

CHRONIQUE

DROIT BANCAIRE



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

Chèque – Non restitution par le bénéficiaire – Paiement postérieur au jugement d'ouverture – Répétition de l'indu

Cass. com., 5 juin 2007, arrêt n° 832 FS-P+B, Lenfant c/ Nodée

« Attendu que l'origine de la créance d'indu étant le fait juridique du paiement, la créance d'indu contre le bénéficiaire d'un chèque trouve son origine non dans l'émission du chèque mais dans son encaissement ».

Si un chèque, qui devait être restitué, est néanmoins encaissé par son bénéficiaire, son émetteur peut agir en répétition de l'indu¹. Cette action n'aura toutefois pas le même résultat selon que le bénéficiaire est in bonis ou qu'il est en liquidation judiciaire. Car dans ce dernier cas, l'action subira les interférences du droit des procédures collectives classiquement illustrées par l'obligation de déclarer les créances antérieures et l'obligation de payer à échéance les créances nouvelles. Ce qui explique que la Cour de cassation ait visé, dans son arrêt du 5 juin 2007, les articles L. 621-32² et L. 621-43³ du Code de commerce dans leur rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. La Cour ne s'est toutefois pas limitée à ce visa : elle a également mentionné l'article L. 131-67 du Code monétaire et financier selon lequel « la remise d'un chèque en paiement, acceptée par un créancier, n'entraîne pas novation. En conséquence, la créance originaires, avec toutes les garanties qui y sont attachées, subsiste jusqu'au paiement du chèque ».

Ce texte est visé à juste titre car il est la clef pour déterminer le moment exact où la créance d'indu naît, et donc pour savoir s'il s'agit d'une créance antérieure ou d'une créance postérieure. Car en indiquant que la créance devant être payée grâce au chèque subsiste tant que le

paiement effectif n'est pas intervenu, l'article L. 131-67 implique que la seule remise du chèque ne vaut pas paiement et que la créance représentée par le chèque ne peut être considérée comme payée (et donc éteinte) que par le paiement effectif du chèque⁴. Cette solution, qui rejoint la jurisprudence antérieure⁵, n'est pas sans conséquence car elle postule dans le même temps que la créance d'indu ne peut naître que de ce paiement et qu'elle ne peut pas résulter de la seule émission du chèque. De sorte que peu importe que le chèque ait été émis avant la date du jugement d'ouverture. Si le paiement est intervenu postérieurement, il s'agit d'une créance nouvelle.

Cette qualification demeure valable sous l'empire des textes issus de la loi du 26 juillet 2005. Mais le régime de la créance change. Car si la créance d'indu résultant du paiement, postérieur au jugement d'ouverture, d'un chèque émis antérieurement n'avait pas à être déclarée et bénéficiait d'un paiement à l'échéance sous l'empire des textes antérieurs à la loi précitée, il n'en est plus ainsi nécessairement depuis la réforme opérée par cette loi puisque doivent être déclarées les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture « autres que celles mentionnées au I de l'article L. 622-17 ... ». On peut même penser qu'en raison des conditions posées par ce texte, selon lequel « les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle, pendant cette période, sont payées à l'échéance », il est peu probable qu'une créance d'indu liée au paiement d'un chèque émis antérieurement au jugement d'ouverture relève de l'article L. 622-17.

1. Sur les conditions de l'action en répétition de l'indu, v. not. A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations*, 9^e éd. 2003, Montchrestien, 468 et s.
2. L'ancien article L. 621-32 du Code de commerce est relatif au paiement des créances postérieures au jugement d'ouverture.
3. L'ancien article L. 621-43 du Code de commerce est relatif à la déclaration des créances antérieures.

4. Sur l'absence de novation, v. not. Th. Bonneau, *Instruments de paiement et de crédit*, in *Droit de l'entreprise* 2006/2007, n° 1448.

5. Dans un arrêt du 4 avril 2001 (Bull. civ. I n° 102 p 65), la Cour de cassation a indiqué que « la remise d'un chèque ne vaut paiement que sous la condition de son encaissement ».

Découvert en compte – Autorisation tacite et convention expresse – Crédit à la consommation – Compétence du juge d'instance

Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 2007, arrêt n° 555 F-P+B, Rouault c/ BNP Paribas

«... alors que l'existence d'une convention tacite de découvert est incompatible avec la conclusion préalable d'une convention expresse de découvert d'un montant déterminé sur le même compte et que le dépassement du découvert en compte autorisé au-delà du seuil maximal d'application de la réglementation sur le crédit à la consommation ne fait pas échapper à cette réglementation l'ouverture de crédit consentie pour un montant inférieur au seuil maximal d'application, de sorte que seul le expressément octroyé devait être pris en compte pour se prononcer utilement sur l'exception d'incompétence soulevée... ».

