

CHRONIQUE

DROIT BANCAIRE



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

Billet à ordre – Contrepassation – Perte du recours contre le donneur d'aval.

Cass. com. 30 septembre 2008, arrêt n° 932 F-D, Pierlot c. Le Crédit Lyonnais

« Attendu qu'en statuant ainsi, alors que faute de convention, la banque avait, du fait de l'inscription, avant le jugement d'ouverture de la procédure collective de la société SEBC, du montant du billet litigieux au débit du compte courant, laquelle valait paiement, perdu la possibilité d'exercer son recours contre l'avaliste, la cour d'appel a violé » les articles 1134 et 1234 du Code civil.

La solution est classique: la contrepassation d'un effet de commerce revenu impayé vaut paiement et prive ainsi, en raison de l'effet novatoire de l'entrée en compte courant, le banquier de tous ses droits sur les effets contrepassés, et donc de la possibilité d'exercer ses recours cambiars, en particulier contre les avalistes¹. La Cour de cassation le rappelle dans son arrêt du 30 septembre 2008 à propos d'un billet à ordre dont le montant, qui correspondait à un crédit de trésorerie, avait été inscrit au débit du compte de la société souscriptrice du billet; cette entrée en compte valait paiement et faisait perdre à la banque son recours cambiaire contre le gérant qui avait avalisé le billet à ordre.

On le sait toutefois, cette solution n'est pas absolue. Elle ne vaut que lorsque la contrepassation est réalisée avant le jugement d'ouverture d'une procédure collective du remettant de l'effet de commerce. Si elle l'est après, elle ne vaut plus paiement et le banquier conserve ses recours cambiars. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation rappelle, pour casser la décision qui avait nié l'effet novatoire de l'entrée en compte, que la contrepassation était intervenue avant le jugement d'ouverture de la procédure collective du souscripteur du billet à ordre.

On doit encore observer que l'arrêt commenté réserve la convention contraire. Cette réserve peut être a priori admise. Elle nous paraît cependant guère compatible avec le mécanisme du compte courant puisqu'elle implique la faculté de priver l'entrée en compte d'effet novatoire alors que celui-ci est au cœur du mécanisme du compte courant.

1. Sur cette jurisprudence, v. Th. Bonneau, *Droit bancaire*, 7^e éd. 2007, Montchrestien, n° 386 et s.

Chèque sans provision – Information à délivrer avant de refuser le paiement.

Cass. com. 30 septembre 2008, arrêt n° 927 F-D, Singh-Nara c. Caisse d'épargne et de prévoyance Ile-de-France

« Attendu qu'en se déterminant par des motifs impropres à justifier qu'un avertissement précis visant chacun des chèques avait été adressé à Mme Singh-Nara préalablement à leur rejet, la juridiction de proximité n'a pas de base légale à sa décision » au regard de l'article L 131-73 du Code monétaire et financier.

Le refus de payer un chèque sans provision ne peut intervenir qu'après une information du titulaire du compte des conséquences du défaut de provision. Cette information, qui est prévue par l'article L 131-73 du Code monétaire et financier, doit être spéciale et préalable, en ce sens qu'elle doit être liée au refus que le banquier envisage d'opposer: une information donnée lors de l'ouverture du compte, indépendamment de tout incident de paiement, est ainsi insuffisante². Et s'il y a plusieurs chèques, chaque titre doit faire l'objet d'un avertissement précis comme l'indique la Cour de cassation dans son arrêt du 30 septembre 2008.

Cette solution n'est pas sans conséquences. Tout d'abord pour les juges qui ne peuvent pas se borner à retenir « qu'il ressort des documents informatiques communiqués par la banque que celle-ci a informé » son client « du rejet des chèques dans des conditions conformes à l'article L 131-73 du Code monétaire et financier ». Ensuite pour les banques qui doivent conserver la preuve des avertissements relatifs à chaque chèque rejeté pour défaut de provision.

Virement – Ordre non signé par le client – Banquier dépositaire – Restitution des fonds.

