



PAR JEAN-PIERRE MATTOUT,
AVOCAT ASSOCIÉ, KRAMER LEVIN,
PROFESSEUR À L'ÉCOLE INTERNATIONALE DE DROIT
SORBONNE-ASSAS (SINGAPOUR & MAURICE),
ET ANDRÉ PRÛM,
PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DU LUXEMBOURG

JANVIER À JUIN 2016 : REFLETS D'UN CONTEXTE ÉCONOMIQUE DIFFICILE

Le contentieux en matière bancaire continue à refléter un climat de tension entre banques, emprunteurs et garants faisant feu de tous arguments pour tenter d'échapper à leurs engagements. La jurisprudence est appelée à cerner les devoirs du banquier vis-à-vis des emprunteurs et garants non avertis, à interpréter des accords qui ne sont pas toujours très explicites ou n'ont tout simplement pas envisagé des situations exceptionnelles comme celle des taux d'intérêts négatifs et à préciser le cadre procédural de textes qui manquent parfois de précision. Ces hésitations reflètent la difficulté de trouver le juste équilibre entre les intérêts en cause dans un contexte économique qui met à l'épreuve les établissements de crédit fragilisés par la crise et les questionnements sur leur modèle économique autant que les particuliers et entreprises endettés qui n'arrivent pas à accroître leurs ressources.

Les initiatives par lesquelles le législateur cherche à moderniser le droit français pour le rendre plus efficace et plus attractif, au premier plan desquelles figure la réforme du droit des obligations et des contrats, apparaissent dans cette ambiance un peu lourde comme un appel d'air frais.

I - LÉGISLATION - RÈGLES PROFESSIONNELLES

A - LA RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS, DU RÉGIME GÉNÉRAL ET DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS

Monument pratiquement intouché depuis plus de deux cents ans, le droit général des contrats tel qu'il ressort du Code civil a fait l'objet d'une réforme importante(1). Les objectifs poursuivis sont clairs : il s'agissait de moderniser des règles adoptées à une époque où les échanges n'avaient pas grand-chose à voir avec ce qu'ils sont aujourd'hui, de combler toute une série de lacunes, d'intégrer dans les textes les solutions

dégagées au fil du temps par la jurisprudence et de tenir compte des innovations et des progrès présentés par d'autres pays qui, comme les Pays-Bas, le Québec, l'Allemagne ou l'Espagne, pour n'en citer que quelques-uns, ont rénové leur droit des obligations en s'affranchissant du modèle français, considéré comme ayant trop vieilli pour demeurer une source d'inspiration. L'initiative mérite sans la moindre hésitation d'être saluée. Même si elle contraindrait les entreprises comme les praticiens du droit à s'habituer à une réécriture complète des trois titres du Livre III du Code civil consacré aux sources des obligations (Tit. III), au régime général des obligations (Tit. IV) et à la preuve des obligations (Tit. V), la réforme entre-

NOTES

(1) Ord. n° 2016-31, 10 févr. 2016, JO 11 févr.

SOMMAIRE

I - LÉGISLATION - RÈGLES PROFESSIONNELLES 98

A - LA RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS, DU RÉGIME GÉNÉRAL ET DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS

Ord. n° 2016-31, 10 févr.

B - CODIFICATION DU NOUVEAU CODE DE LA CONSOMMATION

Ord. n° 2016-301, 14 mars 2016

C - LA RÉFORME DU CRÉDIT IMMOBILIER

Ord. n° 2016-351, 25 mars 2016

D - LE CONTRÔLE DE LA SOFT LAW

CE, 21 mars 2016, nos 368082 et 390023

E - LA JURISPRUDENCE NOUVELLE N'EST PAS NÉCESSAIRE RÉTROACTIVE

Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 2016, n° 15-10.552

F - LES NOUVEAUX BONS DE CAISSE ET LE CRÉDIT INTERENTREPRISES

Ord. n° 2016-520, 28 avr.

II - CRÉDITS 103

A - GÉNÉRALITÉS

1°/ Domaine d'application de la prescription biennale du Code de la consommation

Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2016, n° 15-14.689

2°/ Le point de départ du délai de prescription du crédit immobilier

Cass. 1^{re} civ., 11 févr. 2016,
nos 14-28.383, 14-22.938, 14-27.143
et 14-29.539

3°/ Recours après paiement d'une caution bancaire et prescription

Cass. 1^{re} civ., 17 mars 2016, n° 15-12.494

4°/ Le banquier peut poursuivre même s'il dispose déjà d'un titre exécutoire

Cass. 2^e civ., 18 févr. 2016,
nos 15-13.945, 15-13.991 et 15-15.778

B - GARANTIE DES CRÉDITS

1°/ La clause fixant un délai pour agir contre la caution

Cass. com., 26 janv. 2016, n° 14-23.285

2°/ Cautionnement disproportionné et consistance du patrimoine

Cass. com., 26 janv. 2016, n° 13-28.378

3°/ Cautionnement disproportionné et plan de sauvegarde

Cass. com., 1^{er} mars 2016, n° 14-16.402

C - RÉMUNÉRATION DU CRÉDIT

1°/ Taux d'intérêt devenu négatif

TGI Strasbourg, ord. réf., 5 janv. 2016,
n° 15/00764 ; TI Montpellier, 9 juin
2016, n° 11-16-000424

2°/ Disproportion de la sanction applicable au TEG erroné

Cass. com., 12 janv. 2016, n° 14-15.203

3°/ Annulation du prêt et restitution du capital

Cass. 3^e civ., 19 mai 2016, n° 15-11.441 ;
Cass. com., 18 mai 2016, n° 14-15.988

III - RESPONSABILITÉ 109

A - LE DEVOIR DE MISE EN GARDE ET L'ÉPOUX DE LA CAUTION

Cass. com., 9 févr. 2016, n° 14-20.304

B - LE MANQUEMENT AU DEVOIR DE MISE EN GARDE N'EST PAS UN DOL

Cass. com., 9 févr. 2016, n° 14-23.210

C - MISE EN GARDE ET CRÉDIT-BAIL

Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-20.216

D - CAUTION AVERTIE ET DEVOIR DE MISE EN GARDE

Cass. com., 5 avr. 2016, n° 14-12.143

E - MISE EN GARDE DU SPÉCULATEUR AVERTI

Cass. com., 12 avr. 2016, n° 14-26.635

F - PRATIQUES COMMERCIALES TROMPEUSES

Cass. crim., 13 janv. 2016, n° 14-88.136

IV - OPÉRATIONS INTERNATIONALES 112

A - CLAUSE ATTRIBUTIVE DE COMPÉTENCE ET SUBROGATION, CLAUSE ASYMÉTRIQUE

Cass. 1^{re} civ., 25 mai 2016, n° 15-10.163

B - APPEL ABUSIF D'UNE CONTRE- GARANTIE ET COLLUSION

Cass. com., 3 mai 2016, n° 14-28.962

C - APPEL ABUSIF DE GARANTIE ET RESTITUTION

Cass. com., 31 mai 2016, n° 13-25.509

D - CRÉDIT DOCUMENTAIRE ET STRICTE CONFORMITÉ DES DOCUMENTS

CCI 24 mai 2016

E - FINANCEMENT DES STOCKS ET LIMITATION DES RISQUES JURIDIQUES

CCI mai 2016

NOTES

(2) A. Bénabent et L. Aynès, Réforme du droit des contrats et des obligations : aperçu général, D. 2016, p. 434.

(3) B. Mallet-Bricout, 2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats, RTD civ. 2016, p. 463.

(4) M. Bensadoun, Réforme du droit des contrats, des préoccupations des entreprises (partiellement) prises en compte, AJ Contrats d'affaires - concurrence - distribution 2016 p. 164.

prise consiste essentiellement dans une amélioration des textes afin de les rendre plus clairs et plus lisibles. Comme le soulignent les premiers commentateurs, « le nouveau texte se veut réaliste et pragmatique, partagé entre le libéralisme (suppression de la cause) et un socialisme tempéré (violence économique, clauses abusives), le souci de l'efficacité (rupture unilatérale, fixation et réduction unilatérale du prix, simplification de la cession de créance) et celui de l'équilibre (traitement de l'imprévision) »(2).

En d'autres mots, il s'agit d'un texte empreint de « modernité mâtinée de pragmatisme, de

technicité assumée, et de maîtrise des excès du rapport de force contractuel »(3). Ce n'est donc point une surprise que les entreprises, largement entendues à l'occasion de la préparation de cette réforme, se réjouissent globalement de ces orientations(4).

Parmi les innovations qui intéresseront sans doute particulièrement les banques figurent la simplification, tant attendue, du régime de la cession de créances par la suppression de la fameuse signification de l'article 1690 actuel, l'introduction d'un régime de cession de dette et d'une solution pour la cession de contrats(5),

ou encore la résolution unilatérale d'un contrat par voie de notification et le nouveau régime général des restitutions. Moins appréciée sera probablement l'introduction d'un devoir d'information dans les relations entre professionnels ou la nullité dans les contrats d'adhésion de toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Plus généralement, c'est le renforcement du rôle du juge et les larges marges d'appréciation qui lui sont laissées pour interpréter toute une série de concepts et de circonstances relativement imprécis (état de dépendance, circonstance particulière, avantage manifestement excessif, attentes légitimes des parties, obligation essentielle, déséquilibre significatif, etc.) qui risquent de gêner les entreprises. Mais un droit moderne des contrats peut difficilement reposer sur le postulat qu'il convient de toujours se méfier de l'office du juge. En *common law*, que les entreprises ont tendance à citer comme référence pour le haut niveau de sécurité juridique qu'elle offre aux opérateurs, le juge ne jouit-il pas précisément d'une confiance élevée pour dégager des solutions qui, à défaut d'une codification du droit des contrats, ne sont guère plus prévisibles que celles qui mettent en œuvre les dispositions réformées du Code civil ? L'expérience acquise dans d'autres pays d'Europe continentale qui ont suivi la même orientation nous laisse confiant que la réforme qui vient d'être adoptée en France a trouvé globalement le juste équilibre entre le respect dû à la liberté contractuelle et la nécessité de reconnaître au juge un pouvoir de modulation des relations contractuelles dans des circonstances exceptionnelles.

