

CHRONIQUE

DROIT BANCAIRE



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

Chèques – Opposition – Information du remettant.

Cass. com. 20 octobre 2009, arrêt n° 922 F-D, pourvoi n° X 08-19.073, Demion c. BNP Paribas.

« Et attendu, en second lieu, qu'ayant retenu que la banque, elle-même informée le 22 décembre 2004 de l'opposition frappant le chèque, avait transmis cette information à son client le 31 décembre 2004, dans un délai raisonnable, sans que M. Demion apporte la preuve contraire, la cour d'appel a légalement justifié sa décision. »

Il s'agissait, dans l'espèce à l'origine de l'arrêt du 20 octobre 2009, d'un chèque d'un montant de 40 000 livres sterling tiré sur un compte couvert à la banque HSBC domiciliée en Grande Bretagne. Sa contrepartie en euros (56 842, 49) avait été créditée au compte du bénéficiaire le 13 décembre 2004. Le 22 décembre suivant, la banque était informée de l'opposition pour vol frappant ce chèque de sorte que, le 31 décembre, elle en avait contrepassé le montant par le débit du compte du bénéficiaire et avait, dans le même temps, informé celui-ci de l'opposition frappant le chèque. S'était ainsi écoulé un délai d'une dizaine de jours entre l'information de la banque et l'information du client, délai jugé trop long par le client qui avait, pour cette raison, assigné la banque en responsabilité pour manquement à son obligation d'information. Cette critique n'emporta toutefois pas l'adhésion des juges qui ont condamné le client à payer à la banque le montant du débit de son compte.

On pourrait considérer que cette décision est bien sévère pour le client, surtout lorsque l'on sait que des délais plus brefs sont parfois imposés au banquier. C'est ainsi un délai d'un jour franc ouvert qui est imposé au banquier tiré pour informer la Banque de France de l'opposition ou de la clôture des comptes¹; dans d'autres cas, le délai est de deux jours ouverts². Mais, en l'occurrence, aucun délai n'est imposé par les tex-

1. Art. R. 131-32, Code monétaire et financier : « Le banquier avise la Banque de France des clôtures de comptes autre que celles qui résultent d'un transfert dans son établissement et des oppositions à paiement mentionnés à l'article L. 131-84 dans le meilleur délai et au plus tard le premier ouvré suivant la clôture du compte ou de l'opposition à paiement... ».
2. Art. 131-28, al. 2, Code préc. : « En cas de suspension des effets d'une mesure d'interdiction d'émettre des chèques, le tiré transmet à la Banque de France, au plus tard le deuxième jour ouvré suivant la réception de la décision du tribunal, les demandes d'annulation de chacune des déclarations des incidents mentionnés par cette décision » ; art. R. 131-31, Code préc. : « Le tiré avise la Banque de France de la régularisation au plus tard le deuxième jour ouvré suivant la justification ».

tes. Par ailleurs, comme le client sait nécessairement que le chèque est porté au crédit de son compte sous réserve d'encaissement, il doit être prudent et ne pas utiliser immédiatement le montant du chèque inscrit en compte. Aussi peut-on considérer que le délai d'une dizaine de jours est, comme l'ont estimé les juges dans l'espèce commentée, un délai raisonnable. On remarquera toutefois que les juges ont réservé la preuve contraire, ce qui ouvre la voie à des délais plus courts ou à des délais plus longs, étant observé que la tendance devrait être à des délais de plus en plus courts puisque les moyens modernes de traitement et de télécommunication permettent de traiter les opérations et les incidents en temps réel.

Prêt – Déchéance du terme – Conséquence sur le contrat d'assurance

Cass. civ. 2^e, 10 décembre 2009, arrêt n° 1985 F-D, pourvoi n° Y 08-10.932, Époux Veron c. Crédit Lyonnais et a.

« En l'absence de stipulation le précisant, la déchéance du terme du prêt garanti par un contrat d'assurance décès, incapacité de travail, invalidité et chômage, n'emporte pas, du seul fait de l'exigibilité immédiate de la créance en remboursement, l'extinction des effets du contrat d'assurance. »

La déchéance du contrat de prêt pour non-paiement des échéances emporte-t-elle la cessation des garanties d'assurance ? La cour de Paris l'a cru dans une espèce où l'emprunteur avait été licencié le 18 décembre 1998, la banque ayant prononcé la déchéance du prêt le 18 janvier 1999 et la mutuelle d'assurance ayant, le 19 juin 2000, notifié la résiliation du contrat d'assurance et réclamé le remboursement des indemnités chômage versées pour la période du 14 janvier au 30 novembre 1999 : elle l'a cru au motif que « le contrat souscrit avec la mutuelle ne constitue pas un contrat d'assurance autonome, mais un accessoire du contrat de prêt » de sorte « qu'il en découle que la déchéance du terme, qui entraîne l'exigibilité immédiate du solde du prêt, emporte cessation des garanties, et que l'assureur est fondé à se prévaloir de la résiliation du contrat pour demander la restitution des sommes versées ». Cette motivation n'a pas convaincu la Cour de cassation qui la censure au visa des articles 1134 et 1184 du Code civil.

À juste titre car on ne voit pas à quoi servirait l'adhésion à une assurance chômage si celle-ci ne peut pas jouer

lorsque l'emprunteur en a besoin. Mais sans doute cette observation relève plus de l'équité que du droit et ne peut pas juridiquement fonder la cassation. De ce point de vue toutefois, la cassation semble indiscutable.

