

et c'est en cela qu'elle a violé la loi. La Cour de cassation retient qu'il ne peut y avoir rééchelonnement s'il n'y a pas eu modification d'un échéancier convenu. À juste titre, puisqu'en l'espèce le crédit résultait d'une autorisation de découvert et que les découverts, qui sont supposés être couverts par des créances entrées en compte au fil de l'eau, ne donnent généralement pas lieu à un échéancier. Or, pour qu'il y ait « ré »échelonnement, encore faut-il qu'il y ait eu échelonnement, ce qui ne peut être le cas en matière de découvert, à défaut d'un accord exprès sur les modalités d'apurement du solde débiteur.

La Cour de cassation semble toutefois introduire une nuance, puisqu'elle souligne que le prêt ne comportait aucune clause emportant expressément limitation du montant du découvert initialement autorisé. Ceci ne saurait étonner. On sait que les juges adoptent une analyse très protectrice des intérêts du consommateur en cas de dépassement du découvert, puisqu'ils retiennent qu'un tel dépassement constitue l'incident de paiement qui fait courir le délai de forclusion<sup>(3)</sup>, l'assimilant ainsi à un rééchelonnement. Il faut en

(3) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 févr. 2010, n° 08-19802, D : « *L'action est irrecevable lorsque, comme en l'espèce, plus de deux ans se sont écoulés entre le dépassement du découvert manifestant la défaillance de l'emprunteur et la signification de l'ordonnance portant injonction de payer* ». Déjà en ce sens : Cass. 1<sup>re</sup> civ.,

déduire que si le prêt modifie les conditions de l'autorisation de découvert, il pourrait être qualifié d'accord de rééchelonnement, le point de départ du délai de forclusion étant alors fixé au premier incident de paiement non régularisé après sa conclusion.

Si les banques doivent être vigilantes quant au dépassement du découvert autorisé et ne pas laisser leurs clients s'enfoncer dans la spirale du surendettement, elles n'ont donc pas à craindre que l'octroi d'un prêt de restructuration destiné à apurer un solde débiteur ne fasse courir le délai qui leur est ouvert pour en demander remboursement. Il ne faut pas le regretter, car il en va ici de la force obligatoire des conventions. L'échéancier de remboursement d'un prêt lie l'emprunteur, comme toute stipulation contractuelle en vertu de l'article 1134 du Code civil. Il ne peut prétendre être dispensé de remboursement au bout de deux ans, sous prétexte que le prêt devait apurer un découvert de longue date. ●

16 oct. 2008, n° 06-19206, *Alric c/ Société Générale* : JurisData n° 2008-045386 ; JCP E 2008, 2355 ; JCP E 2009, 1582, n° 12 ; égal. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 déc. 2004, n° 03-19862, *Banque Régionale de l'Ouest* : JurisData n° 2004-026051 ; Contrats, conc. consom. 2005, comm. 55, obs. G. Raymond ; JCP G 2005, II, 10036, note J.-F. Clément ; D. 2005, p. 141, obs. V. Avéna-Robardet.

## V. BANCASSURANCE

### BANQUES

#### Bancassurance - Assurance emprunteur - Obligation de conseil sur l'adéquation de l'opération - Préjudice - Perte de chance

Le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de conseil portant sur l'adéquation de l'opération proposée à la situation personnelle de son client s'analyse en la perte d'une chance de ne pas contracter, laquelle ne peut qu'être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée.

**Cass. com., 15 février 2011, n° 09-16779 : M. X c/ CRCAM Sud Rhône-Alpes – Inédit – Cassation partielle CA Nîmes, 16 juin 2009**

Note par  
**Bénédicte BURY**  
Avocat à la Cour  
Membre du Conseil  
national des barreaux

Un client a souscrit un placement en assurance-vie auprès d'un établissement bancaire, nanti en garantie du prêt par ailleurs consenti. Puis, le client a assigné la banque en responsabilité pour manquement à son « obligation de conseil ».

La cour d'appel, après avoir relevé qu'il ne ressortait pas du dossier que les investisseurs auraient tenu de leur pratique professionnelle une expérience des questions financières, a condamné la banque à rembourser au client la totalité du capital investi.

