

Relations contractuelles

FINANCEMENTS BANCAIRES

ET BONNE FOI*



FRANCK JULIEN *
Docteur
en droit
Crédit Agricole
CIB

Au stade de la conception du contrat, l'exigence de bonne foi a parfois conduit la jurisprudence à opérer un glissement d'une appréciation du comportement des parties vers la définition du contenu du contrat, dans un souhait de rééquilibrage des rapports. Ce souci d'équité des juges doit susciter une certaine vigilance. S'agissant de l'exécution de la convention, le comportement déloyal de l'emprunteur est facteur de rupture d'une indispensable confiance, cœur du crédit.

La bonne foi a une vocation sociale¹. Elle occupe donc une place essentielle dans le domaine juridique. Expression de bonne volonté, « âme des affaires »², elle alimente la confiance. Or c'est bien le crédit qui permet et favorise le développement des échanges. D'où le libellé de l'article 2274 du Code civil qui dispose que « la bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver ». L'attachement aux vertus de la bonne foi révèle un ancrage historique dans le droit privé, au gré d'adages bien connus : « bona fides contraria est fraudi et dolo »³, trouvant un écho dans l'adage « fraus omnia corrumpit »⁴, et « malitiis non est indulgendum »⁵.

Une doctrine avisée s'attache à désigner la bonne foi sous forme d'une « croyance qu'avait le possesseur d'avoir

contracté avec le véritable propriétaire »⁶. D'autres y voient un « comportement loyal que requiert notamment l'exécution d'une obligation ; attitude d'intégrité et d'honnêteté ; esprit de droiture qui vaut un bienfait à celui qu'il anime (bénéfice de la bonne foi) – a) souci de coopération ; b) absence de mauvaise volonté, ayant un intérêt dans l'exécution d'une obligation, l'acquisition d'un droit [...] »⁷.

Ces deux approches révèlent la singularité du droit français, dans lequel la bonne foi remplit deux offices principaux : elle conditionne l'acquisition d'un droit et permet l'exécution d'une obligation. Dans l'ordre général du commerce juridique, l'art. 1141 du Code civil prévoit, en matière de transfert de biens meubles, que le conflit de propriété entre deux détenteurs désignés d'un même bien est réglé par référence à celui mis en possession réelle, « pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi ». S'agissant des titres financiers, c'est leur négociabilité même qui se trouve tributaire de la bonne foi. Dans la distinction classique des titres au porteur et des titres nominatifs, les premiers remplissaient aisément les critères de la négociabilité, dans la mesure où leur transmission reposait sur les règles de la vente d'un bien meuble corporel, à savoir par tradition ; l'opposabilité de la transaction aux tiers tenait à l'existence de la convention⁸, « le jeu de l'article 2279 du Code civil paralysait la règle nemo plus juris et interdisait en principe la revendication du verus domino à l'encontre de l'acquéreur de bonne foi »⁹. La situation était moins simple pour les titres nominatifs, les juges n'ayant pas clairement déterminé la portée à donner à la règle nemo plus juris¹⁰, d'où une protection plus incertaine de l'acqué-

L'auteur dédie son article à ses parents ainsi qu'à A. et P. Cléro.

* Les propos développés dans cet article correspondent à l'approche personnelle de l'auteur et ne sauraient représenter nécessairement l'opinion du groupe au sein duquel il exerce.

1. « Quant à la morale, il vaudrait toujours mieux qu'il y en ait plus. » C. Lagarde, ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, site *La Tribune et moi*, 1^{er} oct. 2010.
2. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, article « Bonne foi », p. 115.
3. La bonne foi s'oppose à la fraude et au dol.
4. La fraude entache de nullité tout acte accompli sous son couvert.
5. Il ne faut montrer aucune indulgence envers ceux qui sont de mauvaise foi.

6. F. Terré et Ph. Simler, *Les Biens*, D. 2006, n° 436.
7. G. Cornu, *op. cit.*
8. Par application des principes généraux issus de l'article 1165 du Code civil, définissant l'effet relatif des contrats et sa portée.
9. T. Bonneau et F. Drummond, *Droit des marchés financiers*, Economica, 3^e éd., n° 91-1 et s.
10. « Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet » : personne ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même.

reur du titre dans l'hypothèse de sa revendication par le véritable titulaire. Les rares décisions rendues donnaient lieu à des interprétations contradictoires, certains auteurs considérant que la Cour de cassation, dans le respect de la règle *nemo plus juris*, faisait primer les droits du *verus domino* sur ceux de l'acquéreur de bonne foi *a non domino*. D'autres soutenaient que la Cour avait consacré le principe de l'inopposabilité des vices affectant le droit de propriété, et reconnaissait au sous-acquéreur de bonne foi, bénéficiant d'une inscription en compte, une présomption irréfragable de propriété envers le tiers revendiquant¹¹. Désormais, l'article L. 211-16 du Code monétaire et financier (CMF) dispose que « nul ne peut revendiquer pour quelque cause que ce soit un titre financier dont la propriété a été acquise de bonne foi par le titulaire du compte-titres dans lequel ces titres sont inscrits ». L'inconfort tient toutefois ici à l'absence de définition officielle de la bonne foi, même s'il est permis de considérer que celle visée à l'article 2274 du Code civil est ici applicable.

Dans le domaine contractuel, la nécessité d'une exécution loyale du contrat constitue le prolongement cohérent du respect qui doit être apporté à la parole initialement donnée (« *pacta sunt servanda* »), d'où la consécration par l'article 1134 du Code civil du principe de la force obligatoire des conventions : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites [...] elles doivent être exécutées de bonne foi ». L'origine de cette règle est attribuée à Domat pour qui « dans les engagements volontaires et mutuels, ceux qui traitent ensemble se doivent sincérité, pour se faire entendre réciproquement à quoi ils s'engagent, la fidélité pour l'exécuter »¹². La Cour de cassation paraît y prêter une oreille favorable, au vu des attendus de décisions récentes traitant de la force obligatoire du contrat : « La partie envers laquelle l'engagement contractuel n'a point été exécuté a la faculté de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsque celle-ci est possible »¹³, solution bien souvent préférable à l'octroi d'une compensation pécuniaire.

Faute de bonne foi, le crédit disparaîtrait avec la confiance qui le fonde¹⁴. En se mettant au service du contrat, la bonne foi favorise la croissance¹⁵. Une de ses vertus dans la sphère contractuelle est notamment de permettre l'économie d'une procédure judiciaire ou arbitrale, consommatrice de temps, destructrice de confidentialité, génératrice de coûts pour les parties et, surtout, la collectivité. Or les économies réalisées

ici permettront une allocation de fonds dans d'autres domaines, particulièrement bienvenue en période de crise¹⁶. Ceci explique la référence faite à la bonne foi dans de nombreux systèmes juridiques¹⁷, et son érection en tant que principe du commerce international « du fait de son appartenance au fond des valeurs juridiques universellement partagées par la communauté des États »¹⁸. Rares sont en effet les domaines du droit où la bonne foi n'émerge pas, dans un souci de moralisation¹⁹ du contrat et du comportement des parties ; agir de bonne foi revient alors à faire preuve de loyauté, à se montrer ouvert, voire soucieux des intérêts et attentes du partenaire contractuel.

Ce n'est qu'à ce prix que le contrat atteint la plénitude de ses effets et ambitions. La bonne foi requiert donc une attitude loyale, sincère, un véritable esprit de coopération, et ce précisément parce que, dans certains domaines, le souci d'équilibre de la relation contractuelle est contraire à l'idée qu'une partie peut instinctivement se faire de la promotion et défense de ses intérêts.

Exploitant le terreau de la bonne foi, le droit français fait parfois prévaloir l'exigence de proportionnalité et, de façon parfois plus discutable, l'équité, en vue du rétablissement d'une justice contractuelle entre les parties, en imposant une certaine égalité des rapports ou en évitant une trop grande disproportion entre ceux-ci²⁰. Ce souci trouve une expression particulière dans le cadre de la lutte contre les clauses abusives, lorsqu'il s'agit de contribuer au rééquilibrage de la relation contractuelle appréhendée comme un rapport de forces : « Considérant que, en vue de faciliter l'établissement du marché intérieur et de protéger le citoyen dans son rôle de consommateur lorsqu'il acquiert des biens et des services par des contrats régis par la législation d'États membres autres que le sien, il est essentiel d'en supprimer les clauses abusives ; considérant que les vendeurs de biens et les prestataires de services seront, de cette façon, aidés dans leur activité de vente de biens et des prestations de services, à la fois dans leur propre pays et dans le marché intérieur ; que la concurrence sera ainsi stimulée, contribuant de la sorte à accroître le choix des Citoyens de la Communauté, en tant que

11. T. Bonneau et F. Drummond, *op. cit.*

12. Voir S. Godelain, *La Capacité dans les contrats*, LGDJ 2007, n° 654.

13. Cass., 3^e Ch. civ., 11 mai 2005, n° 03-21-136, *Bull. civ. III* n° 103 – RTD civ. 2005, p. 596, cités par E. Garaud, « De gré ou de force : l'exécution contractuelle en nature – droit positif et projets de réforme », *Rev. Lamy Droit civil*, avril 2010, pp. 7 et s.

14. Voir Y. Picod, « Contrats et obligations », *Juris. civ.*, Art. 1134 et 1135, n° 2.

15. « En effet, d'un côté, les gouvernants comprennent fort bien les conséquences économiques et sociales du surendettement des particuliers et essaient de combattre les disparités de revenus au sein des communautés d'habitants. D'un autre côté, ils ne peuvent ignorer que l'octroi du crédit est, par nature, une opération économique risquée qui participe du bon fonctionnement de notre société. » Bui Duc Giang, « Devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », mémoire de Master 2 droit des affaires internationales, faculté de droit de Tours, 2010.

