

clusion résultant de l'absence de déclaration de créance dans les délais requis, inhérente à la dette, peut être opposée au créancier qui prétend actionner la caution en paiement après la mise en liquidation judiciaire du débiteur principal ».

Il ne faisait aucun doute que l'extinction de la créance, prévue par le régime antérieur à la loi de 2005, constituait une exception « inhérente à la dette » au sens de l'ancien article 2036 du Code civil, devenu depuis l'article 2313, et qu'elle provoquait l'extinction du cautionnement⁽³⁾. La solution tombait sous le sens : il n'y a pas plus inhérent à la dette que son extinction, qui touche à son existence même...

Dès lors que les créances non déclarées n'étaient plus éteintes, mais seulement inopposables, d'abord à la procédure, puis au débiteur, l'exception devenait forcément plus personnelle. Au point d'être « purement personnelle », au sens

(3) V. not. Cass. com., 17 juill. 1990, n^{os} 89-13439 et 89-13138 : Bull. civ. 1990, IV, n^{os} 214 et 215 ; Gaz. Pal. 1990, II, jur. p. 678, note A. Piédelièvre ; RTD com. 1990, 642, note A. Martin-Serf ; D. 1990, 494, note A. Honorat. La jurisprudence était constante en ce sens.

de l'article 2313 du Code civil et de ne pouvoir être opposée par la caution ?

En réalité, il faut distinguer.

Dans sa deuxième phrase, l'article L. 622-26, alinéa 2 du Code de commerce susvisé prévoit, en effet, que « pendant l'exécution du plan, [les créances non déclarées régulièrement] sont également inopposables aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ». Les garants ne sont donc pas totalement exclus du bénéfice de l'inopposabilité de la créance non déclarée. Certains, mais seulement certains – nous insistons sur ce point –, en profitent incidemment. Il s'agit des garants personnes physiques. Et encore, seulement dans un cadre procédural bien spécifique, à savoir celui de la sauvegarde, et seulement pendant l'exécution du plan.

Au sujet du redressement judiciaire, en revanche, l'article L. 631-14, alinéa 6 du Code de commerce précise que « les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne bénéficient pas de l'inopposabilité prévue au deuxième alinéa de l'article L. 622-26 (...) ». Quant à la liquidation, aucun texte ne prévoit une quelconque inopposabilité... ●

VI. BANCASSURANCE

ASSURANCES TERRESTRES

Assurances sur la vie et capitalisation - Prêt *in fine* - Obligation de mise en garde - Responsabilité du banquier - PEA

Le banquier n'est pas débiteur d'une obligation de mise en garde lorsque l'opération sur des produits financiers ne revêt pas de caractère spéculatif.

Les manquements de la banque, intermédiaire dans la souscription d'un contrat d'assurance-vie auprès d'une compagnie d'assurance, ne peuvent entraîner la résolution de ce contrat.

Cass. com., 12 juill. 2011, n^o 10-19279 : M. X c/ HSBC France – Inédit – Rejet pourvoi c/ CA Grenoble, 29 mars 2010 – M^{me} Favre, prés. – SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, SCP Ghestin, av.

Cass. com., 12 juill. 2011, n^o 10-17579 : M. X et M^{me} Y c/ Crédit Lyonnais – Inédit – Rejet pourvoi c/ CA Bordeaux, 26 janv. 2010 – M^{me} Favre, prés. – SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, SCP Richard, av.

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

banquier dans le cadre d'un prêt *in fine* adossé à une assurance-vie ou à un autre placement financier, et sur les conséquences d'un manquement lorsque celui-ci est caractérisé.

Dans la première espèce, un emprunteur avait souscrit un prêt *in fine* adossé à un contrat d'assurance vie-décès en unités de compte et à un plan d'épargne en actions (PEA) souscrit par son épouse, placements dont il est précisé qu'ils

étaient dépourvus de caractère spéculatif. La banque a ensuite assigné en paiement l'emprunteur, lequel a reconventionnellement sollicité le prononcé de la nullité de la stipulation d'intérêts et invoqué un manquement de la banque à son obligation de conseil, d'information et de mise en garde lors de la souscription des placements garantissant le prêt.

