

Xavier Delpech

Par quatre arrêts du même jour, la première chambre civile a affiné sa position sur la responsabilité du banquier en matière de distribution de crédit. Certes, la tendance jurisprudentielle actuelle semble être un retour à une application stricte des principes de droit commun de la responsabilité et à l'exigence, pour obtenir la condamnation du banquier, que soient caractérisés une faute, un préjudice un lien de causalité (Cass. com., 22 mars 2005, n° 506 FS-P+B, D. 2005, AJ p. 1020, obs. A. Lienhard), tendance qui semble d'ailleurs irriguer le droit de la responsabilité professionnelle dans son ensemble (V., par ex., S. Piedelièvre, La responsabilité du notaire en matière hypothécaire, RLDC mai 2005, n° 644, p. 15). Mais la matière n'en conserve pas moins une originalité certaine, tant dans la terminologie utilisée que dans les règles mises en oeuvre. C'est ce qu'illustrent les arrêts du 12 juillet 2005, auxquels la Cour de cassation a souhaité donner la plus large publicité en les diffusant immédiatement sur son site internet - en attendant d'en faire état dans son Rapport annuel -, quoiqu'ils ne contiennent pas de revirement, ni ne fixent véritablement de règles nouvelles.

I. Le devoir de conseil du banquier

Les interrogations de la doctrine se cristallisent généralement sur l'existence d'un devoir de conseil à la charge du banquier dispensateur de crédit au profit de l'emprunteur, voire de sa caution (V. par ex. Relations entreprises banques, Francis Lefebvre, 2003, n° 1100). Bien que la Cour de cassation, pendant longtemps, ait refusé d'employer ce terme (Cass. 1re civ., 8 juin 1994, Bull. civ. I, n° 206 ; JCP E, 1995, II, 652, note D. Legeais, spéc. n° 12, qui parle de « reconnaissance implicite » ; Defrénois 1995, p. 1416, obs. D. Mazeaud), peut-être par crainte d'ouvrir la boîte de Pandore et de susciter un contentieux qui, *in fine*, nuirait au crédit, elle a aujourd'hui allègrement franchi le pas et expressément consacré le devoir de conseil du banquier, distinct de son devoir d'information (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). C'est cette jurisprudence qui est dans les présentes décisions - timidement - réitérée, la Cour de cassation se refusant à employer expressément cette formulation potentiellement lourde de conséquences pour le banquier, comme si elle souhaitait revenir sur son audace passée.

L'un des arrêts (n° 1265) retient, en effet, la responsabilité du banquier pour manquement à son devoir de « mise en garde », ce pour avoir accordé un prêt d'un montant excessif au regard des capacités de remboursement de l'emprunteur. La mise en garde implique, selon la doctrine, que l'établissement de crédit avertisse le client « des risques particuliers entraînés par la signature du contrat » (D. Legeais, L'obligation de conseil de l'établissement de crédit à l'égard de l'emprunteur et de sa caution, Mélanges AEDBF-France II, 1999, p. 257 et s., spéc. p. 258). Cette prudence terminologique de la Cour de cassation ne signifie en réalité peut-être pas un recul, sur le fond, par rapport à sa jurisprudence de 1995, car il ne semble pas qu'il faille ici donner à la notion de « devoir de conseil » un sens trop large (T. Bonneau, Droit bancaire, Montchrestien, 5e éd., 2003, n° 419). Le devoir de conseil, de manière très générale, a un sens à la fois positif - qui vise à orienter positivement le cocontractant dans la décision qu'il va prendre (« si j'étais vous, je ferais ceci ») - et négatif - ou « conseil de ne pas faire, accompagné de l'explication des dangers ou simplement des inconvénients encourus si ce conseil n'est pas suivi » (M. Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats, LGDJ, 1992, n° 477). C'est assurément cette seconde acception qu'il faut retenir dans le précédent de 1995, et, en vérité, cette obligation de conseil négatif avait alors été assimilée par la Cour de cassation à une obligation de mise en garde (en ce sens, D. Mazeaud, obs. préc.).