Les crédits dont le montant est supérieur à 21 500 euros ne relèvent pas du domaine du crédit à la consommation⁶, ce qui exclut par voie de conséquence les dispositions de l'article L. 311-37 du Code de la consommation qui consacrent la compétence exclusive du juge d'instance. Mais un crédit d'un montant supérieur à 21 500 euros peut cacher un crédit d'un montant inférieur à cette somme ! De sorte que, si c'est le cas, le tribunal de grande instance ne peut pas se reconnaître compétent comme le décide à juste titre la première chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt du 3 mai 2007.

Il est vrai que si le crédit a été en fait d'un montant de 24 532,81 euros, celui-ci excède le montant prévu par les textes et paraît ainsi exclu du domaine du crédit à la consommation. Mais s'il ne réalise que le dépassement d'un crédit d'un montant inférieur à 21 500 euros – en l'occurrence le découvert expressément autorisé était d'un montant de 17 500 euros – il est logique de le faire régir par les dispositions précitées car c'est le montant initialement convenu entre les parties qui doit être pris en considération pour juger de l'applicabilité du dispositif du crédit à la consommation⁷.

La Cour de cassation aurait pu, pour casser la décision ayant consacré la compétence du TGI, se borner à cette motivation. Mais parce que les juges du fond avaient retenu, malgré la conclusion expresse d'une convention de découvert, l'existence d'une convention tacite de découvert, la Cour a affirmé que « l'existence d'une convention tacite de découvert est incompatible avec la conclusion préalable d'une convention expresse de découvert d'un montant déterminé sur le même compte ». De sorte que l'on doit s'interroger sur la pertinence de cette incompatibilité. Or on peut hésiter à adhérer à une telle opinion.

En effet, la différence existant entre le montant du crédit expressément autorisé et le montant du crédit effectivement consenti – en l'occurrence, 7 032,81 euros – paraît correspondre à un nouveau crédit tacitement consenti. Et comme une personne peut être débiteur, au même moment, de plusieurs crédits remboursables à la même

date, on pourrait admettre la coexistence des conventions express et tacite de découvert : cette pluralité pourrait être a fortiori admise lorsque la convention expresse de crédit est venue à échéance, qu'elle n'a pas été renouvelée et que, dans le même temps, le découvert n'a pas été remboursé et a vu son montant s'accroître. Ce qui était le cas dans l'espèce à l'origine de l'arrêt du 3 mai 2007.

Toutefois lorsque les crédits sont liés à un même compte, que le crédit initial n'a jamais été remboursé et que le crédit finalement consenti comprend nécessairement le crédit initial, ils participent en fait à un unique crédit, l'unicité du crédit étant liée à l'unicité de la créance de solde du compte. Le support du crédit – à savoir le même compte bancaire – exclut donc la coexistence des conventions tacite et expresse de découvert. De sorte que la motivation consacrée par la Cour de cassation dans son arrêt du 3 mai 2007 doit être approuvée.

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

Cass. com., 22 mai 2007, arrêt n° 772 FS-P+B+I+R, Cain-Rossow et a. c/ Compagnie européenne d'opération immobilière « BLE », D. 2007, act. Jurisp. 1654, obs. V. Avena-Robardet ; JCP 2007, éd. E, 2006, note P. Berlioz

« Attendu qu'en cas d'ouverture de crédit en compte courant, l'obligation de payer dès l'origine des agios conventionnels par application du taux effectif global exige non seulement que le taux effectif global soit porté à titre indicatif sur un document écrit préalable, mais aussi que le taux effectif appliqué soit porté sur les relevés périodiques, reçus par l'emprunteur sans protestation ni réserve ; qu'à défaut du respect de la seconde exigence, la seule mention indicative de ce taux dans le document préalable ne vaut pas reconnaissance d'une stipulation d'agios conventionnels, de sorte que la prescription quinquennale de l'action en nullité de la stipulation de ce taux ne peut commencer à courir à partir de la date de la convention écrite préalable, mais seulement à compter de la réception des relevés périodiques mentionnant le taux effectif global appliqué ».

C'est parce que la règle de la fixation préalable du TEG est peu compatible avec les conditions d'utilisation des découverts en compte, certains éléments participant à l'assiette du TEG (tel que la commission dite du plus fort découvert) ne pouvant être déterminés dans leur quantum qu'après utilisation du découvert, que la Cour de cassation⁸ l'a aménagé depuis une dizaine d'années et

6. Art. L.311-3, 2° et R.311-1, Code de la consommation.

7. Cette solution n'est pas sans rappeler celle selon laquelle il faut s'attacher au seul montant du crédit et non au coût total de l'opération pour calculer le montant du crédit visé à l'article L.311-2°, du Code de la consommation (Cass. civ. 1^{re}, 28 avril 1998, Contrats – Concurrence – Consommation août-septembre 1998, n° 121, note G. Raymond).