Dans la seconde espèce⁽¹⁾, un couple avait souscrit un prêt *in fine* garanti par deux contrats d'assurance vie en unités de compte. La valeur des placements ayant diminué, les emprunteurs ont assigné la banque en résolution des

(1) Droit et patr. l'hebdo, 2011.

contrats et en responsabilité, « lui reprochant d'avoir manqué à son devoir de conseil lors de la mise en place des opérations préliminaires à l'acquisition immobilière et, postérieurement, à son obligation de renseignement sur l'évolution de leur placement ».

La Cour de cassation a pu à juste titre relever, dans la première espèce et conformément à une jurisprudence établie, que s'agissant de l'obligation de mise en garde, celle-ci n'était pas due à raison de ce qu'il ne s'agissait pas d'opérations spéculatives tandis que l'information relative à l'exposition aux aléas boursiers et l'absence de garantie d'une plus-value avait été délivrée. Par ailleurs, la cour rappelle que « le banquier ne peut s'immiscer dans les affaires de son client » et que le choix de la modalité de placement auquel le client a procédé pourra d'autant moins être reproché à la banque que le client avait pu profiter de la déductibilité des intérêts.

Le second arrêt est l'occasion de rappeler que les fautes commises par la banque, dont la cour souligne qu'elle intervient ici en qualité d'intermédiaire, lors de la formation et de l'exécution des contrats, sont insusceptibles d'entraîner la résolution des contrats d'assurance-vie et son effet escompté de paiement des moins-values supportées à rai-

son des placements litigieux, mais permettent de faire valoir un droit à réparation du préjudice, dont elle rappelle qu'il consiste en une perte de chance.

S'agissant de cette perte de chance, la cour souligne que le pourvoi ne saurait être admis en ce que le montant du préjudice relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, dont elle précise qu'il n'est pas incompatible avec la fixation d'un montant forfaitaire, contrairement à ce que soutenait le pourvoi sollicitant que soit déterminée la fraction du dommage correspondant à la perte de chance invoquée.

La cour rappelle que la chance perdue peut être celle de ne pas avoir réalisé un meilleur investissement ⁽²⁾. Cette décision montre bien, en revanche, et s'il était besoin, à quel point l'évaluation constitue l'une des difficultés aiguës de la réparation d'une chance perdue ⁽³⁾. ●

(2) V. aussi 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. 17, I4969, et arrêts cités, notamment *Cass. com.*, 23 mars 2010, n° 09-13873 et *Cass. com.*, 9 nov. 2010, n° 09-69997.

(3) V. dossier « Mesure du risque et perte de chance » *in* *Gaz. Pal.* 26 févr. 2011, p. 7 et s., I4966.

CRÉDIT

Assurance-crédit - Assurance emprunteur - Décès de l'un des codébiteurs - Imputation de l'indemnité d'assurance

Lorsqu'à la suite du décès de l'un des codébiteurs d'un prêt garanti par une assurance emprunteur, l'assureur a versé la totalité du capital dû à la banque, les héritiers du prédécédé peuvent exiger du coemprunteur remboursement, au profit de la succession, de la moitié des sommes versées par l'assureur.

Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2011, n° 10-19722 : M. X c/ Consorts – Inédit – Cassation partielle sans renvoi CA Bordeaux, 15 juin 2009 – M. Charruault, prés. – SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Roger et Sevaux, av.

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

Afin de garantir le remboursement d'un prêt souscrit pour l'achat d'un terrain, des emprunteurs ont adhéré à une assurance décès, chacun pour la totalité du prêt. L'un des

coemprunteurs solidaires est décédé et l'assureur a remboursé au prêteur la totalité du capital et des intérêts échus.