Il est vrai que l'assurance et le prêt ne sont pas sans lien puisque l'assurance est destinée à couvrir, en cas de survenance de certains événements, le montant des échéances. Chaque contrat participe d'ailleurs d'un groupe de contrats au sein duquel le contrat principal est le pilier : le contrat principal est financé par le crédit dont le remboursement est conforté ou garanti par l'assurance à laquelle le client a adhéré. Tous ces contrats sont liés, ce qui a conduit un auteur³ à écrire que le contrat de crédit est « l'accessoire » du contrat principal, observation qui pourrait être étendue au contrat d'assurance dans ses rapports avec le contrat de prêt comme l'a indiqué la décision censurée. On peut d'ailleurs renforcer les liens existants entre l'assurance et le crédit en soulignant :

– que l'assurance est fréquemment une assurance de groupe souscrite par le banquier dispensateur de crédit et à laquelle son client a adhéré ;

– que le montant des primes d'assurances doit être inclu dans le calcul du taux effectif global si l'assurance a conditionné l'octroi du prêt⁴.

Toutefois, malgré ces liens, les contrats demeurent juridiquement autonomes : le contrat d'assurance a pour objet, moyennant le paiement de primes par l'assuré, le versement par l'assureur d'une prestation en cas de réalisation d'un risque ; le contrat de crédit a pour objet le versement de fonds que l'emprunteur devra rembourser aux échéances contractuelles. Aussi ces contrats doivent-ils être exécutés l'un indépendamment de l'autre, l'exécution de l'un ne pouvant pas subir les interférences ou les aléas de l'autre. En d'autres termes, comme l'admet la Cour de cassation dans son arrêt du 10 décembre 2009, la résiliation du contrat de prêt n'emporte pas celle du contrat d'assurance de sorte que l'assureur est tenu d'exécuter ses obligations.

La solution n'est pas nouvelle puisqu'elle a déjà été retenue par la Cour de cassation dans un arrêt du 18 janvier 2000⁵ : « Attendu que la déchéance du terme du prêt garanti par un contrat d'assurance « décès, incapacité du travail, invalidité » n'emporte pas du seul fait de l'exigibilité immédiate de la créance de remboursement, l'extinction du contrat d'assurance ». Ce motif est toutefois moins complet que celui énoncé par l'arrêt commenté car seul ce dernier réserve la possibilité d'une stipulation contractuelle contraire. Mais cette solution était implicite dans un arrêt du 18 mars 1997⁶.

Si une telle clause est licite, encore faut-il que l'em-

prunteur souscripteur l'ait accepté. On peut même penser que son attention doit spécialement être attirée conformément à la jurisprudence⁷ qui oblige le banquier à éclairer son client sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle. Car si cet emprunteur travaille dans le secteur privé, il entend sans aucun doute être couvert en cas de chômage, et cela même si la survenance de cet événement l'a conduit à ne pas honorer son crédit.

Cession Dailly – Cession à titre de garantie – Garantie du cédant – « Faillite » du débiteur cédé – Absence de déclaration de la créance.

Cass. com. 20 octobre 2009, arrêt n° 913 F-P+B, pourvoi n° J 08-18.233, Société Antilles industrie 12 c. Société financière Antilles Guyane et a.

« Attendu, en second lieu, que lorsque la cession de créance professionnelle est effectuée à titre de garantie d'un crédit, le cédant reste tenu, en sa qualité de débiteur principal, vis-à-vis de l'établissement cessionnaire lui ayant accordé le crédit, peu important que la créance cédée n'ait pas été déclarée au passif du débiteur cédé ; que l'arrêt relève que la créance de loyers a été cédée en garantie du prêt consenti à la SNC et que les sommes réclamées par la banque l'ont été au titre du solde du prêt impayé et de la stipulation de clause pénale prévue au contrat de crédit ; que par ce seul motif, la cour d'appel a justifié sa décision. »

Les faits de l'espèce à l'origine de l'arrêt du 20 octobre 2009 sont simples : une entreprise a bénéficié d'un crédit et a cédé, en garantie de celui-ci, toute une série de créances dont l'une est sur une société ultérieurement mise en liquidation judiciaire. Cet événement a conduit le banquier, qui est prêteur et cessionnaire Dailly, à prononcer la déchéance du terme et à assigner le débiteur cédant en paiement d'une certaine somme. Sa demande est accueillie par les juges du fond qui considèrent que le défaut de déclaration, par le cessionnaire, de la créance dans la procédure collective du cédé ne fait pas obstacle à cette demande. Ce que confirme la Cour de cassation dans l'arrêt commenté. Non sans fondement même si la solution n'est pas sans limite pour le banquier cessionnaire qui a omis de déclarer la créance.

La solution consacrée n'est pas sans fondement car, en cas de cession à titre de garantie, la fourniture du crédit et la constitution de la garantie sont déconnectées l'une de l'autre : elles sont réalisées par deux opérations distinctes. Pour cette raison, le cédant demeure débiteur du banquier cessionnaire et la garantie qui pèse sur lui est sans intérêt. Elle en a, en effet, uniquement lorsque le cédé devient, comme c'est le cas en matière de cession escompte, le débiteur principal du banquier ces-

3. P. Vailler, « Le sort du contrat d'assurance « emprunteur » en cas de déchéance du terme du prêt garanti », *Responsabilité civile et assurances*, avril 2000, chr. 8 p. 6

4. V. Th. Bonneau, « Droit bancaire », 8^e éd. 2009, Montchrestien, n° 69.

5. Cass. civ. 1^{re}, 18 janvier 2000, Dame Salvatore c/ Sté Assurance générales de France (AGF) et autres : en annexe de l'article de Mme Vailler, « Le sort du contrat d'assurance « emprunteur » en cas de déchéance du terme du prêt garanti », préc.

