

# Chronique de Droit Bancaire



**THIERRY BONNEAU**  
Agrégé des facultés de droit  
Professeur

Université Panthéon-Assas – Paris II

## Chèque – Devise étrangère – Inscription en compte après conversion – Contre-passation – Risque de change – Devoir d'information

Cass. com., 23 janvier 2007, arrêt n° 90 FS-P+B, société Azur Micro c/ Crédit du Nord, D. 2007 p 437, NDLR X. Delpech.

- “En l'absence de faute de sa part, la banque a toujours, et quelle que soit la nature de l'endossement lui ayant bénéficié, le droit de se faire rembourser par le bénéficiaire de chèques, qui se sont révélés ensuite sans provision, le montant des avances qu'elle avait accordées lors de leur remise dans l'attente de leur encaissement” ;
- N'établissant pas que s'il avait reçu l'information qui a fait défaut, il aurait à coup sûr choisi de renoncer à l'avance consentie par le banquier présentateur, le bénéficiaire du chèque libellé en devise étrangère, dont le montant a été crédité à son compte après conversion, peut seulement se prévaloir d'une perte de chance ;
- La règle selon laquelle, en cas de remise d'un chèque libellé en devises étrangères, la somme à porter en compte doit être déterminée d'après le cours du change de l'encaissement du chèque, n'impose pas au banquier de créditer immédiatement le compte de son client sans attendre l'encaissement effectif du titre ;
- “que, s'agissant d'un chèque libellé en devise, la cour d'appel a exactement décidé que le Crédit du Nord aurait dû informer sa cliente du risque de change qu'elle subirait nécessairement si son compte était immédiatement crédité et qu'en s'en abstenant il avait manqué à son devoir d'information”.

En créditant immédiatement le compte de son client sans attendre l'encaissement effectif des chèques, le banquier consent une avance que le client n'a pas à rembourser si lesdits chèques sont effectivement encaissés. Mais dans le cas contraire, elle doit l'être comme l'a jugé la Cour de cassation dans un arrêt du 30 janvier 1996<sup>1</sup> : “indépendamment de tout recours fondé sur le droit du chèque, la banque a le droit de faire rembourser par le bénéficiaire de chèques, qui se sont révélés ensuite sans provision, le montant des avances qu'elle lui avait accordées lors de leur remise par lui en vue de leur encaissement”.

En reprenant cette solution dans son arrêt du 23 janvier 2007, la Cour de cassation n'innove donc pas, étant

observé que si elle n'innove pas sur le plan du principe, elle apporte d'utiles précisions sur sa portée : elle subordonne en effet le droit au remboursement à l'absence de faute de la banque et souligne que ce droit au remboursement doit être reconnu “quelle que soit la nature de l'endossement” ayant bénéficié à la banque, qu'il s'agisse donc d'un endossement à titre de procuration ou d'un endossement translatif<sup>2</sup>.

Ainsi, peu importe que le banquier ne soit que le mandataire du client, ce qu'il est en cas d'endossement à titre de procuration, ou qu'il ait acquis la propriété de la provision comme c'est le cas dans le cadre de l'endossement translatif : en toute hypothèse, il peut récupérer auprès de son client le montant de l'avance qu'il a faite en portant le montant du chèque au crédit du compte du client. Ce qui n'est pas étonnant même pour l'endossement translatif puisqu'il est d'usage que la bonne fin de l'encaissement conditionne le transfert de la provision au banquier. Ce qui n'est pas non plus étonnant lorsque le chèque fait l'objet d'un escompte car celui-ci n'est pas exclusif du recours du banquier escompteur contre le remettant<sup>3</sup>. Étant observé que s'il y a escompte, l'avance faite par le banquier est inhérente à l'opération alors qu'elle constitue une opération distincte du recouvrement en cas de simple endossement à titre de procuration ou d'endossement translatif ne réalisant pas un escompte.

Aussi approuvons-nous l'arrêt commenté qui affirme l'indifférence de la nature de l'endossement, la Cour de cassation se démarquant ainsi des juges du fond qui avaient consacré le droit de la banque à contre-passer le chèque sans provision en soulignant qu'il n'y avait pas eu d'escompte et qu’“il devait en être déduit que l'endossement avait été donné à titre de procuration”.

Mais on peut s'étonner que la Cour de cassation ait subordonné le remboursement à l'absence de faute de la banque car on ne voit guère la faute que l'on pourrait reprocher à la banque qui crédite immédiatement son client. À moins qu'elle lui laisse croire, alors que c'est faux, qu'elle prend à sa charge le risque lié au défaut de provision du chèque.

Une telle faute n'était pas reprochée à la banque. Mais sa responsabilité était recherchée en raison du contexte de la contre-passation : le chèque qui s'est révélé sans provision était un chèque libellé en devises étrangères dont le montant avait été converti en francs lors de l'ins-

1. Cass. com., 30 janvier 1996, Bull. civ. IV, n° 27, p. 20 ; D. 1996. J. 320, note J.-L. Rives-Lange ; Quotidien juridique n° 24, 21 mars 1996. 5, note J.-P. D. ; Rev. dr. bancaire et Bourse n°54, mars/avril 1996. 52, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; Rev. trim. dr. com., 1996. 302, obs. M. Cabrillac.