8. Cass. Com., 9 juillet 1996, Bull. civ. IV, n° 205, p. 176; Banque n° 576, décembre 1996, 91, obs. J.-L. Guillot; Rev. dr. bancaire et Bourse n° 57, septembre/octobre 1996, 194, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard; Rev. trim. dr. com., 1996, 699, obs. M. Cabrillac; Contrat-Concurrence-Consommation, novembre 1996 n° 182, note L. Leveueur; JCP 1996, éd. E, I, 861 et éd. G, II, 22721, note J. Stoufflet; Defrénois 1996 art. 36434, n° 145, p. 1363, obs. Ph. Delebecque; JCP 1997, éd. E, I, 635, n° 10, obs. C. Gavalda et J. Stoufflet; Cass. Com., 15 octobre 1996, Rev. trim. dr. com., 1997, 126, obs. M. Cabrillac; Cass. com., 24 juin 1997, Dalloz Affaires n° 30/1997-959; Cass. com., 5 mai 1998, Bull. civ. IV, n° 148, p. 119; RJD 10/98 n° 1146, p. 851; Rev. trim. dr. com., 1998, 904, obs. M. Cabrillac; Cass. Com., 5 octobre 2004, Bull. civ. IV, n° 180, p. 207; Banque & Droit n° 99, janvier-février 2005, 68, obs. Th. Bonneau; Rev. trim. dr. com., 2005, 153, obs. M. Cabrillac; Rev. dr. bancaire et financier n° 2, mars-avril 2005, 14, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard; Cass. com. 14 décembre 2004, Bull. civ. IV n° 228 p 259; Banque & Droit n° 100, mars-avril 2005, 47, obs. Th. Bonneau.

qu'elle a posé, à cette fin, une double exigence : « la mention, à titre indicatif, dans la convention d'ouverture de crédit ou dans tout autre document, d'un taux effectif global correspondant à des exemples chiffrés », et la mention du TEG effectivement appliqué dans « les relevés périodiques du compte » ou dans les relevés d'intérêts, appelés « tickets d'agios ».

La première mention n'est pas sans importance car elle permet à l'emprunteur de mesurer le coût global qu'il peut être conduit à supporter si le crédit lui est effectivement consenti. Mais seule la seconde mention lui donne la connaissance du coût effectif du crédit. De sorte que tant cette information ne lui est pas communiquée, il n'a aucune raison d'invoquer la nullité de la stipulation d'intérêts ; d'autant qu'il ne sert rien de contester des exemples théoriques. Aussi le point de départ de la prescription de l'action en nullité de la stipulation ne peut-il pas être fixé au jour de la convention d'ouverture de crédit ; il ne peut l'être qu'au jour de réception de cette information, et donc en pratique au jour de la réception des relevés périodiques mentionnant le TEG appliqué, comme le décide la Cour de cassation dans son arrêt du 22 mai 2007.

Il est vrai que cette solution n'est pas expressément prévue par les textes, notamment pas par l'article 1304 du Code civil qui, en décidant que « ce temps ne court dans le cas de violence que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts », déroge à la règle de principe selon laquelle la prescription de l'action en nullité court à compter du jour où l'acte a été passé⁹. Mais on sait que la jurisprudence applique la maxime *contra non valentem*... « dès qu'elle en a l'occasion »¹⁰, comme l'a encore montré un arrêt du 7 mars 2006, la première chambre civile de la Cour de cassation ayant décidé dans cette décision que le délai de la prescription quinquennale de la stipulation d'intérêts en raison de la mention erronée du TEG court à compter de la révélation de l'irrégularité¹¹. Aussi l'arrêt du 22 mai 2007 rendu par la chambre commerciale consacre-t-il une solution pleinement cohérente avec la jurisprudence de la Cour de cassation.

9. 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^{er}, 14 juin 2007, arrêt n° 786 F-D, Mandrino et a. c. Ivaldi et a. cité en note 11.

10. *Ibid.*

11. Dans le même sens, Cass. civ. 1^{er}, 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).

Intérêts débiteurs – Taux effectif global – Assiette – TEG erroné – Nullité de la clause relative aux intérêts conventionnels – Étendue des restitutions

Cass. civ. 1^{er}, 13 mars 2007, Bull. civ. I n° 116 p 101

Cass. civ. 1^{er}, 28 juin 2007, arrêt n° 857 F-P+B, Caponi c/ Société Banque monétaire et financière

Cass. civ. 1^{er}, 28 juin 2007, arrêt n° 858 F-D, Maria c/ société Crédit industriel de l'Ouest et a.