NOTES

- (5) L. Aynès, Cession de créance, cession de dette, cession de contrat : les nouvelles règles, Dr. & patr. 2016, n° 260, p. 63.
 (6) Ord. n° 2016-301, 14 mars 2016, JO 15 mars.
 (7) L. n° 2003-721, 1^{er} août 2003, JO 5 août.
 (8) G. Piette, Le cautionnement par le nouveau Code de la consommation, Lexbase, La lettre juridique n° 651, 14 avr. 2016.
 (9) Dir. n° 2014/17/UE, 4 févr. 2014, JOUE 28 févr., n° L 60.
 (10) Ord. n° 2016-351, 25 mars 2016, JO 26 mars ; v. JCP N 2016, n° 14, 486, obs. S. Piedelièvre, JCP E 2016, n° 17, 517, obs. J. Lasserre Capdeville, JCP E 2016, n° 24, 1362, obs. A. Gourio, JCP E 2016, n° 23, 1348, obs. J.-D. Pellier, LEDB mai 2016, n° 5, note J. Lasserre Capdeville, LEDC mai 2016, n° 5, note G. Cattalano-Cloarec.

B - CODIFICATION DU NOUVEAU CODE DE LA CONSOMMATION

En 1993, la France était parmi les premiers pays de l'Union européenne à se doter d'un véritable Code de la consommation. Le travail avait été soigneusement préparé durant plus de dix ans par une commission présidée par le professeur Calais-Auloy. Mais au fil du temps, de nombreuses nouvelles règles protectrices des consommateurs trouvaient de moins en moins aisément leur place dans ce code. Le moment était donc venu d'en revoir l'architecture.

Le nouveau Code de la consommation issu de l'ordonnance du 14 mars 2016(6) refond la matière quasiment à droit constant. Seuls les pouvoirs d'enquête des agents de contrôle forment un chapitre nouveau. Pour le surplus, le nouveau code comporte essentiellement une série d'améliorations techniques. L'ordonnance introduit ainsi un article liminaire venant éclairer le champ d'application du droit de la consom-

mation, en définissant avec plus de précision la notion de consommateur.

Les dispositions consacrées au droit du crédit se trouvent dorénavant réparties entre le Livre III relatif aux opérations de crédit et le Livre VII consacré au traitement des situations de surendettement. Quant au Livre II, qui concerne le contrat en tant que tel, il comporte dorénavant dans son chapitre IV un renvoi intéressant aux dispositions relevant de la protection des consommateurs qui figurent dans d'autres codes, en particulier le Code monétaire et financier, sans toutefois les reproduire. L'objectif est de permettre au consommateur comme au professionnel d'identifier plus rapidement l'ensemble des règles spécifiques à des contrats ayant un objet particulier qui continuent à être éparpillées à travers différents textes.

On regrettera simplement que l'occasion n'ait pas été saisie de corriger une série d'imperfections, ce que pourtant la loi d'habilitation ne semblait pas exclure. En maintenant, par exemple, les textes relatifs au cautionnement dans les dispositions communes aux crédits à la consommation et au crédit immobilier, le nouveau code semble ignorer le champ d'application élargi assigné à ces règles par la loi « Dutreil » du 1^{er} août 2003(7) et qui rend en quelque sorte superflus les nouveaux articles L. 314-15 à L. 314-18(8). Mais il est vrai que les frontières entre de simples corrections des textes existants, permises dans une codification à droit constant, et de véritables amendements, qui excèdent cet exercice, ne sont pas aisées à tracer.

C - LA RÉFORME DU CRÉDIT IMMOBILIER

Le crédit immobilier n'a été appréhendé par le droit de l'Union européenne que relativement récemment par la directive n° 2014/17/UE du 4 février 2014(9) sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel. L'objectif du texte est double puisqu'il vise, d'une part, à instaurer un niveau minimal de protection des preneurs de crédit et, d'autre part, à créer un marché intérieur des contrats de crédit immobilier. Cette directive vient d'être transposée en droit français par l'ordonnance n° 2016-351 du 25 mars 2016(10).

Dans la mesure où les consommateurs qui souscrivent un crédit immobilier disposaient déjà d'un niveau de protection élevé, le législateur français s'est contenté globalement d'intégrer les nouvelles règles européennes sans aller au-delà de celles-ci. Les principales innovations se situent sur deux terrains : les

obligations mises à la charge du prêteur durant la période précontractuelle et les règles régissant l'intervention des intermédiaires.

Pour assurer au futur emprunteur une meilleure information, la directive européenne introduit d'abord une fiche d'information standardisée européenne (FISE), qui doit renseigner celui-ci notamment sur le taux annuel effectif global (TAEG). Le contenu de cette fiche est standardisé et comporte quinze rubriques qui doivent fournir à l'emprunteur toutes les données quantitatives pour apprécier les termes économiques du crédit qui lui sont proposés. Les éléments du taux effectif global (TEG) sont alignés sur ceux applicables en matière de crédit à la consommation et forment ainsi dorénavant un régime unique pour les crédits aux particuliers. Au-delà de cette fiche d'information, le prêteur doit fournir à l'emprunteur gratuitement toutes les explications pour permettre à celui-ci de déterminer si le contrat de crédit proposé est adapté à ses besoins et à sa situation financière. Mais les obligations du prêteur ne s'arrêtent pas là. Celui-ci doit encore mettre en garde l'emprunteur lorsque, compte tenu de sa situation financière, un contrat de crédit peut induire des risques spécifiques pour lui. Voilà donc que le devoir de mise en garde, dégagé par la jurisprudence, se trouve consacré par la loi. Le nouveau texte prend soin toutefois de distinguer ce devoir de service de conseil que l'emprunteur peut solliciter mais qui ne constitue pas un droit pour lui.

Tirant les leçons de la crise des *subprimes* américains, le législateur européen a voulu assurer par ailleurs que la distribution des crédits immobiliers s'effectue de façon responsable. Il a introduit à cet effet des règles de conduite que doivent respecter ceux qui proposent des crédits immobiliers à des consommateurs et imposé aux prêteurs de suivre une politique de rémunération avec leurs intermédiaires en ligne avec une distribution responsable des crédits. Par ailleurs, les personnes qui s'adonnent à cette activité doivent dorénavant faire preuve d'un certain niveau de connaissances et de compétences et suivre, le cas échéant, des formations professionnelles. En contrepartie de cette harmonisation de leur statut, les intermédiaires de crédit peuvent exercer à l'avenir leur activité en libre prestation de services ou par la voie de la liberté d'établissement à travers tout le marché intérieur.

L'ordonnance n° 2016-351 du 25 mars 2016, complétée par quatre arrêtés du 9 juin 2016, met en œuvre l'ensemble de ce dispositif européen.

D - LE CONTRÔLE DE LA *SOFT LAW*

La notion même de *soft law*, jadis qualifiée par le Conseil d'État lui-même « de droit mou, de droit flou », parce qu'elle n'emportait pas normativement d'obligations impératives modifiant l'ordonnement juridique, ne faisait l'objet d'un contrôle juridictionnel qu'à titre très exceptionnel lorsque ces actes revêtaient « le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils (énonçaient) des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance ». Ce même Conseil d'État vient de réviser sa position par deux décisions d'importance au plan des principes(11). En effet, la recevabilité des recours en annulation contre ces actes est désormais admise, même si des conditions sont posées. Ce contrôle de légalité est maintenant possible « s'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent ». Les nombreuses autorités de régulation sont ici concernées, tant prolifèrent les avis, recommandations et autres positions. Le Conseil d'État pourra enjoindre à ladite autorité de modifier l'acte critiqué. Il devrait pouvoir être saisi par voie de référé.

Dans l'affaire « Fairvesta »(12), il s'agissait du contrôle d'un communiqué de l'Autorité des marchés financiers mettant en garde des investisseurs sur des placements dans des produits immobiliers, pourtant non soumis à son contrôle. Dans l'affaire « Numericable »(13), il s'agissait de l'Autorité de la concurrence intervenant dans une opération de concentration à propos d'une condition qu'elle avait posée. Même si dans les deux cas le Conseil d'État n'a pas cru devoir retenir la position des demandeurs, il n'en demeure pas moins qu'il a entrebâillé la porte du contrôle en retenant le principe de sa recevabilité. En matière bancaire, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution pourrait sans doute être soumise désormais au même contrôle.

Cette approche est plus réaliste qui interroge les effets concrets de la position édictée plutôt que sa place dans la hiérarchie des normes. Elle fait progresser l'état de droit. Inversement, reconnaissant aux autorités de régulation une influence effective hors de leur pouvoir purement réglementaire, cela pourrait conduire, dans certains domaines et notamment en droit de la concurrence, à reconnaître que la position de ces autorités peut avoir un effet impératif sur le comportement des acteurs soumis à son contrôle et ainsi leur offrir une atténuation de responsabilité.

NOTES

- (11) CE, 21 mars 2016, n°s 368082 et 390023 ; v. J.-J. Daigre, Le droit mou est-il en train de durcir ?, Banque et droit mai-juin 2016, 3 ; T. Perroud, Le recours pour excès de pouvoir contre les actes de *soft law* des autorités de régulation, JCP G 2016, n° 22, 623 ; N. Mathey, Vers une solidification du droit souple, RD bancaire et fin. mai 2016, 108.
 (12) CE, 21 mars, n° 368082.
 (13) CE, 21 mars, n° 390023.

E - LA JURISPRUDENCE NOUVELLE N'EST PAS NÉCESSAIREMENT RÉTROACTIVE

La Cour de cassation est attachée à l'effet rétroactif de sa jurisprudence qu'elle assimile à l'effet d'une loi interprétative. Depuis plusieurs années, cet effet fait l'objet de débats importants à l'occasion des revirements de jurisprudence (14). La réponse traditionnelle fournie par la Cour est que la sécurité juridique ne peut consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée (15), ce qui s'entend parfaitement si l'on veut éviter que le droit ne cesse d'évoluer, mais qui ne répond que partiellement à la question posée par ceux qui, de bonne foi, se sont engagés sur la base du droit existant, et de son interprétation, au moment où ils ont conclu.

La Cour a toutefois aménagé une exception à cette règle, lorsque le revirement pouvait avoir une incidence sur l'accès au juge, privant alors le justiciable d'un procès équitable (16).

