

# Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier

**NICOLE BOURDALLE**

Docteur en droit  
Professeur

Responsable du département juridique et  
de la recherche au groupe ESC Pau



**JÉRÔME LASSERRE CAPDEVILLE**

Docteur en droit  
Chargé d'enseignement

Université de Pau et des pays de l'Adour

*La responsabilité du banquier est sujette à de fréquentes évolutions. C'est ainsi que l'obligation de conseil du professionnel s'est vue substituée, récemment, par un devoir de mise en garde. Celui-ci, évoqué implicitement, comme explicitement, par un certain nombre de décisions depuis une vingtaine d'années, a été affirmé par plusieurs arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation du 12 juillet 2005. Ces derniers suscitent encore des controverses quant au contenu à attribuer au devoir de mise en garde, même s'il demeure possible de proposer une définition conceptuelle du contenu du devoir en question. Néanmoins, au-delà de cette incertitude, le développement de l'obligation de mise en garde a pour intérêt de répondre efficacement au besoin de protection des plus faibles en présence d'opérations risquées, sans pour autant être attentatoire, à la différence du devoir de conseil, au principe de non-ingérence, c'est-à-dire une norme de comportement essentielle pour le banquier.*

1. L'accroissement considérable du champ d'action des professionnels, l'apparition de nouveaux métiers, la naissance d'obligations inédites, a été concomitante avec l'extraordinaire demande de responsabilité qui caractérise le monde contemporain. La clientèle, qui a tendance à créditer les professionnels de pouvoirs plus étendus qu'ils n'ont en réalité, n'hésite pas, en effet, en cas d'insatisfaction, à se retourner en justice contre eux. Le banquier n'échappe pas à ce constat, comme en atteste une jurisprudence abondante visant le banquier dispensateur de crédit.

2. La responsabilité du banquier, qui repose pour une grande part sur les règles du droit commun, présente certaines spécificités. En effet, cherchant à adapter les règles de droit commun à l'activité bancaire, la jurisprudence a dégagé, au cours du XX<sup>e</sup> siècle, des principes propres à la profession de banquier, permettant aux magistrats d'apprécier le caractère fautif ou non des agissements. Ces principes fixent ainsi les limites que le professionnel ne peut

franchir sans engager sa responsabilité : il s'agit classiquement du devoir de secret, du devoir de non-ingérence, du devoir de vigilance, du devoir d'information ou encore du devoir de mise en garde<sup>1</sup>. Si certains de ces principes ont été repris par le législateur, tel le secret bancaire, les autres demeurent majoritairement de nature simplement jurisprudentielle, comme le principe de non-ingérence.

3. De plus, la responsabilité du banquier est sujette à de fréquentes évolutions tant en raison des orientations nouvelles prises par le législateur que du fait de la jurisprudence. C'est ainsi qu'en matière de crédit l'article L. 650-1 du Code de commerce, découlant de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises<sup>2</sup>, est venu prévoir que : "Les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci".

1. Sur l'ensemble de ces devoirs, F. Boucard, *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, éd. PUAM, 2002, préf. D. Legeais.

2. Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, JO, 27 juillet 2005, p. 12187.

Par cette disposition, qui vise tous les créanciers qui octroient des concours, le législateur a eu la volonté de favoriser l'obtention de crédits aux entreprises tout en mettant un terme à la crainte d'une condamnation pour soutien abusif<sup>3</sup>. Outre cette évolution d'origine légale, la responsabilité du banquier est susceptible de varier au gré des revirements jurisprudentiels. C'est ainsi qu'un principe comme le devoir de conseil du banquier a perdu, à la vue d'un certain nombre d'arrêts récents, une grande part de son importance au bénéfice du devoir de mise en garde.

4. Or, cette dernière évolution présente aussi un intérêt incontestable pour le banquier, dans la mesure où, si elle est avérée, l'étendue de son obligation se réduit. En effet, bien que ces devoirs que sont le conseil, la mise en garde, mais aussi l'information, soient proches, ces termes présentent des différences de degré qui font varier l'étendue de l'obligation mise à la charge du professionnel. Ainsi, l'obligation d'information impose au banquier "de fournir des indications sur l'objet du contrat ou l'opération envisagée par les moyens adéquats"<sup>4</sup> afin que le choix du cocontractant soit effectué en pleine connaissance de cause. Il s'agit donc de la simple transmission de données objectives, c'est-à-dire de la diffusion de renseignements bruts dénués de toute appréciation subjective. Il en va différemment avec l'obligation de conseil qui impose au professionnel, outre d'informer son partenaire, de lui faire part de son opinion quant à l'opportunité d'effectuer l'opération en question<sup>5</sup>. Le conseil suppose alors une appréciation de nature à orienter la décision de l'autre partie<sup>6</sup>. Il se distingue ainsi du devoir de mise en garde se situant entre l'information et le conseil, puisqu'il consiste à attirer l'attention du cocontractant sur un aspect négatif du contrat ou de la chose objet du contrat<sup>7</sup>.

5. Toutefois, malgré cette différence terminologique, la frontière entre ces obligations n'est pas toujours facile à tracer. C'est ainsi qu'une partie de la doctrine<sup>8</sup>, comme certains arrêts<sup>9</sup>, ne font pas de distinction entre l'obligation d'information et l'obligation de conseil du banquier en les utilisant indifféremment. Or, cela est critiquable dans

3. Jusqu'alors, lorsqu'une entreprise bénéficiaire d'un concours bancaire était mise en redressement ou en liquidation judiciaire, la responsabilité de la banque pour octroi de crédits abusifs était souvent recherchée par les organes de la procédure collective ou par la personne qui s'était portée caution des dettes de l'entreprise envers la banque. Ainsi, la responsabilité de la banque pouvait être caractérisée lorsqu'elle avait pratiqué une politique de crédit ruineuse pour l'entreprise devant nécessairement provoquer une croissance continue ou insurmontable de ses charges financières, et lorsqu'elle avait apporté un soutien artificiel à une entreprise dont elle connaissait, ou aurait dû connaître, si elle s'était informée, la situation irrémédiablement compromise. V. par ex., Cass. com., 7 janvier 2004, JCP, 2004, IV, 1399 ; Cass. com., 17 mars 2004, Juris-Data, n° 2004-023168 ; Cass. com., 22 mars 2005, Banque & droit, 2005, n° 102, p. 71, obs. Th. Bonneau, RTD Com., 2005, p. 578, obs. D. Legeais, BRDA, 2005, n° 10, p. 18, JCP, 2005, éd. E, 1676, n° 32 s., obs. J. Stoufflet et Mathey.

4. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, Paris, 2004, 7<sup>e</sup> éd., p. 480.

5. M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, éd. LGDJ, 1992, n° 11 et n° 471 ; J. Ghestin, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, éd. LGDJ, Paris, 1993, n° 594 ; R. Savatier, "Les contrats de conseil professionnel en droit privé", D., 1972, chronique, p. 140, n° 10 ; Deffrénois, 1995, p. 1418, F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit des obligations*, éd. Dalloz, 2005, n° 258.