16. « Les contrats d'affaires ont, dans leur ensemble, vocation, par une synergie entre deux ou plusieurs parties, à la création de richesse et leur partage entre les parties. Le meilleur contrat n'est d'ailleurs sans doute pas celui qui répond à la plus rigoureuse technique juridique mais plus simplement – et plus utilement aussi – celui qui en maximise la création de valeur ajoutée et donne aux parties le sentiment que chacun y retrouve tout du long son compte. » : F. Magar, « Ingénierie juridique : pratique des clauses de rencontre et renégociation », *Rec. Dalloz*, 9 sept. 2010, p. 1960.

17. Tel est le cas du droit allemand, japonais, chinois, suisse, anglais dans une certaine mesure, américain : voir G. Robin, « Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux », *RDAI/IBLJ*, n° 6, 2005, pp. 695 et s.

18. G. Robin, *op. cit.*

19. « La vertu propre de ce genre de notion est justement de faire naître une image qui a un retentissement de conscience, une image à conserver et à méditer dans son cœur, une image qui se propage et se perpétue dans la conscience de l'interprète » : G. Cornu, « Regards sur le titre VI du livre III du Code civil, des contrats et des obligations conventionnelles en général », *Cours DEA, Droit privé : les cours de droit*, 1997, p. 56. Cette vertu est tout spécialement importante et recherchée à l'ère du recours systématique de la notation des acteurs économiques par les agences internationales de rating, pouvant ainsi lever des fonds à coûts négociés.

20. Voir P. Le Tourneau et M. Poumarède, « Bonne foi », *Rép. civ. Dalloz*, janv. 2009, n° 89 et 90.

consommateurs »²¹. Dans certaines hypothèses, la notion de bonne foi ne conduit pas le juge à un examen du comportement des cocontractants, mais sert de fondement à la mise à la charge d'une des parties d'obligations nouvelles, au bénéfice de la partie la plus faible²². Ainsi, la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation (ci-après « la Loi du 1^{er} juillet 2010 ») transpose en droit français la Directive communautaire du 23 avril 2008²³, confère un cadre légal à certains devoirs de comportement du banquier définis par la jurisprudence, en matière d'information et de mise en garde de l'emprunteur, notamment.

En droit administratif français, l'arrêt du 28 décembre 2009 a permis au Conseil d'État de préciser qu'une partie à un contrat ne peut, sauf à manquer à l'« exigence de loyauté des relations contractuelles », soulever judiciairement un vice de nullité d'un contrat qu'elle a méticuleusement négocié²⁴.

Le principe de bonne foi affiche une telle portée que son application, ou la demande de son respect, se vérifie dans les domaines les plus variés. Ainsi un médecin s'est-il vu infliger une sanction par une caisse d'assurance maladie, au visa de l'article 35 de la convention nationale des médecins, confirmée par le Conseil d'État, par application du principe de bonne foi²⁵.

Les choses sont plus nuancées en droit anglais. À propos de l'espèce *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128, 138, Lord Ackner déclara : « the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations ». Dans le contentieux *James Spencer & Co Ltd v. Tame Valley Padding Co Ltd*, le 8 avril 1998, le juge Potter fit valoir : « there is no general doctrine of good faith in the English law of contract. The [injured parties] are free to act as they wish, provided that they do not act in breach of a term of the contract. » Concernant l'affaire *Bank of Nova Scotia v. Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd* [1990] 1 QB 818, 894, le juge May observa : « a deliberate contract breaker is guilty of no more than breach of contract »²⁶.

La promotion de la loyauté dans les relations juridiques s'impose aussi et surtout au nom de l'intérêt géné-

ral. À l'échelle européenne, l'article 26 de la Directive 2006/73/CE, dite « MIFID 2 », dispose que les États membres doivent s'assurer que les entreprises d'investissement agissent de façon honnête, loyale et professionnelle, dans le souci des intérêts du client en ce qui concerne la réalisation d'un investissement ou de services connexes. La fin ultime de cette loyauté recherchée est bien l'intérêt collectif, au moyen d'une croissance économique. Ainsi est-il proclamé, en préambule d'une directive européenne, que « le développement de pratiques commerciales loyales au sein de l'espace sans frontières intérieures est essentiel pour favoriser l'expansion des activités transfrontalières »²⁷.

La bonne foi est également érigée en règle matérielle internationale, au moyen notamment de la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (conclue à Vienne le 11 avril 1980) dont l'article 7, au sein du Chapitre II consacré aux « Dispositions générales », énonce : « Pour l'interprétation de la présente convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international »²⁸. Par ailleurs, les Principes Unidroit ont promu la règle de la bonne foi, ou son équivalent, en droit international privé conventionnel depuis 16 ans²⁹, l'article 1.7 disposant : « Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international. Elles ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée. »

La bonne foi se voit même dotée d'une valeur constitutionnelle : « considérant que le quatorzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, auquel se réfère le préambule de la Constitution de 1958, proclame que la République française "se conforme aux règles du droit public international" ; qu'au nombre de celles-ci figure la règle *pacta sunt servanda* qui implique que tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ; que l'article 55 de la Constitution de 1958 dispose, en outre, que "les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie." »³⁰

21. Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

22. Voir S. Godelain, *op. cit.*, n° 653.

23. Dir. n° 2008/48/CE, 22 mai 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs, JOUE 22 mai 2008, n° L 133/66. Voir H. Aubry, « La formation du contrat de crédit après la loi portant réforme du crédit à la consommation », *Rev. Lamy Droit civil*, n° 74, sept. 2010, pp. 57 et s.

24. CE, 28 déc. 2009, arrêt *Commune de Béziers*, n° 304802 : « qu'il appartient alors au juge, lorsqu'il constate l'existence d'irrégularités, d'en apprécier l'importance et les conséquences, après avoir vérifié que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'irrégularité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles [...] ». Ce n'est donc que très récemment que le droit administratif français a intégré un principe faisant écho au principe général de droit privé selon lequel nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude afin de réclamer la reconnaissance d'un droit ou avantage (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

25. « [...] que, toutefois, et eu égard notamment au principe selon lequel les conventions doivent être exécutées de bonne foi... » : CE, arrêt n° 192679 du 15 mars 1999.

26. Sur ces points, voir R. Hooley, « Good faith in English contract law », *Allen and Overy LLP Firm – Wide Seminar*, Thursday 27th July 2006. Voir également, G. Robin, *loc. cit.*, p. 700.

27. Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur : « (3) : les législations des États membres en matière de pratiques commerciales déloyales présentent des différences marquées, qui peuvent entraîner des distorsions sensibles de concurrence et faire obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur [...] (4) Ces disparités entraînent une incertitude quant aux règles nationales applicables aux pratiques commerciales déloyales portant atteinte aux intérêts économiques des consommateurs et créent de nombreuses entraves touchant les entreprises et les consommateurs [...] » Art. 5 : « interdiction des pratiques commerciales déloyales – 1) les pratiques commerciales déloyales sont interdites. 2) une pratique commerciale est déloyale si :

a) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle, et

b) elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs. [...] »

28. La référence ainsi faite à l'exigence de bonne foi dans un chapitre dédié aux dispositions générales rend compte du rayonnement que les auteurs ont entendu conférer à ce principe de comportement.

29. Les travaux de codification de la *Lex Mercatoria* ont été menés au sein de l'Institut international pour l'unification du droit international privé donnant naissance aux Principes Unidroit en 1994 : voir G. Robin, *loc. cit.*, p. 719.

30. Conseil constitutionnel, jeudi 9 avril 1992, décision n° 92-308 DC – Traité sur l'Union

La matière bancaire et financière, compte tenu des enjeux qu'elle porte, et des intérêts qu'elle brasse, ne pouvait échapper à la tendance moralisatrice. « Le monde a redécouvert l'importance de la confiance surtout pour assurer la liquidité du système bancaire, c'est-à-dire sa capacité à faire face ponctuellement à ses échéances »³¹. S'agissant des financements de projet, une illustration en est donnée par le souci d'un nombre grandissant de banques à vouloir afficher un comportement irréprochable en matière de développement durable. Le respect par les acteurs bancaires de la donnée environnementale constitue un signe supplémentaire d'un souhait d'intervenir loyalement dans les secteurs économiques, et d'assumer les conséquences issues des financements levés³². Les Principes Équateur prévoient des normes de conduite visant à assurer la préservation de l'environnement et donc, plus largement, l'intérêt général des populations actuelles et des générations futures. « Sont pris en compte tant les préoccupations environnementales et climatiques que les droits de l'homme, la situation des populations locales, la gouvernance ou les relations de travail »³³. Ainsi rehaussée à un plan de considération significative, la bonne foi présente, en matière bancaire, une expression particulière en période pré-contractuelle (1^{re} partie) ainsi qu'un intérêt notable en phase contractuelle, en présence d'un emprunteur indelicat (2^e partie).