2. Sur les différents types d'endossement, v. not. Th. Bonneau, “Instru-

ments de paiement et de crédit”, in *Droit de l'entreprise 2006/2007*, éd. Lamy, n° 1471 et s. ; F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, 7<sup>e</sup> éd. 2006, LGDJ, n° 807 et s.

3. Sur le recours du banquier escompteur, v. Th. Bonneau, *Droit bancaire*, 6<sup>e</sup> éd. 2005, Montchrestien, n° 569 spéc. p 412.

cription au crédit du compte, une nouvelle conversion, cette fois en dollars américains, ayant été effectuée lors de la contre-passation. Or entre les deux inscriptions, des variations de change<sup>4</sup>, défavorables au client, étaient intervenues et la banque en avait tenu compte. De sorte que le client a contesté la contre-passation en prenant appui sur le caractère translatif de l'endossement. Mais si cet argument a été écarté en se fondant sur le droit au remboursement du banquier, les juges du fond ont en revanche considéré *“qu'avant de porter le montant du chèque au crédit du compte de sa cliente, le Crédit du Nord aurait dû l'informer du risque de change et lui offrir le choix d'un crédit après encaissement et qu'en s'en abstenant, il avait fait perdre à celle-ci une chance d'éviter la perte”* : la Cour de cassation approuve leur décision dans son arrêt du 23 janvier 2007 en soulignant notamment *“que s'agissant d'un chèque libellé en devises, la cour d'appel a exactement décidé que le Crédit du Nord aurait dû informer sa cliente du risque de change qu'elle subirait nécessairement si son compte était immédiatement crédité et qu'en s'en abstenant il avait manqué à son devoir d'information”*.

Le devoir d'information n'a toutefois de sens qu'à deux conditions.

Tout d'abord, le banquier ne doit pas être obligé de créditer immédiatement les chèques : il doit pouvoir attendre l'encaissement effectif des chèques. En l'espèce toutefois, le banquier prétendait le contraire pour contester l'existence d'un quelconque devoir d'information et a mis en avant, à cette fin, les dispositions de l'article L. 131-9 du Code monétaire et financier qui décide, dans son alinéa 1, que *“le chèque peut être payable au domicile d'un tiers soit dans la localité où le tiré a son domicile, soit dans une autre localité, à la condition toutefois que le tiers soit un banquier ou un centre de chèques postaux”*, et dans son alinéa 2, que *“cette domiciliation ne peut, au surplus, être faite contre la volonté du porteur, à moins que le chèque ne soit barré et que la domiciliation n'ait lieu à la Banque de France, sur la même place”*. Mais outre que ce texte paraît bien éloigné de la prétention soutenue, il n'a jamais été prétendu ou admis que le banquier était obligé de porter immédiatement le montant des chèques remis à l'encaissement au crédit du compte du bénéficiaire, que ces chèques soient libellés en euros (et hier en francs), ou en devises étrangères. Aussi ne peut-on qu'approuver la Cour de cassation lorsqu'elle souligne, dans son arrêt du 23 janvier 2007, que la règle évoquée par le moyen – celle selon laquelle *“le paiement en France d'un chèque libellé en monnaie étrangère s'effectue, sauf clause contraire, d'après sa valeur au jour du paiement, dans la monnaie ayant cours légal en France”* – *“signifie seulement qu'en cas de remise d'un chèque libellé en devises étrangères, la somme à porter en compte doit être déterminée d'après le cours du change au jour de l'encaissement du chèque”* et *“n'impose pas au banquier de créditer immédiatement le compte de son client sans attendre l'encaissement effectif du titre”*.

4. Sur la réparation de la perte de change résultant de la mauvaise exécution d'un ordre de virement international, v. CA Paris, 22 septembre 1988, D. 1991, som. com. 30, obs. M. Vasseur.

5. Cass. ass. plén., 9 octobre 2006, JCP 2006, éd. G, II, 10175, note Th. Bonneau et éd. E, 2618, note Viandier ; Banque & Droit n° 111, janvier-février 2007, p. 25, obs. Th. Bonneau ; D. 2006, act. jurisp. 2525, obs. X. Delpech ; D. 2006, J. 2933, note D. Houtcieff ; Rev. dr. bancaire et financier n° 6, novembre-décembre 2006. 13, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin.

Ensuite, le client doit pouvoir renoncer à l'encaissement immédiat ; il doit pouvoir attendre l'encaissement effectif du chèque de sorte que le montant de celui-ci ne fera pas l'objet d'une avance et qu'il n'y aura alors aucune question ayant trait à son remboursement. C'est ce que l'arrêt du 23 janvier 2007 reconnaît en en tirant les conséquences sur le terrain du préjudice réparable qui ne peut consister qu'en une perte de chance : *“Mais attendu que la société Azur Micro n'ayant pas, ainsi qu'elle en avait la charge, établi que si elle avait reçu l'information qui avait fait défaut, elle aurait à coup sûr choisi de renoncer à l'avance consentie par le Crédit du Nord, la cour d'appel qui n'a pas inversé la charge de la preuve, a exactement décidé que l'intéressée pouvait seulement se prévaloir d'une perte de chance d'éviter la perte subie”*.