6. Cette obligation de conseil a été reconnue dès les années soixante-dix par la doctrine (M. Savatier, *op. cit.* Piedelièvre, n° 1 ; M. Vasseur, *Droit et économie bancaire*, fascicule 1, Les cours de droit, 1979-1980,

la mesure où elles n'ont pas la même étendue. Cette confusion se rencontre encore à l'égard du devoir de mise en garde, puisque la majorité des auteurs le rattache au devoir de conseil<sup>10</sup>. Pourtant, seul ce dernier implique une appréciation subjective de la part du professionnel. L'obligation de mise en garde serait, dès lors, plutôt une "obligation d'information renforcée", puisque, à l'image l'obligation d'information "classique", elle ne tend pas à inciter directement le cocontractant à agir dans un sens, mais se borne à lui présenter objectivement l'opération projetée tout en soulignant les dangers et les risques éventuels.

6. Or, aujourd'hui, la jurisprudence tend à opérer une distinction plus nette entre ces trois obligations. Des arrêts récents ont préféré se fonder expressément sur le devoir de mise en garde du banquier, plutôt que sur celui de conseil, alors que l'obligation d'information était jugée, à elle seule, insuffisante. Ainsi, un devoir de mise en garde, créé de façon prétorienne, se développe à l'heure actuelle à la charge du banquier. Il convient dès lors de se demander ce que recouvre concrètement ce devoir autonome de mise en garde (I) et les raisons de son développement dans la jurisprudence bancaire (II).

## I. La création prétorienne d'une obligation de mise en garde

Évoquée implicitement, comme explicitement, par certains arrêts depuis une vingtaine d'années, l'obligation de mise en garde du banquier a récemment été affirmée par la Cour de cassation (A). Son développement s'est accompagné de précisions quant à son contenu (B).

### A. L'affirmation progressive d'une obligation de mise en garde

Longtemps pressenti (1), le devoir de mise en garde du banquier est expressément évoqué aujourd'hui par la jurisprudence (2).

p. 295 s.) et la jurisprudence (V. par ex., cour d'appel de Rouen, 12 mars 1969, JCP, 1969, II, 16074, obs. Ch. Gavalda ; Cass. com., 9 avril 1973, JCP, 1973, II, 17555, note Ch. Gavalda ; cour d'appel de Rennes, 9 juillet 1975, JCP, 1978, I, 2902, n° 6, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet).

7. M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n° 11 et n° 467 ; J. Ghestin, *op. cit.*, n° 594 ; A. Gourio, "Le prêteur est-il réellement tenu d'une obligation de conseil envers le particulier emprunteur ?", *Revue de droit bancaire et financier*, 2001, n° 1, p. 52.

8. V. par ex., M. Vasseur, "Des responsabilités encourues par le banquier à raison des informations, avis et conseils dispensés à ses clients", *Banque*, 1983, p. 943 s. ; P. Leclercq, "L'obligation de conseil du banquier dispensateur de crédit", *RJDA*, 1995, n° 4, p. 322 s. ; F. Grua, *Les contrats de base de la pratique bancaire*, éd. Litec, Paris, 2001, n° 42 s. ; F. Boucard, "Les devoirs généraux du banquier", *Juris-Classeur, Commercial*, fascicule 343, 2003, n° 33 s. ; J.-F. Clément, "Le banquier, vecteur d'informations", *RTD Com.*, 1997, p. 209 s.

9. V. par ex., la jurisprudence rendue en matière d'assurance groupe, *infra*, n° 24.

10. V. par ex., Th. Bonneau, *Droit bancaire*, coll. "Domat droit privé", éd. Montchrestien, Paris, 2005, 6<sup>e</sup> éd., n° 419 ; S. Piedelièvre, *Droit bancaire*, coll. "Thémis droit privé", éd. PUF, Paris, 2003, n° 115 ; P. Leclercq, *op. cit.*, p. 322 s. ; J. Stoufflet, "Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit", in *Mélanges Michel Cabrillac*, éd. Dalloz, Paris, 1999, p. 526 ; C. Willems, "De la mise en garde à la dissuasion contractuelle", *Droit et patrimoine*, 2002, n° 109, p. 42 ; X. Delpech, D., 2005, aff., p. 2278.

## 1. Une obligation pressentie

7. Depuis plusieurs décennies, la jurisprudence intervient, de plus en plus fréquemment, au nom de l'équité et de la bonne foi, pour corriger les comportements des contractants et atténuer les inégalités engendrées par la supériorité technique ou économique de l'une des parties. Le développement spectaculaire de l'obligation d'information et de conseil constitue certainement la manifestation la plus flagrante de cette quête d'équilibre et de justice contractuelle<sup>11</sup>. À côté de ces deux devoirs, celui de mise en garde a fait une discrète apparition en droit bancaire. Il en a été plus particulièrement ainsi en présence d'opérations sur instruments financiers.

En effet, en ce domaine, il est fréquemment rappelé par la jurisprudence, depuis les années soixante-dix, que "quelles que soient les relations contractuelles entre un client et sa banque, celle-ci a le devoir de l'informer des risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme, hors le cas où il en a connaissance"<sup>12</sup>. Il s'agit ainsi, sans le nommer expressément, d'un devoir de mise en garde à la charge du banquier. Cette solution n'est guère surprenante dans la mesure où la spéculation en bourse peut se révéler ruineuse, particulièrement pour les non-initiés. Il est à noter que, plus récemment, certains arrêts se sont expressément référés au devoir de mise en garde du banquier en la matière<sup>13</sup>.

8. La même évolution est à constater à l'encontre du banquier dispensateur de crédit. Depuis une dizaine d'années, les emprunteurs dans l'impossibilité de rembourser leur crédit, ont parfois reproché au banquier prêteur de ne pas les avoir conseillés de manière pertinente. Les magistrats ont donc été amenés à se demander si le ban-

quier devait juger l'opportunité du crédit consenti, et s'il n'était pas, par conséquent, tenu à un devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur. Les arrêts rendus par la chambre commerciale et la première chambre civile de la Cour de cassation ont divergé sur cette question.

Pour la chambre commerciale, tout d'abord, la banque n'est pas tenue à une obligation de conseil à l'égard de l'emprunteur<sup>14</sup>, sauf lorsqu'elle dispose sur sa situation financière, ou sur les risques encourus, des informations que lui-même ignore, ce qui ne devrait se rencontrer qu'exceptionnellement<sup>15</sup>. Il incombe, dès lors, à l'emprunteur de mesurer le risque pris en s'engageant<sup>16</sup>. En revanche, la première chambre civile a estimé, quant à elle, par un arrêt du 27 juin 1995<sup>17</sup>, que le banquier était effectivement tenu au respect d'une obligation de conseil.

Néanmoins, même si beaucoup ont vu dans cet arrêt la consécration de cette obligation<sup>18</sup>, il est à noter que la Cour reprochait précisément à l'établissement de crédit de pas justifier "avoir mis en garde les emprunteurs sur l'importance de l'endettement qui résulterait de ces prêts". On peut donc penser que les magistrats opéraient ici une confusion entre deux devoirs distincts, le conseil et la mise en garde, qui n'impliquent pourtant pas les mêmes obligations<sup>19</sup>. Cette jurisprudence a pourtant été fréquemment réaffirmée par les juridictions du fond<sup>20</sup>.

Cette divergence entre les deux chambres, contraire à la sécurité juridique, rendait dès lors nécessaire une clarification : le banquier dispensateur de crédit est-il ou non tenu à une obligation de conseil ? La première chambre civile a, semble-t-il, répondu par la négative par un arrêt du 8 juin 2004<sup>21</sup> en mettant à la charge du professionnel, certes de façon implicite, une simple obliga-

11. V. par ex., Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, éd. LGDJ, 1989 ; M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, éd. LGDJ, 1992.