■ L'EXIGENCE DE BONNE FOI DANS LA FORMATION DU CONTRAT

La bonne foi est la « qualité d'une personne qui parle avec sincérité, agit avec une intention droite »³⁴. Elle renvoie à « un comportement loyal, constructif, et soucieux a minima des intérêts vitaux de l'autre partie ; la bonne foi consiste en la collaboration active à la recherche d'une solution. Chaque partie doit être spontanément proactive et moteur, force de propositions étayées »³⁵. Or, curieusement, l'article 1134 du Code civil ne la considère, directement et spécifiquement, qu'au stade de l'exécution du contrat. Les travaux de la Chancellerie de refonte du droit des obligations prévoient l'extension de l'obligation de bonne foi « à tout le processus contractuel là où la lettre de l'article 1134 al. 3 du Code civil ne l'impose que pour l'exécution du contrat. S'agit-il d'une innovation ? N'est-ce pas plutôt la consécration de toute une évolution jurisprudentielle qui va

jusqu'à assortir cette obligation de bonne foi d'un principe de cohérence en vertu duquel une partie ne peut agir en contradiction avec ses déclarations et comportements antérieurs ? »³⁶. Les réflexions et propositions du groupe de travail présidé par le professeur F. Terré³⁷ accordent une place remarquable à l'obligation d'agir de bonne foi. La loyauté contractuelle est élevée au rang de valeur fondamentale d'ordre public :

– Art. 5 : « Les contrats se forment et s'exécutent de bonne foi ; les parties ne peuvent exclure ni limiter ce devoir » ;

– Art. 6 : « une partie ne peut agir en contradiction avec ses déclarations et comportements antérieurs sur la foi desquels son cocontractant s'est légitimement fondé. La simple tolérance ne suffit pas à rendre la confiance légitime »³⁸ ;

– Art. 24 : « l'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi. [...] » ;

– Art. 26 : « Les parties peuvent, par un accord de principe, s'engager à négocier ultérieurement un contrat dont les éléments sont à déterminer. Elles doivent alors concourir de bonne foi à leur détermination »³⁹.

La faiblesse du libellé actuel de l'article 1134 apparaît d'autant plus évidente à l'examen des normes de comportement imposées par la bonne foi (A.), en particulier en période précontractuelle (B.).

A. LES OBLIGATIONS ISSUES DE L'EXIGENCE DE BONNE FOI

La bonne foi consacrée par l'article 1134 al. 3 du Code civil renvoie à deux attitudes distinctes : elle correspond soit à une façon d'envisager les choses (être de bonne foi) soit à une prédisposition à réaliser les choses (agir de bonne foi). Dans le premier cas, le partenaire contractuel est perçu comme l'individu honnête et scrupuleux, animé d'une volonté de sincérité, probité et franchise. Dans le second cas, la bonne foi fait référence, de façon plus dynamique, à un modèle de comportement, un ensemble de devoirs. « Elle est l'expression d'une certaine ligne de conduite que chaque contractant doit avoir »⁴⁰.

Agir de bonne foi implique, pour un individu bien pensant, une éthique dans l'attitude basée sur un souci de loyauté mutuelle, tant pendant la mise en place que

européenne.

31. J.-P. Mattout, « Le banquier, ses métiers, ses nouvelles obligations professionnelles », *Rev. juris. com.*, janv.-févr. 2009, n° 1, p. 13.

32. Pour une récente contribution sur ce thème, voir T. Bonneau, « Banques et développement durable », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 3, mai-juin 2010, pp. 35 et s. – F. Julien, « Financement de projet et développement durable – Les engagements des banques et leur portée », *Revue Banque*, n° 712, avr. 2009, pp. 64 et s.

33. T. Bonneau, « Banques et développement durable », *loc. cit.*, p. 36.

34. *Nouveau Petit Robert de la langue française*.

35. F. Magar, *loc. cit.*, p. 1963.

36. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson, *Rec. Dalloz* 2008, p. 2965, *Droit des contrats*, sept. 2007-sept. 2008.

37. Le principe de bonne foi devrait faire l'objet d'une reconnaissance au sein des principes généraux du droit, alors que l'actuel article 1134 al. 3 du Code civil le limite à la phase de l'exécution du contrat, étant acquis que « l'exigence de bonne foi dans les relations contractuelles et précontractuelles est transversale aux différents droits européens » : « Pour une réforme du droit des contrats », réflexions et propositions d'un groupe de travail sous la direction de François Terré, *Dalloz* 2009, p. 116.

38. Cette disposition semble faire écho au principe d'estoppel en droit du commerce international, interdisant à une personne qui, par ses déclarations et actes (et donc la représentation qu'elle a pu donner d'une situation de fait), a conduit une autre personne à modifier sa propre situation à son détriment ou au bénéfice de la première, de rapporter en justice un fait contraire à cette représentation initiale. La règle repose sur une exigence de bonne foi interdisant de profiter de ses propres contradictions : Voir G. Robin, *loc. cit.*, pp. 724 et s.

39. Voir D. Mazeaud, « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », *Rec. Dalloz* 2009, pp. 1364 et s.

40. Sur tous ces aspects, voir S. Godelain, *op. cit.*, n° 655 et s.

durant la vie du contrat⁴¹. La droiture doit ainsi conduire les acteurs à une coopération avec le seul souci d'édification d'un (ou plusieurs) liens contractuels viables et durables, sains et solides. « Aujourd'hui, plus que jamais, exécuter loyalement, c'est exécuter en donnant à sa prestation la plus grande efficacité possible »⁴². Efficacité pour les parties mais également pour la collectivité (sous forme de retombées fiscales, notamment) et les sous-traitants variés contribuant à la mise en œuvre du contrat principal. Ce sont donc des attentes en termes de loyauté (1.) et de coopération (2.) qui sont formées à l'endroit des parties.

1. Devoir de loyauté

À ce titre, la jurisprudence « pourchasse les comportements contractuels constitutifs de mauvaise foi et sanctionne les attitudes contraires à l'honnêteté et à la morale »⁴³. Cette exigence de droiture dans le comportement requiert d'exécuter la convention non seulement conformément à ses stipulations, mais aussi en accord avec l'esprit ayant présidé aux négociations lorsqu'il s'agit, par exemple, de pallier une insuffisance du texte, le tout au service des attentes du co-contractant. « En effet, exécuter loyalement, au sens germanique de la "Treu und Glaube", c'est non seulement s'abstenir de toute mauvaise foi, mais c'est aussi exécuter en se rendant utile à son cocontractant, en lui procurant la plus grande satisfaction possible, au-delà du cadre stricte des stipulations contractuelles »⁴⁴. Le cocontractant se doit de favoriser l'exécution du contrat, en s'impliquant « dans la relation de manière à la rendre utile pour son partenaire »⁴⁵. Chaque partie doit, à cette fin, adopter une attitude active afin de faciliter la tâche de la contrepartie, en lui fournissant, par exemple, des documents ou objets nécessaires à la bonne exécution du contrat. À l'inverse, cette exigence de loyauté doit empêcher l'une ou l'autre partie de rendre plus contraignante, voire impossible, l'accomplissement de la prestation du partenaire. Cela peut aller jusqu'à privilégier les intérêts du cocontractant.

Il en résulte un devoir d'informer le partenaire de tout fait ou élément qu'il est nécessaire de connaître pour une parfaite réalisation de la convention, la jurisprudence se basant sur l'article 1135 du Code civil pour imposer le respect de cette obligation. « Certaines obligations, bien qu'elles ne soient pas mentionnées dans l'instrumentum, sont intégrées dans le negotium, par l'interprétation des articles 1134 al. 3 ou 1135 du Code civil, et par conséquent réputées écrites. »⁴⁶ À quoi s'ajoute une exigence de coopération constituant le prolongement logique d'un comportement sincère et loyal.

2. Devoir de coopération

S'obliger à faire quelque chose, selon Pothier, c'est « s'obliger à le faire utilement »⁴⁷. Le devoir de faciliter à son débiteur l'exécution de ses obligations est un des aspects de l'obligation de coopération⁴⁸.

Il est de l'essence de certains contrats, au regard notamment du lien de confiance qui doit exister entre les parties. « Le devoir de coopération se retrouve aussi dans tous les contrats d'intérêt commun qui impliquent une sorte d'affectio contractus en vertu duquel les parties doivent coopérer afin d'atteindre un objectif commun. »⁴⁹ La jurisprudence révèle une tendance à généraliser ce devoir de coopération entre les parties de sorte à atteindre une exécution des obligations qui prenne en compte les intérêts du partenaire⁵⁰.

Coopérer, c'est ainsi contribuer, par un acte positif de comportement, une démarche active et conjointe, au succès de la réalisation du pacte. Alors que le devoir de loyauté peut se traduire par le fait de ne pas profiter d'une inexpérience ou d'une faiblesse de l'autre, le devoir de coopération impose une action dans le sens de l'épanouissement du lien contractuel. Il s'agit de faciliter réciproquement la mise en œuvre de l'entreprise contractuelle. Cet attachement peut d'ailleurs trouver une expression concrète, à la faveur de clauses appropriées. « Le critère est simple : chaque fois que le créancier pourra, sans sacrifier ses intérêts, être utile à son débiteur, une obligation de coopération lui sera imposée. En particulier, tout changement dans l'exécution doit être signalé par celui qui attend une prestation de l'autre afin que ce dernier exécute en connaissance de cause. »⁵¹

Autant d'exigences trouvant leur expression lors de la mise en place de la relation contractuelle.

B. LES EXIGENCES DE BONNE FOI EN PÉRIODE PRÉ-CONTRACTUELLE

Dans le domaine bancaire, le devoir de coopération, réciproque entre les parties, pèse sur la banque non seulement vis-à-vis du client mais aussi des tiers obligés au contrat (les garants des actes du débiteur). Ses effets concernent les créanciers de l'emprunteur et, plus largement, la collectivité lorsqu'il s'agit pour l'établissement de crédit de s'assurer que le financement projeté ne dissimule ou ne favorise ni opération de blanchiment ni entreprise terroriste.

Le devoir d'assistance mutuelle constitue le fondement d'une obligation supplémentaire de vigilance⁵²,

41. Par conséquent, toute manœuvre destinée à induire l'interlocuteur en erreur en vue de le conduire à conclure le contrat est spécialement réprimée en tant que dol, au moyen de la nullité de l'acte juridique, complétée de dommages et intérêts.

