

Le devoir de mise en garde du banquier consacré à son tour par la Chambre commerciale

Xavier Delpech

I. La question de l'existence, à la charge du banquier dispensateur de crédit, d'une obligation de conseil, d'information ou de mise en garde est actuellement au centre des préoccupations du juge. Nul n'a oublié que la première Chambre civile, par quatre arrêts rendus il y a moins d'un an (Cass. 1re civ., 12 juill. 2005, Bull. civ. I, n° 124 à 127 ; D. 2005, AJ p. 2276, obs. X. Delpech , Jur. p. 3094, note B. Parance et 2006 , Pan. p. 155, obs. D. R. Martin et H. Synvet  ; JCP E, 2005, 1359, note D. Legeais ; JCP 2005, II, 10140, note A. Gourio ; RLDC nov. 2005, n° 864, p. 15 note S. Piedelièvre ; Banque et droit nov.-déc. 2005, p. 80, obs. T. Bonneau ; RD banc. et fin. nov.-déc. 2005, comm. 203, obs. F. J. Crédot et Y. Gérard), abondamment commentés, a eu l'occasion d'affiner sa doctrine sur le sujet, doctrine que l'on pourrait qualifier de « dualiste ». Celle-ci peut être résumée dans les termes suivants : le banquier n'est tenu que d'une obligation de mise en garde, et seulement à l'égard de l'emprunteur profane. Vis-à-vis de l'emprunteur averti, ne pèse en revanche sur lui aucune obligation particulière, sinon d'information, mais dans une hypothèse bien particulière, celle où l'emprunteur est moins bien informé que le banquier sur sa propre situation financière (hypothèse dite d'asymétrie d'information). La doctrine de la première Chambre civile semble donc aujourd'hui parvenue à un point d'aboutissement, puisque cette jurisprudence a, depuis lors, été confirmée (Cass. 1re civ., 2 nov. 2005, n° 03-17.443, JCP E 2005, 1819), même si un arrêt très récent est venu enrichir le contenu de l'obligation de mise en garde du banquier (Cass. 1re civ., 21 févr. 2006, JCP E 2006, 1522, note D. Legeais). C'est dire que la réaction de la Chambre commerciale était attendue. Force est de reconnaître que sa jurisprudence était, à la veille des arrêts du 3 mai 2006, assez bien établie, mais qu'elle était loin d'être en harmonie avec celle de son homologue civile. En effet, très schématiquement, elle paraissait écarter, par principe, toute responsabilité du banquier à l'égard de l'emprunteur pour manquement à son devoir de conseil (l'existence d'un tel devoir étant par conséquent déniée), une faute ne pouvant être retenue à son encontre que dans l'hypothèse, déjà évoquée, où le banquier a consenti un crédit en connaissance de la situation financière fragile de l'emprunteur, que ce dernier aurait de son côté ignorée (Cass. com., 24 sept. 2003, Bull. civ. IV, n° 137 ; RTD com. 2004, p. 137, obs. D. Legeais , Banque et droit janv.-févr. 2004, p. 57, obs. T. Bonneau). Ceux qui espéraient que la Chambre commerciale se saisisse de l'occasion qui lui est donnée pour s'aligner totalement sur la première Chambre civile, ne serait-ce que pour faire l'économie de la réunion d'une Chambre mixte, resteront peut-être sur leur faim, car, même si elle opère un rapprochement notable, la Chambre commerciale continue à jouer sa propre partition.

Certes, sur le plan formel, la Chambre commerciale a choisi le même *modus operandi* que la première Chambre civile : la publication, le même jour, d'une série d'arrêts - destinés à marquer fortement les esprits (car immédiatement diffusés sur le site internet de la Cour de cassation) -, non pas identiques, mais qui, au contraire, se rattachent à des cas de figure suffisamment variés, quant à la nature des crédits consentis et quant au profil des emprunteurs, pour que la Chambre commerciale fasse, si l'on peut s'exprimer ainsi, le tour de la question sur sa doctrine sur les obligations qui pèsent sur le banquier dispensateur de crédit.