Un autre arrêt (n° 1263), rendu à propos des différentes formules de crédit possible que la banque devait proposer à son client pour couvrir le solde débiteur de son compte de dépôt, semble encore davantage en retrait, puisqu'il ne fait peser à la charge du banquier qu'un simple devoir d'information : celui-ci est seulement tenu d'éclairer « sa cliente sur les avantages et inconvénients du choix qui s'offrait alors à cette dernière ». Il doit donc se contenter de lui présenter le plus objectivement possible les différents instruments proposés à la clientèle permettant de réaliser l'opération projetée, en insistant tant sur les atouts que les défauts attachés à chacun. Mais, en aucun cas, le banquier ne doit inciter à privilégier l'un ou l'autre, en d'autres termes, à se prononcer en opportunité. C'est le client qui prend la décision, et non pas le banquier. Par l'information qu'il prodigue, ce dernier doit se contenter d'éclairer le consentement de son cocontractant.

II. Le respect du principe de proportionnalité

D'origine communautaire, le principe de proportionnalité irrigue aujourd'hui le droit des contrats et doit être respecté aussi bien en amont, par le créancier de l'obligation, lors de la formation du contrat, qu'en aval, par le juge, pour déterminer la sanction applicable à la violation de la règle de droit (V. en ce sens R. de Gouttes, concl. sous Cass., ass. plén., 4 mars 2005, JCP 2005, II, 10062, qui estime que la nullité des crédits consentis par un établissement de crédit étranger non agréé en France ne peut être retenue car une telle sanction serait disproportionnée). Le droit bancaire constitue un terrain d'élection de ce principe, obligeant le banquier dispensateur de crédit à ne pas exiger, de l'emprunteur comme de la caution, un engagement qui ne soit pas disproportionné par rapport à ses facultés de remboursement (V. not. 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 157, obs. P. Crocq ; JCP E, 1997, II, 1007, note D. Legeais). Cette jurisprudence est aujourd'hui réitérée avec la plus grande netteté. Un arrêt (n° 1265) retient la responsabilité du banquier vis-à-vis des emprunteurs pour leur avoir accordé « un prêt excessif au regard de leurs facultés contributives ». La Cour de cassation n'est toutefois pas totalement convaincante lorsqu'elle rattache le respect de ce principe de proportionnalité au devoir de mise en garde du banquier, lequel, comme on l'a vu, vise à déconseiller à son partenaire de s'engager, mais pas à lui interdire de le faire. C'est plutôt du devoir de prudence qu'il devrait s'agir ici, lequel doit conduire le banquier à aller jusqu'à refuser le prêt sollicité.

Un autre arrêt (n° 1266) va plus loin en donnant un contenu précis à ce principe de proportionnalité, dont il retient une conception dynamique : les ressources prises en considération pour apprécier la faculté de remboursement - il convient à cet égard de prendre en compte les revenus de toute nature perçus par l'emprunteur, salaires, dividendes, etc. - ne sont pas uniquement celles perçues au moment de la souscription de l'engagement. Mais la Cour de cassation approuve les juges d'appel d'avoir également pris en considération les ressources à venir de l'emprunteur, que ce dernier est raisonnablement en droit d'attendre, autrement dit et pour s'exprimer en des termes financiers, son *cash flow* futur. Cette analyse tranche avec la conception qui est celle de la loi du 1er août 2003 dont on sait qu'elle a consacré le respect de l'exigence du principe de proportionnalité en matière de cautionnement (art. L. 341-4 nouv. c. consom.) : les ressources de la caution sont appréciées, à titre de principe, lors de la conclusion du cautionnement. La position de la Cour de cassation est incontestablement favorable aux intérêts du banquier, puisqu'aucun manquement ne pourra lui être reproché si, au moment où le prêt est consenti, les ressources de l'emprunteur, à cette époque, sont manifestement insuffisantes pour faire face au remboursement de l'emprunt, dès lors que ses perspectives économiques laissent augurer des ressources plus importantes à l'avenir, et, donc, une totale capacité de rembourser l'emprunt contracté.