42. Y. Picod, *loc. cit.*, n° 39, p. 19.

43. D. Mazaud, *Rép. Not. Defren.*, 15 sept. 1996, n° 17, p. 1007.

44. Y. Picod, magistrat, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP éd. G.*, n° 6, 1988, n° 3318.

45. S. Darmaisin, *Le Contrat moral*, LGDJ 2000, n° 404, cité par P. Le Tourneau et M. Poumarède, « Bonne foi », *Rép. civ. Dalloz*, n° 84.

46. D. Mazaud, *loc. cit.*, p. 2.

47. Pothier, *De la vente*, Paris, 1825, n° 202, cité par Y. Picod, *loc. cit.*, n° 1.

48. Y. Picod, note sous Cass. civ. 3^e, 8 avr. 1987, *JCP éd. G.*, 21037, n° 14.

49. P. Le Tourneau et M. Poumarède, « Bonne foi », n° 75 et 76.

50. Pour une application législative, voir art. L. 533-11 du CMF selon lequel les prestataires de service d'investissement doivent agir « d'une manière honnête, loyale et professionnelle, servant au mieux les intérêts des clients. »

51. Y. Picod, *loc. cit.*, n° 14, *in fine*.

52. Voir H. Robert, « Les établissements de crédit et le nouveau cadre de la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme », *Rev. droit banc. fin.*, mars-avril 2010, pp. 14 et s. : « L'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 et son décret d'application n° 2009-1087 du 2 septembre 2009, emportant transposition de la Directive

légalement encadrée⁵³, au bénéfice, élargi et légitime, des tiers. S'agissant des prestations financières classiques, l'exigence de transparence et de droiture du banquier a été balisée en jurisprudence tout spécialement en matière d'information (1.) et de mise en garde du client (2.). Certaines dispositions de la Loi du 1^{er} juillet 2010, en s'abstenant de confirmer l'intégralité de la jurisprudence sur ces points, créent de fâcheuses incertitudes (3.) suscitant débat notamment en ce qui concerne la prohibition de l'équité dans le regard du juge sur la période de formation du contrat (4.).

1. Le devoir d'information

Au-delà des exigences d'information d'origine légale⁵⁴, le devoir de renseignement du banquier envers son client a été imposé par la jurisprudence, au titre d'opérations multiples et variées, et doit être nuancé dans son expression selon la nature de l'opération, le degré de qualification et de formation de la contrepartie. Cette charge découle du constat que la banque, dans le domaine financier, détient une expertise inégalable vis-à-vis du client, qui justifie qu'un équilibre soit établi dans les relations. « L'obligation d'information impose au banquier de fournir à son client une information objective lui permettant de s'engager en toute connaissance de cause. »⁵⁵

De façon concrète, le manquement au devoir d'information a été sanctionné dans une affaire d'achat pour un donneur d'ordre étranger de valeurs mobilières qui ne pouvaient, précisément, être acquises par un étranger⁵⁶ ou alors qu'une banque avait laissé son client réaliser des opérations très spéculatives sur des warrants sans avoir attiré son attention sur les risques encourus,

ni fourni une documentation suffisante⁵⁷.

De même fut jugée fautive une banque qui s'est abstenue d'informer une caution sur la situation désastreuse d'un débiteur et a laissé celle-ci s'engager dans des conditions très risquées⁵⁸.

Le 24 juin 2008, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a précisé que la publicité délivrée par la personne qui propose à son client de souscrire des parts de fonds commun de placement doit être cohérente avec l'investissement proposé et mentionner le cas échéant les caractéristiques les moins favorables et les risques inhérents aux options qui peuvent être le corollaire des avantages énoncés. L'obligation d'information qui pèse sur ce professionnel ne peut être considérée comme remplie par la remise de la notice visée par l'AMF lorsque la publicité ne répond pas à ces exigences⁵⁹.

Informé signifie-t-il éclairé⁶⁰? Cette évolution terminologique a été constatée notamment dans un arrêt du 2 octobre 2008 de la Cour de cassation. La 2^e Chambre civile a considéré que le banquier, qui propose à son client auquel il consent un prêt d'adhérer au contrat d'assurance groupe qu'il a souscrit à l'effet de garantir, en cas de survenance de risques divers, l'exécution de tout ou partie de ses engagements, est tenu de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation⁶¹. Après la 1^{re} Chambre civile, la 2^e Chambre civile se conforme à la position initiée par l'Assemblée plénière le 2 mars 2007⁶², consacrant un devoir d'éclairer dont l'emprunteur est créancier, devoir d'éclairer assez large qui paraît bien inclure, à tort selon D. Legais, le devoir d'information et le devoir de conseil. Ce devoir d'éclairer, exigeant un sens véritable de la pédagogie, existe même indépendamment de la remise par la banque au client d'une notice d'origine légale, et sans distinction selon que l'emprunteur est averti ou profane, ce qui révèle une sévérité accrue envers les établissements financiers. Mais si éclairer peut consister en une obligation d'information renforcée, il est difficile d'y voir une obligation de mise en garde ou de conseil, la Haute Cour s'étant précisément attachée, les années précédentes, à bien distinguer les rôles à ces titres. Le devoir de conseil, consistant dans l'indication à agir dans un sens déterminé, requiert en effet la signature d'un contrat à cet effet, compte tenu du principe général de non-immixtion par le banquier dans les affaires de son client⁶³.

À en croire la Cour de cassation⁶⁴, le devoir d'éclairer

CE n° 2005/60 du 26 octobre 2005, ont réformé très notablement les dispositions légales et réglementaires qui organisent la détection et la prévention du blanchiment de fonds et du financement du terrorisme en droit français ».

53. Aux termes de l'art. L. 561-5, I du CMF, avant d'entrer en relation d'affaires avec son client, ou de l'assister dans la préparation ou la réalisation d'une opération, le professionnel doit l'identifier ainsi que, le cas échéant, le bénéficiaire effectif de la relation d'affaire nouée ou de l'opération sollicitée. Il doit « vérifier » cette identification en se faisant présenter « tout document écrit probant » pour s'assurer de l'exactitude des éléments d'identification recueillis : voir H. Robert, *loc. cit.*, n° 7.

54. À titre d'exemple : art. L. 313-22 du CMF : « les établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition d'un cautionnement par une personne physique ou une personne morale, sont tenus au plus tard avant le 31 mars de chaque année de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution, ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, ils rappellent la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée. [...] » ; Art. L. 313-21 du CMF : « À l'occasion de tout concours financier qu'il envisage de consentir à un entrepreneur individuel pour les besoins de son activité professionnelle, l'établissement de crédit qui a l'intention de demander une sûreté réelle sur un bien non nécessaire à l'exploitation ou une sûreté personnelle consentie par une personne physique doit informer par écrit l'entrepreneur de la possibilité qui lui est offerte de proposer une garantie sur les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise et indique, compte tenu du montant du concours financier sollicité, le montant de la garantie qu'il souhaite obtenir. À défaut de réponse de l'entrepreneur individuel dans un délai de quinze jours ou en cas de refus par l'établissement de crédit de la garantie proposée par l'entrepreneur individuel, l'établissement de crédit fait connaître à ce dernier le montant chiffré des garanties qu'il souhaite prendre sur les biens non nécessaires à l'exploitation de l'entreprise ou auprès de tout autre garant. En cas de désaccord de l'entrepreneur, l'établissement de crédit peut renoncer à consentir le concours financier sans que sa responsabilité puisse être mise en cause. [...] »

55. Bui Duc Giang, *op. cit.*, p. 6.

56. CA Paris 27 oct 1989, *Banque & Droit*, mai-juin 1990, obs J.-L. Guillot.

57. CA Paris, 15^e Ch. B, 6 févr. 2004, D. 2004 somm comm 1800, obs Y. Reinhard.

58. Voir en ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1989, JCP 1989, II, 21363, note D. Legeais – P. Le Tourneau et M. Poumarède, « Bonne foi », *Rép. civ. Dalloz*, janv. 2009, n° 42.

59. *Rec. Dalloz* 2008, n° 38, p. 2697, note D. Houtcieff.

60. En matière de crédit à la consommation, le devoir d'informer et d'éclairer l'emprunteur trouve une consécration officielle dans les nouveaux articles L. 311-4, L. 311-5 et L. 311-6 du Code de la consommation, après adoption de la Loi du 1^{er} juillet 2010.

61. Cass. civ. 2^e, 2 oct. 2008, JCP Ets n° 48, 27 nov 2008, 2425, note D. Legeais. Cass. com. 14 déc. 2010, obs. H.P. Brossard, *Dict. Perm. Dt des Aff.*, 30 déc. 2010.

62. Cass. Ass Plén, JCP Ets 2007, 1375, note D. Legeais – JCP 2007 éd. G, II, 10098, note A. Gourio.

63. Voir *Lamy Droit du Financement*, 2009, n° 2932.

64. Voir D. Legeais, note 2425, p. 15 précitée.

comporterait plusieurs obligations. Il y a tout d'abord pour la banque un devoir de se renseigner, en recherchant « tous les éléments d'ordre familial ou professionnel lui permettant de proposer une assurance répondant aux besoins de l'emprunteur ». La banque doit ensuite soumettre une formule d'assurance adaptée aux besoins du client, et si ce dernier retient une assurance peu appropriée, la banque doit l'éclairer sur ce décalage entre le service offert et sa situation propre. La portée combinée de l'article L. 312-9 du Code de la consommation (crédit immobilier à la consommation) et des décisions de jurisprudence doit permettre une information complète du client lorsqu'il souscrit une assurance.