- « Mais attendu que la cour d'appel a relevé, à bon droit, que la sanction du taux effectif global erroné était la substitution du taux d'intérêt légal au taux conventionnel prévu et la restitution par banque à l'emprunteur des sommes trop versées en remboursement du prêt en principal et intérêts à l'exclusion de tous les frais et accessoires liés au prêt ; que le moyen n'est pas fondé » (arrêt du 13 mars 2007) ;
- « qu'en statuant ainsi alors que seules les charges liées aux garanties dont le crédit est assorti ainsi que les honoraires d'officiers ministériels, qui ne sont pas déterminables à la date de l'acte de prêt, ne sont pas compris dans le taux effectif global, la cour d'appel a violé » les articles 1907 du Code civil et L. 313-1 du Code de la consommation (arrêt n° 857 du 28 juin 2007) ;
- « qu'en statuant ainsi alors que la sanction de la nullité de la clause relative aux intérêts conventionnels du prêt est également applicable en cas de mention d'un taux effectif global erroné, la cour d'appel a violé » les articles 1907 du Code civil et L. 313-2 du Code de la consommation (arrêt n° 858 du 28 juin 2007).

Ni l'article 1907 du Code civil relatif à la mention écrite du taux de l'intérêt conventionnel, ni l'article L.313-2 du Code de la consommation relatif à la mention écrite du taux effectif global, ne prévoient la nullité de la clause relative aux intérêts en cas d'omission ou d'irrégularité de la mention écrite prévue par chacun de ces textes. Cette nullité peut être toutefois prononcée par application des règles de droit commun, ce qui explique qu'une jurisprudence bien acquise la consacre, y compris en matière de TEG¹². Ce qui, sans doute, explique également que l'arrêt n° 858 du 28 juin 2007, qui rappelle cette solution, ne soit pas destiné à avoir les honneurs du bulletin de la Cour de cassation. Honneurs qu'a eus, par ailleurs, l'arrêt du 13 mars 2007 qui rappelle les conséquences de la nullité : la substitution du taux légal au taux conventionnel et la restitution des sommes trop versées.

Cette décision est d'ailleurs intéressante car elle précise l'étendue de la restitution : celle-ci ne concerne que les sommes versées au titre du capital et des intérêts conventionnels, ce qui exclut tous les frais et accessoires liés au prêt, et notamment les cotisations d'assurance. L'arrêt du 13 mars 2007 n'est pas sans fondement car, que les primes d'assurance doivent être ou non incluses dans l'assiette du TEG, elles correspondent à un avantage distinct du prêt bénéficiant à l'emprunteur et qui existe même si l'emprunteur n'a pas été correctement informé du coût global du crédit. Aussi ne paraît-il pas justifié de mettre le coût de ces primes à la charge du banquier même si celui-ci a mal mentionné le TEG : il est suffisamment sanctionné par la substitution de taux.

12. Dans ses arrêts des 21 janvier 1992 (arrêts n° 2 et 3, Bull. civ. I n° 22 p 14) et 22 janvier 2002 (Bull. civ. I n° 22 p 17 ; Banque & Droit n° 89, mai-juin 2002, 50, obs. Th. Bonneau), la Cour de cassation souligne que l'exigence de la mention écrite est « une condition de validité de la stipulation d'intérêts ».

L'arrêt du 13 mars 2007 mérite donc d'être approuvé, tout comme l'arrêt n° 858 du 28 juin 2007. En revanche, l'arrêt n° 857, qui est également du 28 juin 2007, n'est pas sans laisser perplexe alors même qu'il doit avoir les honneurs du bulletin civil.

Certes, la situation est simple : alors que les premiers juges avaient considéré que la mention du TEG était erronée et avait pour cette raison substitué des intérêts au taux légal aux intérêts au taux conventionnel, les juges d'appel avaient au contraire estimé que le TEG avait été calculé par le banquier « conformément aux dispositions de l'article L.313-1 du code de la consommation en tenant compte de l'ensemble des frais dont la banque avait connaissance à la date d'établissement de son offre de crédit » et condamné l'emprunteur à payer les intérêts au taux conventionnel. Et comme cette décision est cassée le 28 juin 2007 par la première chambre civile de la Cour de cassation, on peut en déduire avec certitude que, pour celle-ci, la mention du TEG était erronée. Mais le motif de cassation, selon lequel « qu'en statuant ainsi alors que seules les charges liées aux garanties dont le crédit est assorti ainsi que les honoraires d'officiers ministériels, qui ne sont pas déterminables à la date de l'acte de prêt, ne sont pas compris dans le taux effectif global, la cour d'appel a violé » les articles 1907 du Code civil et L.313-1 du Code de la consommation, suscite l'hésitation.

Il est vrai qu'il pourrait être lu comme autorisant l'exclusion de certains frais de l'assiette du TEG. Mais s'agissant notamment des charges liées aux garanties, on a peine à croire qu'elles sont désormais exclues de l'assiette du TEG, tout au moins si elles ont conditionné le crédit : tous les éléments conditionnant l'octroi du crédit relèvent en effet de l'assiette du TEG¹³. La même observation vaut, à notre sens, en ce qui concerne les honoraires d'officiers ministériels, qui sont des honoraires de rédaction de l'acte de prêt, car ceux-ci sont également liés au crédit.