L'arrêt du 23 janvier 2007 mérite, en conclusion, d'être approuvé. Car protecteur des clients, par le biais du devoir d'information, il l'est également du banquier qui n'est jamais obligé de créditer le compte du client. Il ne pouvait d'ailleurs pas en être autrement puisque le banquier est toujours libre de consentir ou non un crédit. Comme l'a rappelé l'assemblée plénière de la Cour de cassation dans son arrêt du 9 octobre 2006<sup>5</sup> !

## Crédit confirmé – Surveillance de l'affectation des fonds – Secret bancaire

Cass. com., 23 janvier 2007, arrêt n° 50 F-P+B, Martres c/ Société La Financière du Forum et a.

- En l'absence de dispositions légales ou de stipulations conventionnelles imposant à l'établissement de crédit de surveiller l'utilisation par le promoteur-vendeur des crédits confirmés bénéficiant aux acquéreurs mais dont l'intéressé a la libre disposition, la cour d'appel a exactement décidé que la seule obligation de l'établissement de crédit a été de délivrer, conformément à ses engagements, l'intégralité du crédit confirmé, *“mais qu'il ne pouvait lui être reproché de ne pas s'être assuré de la destination des fonds”* ;
- Le secret bancaire s'oppose à ce que soient communiqués aux acquéreurs ses renseignements relatifs à la délivrance des crédits confirmés et au fonctionnement du compte du vendeur ou à sa situation bancaire.

En cas de vente en l'état futur d'achèvement, deux types de garantie d'achèvement<sup>6</sup> peuvent être données<sup>7</sup> : une garantie extrinsèque, définie comme une garantie accordée par un intervenant extérieur ; une garantie intrinsèque, définie comme une garantie tenant aux conditions spécifiques de l'opération<sup>8</sup>. Cette distinction nous paraît toutefois assez relative. Car si la garantie extrinsèque peut prendre la forme *“d'une ouverture de crédit par laquelle celui qui l'a consentie s'oblige à avancer au vendeur ou à payer pour son compte les sommes nécessaires à l'achèvement de l'immeuble”*<sup>9</sup>, la garantie intrinsèque peut résulter

6. Cf. art. R 261-17, Code de la construction et de l'habitation.

7. Sur la coexistence de ces garanties, v. D. Sizaïre, Ventes d'immeubles à construire – Secteur protégé – Dispositions particulières à la vente en l'état futur d'achèvement – Garanties d'achèvement ou de remboursement, fasc. 83-40, Juris-classeur Construction – Urbanisme, spéc. n° 159 et s.

8. *Ibid.*, n° 4.

9. *Ibid.* n° 9 ; art. R 261-21, Code de la construction et de l'habitation.

d'un crédit confirmé<sup>10</sup> qui peut en particulier prendre la forme d'une ouverture de crédit consentie au vendeur, laquelle doit être certaine, c'est-à-dire "opposable par le vendeur, bénéficiaire, à la banque qui fait le crédit"<sup>11</sup>, irrévocable et maintenue jusqu'à l'achèvement<sup>12</sup>. Ces deux garanties ne doivent toutefois pas être confondues : car la garantie intrinsèque participe du financement de l'opération alors que la garantie extrinsèque ne joue que si l'achèvement n'est pas achevé dans le délai déterminé dans la convention<sup>13</sup>.

Dans l'espèce à l'origine de l'arrêt rendu le 23 janvier 2007 par la chambre commerciale de la Cour de cassation, il s'agissait d'une garantie intrinsèque ayant conduit un établissement bancaire à consentir un crédit confirmé dont les fonds ont été effectivement mis à disposition du vendeur. Mais ceux-ci ont disparu de sorte que l'immeuble n'a pas pu être achevé, ce qui a obligé les acquéreurs à le faire achever et à payer un supplément de prix. D'où leur action en responsabilité à l'encontre de l'établissement bancaire auquel il était reproché "de n'avoir pas surveillé l'utilisation des crédits confirmés délivrés au promoteur et refusé de fournir aux acquéreurs une information complète sur les mouvements de son compte bancaire". La cour d'appel de Fort de France, dans une décision du 18 mars 2005, a rejeté leurs prétentions "en considérant que, s'il a l'obligation de délivrer les crédits confirmés promis, le banquier n'a pas celle de surveiller l'avancement des travaux ni de s'assurer de la destination des sommes retirées par le promoteur vendeur et qu'en outre les investigations nécessaires pour vérifier cette destination se heurtaient au secret bancaire" : cette décision est approuvée par la Cour de cassation dans son arrêt du 23 janvier 2007.