Enfin, le prêteur est tenu de préciser le sens et les effets de clauses peu explicites que pourrait contenir la notice, travail de véritable pédagogie qui suppose pour la banque d'identifier les points de faiblesse dans la perception des choses par son client, puis de clarification de clauses de ladite notice qui, au regard de ce que la banque a perçu de ses échanges avec son client, méritent approfondissement. Tout ceci postule simplicité et humilité de la part du client, disposé à ce type de confession. Autant dire que, compte tenu des risques de responsabilité désormais encourus, c'est un travail de fond auquel la banque doit se livrer, qui imposera une formation spécifique de son personnel⁶⁵ et ce d'autant plus que ce devoir doit être étendu à la caution du débiteur principal⁶⁶. A cet ensemble de contraintes viennent s'ajouter les exigences dérivant du devoir de mise en garde.

2. Le devoir de mise en garde

2.1. Obligation de mise en garde envers l'emprunteur

Selon Éric Bazin⁶⁷, « se situant entre l'information et le conseil, le devoir de mise en garde consiste à attirer l'attention des emprunteurs sur les risques liés à l'endettement résultant du prêt souscrit et constitue un compromis entre le principe de non-ingérence du banquier dans les affaires de son client [...] et la lutte contre le surendettement, fléau économique et social. » Une telle obligation se distingue de l'obligation de conseil qui « consiste à orienter par une recommandation la décision du cocontractant »⁶⁸. Il s'agit d'une opinion donnée à quelqu'un sur ce qu'il convient de faire ou de ne pas faire, de « la fourniture de recommanda-

tions personnalisées à un client, soit à sa demande soit à l'initiative de l'entreprise d'investissement, en ce qui concerne une ou plusieurs transactions portant sur des instruments financiers »⁶⁹. Cette obligation a fondamentalement « pour but d'attirer l'attention du contractant sur les dangers et risques encourus. »⁷⁰

Les éléments justificatifs du devoir de mise en garde du banquier ont été définis par la Cour de cassation, à la faveur d'un arrêt de la chambre mixte du 29 juin 2007⁷¹.

Ce n'est qu'en présence d'un risque d'endettement lourd issu de la mise en place du crédit que les juges doivent vérifier que l'emprunteur n'est pas averti pour retenir une obligation de mise en garde du prêteur : il faut donc cumulativement un risque d'endettement caractérisé et un emprunteur non-averti. Par endettement caractérisé, il faut comprendre la forte probabilité d'une spirale infernale dans laquelle le client se trouverait entraîné, puisque la seule mise à disposition d'un crédit, fût-il modique, fait du client une personne endettée.

L'obligation de mise en garde, située entre l'obligation d'information ou de renseignement et l'obligation de conseil, consiste à attirer formellement l'attention de l'emprunteur (et de la caution le cas échéant) sur les risques d'une opération de crédit, lorsque le montant ou les charges risquent d'excéder ou excèdent les capacités contributives du client. Cela ne peut donc se limiter aux seules charges du prêt. C'est un contexte global qu'il convient de porter à l'attention de l'emprunteur, au regard notamment d'un décès, d'une invalidité, d'un divorce ou du terme apporté à une activité professionnelle, pour souligner un risque d'endettement insupportable, caractérisé ou excessif.

Initialement, la Cour de cassation a imposé aux juges du fond de rechercher le caractère averti ou non de l'emprunteur. Une fois cette vérification opérée, les juges, en présence d'un emprunteur non-averti, devaient rechercher si la banque avait formellement attiré l'attention de ce dernier contre les risques liés à la souscription d'un endettement excessif⁷².

Ensuite, la jurisprudence a admis que cette recherche du caractère averti du client n'était pas nécessaire en l'absence de risque d'endettement manifestement excessif⁷³. Puis d'autres arrêts de la 1^{re} Chambre civile de la Cour de cassation ont imposé au juge de rechercher d'abord si l'emprunteur était ou non averti⁷⁴.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 12 mai 2009, a confirmé la position adoptée par une cour d'appel en retenant qu'en l'absence de risque d'endettement excessif, la banque n'est tenue d'aucun devoir de mise en garde⁷⁵.

65. L'article L. 311-8 alinéa 3 du Code de la consommation, dans sa rédaction issue de la Loi du 1^{er} juillet 2010, dispose que : « Les personnes chargées de fournir à l'emprunteur les explications sur le crédit proposé et de recueillir les informations nécessaires à l'établissement de la fiche prévue à l'article L. 311-10 sont formées à la distribution du crédit à la consommation et à la prévention du surendettement. [...] »

66. Cass. civ. 1^{re}, 14 juin 2007, *Juris-Data* n° 2007-039512.

67. Eric Bazin, « Retour sur le devoir de mise en garde du prêteur », *Banque & Droit*, n° 130, mars avr. 2010, pp. 23 et s. – Cass. civ. 1^{re}, 18 sept. 2008, *Rev. droit et proc.*, janv.-févr. 2009, n° 1 – D. Legeais, « Cinquante arrêts pour rien ? », *Rev. droit. banc. fin.*, mars-avr. 2010, p. 2 – « Contrôle de la Cour de Cassation sur la mise en œuvre du devoir de mise en garde du banquier au titre de l'octroi du crédit », Alain Gourio, *JCP éd. G*, n° 12, 19 mars 2008, II, 10055 – « Précisions sur l'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit à l'égard des emprunteurs non avertis », A. Gourio, *JCP éd. G* n° 36, sept. 2007, II 10146 – « Droit commun des techniques de crédit », *Rev. droit. banc. fin.*, mars-avr. 2010, F.-J. Crédot et T. Samin, pp. 46 et s.

68. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, LGDJ 1992 n° 471, cité par Alain Gourio, *JCP Ed G*, 5 sept. 2007, préc., p. 37.

69. Art. 4, al. 1, directive n° 2004/39/CE du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers.

70. Voir Bui Duc Biang, *op. cit.*, reprenant les propos de C. Boisman, *JCP éd. G*, 2010, 301. Cass. civ. 1^{re}, 6 janv. 2011, arrêt n° 09-70.651.

71. D. 2007 AJ, p. 1950, obs V. Avena Robardet – A. Gourio, *op. cit.*

72. Cass. ch mixte, 29 juin 2007, D. 2007 jur., p. 2081.

73. Cass. civ. 1^{re}, 18 févr. 2009, D. 2009 AJ, p. 625.

74. Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 2009, *Juris-Data* n° 047500. Sur la notion d'emprunteur averti : voir F.J. Crédot et T. Samin, sous Cass. com. 22 juin 2010, *Rev. droit. banc. fin.*, nov-déc. 2010, p. 85.

75. Cass. com. 7 juillet 2009, *JCP éd. Ets* 2009, n° 1948, p. 21, obs. D. Legeais.

La 1^{re} Chambre civile de la Cour de cassation s'est finalement alignée sur cette position dans deux arrêts du 19 novembre 2009⁷⁶ en décidant clairement que le devoir de mise en garde du prêteur ne se justifie qu'en présence d'un risque d'endettement disproportionné. Les conditions cumulatives précitées demeurent pour le respect du devoir de mise en garde : un risque d'endettement lourd et un emprunteur non-averti⁷⁷.

Avant d'accorder un crédit à un emprunteur non-averti ou profane, le banquier doit non seulement se renseigner sur les capacités financières du client mais aussi les vérifier. Le prêteur doit en effet apprécier si le crédit est risqué pour le client au regard de ses seuls revenus actuels ou prévisibles (est ainsi exclue la part de rémunération variable – ou bonus – versée par un établissement à ses cadres), ce qui doit conduire la banque à considérer l'ensemble des revenus de toute nature (salaires, dividendes, revenus fonciers) pour déterminer la capacité de remboursement au moment de la souscription de l'emprunt, le but étant de confronter la charge d'amortissement aux revenus actuels et prévisibles de la contrepartie.

Concrètement, il convient de considérer d'autres critères que le seul rapport de 33 % entre le montant du financement et les revenus de l'emprunteur, tels que les ressources à venir, l'ensemble des charges financières assumées (charges d'exploitation pour un professionnel, souscription de crédits antérieurs pour un particulier).

Au-delà de ces premières investigations, le banquier doit vérifier les capacités de remboursement de l'emprunteur ainsi que la valeur ou opportunité du projet objet du financement envisagé. Ces exigences trouvent désormais leur résonance dans l'article L. 311-9⁷⁸, L. 311-10⁷⁹ et L. 311-42 et s. du Code de la consommation, en application de la Loi du 1^{er} juillet 2010.

La responsabilité contractuelle de la banque ne saurait être engagée, sur le terrain de l'article 1147 du Code civil qui si la faute a fait naître un dommage consistant soit en un manque à gagner soit en la perte d'une chance, la nature du préjudice ayant un effet direct sur l'évaluation du dommage subi par le client ou la caution. Au gré des décisions rendues, certains juges du fond ont décidé de libérer de leur engagement le débiteur principal ou la caution, d'autres ont retenu le principe d'une indemnisation partielle des intéressés, d'autres enfin sont allés jusqu'à reconnaître une décharge du paiement des intérêts. La Cour de cassation a oppor-

tunément recadré les choses en retenant dans un arrêt du 20 octobre 2009 que « le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde s'analyse en la perte d'une chance de ne pas contracter »⁸⁰, c'est-à-dire de prendre une décision autre que celle, malheureuse, qui fut prise. L'incertitude quant à la décision de s'engager ou non justifie à elle seule une indemnisation du préjudice subi : la réparation ne peut donc être totale mais fonction d'une probabilité ; elle sera donc nécessairement partielle, à l'instar de ce qui est retenu en matière de responsabilité liée aux opérations boursières malencontreuses.