Un désaccord s'est élevé à l'occasion du paiement d'une soule : le co-emprunteur survivant ayant obtenu l'attribution préférentielle du bien acquis au moyen du prêt, les héritiers de l'emprunteur décédé ont prétendu avoir droit à l'inscription, sur le compte de l'indivision, d'une somme équivalente à la moitié de ce remboursement.

La cour d'appel de Bordeaux avait retenu « que l'assurance avait été stipulée au profit du banquier, en lui supprimant l'aléa causé par la moindre solvabilité due au décès d'un des deux débiteurs, que si les deux propriétaires indivis de l'immeuble ont bénéficié de l'effacement de leur dette et s'en sont enrichis d'autant, ce n'est pas le patrimoine de la défunte qui a payé l'immeuble, de sorte que sa succession n'est pas créancière des fonds payés par l'assurance ». La

Cour de cassation censure cette analyse au visa des articles 1121 et 1213 du Code civil.

La cour, par cette nouvelle décision de cassation, confirme sa jurisprudence établie maintenant puisque, par des arrêts des 2 mars 2002 ⁽¹⁾ et 15 décembre 2010 ⁽²⁾, elle avait énoncé que « sauf convention contraire, lorsque les souscripteurs d'un emprunt destiné à l'acquisition d'un bien indivis ont adhéré à une assurance garantissant le remboursement du prêt (...) chacun dans la mesure de sa part et portion, la mise en œuvre de l'assurance à la suite de la survenance d'un sinistre a pour effet, dans les rapports entre les acquéreurs indivis, d'éteindre, à concurrence du montant de la prestation de l'assureur, la dette de contribution incombant à l'assuré concerné », et ce quelle que soit l'adéquation du

(1) *Cass. 1^{re} civ.*, 12 mars 2002, n° 00-21271 : *Bull. civ.* 2002, I, n° 82 ; *RGDA* 2002, p. 430 ; *Défrénois* 2003, art. 37697, n° 07, p. 446, obs. M. Sénéchal ; *RGDA* 2002, p. 429 ; *Défrénois* 2002, art. 37607, n° 19, p. 1272, obs. J.-L. Aubert.

(2) *Cass. 1^{re} civ.*, 15 déc. 2010, n° 09-16693 : note B. Bury, *in* *Gaz. Pal.* 26 févr. 2011, p. 36 et 37, I4908 ; *D.* 2011, 1393, note S. Brena ; *RCA* 2011, comm. 115, note H. Groutel.

capital assuré avec la dette de contribution de chacun ⁽⁶⁾, sauf la possibilité pour les parties d'en convenir autrement.

La cour d'appel de Paris, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 15 décembre 2010, avait, comme la cour d'appel de Bordeaux antérieurement à cette dernière décision, retenu que « seul le bénéficiaire du contrat d'assurance – la banque prêteuse – a droit à l'indemnité destinée au remboursement de la dette, et que cette indemnité n'a jamais fait partie du patrimoine de la victime du sinistre qui ne s'est donc pas appauvri ».

Il reste que les parties ont intérêt à déterminer leur souhait en cas de survenance du risque pour organiser contrac-

tuellement les effets souhaités. Les parties doivent distinguer la dette de contribution née du prêt de celle née de l'acquisition du bien, et en fonction de leur choix, concevoir la convention d'assurance contraire, qui pourra prévoir que l'assurance éteindra la dette envers la banque et financera l'acquisition, le coïndivisaire, co-emprunteur, étant bénéficiaire de l'assurance éteignant la dette à l'égard du banquier mais lui profitant aussi définitivement, effaçant sa dette de contribution au financement du bien.

Comme Luc Mayaux a pu l'indiquer, l'assuré aura tout intérêt à faire selon son souhait de « stipuler provisoirement pour autrui [c'est-à-dire pour les créanciers] et définitivement pour lui-même, ou au contraire provisoirement pour autrui et définitivement pour lui-même et pour un autre « autrui » [c'est-à-dire pour le codébiteur] » ⁽⁷⁾. ●

(6) Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 12 mars 2002, les emprunteurs avaient adhéré chacun pour la moitié du prêt ; dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 15 déc. 2010, l'arrêt d'appel censuré avait précisé que l'indivisaire ne pouvait prétendre à aucun droit du fait des versements intervenus au titre de la garantie, « fût-elle souscrite à 100 % sur sa seule tête ».