Sans doute l'arrêt commenté s'explique-t-il par le fait que toutes les charges liées au crédit n'étaient pas déterminées à la date de l'acte de prêt. Mais en ce cas, et à supposer que le banquier n'ait pas le moyen de procéder à cette détermination, il nous semble opportun de s'inspirer de la jurisprudence relative aux ouvertures de crédit en compte¹⁴ en insérant des exemples chiffrés dans l'acte de prêt et en prévoyant un acte postérieur mentionnant le TEG effectivement appliqué.

Secret bancaire – Bons anonymes – Remboursement – Porteur, souscripteur et héritiers

Cass. com., 30 mai 2007, arrêt n° 801 FS-P+B, CRCAM de la Charente-Maritime et des Deux-Sèvres c/ Hurel et a.

En ordonnant à la banque d'indiquer la date et les modalités de remboursement de bons anonymes souscrits par un défunt, « alors qu'en divulguant la date de remboursement des bons de caisse, la banque portait atteinte au secret dont le porteur était le seul bénéficiaire, à l'exception du souscripteur, qui s'était dessaisi des bons, ou de ses héritiers », les juges du fond violent l'article L.511-33 du Code monétaire et financier, ensemble les articles 10 du Code civil et 11 du Nouveau Code de procédure civile.

Le banquier doit-il communiquer, aux héritiers, la date et les modalités de remboursement des bons anonymes souscrits par leur auteur ?

Parce que les héritiers continuent la personne du défunt, il est classiquement affirmé que le secret bancaire ne leur est pas opposable¹⁵. Mais, dans le même temps, on souligne que la communication des informations couvertes par le secret n'est pas sans limite, certains auteurs¹⁶ soulignant d'ailleurs que le banquier ne doit donner que des renseignements d'ordre patrimonial, à l'exclusion des informations concernant la vie privée du défunt.

Cet équilibre se retrouve dans la décision rendue le 15 mai 2006¹⁷ par la cour d'appel de Pau dans l'hypothèse de la souscription de bons anonymes. Car si elle a souligné que le de cujus a voulu l'anonymat des porteurs, « une confidentialité, voir un secret », elle a en même temps considéré que ce secret ne fait pas obstacle « au droit légitime des héritiers » de prendre connaissance des numéros des bons souscrits par le de cujus et des « numéros de bons effectivement payés sans que soit nommé le ou les bénéficiaires s'ils sont autres que le souscripteur ». De même, la cour d'appel de Poitiers, dans son arrêt du 2 novembre 2005, a admis la communication de la date et des modalités de remboursement des bons anonymes au motif que « les héritiers qui continuent la personne des défunts, s'il leur est seulement donné connaissance de la date de remboursement des bons anonymes dont la liste a été communiquée par l'expert, sauront que lesdits bons ont été remboursés et connaîtront le jour exact de cette opération, mais que cette information ne leur communiquera pas l'identité de la personne qui aura sollicité ce remboursement ni le montant des remboursements et qu'ainsi il n'y a divulgation d'aucune information relevant du secret bancaire ».

Mais cette décision est cassée car, selon la Cour de cassation dans son arrêt du 30 mai 2007, « en statuant ainsi, alors qu'en divulguant la date de remboursement des bons de caisse, la banque portait atteinte au secret dont le porteur était le seul bénéficiaire, à l'exception du souscripteur, qui s'était dessaisi des bons, ou de ses héritiers », la cour d'appel a violé l'article L.511-33 du Code monétaire et financier, ensemble les articles 10 du Code civil et 11 du Nouveau Code de

13. V. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit., n° 69.

14. V. notamment Cass. com., 22 mai 2007, arrêt n° 772 FS-P+B+I+R, Cain-Rossov et a. c. Compagnie européenne d'opération immobilière « BIE », arrêt commenté dans cette revue.

15. Th. Bonneau, *Droit bancaire*, 7^e éd. 2007, Montchrestien, n° 415.

16. J.-L. Rives-Lange, obs. sous TGI Paris, 10 juillet 1991, Banque n° 521, novembre 1991. 1088; J.-P. Bertrel, *Obligation au secret professionnel du banquier*, BRDA n°14, du 31.07.91, p 2, spéc. n° 7 p 4.

17. CA Pau, 15 mai 2006, JCP 2006, éd. G, 10156, note J. Lasserre Capdeville.

procédure civile. Le visa de ces textes est classique¹⁸ et n'appelle pas de commentaire : tout au plus doit-on rappeler que l'article L. 511-33 est relatif au secret professionnel alors que les articles 10 et 11 permettent de se retrancher derrière un motif légitime ou un empêchement légitime pour ne pas apporter son concours à la justice. Mais la motivation l'est moins car elle consacre un changement de perspective : on ne raisonne pas en effet par rapport au défunt et de ses héritiers, mais par rapport au porteur des bons : à partir du moment où celui-ci est entré en possession des bons, il est le seul bénéficiaire du secret et en sont, par voie de conséquence, nécessairement exclus tant le défunt que ses héritiers.

