du Code civil, étant toutefois observé que le renversement de la charge de la preuve n'est pas lié, dans l'arrêt précité, à l'article 1415 mais à l'article 1538 dont les alinéas 1 et 3 sont également visés par la Cour.

Il est vrai que l'alinéa 1 décide que « tant à l'égard de son conjoint que des tiers, un époux peut prouver par tous les moyens qu'il a la propriété exclusive d'un bien », ce qui fait peser la charge de la preuve sur l'époux non débiteur. Mais l'alinéa 3, selon lequel « les biens sur lesquels aucun des époux ne peut justifier d'une propriété exclusive sont réputés leur appartenir indivisément, à chacun pour moitié », instaure à son profit une présomption d'indivision. Aussi est-il certain que cette présomption dispense l'époux non débiteur de la preuve dans la limite indiquée par le texte et que la charge de la preuve pèse sur le créancier qui veut saisir intégralement un compte ouvert au nom de deux époux séparés de biens : il doit identifier les fonds personnels de l'époux débiteur¹⁸.

Prêt – Contrat réel – Cause – Remboursement par l'emprunteur.

Cass. com. 7 avril 2009, arrêt n° 353 FS-P+B, pourvoi n° T 08-12.192, Ranoux c. Caisse d'épargne et de prévoyance d'Auvergne et du Limousin, D. 2009, act. jurisp. 1203, NDLR V. Avena-Robardet

« Attendu que le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel ; que c'est dans l'obligation souscrite par le prêteur, que l'obligation de l'emprunteur trouve sa cause, dont l'existence, comme l'exactitude, doit être appréciée au moment de la conclusion du contrat. »

Classiquement, l'obligation de rembourser les fonds prêtés trouve sa cause dans la remise des fonds. On sait toutefois que la première chambre civile de la Cour de cassation¹⁹ a, en cas de pluralité d'emprunteurs, remis en cause cette solution, permettant aux co-emprunteurs de prouver que leur obligation de remboursement était sans justification parce qu'ils n'avaient pas tiré profit des fonds prêtés. Elle est cependant revenue sur cette solution dans son arrêt du 19 juin 2008²⁰ au motif que « le prêt consenti par un professionnel du crédit n'étant pas un contrat réel, c'est dans l'obligation souscrite par le prêteur que l'obligation de l'emprunteur trouve sa cause, dont l'existence, comme l'exactitude, doit être appréciée au moment de la conclusion du contrat » ; cette solution est également consacrée par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans son arrêt du 7 avril 2009²¹.

En raison du lien établi entre les obligations des parties, il a été souligné que la conception subjective de la cause, qui inclut les mobiles de l'emprunteur, était écartée et qu'était consacrée la conception objective de la cause qui réside uniquement dans la remise des fonds²². Cette opinion n'est toutefois pas partagée par tous les auteurs²³. Ces derniers font en effet observer qu'en raison de la référence faite par l'arrêt du 19 juin 2008 à l'existence et à l'exactitude de la cause, l'obligation souscrite par le prêteur ne doit pas être réduite à la seule remise des fonds et que la cause du prêt, analysée comme la contrepartie convenue²⁴, comprend également les motifs déterminants des parties « dès lors que ceux-ci ont été intégrés dans le champ contractuel par un accord exprès ou tacite des parties ». Cette analyse, qui donne lieu à quelques nuances, certains

17. Cass. civ. 1^{re}, 3 avril 2001, Rev. dr. bancaire et financier n° 159, juillet-août 2001, n° 159, obs. J.-M.D. ; Rev. trim. dr. civ. 2001. 943, obs. B. Vareille.

18. Dans le même sens, Cass. Civ. 2^e, 10 juillet 1996, Rev. trim. dr. civ. 1996. 990, obs. R. Perrot ; JCP 1997, éd. G, I, 4008, n° 19, obs. M. Storck ; Rev. dr. bancaire et de la bourse n° 59, janvier-février 1997. 25, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.

19. Cass. civ. 1^{re}, 5 juillet 2006, Bull. civ. I, n° 358, p. 307 ; Banque et droit, n° 110, novembre-décembre 2006. 22, obs. Th. Bonneau ; D. 2007 p. 50, note J. Ghéstin et pan. P. 759, obs. D. R. Martin ; Rev. trim. dr. com. 2006. 887, obs. D. Legeais.

20. Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2008, Banque et droit n° 121, septembre-octobre 2008. 28, obs. Th. Bonneau ; JCP 2008 éd. E, 1964, note D. Legeais et éd.G, 10150, note A. Constantin ; D. 2008, p. 2369, obs. P. Chauvin et C. Creton ; Contrats-Concurrence-Consommation, novembre 2008, n° 255, note L. Leveneur ; Rev. trim. dr. com. 2008. 2008. 602, obs. D. Legeais.

21. Dans cet arrêt, la Cour de cassation prend également position sur le devoir de mise en garde : « Mais attendu qu'ayant retenu, par motifs propres et adoptés, que M. Ranoux avait exercé de longue date une activité de pâtisseries-chocolaterie avant de céder la branche pâtisserie pour ne conserver que la branche chocolaterie, ce dont il résultait qu'à la date de l'octroi des crédits, il était un emprunteur averti et que la caisse n'était tenue d'aucun devoir de mise en garde à son égard dès lors qu'il n'était pas prétendu qu'elle aurait eu, sur les revenus de M. Ranoux, son patrimoine et ses facultés de remboursement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération, des informations que lui-même aurait ignorées, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

22. Legeais, note préc.

23. Constantin, note préc. ; Bonneau, note préc.

24. Constantin, note préc. ; Chauvin et Creton, note préc.

auteurs²⁵ réduisant la contrepartie convenue à l'objet de l'obligation souscrite par le prêteur, et donc à la remise des fonds, rejoint toutefois la conception objective de la cause en interdisant la mise en cause de la responsabilité du banquier au prétexte que les fonds prêtés n'ont pas profité à l'un des emprunteurs.

Ce rapprochement n'est pas sans limite. L'arrêt du 7 avril 2009 le montre, en effet, puisqu'il censure, pour violation des articles 1131 et 1134 du Code civil, une décision qui avait rejeté la demande tendant à l'annulation du prêt pour absence de cause au motif que « la cause du prêt réside dans la délivrance des fonds, laquelle a été réalisée ». Cette cassation confirme que les motifs des parties participent de la cause. Ils ne peuvent toutefois être pris en considération que s'ils sont entrés dans le champ contractuel, l'existence et l'exactitude de la cause s'appréciant au moment de la conclusion du contrat.

Prêt – Groupement de banques – Convention de sous-participation – Cession de créances.

Cass. com. 7 avril 2009, arrêt n° 352 FS-P+B, pourvoi n° W 07-18.970, Société Licorne gestion c. société MAAF assurance

« Mais attendu, en premier lieu, que s'il résulte de l'article 1591 du Code civil que le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties, ces dispositions n'imposent pas que l'acte porte lui-même indication du prix, mais seulement que ce prix soit déterminable ; que tel est le cas lorsqu'il est lié à la survenance d'un événement futur ne dépendant pas de la seule volonté de l'une des parties ni d'accords ultérieurs entre elles ; que l'arrêt qui relève que le prix de cession des créances cédées est subordonné au montant des créances recouvrées, et qu'un acompte de 210 millions de francs était payable à la signature de l'acte, retient exactement que le prix est déterminable, pour partie au moment de la cession, et pour partie au fur et à mesure du recouvrement des créances. »

L'arrêt du 7 avril 2009 présente un double intérêt.

Un intérêt factuel car il concerne une sous-participation²⁶ qui donne lieu à peu de jurisprudence. On peut toutefois regretter l'éclectisme de l'arrêt qui omet de mentionner le caractère occulte du groupement bancaire qui a repris le crédit consenti par la société Licorne gestion à la société Summersun alors même que celui-ci explique que ce soit la société Licorne gestion qui ait déclaré la créance de prêt à la « faillite » de la société Summersun. Le litige à l'origine de l'arrêt commenté n'oppose cependant pas la banque Stern à la société Licorne gestion, mais cette dernière à la société MAAF assurances qui a acquis, de la banque Sterne, des droits sur la créance de prêt consenti à la société Summersun.