(7) RGDA 2002, p. 429, note L. Mayaux.

VII. DROIT PÉNAL BANCAIRE

BANQUES

Droit pénal bancaire - Escroquerie - Éléments constitutifs - Manœuvres frauduleuses - Ouverture d'un compte bancaire - Chèques sans provision

Constitue un stratagème caractérisant les manœuvres frauduleuses de l'escroquerie le fait d'ouvrir un compte bancaire dans le seul but de se faire délivrer un chéquier destiné à créer l'apparence de solvabilité, et de n'utiliser les chèques que pour obtenir des marchandises dans le dessein, formé dès l'origine, de ne pas en payer le prix.

Cass. crim., 1^{er} juin 2011, n° 10-83568 : Pascal X – FS – P+B+R – Rejet pourvoi c/ CA Versailles, 18 mars 2010 – M. Louvel, prés.

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

Si l'émission de chèques sans provision ne constitue plus en elle-même une infraction pénale depuis la loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991, l'utilisation abusive de

ce moyen de paiement ou de tout autre instrument de paiement peut être employée pour commettre d'autres infractions classiques du droit pénal, comme l'escroquerie. L'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 1^{er} juin 2011, destiné à une large publicité ⁽¹⁾, en constitue une parfaite illustration.

En l'espèce, M. X a remis à M. Y, définitivement condamné pour escroquerie, une somme de 150 euros pour faire procéder à l'ouverture d'un compte bancaire. La banque a alors remis à M. Y un chéquier et autorisé un découvert de 100 €. M. X et M. Y ont alors utilisé les vingt formules de chèques sur une très courte période afin d'effectuer des achats pour un montant total de près de 24 000 €.

L'escroquerie, définie par l'article 313-1 du Code pénal, supposait en l'espèce d'établir l'existence de manœuvres frauduleuses afin de tromper une personne et « de la déter-

miner ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque ». Toute la difficulté consiste à distinguer ce qui peut être considéré comme un simple mensonge, qui n'est pas pénalement punissable ⁽²⁾, des manœuvres frauduleuses précédant la remise, indispensables pour caractériser le délit d'escroquerie.

A priori, le raisonnement de la chambre criminelle semble parfaitement rigoureux, mais ses conséquences pratiques suscitent indéniablement une certaine perplexité. En effet, la chambre criminelle rappelle régulièrement que la simple remise d'un, voire de plusieurs chèques sans provision ne suffit pas à constituer une manœuvre frauduleuse ⁽³⁾. Elle apprécie rigoureusement cette condition en ayant par exemple jugé que l'émission en connaissance de cause de vingt-trois chèques sans provision en sept jours par une personne titulaire du Revenu minimum d'insertion (RMI) ne constituait pas des manœuvres frauduleuses mais un simple mensonge sur l'existence de la provision ⁽⁴⁾. Le mensonge ne

(2) C. Mascala, Escroquerie, Rép. pén. Dalloz, n° 73 et s. – A. Lepage, P. Maître du Chambon et R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, Litec, 2010, n° 139.

(3) Cette solution constante de la jurisprudence date d'un arrêt de la chambre criminelle du 8 juin 1912 : DP 1913, 1, p. 154.

(4) Cass. crim., 1^{er} juin 2005, n° 04-87757 : Bull. crim., n° 167 ; D. 2005, 1961 ; AJ pénal 2005, 329, obs. Redon ; RTD com. 2006, 682, obs. Bouloc.

(1) Cet arrêt figurera, en effet, au rapport annuel de la Cour de cassation et a déjà suscité plusieurs commentaires : v. M. Bombléd, D. 2011, 1621 ; J. Lasserre Capdeville, D. 2011, 2008 ; F. Crédot et T. Samin, RD bancaire et fin. 2011, comm. 154.