Une telle motivation n'est pas sans avantage car en réservant au porteur le bénéfice du secret, elle ne remet pas en cause la règle de la continuation de la personne du défunt, ni le droit des héritiers à obtenir communication des informations couvertes par le secret dont leur auteur est le bénéficiaire. Mais elle présente, dans le même temps, un inconvénient car la réservation du secret au seul porteur fait obstacle aux éventuelles actions des héritiers dont les droits auraient été méconnus par le paiement des bons, notamment à l'action en réduction des libéralités portant atteinte à la réserve héréditaire¹⁹.

On peut d'ailleurs hésiter à approuver la solution consacrée par l'arrêt commenté car on peut se demander pourquoi la dépossession du défunt l'exclut, au profit du porteur, du bénéfice du secret. Car c'est tout de même lui qui l'a souscrit et il peut paraître difficile de séparer la souscription du remboursement du bon : le bon est un produit unique dont les prérogatives ne peuvent pas être découpées, ne peuvent pas être dépecées. L'arrêt du 30 mai 2007 doit néanmoins être approuvé. Car le caractère anonyme postule que la circulation du bon reste étrangère au souscripteur et à ses héritiers : à partir du moment où le souscripteur se dessaisit du bon, il perd tout droit sur le bon, notamment le droit d'en obtenir le remboursement, ce qui justifie que ni lui, ni ses héritiers, ne puissent obtenir les informations en concernant le remboursement²⁰.

18. V. not. Cass. com. 13 juin 1995, Bull. civ. IV n° 172 p 159; Quotidien juridique, n° 57, 18 juillet 1995, 8, note J. P. D.; Rev. dr. bancaire et bourse n° 50 juillet/août 1995, 145, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard; Banque n° 563, octobre 1995, 93, obs. J.-L. Guillot; JCP 1996 éd. E, I, 525, n° 7 obs. Ch. Gavalda et J. Stofflet; Rev. trim. dr. com. 1995, 818, obs. M. Cabrillac.

19. V. Lasserre Capdeville, note préc.

20. Le secret bancaire fait également obstacle tant à la communication des chèques (Cass. com., 13 juin 1995, arrêt préc.; Cass. com., 8 juillet 2003, Bull. civ. IV, n° 119, p. 138; Banque et droit no 93, janvier-février 2004, 54, obs. Th. Bonneau; Rev. trim. dr. com. 2003, 783, obs. M. Cabrillac; JCP 2004, éd. G, II, 10068, et E, 1020, note D. Gibirila; Rev. dr. bancaire et financier no 1, janvier/février 2004, 15, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard; Com., 9 juin 2004, Banque & Droit n° 97, septembre-octobre 2004, 82, obs. Th. Bonneau) qu'à celle de renseignements relatifs à l'identité de la personne ayant procuration sur le compte (Cass. com. 25 février 2003, Bull. civ. IV, n° 26, p 30; Banque & Droit n° 89, mai-juin 2003, 56, obs. Th. Bonneau; Rev. dr. bancaire et financier n° 2, mars-avril 2003, 92, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard; Rev. trim. dr. com. 2003, 343, obs. D. Legeais; JCP 2003, éd. G, 10195, note Ayissi Manga).

Responsabilité – Contrat d'assurance mentionné dans l'offre de prêt – Obligation de contrôle et obligation d'éclairer l'emprunteur

Cass. civ. 2^e, 14 juin 2007, arrêt n° 965 FS-P+B, Marzouk c/ Banque populaire Rives de Paris, D. 2007, 1868, NDLR X. Delepech

« Attendu que le banquier, qui 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, est tenu de vérifier qu'il a été satisfait à cette condition ou, à tout le moins, de l'éclairer sur les risques d'un défaut d'assurance ».

Le premier semestre 2007 aura été riche en matière de bancassurance. On se souvient en effet que, dans son arrêt du 2 mars 2007²¹, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé que lorsque le banquier propose à son client d'adhérer à l'assurance de groupe qu'il a souscrit, il est tenu d'éclairer le client « sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personne d'emprunteur ». A cette décision²² fait écho l'arrêt rendu le 14 juin 2007 par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation dans l'hypothèse où le client n'a pas adhéré à l'assurance de groupe souscrite par le banquier dispensateur de crédit pour se retourner vers un autre assureur, par hypothèse, choisi par lui : la deuxième chambre décide en effet que si l'offre de prêt mentionne que celui-ci sera garanti par un contrat d'assurance, le banquier doit vérifier que l'assurance a bien été souscrite ; à défaut, il doit éclairer le client sur les risques d'un défaut d'assurance.