Un intérêt juridique sur le terrain du prix de la cession de créances de la banque Stern à la société MAAF : le prix était subordonné au montant des créances recou-

vrées, un acompte de 210 millions de francs ayant été payé à la signature de l'acte. Les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation dans son arrêt du 7 avril 2009, en avaient déduit que le prix était déterminable, pour partie au moment de la cession, et pour partie au fur et à mesure du recouvrement des créances, et que la cession était valable. Ce qui n'est pas étonnant²⁷ puisque, comme le rappelle la Cour, « s'il résulte de l'article 1591 du Code civil que le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties, ces dispositions n'imposent pas que l'acte porte lui-même indication du prix, mais seulement que ce prix soit déterminable ; que tel est le cas lorsqu'il est lié à la survenance d'un événement futur ne dépendant pas de la seule volonté de l'une des parties ni d'accords ultérieurs entre elles ». Or, il en est ainsi lorsque le prix dépend de la rentabilité de la chose²⁸ ou encore, comme en l'espèce, du montant de créances recouvrées auprès de débiteurs cédés.

Prêt participatif – Qualification – Bénéficiaires – Personnes physiques non commerçantes.

Cass. com. 7 avril 2009, arrêt n° 327 F-D, pourvoi n° P 08-11.360, Le Crédit Lyonnais c. époux Ventrin

« Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt relève qu'il s'agit d'un prêt à long terme, comportant un différé d'amortissement de trois ans et un taux d'intérêts très faible (1 % hors assurance) permettant la souscription d'un prêt complémentaire, qu'il est destiné à la création d'une entreprise, et qu'enfin il supplée à l'absence de fonds propres, permettant ainsi le lancement et l'exercice de l'activité créée par l'emprunteur ; qu'il en résulte que la cour d'appel a procédé à la recherche de l'intention commune de la volonté des parties et a, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, retenu que le prêt en cause constituait un prêt participatif ; Attendu, en second lieu, qu'après avoir relevé qu'il n'était pas établi que M. et Mme Ventrin aient été commerçants, et avoir retenu que, ne pouvant avoir contracté ce prêt participatif, ils ne pouvaient pas en être bénéficiaires, la cour appel a fait ainsi ressortir que seule la société AABC, pouvant en être bénéficiaire, était débitrice de son remboursement ; qu'il en résulte que la garantie prise sur le patrimoine d'un tiers à l'entreprise industrielle ou commerciale bénéficiaire du prêt ne pouvant exclure la qualification de prêt participatif, la cour d'appel a légalement justifié sa décision. »

L'article L. 313-13 du Code monétaire et financier réserve les prêts participatifs aux entreprises artisanales, industrielles et commerciales. La formule est maladroite car l'entreprise n'est pas un sujet de droit. Elle implique toutefois sans aucune discussion possible que des personnes physiques qui ne sont ni artisans ni commerçants ne peuvent être ni les bénéficiaires ni les débiteurs des prêts participatifs.

25. Chauvin et Creton, note préc.

26. Sur les sous-participations, v. Y. Zein, Les pools bancaires, Aspects juridiques, préf. Ch. Larroumet, *Economica* 1998, n° 6, n° 860 et s.

27. Sur le prix déterminable, v. not. F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, « Contrats civils et commerciaux », 8^e éd. 2007, Dalloz, n° 145.

28. Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 1988, D. 1989, 89, note Ph. Malaurie. V. également, Ph. Malaurie, L. Aynès et P-Y. Gautier, « Les contrats spéciaux », 3^e éd. 2007, Defrénois, n° 211.

La Cour de cassation l'a reconnu dans des arrêts du 7 mars 1995²⁹ et 18 juin 2002³⁰. Elle le souligne également dans son arrêt du 7 avril 2009 lorsqu'elle rappelle que les juges du fond, qui ont débouté la banque de leur demande en remboursement du solde d'un prêt accordé en vue de la création d'une société, ont relevé « qu'il n'était pas établi que M. et Mme Ventrin aient été commerçants ». Aussi est-il logique d'en déduire, dans le même temps, que seule la société qui a été créée et dont l'activité a pu être lancée grâce au prêt peut en être la bénéficiaire et le débiteur. Mais cette logique peut conduire éventuellement le banquier dans une impasse. Car si le prêt a été consenti pendant la période constitutive et n'a pas été repris par la société conformément aux règles du droit des sociétés, le risque est que la société n'en soit pas plus la débitrice, les procédures de reprise étant « limitatives » et la Cour de cassation ayant « condamné toute reprise implicite »³¹.