6. Un auteur (Vailler, art. préc.) souligne que « la Cour de cassation n'a pas considéré qu'une telle clause serait illicite en soi puisqu'elle a rejeté un moyen au motif que "devant les juges du fond [...] (les demandeurs) n'ont pas davantage prétendu que la clause du contrat d'assurance [...] prévoyant la cessation de plein droit des garanties à la date d'exigibilité anticipée du crédit, donc en cas de déchéance du terme, serait illicite" (Cass. 1^{re} civ. 18 mars 1997, 94-17091, Fillion et a. IUCB et a) ».

7. Cass. Ass. Plén., 2 mars 2007, Bull. civ. n° 4 p. 9 ; Banque et droit n° 114, juillet-août 2007, 20, obs. Th. Bonneau ; JCP 2007, éd. G, II, 10 098, 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 ; Rev. dr. bancaire et financier, mai-juin 2007, 11, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin ; Cass. civ. 2^e, 20 mars 2008, Banque et droit n° 120 juillet-août 2008, 17, obs. Th. Bonneau ; Cass. civ. 2^e, 2 octobre 2008 (2 arrêts), Banque et droit n° 122, novembre-décembre 2008, 22, obs. Th. Bonneau ; JCP 2008, éd. E, 2425, note D. Legeais ; Civ. 1^{re}, 22 janvier 2009, Banque et droit n° 125, mai-juin 2009, 24, obs. Th. Bonneau.

sionnaire : la défaillance du cédé justifiera alors la mise en œuvre de la garantie contre le cédant. Mais lorsque, comme il en est en cas de cession à titre de garantie, le cédant demeure le débiteur principal du cessionnaire, la garantie du cédant perd son intérêt⁸. Il en est ainsi parce que c'est au cédant qu'il revient de payer le banquier cessionnaire, celui-ci n'agissant contre le cédé que si le cédant est lui-même défaillant.

Dès lors, il est inopérant de se fonder, comme l'a fait le demandeur au pourvoi, sur le recours du cessionnaire contre le cédant pour prétendre que « le recours dont dispose le cessionnaire d'une créance professionnelle à l'encontre du cédant ne peut plus s'exercer dès lors que la créance cédée est éteinte, notamment en cas de défaut de déclaration à la procédure collective du débiteur cédé » et pour critiquer la décision qui a considéré que « l'absence de déclaration au passif du débiteur cédé par le cessionnaire ne faisait pas obstacle à l'exercice de son recours en garantie contre le cédant ». Il est vrai que cette prétention est tentante puisque l'on reconnaît habituellement que « le créancier muni d'une propriété-garantie est soumis, comme tous les créanciers, à l'obligation de déclarer sa créance à peine de voir disparaître celle-ci et, par conséquent, son droit de mettre en œuvre la garantie »⁹. Mais comme, en cas d'action exercée par le banquier cessionnaire à titre de garantie contre le cédant, l'action n'est pas mise en œuvre au titre d'une quelconque garantie, mais au titre d'une dette principale, la déchéance mentionnée n'est pas opérante. De sorte que n'est pas étonnante la motivation de l'arrêt commenté selon laquelle « lorsque la cession de créance professionnelle est effectuée à titre de garantie d'un crédit, le cédant reste tenu, en sa qualité de débiteur principal, vis-à-vis de l'établissement cessionnaire lui ayant accordé le crédit, peu important que la créance cédée n'ait pas été déclarée au passif du débiteur cédé ». Ce motif ne débouche toutefois pas sur une approbation pleine de la décision attaquée.

La Cour de cassation n'a pas en effet indiqué, dans son arrêt, qu'elle approuvait les juges du fond, mais uniquement que ceux-ci ont justifié leur décision en relevant « que la créance de loyers a été cédée en garantie du prêt consenti à la SNC et que les sommes réclamées par la banque l'ont été au titre du solde du prêt impayé et de la stipulation de clause pénale prévue au contrat de crédit ». La décision attaquée est seulement justifiée car on peut penser que la décision aurait pu être autre.

En effet, tant que le crédit n'est pas remboursé par le cédant, le banquier cessionnaire reste investi de la propriété des créances cédées à titre de garantie. Et comme il s'agit d'une pleine propriété, et non pas seulement d'une propriété fiduciaire¹⁰, le banquier cessionnaire a tous les pouvoirs du propriétaire¹¹, en particulier celui

de recouvrer les créances cédées et celui d'accorder des délais de paiement. Il a également les obligations qui en sont la contrepartie, comme l'obligation de déclarer la créance.