Cette solution est consacrée alors même que l'on aurait pu considérer, comme la cour de Paris, dans son arrêt du 6 décembre 2002, que le banquier n'avait pas à s'immiscer dans les affaires de son client à partir du moment où celui-ci avait pris la décision de choisir l'assureur et donc de ne pas passer par l'intermédiaire de son banquier pour contracter l'assurance permettant de couvrir l'exécution de tout ou partie de ses engagements. La solution consacrée par la Cour de cassation, qui casse la décision de la cour de Paris, est néanmoins logique puisque le recours à l'assurance était mentionné dans l'offre de prêt.

L'obligation de contrôle et l'obligation d'éclairer le client sont d'ailleurs liées à cette condition. Aussi ne peuvent-elles pas être mises à la charge du banquier si l'offre de prêt ne mentionne pas le recours à une assurance. A juste titre d'ailleurs car seule la mention crée une apparence qui peut conduire le client à penser qu'il est couvert. Dès lors chacun aura compris que la parade à la solution consacrée par l'arrêt commenté est le silence !

21. Cass. ass. plen., 2 mars 2007, Banque & Droit, juillet-août 2007, obs. Th. Bonneau; Revue Banque n° 692, juin 2007, 79, obs. J.-L. Guillot et S. Fayner; JCP 2007, éd. E, 1375, note D. Legeais et éd. G, 127, note B. Parance; D. 2007, act. jurisp. p 863, obs. V. Avena-Robardet et p 985, note S. Piedelièvre.

22. La solution consacrée par l'assemblée plénière est reprise par la première chambre civile dans un arrêt du 14 juin 2004 (arrêt n° 773 F-D, SCI Villa Eden c. Caisse de Crédit mutuel de Saint-Avold) : « qu'en se déterminant par de tels motifs alors que le crédit mutuel, qui avait proposé à M. Eidesheim d'adhérer au contrat d'assurance de groupe destiné à garantir, en cas de survenance de divers risques, l'exécution de tout ou partie des engagements nés de la conclusion des prêts et cautionnement litigieux, était tenu de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle, la remise de la notice ne suffisait pas à satisfaire à cette obligation, la cour d'appel a violé, par fausse application, le texte susvisé » (art. 1147, Code civil).

Responsabilité – Crédit – Devoir de mise en garde – Emprunteur non averti

Cass. chre mixte, 29 juin 2007, arrêt n° 255 P+B+R+I, Epoux Forest c/ Société Caisse régionale de crédit agricole mutuel Centre-Est, JCP 2007, éd. G, 324, obs. B. Parance; D. 2007, act. jurisp. p. 1950, obs. V. Avena-Robardet et p. 2081, note S. Piedelievre

Cass. chre mixte, 29 juin 2007, arrêt n° 256 P+B+R+I, Salanon c/ société Union bancaire du Nord, JCP 2007, éd. G, 324, obs. B. Parance; D. 2007, act. jurisp. p. 1950, obs. V. Avena-Robardet et p. 2081, note S. Piedelievre

■ « Qu'en se déterminant ainsi, sans préciser si M. Forest était un emprunteur non averti et, dans l'affirmative, si, conformément au devoir de mise en garde auquel elle était tenue à son égard lors de la conclusion du contrat, la caisse justifiait avoir satisfait à cette obligation à raison des capacités financières de l'emprunteur et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts, la cour d'appel a privé sa décision de base légale » (arrêt n° 255);

■ « Qu'en se déterminant ainsi, sans préciser si Mme Fusco était non avertie et, dans l'affirmative, si, conformément au devoir de mise en garde auquel elle était tenue à son égard lors de la conclusion du contrat, la caisse justifiait avoir satisfait à cette obligation à raison des capacités financières de Mme Y. et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts, la cour d'appel a privé sa décision de base légale » (arrêt n° 256);

On se souvient des arrêts rendus le 12 juillet 2005²³ par la première chambre civile de la Cour de cassation et des arrêts de la chambre commerciale en date du 3 mai 2006²⁴: ces arrêts avaient traduit le rapprochement des deux chambres à propos du devoir de mise en garde et du principe de symétrie de l'information, le premier bénéficiant au seul client profane, le client averti n'étant protégé que par le second. Ce rapprochement explique sans aucun doute les arrêts rendus le 29 juin 2007 par la chambre mixte qui consacre, à son tour, le devoir de mise en garde au profit du client profane.

Dans l'espèce à l'origine de l'arrêt n° 255, l'emprunteur était un agriculteur qui avait contracté des prêts pour les besoins de son exploitation agricole. La chambre mixte considère qu'il peut être un emprunteur non averti de sorte que l'on peut en conclure qu'elle rejette l'assimilation de l'emprunteur professionnel à l'emprunteur averti.