Cass. com. 16 septembre 2008, arrêt n° 850 F-D, Grisard c. Caisse régionale de Crédit agricole mutuel centre Est

« Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il appartient au banquier, dépositaire des fonds que lui a confiés son client et qui, à ce titre, a l'obligation de ne les restituer qu'à celui

2. Cass. com. 31 mai 2005, Banque et droit n° 103, septembre-octobre 2005, 68, obs. Th. Bonneau; D. 2005, act. jurisp. 1693, obs. X. Delepch; Cass. com. 14 mars 2006, Banque et droit n° 108, juillet-août 2006, 59, obs. Th. Bonneau.

qui les lui a confiés ou, conformément aux indications de paiement de ce dernier, d'établir, en cas de contestation, qu'il a reçu du déposant l'ordre d'effectuer le virement contesté, la cour d'appel a violé » l'article 1937 du Code civil.

Le litige est classique : une banque a exécuté des opérations et des ordres de virement revêtus d'une signature qui n'était pas de la main du client, titulaire des comptes liquidés et déposants des fonds ; la signature était entièrement fautive. La solution consacrée par la Cour de cassation dans son arrêt du 16 septembre 2008 ne l'est pas moins. Car, on le sait, en effectuant un paiement à partir d'un ordre entièrement faux, la banque ne se dégage pas de son obligation de restitution ; le paiement n'est pas libératoire : c'est une application des articles 1239 et 1937 du Code civil³. Aussi n'est-il pas étonnant que, dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation ait visé l'article 1937 du Code civil et reproché aux juges du fond de l'avoir violé en écartant la responsabilité de la banque au motif que celle-ci n'avait commis aucune faute, la fautive signature étant difficile à déceler.

Compte – Encaissement de chèques falsifiés – Anomalies ou irrégularités manifestes apparentes – Défaut de surveillance – Responsabilité du banquier.

Cass. com. 30 septembre 2008, arrêt n° 928 F-D, Caisse de Crédit mutuel Strasbourg Europe c. Société Mercure prest service

« Attendu qu'en se déterminant ainsi par des motifs impropres à caractériser les anomalies ou irrégularités manifestes apparentes devant conduire la banque à s'interroger sur les encaissements de fonds enregistrés, la cour d'appel a privé sa décision de base légale » au regard de l'article 1382 du Code civil.

Les chèques alimentant les comptes, les banquiers peuvent engager leur responsabilité tant parce qu'ils n'ont pas décelé les chèques falsifiés que parce qu'ils n'ont pas détecté le fonctionnement anormal du compte⁴. Toutefois, en ces hypothèses, les irrégularités ou anomalies doivent être manifestes. À défaut, les banquiers ne commettent aucune faute.

Dans l'espèce à l'origine de l'arrêt du 30 septembre 2008, les chèques falsifiés – par l'une des salariées de la société qui en était le réel bénéficiaire – étaient d'un faible montant et ne comportaient aucune anomalie apparente. Aussi aucune faute ne pouvait-elle être imputée à l'encontre du banquier pour avoir présenté des chèques falsifiés au paiement. La responsabilité du banquier présentateur

avait néanmoins été retenue au titre de la surveillance du compte de l'employée indelicat au motif que « les encaissements frauduleux avaient atteint au 31 décembre 1998 la somme de 67 281,09 francs, qu'un tel montant supposait la remise à l'encaissement mois après mois de plusieurs dizaines de chèques, qu'une telle pratique n'était guère explicable s'agissant du compte d'un simple particulier, employée au salaire modeste, faisant au surplus l'objet d'une interdiction bancaire laissant soupçonner des détournements de fonds » : cette décision n'a pas convaincu la Cour de cassation qui l'a cassé dans son arrêt du 30 septembre 2008 en soulignant qu'elle ne comportait pas les motifs propres « à caractériser les anomalies ou irrégularités manifestes apparentes devant conduire la banque à s'interroger sur les encaissements de fonds enregistrés ».