Lorsqu'il s'agit d'une cession escompte et que le défaut de déclaration concerne la créance cédée, le défaut concerne le débiteur principal de sorte qu'il entraîne la déchéance de la garantie qui en est l'accessoire, et donc du recours contre le cédant¹². Cette sanction est toutefois inadéquate en cas de cession à titre de garantie puisque le cédant est un débiteur principal. Il n'en demeure pas moins que le défaut de déclaration est une faute qui engage sa responsabilité contre le cédant, le préjudice de celui-ci s'analysant en la perte d'une chance de recouvrer la créance. De sorte que si la probabilité de recouvrement est faible, la réparation du préjudice subi par le cédant ne pourra qu'être partielle; le préjudice ne pourra représenter qu'une faible quotité du montant de la créance cédée.

La voie de la responsabilité est donc la voie à suivre pour sanctionner un défaut de déclaration de créance¹³. Mais comme elle ne conduit pas à une réparation intégrale, elle diffère nécessairement de celle résidant dans la déchéance du cessionnaire à mettre en jeu la garantie du cédant. Aussi ne peut-on pas considérer que ces deux voies sont équivalentes et admettre, en ce domaine, une solution semblable à celle admise au profit de la caution¹⁴.

Cession Dailly – Banquier réceptionnaire – Enrichissement sans cause – Preuve de la libération du débiteur cédé.

Cass. com. 3 novembre 2009, arrêt n° 978 F-D, pourvoi n° N 08-10.692, Banque Populaire du Sud-Ouest c. Société Decathlon et a.

- « Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'une banque réceptionnaire de fonds pour le compte de son client ne peut être condamnée personnellement à restituer les sommes versées indûment sur le compte courant de ce dernier, la cour d'appel a violé » l'article 1371 du Code civil ;
- « Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il appartenait à la société débiteur cédé, de prouver qu'elle s'était libérée de son obligation de payer les factures cédées, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et violé » les articles 1315, alinéa 2, du Code civil et L. 313-27 du Code monétaire et financier.

Dans l'espèce à l'origine de l'arrêt du 3 novembre 2009, la société California a cédé, par deux fois, des créances

8. Sur l'utilité, selon la jurisprudence, de la garantie du cédant en cas de cession à titre de garantie, v. Com., 4 décembre 2001, Bull. civ. IV, n° 192, p. 185; D. 2002. 210, obs. A. Lienhard; Banque et droit n° 82, mars-avril 2002. 56, obs. Th. Bonneau; RJDA 4/02 n° 426, p. 358; Rev. trim. dr. com., 2002. 142, obs. M. Cabrillac.

9. P. Crocq, « Propriété et garantie », préf. M. Gobert, LGDJ, 1995, n° 516 p. 460.

10. Cf. Cass. com. 8 janvier 1991, Bull. civ. IV, n° 8, p. 5; RJDA 4/91, n° 325, p. 288; Rev. dr. bancaire et bourse, mai-juin 1991, n° 25, p. 96, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard; Rev. trim. dr. civ. 1991. 368, obs. M. Bandrac; Rev. trim. dr. com., 1991. 271, obs. M. Cabrillac et B. Teysié; Rev. jurisp. com., 1993. 190, note D. Fenouillet.

11. V. Bonneau, « Droit bancaire », op. cit., p. 447.

12. Rapprocher, art. 2314, Code civil : « La caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite ».

13. Dans son arrêt du 8 janvier 1991 (préc.), la Cour de cassation a considéré que le cessionnaire pouvait engager sa responsabilité envers le cédant s'il laissait disparaître « des chances sérieuses de recouvrement à son profit ».

14. Sur la question de la qualification procédurale – demande reconventionnelle ou défense au fond – de la demande de la caution qui se prévaut de la faute du banquier pour se dégager de son engagement de caution, v. Ch. mixte, 21 février 2003, Bull. civ., n° 3, p. 7; JCP 2003, éd. G. II, 10 103, note Boucard et éd. E. 1073, note D. Legeais; D. 2003, act. jurisp. 829, obs. Avena-Robardet; Rev. trim. dr. com. 2003. 353, obs. D. Legeais. Adde, R. de Gouttes, « Défense de la caution poursuivie en paiement par le créancier », RJDA 6/03, p. 495 et s.

qu'elle avait sur la société Decathlon : à la Banque Populaire du Sud-Ouest et à BNP Paribas. Assigné par BNP Paribas en paiement des créances, le débiteur cédé a lui-même assigné la Banque Populaire du Sud-Ouest en restitution de la somme payée au cédant sur un compte ouvert dans les livres de celle-ci. Cette action a été admise, sur le fondement de l'action *in rem verso*, par les juges du fond qui ont, dans le même temps, débouté la Banque Populaire du Sud-Ouest de son action en paiement des créances cédées. Leur décision est censurée à juste titre, sur ces deux points, par la Cour de cassation.

1) Il est vrai que, en ce qui concerne la demande du débiteur cédé, le débat peut paraître obscurci par la double qualité de la Banque Populaire du Sud-Ouest : cessionnaire Dailly et teneur de compte. Mais ce cumul de qualité n'est pas si difficile à gérer. Deux hypothèses doivent être distinguées.