Dans la présente espèce (17), la commune d'Ajaccio avait confié à une société, par délégation de service public, le soin de construire et d'exploiter un crématorium, ce qui provoqua des réactions très négatives de certains habitants de la commune concernée qui diffusèrent alors sur Internet des propos peu amènes, provoquant à leur tour de la part du délégataire une assignation en diffamation contre eux et l'hébergeur du site. Le débat portait sur l'application de l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, texte qui prévoit que l'assignation doit, à peine de nullité, préciser et qualifier le fait incriminé et indiquer le texte de loi applicable. Face à cette exigence, la Chambre criminelle juge traditionnellement qu'elle a l'obligation de vérifier, au besoin d'office, si la citation respecte bien ce texte et qu'elle mentionne bien la peine encourue. Toutefois, la première chambre civile, en 2009, a jugé que la simple omission dans l'assignation de la peine encourue, que la juridiction civile ne peut en tout état de cause prononcer, n'affectait pas la validité de l'assignation. Cela devait conduire en 2013 l'Assemblée plénière de la Cour de cassation à affirmer que l'article 53 devait aussi recevoir application devant les juridictions civiles au nom de l'unicité du procès de presse. Ce revirement par rapport à la jurisprudence des chambres civiles était ici en cause. Pour en écarter l'effet rétroactif traditionnel, la première chambre civile retient ici une application limitée de la rétroactivité du revirement jurisprudentiel dans un attendu finement ciselé (♦♦♦) où, tout en réaffirmant le principe général, elle invite à une mesure attentive des avantages et inconvénients à l'aune de la disproportion

qui pourrait en résulter et en reprenant la limite énoncée du risque inacceptable de priver une partie de son droit à un procès équitable.

À partir de ces concepts généraux de plus en plus utilisés – la disproportion, le droit à un procès équitable –, la jurisprudence affine le concept même de justice, non sans s'arroger un pouvoir qui ressemble fort à celui d'un législateur : fixer l'application dans le temps d'une règle nouvelle.

F - LES NOUVEAUX BONS DE CAISSE ET LE CRÉDIT INTERENTREPRISES

Les bons de caisse voient leur régime modernisé en même temps qu'une nouvelle catégorie, celle des « minibons », est introduite, dont la particularité est de pouvoir être négociés sur des plates-formes de *crowdfunding*.

Le nouvel article L. 223-1 du Code monétaire et financier définit les bons de caisse comme « des titres nominatifs et non négociables comportant un engagement par un commerçant de payer à échéance déterminée, délivrés en contrepartie d'un prêt ». Ils constituent pour les entreprises un instrument de financement à court terme puisqu'ils ne peuvent pas être souscrits pour une échéance supérieure à cinq ans. À la différence des valeurs mobilières, ces bons doivent aussi être émis sur une base individualisée et ne peuvent pas, « dans une même émission, conférer des droits de créance identiques pour une même valeur nominale ». Tirant profit du nouveau régime de cession de créances, introduit

EXTRAITS

♦♦♦ 001 Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 2016, n° 15-10.552

« Attendu, cependant, que si la jurisprudence nouvelle s'applique de plein droit à tout ce qui a été fait sur la base et sur la foi de la jurisprudence ancienne, la mise en œuvre de ce principe peut affecter irrémédiablement la situation des parties ayant agi de bonne foi, en se conformant à l'état du droit applicable à la date de leur action, de sorte que le juge doit procéder à une évaluation des inconvénients justifiant qu'il soit fait exception au principe de la rétroactivité de la jurisprudence et rechercher, au cas par cas, s'il existe entre les avantages qui y sont attachés et ses inconvénients, une disproportion manifeste », pour conclure qu'en l'espèce appliquer cette rétroactivité aboutirait « à priver ces derniers d'un procès équitable, au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en leur interdisant l'accès au juge »

NOTES

- (14) V. notamment le rapport de N. Molfessis de 2004, Les revirements de jurisprudence, LexisNexis, 2005.
 (15) Rapp. C. cass. 2014, Études, Chap. 2, La Cour de cassation, gardienne de l'application de la jurisprudence dans le temps.
 (16) Par exemple, v. Cass. com., 13 nov. 2007, n° 05-13.248, ou encore Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2012, n° 11-18.132.
 (17) Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 2016, n° 15-10.552.

par la réforme du droit des contrats, une ordonnance du 28 avril 2016 (18) simplifie les modalités de cession des bons de caisse en l'alignant sur la solution admise dorénavant pour toutes les cessions de créances.

Les nouveaux « minibons » constituent la véritable innovation du texte. Contrairement aux bons de caisse ordinaires, ces « minibons » sont destinés à être échangés sur des plates-formes Internet de financement participatif. Le législateur a voulu ainsi offrir aux entreprises de lever, sous certaines conditions, des fonds directement auprès des internautes. Les modalités précises des émissions, qui, au demeurant, peuvent se diviser en droits de créances identiques pour une même valeur nominale, seront précisées par décret. De façon visionnaire, le nouvel article L. 223-12 du Code monétaire et financier prévoit que l'émission et la cession de « minibons » peuvent s'effectuer sur la base de la technologie *blockchain*, c'est-à-dire de dispositifs d'enregistrement électroniques partagés permettant l'authentification des opérations. Les conditions dans lesquelles le recours à cette technologie sera permis devront encore être définies par un décret en Conseil d'État. Il est remarquable toutefois qu'elle trouve une première consécration à travers l'ordonnance n° 2016-520 du 28 avril 2016.

II - CRÉDITS

A - GÉNÉRALITÉS

1^o/ Domaine d'application de la prescription biennale du Code de la consommation

Les crédits consentis à une société civile immobilière n'échappent pas en tant que tels au droit de la consommation. C'est l'objet de l'opération financée qu'il convient de prendre en considération pour apprécier si celle-ci est susceptible d'entrer dans le champ d'application des articles L. 312-2 et suivants du Code de la consommation. Dès lors qu'il s'agit de financer une activité professionnelle qui consiste à procurer, « sous quelque forme que ce soit, des immeubles ou fractions d'immeubles, bâtis ou non, achevés ou non, collectifs ou individuels, en propriété ou en jouissance » (C. consom., art. L. 312-3), l'opération ne relève, en principe, plus des dispositions protectrices des consommateurs. Peu importe à cet égard que l'activité soit développée par une personne physique ou une personne morale. Par dérogation à cette règle, les parties à un contrat de prêt peuvent cependant décider d'un commun accord de se placer sous le régime des articles L. 312-7 et suivants du Code de la consommation.

Ce choix n'a toutefois pas pour conséquence de soumettre leur relation aux règles générales régissant les rapports entre professionnels et consommateurs. La Cour de cassation, par une décision de la première chambre civile du 3 février 2016 (19), vient à ce titre rappeler justement qu'un contrat de prêt consenti à une société civile immobilière, conventionnellement soumis aux dispositions du Code de la consommation propres aux crédits immobiliers, ne demeurerait pas moins régi par le droit commun des prescriptions civiles. L'action en remboursement de la banque contre l'emprunteur défaillant n'était donc pas subordonnée au respect de la prescription abrégée de deux ans de l'article L. 137-2 du Code de la consommation (devenu l'article L. 218-2 avec l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation (20)). La solution s'imposait. Le fait pour les parties de soumettre leur contrat aux règles de formation et d'exécution spécifiques aux crédits immobiliers du Code de la consommation ne peut avoir pour effet de transformer un professionnel en un consommateur. Or, en l'espèce, la société civile immobilière agissait dans le cadre d'une activité professionnelle d'investissements immobiliers. Il était dès lors normal qu'elle ne puisse pas se prévaloir de la courte prescription que le Code de la consommation impose aux professionnels pour agir contre un consommateur.

2^o/ Le point de départ du délai de prescription du crédit immobilier

La situation inextricable dans laquelle la première chambre civile de la Cour de cassation avait placé les établissements de crédit confrontés aux défauts de remboursement des crédits immobiliers consentis à des consommateurs en les obligeant à agir contre ceux-ci dans un délai de deux ans à compter de la première échéance impayée du crédit (21) vient heureusement d'être renversée. Par quatre arrêts du 11 février 2016 (22), confirmés par une décision du 14 avril 2016 (23), la première chambre civile change radicalement d'optique. Ce n'est plus le jour du premier incident de paiement non régularisé qui compte dorénavant comme point de départ de la prescription, mais celui de l'exigibilité de l'échéance impayée.

La Cour de cassation fonde ce revirement de jurisprudence sur le caractère divisible de la dette de remboursement d'un crédit immobilier basé sur un échéancier de remboursements successifs. Elle ne se contente pas, en effet, de viser l'article L. 137-2 du Code de la consommation (devenu l'article L. 218-2) mais appuie sa décision également sur les articles 2224 et 2233, 3^e, du Code civil. Pour les obli-

NOTES

- (18) Ord. n° 2016-520, 28 avr. 2016, JO 29 avr.
 (19) Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 2016, n° 15-14.689.
 (20) Ord. n° 2016-301, 14 mars 2016, JO 15 mars.
 (21) Cass. 1^{re} civ., 10 juill. 2014, n° 13-15.511, JCP E 2014, 1441, obs. D. Legeais, Gaz. Pal. 26-28 oct. 2014, p. 17, note M. Roussille ; J.-P. Mattout et A. Prüm, Juillet-décembre 2014 : Toujours un écho à un climat économique morose, Dr. & patr. 2015, n° 245, p. 82.
 (22) Cass. 1^{re} civ., 11 févr. 2016, n° 14-28.383, 14-22.938, 14-27.143 et 14-29.539.
 (23) Cass. 1^{re} civ., 14 avr. 2016, n° 15-15.841 ; v. S. Bernheim-Desvaux, Clair-obscur sur la prescription biennale du crédit immobilier, Contrats, conc., consom. 2016, comm. 177.

gations à terme, c'est bien l'exigibilité de l'échéance impayée qui est prise en compte par ce dernier texte puisque la prescription ne court pas avant l'échéance du terme. Et la Cour de cassation d'en déduire « qu'à l'égard d'une dette payable par termes successifs, la prescription se divise comme la dette elle-même et court à l'égard de chacune de ces fractions à compter de son échéance ».

Il en résulte, comme le retient également à juste titre la Haute juridiction, que « si l'action en paiement des échéances impayées se prescrit à compter de leurs dates d'échéance successives, l'action en paiement du capital restant dû se prescrit à compter de la déchéance du terme, qui emporte son exigibilité ».