Sur le fond, une convergence significative entre les deux formations mérite d'être soulignée. Selon la Chambre commerciale, pas plus qu'hier qu'aujourd'hui, il n'y a de devoir de conseil à la charge du banquier dispensateur de crédit (lequel devoir de conseil, faut-il le rappeler, consiste essentiellement à orienter positivement le cocontractant dans la décision qu'il va prendre). Toutefois, l'existence d'un devoir de mise en garde est expressément consacré pour la première fois (on constate d'ailleurs, à la lecture de l'arrêt n° 638, que les juges du fond avaient retenu la responsabilité du banquier pour manquement à son devoir de conseil, et que

la Cour de cassation, procédant à une substitution de motif, évoque le devoir de mise en garde, ce qui semble traduire le rejet complet par la cour régulatrice de la notion de devoir de conseil du banquier). Il s'agit là d'une évolution incontestable, même si on a pu écrire, en se fondant sur une analyse *a contrario* de l'arrêt précité du 24 septembre 2003, que « l'exclusion du devoir de conseil ne signifie pas celle du devoir d'information ou de mise en garde » (D. Legeais, obs. sous Cass. com., 24 sept. 2003, préc.). Le rapprochement entre les deux formations est, en tous les cas, au moins en apparence, digne d'être souligné. La première Chambre civile semble s'orienter dans le sens d'une clémence accrue à l'égard de la banque, puisque, à l'origine, elle avait expressément imposé au banquier un devoir de conseil (Cass. 1re civ., 27 juin 1995, Bull. civ. I, n° 287 ; D. 1995, Jur. p. 621, note S. Piedelièvre  ; RTD civ. 1996, p. 385, obs. J. Mestre  ; Defrénois 1995, p. 416, obs. D. Mazeaud, même le dernier annotateur cité a interprété cette décision, comme consacrant un devoir de conseil « négatif », de ne pas faire, accompagné de la présentation par le banquier des risques que présenterait l'opération envisagée par le client si ce dernier refusait d'obtempérer, qui s'analyserait en réalité à une mise en garde), elle est quelque peu revenue, dans ses arrêts du 12 juillet 2005, sur son audace en se prononçant expressément dans le sens d'une simple obligation de mise en garde. La Chambre commerciale, quant à elle, semble au contraire faire aujourd'hui preuve d'une plus grande mansuétude à l'égard de l'emprunteur, puisque, de l'absence d'obligation particulière de la banque à son endroit (c'est à notre sens l'interprétation du précédent de 2003 la plus plausible), elle consacre aujourd'hui également, et de manière expresse, un devoir de mise en garde et admet que le banquier puisse engager sa responsabilité contractuelle en cas de manquement à ce devoir. Reste, à présent, et en délimiter le domaine et à en décrypter la teneur.

II. Comme pour la première Chambre civile, ce devoir de mise en garde n'est ni général, ni absolu. La Chambre commerciale ne recourt toutefois pas à la méthode, pédagogique à défaut d'être facile à mettre en oeuvre, consistant à opérer une distinction en fonction de la qualité de l'emprunteur, selon qu'il est averti ou profane, mais qui n'avait pas convaincu tous les commentateurs (A. Gourio, note préc.). Seul l'emprunteur profane bénéficie, selon la première Chambre, d'une mise en garde de la part de son banquier, tandis que celui qui est averti est jugé capable de défendre lui-même ses propres intérêts ; le banquier n'est alors débiteur d'aucune obligation à son endroit. La Chambre commerciale procède pour sa part à une analyse qui tient uniquement compte, cumulativement ou alternativement, de la compétence et de la situation patrimoniale du débiteur, ainsi que de la finalité de l'emprunt contracté.