La Cour de cassation<sup>(1)</sup> a cassé partiellement l'arrêt en énonçant, au visa de l'article 1147 du Code civil, que « le préjudice

né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de conseil portant sur l'adéquation de l'opération proposée à la situation personnelle de son client s'analyse en la perte d'une chance de ne pas contracter, laquelle ne peut qu'être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée ».

Il ressort du moyen – que la cour d'appel avait notamment relevé – que la banque indiquait qu'il n'y avait aucune garantie contractuelle de rémunération minimum et que, s'il est possible de lisser des fluctuations courantes, « les effets négatifs de variations conjoncturelles brutales » ne peuvent être exclus.

La cour avait retenu notamment que les investisseurs ne pouvaient à la fois refuser l'aléa que comporte le placement et en réclamer la rétribution, de sorte qu'il convenait de faire droit à leur demande en la « limitant » au capital placé.

(1) Essentiel Droit bancaire, 20 nov. 2010, n° 4, p. 4, obs. R. Routier.

Le moyen avait souligné que l'arrêt devait être cassé pour violation des dispositions de l'article 1147 du Code civil à raison de ce que le préjudice né du manquement à une obligation de mise en garde s'analyse en une perte de chance de ne pas contracter et en ce que l'obligation de mise en garde ne pèse sur le banquier que s'agissant d'opérations spéculatives, alors qu'ici les placements réalisés n'étaient pas exclusivement spéculatifs.

Force est de constater que l'évaluation de la perte de chance continue de poser des difficultés.

Ici, la Cour de cassation rappelle l'impossibilité que l'indemnisation puisse équivaloir à « l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée »<sup>(2)</sup>.

Nous avons déjà eu l'occasion de préciser que la construction prétorienne de la responsabilité du fait d'un manquement du banquier à ses obligations d'information et de mise en garde se poursuit avec un objectif clair de réparation du dommage, dont le juge français a précisé qu'il était constitué par une perte de chance de ne pas contracter, refus souverain en l'absence de certitude du dommage dont la seule règle de droit est que la « réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée »<sup>(3)</sup>.

(2) Notamment Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 juill. 1998, n° 96-15380, Bull. civ. 1998, I, n° 260 : « La réparation du préjudice économique », Conférence de la Cour de cassation 2007, L. Aynès, « Risques, assurances, responsabilités ».

(3) V. dossier Mesure du risque et perte de chance, Gaz. Pal. 26 févr. 2011, éd. Droit bancaire, p. 7 et s., 14966.

Pour ce qui concerne les opérations d'investissements, « la chance perdue par l'investisseur est nécessairement corrélée à la perte enregistrée... », ce qui explique que le montant des dommages et intérêts est toujours fonction du montant perdu. Le juge doit apprécier la probabilité que l'investisseur ait donc pris une décision différente<sup>(4)</sup>.

La Cour de cassation, dans son Rapport 2010<sup>(5)</sup>, fournit quelques exemples des opérations qui ont pu être qualifiées d'opérations spéculatives et de celles qui ne le peuvent pas, étant rappelé que l'obligation de mise en garde n'incombe à l'établissement bancaire que si les opérations revêtent un caractère spéculatif.

En revanche, les développements consacrés au droit de savoir de l'investisseur n'apporteront pas d'indication relativement à l'évaluation du préjudice, sinon le rappel de ce que le droit de savoir de l'investisseur est sanctionné par l'allocation de dommages et intérêts, que le préjudice ne consiste pas dans les pertes subies et que la réparation ne peut être équivalente aux pertes subies du fait des opérations effectuées, mais seulement dans la perte d'une chance « d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé »<sup>(6)</sup>. ●

(4) M. Roussille, « La perte de chance en matière boursière : sanction de l'obligation de mise en garde des intermédiaires financiers », Gaz. Pal. 26 févr. 2011, p. 16 et s., 14969.

(5) Rapport de la Cour de cassation 2010, 1.1.1.1.4.2, Le droit de savoir de l'investisseur en cas d'investissement non spéculatif.

(6) Cass. com., 10 déc. 1996, n° 94-16082 : Bull. civ. 1996, IV, n° 307 – Cass. com., 15 sept. 2009, n° 08-14398 : « une chance de pouvoir recourir à des investissements moins risqués ».