La solution est d'une logique implacable et il faut se féliciter qu'après s'être égarée il y a deux ans, la Cour de cassation applique aujourd'hui les principes de la prescription de façon orthodoxe. Son revirement de jurisprudence est largement salué par la doctrine(24). Pour les établissements de crédit, le fait de reconnaître qu'ils disposent d'un délai de deux ans à compter de chacune des échéances impayées d'un crédit immobilier consenti à un consommateur pour assigner, si nécessaire, celui-ci leur enlève la pression inutile de devoir provoquer la déchéance anticipée du terme dès le premier incident de paiement pour pouvoir recouvrer le montant intégral du crédit et des intérêts. Une telle accélération ne fait souvent aucun sens d'un point de vue économique. Elle crée en vérité surtout un risque important pour les emprunteurs qui, confrontés à des établissements de crédit eux-mêmes acculés à devoir leur réclamer le remboursement intégral de leur crédit, ne pouvaient plus guère compter sur la moindre souplesse de leur part. En revenant à une application normale des règles de prescription, la première chambre civile de la Cour de cassation évite dorénavant ces situations de tension inutiles et contre-productives. Voilà une très bonne nouvelle.

3°/ Recours après paiement d'une caution bancaire et prescription

Toujours à propos de l'article L. 137-2 du Code de la consommation, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 17 mars 2016(25), retient que la prescription biennale prévue par ce texte s'applique au cautionnement fourni par une société de financement à des emprunteurs non professionnels. En effet, ce délai de prescription abrégé concerne l'action des professionnels pour tous les biens et services qu'ils fournissent aux consommateurs. La fourniture d'une garantie sous la forme d'un cautionnement constitue as-

surément un service sous la forme d'un crédit par signature. Lorsqu'il est fourni par une société de financement tout comme par un établissement de crédit, il constitue un service financier qui entre pleinement dans le champ d'application de l'article L. 137-2 du Code de la consommation.

4°/ Le banquier peut poursuivre même s'il dispose déjà d'un titre exécutoire

On se souviendra que la Cour de cassation avait estimé que le banquier déjà titulaire d'un acte notarié comportant la formule exécutoire n'était pas recevable à agir en justice pour obtenir un nouveau titre, pour simplement interrompre la prescription biennale, faute d'intérêt à agir(26). Une série de trois arrêts(27) vient nettement tempérer cette solution qui conduisait, malgré sa logique juridique, à hâter dange-reusement, envers les emprunteurs, les poursuites en saisie de leurs biens immobiliers par les banques inquiètes de voir se prescrire leur créance (♦ 002). Se situant sans doute dans le sillage des arrêts commentés ci-dessus sur l'établissement du point de départ de la prescription(28) et obéissant sans doute à une même logique de devoir tempérer les effets néfastes de sa jurisprudence, la Cour de cassation vient assouplir sa position pour laisser ouverte désormais la possibilité d'engager une poursuite judiciaire, même lorsque le demandeur est déjà bénéficiaire d'un titre exécutoire sous forme d'acte notarié.

Il faudra sans doute pouvoir continuer de justifier d'un intérêt à agir – par exemple la contestation de l'acte notarié –, la Cour relevant bien que la titularité d'un acte notarié n'est pas « en soi » suffisante pour déclarer l'action irrecevable, mais sous cette réserve, il n'en demeure pas moins qu'il sera possible pour le créancier d'agir en justice et d'ainsi interrompre la prescription, ce qui *in fine* devrait surtout bénéficier aux emprunteurs.

EXTRAITS

♦ 002 Cass. 2^e civ., 18 févr. 2016, nos 15-13.945, 15-13.991 et 15-15.778

« l'acte notarié, bien que constituant un titre exécutoire, ne revêt pas les attributs d'un jugement et qu'aucune disposition légale ne fait obstacle à ce qu'un créancier dispose de deux titres exécutoires pour la même créance, de sorte que la titularité d'un acte notarié n'était pas en soi de nature à priver la banque de son intérêt à agir à fin de condamnation de son débiteur en paiement de la créance constatée dans cet acte, la cour d'appel a violé les articles 31 du Code de procédure civile et 4 du Code civil »

B - GARANTIE DES CRÉDITS

1°/ La clause fixant un délai pour agir contre la caution

Une banque ayant consenti deux ouvertures de crédits à une société s'en était fait garantir le remboursement par la caution solidaire d'une personne physique à concurrence d'une somme déterminée et pour la durée des prêts prolongée de deux ans. L'acte de cautionnement précisait que ce délai devait permettre à la banque d'agir, le cas échéant, contre la caution au titre de son obligation de règlement. La banque ayant mis en jeu le cautionnement quatre ans et demi après l'échéance de remboursement des crédits, la caution lui opposa l'extinction de son obligation de règlement acquise, selon elle, à l'expiration du délai de deux ans à compter de ladite échéance, nonobstant la déclaration de créance de la banque au passif de la procédure de redressement judiciaire ouverte contre l'emprunteur. L'argument fut rejeté par la cour d'appel mais la Cour de cassation casse l'arrêt(29). Sous le visa de l'article 1134 du Code civil, elle estime que la clause dont était assorti le cautionnement « avait pour objet de fixer un terme à cette action (de la banque), ce dont il résulte que le délai imposé à la banque était un délai de forclusion et non de prescription ».

La distinction entre les délais de forclusion et de prescription n'est pas aisée et la réforme du 17 juin 2008(30) n'apporte aucune clarté à cet égard. La Cour de cassation n'avait donc guère d'autre moyen que de se fonder sur l'interprétation de la volonté des parties pour qualifier la clause en question. Sans plus d'explications, elle estime que les parties s'étaient entendues pour obliger la banque à mettre en jeu le cautionnement avant l'expiration du délai de deux ans, sous peine d'être forclosée. Ce n'était pas la seule qualification possible(31). Mais sans doute était-ce celle qui correspondait le mieux à l'intention des parties. La clause fait penser, en effet, à celles couramment employées dans les garanties autonomes où le garant est également obligé d'appeler la garantie avant une date déterminée. Dans la mesure où le cautionnement précisait de façon explicite que le délai posé affectait l'obligation de règlement de la caution, il était normal de libérer celle-ci de son engagement une fois ce délai passé.

2°/ Cautionnement disproportionné et consistance du patrimoine

Dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt du 26 janvier 2016(32), la question se posait de savoir si pour évaluer le patrimoine de cautions dirigeantes au moment de la délivrance des cautionnements, il fallait ou non prendre en

compte les parts sociales et le compte courant d'associés qu'elles détenaient chez le débiteur principal cautionné. La cour d'appel, voulant sans doute prolonger la logique sous-jacente de la décision de la première chambre civile de la Cour de cassation du 3 juin 2015 refusant de prendre en compte les revenus escomptés de l'opération garantie(33), décision qui unifiait la jurisprudence avec celle déjà adoptée par la Chambre commerciale sur ce point, avait estimé, comme le résume la Cour de cassation, que les parts sociales et le compte courant d'associé ne devaient pas être pris en compte « puisque l'engagement de caution a précisé-ment pour fonction, dans l'hypothèse d'une défaillance de l'entreprise, de permettre au créancier de se retourner contre un débiteur solvable, lequel ne pourra nullement valoriser des parts d'une entreprise qui a cessé ses paiements ».

Il s'agissait là d'une nouvelle marque de l'esprit de géométrie au détriment de l'esprit de finesse. La Cour de cassation refuse ce raisonnement rétablissant la logique interne de l'article L. 341-4 du Code de la consommation (♦ 003).

En effet, ces actifs font indubitablement partie du patrimoine de la caution au moment où elle s'engage, et ce serait considérer que la caution n'est tenue que si elle peut fructueusement se retourner envers le débiteur garanti ! Une telle approche serait contreproductive, car elle conduirait inexorablement les banques à ne prêter qu'avec la plus grande parcimonie aux PME. La non-prise en compte des résultats escomptés de l'opération garantie, qui n'est qu'un espoir de gain, à la différence des parts sociales détenues et du compte courant existant qui sont une réalité, peut s'expliquer par leur différence de nature, mais cette approche non dynamique joue déjà contre le crédit. Il est sain pour le crédit de ne pas en rajouter.

3°/ Cautionnement disproportionné et plan de sauvegarde

Une personne physique avait consenti un cautionnement en faveur d'un créancier professionnel pour garantir les dettes d'une entreprise qui s'est trouvée ensuite soumise à un plan de sauvegarde. Pour apprécier si la cau-

EXTRAITS

♦ 003 Cass. com., 26 janv. 2016, n° 13-28.378

« Les parts sociales et la créance inscrite en compte courant d'associé dont est titulaire la caution au sein de la société cautionnée font partie du patrimoine devant être pris en considération pour l'appréciation de ses biens et revenus à la date de la souscription de son engagement »

NOTES

- (29) Cass. com., 26 janv. 2016, n° 14-23.285.
 (30) L. n° 2008-561, 17 juin 2008, JO 18 juin.
 (31) D. 2016, p. 682, note J. François.
 (32) Cass. com., 26 janv. 2016, n° 13-28.378.
 (33) Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2015, n° 14-13.126, Dr. & patr. 2016, n° 256, p. 99.

NOTES

- (24) D. 2016, p. 870, obs. V. Avena-Robardet, note M. Lagelée-Heymann ; RD imm. 2016, p. 269, obs. H. Heugas-Darraspen ; JCP E 2016, n° 12, 1175, note E. Bazin ; JCP E 2016, 1348, note J.-D. Pellier ; RD bancaire et fin. 2016, comm. 59, obs. N. Mathey ; D. 2016, p. 411, note J. Lasserre Capdeville.
 (25) Cass. 1^{re} civ., 17 mars 2016, n° 15-12.494.
 (26) Cass. 1^{re} civ., 16 oct. 2013, n° 12-21.917, Dr. & patr. 2014, n° 234, p. 65, nos obs.
 (27) Cass. 2^e civ., 18 févr. 2016, nos 15-13.945, 15-13.991 et 15-15.778.
 (28) Cass. 1^{re} civ., 11 févr. 2016, nos 14-28.383, 14-22.938, 14-27.143 et 14-29.539, précité.

tion était en mesure de faire face à son engagement au moment où le créancier garanti s'en prévalait, fallait-il tenir compte de l'appel à la garantie de ce dernier ou attendre, au contraire, de savoir si le débiteur principal était en mesure ou non de respecter le plan de sauvegarde ? Dans un arrêt du 1^{er} mars 2016 (34), la Chambre commerciale de la Cour de cassation précise qu'il s'agit de ce second temps. Tant que le débiteur principal exécute les engagements pris dans le cadre du plan de sauvegarde, le créancier professionnel ne peut en effet réclamer aucun paiement à la caution. L'obligation de garantie de cette dernière ne devient exigible qu'à partir du moment où le débiteur principal est en défaut. Il est donc logique que ce soit à ce moment-là qu'il faille se placer pour apprécier si la caution dispose toujours ou encore des ressources nécessaires pour honorer son engagement.