Autre apport de l'un des arrêts du 12 juillet 2005 (n° 1265), celui de la sanction applicable en cas de manquement du banquier au principe de proportionnalité, point sur lequel le législateur est totalement silencieux tandis que la jurisprudence reste assez obscure. La seule indication est que la Cour de cassation paraît se situer ici, conformément d'ailleurs à la jurisprudence rendue en matière de non-respect du principe de proportionnalité vis-à-vis de la caution (V. par ex. Cass. 1re civ., 9 juill. 2003, Bull. civ. I, n° 167 ; D. 2004, Jur. p. 204, note Y. Picod ; RTD civ. 2004, p. 124, obs. P. Crocq ; JCP 2003, II, 10167, note J. Casey ; *ibid.*, I, 176, n°

4, obs. P. Simler), sur le terrain de la responsabilité et non sur celui des vices du consentement. Elle refuse, en revanche, de prendre parti sur le mode et le montant de la réparation, se réfugiant derrière le pouvoir souverain des juges du fond, ce qui devrait conduire à une jurisprudence totalement dépourvue de ligne directrice. La Cour d'appel de Paris a ici estimé que le préjudice réparable consistait en les intérêts de la somme prêtée, intérêts dont les emprunteurs - qui demeurent donc tenus de rembourser le principal - ont été déchargés, sanction à laquelle le législateur recourt d'ailleurs fréquemment en droit du crédit (V., par ex., à propos de l'obligation d'information de la caution prévue par l'art. L. 313-22 c. mon. et fin.). On a, en effet, du mal à admettre que le montant de la réparation corresponde à celui de la créance tout entière - en capital et en intérêts -, ainsi que le réclamait le demandeur au pourvoi, et que les juges retiennent une solution totalement différente, là-encore, de celle rendue en matière de cautionnement, domaine dans lequel les tribunaux exigent que l'allocation de dommages-intérêts ou la décharge soit à la mesure de la disproportion constatée (Cass. 1re civ., 6 avr. 2004, Bull. civ. I, n° 110 ; D. 2004, AJ p. 1232 ; Defrénois 2005, p. 339, obs. P. Théry).

III. La prise en compte de la qualité de l'emprunteur

La Cour de cassation rappelle ici que les obligations évoquées ci-dessus du banquier dispensateur de crédit ne s'imposent pas avec la même intensité selon le profil de l'emprunteur. Cela n'est pas nouveau. Ce qui est en revanche novateur, c'est qu'elle consacre explicitement une dichotomie qui, jusqu'alors, n'était exprimée que de manière latente par la jurisprudence rendue en matière de distribution de crédit : elle distingue, en effet, l'emprunteur profane (arrêt n° 1265) de l'emprunteur averti (arrêts n° 1264 et 1266). Il s'agit là de catégories juridiques élaborées par les tribunaux en matière de gestion de portefeuille, les tribunaux excluant, en effet, que le gérant soit tenu d'une obligation de conseil, ou du moins d'information, lorsque le client est un « opérateur averti », même lorsqu'il procède à des investissements sur des produits hautement spéculatifs (V., par ex., Cass. 1re civ., 13 oct. 1998, Bull. civ. I, n° 296 ; Cass. com., 8 juill. 2003, D. 2003, AJ p. 2095, obs. V. Avena-Robardet ; Bull. Joly bourse 2003, p. 591, note L. Ruet).

Une nuance apparaît toutefois. En matière de droit bancaire, en présence d'un « emprunteur averti », le banquier ne semble pas totalement délié de son devoir de conseil, ni de son obligation de respecter le principe de proportionnalité. D'ailleurs, dans l'arrêt *Macron* précité du 17 juin 1997, qui a retenu la faute du banquier, la caution, qui avait la qualité de dirigeant social de la société garantie, n'était pas profane. Simplement, la jurisprudence semble faire preuve d'une indulgence plus grande à l'égard du banquier, le manquement de celui-ci paraissant plus difficile à établir en présence d'un emprunteur averti que d'un emprunteur profane. On en veut pour preuve que l'arrêt *Macron* - décidément d'une grande richesse - subordonne la responsabilité du banquier à l'égard du dirigeant social à une disproportion « manifeste » entre la dette garantie et les ressources du garant, alors que l'on ne trouve nulle part trace d'une telle exigence dans l'arrêt du 12 juillet 2005 (n° 1265) rendu à propos d'un emprunteur profane.