12. Cass. com., 5 novembre 1991, Bull. civ., 1991, IV, n° 327. Dans le même sens, V. par ex. Cass. com., 28 octobre 1974, JCP, 1976, II, 18251, obs. Boitard, D., 1976, juris., p. 373, note Decamme ; Cass. com., 23 février 1993, Bull. civ., 1993, IV, n° 68, D., 1993, juris., p. 424, note Najjar ; Cass. com., 18 mai 1993, D., 1994, juris., p. 142, note Najjar, Gaz. pal., 1994, I, p. 85, note S. Piedelièvre ; cour d'appel de Paris, 23 mai 2000, D., 2000, aff., p. 685, note Najjar ; Cass. com., 22 mai 2001, Juris-Data, n° 2001-009673 ; cour d'appel de Caen, 20 juin 2002, RJDA, 2003, n° 392 ; Cass. com., 25 mars 2003, Droit et patrimoine, 2003, n° 473, p. 1.

13. V. par ex., Cass. com., 14 mars 2000, RJDA, 2000, n° 668 ; Cass. com., 22 mai 2001, Juris-Data, n° 2001-009673 ; cour d'appel d'Orléans, 13 mars 2003, Juris-Data, n° 2003-215376 ; cour d'appel d'Angers, 19 novembre 2004, Juris-Data, n° 2004-266921 ; cour d'appel de Paris, 1<sup>er</sup> avril 2005, Juris-Data, n° 2005-273662 ; cour d'appel de Paris, 26 janvier 2006, Juris-Data, n°2006-292475 Cette solution figure, désormais, à l'article 322-64 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers (JO, 24 novembre 2004, p. 19749) aux termes duquel "le devoir d'information et de conseil comporte la mise en garde contre les risques encourus".

14. V. par ex., Cass. com., 18 février 1997, Bull. civ., 1997, IV, n° 52 ; Cass. com., 24 septembre 2003, Bull. civ., 2003, IV, n° 137, RTD Com., 2004, p. 142, obs. D. Legeais, Banque & droit, 2004, n° 93, p. 56, obs. Th. Bonneau.

15. V. par ex., Cass. com., 20 septembre 2005, D., 2005, aff., p. 2588, obs. Delpech, Banque & droit, 2005, n° 104, p. 76, obs. Rontchevsky, JCP, 2006, éd. E, 1146, note D. Legeais. Ce qui est sanctionné dans ce cas c'est "l'asymétrie d'information" entre le créancier et la caution. C'est donc l'obligation d'information, voire de mise en garde, qui semble visée ici. Th. Bonneau, Banque & droit, 2004, n° 98, p. 57.

16. V. par ex., Cass. com., 11 mai 1999, JCP, 1999, éd. E, p. 1730, note D. Legeais, Revue de droit bancaire, 1999, n° 75, p. 184, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; Cass. com., 10 octobre 2000, RJDA, 2001, n° 71 ; Cass. com., 26 mars 2002, Banque & droit, 2002, n° 84, p. 46, obs. Th. Bonneau, RTD Com., 2002, p. 523, obs. Cabrillac, D., 2002,

aff., p. 1341, obs. Lienhard, JCP, 2002, éd. E, 852, note A. Gourio ; Cass. com., 19 novembre 2002, RTD Com., 2003, p. 151, obs. D. Legeais ; Cass. com., 1<sup>er</sup> juillet 2003, RTD Com., 2003, p. 793, obs. D. Legeais ; Cass. com., 7 janvier 2004, JCP, éd. E, 2004, 736, n° 21, obs. J. Stoufflet ; Cass. com., 18 février 2004, RTD Com., 2004, p. 583, obs. D. Legeais ; Cass. com., 18 mai 2005, Banque & droit, 2005, n° 103, p. 71, obs. Th. Bonneau ; Cass. com., 12 juillet 2005, RJDA, 2005, n° 1270 ; Cass. com., 22 novembre 2005, Juris-Data, n° 2005-030928, Revue de droit bancaire et financier, 2006, n°1, p. 11, obs. Crédot et Samin ; Cass. com., 3 mai 2006, Juris-Data, n°2006-033320

17. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 27 juin 1995, Defrénois, 1995, p. 1416, obs. Mazeaud, JCP, 1996, éd. E, I, p. 772, note D. Legeais, RTD Com., 1996, p. 100, obs. Cabrillac, Revue de droit bancaire et de la Bourse, 1995, p. 185, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard, D., 1995, juris., p. 621, note S. Piedelièvre ; E. Scholastique, *Les devoirs du banquier dispensateur de crédit au consommateur*. "À propos d'un arrêt de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation", Defrénois, 1996, p. 689 s.

18. V. par ex., J. Mestre, RTD Civ., 1996, p. 385 ; D. Mazeaud, Defrénois, 1995, p. 1416 ; S. Piedelièvre, D., 1995, juris., p. 623 ; M. Cabrillac, RTD Com., 1996, p. 101 ; D. Legeais, JCP, 1996, éd. E, II, 772 ; X. Delpech, D., 2005, aff., p. 78., B. Parance, D., 2005, aff., p. 3096.

19. Certains ont ainsi cru voir dans cet arrêt la volonté de limiter l'obligation de conseil du banquier à une simple mise en garde Th. Bonneau, *Droit bancaire*, éd. Montchrestien, Paris, 2005, 6<sup>e</sup> éd., n° 419 ; D. Legeais, JCP, 1996, éd. E, II, 772 ; D. Mazeaud, Defrénois, 1995, p. 1416.

20. V. par ex., cour d'appel de Versailles, 5 avril 1996, Juris-Data, n° 1996-041820 ; cour d'appel d'Orléans, 23 mars 2000, Juris-Data, n° 2000-116045 ; cour d'appel de Paris, 1<sup>er</sup> juin 2001, Juris-Data, n° 2001-154612 ; cour d'appel d'Aix-en-Provence, 3 janvier 2002, Juris-Data, n° 2002-169969 ; cour d'appel de Paris, 10 septembre 2002, Juris-Data, n° 2002-19202 ; cour d'appel de Lyon, 30 janvier 2003, Juris-Data, n° 2003-210207 ; cour d'appel de Rennes, 23 octobre 2003, Juris-Data, n° 2003-227793 ; cour d'appel de Dijon, 29 janvier 2004, Juris-Data, n° 2004-232108 ; cour d'appel de Bordeaux, 13 mai 2004, Juris-Data, n° 2004-242432.

21. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 8 juin 2004, Bull. civ., 2004, I, n° 166, JCP, 2004,

tion de mise en garde<sup>22</sup>. Elle n'entendait, dès lors, pas s'aligner sur la jurisprudence de la chambre commerciale précitée. Néanmoins, la solution de cet arrêt manquant quelque peu de certitude<sup>23</sup>, il était important que cette jurisprudence soit précisée, et ce d'autant plus que les juridictions du fond demeuraient contradictoires<sup>24</sup>. C'est ce qu'a essayé de faire la Cour de cassation par les arrêts rendus le 12 juillet 2005.