C - RÉMUNÉRATION DU CRÉDIT

1°/ Taux d'intérêt devenu négatif

La politique de soutien à l'économie menée par la Banque centrale européenne et d'autres banques centrales a eu notamment pour effet de bouleverser le paysage en matière de taux d'intérêt. On assiste ainsi à des situations qui pourraient être durables, où, du fait de la variation des indices en cours d'exécution des contrats et non au moment de leur conclusion, les déposants payent le dépositaire pour effectuer un dépôt d'argent auprès de lui et où les emprunteurs, faisant jouer dans les prêts à taux variable la clause de variation, en viennent à réclamer au prêteur de leur verser des intérêts ! Deux décisions viennent d'intervenir sur ce dernier point.

Dans une première affaire ayant donné lieu à une ordonnance de référé du tribunal de grande instance de Strasbourg (35), était en jeu un prêt en devises au taux d'intérêt indexé sur le LIBOR CHF 3 mois, qui s'établissait à 1,50 % lors de la signature du contrat de prêt, plus une marge de 0,80 %, portant ainsi le taux global initial à 2,30 % l'an. Le contrat ne prévoyait pas de limites de variation, à la hausse ou à la baisse, concernant les fluctuations futures du LIBOR CHF 3 mois. Début 2015, le LIBOR tomba en dessous de 0 % et le prêteur considéra que sa marge de 0,80 % restait applicable, alors que du fait de la variation de l'indice, mathématiquement, le taux aurait dû être globalement à 0 %. Un autre prêt était en cours avec des caractéristiques à peu près identiques, la banque continuant d'appliquer sa marge, non amputée de la baisse au-dessous de 0 % du taux variable, soit 1,119 % au lieu de 0,269 %. Les emprunteurs saisirent en référé la juridic-

tion strasbourgeoise pour faire application du contrat selon le simple calcul mathématique. La compétence du juge des référés était contestée par la banque, mais celui-ci écarta ses arguments, retenant principalement l'existence d'un trouble manifestement illicite. Sur le fond, le juge écarta aussi les deux arguments mis en avant par la banque, à savoir que le mode de calcul du LIBOR avait été modifié, invalidant ainsi la référence initiale à cet indice, mais aussi et surtout son argument sur le caractère nécessairement onéreux du contrat de prêt. Sur le premier point, le juge constate que, certes, le mode de calcul du LIBOR avait été modifié, mais que cet indice demeurerait et avait d'ailleurs été appliqué, après sa modification, par la banque à l'opération contestée. Quant au second argument, le juge fait valoir que le caractère onéreux du prêt demeure dans la mesure où la prise en compte mathématique des variations du LIBOR et l'imputation de sa partie négative sur la marge n'aboutissent pas, en l'espèce, à un taux réellement négatif, le caractère onéreux du prêt devant de plus s'apprécier sur toute sa durée et non sur quelques échéances. Il ne voit que la stricte application du contrat, soulignant que si le LIBOR avait évolué à la hausse, la banque aurait certainement répercuté toute cette hausse, si bien que rien ne justifiait de ne pas procéder à l'identité en cas de baisse, y compris au-dessous de 0 % de l'indice.

Dans une espèce ayant abouti à un jugement au fond du tribunal d'instance de Montpellier (36), était en jeu un prêt immobilier remboursable *in fine* avec un taux d'intérêt initial de 2,85 % révisable annuellement en fonction de l'évolution de l'EURIBOR 3 mois, avec toutefois une limite à la hausse égale au taux initial majoré de 2 %. Le tribunal, au visa de l'article 1134 du Code civil, juge qu'aucune clause ne limitait à la baisse l'application de la variation de l'indice, alors que c'était le cas en cas de hausse, et qu'en l'absence d'une clause particulière, il y avait lieu d'appliquer le contrat, y compris au cas où le taux devenait négatif - ici -0,15 % -, refusant de considérer l'existence d'une clause implicite de limitation à 0 % de l'EURIBOR. Il refuse également de retenir l'interprétation par la banque de l'article 1902 du Code civil concernant l'obligation de restituer les sommes reçues, non imputées des intérêts négatifs, considérant que, « s'agissant d'un prêt dont le capital sera intégralement payé au terme du contrat, il n'existe pas de possibilité que le capital ne soit pas complètement remboursé ; qu'il importe peu aussi l'application d'un taux négatif d'intérêts avant que le capital n'ait été intégralement remboursé, celui-ci devant l'être en totalité à l'échéance du contrat ».

NOTES

- (34) Cass. com., 1^{er} mars 2016, n° 14-16.402.
 (35) TGI Strasbourg, ord. réf., 5 janv. 2016, n° 15/00764, RD bancaire et fin. 2016, comm. 54, obs. F.-J. Crédot.
 (36) TI Montpellier, 9 juin 2016, n° 11-16-000424, Gaz. Pal. 5 juill. 2016, p. 19, note J. Lasserre Capdeville.

L'article L. 313-1, alinéa 1^{er}, du Code monétaire et financier définit l'opération de crédit : « Constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie ». S'agissant de plus d'un prêt bancaire, il est difficile d'imaginer que puisse continuer à être qualifiée d'opération de crédit, une opération qui cesserait d'être à titre onéreux. Dans un prêt à taux variable, il y a en fait deux composantes qui forment le taux global : l'indice plus la marge. Que cela soit stipulé ou non expressément, sauf circonstances particulières, il est possible de les déterminer, fût-ce *a posteriori*. L'indice - LIBOR, EURIBOR, etc. - représente le taux de refinancement supposé de la banque, la marge est sa rémunération au titre du risque pris et du service rendu. Imputer la baisse de l'indice au-dessous de zéro sur la marge revient à faire varier la marge, en dehors des stipulations contractuelles. Aussi les solutions retenues ne convainquent-elles pas vraiment. L'argument selon lequel le caractère onéreux du prêt doit se constater sur la durée entière de celui-ci et non sur quelques échéances n'est pas davantage pertinent. Le risque encouru et le service rendu sont permanents pendant tout le prêt. Il est dès lors logique que le caractère onéreux soit aussi maintenu en permanence et non par intermittence.

Se pose alors la question de savoir si les prêteurs ne devraient pas expressément stipuler un plancher à zéro pour la variation de l'indice choisi composant la partie variable du taux d'intérêt. Cette solution, qui ne peut, par définition, concerner les contrats en cours, est incertaine. En effet, la Cour de cassation, dans un arrêt remarqué concernant la variation d'un loyer dans un contrat de bail (37), vient de juger qu'« est nulle une clause d'indexation qui exclut la réciprocité de la variation et stipule que le loyer ne peut être révisé qu'à la hausse (...) le propre d'une clause d'échelle mobile était de faire varier à la hausse comme à la baisse et que la clause figurant au bail, écartant toute réciprocité de variation, faussait le jeu normal de l'indexation ». Elle en déduit ensuite et que « sans dénaturer la convention, la cour d'appel qui a apprécié souverainement le caractère essentiel de l'exclusion d'un ajustement à la baisse du loyer à la soumission du loyer à l'indexation, a pu en déduire que la clause devait être, en son entier, réputée non écrite », ce qui aboutit à devoir restituer au locataire les hausses intervenues lorsque l'indice avait varié à la hausse. Certes, il s'agit là de baux, et même lorsque l'indice du coût de construction varie à la baisse, le loca-

taire continue de payer un loyer et non l'inverse, mais le parallèle pourrait inspirer la jurisprudence et pousser à considérer l'exclusion des clauses de variation unidirectionnelle, malgré la présence de textes spéciaux en matière de bail (C. com., art. L. 145-39 ; C. mon. fin., art. L. 112-1). Ce d'autant que dans ses conclusions présentées le 13 juillet 2016 devant la Cour de justice de l'Union européenne à l'occasion d'un renvoi préjudiciel (38) concernant la question de savoir si la clause dans les contrats de prêt conclus avec les consommateurs en Espagne concernant l'application d'un « plancher » à la baisse du taux d'intérêt pouvait être considérée comme une clause abusive dont la nullité serait encourue avec détermination de l'étendue de l'obligation de restitution en décollant, l'avocat général Paolo Mengozzi a conclu à une limitation dans le temps de cette obligation de restitution mais a bien confirmé le caractère abusif de la clause appliquée à des consommateurs (♦ 004).

Cette nouvelle question qui fragilise encore davantage le terrain miné de la rémunération du prêteur connaîtra sans doute de nouveaux développements. À mesure que la situation dure, elle peut engendrer un véritable risque systémique.

2°/ Disproportion de la sanction applicable au TEG erroné

La sanction inventée - elle ne figure dans aucun texte - par la Cour de cassation en cas de taux effectif global (TEG) manquant ou erroné ne cesse de soulever de graves problèmes pratiques. En remplaçant le taux conventionnel du crédit par le taux légal, qui se situe près de zéro depuis plusieurs années, la jurisprudence a créé un appel d'air en fournissant l'opportunité

EXTRAITS

♦ 004 CJUE, aff. jtes C-154/15, C-307-15 et C-308/12, Concl. av. gén.

« L'article 6, paragraphe 1, de la directive 91/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, lu à la lumière des principes d'équivalence et d'effectivité, doit être interprété en ce sens que, dans les circonstances propres aux litiges au principal, il ne s'oppose pas à une décision d'une juridiction suprême par laquelle cette dernière constate le caractère abusif des clauses "plancher", ordonne la cessation de leur usage et leur élimination des contrats existants et déclare leur nullité tout en limitant, en raison de circonstances exceptionnelles, les effets, notamment restitutoires, de cette nullité à la date de son premier arrêt rendu en ce sens »

NOTES

- (37) Cass. 3^e civ., 14 janv. 2016, n° 14-24.681, RTD com. 2016, p. 56, obs. J. Monéger, D. 2016, p. 199, obs. Y. Rouquet, JCP E 2016, 1132, obs. B. Brignon.
 (38) Aff. jtes C-154/15, C-307-15 et C-308/12, ECLI : EU : C2016 :552.

à de nombreux emprunteurs, avec l'aide de cabinets d'avocats très actifs et faisant leur publicité sur Internet, d'obtenir des prêts quasi gratuits. Le problème s'est encore amplifié avec la jurisprudence du même type développée par la première chambre civile au sujet de l'« année lombarde » (39).