Soit le banquier a reçu les fonds uniquement en qualité de mandataire du cédant : il a reçu le paiement au nom et pour le compte du cédant de sorte qu'il n'est tenu personnellement d'aucune restitution, et cela même si le paiement effectué n'est pas justifié. La Cour de cassation l'a jugé, dans son arrêt du 4 juillet 1995¹⁵, envers le banquier cessionnaire. Elle l'a jugé, dans son arrêt du 2 octobre 2007¹⁶, très logiquement à l'égard du débiteur cédé. Cette solution, qui est reprise par la Cour de cassation dans son arrêt du 3 novembre 2009, n'est pas sans conséquence. Elle fait obstacle à toute action, à l'action en répétition de l'indu – celle-ci est au cœur de l'arrêt du 2 octobre 2007 – comme à l'action *in rem verso*, laquelle est en cause dans l'espèce à l'origine de l'arrêt du 3 novembre 2009, ce qui explique que la Cour ait visé l'article 1371 du Code civil relatif à l'enrichissement sans cause. On peut toutefois regretter que la Cour n'ait pas visé également l'article 1993¹⁷ du Code civil¹⁸ puisque l'action de *in rem verso* est écartée parce que le banquier n'a été que le mandataire du cédant en réceptionnant les fonds versés par le débiteur cédé.

Soit le banquier a reçu les sommes en sa qualité de cessionnaire Dailly. En ce cas, il reçoit un paiement pour son propre compte. Aussi s'il a reçu à tort ce paiement, cela en raison même des règles applicables en cas de pluralité de mobilisations¹⁹, le débiteur peut exercer une action

en répétition de l'indu comme l'a déjà admis la Cour de cassation dans un arrêt du 5 juillet 1994²⁰. Il s'agit là d'un indu objectif car, faute d'avoir été valablement saisi de la propriété de la créance, le banquier cessionnaire Dailly est sans droit sur la créance, de sorte que l'action en répétition de l'indu est admise sans qu'il soit nécessaire que le débiteur prouve son erreur²¹.

2) Lorsqu'un cessionnaire Dailly entend obtenir paiement des créances cédées, l'une des réponses du débiteur peut être de prétendre qu'il a déjà réglé un autre cessionnaire Dailly : une telle défense est pertinente si, à la date du paiement, aucune notification n'a été effectuée de sorte que le paiement effectué est libératoire²². Aussi pouvait-elle être avancée dans l'espèce à l'origine de l'arrêt du 3 novembre 2009 alors même que la Banque populaire Sud Ouest avait fait notifier au débiteur cédé la cession dont elle avait bénéficié. Encore faut-il toutefois que le débiteur cédé apporte cette preuve comme le souligne la Cour de cassation dans l'arrêt commenté.

Cette solution ne prête guère à discussion en raison des règles gouvernant la charge de la preuve²³ et est d'autant moins contestable en l'espèce que la Banque Populaire du Sud-Ouest avait produit « les lettres de mise en demeure de payer adressées au débiteur cédé, accompagnées d'une copie de l'acte de cession, des factures en cause et de la notification des cessions de créance ». On comprend dès lors assez mal pourquoi la banque a pu être déboutée de son action au motif qu'elle « ne joint pas l'avis de réception correspondant aux notifications et ne produit aucun décompte précis des sommes réclamées ». Surtout si le débiteur cédé n'a pas contesté les notifications et n'a pas prétendu avoir procédé à des règlements partiels !

Responsabilité – Banquier dispensateur de crédit – Devoir de mise en garde – Caution.

Cass. com. 20 octobre 2009, arrêt n° 941 FS-P+B+I, pourvoi n° C 08-20.274, Caisse de crédit mutuel Laval Trois Croix c. Jouvin, JCP 2009 éd. G, 422, obs. L. Dumoulin, éd. G, 482, note S. Piedelièvre et éd. E, 2053, note D. Legeais ; D. 2009, p. 2607, obs. X. Delpéch et p. 2971, note D. Houtchief.

« Le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde s'analyse en la perte d'une chance de ne pas contracter. »

En quoi consiste le préjudice subi par l'emprunteur ou la caution qui n'a pas eu son attention attirée sur l'importance de l'endettement qui résulterait, pour l'un, du crédit octroyé, et, pour l'autre, de l'engagement de garantie consenti ? Le préjudice subi consiste-t-il dans le crédit ou le cautionnement de sorte que le préjudice doit être évalué à hauteur du crédit ou du cautionnement ? Ou bien doit-on considérer que le préjudice consiste uniquement dans

15. Cass. com., 4 juillet 1995, Bull. civ. IV, n° 203, p. 189 ; D. 1995. J. 488, note D. R. Martin et H. Synvet ; Rev. dr. bancaire et bourse, n° 50, juillet-août 1995. 143, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; Banque n° 562, septembre 1995. 91, obs. J.-L. Guillot ; JCP 1995, éd. E, II, 738, note Stoufflet ; JCP 1995, éd. G, II, 22553, note D. Legeais ; Rev. trim. dr. civ., 1995. 934, obs. P. Crocq ; Rev. trim. dr. civ., 1996. 192, obs. P.-Y. Gautier ; Rev. trim. dr., com. 1995. 822, obs. M. Cabrillac ; Adde, Th. Bonneau, « La négation de l'obligation de restitution pesant sur le banquier réceptionnaire de fonds ou un revirement inattendu ! (à propos de l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 4 juillet 1995) », Dalloz Affaires n° 4/1995. 79 ; J.-M. Calendini, « Le cessionnaire, le cédant et le réceptionnaire : à propos de l'application de la loi Dailly par l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 4 juillet 1995 », Rev. dr. bancaire et bourse, n° 58, novembre-décembre 1996. 218.