**I. La solution consacrée en ce qui concerne la surveillance des fonds est classique.** Car il est de principe que le banquier n'a pas à veiller à l'affectation des fonds sauf s'il en est autrement disposé par la loi ou une stipulation contractuelle : c'est ainsi que, la chambre commerciale casse, dans un arrêt du 7 avril 1992<sup>14</sup>, une décision ayant écarté la responsabilité d'un banquier en reprochant aux juges du fond d'avoir omis de "rechercher si les fonds prêtés devaient, d'après le contrat, être délivrés en compte courant ou si, au contraire, ils étaient affectés à des dépenses correspondant à l'opération immobilière pour laquelle il avait été accordé". Et dans un arrêt du 17 juillet 2001<sup>15</sup>, la chambre commerciale casse une décision ayant retenu une faute de la banque alors qu'il n'était pas allégué que le prêt accordé à la société civile immobilière ait comporté une clause d'affectation s'imposant à la banque". Aussi l'arrêt commenté n'est-il pas étonnant, étant observé qu'il a le mérite d'énoncer clairement la règle gouvernant la responsabilité bancaire en matière de surveillance de l'affectation des fonds : "Mais attendu, d'une part, qu'en

l'absence de dispositions légales ou de stipulations conventionnelles imposant à l'établissement de crédit de surveiller l'utilisation par le promoteur-vendeur des crédits confirmés bénéficiant aux acquéreurs mais dont l'intéressé a la libre disposition, la cour d'appel, qui n'a pas violé les textes visés par la première branche<sup>16</sup>, a exactement décidé que la seule obligation du Crédit martiniquais avait été de délivrer, conformément à ses engagements, l'intégralité du crédit confirmé, mais qu'il ne pouvait lui être reproché de ne pas s'être assuré de la destination des fonds".

Cette décision montre en particulier, sur le terrain des crédits confirmés, que le banquier ne peut être reconnu responsable de la disparition des fonds même lorsque ceux-ci correspondent à une garantie intrinsèque d'achèvement. Cette solution rejoint celle admise à propos de la garantie extrinsèque d'achèvement dont on souligne qu'elle est une garantie de moyens dont l'objet est le seul versement des sommes nécessaires à l'achèvement de sorte que le banquier ne peut pas normalement être rendu responsable du détournement des fonds versés<sup>17</sup>.

**II. Les demandeurs souhaitent obtenir, de la part de la banque, la communication d'informations concernant la délivrance des crédits confirmés, la délivrance des fonds et la situation du vendeur.** On le sait toutefois<sup>18</sup>, le secret bancaire est un motif légitime<sup>19</sup>, un empêchement légitime<sup>20</sup> permettant au banquier de refuser la communication des informations sollicitées. Et cela même si sa responsabilité est en cause comme le montre un arrêt de la Cour de cassation en date du 25 janvier 2005<sup>21</sup> :

"Attendu qu'en statuant ainsi, alors que s'il était légitime d'exiger de la banque qu'elle démontre avoir délivré le crédit confirmé conformément aux engagements bénéficiant aux acquéreurs, en revanche, en tant qu'ils étaient relatifs au fonctionnement d'un compte bancaire ou susceptibles de comporter des informations dont le Crédit Martiniquais avait eu connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle, les documents réclamés pour permettre d'établir la destination donnée aux fonds perçus par le promoteur pour construire la résidence inachevée étaient couverts par le secret bancaire dont le Syndicat des copropriétaires « Les Sommets de l'Anse Mitan » n'était pas bénéficiaire et ce secret constituait un empêchement légitime opposable au juge civil hors les cas, qui n'étaient pas réalisés en l'espèce, prévus par la loi, ce dont il se déduisait que bien qu'ayant la qualité de partie au litige, la banque était fondée à l'opposer pour refuser la communication sollicitée, la cour d'appel a violé les textes susvisés" (art. L. 511-33 du Code monétaire et financier, ensemble l'article 10 du Code civil).

Il n'est dès lors pas étonnant que cette solution soit reprise par la chambre commerciale dans son arrêt du 23 janvier 2007 :

10. Art. R 261-18, Code préc.

11. Sizaire, *ibid.* n° 114.

12. Sur toutes ces conditions, v. Sizaire, art. préc. n° 114 et s.

13. *Ibid.* n° 35.

14. Cass. com., 7 avril 1992, Dr. sociétés juillet 1992, n° 154, note Th. Bonneau.

15. Cass. com., 17 juillet 2001, Rev. dr. bancaire et financier n° 6, novembre/décembre 2001 n° 220 p 346, obs. D. Legeais.

16. Art. 1382, Code civil et Art. R 261-18, Code de la construction et de l'habitation.

17. V. Sizaire, art. préc. spéc. n° 24 et 30.

18. V. Th. Bonneau, *Droit bancaire, op. cit.*, n° 416-1 p 304.

19. Art. 10, Code civil.

20. Art. 11, NCPC.

21. Cass. com., 25 janvier 2005, Bull. civ., IV n° 13, p. 12; Banque & Droit n° 101, mai-juin 2005, 70, obs. Th. Bonneau; Rev. dr. bancaire et financier n° 2, mars-avril 2005, 12, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard; Rev. trim. dr. com., 2005, 395, obs. D. Legeais; JCP 2005, éd. E, 1676, n° 6, obs. A.S.