Une banque avait imaginé de plaider – mais pour la première fois devant la Cour de cassation – que l'exigence de la mention du TEG dans les opérations de crédit avec les non-consommateurs, comme en l'espèce, plaçait les banques françaises dans une situation non compétitive au sein de l'Union européenne, en les contraignant selon des règles plus strictes que leurs concurrentes, caractéristique d'une entrave à la liberté de prestations de services. La Cour (40) rejette l'examen de ce moyen nouveau mélangé de droit et de fait et qui nécessite de faire un examen de droit comparé. Un nouvel examen de cette question présentée au bon moment devant le juge du fond reste dès lors possible.

La banque tenta d'argumenter également sur l'inadéquation de la sanction et sa disproportion, car souvent le remplacement du taux conventionnel par le taux légal rend le prêt quasi gratuit, occasionnant une perte de revenus considérable, alors que les erreurs portent le plus souvent sur des prêts à long terme sur moins d'une cinquantaine d'euros. Elle invoqua l'article 1^{er} du protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Cour répond sèchement que « la sanction de l'erreur affectant le TEG d'un prêt est la substitution au taux d'intérêt contractuel initial du taux d'intérêt légal ; que cette sanction, qui est fondée sur l'absence de consentement de l'emprunteur au coût global du prêt, ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit de l'établissement de crédit prêteur au respect de ses biens garantis par l'article 1^{er} du protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Certes la disproportion est une notion factuelle, mais au moment où celle-ci a les honneurs de toutes les juridictions – administratives, judiciaires comme constitutionnelle –, un mot d'explication aurait été bienvenu. C'est sans doute extrapoler que de penser que le consentement de l'emprunteur est vicié par une erreur de quelques euros et d'en tirer comme conséquence la nullité de la stipulation d'intérêts, là où une condamnation à restituer le trop versé éventuel serait plus justifiée. D'ailleurs, la même première chambre civile de la Cour de cassation ne vient-elle pas de juger, certes en matière de TEG erroné dans un crédit immobili-

er consenti à un consommateur, que la seule sanction applicable était la déchéance du droit aux intérêts dans la proportion fixée par le juge et non la nullité de la clause (41) ?

Et l'article L. 313-4 du Code de la consommation sanctionne le taux usuraire par une obligation de reverser l'excédent, tout comme la loi n° 2014-844 du 29 juillet 2014 (JO 30 juill.) prise pour protéger les intérêts de l'État chez Dexia a introduit également le versement de la différence comme sanction dans ces cas-là.

Il est temps de remettre de l'ordre et de la mesure sur cette question qui encombre les prétoires au point de les saturer et génère un nouveau risque systémique « à bas bruit » pour les banques françaises.

3°/ Annulation du prêt et restitution du capital

À la suite de l'annulation de ventes immobilières, les crédits immobiliers consentis pour les financer subissent le même sort, avec l'obligation ainsi pour les emprunteurs de restitution des sommes prêtées. Les banques réclament également que les notaires, à qui étaient reprochées certaines fautes, soient condamnés *in solidum* avec les acheteurs à réparer le préjudice des banques.

L'intérêt d'un arrêt de la troisième chambre civile en date du 19 mai 2016 (42) est de réaffirmer que ce préjudice n'est constitué que par les intérêts manquants qui auraient été perçus par les banques si les prêts n'avaient pas été annulés ; restait à trancher la question de savoir si la restitution du principal, du fait de l'effet rétroactif de la nullité, pouvait également être considérée comme un préjudice réparable. La Cour de cassation, suivant une jurisprudence bien établie, juge que « la restitution du capital restant dû à la banque, résultant de l'anéantissement du contrat de prêt, ne constitue pas un préjudice réparable, contrairement à la perte des intérêts conventionnels ». C'est donc au seul emprunteur et non aux notaires de le rembourser.

La solution est certes traditionnelle, la restitution du capital n'étant pas la réparation d'un préjudice qui suppose, pour être établi, la lésion d'un intérêt, mais un simple effet de la nullité. Cependant, si l'emprunteur s'avère incapable de restituer le capital emprunté, il y a fort à craindre que la banque ressentira cette perte comme un « préjudice », ce qu'il sera, mais ce sera un préjudice « non réparable ».

Dans une autre décision du 18 mai 2016 (43), dans des circonstances de fait analogues, la

Chambre commerciale tempère l'argument, affirmant que « les restitutions réciproques consécutives à l'annulation de la convention à laquelle le notaire a prêté son concours, ne (constituent) pas, en elles-mêmes, un préjudice indemnisable que l'officier ministériel peut être tenu de réparer, sauf si elles s'avèrent impossibles à obtenir, notamment en raison de l'insolvabilité du contractant qui en est débiteur ».

Cette autre décision juge également que l'indemnité de remboursement anticipé prévue contractuellement n'est pas due à la banque du fait de l'annulation du prêt et du contrat qui contient cette clause, la nullité n'étant pas la mise en œuvre d'une décision par l'emprunteur de rembourser par anticipation. La décision rappelle aussi que la banque n'est tenue que d'un devoir d'information et non d'un devoir de conseil ou de mise en garde, ici non allégué. Dans ces opérations d'investissement en location meublée non professionnelle où les acheteurs ont été victimes d'agissements dolosifs des vendeurs mais non des banques, la décision rappelle qu'il n'appartient pas à celles-ci de s'immiscer dans les affaires de leurs clients pour apprécier l'opportunité des opérations auxquelles ils procèdent.

III - RESPONSABILITÉ

A - LE DEVOIR DE MISE EN GARDE ET L'ÉPOUX DE LA CAUTION

On sait qu'en vertu de l'article 1415 du Code civil, « chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres ». Ce consentement a ainsi pour seul effet que le créancier peut poursuivre la créance non seulement contre les biens propres de l'époux qui s'est engagé mais encore contre des biens communs avec son conjoint. En revanche, l'accord donné par ce dernier n'aboutit pas à un engagement de sa part, même s'il est intervenu dans l'acte de cautionnement ou d'emprunt. Pour qu'il y ait un tel engagement, il faudrait que le conjoint accepte de s'obliger en tant que codébiteur et d'offrir ainsi au créancier également un recours contre ses propres biens.

Faute de s'être obligé vis-à-vis du créancier, le conjoint qui a consenti à la mobilisation des biens communs ne peut pas prétendre bénéficier des devoirs dont le créancier peut, le cas échéant, être tenu vis-à-vis de son débiteur et, en particulier, d'un éventuel devoir de mise en

garde contre un engagement disproportionné par rapport aux ressources ou trop risqué. Telle est la leçon qui se dégage d'un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 9 février 2016 (44) à propos d'un cautionnement consenti par un époux en faveur d'une banque et pour lequel son conjoint avait accepté que leurs biens communs soient exposés à un recours de la banque. Ce consentement, explique la Cour, « n'a pas pour effet de lui conférer la qualité de partie à l'acte ». Elle en déduit que l'épouse « n'était créancière d'aucune obligation d'information ou de mise en garde à l'égard de la banque bénéficiaire du cautionnement ». La solution est logique. Le conjoint qui se contente de donner le consentement requis par l'article 1415 du Code civil accorde un soutien à son conjoint sans s'obliger personnellement. Il doit alors se contenter également de la protection à laquelle son conjoint a droit, le cas échéant, de la part de la banque vis-à-vis de laquelle il s'engage.

B - LE MANQUEMENT AU DEVOIR DE MISE EN GARDE N'EST PAS UN DOL

Le devoir de mise en garde dont est tenue la banque qui prête de l'argent à un emprunteur non averti consiste essentiellement à le prévenir contre les risques d'un engagement excédant ses capacités financières. Il suppose que la banque ait de bonnes raisons de penser que son client ne mesure pas à leur juste portée les conséquences du crédit qu'il se propose de prendre alors qu'il dispose de ressources trop limitées pour en assurer le remboursement. Une telle mise en garde doit inciter le client à mûrement réfléchir avant de se décider à souscrire le crédit envisagé. La banque qui manque à ce devoir prend le risque de voir sa responsabilité civile engagée vis-à-vis de son client.

Pour autant, la négligence de la banque dans la mise en garde d'un futur emprunteur contre les dangers d'un engagement excessif constitue rarement la raison déterminante pour laquelle celui-ci a pris le crédit. Même en s'endettant de façon inconsidérée, l'emprunteur est mu généralement par des motifs précis qui lui sont personnels et sur lesquels le banquier n'a guère d'influence. Le devoir de mise en garde ne constitue pas une obligation de conseiller précisément le client en le dissuadant éventuellement à prendre le crédit souhaité. Il s'agit simplement d'attirer son attention sur un potentiel danger. Le fait de ne pas prévenir suffisamment le client de ce danger peut donc difficilement être assimilé à une manœuvre dolosive de la part de la banque, justifiant une annulation pure et simple de l'opération de

NOTES

(39) Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2013, n° 12-16.651, Dr. & patr. 2013, n° 230, p. 94.
(40) Cass. com., 12 janv. 2016, n° 14-15.203.
(41) Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 2016, n° 14-29.838, RD bancaire et fin. 2016, comm. 113, obs. N. Mathey.
(42) Cass. 3^e civ., 19 mai 2016, n° 15-11.441.
(43) Cass. com., 18 mai 2016, n° 14-15.988.

NOTES

(44) Cass. com., 9 févr. 2016, n° 14-20.304.

crédit. C'est ce que rappelle la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 9 février 2016(45) en des termes limpides : « *Ne constitue pas un dol le seul manquement de l'établissement de crédit à son devoir de mise en garde* ».

Voilà qui coupe court à la tentation que pourraient avoir certains emprunteurs de se défendre contre une action en remboursement de la part de la banque qui leur a prêté de l'argent au motif que celle-ci aurait dû les en dissuader. Même un emprunteur non averti ne saurait reprocher à une banque de l'avoir incité à prendre un crédit sans lui avoir demandé conseil, ni démontrer que la banque s'est rendue coupable d'un véritable dol à son égard, ce qui suppose qu'elle avait véritablement l'intention d'induire son client en erreur en lui cachant délibérément des informations qu'il ignorait et en connaissance de cause desquelles il se serait gardé de souscrire le crédit. Entre un manquement au devoir de mise en garde et l'existence d'une authentique intention dolosive, il y a plus qu'une simple gradation dans la faute commise par la banque. Le dol, même par réticence, ne se déduit jamais d'une simple négligence mais n'existe qu'en présence d'une intention délibérée de nuire.