Cette décision n'est pas a priori étonnante car si les banquiers sont astreints à une obligation de vigilance, ils sont également obligés de ne pas s'immiscer dans les affaires de leurs clients : la non-immixtion ne peut céder que devant des faits susceptibles de faire naître la suspicion. Elle montre par ailleurs que le seul montant global des encaissements litigieux n'est pas suffisant, qu'il n'est pas en lui-même constitutif d'une irrégularité apparente. On peut cependant ne pas être totalement convaincu par une telle appréciation car un montant cumulé, inhabituel par hypothèse, peut traduire une irrégularité. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle ce type de faits est pris en considération dans la lutte contre le blanchiment d'argent⁵.

Intérêts débiteurs – Mention du TEG – Nullité de la stipulation d'intérêts – Point de départ de la prescription de l'action en nullité.

Cass. civ. 1^{re}, 30 septembre 2008, arrêt n° 921 F-D, Avigdor c. BNP Paribas

« Qu'en statuant ainsi, quand la prescription de l'action en nullité de la stipulation de l'intérêt conventionnel court à dater du jour où l'emprunteur a connu ou aurait dû connaître le vice affectant le taux effectif global, de sorte que, si le défaut de mention du taux effectif global dans l'acte d'ouverture de crédit du 19 octobre 1993 rendait irrecevable la demande formée plus de cinq ans après la conclusion de cet acte, en revanche, s'agissant du prêt du 22 juillet 1994, la prescription n'avait pu courir qu'à compter de la date à laquelle Mme Avigdor avait connu ou aurait dû connaître l'erreur de la banque dans le calcul du taux pratiqué, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ».

L'acte du 19 octobre 1993 ne mentionnait pas le TEG et indiquait, selon l'emprunteur, un taux d'intérêt conventionnel calculé sur 360 jours au lieu de l'année civile ; cette prétention était également formulée à propos du prêt du 22 juillet 1994. Or on sait que le diviseur 360 a été condamné par la jurisprudence⁶. On sait également que le recours à ce diviseur rend inexact tant le taux d'intérêt que le TEG. De sorte que la question se pose de savoir si la prescription court uniquement à partir de la connaissance de l'erreur ou

3. Dans le même sens, en matière de virement, v. Cass. com. 3 novembre 2004, Banque et droit n° 100, mars-avril 2004, 49, obs. Th. Bonneau ; en matière de chèque, v. Cass. com. 3 janvier 1978, Bull. civ. IV n° 3 p. 3 ; Rev. trim. dr. com. 1978, 141, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange ; D. 1978, IR. 306, obs. M. Vasseur ; Banque n° 375, juillet-août 1978, 895, obs. L. M. Martin ; Cass. com. 24 février 1987, Bull. civ. IV n° 48 p. 35 ; Rev. trim. dr. com. 1987, 545, obs. M. Cabrillac et B. Teysié ; Banque n° 473, juin 1987, 624, obs. J.-L. Rives-Lange ; Cass. com. 9 février 1993, Bull. civ. IV n° 52 p. 34 ; D. 1993 som. com. 316, obs. M. Cabrillac ; J. C. P. 1993 éd. E, II, 439, note J. Stoufflet ; J. C. P. 1993 éd. E, I, 302, n° 7, obs. C. Gavalda et J. Stoufflet ; Banque n° 536, mars-avril 1993, 88, obs. J.-L. Guillot ; Rev. dr. bancaire et bourse n° 37, mai-juin 1993, 127, obs. F. J. Crédot et Y. Gérard.

4. V. Bonneau, Droit bancaire, op. cit. n° 370 et 457.

5. V. Bonneau, ibid., n° 252.

6. V. la jurisprudence citée par Bonneau, Droit bancaire, op. cit., n° 381-1.

si elle court à compter de l'acte de prêt ou, s'agissant d'une ouverture de crédit, à compter de la réception des relevés de comptes devant indiquer le TEG appliqué.