“Attendu, d'autre part, que les investigations nécessaires pour rechercher, non pas seulement que les crédits confirmés avaient bien été délivrés conformément aux engagements bénéficiant aux acquéreurs, mais la destination des fonds ainsi accordés, supposaient d'analyser le fonctionnement de comptes bancaires ou étaient susceptibles d'aboutir à la divulgation d'informations dont le Crédit Martiniquais avait eu connaissance dans l'exercice de son activité professionnelle : que, loin, de violer les textes visés par la deuxième branche, la cour d'appel, qui a jugé que le secret bancaire s'opposait à de telles recherches, en a fait au contraire l'exacte application ;

Attendu, enfin, que la cour d'appel n'était pas tenu de répondre au moyen évoqué par la troisième branche, lequel n'était pas susceptible d'influer sur la solution du litige dès lors que le secret bancaire s'opposait à ce que soient communiqués aux acquéreurs, ainsi qu'ils le demandaient, les renseignements relatifs au fonctionnement du compte du vendeur ou à sa situation bancaire”.

On peut regretter cette jurisprudence car elle est incontestablement un frein à la mise en cause de la responsabilité bancaire. Mais celle-ci n'est pas sans pertinence au regard du fondement du secret bancaire qui réside dans la protection du client qui seul, indépendamment des dérogations légales, peut autoriser la levée du secret bancaire.

## Cession Dailly à titre de garantie – Absence de droit dans la “ faillite ” du cédant – Bordereau irrégulier

Cass. com., 20 février 2007, Société SICA La Bastidette et a. c/ Société Banque Chaix, D. 2007, act. jurisp. p 793, NDLR X. Delpech.

- “Si la cession de créance professionnelle à titre de garantie attribuée au cessionnaire un droit exclusif sur cette créance afin de garantir le recouvrement du concours consenti, elle ne saurait conférer au concours déclaré au passif du cédant un privilège dont il serait assorti lui donnant le droit d'être préféré aux autres créanciers sur un élément du patrimoine de son débiteur” ;
- “Si la transmission des créances professionnelles peut être effectuée par un procédé informatique tel qu'un « listing », joint au bordereau, permettant de les individualiser, le bordereau de cession n'en doit pas moins être lui-même revêtu de toutes les mentions exigées par la loi en ce cas, c'est-à-dire, outre l'indication du moyen par lequel les créances sont transmises, le nombre et le montant global des cessions”.

Si le recours au procédé informatique permet un allègement du formalisme du bordereau Dailly, il ne conduit pas à le supprimer : le bordereau de cession de créances identifiées par un procédé informatique doit en effet indiquer le moyen par lequel les créances sont transmises, leur nombre et leur montant global<sup>22</sup> ; à défaut, le bordereau “ne vaut pas comme acte de cession ou de nantissement de créances professionnelles au sens des articles L. 313-23 à 313-34”<sup>23</sup>. Cette sanction avait pourtant été

écartée, dans une décision du 21 avril 2005, par la cour d'appel de Nîmes, à propos d'un bordereau portant “seulement, à la rubrique « liste des créances cédées, nom et adresse du débiteur », la mention suivante : « ci-joint balance au 31 mai 2001 »”. De sorte qu'il n'est pas étonnant que la Cour de cassation ait censuré cette décision dans son arrêt du 20 février 2007 au motif que “si la transmission des créances professionnelles peut être effectuée par un procédé informatique tel qu'un « listing », joint au bordereau, permettant de les individualiser, le bordereau de cession n'en doit pas moins être lui-même revêtu de toutes les mentions exigées par la loi en ce cas, c'est-à-dire, outre l'indication du moyen par lequel les créances sont transmises, le nombre et le montant global des cessions”.

Mais sans nul doute, l'intérêt de l'arrêt commenté réside principalement dans l'affirmation que la créance garantie par une cession Dailly n'est pas une créance pouvant être admise à titre privilégié au passif du cédant :

“Vu l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier et les articles L. 621-43 et suivants du Code de commerce, alors applicables ;

Attendu que si la cession de créance professionnelle à titre de garantie attribuée au cessionnaire un droit exclusif sur cette créance afin de garantir le recouvrement du concours consenti, elle ne saurait conférer au concours déclaré au passif du cédant un privilège dont il serait assorti lui donnant le droit d'être préféré aux autres créanciers sur un élément du patrimoine de son débiteur ;

Attendu que pour admettre à titre privilégié la créance de la banque, l'arrêt constate que le bordereau était intitulé « acte de cession de créances professionnelles » et qu'il avait été conclu en application d'une convention cadre prévoyant seulement la cession à titre de garantie des créances professionnelles dites « Dailly » ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la créance professionnelle avait fait l'objet d'une cession et non d'un nantissement, lequel constitue une faculté alternative à la cession, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses constatations”.