La jurisprudence a judicieusement rappelé que l'attitude déloyale du client est de nature à atténuer, voire à exclure toute responsabilité de l'établissement de crédit. Dans un arrêt du 30 octobre 2007, la 1^{re} Chambre civile de la Cour de cassation se prononce au regard d'une espèce où l'emprunteur avait dissimulé l'existence de prêts en cours de remboursement dans sa démarche de crédit auprès de la banque. Dans le cadre de l'instance, le client opposa comme moyen de défense le fait que la banque avait manqué à son devoir de conseil, argument rejeté en raison du comportement jugé malhonnête du client⁸¹.

Ce risque de déviance se trouve, hélas, favorisé par le système français. En effet, les méthodes d'instruction des demandes de crédit au sein des établissements bancaires reposent sur un principe déclaratif, en vertu duquel les clients doivent fournir au banquier tous les éléments nécessaires à l'appréciation des capacités de remboursement et de paiement des charges afférentes au financement souhaité. Les organismes concernés ne détiennent pas de bases de données dites « positives » recensant toutes les lignes de crédit consenties à une personne physique⁸² ; les banques ont accès toutefois à un fichier central tenu par la Banque de France répertoriant les incidents de paiement caractérisés émanant de particuliers⁸³. L'analyse des banques françaises les conduit aussi en principe à n'autoriser l'octroi du crédit qu'au vu des capacités de remboursement du client, sans s'attacher aux sûretés susceptibles d'être constituées. D'où l'importance de la délivrance, de façon sincère et transparente, par le candidat au crédit, des informations et éléments requis. À défaut d'être irréprochable, le client se fait l'auteur d'un manquement à un devoir de conduite, exonératoire de responsabilité

76. RJDA 10/10, n^{os} 994 et 995, p. 946 et s.

77. Le devoir de mise en garde est désormais exprimé à l'article L. 311-8 al. 1 du Code de la consommation, reprenant une partie des dispositions de l'article 6, chapitre III, titre I, de la Loi du 1^{er} juillet 2010.

78. Art. L. 311-9 : « Avant de conclure le contrat de crédit, le prêteur vérifie la solvabilité de l'emprunteur à partir d'un nombre suffisant d'informations, y compris des informations fournies par ce dernier à la demande du prêteur. [...] »

79. Art. L. 311-10 : « Lorsque les opérations de crédit sont conclues sur le lieu de vente ou au moyen d'une technique de communication à distance, une fiche d'informations distincte de la fiche mentionnée à l'article L. 311-6 est remise par le prêteur ou par l'intermédiaire de crédit à l'emprunteur. Cette fiche [...] comporte notamment les éléments relatifs aux ressources et charges de l'emprunteur ainsi que, le cas échéant, aux prêts en cours contractés par ce dernier. »

80. Cass. com. 20 oct. 2009, D. Legeais, JCP éd. Ets 2009, 2053, p. 12.

81. JCP éd. Ets 2007, 2576, note D. Legeais – D. 2007 AJ, p. 2871 et D. 2008, p. 257, note E. Bazin. Voir aussi : Cass. Civ., 25 fév. 2010 et 25 juin 2009, cités par J.P. Mattout et A. Prüm, *Droit et Patrimoine*, n^o 195, sept. 2010, p. 107.

82. La Loi du 1^{er} juillet 2010 n'a pas innové sur ce point, malgré les tentatives d'évolution, l'article 49 ayant subordonné la création d'un registre national des crédits aux particuliers à l'émission d'un rapport destiné à être remis au gouvernement et au parlement.

83. L'art. L. 333-4 du Code de la consommation, dans sa rédaction issue de la Loi du 1^{er} juillet 2010, prévoit la création d'un fichier national recensant les informations sur les incidents de paiement, en vue de fournir aux établissements de crédit concernés, « un élément d'appréciation de la solvabilité des personnes qui sollicitent un crédit », étant précisé que « l'inscription d'une personne physique au sein du fichier n'emporte pas interdiction de délivrer un crédit. »

pour le banquier⁸⁴, ce dernier devant également se préoccuper de la caution pressentie.

2.2. Obligation de mise en garde envers la caution⁸⁵

Le banquier est tenu d'une obligation de mise en garde à l'égard de la caution profane dans la mesure où l'engagement d'icelle doit être proportionnel à ses capacités financières⁸⁶. Cette contrainte est issue de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, disposant qu'« un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation. » Cette obligation d'origine légale, de juste mesure dans l'étendue de l'engagement de garantie profite autant à la caution avertie qu'à celle profane, contrairement à l'obligation de mise en garde définie par la jurisprudence, qui ne vaut que pour la caution non-avertie.

L'obligation de mise en garde s'impose à la banque dans deux cas précis : lorsque l'engagement de la caution fait peser sur cette dernière un risque d'exposition financière très lourde (en raison d'un endettement personnel préexistant), et lorsqu'une menace d'endettement excessif pèse sur le débiteur principal. Dans ce dernier cas, la caution est en risque dès l'origine, en considération de la charge de la dette du débiteur principal et du caractère non-viable du projet de financement. C'est à ce titre qu'il a pu être relevé que « l'obligation de mise en garde participe du devoir de bonne foi et de l'obligation pour le créancier de contracter de bonne foi, au risque pour ce dernier de voir prononcer la nullité du cautionnement pour réticence dolosive ou de se voir condamner à des dommages-intérêts pour faute délictuelle ou, en cas de défaut de mise en garde, pour faute contractuelle (Art. 1147 C. civ.) »⁸⁷.

Dans la seconde hypothèse, cette obligation ne profite qu'à la caution profane qui subit la perte d'une chance de ne pas avoir contracté, et donc d'échapper à son appauvrissement, voire à sa ruine⁸⁸. Cette obligation de mise en garde doit bénéficier à la caution inexpérimentée si un risque de défaut de paiement au titre du concours bancaire existe, alors même que l'emprunteur considéré comme averti, ne peut prétendre bénéficier d'aucune obligation similaire de la part du prêteur. Cette position a été confirmée le

22 avril 2010 par la cour d'appel de Colmar⁸⁹. Devoir de mise en garde trouvant désormais son siège dans le Code de la consommation, après adoption de la loi du 1^{er} juillet 2010.

3. Les incertitudes issues de la Loi du 1^{er} juillet 2010⁹⁰

En opérant la transposition en droit français de la Directive du 23 avril 2008, la Loi du 1^{er} juillet 2010, portant réforme du crédit à la consommation, transforme en obligations légales les devoirs d'information et de mise en garde de l'emprunteur définis par la jurisprudence. La loi demeure toutefois silencieuse en ce qui concerne les critères cumulatifs retenus par les juges français pour imposer un devoir de mise en garde au banquier, à savoir l'existence d'un risque d'endettement lourd à la charge d'un emprunteur non-averti. De même, le devoir de conseil n'est pas expressément repris par la loi.

Or, il paraît difficile de considérer que l'adoption de la Loi du 1^{er} juillet 2010 emporte abandon complet du droit commun sur ces points. La Cour de cassation a en effet retenu que la remise d'une offre préalable conforme aux dispositions du Code de la consommation ne dispense pas l'établissement de crédit de son devoir de conseil⁹¹.

De plus, s'agissant de la transposition d'une directive communautaire d'harmonisation totale, celle-ci impose des règles qui se substituent entièrement aux règles nationales existantes dans le domaine régi par ladite directive. Or la jurisprudence concernant le devoir de mise en garde du banquier ne se limite pas au crédit à la consommation mais vise tout emprunteur non-averti menacé d'un endettement particulièrement lourd par la mise en place du financement envisagé. « Le devoir de mise en garde conserve donc un intérêt certain lorsque l'on est en présence d'un emprunteur qui ne répond pas à la définition objective du consommateur mais qui peut être qualifié de non-averti », devoir de mise en garde dont les critères d'application ne présentent pas nécessairement une coïncidence parfaite avec les dispositions de l'article L. 311-8 nouveau du Code de la consommation⁹².

84. Sur tous ces points, voir A. Gourio, *op. cit.*, JCP éd. G, 19 mars 2008, II, 10055.

85. « Obligation de mise en garde envers la caution » : F.-J. Crédot, T. Samin, *Rev. droit. banc. fin.*, mars-avril 2010, p. 46. B. Delétré, auteur du Rapport sur le contrôle du respect des obligations professionnelles à l'égard de la clientèle dans le secteur financier, « Pour un devoir de loyauté des banques envers leurs clients », *Revue Banque*, mars 2010, n° 722, pp. 39 et s. F. Crédot et P. Bouteiller, « De quel manquement au devoir de mise en garde la caution peut-elle se prévaloir ? » JCP éd. Ets, n° 37, 16 sept. 2010, pp. 12 et s.

86. Voir F.-J. Crédot et T. Samin, *obs. sous Cass. com.* 12 janv. 2010, *Rev. droit. banc. fin.*, mars avr. 2010, p. 46.

87. F.-J. Crédot et T. Samin, *obs. préc.* Voir D. Legeais, *obs. sous Cass. com.* 5 oct. 2010, *Rev. droit. banc. fin.*, nov.-déc. 2010, p. 91.

88. *Cass. com.* 20 oct. 2009, JCP Ets 2009, 2053 Note D. Legeais. Sur le caractère averti de la caution, voir D. Legeais, *Rev. droit. banc. fin.*, nov.-déc. 2010, p. 90.