L'arrêt du 7 avril 2009 ne se contente pas de rappeler une solution acquise quant au cercle des bénéficiaires et des débiteurs des prêts participatifs. Il prend également position – ce qui semble nouveau – sur les éléments qui permettent de qualifier un prêt en un prêt participatif. Cela de deux façons. Positivement lorsque l'arrêt mentionne les caractéristiques des prêts participatifs : leur longue durée, le faible intérêt servi et sa fonction qui est de permettre la création d'une entreprise et de suppléer l'absence de fonds propres. Ces éléments ne sont pas sans pertinence puisque, selon l'article L. 313-14, alinéa 2, du Code monétaire et financier, les prêts participatifs sont, « au regard de l'appréciation financière des entreprises qui en bénéficient, assimilés à des fonds propres », lesquels se caractérisent par leur stabilité au sein de l'entreprise³². Négativement lorsque l'arrêt indique que les garanties prises sur le patrimoine d'un tiers à l'entreprise bénéficiaire du prêt ne peut pas exclure la qualification : cette appréciation est exacte puisque les prêts participatifs peuvent faire l'objet de garanties consenties par des tiers aux débiteurs, comme par exemple un cautionnement³³ ou un nantissement de parts sociales. En revanche, le prêteur ne peut pas bénéficier de sûretés sur un bien de l'entreprise débitrice. Cette solution n'est pas expressément formulée par le Code monétaire et financier, mais elle résulte nécessairement de la règle selon laquelle les prêts participatifs ne sont remboursés, en cas de procédures collectives, qu'après désintéressement complet de tous les autres créanciers privilégiés ou chirographaires³⁴.

Cette dernière règle, qui formule une clause de subordination, n'est pas propre aux prêts participatifs : de telles clauses caractérisent les apports en compte courant, qui

ne sont pas autre chose que des prêts consentis par les associés à la société dont ils sont membres, et certaines valeurs mobilières telles que les titres participatifs³⁵ et les titres subordonnés³⁶. Et elles peuvent être insérées dans des prêts bancaires sans que cela implique forcément qu'il s'agisse de prêts participatifs. Toutefois, en l'occurrence, le prêt litigieux était intitulé « prêt participatif » et s'inscrivait dans le cadre d'un accord salarial pour l'emploi relatif à la création ou à la reprise d'entreprise. Aussi ces circonstances militaient en faveur de la qualification consacrée par l'arrêt commenté, étant observé que la Cour de cassation ne les vise pas dans la motivation justifiant le rejet du pourvoi, préférant à juste titre mettre en avant les éléments et la finalité du prêt pour fonder la qualification de prêt participatif.

Responsabilité – Emprunteurs profanes et avertis – Devoir de mise en garde.

Cass. civ. 1^{re}, 30 avril 2009, arrêt n° 486 FS-P+B+I, pourvoi n° Y 07-18. 334, Jaspard c. Le Crédit Lyonnais, J.C.P. 2009, act. 256, obs. L. Dumoulin, D. 2009, act. jurisp. p 1351, NDLR V. Avena-Robardet

« Qu'en se déterminant ainsi, alors que la banque qui consent un prêt à un emprunteur non averti est tenue à son égard, lors de la conclusion du contrat, d'un devoir de mise en garde en considération de ses capacités financières et des risques de l'endettement né de l'octroi du prêt, dont elle ne peut être dispensée par la présence au côté de l'emprunteur d'une personne avertie, peu important qu'elle soit tiers ou partie, la cour d'appel a violé, par fausse application » l'article 1147 du Code civil.

Il n'est pas rare qu'un crédit soit contracté par plusieurs emprunteurs dont l'un est averti alors que l'autre est profane. Dans une telle hypothèse, il est tentant de considérer que le banquier est dispensé de son devoir de mise en garde, le co-emprunteur profane pouvant être éclairé par le co-emprunteur averti. Cette prétention avait trouvé écho auprès de la cour d'appel de Versailles puisqu'elle avait considéré, dans un arrêt du 7 juin 2007, « que, bénéficiant lors de l'octroi des prêts litigieux de l'assistance de M. Fruchon, présenté comme exerçant les activités ou profession de conseil ou consultant financier, Mme Jaspard était en mesure d'obtenir de celui-ci toutes les informations utiles à l'appréciation de l'opportunité et de la portée de l'engagement qu'elle contractait, de sorte qu'à supposer qu'elle n'ait pas disposé elle-même des compétences nécessaires pour porter seule une telle appréciation, elle ne pouvait se présenter comme une emprunteuse profane, partant rechercher la responsabilité du Crédit Lyonnais pour avoir manqué au devoir de mise en garde auquel celui-ci n'était pas tenu à son égard ». Mais sa décision est censurée par la première chambre civile de la Cour de cassation dans l'un de ses arrêts du 30 avril 2009.