## 2. Une obligation affirmée

9. La Cour de cassation a tenté, par quatre arrêts du 12 juillet 2005<sup>25</sup> rendus en formation plénière, de préciser sa position en matière de responsabilité du banquier dispensateur de crédit. Il convient d'évoquer plus particulièrement parmi ceux-ci l'arrêt Époux Jauleski<sup>26</sup> qui a reconnu expressément à la charge du banquier une obligation de mise en garde autonome. En l'espèce, une banque avait consenti à des époux, au profil modeste, un prêt pour l'acquisition d'une maison d'habitation. Suite à une défaillance dans leur paiement, les époux avaient assigné la banque pour octroi fautif du prêt. La cour d'appel de Paris leur a donné raison et la Cour de cassation a rejeté le pourvoi intenté contre ce dernier arrêt, au motif que la cour d'appel avait légalement justifié sa décision en déclarant "que la banque avait méconnu ses obligations à l'égard de ces emprunteurs profanes en ne vérifiant pas leurs capacités financières et en leur accordant un prêt excessif au regard de leurs facultés contributives, manquant ainsi à son devoir de mise en garde". Si certains ont cru percevoir dans cette décision un retour à la solution de l'arrêt de la 1<sup>re</sup> chambre civile du 27 juin 1995<sup>27</sup>, c'est pourtant bien l'obligation de mise en garde, et non plus celle de conseil, qui est expressément visée. Il s'agit, dès lors, d'une reconnaissance explicite d'un devoir autonome de mise en garde<sup>28</sup>. Deux autres décisions rendues le même jour, l'arrêt Époux Seydoux<sup>29</sup> et l'arrêt Guigan<sup>30</sup>, ont néanmoins limité le champ d'application de ce devoir aux cas où l'emprunteur est un profane en refusant de le retenir en

présence d'emprunteurs avertis<sup>31</sup>. La solution figurant dans l'arrêt Époux Jauleski a récemment été confirmée par la jurisprudence<sup>32</sup>.

10. De même, un autre arrêt du 12 juillet 2005, l'arrêt Consorts Grimaldi, est venu prévoir, de façon plus implicite, une obligation de mise en garde à la charge du banquier qui octroie un crédit à un client dont il détient déjà des comptes<sup>33</sup>. En l'espèce, une banque avait consenti, à l'une de ses clientes, qui était détentrice de plusieurs comptes ouverts auprès de l'établissement, trois crédits successifs en vue de couvrir le solde débiteur de son compte de dépôt. Reprochant cependant à la banque de ne pas lui avoir proposé, au titre de son obligation de conseil, d'effectuer un virement depuis ses comptes d'épargne dont les soldes étaient suffisamment créditeurs pour couvrir le découvert, l'intéressée avait recherché la responsabilité de l'établissement de crédit. Cette action a été rejetée par la cour d'appel de Bordeaux avant que la Haute juridiction ne casse l'arrêt au motif que la cour d'appel n'avait pas recherché, "si lors de la souscription de chacun des crédits consentis à X par la banque, celle-ci avait, comme y elle était tenue en tant que gestionnaire de comptes, éclairé sa cliente sur les avantages et inconvénients du choix qui s'offrait alors à cette dernière, pour couvrir le solde débiteur de son compte de dépôt, entre le recours au crédit et la mobilisation de l'épargne figurant sur ses autres comptes". À première vue, la qualification du devoir mis à la charge de l'établissement de crédit pourrait être délicate à déterminer. Il semble, néanmoins, et bien qu'il ne soit pas expressément cité<sup>34</sup>, que c'est le devoir de mise en garde du banquier qui est le fondement de cet arrêt. En effet, l'obligation de conseil ne saurait être retenue ici<sup>35</sup>, car si cette dernière figurait dans le moyen de la cliente, la Cour de cassation ne l'a pas repris. De même, la Haute juridiction n'évoque que le devoir d'éclairer l'intéressée et non de lui donner une appréciation de nature à orienter sa décision. Par ailleurs, l'obligation d'information ne saurait, elle non plus, être perçue comme fondement<sup>36</sup>, dans

éd. E, 1442, note D. Legeais, RJDA, 2004, n° 1367, Banque & droit, 2004, n° 98, p. 56, obs. Th. Bonneau, JCP, 2005, éd. E, 782, n° 39, obs. J. Stoufflet, JCP, 2004, II, 10142, note Dagorne-Labbé, Gaz. pal., 2005, p. 1183, note Bouchard.

22. En effet, alors que la demande de l'emprunteur était fondée sur "un manquement au devoir de conseil", la cour d'appel de Rennes a préféré se prononcer en matière de mise en garde. Or, si la Haute juridiction a cassé cet arrêt, ce n'est aucunement en raison du recours à cette notion.

23. Pour un premier courant doctrinal, la Cour de cassation retiendrait ici la responsabilité de la banque sur la base d'un manquement à son devoir de conseil (Th. Bonneau, Banque & droit, 2004, n° 98, p. 57 ; Y. Dagorne-Labbé, JCP, 2004, II, 10142 ; F.-J. Crédot et Y. Gérard, Revue de droit bancaire et financier, 2005, n° 6, p. 14 ; RJDA, 2004, n° 1367 ; D., 2004, aff., p. 1897 ; Droit et patrimoine, 2004, n° 526, p. 2), alors que pour d'autres auteurs, auxquels nous adhérons, la solution serait fondée sur le non-respect du devoir de mise en garde (D. Legeais, JCP, 2004, éd. E, 1442). D'autres encore ne prennent pas partie (J. Stoufflet, JCP, 2005, éd. E, 782, n° 39 ; B. Parance, D., 2005, aff., p. 3094).

24. V. par ex., se fondant sur l'obligation d'information et de conseil, cour d'appel de Douai, 12 juillet 2004, Juris-Data, n° 2004-284361 ; sur la mise en garde, cour d'appel d'Aix-en-Provence, 24 mars 2005, Juris-Data, n° 2005-273777 ; sur l'obligation d'information seule, cour d'appel de Paris, 30 juin 2005, Juris-Data, n° 2005-279046, JCP, 2005, IV, 3213.

25. Références communes aux quatre arrêts, JCP, 2005, II, 10140, note A. Gourio, Banque & droit, 2005, n° 104, p. 80, obs. Th. Bonneau, D., 2006, panorama, p. 167, obs. DRM, D., 2005, aff., p. 2276, obs. Delpech, Revue Lamy droit civil, 2005, n° 21, p. 15, note S. Piedelièvre, D., 2005, aff., p. 3094, note Parance, Revue de droit bancaire et financier, 2005, p. 20, obs. D. Legeais, BRDA, 2005, n° 20, p. 11, Droit et patrimoine, 2006, n° 145, p. 123, obs. Aynès et Dupichot, RTD Com., 2005, p. 829,

obs. D. Legeais, Droit et patrimoine, 2005, n° 143, p. 98, obs. Mattout et A. Prüm, D., 2006, panorama, p. 167, obs. Martin et Synvet, Revue de droit bancaire et financier, 2005, n° 6, p. 14, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.

26. V. supra, note 25.

27. X. Delpech, D., 2005, aff., p. 78 ; BRDA, 2005, n° 20, p. 11 s. ; A. A. Gourio, JCP, 2005, II, 10140 ; J.-L. Guillot et M. Boccara, Banque, 2005, n° 673, p. 96, Th. Bonneau, Banque & droit, 2005, n° 104, p. 81. Ce dernier ne différencie cependant pas l'obligation de mise en garde de celle de conseil (Droit bancaire, coll. "Domat droit privé", éd. Montchrestien, Paris, 2005, 6<sup>e</sup> éd., n° 419).

28. Dans le même sens, D. Legeais, JCP, 2005, éd. E, 1359, Mattout et A. Prüm, Droit et patrimoine, 2005, n° 143, p. 100 ; F.-J. Crédot et Y. Gérard, Revue de droit bancaire et financier, 2005, n° 6, p. 14.