16. Com., 2 octobre 2007, Bull. civ. IV n° 209 p. 242 ; Banque et droit n° 117, janvier-février 2008. 24, obs. Th. Bonneau ; Rev. dr. bancaire et financier n° 6, novembre-décembre 2007. 45, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin.

17. Ce texte est visé, avec l'article 1937 du Code civil, par la Cour de cassation dans son arrêt du 4 juillet 1995.

18. Art. 1993, Code civil : « Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant ».

19. V. Bonneau, « Droit bancaire », op. cit. n° 603 et s.

20. Cass. com. 5 juillet 1994, Bull. civ. IV, n° 251, p. 198 ; Quotidien juridique n° 87, 1^{er} novembre 1994. 5 ; JCP 1995, éd. G, I, 3828, n° 16, obs. Billau ; Rev. trim. dr. com. 1995. 172, obs. Cabrillac ; dans le même sens, Cass. com., 3 juin 1998, Dalloz Affaires 1998. 1212, obs. J. F.

21. Cf. Cass. Civ. 1^{re}, 16 mai 2006, Banque et droit n° 109, septembre-octobre 2006. 47, obs. Th. Bonneau.

22. Ibid, n° 605.

23. Cf. art. 1415, Code civil.

la perte d'une chance, celle de ne pas prendre une décision éclairée, celle de ne pas contracter? Le choix à opérer n'est pas sans importance car dans un cas, le préjudice fait nécessairement l'objet d'une réparation intégrale alors que dans l'autre cas, la réparation n'est que partielle: comme le souligne la Cour de cassation²⁴, « la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle était réalisée ».

Contrairement à la question concernant le domaine du devoir de mise en garde – bénéficie-t-il à tous les emprunteurs et cautions ou seulement à ceux qui sont profanes – qui a généré une jurisprudence importante²⁵, la question relative à la réparation du préjudice a suscité moins de décisions. Quelques décisions de cours d'appel peuvent néanmoins être citées²⁶: un arrêt de la cour de Paris en date du 9 novembre 2007²⁷ et un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence en date du 14 juin 2007²⁸, ces deux décisions consacrant l'analyse selon laquelle le préjudice consiste dans la perte d'une chance, celle de ne pas prendre une décision éclairée²⁹ ou celle de réaliser un investissement plus judicieux lui permettant de conserver son patrimoine financier et d'en tirer les revenus³⁰. Peut être également mentionné l'arrêt rendu le 9 avril 2002 par la cour de Paris qui avait considéré qu'en réparation du préjudice né du manquement au devoir de mise en garde, il convenait de décharger les emprunteurs « des intérêts produits par la somme prêtée »: cette solution, qui implique une réparation seulement partielle du préjudice, a été admise par la première chambre civile de la Cour de cassation dans l'un de ses fameux arrêts du 12 juillet 2005³¹. Cette voie est également suivie par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans son arrêt du 20 octobre 2009, cette chambre analysant expressément le préjudice né du manquement du devoir de mise en garde en la perte d'une chance de ne pas contracter.

Cette solution, qui est retenue à propos d'une caution, doit être approuvée³². Certes, elle peut paraître contraire à l'équité car elle ne permet pas de décharger totalement la caution³³. Toutefois, le devoir de mise en garde constitue seulement un avertissement et non une interdiction.

Il n'interdit pas la caution alertée de l'importance de l'endettement résultant de la garantie de consentir néanmoins cette garantie. L'observation ne vaut d'ailleurs pas seulement pour la caution, mais également pour l'emprunteur qui peut vouloir s'engager dans un crédit malgré le danger que celui-ci peut représenter pour lui. Ce qui montre, dans le même temps, que le banquier peut accepter une garantie potentiellement lourde pour le garant comme il peut, une fois la mise en garde effectuée, consentir le crédit qui serait par hypothèse excessif³⁴. Ces solutions doivent cependant être maniées avec précaution car le devoir de mise en garde est un mécanisme de protection des clients profanes.

Responsabilité – Banquier dispensateur de crédit – Devoir de mise en garde – Absence de risque particulier.

Cass. civ. 1^{re}, 19 novembre 2009, arrêt n° 1149 FS-P+B+I, pourvoi n° M 07-21.382, Tisserand c. Société Atradius Credit Insurance NV, JCP 2009, éd. G, 509, obs. L. Dumoulin, JCP 2009, éd. E, 2140, note D. Legeais, D. 2009, act. jurisp. p. 2859, NDLR V. Avena-Robardet.

Cass. civ. 1^{re}, 19 novembre 2009, arrêt n° 1150 FS-P+B+I, pourvoi n° Z 08-13.601, époux Dupuis c. Société Cetelem, JCP 2009, éd. G, 509, obs. L. Dumoulin, JCP 2009, éd. E, 2140, note D. Legeais, D. 2009, act. jurisp. p. 2859, NDLR V. Avena-Robardet.

• « Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans préciser si M. Tisserand était un emprunteur non averti et, dans l'affirmative, si, conformément au devoir de mise en garde auquel il était tenu à son égard lors de la conclusion du contrat, l'établissement de crédit justifiait avoir satisfait à cette obligation à raison des capacités financières de l'emprunteur et des risques de l'endettement né de l'octroi du prêt, la cour d'appel a privé sa décision de base légale » au regard de l'article 1147 du Code civil (arrêt n° 1149);

• « Mais attendu qu'après avoir relevé que lors de l'octroi du prêt les emprunteurs percevaient un revenu mensuel de 2 375 euros et qu'ils n'ont justifié, au titre de leurs charges, que du règlement en 2004 d'un montant mensuel de 192 euros, l'arrêt retient souverainement que le crédit, dont les mensualités de remboursement s'élevaient à 340,80 euros, était adapté aux capacités financières des emprunteurs, ce dont il résulte que la banque n'était pas tenue à mise en garde; que la cour d'appel, qui n'avait pas à effectuer des recherches inopérantes, a légalement justifié sa décision » (arrêt n° 1150).