89. CA Colmar 22 avr. 2010, M. Z c/ Caisse de Crédit Mutuel d'Ilzsch, LPA n° 183-184, 14-15 sept. 2010, pp. 15 et s., *obs.* F. Dannenberger : « Attendu qu'au jour de la signature de l'engagement du 3 septembre 2005, M. Z. était gérant de la société Le Graal ; qu'il détenait alors 14 850 parts sur 15 000 [...] ; qu'il avait à ce titre accès à toutes les informations utiles sur la situation économique et financière de la débitrice principale ; qu'il avait déjà exercé les fonctions de dirigeant de société ; que l'une des activités de la société Le Graal était une activité de « bar d'ambiance, animation », domaine dans lequel M. Z. possédait une solide expérience ; que dans ces conditions, c'est à juste titre que le premier juge a considéré que M. Z. était une caution avertie et que la CCM n'était tenue d'aucun devoir de mise en garde à l'égard de celui-ci ;... »

90. Voir J. Rochefeld, « Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale : la nouvelle répartition des compétences communautaire et interne », D. 2009, p. 2047. F.-J. Crédot et T. Samin, « L'obligation de mise en garde est-elle compatible avec le concept de crédit responsable ? », *Rev. droit. banc. fin.*, n° 6, nov. 2010, comm. 203.

91. « Mais attendu que la présentation d'une offre préalable conforme aux exigences de l'article 5 de la loi du 13 juillet 1979 ne dispense pas l'établissement de crédit de son devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur, en particulier lorsqu'il apparaît à ce professionnel que les charges du prêt sont excessives par rapport à la modicité des ressources du consommateur [...] » : Cour de Cassation, 1^{re} civ, 27 juin 1995, n° 92-19.212, *Crédit Foncier de France c/ époux Garcia* et autres, où la Cour opère par ailleurs une confusion entre devoir de conseil et devoir de mise en garde – H. Aubry, *op. cit.*, p. 60, n° 16 et s.

92. H. Aubry, *op. cit.* n° 18.

Concernant les sanctions applicables en cas de manquement du banquier à son devoir de mise en garde, la jurisprudence considère que le préjudice pour le client « s'analyse en une perte de chance de ne pas contracter »⁹³ justifiant le versement de dommages et intérêts, alors que la Loi du 1^{er} juillet 2010 autorise l'emprunteur à demander la déchéance de la banque de son droit à perception des intérêts⁹⁴. Autant d'éléments d'appréciation différents de nature à réduire la prévisibilité juridique dont ce domaine avait pourtant besoin, ne serait-ce que pour éviter une part trop importante d'équité dans l'approche du juge.

4. Les travers du principe de proportionnalité

En imposant une obligation d'information ou de mise en garde, la jurisprudence a favorisé un glissement de l'exigence d'un comportement nourri de bonne foi vers la détermination du contenu même du contrat en cause, « et ceci afin d'assurer l'équilibre contractuel »⁹⁵. Cette vigilance prétorienne revient parfois, et de façon plus discutable, à introduire une dose plus ou moins importante d'équité dans l'édification de la relation contractuelle, à permettre « l'essor d'une exigence diffuse de proportionnalité en matière contractuelle »⁹⁶, le tout au regard « d'une exigence un peu vague d'équilibre raisonnable »⁹⁷. Or l'équité nuit à la prévisibilité et à la sécurité juridiques. Tout argument tiré de l'article 1135 du Code civil⁹⁸ ne serait pas recevable, car le débat se situe ici sur le terrain de la construction du contrat, non sur celui de son exécution. De plus, l'article 1135, pas plus que l'article 1134, n'a jamais permis au juge⁹⁹ de reconsidérer les termes du contrat au stade de son exécution, dont l'équilibre se trouverait rompu en raison de la survenance d'un ou plusieurs événements nouveaux, imprévisibles et développant des effets particulièrement négatifs pour l'une des parties. Ce fut la position de la Cour de cassation dans l'arrêt du 6 mars 1876¹⁰⁰, maintenue depuis lors, refusant la refonte judiciaire du contrat pour cause d'imprévision. La prétendue nécessité de veiller à l'équilibre contractuel, par voie de prestations imposées¹⁰¹ pourrait, dans certains cas, revenir à relativiser, une fois de plus, la portée de cette jurisprudence séculaire.

Durant la phase d'exécution des obligations, tout déficit en matière de bonne foi est de nature à remettre en cause l'existence même du contrat.

■ L'EXIGENCE DE BONNE FOI APRÈS LA SIGNATURE DU CONTRAT

Une fois le contrat signé, les parties vont devoir vivre ensemble. Dans la sphère bancaire, cette cohabitation contractuelle se réduit à une question : le banquier a-t-il toujours foi en son client ? La fin de la confiance, et donc du crédit, peut tenir à un comportement blâmable, à une situation particulièrement détériorée, à une inexécution fautive, de nature à justifier la résiliation (A.) ou la résolution (B.) du rapport contractuel.

A. LA RÉSILIATION DU CONTRAT

Alors qu'il pourrait paraître anodin, l'arrêt du 26 janvier 2010 de la Chambre commerciale de la Cour de cassation¹⁰² fournit le prétexte à d'utiles rappels concernant la notion de résiliation du contrat, dans le domaine particulier des financements bancaires.

En l'espèce, la société Riviera Sport Développement (le « Client ») était titulaire de deux comptes dans les livres de la Caisse d'Épargne et de Prévoyance Côte d'Azur (la « Banque ») à la faveur de contrats dont la durée n'avait pas été expressément stipulée ni même convenue.

La clôture définitive de ces comptes ainsi que la cessation des relations contractuelles furent notifiées par la Banque au Client le 13 décembre 2005 moyennant toutefois un délai d'effectivité de ces mesures de 90 jours, sans que cette interruption des relations contractuelles ait donné lieu à quelque explication ou motivation par la Banque.

État de choses de nature à justifier le recours judiciaire du Client en versement de dommages et intérêts contre la Banque le 27 juin 2006 au motif que « la convention d'ouverture de compte formée entre un établissement bancaire et son client ne peut être rompue unilatéralement par la banque qu'à la condition de motiver sa décision par des considérations propres à sa structure interne ou à son fonctionnement ou afférentes au mode de fonctionnement du compte », à défaut de quoi la Banque se rend coupable « d'un abus dans le cadre de la relation spécifique entre une banque et son client. »

Éconduit par la Banque, le Client l'est tout autant par la cour d'appel d'Aix en Provence puis par la Cour de cassation, qui rappela qu'en l'absence de disposition légale particulière, un contrat à durée indéterminée peut être valablement résilié à tout moment, pour autant que ladite résiliation intervienne de façon non-abusive, c'est-à-dire en dehors de toute intention de nuire aux intérêts de l'autre partie. En l'occurrence, la haute juridiction retient que le délai de préavis de 90 jours devait permettre au client de nouer d'autres relations bancaires par ailleurs, ce qui excluait toute intention maligne de

93. Cass. com. 20 oct. 2009, D. 2009, p. 2971, note Houtcieff.

94. Art. L. 311-48 du nouveau Code de la consommation.

95. S. Godelain, *op. cit.*, n° 657, qui envisage la bonne foi « comme le fondement de la bienséance contractuelle », conduisant à « une loyauté passive : ne pas faire preuve de malhonnêteté ou de négligence dans l'exécution de ses propres obligations » et à une « loyauté active : ne pas rendre difficile l'exécution du contrat pour son cocontractant. »

96. P. Le Tourneau et M. Poumarède, *op. cit.*, n° 89.

97. J. Carbonnier, *Droit civil*, T 1, introd., « Les Personnes », 2004, PUF, coll.

« Quadriges », n° 53, p. 93, cité par M. Poumarède et P. Le Tourneau, *op. cit.*, n° 89.

98. Art. 1135 : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. »

99. Sous réserve de textes particuliers, concernant notamment la sanction de la lésion, la révision du montant de la clause pénale, l'octroi d'un délai de grâce, le traitement du surendettement...

100. Arrêt dit « Canal de Craponne », DP 1876, 1, 193.

101. Obligation d'informer, d'éclairer, de mettre en garde.

102. Cass. com. 26 janv. 2010, n° 09-65.086, société Riviera Sport Développement c/ Caisse d'Épargne et de prévoyance Côte d'Azur – arrêt n° 91, pourvoi n° H 09-65.086.

la Banque, et par conséquent enlevait tout fondement à une action en réparation du Client.

Les décisions ainsi rendues n'ont, en tout état de cause, rien de surprenant. Elles consacrent le principe de la présence et du respect de l'exigence de bonne foi non seulement au stade de la construction du lien contractuel, mais également de son exécution puis de son interruption. Or il est acquis en doctrine comme en jurisprudence que la bonne foi inclut un devoir de loyauté¹⁰³ et de coopération¹⁰⁴ dans l'exécution du contrat.

L'espèce tranchée par la Cour de cassation ne rend pas compte d'un quelconque manquement fautif du Client au titre de ses obligations, et le respect par la Banque d'un préavis de 90 jours donne à penser qu'il était inexistant ou relatif. Car en présence d'un débiteur qui ne serait pas irréprochable, l'article L. 313-12 du CMF¹⁰⁵ dispense le créancier bancaire du respect de tout préavis.

Dans un arrêt du 25 avril 1990¹⁰⁶, la cour d'appel de Paris a retenu le comportement gravement répréhensible d'un client qui s'était abstenu d'informer son banquier, qui lui avait accordé des facilités sans garantie, des transformations ou des mutations profondes qu'il allait subir. En l'espèce, 20 jours après la cession de l'entreprise, la banque découvrit que celle-ci ne faisait plus partie de l'important groupe pétrolier avec lequel cette entreprise avait l'habitude de travailler.