## BANQUES

### Bancassurance - Assurance-vie - Prescription - Assurance de groupe - Action en responsabilité - Garantie

Toutes actions dérivant d'un contrat d'assurance sont prescrites par deux ans à compter de l'événement qui y donne naissance.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 mars 2011, n° 10-11798 : M. X c/ BNP Paribas – Inédit – Cassation Jur. prox. Paris 9<sup>e</sup>, 31 mars 2009

**Note par**  
**Bénédicte BURY**  
Avocat à la Cour  
Membre du Conseil  
national des barreaux

Un couple a contracté un prêt personnel garanti par un contrat d'assurance-vie de groupe. Puis il a exercé une action responsabilité à l'encontre de la banque pour avoir « abusivement clôturé le contrat d'assurance-vie sans l'en informer, et méconnu les stipulations contractuelles du prêt ».

La juridiction de proximité a déclaré l'action en responsabilité des emprunteurs contre la banque, souscriptrice du contrat d'assurance, prescrite. Elle a retenu que, « s'agissant de la clôture du contrat d'assurance sur la vie, force est de constater que cette action est prescrite en application de l'article L. 114-1 du Code des assurances ».

La Cour de cassation<sup>(1)</sup> casse la décision de la juridiction de proximité en énonçant qu'en « vertu de l'article L. 114-1

du Code des assurances, toutes actions dérivant d'un contrat d'assurance sont prescrites par deux ans à compter de l'événement qui y donne naissance » et que n'ayant pas « constaté que l'action en responsabilité dérivait du contrat d'assurance », elle avait privé sa décision de base légale.

La cassation de la décision rendue par la juridiction de proximité était prévisible, la jurisprudence<sup>(2)</sup> ayant précisé que la prescription de l'action en responsabilité intentée par l'adhérent contre le « souscripteur de l'assurance de groupe ne dérive pas du contrat d'assurance dès lors que l'adhérent, assuré, n'a aucun lien d'assurance avec le souscripteur ou employeur, qui ont négocié les termes de l'assurance de groupe », et ne dérive donc pas de ce contrat d'assurance.

La Cour de cassation confirme ainsi cet effet du contrat d'assurance de groupe qu'elle analyse comme une stipu-

(1) Gaz. Pal., 30 avr. 2011, éd. Droit des assurances, p. 16, note M. Périer.

(2) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 nov. 1990, n° 87-18927 : RGAT 1991, p. 130, note J. Bigot.

lation pour autrui<sup>(3)</sup> ou, selon certains, comme une « *stipulation de contrat* » pour autrui établissant un lien à caractère synallagmatique.

Dans la logique de cette analyse, la Cour a pu préciser récemment et expressément que le souscripteur est « un tiers » au contrat liant l'adhérent à l'assureur et créant ainsi un régime singulier<sup>(4)</sup>.

La Cour de cassation a, par ailleurs, déjà jugé que la prescription applicable à l'action en responsabilité pour manquement à l'obligation d'information et de conseil mise en

œuvre par l'adhérent-emprunteur contre l'établissement de crédit souscripteur du contrat d'assurance est celle de l'article L. 110-4-1 du Code de commerce puisque « *c'est à l'occasion d'une opération de banque qu'il pratique habituellement que l'établissement de crédit, dont la responsabilité est recherchée sur le fondement de l'obligation contractuelle d'information et de conseil qui lui incombe en sa qualité de souscripteur de l'assurance de groupe, a proposé aux emprunteurs d'adhérer à l'assurance dont il sollicite le bénéfice* »<sup>(5)</sup>.

Cette prescription commerciale a été ramenée à cinq ans par la loi du 17 juin 2008<sup>(6)</sup>.

Le régime applicable dépend de l'obligation souscrite par le banquier. ●

(3) D.-R. Martin, « La stipulation de contrat pour autrui », D. 1994, chr. p. 145.

(4) Cass. com., 13 avr. 2010, n° 09-13712 : Gaz. Pal. 10 juill. 2010, note B. Bury ; v. aussi Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 nov. 1997, n° 95-20780 : RGDA 1997, p. 1066, note J. Kullmann ; Resp. civ. et assur. 1998, comm. n° 71 ; « Les limites du recours à la stipulation pour autrui en matière d'assurance de groupe », note D. Mazeaud sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 mai 2008, n° 05-21822, RCD, p. 1135.