29. V. supra, note 25.

30. V. supra, note 25.

31. V. infra, n° 17 s.

32. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 2 novembre 2005, Juris-Data, n°2005-030521, D., 2005, aff., p. 3084, obs. Avena-Robardet, JCP, 2005, IV, 3542, RTD Com., 2006, p.171, obs. Legeais, RJDA, 2006, n°452 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup> 21 février 2006, Juris-Data, n°2006-032291, JCP, 2006, IV, 1606, JCP, 2006, éd. E, 1522, note Legeais.

33. V. supra, note 25.

34. Pour une tentative d'explication personnelle, V. infra, n° 11.

35. Dans le même sens, Th. Bonneau, Banque & droit, 2005, n° 104, p. 83 ; A. Gourio, JCP, 2005, II, 10140 ; J.-L. Guillot et M. Boccara, Banque, 2005, n° 673, p. 96 ; X. Delpech, D., 2005, aff., p. 2279 ; D. Legeais, JCP, 2005, 1359. Contra, J.-P. Mattout et A. Prüm, Droit et patrimoine, 2005, n° 143, p. 100.

36. Dans le même sens, D. Legeais, J.C.P., 2005, éd. E, 1359. Contra, X. Delpech, D., 2005, aff., p. 2279, S. Piedelièvre, Revue Lamy droit civil, 2005, n° 21, p. 15.

la mesure où la banque avait bien informé sa cliente conformément à la loi. Dès lors, si ni l'obligation de conseil, ni l'obligation d'information ne pouvaient être retenues, seule l'obligation de mise en garde du banquier pouvait être envisagée, à moins de penser que la Cour de cassation ait souhaité créer ici un nouveau chef de responsabilité bancaire<sup>37</sup>. Or, l'étude du contenu de cette obligation laisse penser qu'il s'agit davantage d'une application circonstanciée du devoir de mise en garde.

## B. Le contenu de l'obligation de mise en garde

Si le contenu de cette obligation ne soulève guère d'incertitudes en matière d'opérations spéculatives sur les marchés à terme, en ce qu'elle oblige le professionnel à informer son client profane des risques prévisibles encourus du fait des opérations projetées<sup>38</sup>, les arrêts du 12 juillet 2005 suscitent encore des controverses quant au contenu à attribuer au devoir de mise en garde (1). Il semble pourtant possible, à la vue de ces arrêts, de proposer une définition conceptuelle du contenu du devoir en question (2).

### 1. Les incertitudes

11. Les quatre arrêts de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation du 12 juillet 2005 sont moins clairs qu'il n'y paraît<sup>39</sup>. Ainsi, dans l'arrêt Époux Jauleski, la Haute juridiction tend à regrouper deux obligations distinctes sous le devoir de mise en garde : l'obligation de s'informer sur les capacités financières du client, puis l'obligation de lui consentir un crédit adapté à celles-ci. Or, cette seconde obligation diffère totalement de la définition classique donnée à la mise en garde. Accorder un prêt proportionné aux capacités de remboursement ne saurait correspondre au fait d'attirer l'attention du client sur le ou les aspects négatifs de l'opération projetée. Ainsi, bien que recourant à un concept relativement clair, la mise en garde, la Cour de cassation en donne un contenu trop large.

À notre sens, cet arrêt opère une confusion malheureuse entre le devoir de mise en garde et celui de vigilance<sup>40</sup>, également appelé devoir de surveillance, de discernement ou devoir général de prudence. En effet, seul ce dernier devoir oblige le banquier à déceler, parmi les opérations qu'on lui demande de traiter, celles qui présentent une anomalie apparente et, en présence d'une telle anomalie, de tout mettre en œuvre pour éviter le préjudice qui résulterait de la réalisation de cette opération

37. En ce sens, A. Gourio, JCP, 2005, II, 10140 ; B. Parance, D., 2005, juris., p. 3101 ; BRDA, 2005, n° 20, p. 13.

38. V. par ex., Cass. com., 23 février 1993, D., 1993, juris., p. 424, note Najjar ; Cass. com., 18 mai 1993, D., 1994, juris., p. 142, note Najjar, Gaz. pal., 1994, I, p. 85, note S. Piedelièvre. V. supra, n° 7.

39. Contra, D. Legeais, JCP, 2005, éd. E, 1359.

40. D. Legeais, JCP, 2005, éd. E, 1359 ; F.-J. Crédot et Y. Gérard, Revue de droit bancaire et financier, 2005, n° 6, p. 14 ; X. Delpech, D., 2005, aff., p. 2279 ; A. Gourio, JCP, 2005, II, 10140. Par le passé déjà, l'examen de certaines décisions du fond, se référant à "l'obligation d'information et de conseil", permettait de relever que, sous le couvert de cette formulation, les juges mettaient parfois en œuvre l'obligation d'accorder un crédit en rapport avec les capacités financières de l'emprunteur, ce qui procédait plutôt du devoir général de vigilance du banquier. V. A. Gourio, "Le prêteur est-il réellement tenu d'une obligation de conseil envers le particulier emprunteur ?", Revue de droit bancaire et financier, 2001, n° 1, p. 53.

41. En outre, la solution découlant de l'arrêt Époux Jauleski paraît en

pour le client, pour la banque elle-même ou pour un tiers. Dès lors, c'est cette obligation de vigilance qui va fonder l'obligation, pour le banquier, de consentir un crédit qui ne soit pas disproportionné à la capacité financière du client, et non pas l'obligation de mise en garde telle qu'elle est classiquement entendue<sup>41</sup>. Ce serait par ailleurs, selon nous, en raison de cette confusion entre les deux obligations, que l'arrêt Consorts Grimaldi, rendu le même jour, se refuse à se référer expressément au devoir de mise en garde. En effet, s'il l'avait cité, il aurait été certainement dans l'obligation de lui donner la même définition que l'arrêt Époux Jauleski. Or, comme les magistrats souhaitaient en l'espèce limiter le devoir en question à la simple obligation d'éclairer la cliente sur les avantages et les inconvénients du choix qui s'offrait à elle, ils ne pouvaient plus que taire le fondement en question sous peine de donner à une même obligation deux étendues distinctes<sup>42</sup>.

12. Cet arrêt Consorts Grimaldi n'est pas, lui non plus, à l'abri de toute controverse quant à son contenu. En déclarant le banquier "gestionnaire de comptes"<sup>43</sup> tenu d'éclairer son client "sur les avantages et inconvénients du choix" qui s'offrent à lui, on peut craindre l'instauration d'une obligation nettement trop étendue à la charge du professionnel. Si l'on suit cet arrêt, la banque saisie d'une demande de prêt pourrait être dans l'obligation, de sa propre initiative, d'établir un état de l'épargne bancaire de son client dans ses comptes et d'étudier précisément la pertinence du crédit proposé à la vue des autres choix se présentant à l'intéressé. Une telle démarche irait incontestablement au-delà du devoir de s'informer de la banque et porterait atteinte au principe de non-ingérence en vertu duquel le banquier n'a pas, sauf irrégularité grossière, à s'immiscer dans les affaires de ses clients<sup>44</sup>. Il semble néanmoins prématuré, au-delà de cette controverse, de généraliser la solution rigoureuse de cet arrêt<sup>45</sup>, celle-ci paraissant inspirée par le souci de sanctionner l'attitude particulièrement déloyale de la banque qui avait, en l'espèce, trompé sa cliente en lui accordant trois prêts à des taux d'intérêts élevés sans lui proposer d'utiliser l'épargne déjà constituée.