Cette décision ne peut être qu'approuvée. Il est vrai que le banquier qui bénéficie d'une cession de créances à titre de garantie du concours financier qu'il a consenti obtient ainsi une sûreté puisque la cession lui transfère un droit sur un actif dont son débiteur était propriétaire. Mais du fait de cette cession, l'actif est sorti du patrimoine du cédant, débiteur du concours financier, pour être intégré au patrimoine du cessionnaire, créancier du cédant – il en est ainsi alors même que le transfert de la propriété des créances est normalement temporaire – ce qui n'est pas sans conséquence en cas de procédure collective du cédant. Car si le cessionnaire est bien titulaire d'un droit sur un actif ayant appartenu au débiteur, il ne peut prétendre à aucun autre droit sur les actifs dont le cédant est resté propriétaire. De sorte qu'au regard des actifs composant le patrimoine de celui-ci, le banquier cessionnaire Dailly n'est qu'un créancier chirographaire et qu'il ne peut pas être admis, en raison de la seule cession Dailly à titre de garantie, en qualité de créancier privilégié au passif du débiteur sous le coup d'une procédure collective.

22. Art. L 313-23 du Code monétaire et financier. Sans oublier les mentions énoncées aux 1, 2 et 3 de l'article L. 313-23 comme l'indique son alinéa 4. Sur l'individualisation défectueuse des créances cédées, v. également, CA Rouen, 11 octobre 2005, Banque & Droit n° 105, janvier-

février 2006, p 59, obs. Th. Bonneau.

23. Art. L 313-23, al. 6, Code préc. Sur cette sanction, v. CA Rouen, 11 octobre 2005, arrêt préc. ; Cass. com. 3 octobre 2006, Banque & Droit n° 111, janvier-février 2007 p 25, obs. Th. Bonneau.

La banque cessionnaire l'avait d'ailleurs bien compris dans l'espèce à l'origine de l'arrêt du 20 février 2007 puisqu'elle avait *“déclaré une créance à titre privilégiée en mentionnant, au titre des garanties dont elle bénéficiait, un «nantissement de cession de créances Dailly» à concurrence d'un certain montant”*. Mais comme le souligne la Cour de cassation pour casser la décision des juges du fond, *“la créance professionnelle avait fait l'objet d'une cession et non d'un nantissement, laquelle constitue une faculté alternative à la cession”*. Ces deux opérations sont en effet bien différentes même si la Cour de cassation a pu juger, dans un arrêt du 19 décembre 2006<sup>24</sup>, qu'*“en dehors des cas prévus par la loi, l'acte par lequel un débiteur cède et transpose à son créancier, à titre de garantie, tous ses droits sur des créances, constitue un nantissement de créance”*<sup>25</sup>.

Le cessionnaire Dailly ne doit pas se plaindre de la solution consacrée par l'arrêt du 20 février 2007 car les créances cédées à titre de garantie lui profitent exclusivement, la cession n'étant pas affectée par la procédure collective même si elle porte sur des créances futures<sup>26</sup>. Il est vrai que cette situation suppose que le bordereau soit régulier, ce qui n'était pas le cas dans l'espèce à l'origine de l'arrêt commenté. Mais ce n'est pas une raison suffisante pour critiquer une solution qui juridiquement s'impose.

## Crédit – Responsabilité bancaire – Devoir de mise en garde

Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 13 février 2007, arrêt n° 194 F-P+B, Guilhem c/ BNP Paribas, D. 2007, p 723, NDLR V. Avena-Robardet.

*“Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si les emprunteurs pouvaient ou non être regardés comme des emprunteurs profanes et, dans l'affirmative, si, conformément au devoir de mise en garde auquel elle était tenue à leur égard, la BNP avait vérifié leurs capacités financières avant de leur apporter son concours et les avait alertés sur les risques de l'endettement né de l'octroi des prêts, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard”* de l'article 1147 du Code civil.

Dans une décision du 25 mai 2004, la cour d'appel de Toulouse avait décidé *“qu'un établissement bancaire ne pouvait voir rechercher sa responsabilité pour avoir consenti un crédit manifestement disproportionné eu égard aux facultés de remboursement de l'emprunteur sans qu'il soit constaté que la situation du débiteur principal était irrémédiablement compromise au moment de la souscription des engagements pris par ce dernier”*. Cette décision était contraire à la jurisprudence de la première chambre civile qui, avant ses arrêts du 12 juillet 2005<sup>27</sup>, imposait

une obligation de mise en garde au profit de tous les emprunteurs. Et elle posait une condition qui ne l'était pas par la chambre commerciale qui écartait, avant ses arrêts du 3 mai 2006<sup>28</sup>, la responsabilité pour crédit excessif en toute hypothèse. La décision attaquée n'était pas plus conforme aux nouvelles solutions consacrées par la Cour de cassation. On sait en effet, que depuis les arrêts des 12 juillet 2005 et 3 mai 2006, il convient de distinguer l'emprunteur profane, qui est protégé par le devoir de mise en garde, de l'emprunteur averti qui l'est par le principe de symétrie de l'information. Or la décision attaquée ne prenait pas en compte la qualité des emprunteurs de sorte qu'elle ne pouvait pas être maintenue.