Classiquement, la jurisprudence considérait que la prescription courait, en cas d'absence de mention du TEG, à compter de la date de l'acte de prêt⁷ ou, en cas d'ouverture de crédit⁸, de la réception des relevés de compte, et en cas de mention erronée, à compter de la révélation de l'irrégularité⁹. Mais la chambre commerciale a changé, dans ses arrêts du 10 juin 2008¹⁰, sa position en ce qui concerne le cas de la mention erronée, pour considérer que la prescription court à compter de l'acte de prêt ou de la réception des relevés de comptes devant indiquer le TEG appliqué. Elle a néanmoins limité le domaine de la règle nouvelle aux emprunteurs qui ont obtenu des concours financiers pour les besoins de leur activité professionnelle. Aussi, si à l'égard de ceux-ci, la question de la connaissance de l'erreur est indifférente, il n'en va pas de même pour les consommateurs puisqu'à leur rencontre, la prescription ne peut commencer à courir qu'à compter du jour où ils connaissent le vice.

Il est vrai que certains auteurs¹¹ semblent considérer que la nouvelle jurisprudence de la chambre commerciale vaut pour l'ensemble des emprunteurs, professionnels comme consommateurs. Mais d'autres¹² ont souligné, à juste titre, que cette chambre commerciale ne s'est prononcée qu'en ce qui concerne les concours financiers consentis pour les besoins professionnels de sorte que l'on peut considérer, non sans raison, que la prescription ne commence à courir, à l'encontre des consommateurs, qu'à compter du jour où ils connaissent le vice.

Cette dernière solution est retenue par la première chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt du 10 juin 2008. Il est vrai que la motivation de l'arrêt manque de clarté en ce qui concerne l'acte du 22 juillet 1994. Mais les juges du fond avaient fixé, pour les deux actes contestés, le point de départ à la date de l'acte de prêt. Or la Cour de cassation censure leur décision de sorte

que l'on peut penser que la prescription ne courait qu'à compter du jour de la révélation de l'irrégularité.

On doit dans le même temps remarquer que lorsqu'une omission coexiste avec une inexactitude, c'est la date de l'acte de prêt qui compte et non la date de révélation; cet enseignement résulte de la solution consacrée à propos de l'acte du 19 octobre 1993. Ce qui n'est pas étonnant puisque l'omission est visible et donne un moyen de contestation immédiat. Il reste que l'arrêt du 30 septembre 2008, qui semble concerner un consommateur même si cette précision n'est pas donnée par la Cour, laisse, comme l'arrêt du 3 juillet 2008¹³, les praticiens dans l'incertitude en ce qui concerne l'adhésion ou non de la première chambre civile à la position de la chambre commerciale. Mais, bien sûr, on ne peut pas en faire grief à la première chambre civile puisque les faits ne concernaient pas un emprunteur ayant agi pour les besoins de son activité professionnelle et prétendant que le TEG appliqué à son crédit faisait l'objet d'une mention erronée.

Responsabilité – Crédit – Devoir de mise en garde – Investisseur profane.

Cass. civ. 1^{re}, 18 septembre 2008, arrêt n° 849 F-P+B+I, Époux Laillier c. Caisse régionale de Crédit agricole mutuel Nord Midi-Pyrénées, J.C.P. 2008, éd. G, act. 586, obs. L. Dumoulin, D. 2008, act. jurispr. p. 2343, obs. V. Avena-Robardet; J.C.P. 2008, éd. E, 2245, note D. Legeais

« Qu'en se déterminant ainsi sans préciser si M. et Mme Laillier étaient des emprunteurs non avertis et, dans l'affirmative, si conformément au devoir de mise en garde dont il était tenu à leur égard lors de la conclusion du contrat, le Crédit agricole justifiait avoir satisfait à cette obligation au regard non seulement des "charges du prêt" mais aussi de leurs capacités financières et du risque de l'endettement né de l'octroi du prêt, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

L'arrêt du 18 septembre 2008 n'innove pas; il est dans la mouvance de la jurisprudence antérieure, en particulier des arrêts de la chambre mixte de la Cour de cassation en date du 29 juin 2007¹⁴. Il mérite néanmoins d'être signalé dans cette chronique puisqu'il s'agit d'un arrêt P+B+I, ce qui montre l'importance que la Cour de cassation lui attache¹⁵. Sans doute en est-il ainsi pour rappeler aux juges du fond la position qui est la sienne. Laquelle s'articule en deux points :