(5) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 24 févr. 2005, n° 04-11182, Bull. civ. 2005, II, n° 43.

(6) L. n° 2008-561, 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile.

## VI. DROIT BANCAIRE INTERNATIONAL

### BANQUES

#### Financement du commerce international - Garantie autonome - Contre-garantie autonome - Appel abusif - Conditions

Le garant de premier rang se doit de vérifier le respect du formalisme de l'appel à sa garantie avant de payer et d'appeler la contre-garantie. L'appel à la contre-garantie en connaissance de cet abus par le garant est abusif, caractérisant l'existence d'un dommage imminent. La Cour d'appel a ainsi interdit à bon droit au contre-garant de payer toute somme au titre de sa garantie dans l'attente d'une décision au fond.

**Cass. com., 22 mars 2011, n° 09-71690 :** Banco del Pacifico c/ Alstom hydro energia Brasil LTDA, BNP Paribas, Hydropastaza – Inédit – Rejet pourvoi c/ CA Paris, 10 juin 2009

**Note par Juliette MOREL-MAROGER**  
Maître de conférences  
à l'université du Maine  
Membre du laboratoire  
ThemisUM

La chambre commerciale de la Cour de cassation trouve ici l'occasion de rappeler l'importance du formalisme des engagements bancaires venant garantir les contrats du commerce international, formalisme imposé à raison de l'indépendance de ces garanties par rapport aux contrats de base.

Une fois de plus<sup>(1)</sup>, l'application des règles uniformes de la Chambre de commerce internationale (CCI) relatives aux garanties sur demande (RUGD n° 458 adoptées en 1992), auxquelles les parties s'étaient expressément référées, se révèle, dans la présente espèce, comme un instrument particulièrement efficace de moralisation des pratiques en la matière<sup>(2)</sup>. En effet, l'autonomie de la garantie sur demande ne saurait en faire pour autant un instrument destiné à être utilisé de manière abusive par son bénéficiaire ou par le garant de premier rang à l'égard de la banque contre-garante.

Selon un schéma classique, deux contrats commerciaux ont été assortis d'une garantie de premier rang, la banque étant elle-même bénéficiaire d'une contre-garantie fournie en l'espèce par la banque BNP Paribas. À la suite de l'appel en garantie du garant de premier rang par le bénéficiaire, celui-ci a exécuté son engagement et appelé la contre-garantie. C'est alors que le donneur d'ordre a assigné le bénéficiaire, le garant et le contre-garant devant le juge des référés afin de faire interdiction au contre-garant de payer la somme réclamée. Les juges, dont la solution est ici confirmée par la chambre commerciale, lui ont donné raison, estimant que l'appel de la contre-garantie était manifestement abusif.

Cet arrêt rappelle<sup>(3)</sup> qu'un strict respect du formalisme s'impose aux parties et précise les conséquences d'un appel en garantie abusif du garant de premier rang sur l'appel en garantie de la banque contre-garante. Il apporte ainsi d'utiles précisions quant aux obligations du garant avant paiement et quant aux conséquences du non-respect de ces obligations.

Comme dans l'arrêt rendu par la même chambre le 30 mars 2010, il s'agissait d'une garantie justifiée au sens de l'article 20 des RUGD n° 458, le paiement étant ici subordonné à la remise d'une copie de la notification écrite envoyée par

(1) Cass. com. 30 mars 2010, n° 09-12701 : Gaz. Pal. 10 juill. 2010 p. 43, note J. Morel-Maroger et P. Pailler ; D. 2010.2274, note C. Houin-Bressand ; JCP E 2010, 15223 n° 28, obs. J. Stoufflet ; Banque et Droit, mai-juin 2010, 42, obs. N. Rontchevsky.

(2) J.-P. Mattout et A. Prüm, « Les règles uniformes de la CCI pour les garanties sur demande », Banque et Droit, n° 30, juill.-août 1993, p. 3.

(3) V. déjà en ce sens, Cass. com., 12 juill. 2005, n° 03-20365 : D. 2005. 2214, obs. X. Delpéch ; JCP E 2005. 1860, n° 10, obs. P. Simler.