Le devoir de mise en garde au profit de l'emprunteur ne se justifie que s'il existe un risque d'endettement excessif: si un tel risque n'existe pas, le banquier n'est tenu à aucune mise en garde comme le souligne la première chambre civile dans son arrêt n° 1150 du 19 novembre 2009. Cette solution, qui est nouvelle pour la première chambre civile³⁵, ne l'est pas totalement pour la Cour de cassation

24. Cass. civ. 1^{re}, 16 juillet 1998, Bull. civ. n° 260 p. 181. Voir également, Cass. civ. 1^{re}, 9 avril 2001, Bull. civ. I n° 107 p. 68: « Lorsque le dommage réside dans la perte d'une chance de réussite d'une action en justice le caractère réel et sérieux de la chance perdue doit s'apprécier au regard de la probabilité de succès de cette action ».

25. V. la jurisprudence citée par Th. Bonneau, « Droit bancaire », 8^e éd. 2009, Montchrestien, n° 737-1 p. 577 et s.

26. Selon un auteur (L. Dumoulin, obs. in JCP 2009, éd. G, 422), il y aurait une « tendance judiciaire à juger qu'in fine les dommages-intérêts versés au titre du manquement par le banquier de son devoir de mise en garde compensent les sommes dues par le débiteur au titre de son engagement, qu'il soit débiteur principal ou caution ».

27. CA Paris, 15^e ch., sect. B, 9 novembre 2007, Juris-data n° 2007-58165: cité par D. Legeais, responsabilité du banquier, Service du crédit, fasc. 151, Juris-classeur Banque-Crédit-Bourse, spéc. n° 14.

28. CA Aix-en-Provence, 14 juin 2007, Juris-data n° 2007-358199: cité par Legeais, art. préc.

29. Paris, 9 novembre 2007, préc.

30. Aix-en-Provence, 14 juin 2007.

31. Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, Bull. civ. I n° 327 p. 271. Pour l'ensemble des références concernant cet arrêt, v. Bonneau, « Droit bancaire », op. cit., note 1197 p. 579.

32. Rapprocher S. Piedelièvre, note sous Cass. com. 20 octobre 2009, JCP 2009, éd. G, 482, spéc. p. 30-31, qui exprime des réserves et voit les critiques de D. Houtchieff, note sous Cass. com. 20 octobre 2009, D. 2009, p. 2971: cet auteur préfère analyser le préjudice résultant du défaut de mise en garde en un « préjudice d'impréparation ».

33. V. Dumoulin, note préc.

34. Cass. civ. 1^{re}, 21 février 2006, Bull. civ. I, n° 91, p. 86; Banque et droit n° 108, juillet-août 2006. 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 et droit n° 113, mai-juin 2007. 41, obs. Th. Bonneau; Rev. trim. dr. com. 2007. 427, obs. D. Legeais.

35. Comparer L. Dumoulin, obs. sous Cass. civ. 1, 19 novembre 2009, JCP 2009, éd. G, 509; D. Legeais, note sous Cass. civ. 1^{re}, 19 novembre 2009, JCP 2009, éd. E, 2140.

puisque sa chambre commerciale a pris une telle position dans des arrêts des 12 mai³⁶ et 7 juillet 2009³⁷. Elle n'est pas sans conséquence : en effet, si les juges du fond constatent une situation de non-risque, il leur est alors inutile de déterminer la qualité de l'emprunteur – est-il profane ou averti – et de vérifier, lorsque l'emprunteur est profane, si le banquier a satisfait à son obligation de mise en garde.

Cette approche, consacrée par la chambre mixte de la Cour de cassation dans ses arrêts du 29 juin 2009³⁸, est rappelée par la première chambre civile dans son arrêt n° 1149 du 19 novembre 2009³⁹. L'arrêt n'est toutefois pas aussi classique qu'il y paraît, tout au moins a priori, si on le compare à un arrêt de la même chambre en date du 18 février 2009⁴⁰. Car, dans ce dernier, la première chambre civile a approuvé des juges du fond d'avoir écarté la responsabilité du banquier au motif que le client n'avait pas mis les juges du fond « en mesure de constater l'existence d'un risque d'endettement qui serait né de l'octroi de la somme prêtée ». Or, dans l'arrêt commenté, les juges du fond avaient « retenu que M. Tisserand ne justifiait pas de ses revenus et charges lors de l'octroi du prêt en mai 1997, ne démontrait pas que le prêt ainsi accordé dépassait ses capacités de remboursement et n'établissait pas de la part de l'organisme de crédit un manquement à son devoir de conseil ». On peut cependant penser que la contradiction n'est qu'apparente⁴¹.