– rechercher si l'emprunteur est averti ou profane, la

7. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, « Droit civil, Les obligations », 8^e éd. 2002, Dalloz, n° 413 et 414; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, « Droit civil, Les obligations », Defrénois 2004, n° 706 et 707; A. Bénabent, « Droit civil, Les obligations », 9^e éd. 2003, Montchrestien, n° 211. Voir également Cass. civ. 1, 14 juin 2007, arrêt n° 786 F-D, Mandrino et a. c. Ivaldi et a. : « qu'en statuant ainsi alors que la sanction de la méconnaissance des dispositions de l'article 4 de la loi du 28 décembre 1966 devenu l'article L. 313-2 du Code de la consommation, édictées dans le seul intérêt de l'emprunteur, est la nullité relative de la clause d'intérêts conventionnels et que l'action tenant à voir mettre en œuvre cette sanction s'éteint si elle n'a pas été exercée dans les cinq ans suivant la signature de l'acte quand celui-ci ne mentionne pas de TEG ou bien lorsque les énonciations de cet acte révèlent en elles-mêmes le caractère erroné du TEG qui y figure, la cour d'appel a violé les textes sus-visés » (art. 1304 et 1907 du Code civil, art. L. 313-2 du Code de la consommation et art. L. 110-4 du Code de commerce).

8. Cass. com. 22 mai 2007, Banque et droit, n° 115, septembre-octobre 2007, 27, obs. Th. Bonneau; D. 2007, act. jurispr. 1654, obs. V. Avena-Robardet; J.C.P. 2007, éd. E, 2006, note P. Berlioz; Revue Banque n° 696, novembre 2007, 80, J.-L. Guillot et M. Boccarra; Rev. trim. dr. com. 2007, 574, obs. D. Legeais; J.C.P. 2007, éd. E, 2332, n° 15, obs. C. Lasselas-Langeais.

9. Cass. Civ. 1^{re}, 7 mars 2006, Banque et droit, n° 108, juillet-août 2006, 61, obs. Th. Bonneau; Revue Banque, n° 683, septembre 2006, 97, obs. J.-L. Guillot et M. Boccarra; Cass. civ. 1^{re}, 14 juin 2007, arrêt préc.

10. Cass. com. 10 juin 2008, 3 arrêts, Banque et droit n° 121, septembre-octobre 2008, 28 obs. Th. Bonneau; Rev. dr. bancaire et financier, n° 4, juillet-août 2008, 48, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin; Revue Banque n° 705, septembre 2008, 87, obs. J.-L. Guillot et M. Boccarra; D. 2008, p. 2200 note Y. Gérard et P. Pinot, p. 2202, note D. R. Martin; J.C.P. 2008, éd. E, 221, note A. Gourio et N. Aynès.

11. Gourio et Aynès, note préc.

12. Gérard et Pinot, note préc.

13. Cass. civ. 1^{re}, 3 juillet 2008, Banque et droit n° 121, septembre-octobre 2008, 26, obs. Th. Bonneau.

14. 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; J.C.P. 2007, éd. G, 324, obs. B. Parence et Il, 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; J.C.P. 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.

15. V. également, Cass. civ. 1^{re}, 16 octobre 2008, arrêt n° 972 F-D, pourvoi n° G 07-15, 836, Pahon c. Société des paiements Pass : « qu'en se déterminant par de tels motifs quand il lui incombait de rechercher si Mme Pahon était, ou non, avertie, et, dans la négative, si, conformément au devoir de mise en garde auquel elle était tenue à son égard lors de la conclusion de chacun des contrats litigieux, la société SPP justifiait avoir satisfait à cette obligation en considération des capacités financières de Mme Pahon et des risques de l'endettement né de l'octroi des crédits, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

seconde qualité n'étant nullement exclue lorsqu'il s'agit d'un professionnel : dans l'un des arrêts du 29 juin 2007, il s'agissait d'un agriculteur ayant contracté des prêts pour les besoins de son exploitation agricole ; dans l'espèce à l'origine de l'arrêt commenté, il s'agissait d'un couple qui envisageait de créer un village de vacances ;