Ainsi, dans l'arrêt *Natiocréditbail* (n° 640), elle invite les juges du fond, pour retenir un éventuel devoir de mise en garde à la charge du banquier à l'encontre non pas de l'emprunteur, mais de la caution (la jurisprudence retient d'ailleurs, volontiers la responsabilité de la banque à l'égard de la caution, en général, pour manquement à son obligation de contracter de bonne foi, V. en dernier lieu, Cass. com., 20 sept. 2005, Bull. civ. IV, n° 176 ; D. 2005, AJ p. 2588, obs. X. Delpech  ; JCP E 2005, 1145, note D. Legeais), à prendre en compte l'âge de l'intéressée à la date de l'engagement litigieux, son statut (en l'espèce, elle était étudiante et elle n'avait, semble-t-il, aucune expérience de la vie des affaires, n'exerçant aucune responsabilité au sein de la société débitrice principale) et l'étendue de son patrimoine. On retrouve là la référence au fameux principe de proportionnalité, auquel la Chambre commerciale de la Cour de cassation n'est d'ailleurs pas insensible, n'hésitant pas à retenir la responsabilité du banquier qui a consenti un crédit excessif par rapport aux ressources du débiteur (Cass. com., 17 juin 1997, Bull. civ. IV, n° 188 ; D. 1998, Jur. p. 208, note J. Casey  ; RTD civ. 1998, p. 100, obs. J. Mestre  et p. 154, obs. P. Crocq  ; JCP E 1997, II, 1007, note D. Legeais ; Cass. com., 20 sept. 2005, préc.). En revanche, dans le même arrêt, il est jugé que le banquier n'est débiteur d'aucune obligation de mise en garde, cette fois à l'encontre des emprunteurs cautionnés, dans la mesure où l'opération financée par l'emprunt contracté constitue une « opération commerciale importante à laquelle [dans laquelle ?] ils étaient directement impliqués », d'autant que le critère ci-dessus évoqué de l'asymétrie d'informations n'était ici pas rempli. Dès lors, les emprunteurs disposaient de toutes les informations utiles leur permettant d'apprécier pleinement la portée de leur engagement.

Dans l'arrêt *Crédit Lyonnais* (n° 638), l'emprunt contracté était destiné à financer un

investissement, l'acquisition de lots de copropriété d'une résidence hôtelière. Il est alors permis d'hésiter sur le point de savoir si cet investissement revêt un caractère professionnel. Peut-être s'agit-il plutôt d'un placement de « bon père de famille ». La réponse n'est pas simple. La Chambre commerciale semble rejeter cette dernière qualification, car elle ne casse pas l'arrêt d'appel qui avait accueilli la demande de dommages-intérêts des emprunteurs, parce que les juges du fond auraient, à tort, omis de relever le fait que les emprunteurs, simples particuliers, ne sont pas au fait de la pratique des affaires et que les prêts contractés revêtent une finalité extraprofessionnelle. Non, il leur est reproché de ne pas avoir caractérisé le caractère excessif des prêts en cause au regard des facultés de remboursement des emprunteurs. Or, l'on sait que le manquement au principe de proportionnalité peut justifier la condamnation du banquier même lorsque le débiteur est un professionnel. Cela a déjà été admis à plusieurs reprises à propos de la caution dirigeant social (Cass. com., 17 juin 1997, préc. ; Cass. com., 11 juin 2003, Bull. civ. IV, n° 95 ; D. 2003, AJ p. 2094), même si la jurisprudence est parfois revenue en arrière (Cass. com., 8 oct. 2002, Bull. civ. IV, n° 136 ; D. 2003, Jur. p. 414, note C. Koering).

Quant à l'arrêt *Banque française commerciale Océan Indien (BFCOI)* (n° 639), sa configuration est particulièrement originale. En effet, certes, l'emprunteur, ou plutôt l'emprunteuse, était un particulier qui avait contracté les emprunts litigieux pour financer les travaux d'aménagement et d'extension d'une villa lui appartenant (emprunt immobilier à caractère extra-professionnel), situation qui aurait dû justifier que le banquier soit tenu d'une obligation de mise en garde. Mais ce dernier a, en l'espèce, été exonéré de cette obligation, dans la mesure où l'emprunteuse avait été assistée de son conjoint, cadre supérieur dans un établissement de crédit, qui plus est, celui même qui a consenti les crédits litigieux, grâce aux conseils duquel elle a pu être parfaitement informée sur l'opportunité de l'investissement projeté. L'époux s'était de surcroît porté caution et était présent lors de la signature des actes. En conséquence, si un tiers peut pourvoir à l'information de l'emprunteur « profane », permettant à ce dernier de pleinement apprécier la portée de l'engagement qu'il contracte, le banquier sera déchargé de toute obligation de mise en garde. S'agissant d'une situation exceptionnelle, c'est sur le banquier qui se prévaut de cette « exception d'assistance » que repose la charge de la preuve. A notre sens, toute personne, quelle que soit sa qualité, est susceptible de remplir cette fonction d'« assistant » (parent, connaissance professionnelle, etc.), mais il va de soi, d'un point de vue probatoire, que la réalité de l'assistance sera beaucoup plus facile à établir s'il existe, comme ici, un lien matrimonial entre l'emprunteur et le tiers.