C - MISE EN GARDE ET CRÉDIT-BAIL

Le banquier n'est, en sa qualité de prêteur ou de bénéficiaire d'une garantie, tenu de mettre en garde son cocontractant contre un engagement disproportionné par rapport à ses ressources que si celui-ci ne peut pas être considéré comme un emprunteur ou un garant averti. Il appartient assurément au banquier de s'assurer que son cocontractant peut bien être considéré comme une personne avertie au regard de l'opération envisagée avant de s'abstenir de le mettre, le cas échéant, en garde contre les risques qu'il encourt. Il ressort de la jurisprudence que lorsqu'un cautionnement est souscrit par le dirigeant de l'entreprise emprunteuse, celui-ci peut normalement être considéré comme une personne avertie. Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que cette présomption a été écartée. Ainsi, par exemple, un dirigeant a pu être considéré comme étant non averti en raison de sa complète inexpérience ou encore pour n'avoir joui en réalité d'aucun pouvoir de direction effectif. Par un surprenant arrêt du 22 mars 2016, la Chambre commerciale de la Cour de cassation semble bouleverser cet acquis(46).

L'associé d'une société, qui en avait assuré la cogérance dès sa création, s'était porté cau-

tion de plusieurs contrats de crédit-bail souscrits par celle-ci auprès d'un établissement de crédit-bail. Voyant son engagement mis en jeu par cet établissement à la suite de la défaillance de l'entreprise dont il assurait la direction, il a tenté d'y échapper en reprochant au bénéficiaire de son cautionnement d'avoir négligé de le mettre en garde contre les risques de son engagement. La cour d'appel ne l'a pas suivi dans cette argumentation, au motif qu'il ne pouvait être considéré comme une caution non avertie. Elle a retenu à l'appui de cette appréciation qu'en tant que cogérant dès la création et associé de la société débitrice, il ne pouvait « *raisonnablement soutenir qu'il ne disposait pas des informations nécessaires à l'appréciation de la portée de ses engagements, l'état des comptes de l'entreprise, de ses charges et de ses engagements financiers ne pouvant lui être inconnus* ». Mais sa motivation n'a pas convaincu la Chambre commerciale, qui a estimé qu'il s'agissait là de « *motifs impropres à établir que la caution était avertie* », ce qui ne pouvait être déduit de sa seule qualité de dirigeant et associé de la société débitrice principale. En rupture avec la position classique sur ce sujet, la décision de la Chambre commerciale ne paraît pas convaincante. Dans leur appréciation souveraine d'une question qui demeure de fait, les juges du fond avaient, à notre sens, parfaitement qualifié la situation de caution avertie du dirigeant et associé du débiteur principal. Il ressortait d'ailleurs du dossier que celui-ci s'était déjà porté caution à plusieurs reprises de son entreprise, ce qui écartait encore davantage l'hypothèse qu'il agissait sans avoir conscience de la portée de ses engagements. Malgré la diffusion que la Cour de cassation a décidé d'assurer à sa décision, classée P+B, il faut espérer qu'il ne s'agit pas d'un précédent augurant d'un revirement de jurisprudence.

D - CAUTION AVERTIE ET DEVOIR DE MISE EN GARDE

Une caution dirigeante, pour échapper à sa condamnation à la suite de la procédure collective ouverte envers le débiteur principal, arguait du fait qu'elle n'était pas une caution avertie en matière financière et que le montage du financement – un *leveraged buy out* (LBO) – était si particulier qu'il aurait dû faire l'objet d'une information spéciale sur les risques qu'il faisait courir à la caution. Elle reprochait aussi à la banque de ne pas l'avoir suffisamment conseillée sur les assurances facultatives qu'elle aurait pu souscrire pour se couvrir en matière d'incapacité de travail et d'inaptitude. Autant d'arguments que la cour d'appel n'a pas retenus, pas plus d'ailleurs que la Cour de cas-

sation(47), qui rappelle les principes dans une décision pédagogique(48), en réaffirmant que la cour d'appel avait justement et souverainement apprécié sa qualité de caution avertie, qu'un financement de type LBO n'a rien d'inhabituel et que la banque n'avait pas, en matière d'assurances facultatives, un devoir de conseil envers la caution (♦ 005).

E - MISE EN GARDE DU SPÉCULATEUR AVERTI

Le client d'une banque dont le compte était débiteur à la suite d'opérations malheureuses sur les marchés à terme de titres opposait à la banque qui le poursuivait en remboursement, sa méconnaissance des mécanismes de marché, un défaut d'évaluation préalable de ses compétences par la banque et enfin un défaut de mise en garde. Là encore, la cour d'appel avait refusé de suivre ce raisonnement et la Cour de cassation(49) rejette son pourvoi en s'abritant derrière la constatation faite par la cour d'appel de son expérience des marchés attestée par la conclusion de multiples opérations, expérience qui dispensait la banque de procéder à une évaluation ponctuelle de ses compétences (♦ 006).

EXTRAITS

♦ 005 Cass. com., 5 avr. 2016, n° 14-12.143

« *M. X... avait été l'animateur des sociétés G et A V N depuis le 1^{er} avril 1985 et qu'il disposait d'une expérience professionnelle importante dans le secteur de la viande ainsi que dans la gestion d'entreprises exploitant cette activité, dont il connaissait parfaitement les besoins de financement, l'arrêt retient que la reprise de la société A V N s'est effectuée au moyen d'un mécanisme non inhabituel de financement, consistant en la création de la société L D R qui a emprunté la somme nécessaire à l'acquisition des actions de la société cible, et dont il n'est pas établi qu'il ait été la cause de la défaillance des sociétés ni que la banque ait été à son origine ; qu'en déduisant de ces constatations et appréciations, procédant de son pouvoir souverain, que M. X... était une caution avertie, de sorte qu'il n'était pas fondé à se prévaloir de ce que la banque aurait accordé aux deux sociétés qu'il dirigeait un crédit excessif, et que la banque, qui ne disposait pas d'informations dont il n'avait pas connaissance, n'était pas tenue à son égard d'un devoir de mise en garde, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; Et attendu, en second lieu, que l'établissement de crédit qui consent un prêt à une personne morale n'étant pas tenu, à l'égard de son dirigeant, d'un devoir de conseil sur l'opportunité de souscrire une assurance facultative couvrant les risques d'incapacité*

F - PRATIQUES COMMERCIALES TROMPEUSES

C'est à une source montante de responsabilité – pénale – pour les professionnels, à savoir le délit, lourdement réprimé, de pratiques commerciales trompeuses, que les établissements de crédit auront à faire face. Une banque avait proposé pendant une certaine période la souscription via Internet d'un compte d'épargne rémunéré de façon très avantageuse pendant six mois, le taux servi baissant ensuite sensiblement. Le succès important de cette campagne la conduisit à l'interrompre avant la date limite initialement annoncée, ce qui entraîna des poursuites de la part de certains clients qui n'avaient pas pu bénéficier du taux élevé. La banque fut condamnée en première instance et en appel, et son pourvoi est rejeté(50).

Ce qui lui a été reproché n'est pas d'avoir adressé des messages trompeurs à ses clients mais d'avoir interrompu sa campagne promotionnelle avant terme, sans avoir donné à cette interruption une diffusion aussi large que celle qu'elle avait assurée à son lancement, ce qui, selon la Cour, avait « *manifestement altéré le comportement économique d'un consommateur*

de travail et d'inaptitude, c'est exactement que la cour d'appel a retenu que la banque n'avait pas manqué aux obligations qui lui incombent en qualité de prêteur »

♦ 006 Cass. com., 12 avr. 2016, n° 14-26.635

« *Mais attendu qu'ayant constaté que M. X... était titulaire d'un compte de titres depuis 2003, qu'il avait déjà effectué des opérations de nature spéculative sur le SRD en 2004 et 2005, et qu'il avait procédé à des achats/ventes du même titre sur une période de vingt-quatre ou quarante-huit heures dans un but spéculatif, l'arrêt retient que M. X... avait compris le fonctionnement du marché et la volatilité des cours sur laquelle il pariait pour acheter et vendre, et qu'il avait une parfaite connaissance des risques encourus ; qu'il en déduit que M. X... était un opérateur averti envers lequel la banque n'était pas tenue d'un devoir de mise en garde ; qu'en l'état de ses constatations et appréciations, dont il résulte que M. X... n'avait pu subir de préjudice causé par l'éventuel manquement de la Société générale à son obligation de procéder à une évaluation de ses compétences en matière boursière, la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'effectuer une recherche, ni de répondre à des conclusions devenues inopérantes, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé »*

NOTES

- (47) Cass. com., 5 avr. 2016, n° 14-12.143.
 (48) A. Perin Dureau, Variations sur l'obligation de mise en garde au terme de dix ans de décisions, JCP E 2016, n° 20, 1304.
 (49) Cass. com., 12 avr. 2016, n° 14-26.635.
 (50) Cass. crim., 13 janv. 2016, n° 14-88.136.

NOTES

- (45) Cass. com., 9 févr. 2016, n° 14-23.210.
 (46) Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-20.216.

normalement attentif et avisé, trompé sur les qualités essentielles du contrat souscrit et la portée de l'engagement de l'annonceur ». Comme le souligne un savant commentateur (51), cette source de responsabilité est d'autant plus inquiétante que le délit est un délit non intentionnel et que l'introduction de la notion de proportion ou de disproportion, dans la mesure des informations diffusées au moment du lancement et lors de l'interruption de la campagne de souscription, comme élément d'appréciation de l'élément matériel de l'infraction, laisse planer de lourdes incertitudes dans une matière pourtant pénale.

IV - OPÉRATIONS INTERNATIONALES

A - CLAUSE ATTRIBUTIVE DE COMPÉTENCE ET SUBROGATION, CLAUSE ASYMÉTRIQUE

Une situation de fait assez particulière donne l'occasion à la Cour de cassation de revenir sur la question des clauses asymétriques de compétence juridictionnelle. Une banque luxembourgeoise avait consenti un concours à une société ayant son siège au Luxembourg également, bien que contrôlée par des intérêts français. Le prêt avait été garanti par une banque française au moyen d'une garantie à première demande, elle-même couverte par un gage de compte d'instruments financiers soumis au droit français et désignant les tribunaux français en cas de litige. Le concours n'ayant pas été remboursé, la banque luxembourgeoise mit en jeu la garantie de la banque française. L'emprunteur assigna ensuite les deux banques en France, en nullité du contrat de prêt et subsidiairement en responsabilité, alors que le contrat de crédit initial comportait une clause attributive de compétence aux tribunaux de la ville de Luxembourg, prévoyant aussi pour la banque prêteuse la possibilité de saisir les juridictions du siège social de l'emprunteur, qui se trouvait aussi dans le ressort du tribunal de Luxembourg.