– vérifier, lorsque l'emprunteur est profane, que le prêteur a satisfait à son devoir de mise en garde au regard des capacités financières de l'emprunteur et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts. Or il apparaît, dans l'espèce à l'origine de l'arrêt commenté, que le banquier s'était borné à attirer l'attention des emprunteurs sur les charges du prêt, l'arrêt attaqué soulignant expressément « que les emprunteurs ne pouvaient exiger du Crédit agricole une information plus étendue que celle d'avoir attiré leur attention sur les charges du prêt ». Une telle information ne revenant pas à une mise en garde au regard des capacités financières de l'emprunteur et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts, il n'est pas étonnant que l'arrêt soit cassé dès lors qu'il n'est pas précisé si les emprunteurs étaient avertis, cette catégorie d'emprunteur ne bénéficiant pas du devoir de mise en garde¹⁶.

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

– Cass. civ. 2^e, 2 octobre 2008, arrêt n° 1286 FS-P+B, époux Limouisi c. Caisse régionale de Crédit agricole mutuel du Languedoc et a., D. 2008, act. jurisp. p. 2499; NDLR V. Avena-Robardet

– Cass. civ. 2^e, 2 octobre 2008, arrêt n° 1287 FS-P+B, consorts Yvorra c. Société Crédit foncier de France et a., D. 2008, act. jurisp. p. 2499; NDLR V. Avena-Robardet

« 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 ».

Ce n'est pas la première fois que la seconde chambre civile reprend, en termes identiques, la solution que l'assemblée plénière de la Cour de cassation a consacrée dans son arrêt du 2 mars 2007¹⁷ : un arrêt du 20 mars 2008¹⁸

16. V. Bonneau, Droit bancaire, op. cit., n° 737-1.

17. 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 : dans cet arrêt, la Cour considère que la remise de la notice d'information ne suffit pas à satisfaire cette obligation d'éclairer l'emprunteur. 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^{re}, 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.

18. Cass. Civ. 2^e, 20 mars 2008, Banque et droit n° 120 juillet-août 2008, 17, obs. Th. Bonneau.

l'avait déjà fait. Mais ce dernier est un arrêt D alors que les deux arrêts du 2 octobre 2008 sont des arrêts P, cette publication au bulletin civil montrant l'importance que la Cour de cassation leur attache, sans doute pour rappeler aux juges du fond la position qui est la sienne : la remise de la notice d'information prévue par le Code des assurances n'est pas suffisante ; le banquier qui distribue une assurance de groupe a l'obligation d'éclairer l'emprunteur sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle.

L'intérêt de cette obligation est mis en lumière par l'arrêt du 20 mars 2008 qui concerne une hypothèse où il existait une disproportion entre la durée du prêt et celle de la garantie, celle-ci expirant avant celle-là. Il nous semble toutefois que, dans certains cas, le grief fait au banquier de ne pas avoir éclairé les emprunteurs peut prêter à discussion. Il en est ainsi dans l'espèce à l'origine de l'arrêt n° 1287.

Il est vrai que, lorsque le contrat exclut le risque invalidité à compter du départ en retraite et au plus tard à partir de 60 ans, il est logique de considérer que le banquier doit attirer l'attention de l'emprunteur sur cette exclusion, en particulier s'il est âgé de 58 ans et que le crédit est contracté pour 10 ans. Mais dans l'espèce à l'origine de l'arrêt n° 1287, l'emprunteur était, à la date du crédit, âgé de 61 ans et à la retraite. Aussi cette exclusion était-elle sans incidence sur la situation personnelle de l'emprunteur ; elle l'était parce que faute d'activité professionnelle à la date de l'invalidité l'ayant affecté, sa situation financière n'en était pas modifiée.

Dans le même temps toutefois, on doit remarquer que le risque invalidité était garanti pour la période antérieure à 60 ans et que l'emprunteur a, en l'espèce, payé une prime d'assurance qui couvrait en partie un risque – une invalidité entraînant une perte de revenus – qu'il ne courait pas. Aussi l'arrêt commenté pourrait-il être justifié.