A l'analyse des divers attendus qui nous sont soumis, peut-on considérer que la jurisprudence de la première Chambre civile et celle de la Chambre commerciale sont inconciliables ? En apparence oui, dans la mesure où, la Chambre commerciale, qui fait, dans son raisonnement, l'économie du recours à ces « standards » que sont l'emprunteur « averti » et l'emprunteur « profane », pour déterminer si le banquier est tenu ou non d'une obligation de mise en garde, développe nécessairement une approche casuistique, fondée sur l'analyse concrète, dans chaque cas d'espèce, de la situation personnelle de l'emprunteur. Au contraire, la jurisprudence de la première Chambre civile issue des arrêts du 12 juillet 2005 paraît reposer sur des lignes de partage nettes et bien établies. Il semble, à la réflexion, qu'il n'en est rien, dès lors que, en pratique, il n'est guère aisé de définir ce qu'il faut entendre par emprunteur averti ou profane. D'ailleurs, dans les arrêts précités, même si la première Chambre civile emploie expressément ces termes, elle se garde bien de les définir. En réalité, elle invite les juges du fond à procéder à une analyse *in concreto* (T. Bonneau, obs. sous Cass. 1re civ., 12 juill. 2005, préc.), démarche qui est également celle de la Chambre commerciale. Cette dernière fait simplement l'économie, dans son raisonnement, du recours à des catégories juridiques qui ne lui paraissent pas être un « passage obligé ». Bien au contraire, elles lui semblent plutôt embarrassantes, car incertaines. Il n'est donc plus certain qu'il y ait, désormais, sur le fond, sinon sur la méthode, une réelle divergence entre la première Chambre civile et la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Tout dépend désormais du point de savoir si la « mise en garde » signifie la même chose d'une chambre à l'autre.

III. Très schématiquement, selon la première Chambre civile, dans l'état de sa dernière jurisprudence, le devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit est susceptible

de recouvrir trois séries d'obligations (D. Legais, note sous Cass. 1re civ., 21 févr. 2006, préc.) : devoir de se renseigner sur la situation personnelle de l'emprunteur, obligation d'accorder un crédit qui soit adapté aux facultés de remboursement de l'emprunteur, enfin, devoir d'alerter l'emprunteur sur le risque de non-remboursement sur l'emprunt projeté.

La Chambre commerciale est, de son côté, fort peu explicite sur sa doctrine en la matière. Il est clair qu'elle rejoint la première Chambre civile quant à la deuxième des trois obligations énoncées. En effet, dans l'arrêt *Crédit Lyonnais*, il est reproché, comme on l'a dit, aux juges du fond d'avoir accueilli la demande de dédommagement sans avoir établi le caractère excessif des prêts litigieux. L'arrêt *Natiocréditbail* semble aller dans le même sens. En revanche, l'occasion n'a pas ici été donnée à la Chambre commerciale de se prononcer quant aux deux autres obligations. En conséquence, il serait hâtif d'affirmer que la Chambre commerciale a une conception plus restrictive que la première Chambre civile du devoir de mise en garde du banquier. Simplement, et ce qui laissera l'observateur sur sa faim, il apparaît, à la lecture de ces trois arrêts, que la construction de son édifice jurisprudentiel est encore loin d'être achevée. Il conviendra donc de scruter dans les prochains mois très attentivement la jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en la matière, afin que l'on sache si le rapprochement entre les deux Chambres se confirme, et surtout, s'il s'approfondit.

**Mots clés :**

BANQUE \* Responsabilité \* Mise en garde