À juste titre selon nous. Tout d'abord parce que même si l'emprunteur peut bénéficier des conseils d'une personne avertie, on ne peut être sûre ni de la qualité ni de la pertinence de la mise en garde. Ensuite parce que l'obliga-

29. Cass. Com. 7 mars 1995, Bull. civ. IV n° 72 p 67; Dr.sociétés juillet-août 1995, n° 130, note Th. Bonneau; Bull.joly 1995 § 182 p. 519, note A. Couret; *Quotidien juridique* n° 39, 16 mai 1995.2; *Rev.soc.* 1995.703, note J.-F. Barbiéri.

30. Cass. Com., 18 juin 2002, *Banque et droit*, novembre-décembre 2002. 54, obs. Th. Bonneau.

31. Ph. Merle, « Droit commercial, Sociétés commerciales », 12^e éd. 2008, Dalloz, n° 78 p. 112; M. Germain et V. Magnier, « Traité de droit commercial », T 1, vol. 2, LGDJ, 19^e éd. 2009, n° 1059.

32. V. Th. Bonneau, La diversification des valeurs mobilières : ses implications en droit des sociétés, *Rev.trim.dr.com.* 1988. 535, spéc. n° 41 et s.

33. V. Th. Bonneau, « Droit bancaire », 8^e éd. 2009, Montchrestien, n° 529.

34. Art. L 313-15, Code monétaire et financier.

35. Art. L 228-36, Code de commerce.

36. Art. L 228-97, Code de commerce.

tion de mise en garde est une obligation personnelle au banquier. Cette obligation n'est pas à la charge des personnes agissant ou intervenant avec l'emprunteur profane, mais uniquement à la charge du banquier. Aussi ce dernier ne peut-il pas être dispensé de son obligation au prétexte qu'une personne avertie est intervenue auprès de l'emprunteur profane.

Responsabilité – Emprunteurs profanes et avertis – Devoir de mise en garde. Information lors de la remise d'effet de commerce – Devoir de non-immixtion.

Cass. civ. 1^{re}, 30 avril 2009, arrêt n° 500 F-D, pourvoi n° S 08-13, Carro et a. c. Société Banque Sofinco
Cass. com. 12 mai 2009, arrêt n° 452 F-D, pourvoi n° V 08-15.253, Gutierrez-Flores c. Société générale

- « *Qu'en se déterminant ainsi sans préciser si M. Carro et Mme Panaget étaient des emprunteurs non avertis et, dans l'affirmative, si, conformément au devoir de mise en garde auquel il était tenu envers l'un et l'autre lors de la conclusion du contrat, le prêteur justifiait avoir satisfait à cette obligation au regard de leurs capacités financières et des risques de l'endettement né de l'octroi du prêt, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* » (arrêt du 30 avril 2009) ;
- « *mais attendu que l'arrêt retient que l'ouverture de crédit de 800 euros n'était pas disproportionnée aux revenus de M. Gutierrez-Flores, et que le concours supplémentaire exceptionnel du 22 novembre 2001 ne lui a été octroyé par la banque qu'en prévision de l'encaissement prochain d'effets de commerce qui venaient de lui être remis, qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision, peu important qu'elle n'ait pas précisé qu'elle considérait M. Gutierrez-Flores comme un emprunteur non averti* » (arrêt du 12 mai 2009) ;
- « *mais attendu que l'arrêt retient, par motifs adoptés, qu'il appartenait à M. Gutierrez-Flores, qui, quoique n'ayant pas la qualité de commerçant, intervenait dans le cadre de son activité professionnelle et était habitué à effectuer des prestations pour le compte de sociétés, de s'informer sur les effets de commerce avant d'accepter ce mode de paiement ; qu'il retient encore, par motifs propres, qu'il n'appartenait pas à la banque, sauf à s'immiscer dans les affaires de son client, de le dissuader de se faire remettre des effets de commerce en paiement de ses travaux et de l'inciter à se faire payer par d'autres moyens ; que par ces constatations et appréciations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* » (arrêt du 12 mai 2009).