La motivation présentement censurée par la Cour de cassation mélange, en effet, deux questions bien distinctes : la preuve du risque d'endettement et la preuve de l'exécution du devoir de mise en garde. Or seule la première preuve incombe au client ; contrairement à ce qu'ont affirmé les juges du fond, la seconde ne lui incombe pas : elle incombe au banquier. De sorte qu'en la faisant peser sur le client, les juges du fond ont inversé la charge de la preuve, ce qui aurait dû conduire la Cour de cassation à viser l'article 1315 du Code civil et non pas le seul article 1147 du même Code. Cette inversion ne paraît guère contestable même si on peut penser qu'elle aurait pu ne pas être sanctionnée puisque les juges du fond avaient souligné que le client ne les avait pas mis en mesure de constater le risque d'endettement. Le pourvoi en cassation n'a pourtant pas été rejeté, mais admis, ce qui conduit à penser que la Cour

de cassation a trouvé, dans le dossier qui lui était soumis, des éléments de fait laissant penser qu'un tel risque existait contrairement à ce que les juges du fond ont affirmé. Une telle conclusion s'impose car il est peu probable que la première chambre civile ait rendu le même jour deux arrêts incohérents entre eux !

Responsabilité – Banquier dispensateur de crédit – Devoir de mise en garde – Charge de la preuve de la qualité de l'emprunteur.

Cass. com. 17 novembre 2009, arrêt n° 1071 FS-P+B, pourvoi n° S 08-70.197, Consorts Mottier c. Caisse de crédit mutuel Ernee bocage.

« Mais attendu, en premier lieu, que le banquier auquel il appartient de démontrer qu'il a rempli son obligation de mise en garde, est dispensé de cette obligation s'il établit que son client a la qualité d'emprunteur averti ; que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve qui lui étaient soumis, que la cour d'appel, sans inverser la charge de la preuve, a retenu que Mme Fiault, qui était employée en qualité d'agent d'entretien et n'avait aucune expérience dans la gestion d'entreprise, ne disposait d'aucune compétence pour apprécier elle-même la pertinence du montage financier et les perspectives d'avenir de l'entreprise de transports routiers de son mari, était une emprunteuse non avertie. »

Le client, qui agit en responsabilité pour défaut de mise en garde, doit-il démontrer sa qualité d'emprunteur profane⁴² ? La réponse nous paraît négative. Il y a en effet un lien très net entre le devoir de mise en garde et la qualité de l'emprunteur : c'est seulement si le client est profane que le banquier est astreint au devoir de mise en garde ; le client averti n'en bénéficie pas. La détermination de la qualité du client est ainsi un préalable à l'exécution du devoir de mise en garde. Or comme cette exécution doit être prouvée par le banquier⁴³, il est logique de mettre également à sa charge la preuve qu'il n'était tenu à aucun devoir de mise en garde, ce qui implique qu'il prouve que son client est averti. C'est cette position que la Cour de cassation prend dans son arrêt du 17 novembre 2009 pour rejeter la critique selon laquelle « il appartient à l'emprunteur de démontrer l'existence d'une obligation à la charge de la banque et donc de démontrer sa qualité d'emprunteur non averti ».

La critique n'était pas sans finesse puisqu'elle distinguait l'existence de l'exécution du devoir de mise en garde. Elle ne pouvait toutefois pas prospérer puisque si l'existence du devoir de mise en garde est dans la dépendance de la qualité de l'emprunteur, cette dernière conditionne dans le même temps l'exécution du devoir de mise en garde de sorte qu'il est artificiel de vouloir dissocier l'une de l'autre. Il est dès lors inutile, pour un banquier à qui il est reproché un manquement au titre de son devoir de mise en garde, de prétendre qu'il revient au client de prouver qu'il est profane. Il revient tout au contraire au banquier de prouver que son client était averti s'il veut éviter une condamnation pour défaut de mise en garde. ■

36. Cass. com. 12 mai 2009, Banque et droit n° 126, juillet-août 2009, 26, obs. Th. Bonneau ; JCP 2009, éd. E, 1700, note D. Legeais.

37. Cass. com., 7 juillet 2009, Banque et droit, n° 127, septembre-octobre 2009, 26, obs. Th. Bonneau ; JCP 2009, éd. E, 1948, note D. Legeais ; D. 2009, p. 2318, note J. Lasserre Capdeville.

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. jurisp. 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.

39. Dans le même sens, v. Cass. civ. 1, 24 novembre 2009, Banque et droit n° 128, novembre-décembre 2009, obs. Th. Bonneau.

40. Cass. civ. 1^{re}, 18 février 2009, Banque et droit n° 125, mai-juin 2009, 24, obs. Th. Bonneau ; JCP 2009, éd. G, 122, note L. Dumoulin, éd. G, II, 10091, note A. Gourio et éd. E, 1364, note S. Piedelièvre, D. 2009, p. 1179, note J. Lasserre-Capdeville ; Rev. dr. bancaire et financier juillet-août 2009, n° 117, obs. F. J. Crédot et Th. Samin. Adde, E. Bazin, « Le devoir de mise en garde en l'absence de risque d'endettement », Banque et droit n° 127, septembre-octobre 2009, 10.

41. V. également, Dumoulin, obs. préc. sous Cass. civ. 1^{re}, 19 novembre 2009.

42. Sur la question de la charge de la preuve, v. également notre note sous Cass. civ. 1^{re}, 18 février 2009, Banque et droit n° 125, mai-juin 2009, 25.

43. V. Cass. civ. 1, 19 septembre 2009, arrêt n° 1149 commenté dans cette revue.