On peut donc penser que les magistrats n'ont pas voulu aller aussi loin que pourrait le laisser entendre une appréciation extensive de l'arrêt. Il convient dès lors, face aux incertitudes précitées, sources d'insécurité juridique, de tenter de proposer une définition plus claire du contenu de l'obligation de mise en garde.

contradiction avec la jurisprudence relative au banquier intervenant en matière d'opérations sur instruments financiers. En effet, si un devoir de mise en garde a aussi été imposé à ce dernier, il n'est cependant tenu que d'informer son client profane des risques prévisibles encourus du fait des opérations spéculatives projetées. Il peut paraître dès lors surprenant de soumettre, dans le même temps, le simple prêteur d'argent à une obligation plus étendue et plus sévère, alors que les opérations de crédit ne présentent pas des caractères de complexité et de risques comparables à ceux liés à des opérations spéculatives sur des marchés à terme.

42. Il ne s'agirait donc pas, selon nous, d'un nouveau chef de responsabilité du banquier. V. supra, n° 10.

43. Sur les incertitudes entourant le recours à cette notion, A. Gourio, JCP, 2005, II, 10140 ; S. Piedelièvre, Lamy Droit civil, 2005, n° 21, p. 18 ; B. Parance, D., 2005, juris., p. 3101.

44. V. infra, n° 20.

45. J.-L. Guillot et M. Boccara, Banque, 2005, n° 673, p. 96 ; B. Parance, D., 2005, juris., p. 3102.

## 2. Proposition de définition

3. L'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit doit, à notre sens, être simplement définie comme le fait d'attirer l'attention du client profane<sup>46</sup> sur le ou les aspects négatifs du crédit qu'il lui propose<sup>47</sup>. Concrètement, ce devoir va obliger le banquier, avant de faire une offre de crédit, à se renseigner sur les capacités financières de l'emprunteur, afin de mesurer les risques encourus, et pouvoir l'informer de ces derniers s'ils lui semblent prévisibles. Tout d'abord, concernant l'obligation de se renseigner, le banquier va interroger son client sur son patrimoine et ses revenus. Il doit, de plus, solliciter divers justificatifs, tels que des fiches de salaires, des avis d'impositions, etc. Il peut encore consulter le fichier des incidents de remboursement des crédits aux particuliers tenu par la Banque de France. Le projet financé est lui-même étudié par le professionnel. Il semble, en outre, à la vue de l'arrêt Seydoux du 12 juillet 2005<sup>48</sup>, que le banquier ne doit pas seulement se référer à la situation économique de l'emprunteur au moment de la passation de l'acte, mais qu'il doit également tenir compte de l'évolution de la situation de ce dernier pendant le remboursement du crédit qui peut s'échelonner sur plusieurs années. Cette obligation de se renseigner est néanmoins limitée par le principe de non-ingérence<sup>49</sup>. La banque n'a donc pas à diligenter des mesures d'investigation de nature inquisitoriale dès lors qu'aucun élément du dossier de prêt ne justifie a priori une telle démarche<sup>50</sup>. En outre, hormis anomalies grossières, le banquier est en droit de se fier aux éléments qui lui sont communiqués<sup>51</sup>. Ainsi, une fois que le professionnel a rassemblé suffisamment d'informations sur la situation financière de l'emprunteur, il peut déterminer les risques d'endettement qui lui semblent prévisibles à la vue du crédit proposé à l'intéressé. Il va dès lors pouvoir l'informer des dangers en question<sup>52</sup>. Ce devoir doit, pour la jurisprudence, être accompli par le banquier octroyant le crédit, même si un autre établissement a, par le passé, lui aussi mis en garde l'intéressé<sup>53</sup>.

Cette proposition d'appréciation plus limitée du contenu du devoir de mise en garde paraît plus conforme à la définition classique de celui-ci. On peut d'ailleurs se demander si les magistrats ne souhaitent pas revenir à un contenu plus étroit de l'obligation en question.

En effet, un arrêt du 2 novembre 2005<sup>54</sup> limite le

devoir de mise en garde du banquier à la seule obligation pour l'établissement, avant d'apporter son concours, de vérifier les capacités financières des emprunteurs profanes. Il n'est ainsi plus expressément affirmé que la banque soit aussi tenue de leur proposer un crédit qui leur soit adapté<sup>55</sup>.

De façon plus explicite encore, un arrêt de la 1ère chambre civile du 21 février 2006 reproche à une Cour d'appel de ne pas avoir recherché si la banque avait rempli son devoir de mise en garde à l'égard des personnes qui en étaient bénéficiaires en les alertant sur l'importance du risque en question<sup>56</sup>.

14. Ce devoir de mise en garde paraît, toutefois, devoir être entendu plus largement lorsque le crédit en question est proposé par une banque qui tient déjà plusieurs comptes ouverts au nom de l'emprunteur profane. Dans cette hypothèse, en effet, l'établissement de crédit va devoir, à la vue de l'arrêt Consorts Grimaldi du 12 juillet 2005<sup>57</sup> et du principe de non-ingérence, procéder à l'analyse traditionnelle du dossier de crédit, mais aussi observer d'une façon générale si son client n'a pas d'autres solutions qui se présentent à lui à côté de la demande de prêt. À la vue de ces informations, la banque pourra, outre informer son client sur les modalités du prêt et sur les dangers prévisibles qu'il encourt, lui présenter les différents choix qui s'offrent à lui et les avantages et inconvénients globaux de chacun d'eux<sup>58</sup>. Cette solution, sans être attentatoire au principe de non-immixtion, n'est pas contraire à la solution retenue par l'arrêt Consorts Grimaldi puisque, dans cette affaire, on pouvait reprocher à la banque d'avoir accordé à sa cliente trois prêts à des taux d'intérêts élevés sans même lui proposer d'utiliser l'épargne constituée. Ainsi, une recherche globale et une délivrance d'informations générales de la part professionnelle auraient été, semble-t-il, suffisantes. Néanmoins, le client ne pouvant pas toujours se satisfaire d'une telle généralité, il appartient au banquier, selon nous, de proposer à l'emprunteur une étude plus minutieuse de ses affaires, étude nécessitant son accord mais impliquant aussi un coût. Dans ce cas, le banquier procéderait à une authentique analyse patrimoniale rémunérée par l'intéressé ayant exprimé son accord. Cette solution serait plus conforme au fait que la banque est, avant tout, une activité de commerce.

46. Les arrêts Époux Seydoux (V. supra, note 25 et infra, n° 17) et Guigan (V. supra, note 25 et infra, n° 17) excluent en effet de la protection les emprunteurs "avertis".

47. Hormis s'il est, dans le même temps, détenteurs de comptes ouverts au nom de l'emprunteur, V. infra n° 14.

48. V. supra, note 25 et infra, n° 17.

49. V. infra, n° 20.

50. V. par ex., cour d'appel de Paris, 22 avril 2005, Juris-Data, n° 2005-271388.

51. V. par ex., cour d'appel de Paris, 9 novembre 1995, Revue de droit bancaire et de la Bourse, 1996, n° 54, p. 52, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; cour d'appel de Nancy, 15 mai 2003, Juris-Data, n° 2003-232169, JCP, 2004, IV, 2025 ; cour d'appel d'Aix-en-Provence, 5 mars 2003, Juris-Data, n° 2003-231443 ; cour d'appel de Rouen, 11 mai 2004, JCP, 2005, éd. E, 782, n° 41, obs. J. Stoufflet ; cour d'appel de Douai, 29 septembre 2005, Juris-Data, n° 2005-290025 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 9 novembre 2005, JCP, 2005, IV, 3593, Juris-Data, n° 2005-03642.