Dans son arrêt du 30 avril 2009³⁷, la première chambre de la Cour de cassation a suivi une démarche conforme à celle des arrêts de la chambre mixte en date du 29 juin 2007³⁸ :

37. Dans le même sens, Cass. civ. 1^{re}, 18 septembre 2008, Banque et droit n° 122, novembre-décembre 2008. 21, obs. Th. Bonneau ; Cass. civ. 1^{re}, 16 octobre 2008, arrêt n° 972 F-D, pourvoi n° G 07-15.836, Pahon c. société des paiements Pass.

38. Cass. Chr. mixte, 29 juin 2007, Bull. civ. n° 7 et 8 p. 18 et s. ; Banque et droit, n° 115, septembre-octobre 2007. 31, obs. Th. Bonneau ; JCP 2007, éd. G, 324, obs. B. Parente et II, 10146, note A. Gourio ; D. 2007, act. jurispr. p. 1950, obs. V. Avena-Robardet et p. 2081, note S. Piedelièvre ; D. 2008, pan. p. 878, obs. D.R. Martin ; JCP 2007, éd. E, 2105, note D. Legeais et 2377, n° 33, obs. H. Causse ; Banque n° 695, octobre 2007. 77, obs. J.-L. Guillot et S. Fayner ; Rev. dr. bancaire et financier n° 5, septembre-octobre 2007. 42, obs. F.J. Crédot et Th. Samin ; Rev. trim. dr. com. 2007. 579, obs. D. Legeais. Adde, S. Hocquet-Berg, Les fournisseurs de crédit à nouveau mis en garde !, Responsabilité civile et assurances, septembre 2007, Etudes 15.

la détermination de la qualité de l'emprunteur – est-il profane ou averti – est un préalable au contrôle du respect du devoir de mise en garde. La chambre commerciale, dans son arrêt du 12 mai 2009, paraît s'écarter de cette démarche puisqu'elle souligne qu'il importait peu que les juges du fond aient précisé si l'emprunteur était non averti. On doit toutefois relever qu'il n'existait, en l'espèce, aucun risque d'endettement excessif de sorte que la question de la mise en œuvre du devoir de mise en garde ne se posait pas. Par ailleurs, comme la chambre commerciale a adopté la démarche de la chambre mixte par un arrêt P du 11 décembre 2007³⁹, on peut penser que l'arrêt du 12 mai 2009, qui est seulement un arrêt D, ne remet pas en cause cette adhésion.

L'arrêt du 19 mai 2009 attire encore l'attention en ce qui concerne l'encaissement des effets de commerce. En l'espèce, un professionnel avait reçu en paiement deux effets et les avait remis à sa banque qui, dans un premier temps, en avait porté le montant au crédit de son compte avant, dans un second temps, d'en opérer la contre-passation, les effets étant revenus impayés. Le remettant a prétendu, pour faire obstacle au paiement du solde débiteur de son compte, que le banquier aurait dû l'informer sur les conséquences d'un paiement effectué au moyen d'un effet de commerce. Mais les juges du fond ont rejeté sa prétention, la Cour de cassation confirmant leur décision en s'appuyant sur l'obligation pour le professionnel de s'informer et sur le devoir de non-immixtion du banquier, ce qui n'est guère étonnant.

En effet, d'une part, l'acceptation d'un moyen de paiement par un professionnel ressort de ses relations contractuelles avec son débiteur et intervient à un moment où le banquier n'est pas encore saisi d'une demande d'encaissement. Aussi est-il logique de considérer qu'il revient au professionnel de s'informer, d'autant qu'en tant que professionnel, il est habitué à recevoir des paiements et qu'il lui revient de vérifier la fiabilité du moyen qu'il reçoit. D'autre part, le banquier est extérieur à la relation pouvant exister entre son client et le débiteur de celui-ci et n'a pas à s'immiscer dans les affaires de son client. Le devoir de non-ingérence, qui se traduit en l'occurrence par l'absence d'obligation d'orienter le client en ce qui concerne le choix des moyens de paiement à utiliser dans son activité professionnelle, est classique et n'appelle guère de commentaire, sauf à rappeler que le banquier n'est pas plus juge de l'opportunité des moyens de paiement que de l'opportunité des crédits sollicités par ses clients⁴⁰. ■

39. Cass. com. 11 décembre 2007, Banque et droit n° 118, mars-avril 2008. 17, obs. Th. Bonneau.

40. V. Bonneau, Droit bancaire, n° 405.