Il l'est si l'on souhaite lutter contre la pratique de faire payer des primes d'assurances, et cela en partie inutilement, car l'un des risques couverts n'est pas en réalité encouru par l'emprunteur. En ce cas, la protection de l'emprunteur-assuré est très forte. Il serait toutefois concevable d'accorder une protection moindre, ne prenant pas en considération les primes inutilement payées, limitée aux hypothèses où la garantie est exclue à propos d'un risque que le client peut effectivement encourir. Il est tentant, dans un esprit consumériste, de préférer la protection renforcée. Il nous semble toutefois que l'obligation d'éclairer le client sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle n'a de réelle légitimité que lorsque le client encourt un risque qu'il croit à tort garanti.

Responsabilité – Assurance de groupe – Défaut d'information – Perte d'une chance.

Cass. civ. 1^{re}, 18 septembre 2008, arrêt n° 827 FS-P+B+I, Choukroun c. Société Carpi, J.C.P. 2008, éd. G, act. 587, note L. Dumoulin et éd. E, 2321, note Legeais

« Mais attendu que la cour d'appel, statuant sur les demandes et éléments de fait qui étaient dans le débat, a décidé que si le manquement de la société Carpi à son devoir de conseil pour n'avoir pas informé Mme Choukroun de ce que l'assurance assortissant le prêt ne garantissait pas le risque invalidité

permanente l'avait privée de la possibilité de s'adresser à d'autres assureurs, ceux-ci, s'ils avaient accepté de garantir ce risque, lui auraient alors réclamé un supplément de prime qui aurait pu lui faire renoncer à cette garantie ; qu'ainsi, sans méconnaître l'objet du litige ni le principe de contradiction, elle a considéré que le préjudice imputable s'analysait en une perte de chance qu'elle a souverainement évaluée ».

Les fautes imputables au banquier ne se limitent pas au crédit lui-même et peuvent concerner les opérations qui leur sont connexes. Le banquier commet ainsi une faute s'il a proposé à l'emprunteur 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, et qu'il omet d'éclairer celui-ci « sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur »¹⁹. Il commet encore une faute lorsqu'il mentionne dans l'offre de prêt que celui-ci sera garanti par un contrat d'assurance souscrit par l'emprunteur auprès d'un assureur choisi par ce dernier et qu'il ne vérifie pas s'il a été satisfait à cette condition ou, à tout le moins, s'il ne l'éclaire pas sur les risques d'un défaut d'assurance²⁰. Aussi n'est-il pas étonnant que, dans l'espèce à l'origine du 18 septembre 2008, les juges du fond aient considéré que le prêteur avait manqué à son devoir de conseil en n'informant pas l'emprunteur de ce que l'assurance assortissant le prêt ne garantissait pas le risque invalidité permanente.

L'intérêt de l'arrêt commenté ne se situe toutefois pas sur ce terrain, mais sur celui de son préjudice qui est analysé en une simple perte de chance, ce qui a privé l'emprunteur d'une réparation intégrale de son préjudice ; sa réparation n'a été que partielle parce que, selon les juges du fond, le défaut d'information a seulement empêché l'emprunteur de s'adresser à d'autres assureurs lesquels, « s'ils avaient accepté de garantir ce risque, lui auraient alors réclamé un supplément de prime qui aurait pu lui faire renoncer à cette garantie ». La Cour de cassation admet, dans son arrêt du 18 septembre 2008, le raisonnement et rejette le pourvoi dirigé contre la décision des juges du fond.

Ce rejet n'est pas étonnant car la notion de perte de chance est utilisée lorsque l'existence ou l'étendue du préjudice dépend « d'un événement aléatoire auquel la victime n'a pas pu participer », la perte de chance n'étant réparable que si elle est suffisamment sérieuse²¹. Or, en l'espèce, le défaut d'information a bien privé l'emprunteur d'une chance de s'adresser à un autre assureur. Et si cet emprunteur aurait pu refuser, pour une question de coût, l'assurance proposée, la chance d'être couvert en cas d'invalidité permanente reste sérieuse, ce qui justifie la condamnation du prêteur à réparer partiellement le préjudice subi.