52. Dans tous les cas, pour être jugée efficace, cette mise en garde devra être précise, complète et accessible à son destinataire. Il est recommandé au banquier de compléter l'information orale par une information écrite afin de se constituer une preuve du respect de son obligation.

53. Cette solution découle de l'arrêt du 8 juin 2004, V. supra, n° 8.

54. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 2 novembre 2005, Juris-Data, n°2005-030521, D., 2005, aff., p.3084, obs. Avenat-Robardet, JCP, 2005, IV, 3542, RTD Com., 2006, p.171, obs. Legeais, RJDA, 2006, n°452.

55. Contra, V. Avena-Robardet, obs. sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 2 novembre 2005, D., 2005, aff., p. 3084.

56. Cass. civ. 1<sup>re</sup> 21 février 2006, Juris-Data, n°2006-032291, JCP, 2006, IV, 1606, J.C.P., 2006, éd. E, 1522, note LEGEAIS. Aux termes de ce dernier arrêt, en effet, "en se déterminant ainsi, sans rechercher si les époux X pouvaient être considérés comme des emprunteurs avertis et, dans la négative, si la banque les avait alertés sur l'importance de ce risque et avait ainsi rempli son devoir de mise en garde, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision".

57. V. infra, n° 12.

58. Cette information ne saurait cependant porter directement sur l'opportunité de l'opération de crédit en elle-même, A. Gourio, JCP, 2005, II, 10140 ; D. Legeais, RTD Com., 2005, p. 821 ; Th. Bonneau, Banque & droit, 2005, n° 104, p. 83 ; BRDA, 2005, n° 20, p. 13. Il est vrai néanmoins que le fait de révéler les dangers et les risques d'une opération peut avoir indirectement un effet dissuasif.

15. La proposition de définition du contenu de l'obligation de mise en garde présentée ci-dessus, soulève encore des interrogations. Tout d'abord, le client peut-il passer outre la mise en garde ? La réponse est nécessairement positive. En effet, si l'emprunteur persiste dans son projet et accepte définitivement l'offre, il manifeste sa volonté en pleine connaissance de cause. L'établissement ne peut alors interférer dans cette décision, sous peine de se voir reprocher une ingérence dans les affaires de son client. Néanmoins, il ne faut pas perdre de vue qu'en matière de crédit, c'est d'abord le client qui dépose une demande de prêt auprès d'un ou de plusieurs établissements de crédit et le banquier bénéficie, à ce stade, de la liberté d'octroyer ou de refuser un crédit en fonction de la capacité financière de l'intéressé. Ce n'est dès lors que s'il consent à faire une offre de crédit, ce qu'il ne fera probablement pas si la situation de l'emprunteur n'est pas en adéquation avec ce dernier, qu'il devra mettre en garde l'intéressé des risques de l'opération. Celui-ci sera alors libre de tenir compte ou pas de la mise en garde en acceptant ou en refusant le prêt personnalisé proposé.

Mais, le banquier est-il dans l'obligation de refuser le crédit lorsque celui-ci semble dépasser les capacités financières de l'emprunteur ? Il convient de répondre par la négative si l'on se fonde sur la définition du devoir de mise en garde proposée plus haut, puisque, dans ce cas, le seul fait pour le banquier dispensateur de crédit d'avoir averti l'emprunteur des risques encourus du fait du crédit accordé, suffit à faire échapper le professionnel à l'engagement de sa responsabilité<sup>59</sup>. La réponse à cette interrogation devient, en revanche, positive, si l'on joint à cette obligation de mise en garde une obligation plus sévère : l'obligation de vigilance<sup>60</sup>. En effet, si la jurisprudence vient à superposer ces deux obligations, ce qui est plus que probable<sup>61</sup>, le banquier devra refuser d'octroyer le crédit qui lui est demandé par un client profane, si celui-ci est jugé excessif<sup>62</sup> à la vue de la situation financière de l'emprunteur<sup>63</sup>.

Il est à souhaiter, néanmoins, que la jurisprudence vienne clarifier cette situation en précisant quelle est l'obligation exacte qu'elle met à la charge du banquier dispensateur de crédit à un profane : un simple devoir de mise en garde entendu strictement comme c'est le cas en matière d'opération spéculative sur les marchés à terme<sup>64</sup>, un devoir entendu là encore strictement mais accompagné

d'un devoir de vigilance, ou alors une obligation de mise en garde au contenu extrêmement large comme dans l'arrêt Jauleski ? Les deux premières solutions contribueraient salutairement à la sécurité juridique et éviteraient de faire de l'obligation de mise en garde, comme l'arrêt Époux Jauleski précité le laisse craindre, une obligation "fourre-tout".

Cependant, si l'évolution du devoir de mise en garde ne s'est pas faite à ce jour avec toute la clarté souhaitée, il demeure manifeste que cette obligation a pour intérêt de répondre au besoin de protection des plus faibles en matière bancaire sans porter atteinte pour autant à d'autres obligations à la charge du professionnel.

## II. Une création prétorienne pragmatique

Le mouvement général de protection des consommateurs a touché depuis bientôt 30 ans le monde bancaire, par l'intermédiaire plus particulièrement des lois du 10 janvier 1978 et 13 juillet 1979 sur le crédit à la consommation et le crédit immobilier.

Ainsi, le développement du devoir de mise en garde s'inscrit dans cette évolution, puisqu'il tend à la protection des plus faibles (A), sans pour autant être contraire au principe de non-ingérence, c'est-à-dire une norme de comportement essentielle pour le banquier (B).

### A. Une obligation protectrice des plus faibles

Le développement récent de l'obligation de mise en garde du banquier laisse penser que, pour la jurisprudence, l'obligation d'information déjà à la charge du professionnel est insuffisante (1) pour protéger de façon satisfaisante les plus faibles, c'est-à-dire les profanes, en présence d'opérations risquées (2).

#### 1. Une obligation d'information insuffisante

16. Le déséquilibre dans les relations entre professionnels et consommateurs tient pour une bonne part à l'inégalité de leur information. La jurisprudence a donc mis à la charge des premiers une obligation d'information au bénéfice des seconds<sup>65</sup>. Les établissements de crédit ont

59. Il en va différemment si le banquier est aussi détenteur de compte ouvert au nom de son client puisque, dans ce cas, il devra en outre informer globalement ce dernier sur les avantages et les inconvénients des diverses solutions qui s'offrent à lui à côté du recours au crédit (V. infra, n° 14). Dès lors, en l'espèce, ce crédit peut ne pas présenter de risques particuliers, car non excessif, et pourtant permettre l'engagement de la responsabilité du banquier car se révélant désavantageux pour le client.

60. V. supra, n° 11.

61. En effet, ce développement s'inscrit, certes par anticipation, dans l'exigence plus générale de "prêt responsable" consacrée dans une proposition de directive européenne relative au crédit aux consommateurs. Cette proposition, récemment révisée, a été présentée par la Commission le 10 octobre 2005. V. infra, n° 24.