Reprenant donc une solution acquise, l'arrêt du 13 février 2007 n'appelle guère de commentaire. Sauf pour relever la méthode suggérée aux juges du fond : rechercher la qualité de l'emprunteur avant de vérifier, si le client est profane, la mise en œuvre du devoir de mise en garde. Sauf pour noter qu'il résulte de l'arrêt du 13 février 2007 que l'alerte n'interdit pas au banquier de consentir le crédit. Mais la solution n'est pas nouvelle puisque cette possibilité a déjà été consacrée par la première chambre civile dans un arrêt du 21 février 2006<sup>29</sup>. Lequel nous avait conduit à souligner que l'on peut être tenté d'approuver une telle solution *“car l'emprunteur est un sujet de droit responsable. Mais on peut également estimer que, si malgré la mise en garde, le client est imprudent ou inconscient, le banquier ne doit pas l'être car le devoir de mise en garde est conçu comme un mécanisme de protection de l'emprunteur profane. Aussi la solution consacrée par l'arrêt commenté ne nous paraît pas s'imposer avec évidence et doit être prise en compte par les banquiers avec prudence”*.

24. Cass. com., 19 décembre 2006, D. 2007, act. jurispr. 76, obs. X. Delpech; JCP 2007, éd. E, 1131, rapport M. Cohen Branche et note D. Legeais; D. 2007, p 344, note Ch. Larroumet; V; également, R. Dammann et G. Podeur, Cession de créances à titre de garantie: la révolution n'a pas eu lieu, D. 2007, p. 319.

25. Sur la fiducie sûreté permise depuis la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, cf. art. 2011 et s., Code civil.

26. V. Bonneau, *Droit bancaire, op. cit.*, n° 591 p 428 et s.

27. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 juillet 2005; Banque & Droit n° 104, novembre-décembre 2005, p. 80, obs. Th. Bonneau; D. 2005, act. jurispr. 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. 94, obs. J.-L. Guillot et M. Boccara; 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; Rev. trim. dr. com. 2005. 820, obs. D. Legeais.

28. Com., 3 mai 2006, Banque & Droit n° 109, septembre-octobre 2006, p. 49, obs. Th. Bonneau; Revue Banque, juillet-août 2006; p. 85, obs. F.-J. Guillot et S. Fayner; D. 2006, act. jurispr. 1445, obs. X. Delpech; 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. 12, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin.

29. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 21 février 2006, Bull. civ. I n° 91 p 86; Banque & 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.

## Responsabilité bancaire – Engagement disproportionné de la caution

Cass. com., 6 février 2007, arrêt n° 156 F-P+B, société Crédit industriel de l'Ouest c/ Rogue (1<sup>re</sup> espèce).

Cass. com., 13 février 2007, arrêt n° 312 FS-P+P, Baillon c/ Bred banque populaire (2<sup>e</sup> espèce), D. 2007 p 652, NDLR V. Avena-Robardet.

- *“Mais attendu que l'arrêt relève que Mme Rogue, qui n'était pas dirigeante de la société, avait, au jour de la souscription du cautionnement litigieux un revenu mensuel de 3 800 francs alors que les mensualités du prêt dont elle s'était portée caution solidaire étaient de 6266, 88 francs, et qu'il était imprudent de déduire des résultats antérieurs bénéficiaires de l'entreprise et de sa qualité d'associée que les revenus de Mme Rogue augmenteraient de façon sensible et régulière; qu'il en déduit par une appréciation souveraine qu'il existait une disproportion entre les ressources dont elle disposait et l'engagement qu'elle avait souscrit en concurrence de la totalité du crédit; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel qui, s'agissant d'une caution non avertie n'avait pas à procéder à la recherche prétendument omise, a légalement justifié sa décision”*;
- Les articles L. 341-4 et L. 341-5 du Code de la consommation issus de la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 ne sont pas applicables aux cautionnements souscrits antérieurement à son entrée en vigueur (2<sup>e</sup> espèce);
- Ayant *“relevé que M. Baillon était gérant de la société cautionnée, « les juges du fond justifient leur décision en retentant » qu'il ne démontre pas que la banque aurait eu sur ses revenus, sur son patrimoine et ses facultés de remboursement raisonnablement prévisibles au regard de l'opération entreprise, des informations que lui-même aurait ignoré, ce dont il résulte que la caution n'était pas fondée à rechercher la responsabilité de cette banque qui n'était tenue d'aucun devoir de mise en garde à l'égard de cette caution avertie”* (2<sup>e</sup> espèce).