IV Questions de technique bancaire

A côté de ces questions de droit de la responsabilité, les arrêts du 12 juillet 2005 ont été l'occasion, pour la Cour de cassation, de prendre parti sur des difficultés qui ont davantage trait au droit des contrats et à la technique bancaire. En premier lieu (arrêt n° 1265), la Cour de cassation affirme que l'exception de nullité - dont on sait qu'elle est en principe perpétuelle - ne peut être invoquée par l'emprunteur qui cherche à obtenir l'annulation d'un prêt. Il faut voir là l'application de la règle classique, selon laquelle l'exception de nullité ne peut plus être soulevée lorsque le contrat a été exécuté, même partiellement. Cette « neutralisation » de l'exception de nullité a d'ailleurs pour terrain d'élection les contrats à exécution successive et, en particulier, le prêt (V., par ex., Cass. 1re civ., 1re déc. 1998, Bull. civ. I, n° 338 ; RTD civ. 1999, p. 621, obs. J. Mestre). Ici, l'exception a été invoquée alors que l'emprunteur avait déjà remboursé en partie son emprunt ; sa demande ne pouvait donc prospérer. Toutefois, dans son attendu rédigé en des termes très généraux, la Cour de cassation ne paraît pas prendre en considération l'existence d'un remboursement partiel. Il serait pourtant hâtif d'en

conclure que cet arrêt constitue un revirement et que l'exception de nullité ne peut être invoquée même si aucun remboursement n'a eu lieu (de toute façon, le prêt ne serait sans doute pas prescrit dans une telle hypothèse ; la question de recevabilité de l'exception de nullité ne se pose donc *a priori* pas).

En second lieu (arrêt n° 1264), la Cour de cassation apporte un éclairage sur l'utilisation du compte courant d'associé comme instrument de garantie. En effet, lorsqu'une banque souhaite consentir un crédit à une société, elle a tout à craindre de la mise en redressement judiciaire de celle-ci (arrêt des poursuites individuelles, concours avec les autres créanciers sociaux, etc.). Aussi, plutôt que de prêter directement à la société, la pratique bancaire a imaginé d'utiliser le dirigeant social comme un « relais ». C'est au dirigeant que sont prêtées les sommes d'argent, à charge pour lui de les mettre à son tour à la disposition de la société, envers laquelle il est titulaire d'une créance de remboursement, inscrite en compte d'associé. C'est en réalité la société qui rembourse le prêt, en lieu et place du dirigeant, puisqu'elle crédite, à chaque échéance, le compte bancaire de celui-ci, avant que la banque ne débite ce même compte pour un montant identique, et, à mesure des remboursements opérés, le solde débiteur du compte d'associé se trouve réduit d'autant (pour une présentation d'un tel montage, généralement renforcé par le recours à la technique de la délégation imparfaite, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, V. M. Cozian, Le dirigeant contraint d'emprunter pour le compte de la société [ou les vertus fiscales de la délégation imparfaite], *in* Les grands principes de la fiscalité des entreprises, Litec, 1999, p. 367). Si la société est mise en redressement judiciaire, l'arrêt des poursuites individuelles empêche la société de poursuivre les remboursements ; en revanche, le dirigeant social, demeurant *in bonis*, doit alors prendre à sa charge le remboursement du prêt. L'intérêt du dirigeant est bien évidemment de chercher à démontrer que le prêt a, en fait, été directement consenti par la banque à la société, afin de faire peser sur la première les conséquences de la « faillite » de la seconde. Pourtant, la Cour de cassation valide et donne pleine efficacité à ce montage, se fondant sur le fait que c'est le dirigeant, qui, juridiquement, a la qualité d'emprunteur. C'est donc lui qui doit supporter les risques liés au remboursement du prêt. Pour compléter le raisonnement sur ce point assez elliptique de la Cour de cassation, l'on ajoutera que les relations contractuelles qui lient le dirigeant à la société - le compte courant d'associé - obéissent à la règle de l'effet relatif des conventions et ne peuvent être invoquées par l'intéressé à l'égard de la banque pour échapper à son engagement.

Mots clés :

BANQUE * Responsabilité * Prêt * Emprunteur * Facultés de remboursement * Emprunt averti ou profane