La cour d'appel d'Amiens a mis en évidence certains éléments destinés à caractériser un comportement gravement répréhensible de l'emprunteur dans un arrêt du 21 mars 1995. En l'occurrence, une société avait obtenu de sa banque en octobre 1994 une facilité de caisse verbale moyennant engagement du dirigeant en qualité de caution, sur la base des écritures comptables arrêtées au 30 juin de l'année 1993, reflétant donc l'année 1992. Peu de temps après, la société transmet à son banquier les écritures comptables au titre de l'exercice 1993 et révélant une lourde perte. La banque a alors immédiatement résilié le concours consenti en avançant que les dirigeants avaient dissimulé l'état déplorable de la situa-

tion financière de l'entreprise. Une procédure collective de redressement judiciaire fut ouverte le 29 novembre 1994, conduisant la société à demander en référé le maintien par la banque de la ligne de crédit, au regard du principe du maintien des contrats en cours. Le tribunal de commerce de Senlis rejeta sa demande au motif du comportement gravement répréhensible du gérant, position confirmée par la cour d'appel d'Amiens.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 26 novembre 2002, dans un arrêt non-publié au Bulletin, a retenu « que la rupture des relations contractuelles intervenues sans préavis était la conséquence du refus de la société d'accéder aux demandes de la banque qui, déplorant avoir constaté de multiples dysfonctionnements dans la mobilisation des créances Dailly, l'avait invitée, mais vainement, [...] à se conformer aux "modalités de suivi fixées en commun", et lui avait enjoint, également en vain, de produire avant la fin du mois de juillet 1995, les documents comptables qu'elle lui réclamait depuis plusieurs mois, arrêtés au 31 décembre 1994, ainsi qu'un état de la balance clients et des prévisions de trésorerie, indispensables à l'examen des lignes de concours "court terme" et à l'étude d'un crédit de consolidation avec garantie hypothécaire, dont l'entreprise avait manifesté le besoin ; qu'en l'état de ces constatations, dont il se déduisait que la banque était fondée à considérer le comportement du bénéficiaire du crédit comme gravement répréhensible, la cour d'appel a pu statuer comme elle l'a fait. »

Une telle attitude blâmable fut observée également à l'endroit d'une entreprise se rendant coupable de remise de chèques ou de traites de cavalerie, de faux bilans, de factures fictives ou de créances éteintes, dans le cadre d'une cession « Dailly ».

Les juges réaffirment dans cette chaîne de décisions qu'il n'y a aucun droit acquis au crédit¹⁰⁷ : l'acte de crédit, du terme latin *credo*, requiert la confiance : là où il n'y a plus confiance, il ne peut plus y avoir de crédit. « Exposé au risque de crédit, le banquier doit demeurer libre de sa décision. »¹⁰⁸

Cette décision de la Cour de cassation invite, plus largement, à reconsidérer le régime juridique de la résolution contractuelle en matière de financement bancaire, c'est-à-dire de l'anéantissement judiciaire ou conventionnel du contrat, pour cause d'inexécution par une partie de ses obligations.

B. LA RÉSOLUTION DU CONTRAT

Il convient de relever tout d'abord que la stipulation d'une clause résolutoire au profit d'une des parties n'est pas de nature à empêcher celle-ci de demander la résolution judiciaire de la convention pour inexécution de ses engagements par l'autre partie, sur le fondement de l'article 1184 du Code civil¹⁰⁹. Cette situation peut se révéler avantageuse pour le créancier lorsque le contrat

103. Cass. com. 15 juin 1959, D. 1960, p. 97, note R. Rodière, cité par L. Boyer, « Contrats et conventions », Enc. Dalloz, n° 243.

104. Paris 28 mars 1939, DH 1939, p. 231 – Cass. com. 8 juin 1979, Bull. civ. IV n° 186, cité par L. Boyer, « contrats et conventions », Enc. Dalloz, n° 243.

105. Art. L. 313-12 du CMF : « Tout concours à durée indéterminée, autre qu'occasionnel, qu'un établissement de crédit consent à une entreprise, ne peut être réduit ou interrompu que sur notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours. Ce délai ne peut sous peine de nullité de la rupture du concours, être inférieur à une durée fixée, par catégorie de crédits et en fonction des usages bancaires, par un décret pris après avis de la Commission bancaire. L'établissement de crédit ne peut être tenu pour responsable des préjudices financiers éventuellement subis par d'autres créanciers du fait du maintien de son engagement durant ce délai. L'établissement de crédit n'est pas tenu de respecter un délai de préavis, que l'ouverture de crédit soit à durée indéterminée ou déterminée, en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou au cas où la situation de ce dernier s'avérerait irrémédiablement compromise. » Cet article est à rapprocher de l'article L. 311-44 al. 5 du Code de la consommation, dans sa rédaction issue de la Loi du 1^{er} juillet 2010 : « Si le contrat de crédit le prévoit, le prêteur a la faculté de résilier l'autorisation de découvert à durée indéterminée moyennant un préavis d'au moins deux mois communiqué à l'emprunteur par écrit ou sur un autre support durable. En cas de motif légitime, cette résiliation peut intervenir sans préavis et, dans ce cas, le prêteur en communique les motifs à l'emprunteur, si possible avant la résiliation. » Nul doute que l'interprétation de certaines expressions de cet article sera source de contentieux. Voir A. Albarian, « Le droit de rupture unilatérale des contrats bancaires pour cause de perte de confiance : l'exemple de l'ouverture de crédit », LPA, 30 déc. 2010, p. 3.

106. Banque & Droit, n° 17, mai-juin 1991, p. 116.

107. Voir sur ce point D. Legeais, Rev. jur. comm. 2008, p. 427.

108. F.-J. Crédot et T. Samin, Rev. droit. banc. fin., juill.-août 2009, pp. 41 et s.

109. Cass. com. 7 mars 1984, JCP 1985 20407, note P. Delebecque ; L. Boyer, op. cit. n° 145.

prévoit le respect d'une procédure complexe et consommatrice de temps, avant de permettre le déclenchement du mécanisme résolutoire¹¹⁰. Or dans un financement bancaire syndiqué, impliquant parfois l'intervention de plusieurs centaines de banques, la plupart de nationalités variées, les décalages horaires, combinés aux lourdeurs des procédures internes des établissements financiers concernés, peuvent sérieusement compliquer une procédure de consultation et de vote contractuellement conçue, organisée et imposée comme préalable à une éventuelle restructuration ou résolution du contrat.

Situation de fait, contraignante, que l'emprunteur pourrait être tenté d'exploiter pour empêcher toute prise de décision rapide par la majorité des prêteurs, voire même l'unanimité, malgré des manquements graves et répétés. L'agent du crédit pourrait alors recourir utilement à la résolution judiciaire, soit sur le fondement d'une clause appropriée du contrat, soit, dans un contrat de droit français, par recours à la théorie de la gestion d'affaires. Dans un contrat de droit anglais, cette possibilité paraît douteuse, dans la mesure où il est usuel de prévoir qu'en aucune circonstance, l'agent ne pourra être tenu d'un quelconque devoir fiduciaire (*fiduciary duty*) envers les prêteurs¹¹¹. La résolution judiciaire du contrat permet également au créancier de demander des dommages et intérêts, la responsabilité contractuelle du débiteur demeurant l'« autre sanction de l'inexécution des contrats »¹¹².

La Cour de cassation a rappelé que la résolution d'un contrat de prêt pour non-paiement des échéances n'emporte pas cessation des garanties d'assurance qui vise précisément à couvrir un risque particulier : la défaillance de l'emprunteur¹¹³. Les contrats de prêt et d'assurance, même participant à une opération globale unique, sont autonomes et indépendants.

Les stipulations précitées doivent désormais être envisagées dans la perspective de refonte du droit des obligations initiée tant par la Chancellerie que par le groupe de travail du professeur Catala.

Le projet de la Chancellerie propose notamment les changements suivants :

- désignation expresse, dans la clause résolutoire, des engagements dont l'inexécution entraîne la résolution ;

- la résolution par voie de notification, lorsque l'inexécution « prive le créancier de son intérêt au contrat » (art. 168) ;

- la résolution unilatérale anticipée, susceptible de jouer « lorsqu'il est manifeste que l'autre partie ne pourra pas exécuter son obligation essentielle » (art. 169).

Sur ce dernier point, deux observations s'imposent. En matière de contrat de prêt, la référence au défaut d'exécution de l'« obligation essentielle » renvoie aux critères retenus par l'article L. 313-12 du CME, autorisant le prêteur à interrompre le crédit sans préavis en cas de comportement gravement répréhensible ou de situation irrémédiablement compromise du client. Ce cumul de textes ne doit pas pour autant faire craindre un risque de conflit de dispositions, dans la mesure où, en droit français, « *specialia generalibus derogant* ».

L'inquiétude viendrait plutôt de l'article L. 622-21 du Code de commerce, aux termes duquel, en cas de procédure collective, « le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice [...] tendant à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent », et dont la portée se trouverait singulièrement affaiblie par le projet de réforme de la Chancellerie dans sa version actuelle¹¹⁴. Un nouveau défi pour la collectivité des créanciers. ■

110. Voir sur ce point P. Delebecque, note précitée.

111. « Nothing in this Agreement constitutes the Agent or the Arranger as a trustee or fiduciary of any other person. »

112. P. Delebecque, note précitée ; Cass. com. 26 janv 1953 ; Bull. civ. III n° 38, p. 28.

113. Cass. civ. 2^e, 10 déc. 2009, Banque & Droit 2010 n° 129, p. 17, T. Bonneau.

114. Voir T. Genicon, LPA, 12 févr. 2009, n° 31, p. 87.