Dans l'espèce à l'origine de l'arrêt n° 255, un couple avait contracté un prêt en vue d'acquiescer un fonds de commerce, étant précisé que la femme était institutrice de sorte que l'on peut penser qu'elle ne faisait que garantir les engagements de son mari. La chambre mixte considère qu'elle peut être non avertie malgré l'expérience professionnelle de son mari, de sorte que l'on peut en conclure que la

chambre mixte refuse que la qualité de client averti d'un co-emprunteur soit tirée de la qualité de l'autre.

Les arrêts du 29 juin 2007 donnent ainsi d'utiles précisions en ce qui concerne la notion d'emprunteur averti et rejoignent la jurisprudence antérieure qui a imposé « au banquier de vérifier la capacité financière de son client et de l'alerter de l'importance du risque encouru »²⁵ sans d'ailleurs lui interdire de consentir le crédit qui serait par hypothèse excessif²⁶; ils ne donnent aucun autre élément. Aussi est-on déjà dans le domaine de l'interprétation lorsque l'on affirme, comme l'a fait un communiqué de la Cour de cassation²⁷, que la chambre mixte « souligne que l'obligation de mise en garde se distingue de l'obligation de conseil, sans porter atteinte au principe de non-immixtion du banquier dans les affaires de son client ». Observation qui conduit à rappeler que la chambre commerciale²⁸ a nié l'existence de tout devoir de conseil et que si la première chambre civile s'est appuyée sur le devoir de conseil dans son arrêt du 27 juin 1995²⁹, elle a maintenu, dans ses arrêts postérieurs³⁰, l'obligation de mise en garde sans faire référence à un quelconque devoir de conseil. Ce qui explique sans doute l'affirmation du communiqué précité. ■

23. Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, Banque & Droit n° 104, novembre-décembre 2005, p. 80, obs. Th. Bonneau; D. 2005, act. jurisp. 2276, obs. X. Delpech; JCP 2005, éd. E, 1359, note D. Legeais et éd. G, II, 10140, note A. Gourio; Revue Banque n° 673, octobre 2005, p. 94, obs. J.-L. Guillot et M. Boccarda; D. 2005, J. 3094, note B. Parance; Rev. dr. bancaire et financier n° 6, novembre-décembre 2005 n° 203, note F. J. Crédot et Y. Gérard.

24. Cass. com., 3 mai 2006, Bull. civ. IV, n° 101 à 103, p. 99 et s.; Banque & Droit, n° 109, septembre-octobre 2006, 49, obs. Th. Bonneau; Revue Banque, juillet-août 2006, p. 85, obs. J.-L. Guillot et F. Ayner; D. 2006, act. jurisp. 1445, obs. X. Delpech; D. 2007, pan. p. 761, obs. D. R. Martin; JCP 2006, éd. E, 1890, D. Legeais et éd. G, II, 10122, note A. Gourio; Rev. dr. bancaire et financier, n° 4, juillet-août 2006, p. 12, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin. Sur le sort que devrait connaître cette jurisprudence après la transposition de la directive MIF du 21 avril 2004, v. Bonneau, op. cit. n° 764.

25. Bonneau, op. cit., n° 737-1. Comparer, B. Parance, obs. sous Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, JCP 2007, éd. G, n° 324.

26. Cass. civ. 1^{re}, 21 février 2006, Bull. civ. I, n° 91, p. 86; Banque & Droit, n° 108, juillet-août 2006, p. 62, obs. Th. Bonneau; JCP 2006, éd. E, 1522, note D. Legeais; Rev. trim. dr. com. 2006, 462, obs. D. Legeais; Rev. dr. bancaire et financier, n° 4, juillet-août 2006, 12, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin; civ. 1^{re}, 13 février 2007, Bull. civ. I n° 59 p. 53; Banque & Droit, n° 113, mai-juin 2007, 41, obs. Th. Bonneau.

27. Communiqué relatif aux arrêts n° 255 et 256 du 29 juin 2007, site Internet de la Cour de cassation.

28. Cass. com., 24 septembre 2003 (aff. Hélias), Bull. civ. IV, no 137, p. 157; Banque et droit n° 93, janvier-février 2004, 57, obs. Th. Bonneau; Rev. trim. dr. com., 2004, 142, obs. D. Legeais.

29. Cass. civ. 1^{re}, 27 juin 1995, D. 1995, J. 621, note S. Piedelievre; Rev. dr. bancaire et bourse, n° 51, septembre/octobre 1995, 185, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard; Defrénois 1995 art. 36210, nn° 149, p. 1416, obs. D. Mazeaud; Contrats-Concurrence-Consommation, décembre 1995, n° 211, note G. Raymond.

30. Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 2004, Bull. civ. I, n° 166, p. 138; Banque & Droit n° 98, novembre-décembre 2004, 56, obs. Th. Bonneau; Rev. dr. bancaire et financier n° 4, juillet-août 2004, 245, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard; Rev. trim. dr. com., 2004, 581, obs. D. Legeais; JCP 2004, éd. E, 1442, note D. Legeais.