La Cour de cassation (52) relève que du fait de la mise en jeu de la garantie à première demande, la banque française a été subrogée dans les droits de la banque luxembourgeoise et que, partant, elle pouvait valablement opposer à l'emprunteur la clause attributive de compétence aux tribunaux luxembourgeois qui y figurait et qu'elle « s'était vue transmettre, par l'effet de la subrogation ».

Elle rejette également le deuxième moyen qui tentait de faire invalider la clause optionnelle de

compétence au profit de la banque. Elle relève que l'option conduisait dans les deux cas à devoir saisir le même tribunal au Luxembourg et que « le caractère international de l'opération résultait de l'affectation au profit de la banque, en garantie du prêt consenti, d'un compte d'instruments financiers ouvert dans un établissement bancaire français ».

La sobriété de la motivation rend l'interprétation incertaine. Il s'agit peut-être d'achever l'abandon de la jurisprudence qui avait été malencontreusement initiée par la Cour de cassation le 26 septembre 2012 (53) et qu'elle avait fortement tempérée, notamment le 7 octobre 2015 (54).

Le caractère ici redondant de la clause montre bien que ces clauses sont standard dans les opérations de crédit internationales et sont prévues pour faire face à une délocalisation des actifs de l'emprunteur entre la signature du prêt et son exécution et non pour ménager au prêteur un avantage indu ou exorbitant.

B - APPEL ABUSIF D'UNE CONTRE-GARANTIE ET COLLUSION

Le caractère elliptique de certains arrêts de la Cour de cassation rend leur interprétation parfois très difficile, créant ainsi une incertitude gênante quant au véritable sens de la décision. Un arrêt de la Chambre commerciale du 3 mai 2016 (55) en matière de contre-garantie autonome en offre à nouveau l'illustration.

Une société d'assurance-crédit néerlandaise s'était portée contre-garante de la National Bank of Abu Dhabi pour deux garanties à première demande que celle-ci avait émises d'ordre d'un constructeur français en faveur d'une société égyptienne. Après avoir prononcé la résiliation du contrat de construction, la société égyptienne appela les deux garanties à première demande émises à son profit. Le lendemain, la National Bank of Abu Dhabi mit en jeu à son tour la contre-garantie de la société d'assurance-crédit néerlandaise. L'entreprise française s'empressa alors d'assigner la National Bank of Abu Dhabi afin que son appel de la contre-garantie soit jugé manifestement abusif. Convaincue que la société égyptienne avait elle-même mis en jeu abusivement les deux garanties à première demande de la National Bank of Abu Dhabi, la cour d'appel de Paris fit droit à la demande de la société française. Son arrêt est cassé par la Chambre commerciale qui, au visa de l'article 2321, alinéa 2, du Code civil, retient que « le caractère manifestement abusif de l'appel de la contre-garantie ne peut résulter du seul caractère manifestement abusif de

NOTES

- (51) LPA 2016, n° 128, p. 7, note E. Jouffin.
 (52) Cass. 1^{re} civ., 25 mai 2016, n° 15-10.163.
 (53) V. cette chronique, in Dr. & patr. 2013, n° 224, p. 75.
 (54) V. cette chronique, in Dr. & patr. 2016, n° 256, p. 102.
 (55) Cass. com., 3 mai 2016, n° 14-28.962.

l'appel de la garantie de premier rang, mais suppose de démontrer l'existence, au moment de l'appel de la contre-garantie, d'une collusion entre le garant de premier rang, bénéficiaire de la contre-garantie, et le bénéficiaire de la garantie de premier rang ».

La solution paraît à première vue en ligne avec l'autonomie de la contre-garantie par rapport non seulement au contrat commercial sous-jacent mais également par rapport à la garantie de premier rang. Mais à y regarder de plus près, l'affirmation ne permet pas à elle seule de résoudre véritablement le différend. Si, comme on doit le supposer, la société égyptienne a effectivement mis en jeu de façon manifestement abusive les deux garanties à première demande dont elle bénéficiait, le droit du garant de premier rang d'appeler sa contre-garantie dépend véritablement du fait qu'il connaissait ou non le caractère abusif de la prétention de son propre bénéficiaire, la société égyptienne, avant de l'avoir payé. En l'espèce, la contre-garantie a été appelée le lendemain même de l'appel des garanties de premier rang. L'arrêt ne renseigne pas si à ce moment les garanties de premier rang avaient déjà été exécutées ou si le contre-garant cherchait simplement, comme il est usage, à se couvrir avant de payer. Les faits repris par l'arrêt n'indiquent pas davantage si la National Bank of Abu Dhabi pouvait ou non se rendre compte avant de mettre en jeu sa contre-garantie que la société égyptienne s'était rendue coupable d'un abus manifeste. *A priori*, si l'abus était véritablement manifeste, il est probable que le garant de premier rang ne pouvait l'ignorer. Or, si tel était bien le cas et que la National Bank of Abu Dhabi a mis en jeu la contre-garantie avant de s'être exécutée elle-même, on se trouve bien dans l'hypothèse dans laquelle une interdiction de paiement à l'encontre du contre-garant se justifiait pleinement. La collusion à laquelle fait allusion la Cour de cassation entre le garant de premier rang et le bénéficiaire final résulte suffisamment de la connaissance par le premier de l'abus manifeste dont s'est rendu coupable le second en réclamant le paiement de sa garantie dès lors que cette connaissance existe avant que le garant de premier rang ne se soit acquitté de sa garantie.

En se contentant d'une présentation lacunaire des faits, la Cour de cassation ne permet pas de vérifier des circonstances précises dans lesquelles la contre-garantie a été appelée. On ne peut donc savoir si sa décision ne fait que confirmer une jurisprudence établie ou s'en départit. Qu'un tel arrêt soit promu au surplus à une large publicité (F-S+B) relève autant du mystère que la solution abstraite qu'il affirme.

C - APPEL ABUSIF DE GARANTIE ET RESTITUTION

Le donneur d'ordre d'une garantie à première demande, appelée et payée par la banque garante, estimant que celle-ci avait été mise en jeu sans fondement, déclara une créance égale au montant de la garantie payée au redressement judiciaire du bénéficiaire. La créance fut admise. La société et le commissaire à l'exécution du plan contestèrent l'admission au passif de cette créance.

Du fait du caractère autonome de la garantie, il est souvent presque impossible au donneur d'ordre de rapporter la preuve incontestable, dans le bref délai qu'exige le paiement « à première demande », que l'appel est abusif ou frauduleux. Alors, la banque garante ou contre-garante doit payer, la mauvaise foi ne se présument pas. Mais le donneur d'ordre n'est pas pour autant sans moyen de réagir. Il peut exercer une action, sur le fondement du contrat commercial, tendant à prouver que le paiement réclamé et reçu était indu. C'est ce qu'illustre ici une décision du 31 mai 2016 (56), la Cour de cassation rappelant dans un motif très clair cette faculté au régime probatoire plus simple et de mise en œuvre moins précipitée (007).

Cette décision justifiée n'est pas sans précédent (57).

D - CRÉDIT DOCUMENTAIRE ET STRICTE CONFORMITÉ DES DOCUMENTS

Le crédit documentaire fonctionne comme une mécanique de précision. Lorsque les documents requis sont présentés, toute banque, avant de payer, doit vérifier leur conformité aux stipulations de la lettre de crédit (RUU, art. 14). Cette vérification est un exercice scrupuleux et méticuleux. On enseigne traditionnellement que la conformité doit être stricte, le formalisme requis étant de droit étroit et ne laissant guère de place à l'approximation ou à un formalisme par équivalence.

EXTRAITS

007 Cass. com., 31 mai 2016, n° 13-25.509

« Si, après la mise en œuvre d'une garantie à première demande, le donneur d'ordre réclame au bénéficiaire de celle-ci le montant versé par le garant qu'il estime ne pas être dû, ce litige, eu égard à l'autonomie de la garantie à première demande, ne porte que sur l'exécution ou l'inexécution des obligations nées du contrat de base, de sorte qu'il incombe à chaque partie à ce contrat de prouver cette exécution ou inexécution conformément aux règles de preuve du droit commun »

NOTES

- (56) Cass. com., 31 mai 2016, n° 13-25.509.
 (57) CA Paris, 18 mars 1986, D. 1987, I.R., p. 173, obs. M. Vasseur ; Cass. com., 7 juin 1994, D. 1994, I.R., p. 175.

Cette règle de stricte conformité est à la fois source de protection des parties mais aussi source d'exaspération et de litiges lorsque les irrégularités relevées sont contestées par le bénéficiaire ou la banque confirmatrice.

La Chambre de commerce internationale (CCI), afin d'aider les praticiens à mieux gérer cette question, vient de publier un guide rappelant les principes et faisant le point des décisions DOCDEX – le système d'expertise de la CCI –, des opinions officielles délivrées par la commission bancaire de la CCI et de nombreuses décisions de justice anglo-saxonnes rendues sur cette question, ainsi que de l'opinion d'universitaires également anglo-saxons (58).

Elle souligne que le *Standard Banking Practice for the Examination of Documents under Documentary Credits* (ISBP 745) s'est parfois éloigné de la stricte conformité et qu'en définitive c'est à un examen au cas par cas qu'il convient de procéder pour savoir quand accepter de se départir de la « *strict compliance* » au profit de la « *substantial compliance* » !

E - FINANCEMENT DES STOCKS ET LIMITATION DES RISQUES JURIDIQUES

La Chambre de commerce internationale, dans sa fonction pédagogique, vient également de publier un guide recensant les risques juridiques liés aux financements des stocks, opération fréquente du commerce international (59). L'opération est définie comme celle où une banque prête des fonds à un emprunteur aux fins de lui permettre de financer ou de refinancer l'achat de matières premières qui, à leur tour, serviront de garantie à la banque pour assurer le remboursement du prêt lors de leur revente. Sont envisagées tour à tour des opérations faisant intervenir ou pas une société d'inspection chargée de contrôler le mouvement des marchandises avec la signature de « *collateral management agreement* » ou encore de « *stock monitoring agreement* ».

Le document, dans un tableau détaillé, identifie chaque type de risque et énonce en regard la « *golden rule* » pour le réduire. Un document clair et fort utile.

NOTES

- (58) CCI 24 mai 2016.
(59) CCI mai 2016.