Ce raisonnement est admis par la Cour de cassation qui se retranche, dans son arrêt du 18 septembre, derrière les juges du fond. Aussi peut-on penser que, dans d'autres hypothèses, le préjudice subi par l'emprunteur pourra être intégralement réparé.

Responsabilité – Crédit abusif – Confusion des patrimoines – Date d'appréciation de la faute.

Cass. com. 30 septembre 2008, arrêt n° 934 F-P+B sur le premier moyen, Souchon c. BNP Paribas, D. 2008, act. jurisp. p 2596, NDLR A. Lienhard

« Mais attendu que l'arrêt retient exactement que si la confusion des patrimoines des sociétés du groupe Saier a été prononcée par jugement du 9 septembre 1996 et s'il convient de tenir compte des flux de capitaux entre ces sociétés à l'origine de cette décision, la recherche du soutien abusif et du crédit ruineux reprochés à la BNP doit être effectuée à la date des décisions d'octroi des crédits ; qu'ayant retenu qu'il n'était pas établi que la situation des sociétés Felix Potin, Ranelagh finances, Domaine Saier, Domaine des Lambrays et La Parisienne était irrémédiablement compromise lors de l'octroi ou du renouvellement des crédits litigieux intervenus entre 1991 et 1995, ni que la BNP ait pratiqué, à l'égard de chacune de ces sociétés, une politique de crédit ruineux, la cour d'appel, abstraction faite des motifs surabondants critiqués à la deuxième branche, a légalement justifié sa décision ».

Quelle est l'incidence de la confusion des patrimoines sur l'appréciation de la faute commise par le banquier ? On sait que cette confusion conduit à l'extension de la procédure à l'ensemble des sociétés dont les patrimoines ont été imbriqués, et ainsi à la constitution d'un passif commun, d'une dette unique²². Aussi pourrait-on être tenté de déduire, de l'unicité, la nécessité d'apprécier globalement la responsabilité du banquier dispensateur de crédit, et donc de l'évaluer en prenant en considération l'ensemble des sociétés concernées par l'extension de la procédure. Cette approche ne nous paraît toutefois pas admissible.

L'unicité est uniquement une unicité de procédure. Elle n'a pas à développer ses effets au-delà de la procédure, d'autant que la confusion de patrimoines ne remet pas en cause la pluralité de personnalités²³. Aussi, à l'extérieur de la procédure collective, une approche individuelle s'impose. C'est ce que souligne la Cour de cassation, dans son arrêt du 30 septembre 2008, lorsqu'elle souligne qu'il n'était pas établi « que la BNP ait pratiqué, à l'égard de chacune de ces sociétés, une politique de crédit ruineux ». On doit toutefois remarquer que cette appréciation ne vient que renforcer l'approche selon laquelle « la recherche du soutien abusif et du crédit reprochés à la BNP doit être effectuée par la société en se plaçant à la date des décisions d'octroi des crédits ».

Cette solution nous paraît incontestable et s'impose en toutes hypothèses. Dès lors que l'on remet en cause la décision d'octroi des crédits, on ne peut que se placer à la date de celle-ci pour apprécier s'il y a ou non une faute. Aussi comprend-on que l'arrêt commenté soit, sur cette question, un arrêt P alors même que la faute consistant en soutien abusif ne peut plus normalement être reprochée au banquier dispensateur de crédit depuis la réforme opérée en 2005²⁴. ■

19. V. Cass. civ. 2^{de}, 2 octobre 2008, arrêts commentés dans cette chronique.

20. Cass. civ. 2^{de}, 14 juin 2007, Bull. civ. II n° 163 p 138 ; Banque et droit, n° 115, septembre-octobre 2007, 30 obs. Th. Bonneau.

21. A. Bénabent, « Droit civil, Les obligations », 9^e éd. 2003, Montchrestien, n° 679.

22. F. Pérochon et R. Bonhomme, « Entreprises en difficulté, instruments de crédit et de paiement », 7^e éd. 2006, LGDJ, n° 158 p 113-114.

23. Pérochon et Bonhomme, op. cit. p 115.

24. V. Bonneau, Droit bancaire, op. cit. n° 737.