Si dans un arrêt du 17 janvier 1997<sup>30</sup>, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait considéré que commet une faute la banque qui demande au dirigeant social de cautionner une dette qui est manifestement disproportionnée à son patrimoine et à ses revenus, elle avait abandonné cette solution dans un arrêt du 8 octobre 2002<sup>31</sup> : elle avait en effet jugé, dans cet arrêt, que les cautions ne sont pas fondées à rechercher la responsabilité du banquier dont il n'est pas démontré que celui-ci aurait eu, *“sur leurs revenus, leurs patrimoines et leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération immobilière entreprise par la société, des informations qu'eux-mêmes auraient ignorées”*. Mais cet arrêt défavorable aux cautions dirigeants, en ce

qu'il avait réduit leur protection au respect du seul principe de symétrie de l'information, a été condamné en 2003 par le législateur : en effet, selon l'article L. 341-4 du Code de la consommation, issu de la loi du 1<sup>er</sup> août 2003<sup>32</sup>, *“un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation”*.

Ce nouveau texte n'est toutefois pas applicable aux cautionnements souscrits antérieurement à la loi nouvelle : c'est ce que la chambre mixte de la Cour de cassation a jugé dans son arrêt du 22 septembre 2006<sup>33</sup>; cette solution est reprise par la chambre commerciale dans son arrêt du 13 février 2007. De sorte que la caution peut prétendre seulement à la protection résultant du principe de symétrie de l'information, ce qui conduit la Cour à approuver la décision qui écarte la responsabilité de la banque au motif que celle-ci n'a pas eu d'informations que la caution aurait ignoré. Mais cette solution concerne la seule caution avertie. Car si la caution est profane, elle peut se prévaloir de la disproportion de son engagement comme le montre l'arrêt rendu le 6 février 2007<sup>34</sup> qui approuve l'arrêt qui a retenu la responsabilité d'une banque du fait de la disproportion de l'engagement de la caution par rapport à ses ressources : la banque a été condamnée à des dommages-intérêts dont le montant s'est compensé, à due concurrence, avec le montant de la dette garantie de sorte que la caution a été partiellement déchargée de son engagement.

Cette condamnation intervient sans que soit fait référence au devoir de mise en garde qui est en revanche visé, pour être écarté car la caution était avertie, par la Cour de cassation dans son arrêt du 13 février 2007. Doit-on alors en conclure que la responsabilité de la banque aurait été écartée, dans l'espèce à l'origine de l'arrêt du 6 février 2007, si la caution profane avait été mise en garde ? Rien n'est moins sûr puisque la faute de la banque est directement liée, dans cet arrêt, à l'existence de la disproportion entre les ressources dont disposait la caution et l'engagement qu'elle avait souscrit. Mais on sait qu'à propos du débiteur profane, la banque peut consentir le crédit, même s'il est excessif, dès lors qu'elle l'a mis en garde<sup>35</sup> !

Ces questions n'ont désormais qu'un intérêt limité car l'article L. 341-4 ne lie pas l'impossibilité de se prévaloir du cautionnement au défaut de mise en garde. Et il améliore la protection de la caution avertie qui pourra se prévaloir de la disproportion du cautionnement puisque ce texte ne distingue pas entre les cautions averties et profanes. ■

30. Cass. com., 17 janvier 1997, Dr. soc. octobre 1997, no 152, note Th. Bonneau; Rev. dr. bancaire et bourse n° 63 octobre 1997. 221, obs. M. Contamine-Raynaud; JCP 1997, éd. E, II, 1007, note D. Legeais; Bull. Joly 1997, § 313, p. 866, note P. Le Cannu; Rev. trim. dr. civ. 1998. 157, obs. P. Crocq. Sur cet arrêt, v. M. Saint-Cène et J. Grillot, L'engagement de caution disproportionné, Rev. dr. bancaire et financier n° 3, mai/juin 2000. 190.

31. Cass. com., 8 octobre 2002, Rev. trim. dr. civ., 2003. 125, obs. P. Crocq; JCP 2002, éd. E, 1730, note D. Legeais; Rev. dr. bancaire et financier n° 6, novembre/décembre 2002, p. 319, obs. D. Legeais; Les Petites Affiches, n° 8, 10 janvier 2003. 10, note E.C.; Contrats-Concurrence-Consommation février 2003, n°20, note L. Leveneur.

32. Art. 11, II, Loi n°2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003 pour l'initiative économique.

33. Cass. ch. mixte, 22 septembre 2006, Bull. civ. n° 7 p 21; Banque & Droit n° 110, novembre-décembre 2007. 49, obs. F. Jacob.

34. Dans le même sens, v. Cass. com. 3 mai 2006 (aff. Mainguy), Bull. civ. IV n° 103 p 102; Banque et droit n° 109, septembre-octobre 2006. 49, obs. Th. Bonneau; Revue banque juillet-août 2006. 85, obs. J.-L. Guillot et S. Fayner; D. 2006, act. jurispr. 2006. 1445, obs. X. Delepech; JCP 2006, éd. E, 1890, note D. Legeais et éd. G, II, 10122, note A. Gourio.

35. V. nos obs. à propos de Cass. com. 13 février 2007, ci-dessus.