62. L'appréciation de ce caractère excessif s'avère en pratique fort délicate. A. Gourio, "Qu'est-ce qu'un crédit excessif ?", Revue de droit bancaire et financier, 2001, n° 1, p. 55 ; D. Legeais, "Responsabilité du banquier", Juris-Classeur, Commercial, fascicule 346, 2005, n° 18.

63. Le droit bancaire constitue, depuis quelques années déjà, un terrain d'élection de ce principe de proportionnalité, 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. par ex., Cass. com., 17 juin 1997, Bull. civ. 1997, IV, n° 188, D., 1998, juris., p. 208, note Casey, RTD Civ., 1998, p. 100, obs. Mestre, JCP, 1997, éd. E, II, 1007, note D. Legeais ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 juillet 2003, Bull. civ. 2003, I, n° 167, JCP, 2003, II, 10167, note Casey, JCP, 2003, I, 176, n° 4, obs. Simler, Revue de droit bancaire et financier, 2003, p. 286, obs. D. Legeais. Cette solution a été consacrée en matière de cautionnement par la loi n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003 (D., 2003, p. 2055) à l'article 341-4 du Code de la consommation. La disproportion est encore prévue au nouvel article L. 650-1 du Code de commerce qui prévoit, comme exception à l'irresponsabilité de principe du créancier qui octroie des concours à une entreprise concernée par une procédure de prévention ou de règlement de ces difficultés, le cas où les garanties obtenues par le créancier sont disproportionnées par rapport au crédit consenti. V. supra, n° 3.

64. V. supra, n° 7. Semblent s'orienter en ce sens, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 2 nov. 2005, Juris-Data, n°2005-030521, D., 2005, aff., p.3084, obs. Avena-Robardet, JCP, 2005, IV, 3542, RTD Com., 2006, p.171, obs. Legeais, RJDA, 2006, n°452 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup> 21 février 2006, Juris-Data, n°2006-032291, JCP, 2006, IV, 1606, JCP, 2006, éd. E, 1522, note Legeais.

65. Le rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations

donc été tenus de respecter cette obligation dans un nombre croissant d'hypothèses. Dans d'autres cas encore, c'est la loi elle-même qui a prévu cette obligation à la charge des banquiers<sup>66</sup>.

D'une façon générale, l'article L. 111-1 du Code de la consommation impose à tout professionnel, vendeurs de biens ou prestataires de services, de mettre, avant la conclusion de tout contrat, "le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques du bien ou du service". Concernant plus spécifiquement le banquier, il en va de la sorte, à titre d'illustration, en matière d'ouverture de compte de dépôt<sup>67</sup> ou en matière de chèque<sup>68</sup>. Il convient de citer, encore, l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier prévoyant à la charge des "établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou morale", une obligation d'informer la caution sur "le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente" ainsi que les possibilités et mode de dénonciation de la garantie. Cette obligation d'information se rencontre en outre, bien évidemment, en matière de crédit à la consommation<sup>69</sup> et de crédit immobilier<sup>70</sup>.

C'est ainsi, par exemple, que pour l'article L. 313-2 du Code de la consommation, le taux effectif global "doit être mentionné dans tout écrit constatant un contrat de prêt"<sup>71</sup>, le défaut d'écrit constatant le TEG conduisant à substituer le taux légal au taux convenu<sup>72</sup>.

Ces exemples témoignent ainsi d'une tendance générale qui domine aujourd'hui la relation banquier-client et qui ne cesse de se renforcer<sup>73</sup>.

Cependant, il arrive parfois que la transmission d'une information objective ne suffise pas, à elle seule, à éclairer suffisamment le client qui doit prendre une décision en connaissance de cause. Il en va de la sorte lorsque l'opération présente certains risques ou dangers pour l'intéressé, tel en matière de crédit ou d'opérations spéculatives sur les marchés à terme, d'où le recours à une obligation plus large comme le devoir de mise en garde. Néanmoins, ce dernier ayant pour fondement l'inégalité d'information existant entre le banquier et sa clientèle, il n'a pas lieu d'être en l'absence d'une telle inégalité. C'est ainsi que seul le contractant profane, c'est-à-dire celui qui n'est pas en possession des informations de nature à éclairer la portée de son engagement, va pouvoir bénéficier du devoir en question.

soumet d'ailleurs les parties à la conclusion d'un contrat à une obligation de renseignement (article 1110 du projet), qu'il pose comme une exigence générale dont il précise le contenu et les sanctions. P. Catala, "Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations", D., 2006, chronique, p. 537.

66. Ch. Gavalda et J. Stofflet, *op. cit.*, n° 182 ; Th. Bonneau, *op. cit.*, n° 417 s. ; S. Piedelièvre, "Les nouvelles relations contractuelles entre les banquiers et les consommateurs", JCP, 2005, 1134.

67. Article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier.

68. Article L. 131-71 du Code monétaire et financier. V. par ex., Cass. com., 31 mai 2005, D., 2005, aff., p. 1693, obs. Delpech, Banque & droit, 2005, n° 103, p. 68, obs. Th. Bonneau.

69. Articles L. 311-une seconde du Code de la consommation. V. par ex. concernant la publicité des crédits, article L. 311-4 du Code. De même, concernant l'offre préalable, articles L. 311-10 à L. 311-12 du Code.

70. Articles L. 312-une seconde du Code de la consommation. A. Gourio, "Information du consommateur et crédit immobilier", Les petites affiches, 1999, n° 128, p. 11 s.

71. V. par ex., Cass. com., 5 octobre 2004, RTD Com., 2005, p. 153, obs. D. Legeais, RJDA, 2005, n° 185, Banque & droit, 2005, p. 68, obs. Th. Bonneau ; Cass. com., 19 octobre 2004, Revue de droit bancaire et

## 2. La protection des profanes

17. On aurait pu penser, à la vue du développement du droit de la consommation, que l'obligation de mise en garde précitée puisse bénéficier à tout emprunteur particulier n'agissant pas dans le cadre de son activité professionnelle. Or, la jurisprudence ne l'a pas entendu ainsi. En effet, dans l'arrêt Époux Jauleski du 12 juillet 2005<sup>74</sup>, les magistrats ont pris soin de constater que les intéressés, qui avaient effectué un emprunt pour l'acquisition d'une maison d'habitation destinée à la location, n'avaient que de "très modestes ressources". Ils étaient alors qualifiés d'"emprunteurs profanes", et il était reproché à la banque d'avoir manqué à son devoir de mise en garde à leur égard. Cette solution devait alors être opposée à deux autres arrêts ayant été rendus le même jour, les arrêts Guigan et Époux Seydoux<sup>75</sup>, les magistrats ayant refusé, dans ces derniers, de retenir une quelconque faute du banquier dispensateur de crédit, considérant que les intéressés étaient des emprunteurs avertis. Il s'agissait ainsi, dans l'arrêt Guigan, d'un président d'un conseil d'administration, principal actionnaire d'une société, ayant financé un apport en compte courant dans cette société, et dans l'arrêt Époux Seydoux, de cadres supérieurs ayant créé une société ayant pour objet la réalisation d'opérations immobilières. C'est, dès lors, la qualité d'emprunteur profane ou averti qui permet de bénéficier ou pas de l'obligation de mise en garde du banquier.

18. Il convient d'adhérer à cette solution qui permet de mieux prendre en compte la réalité des faits à la différence de la distinction classique entre le professionnel et le consommateur. Ainsi tout emprunteur particulier n'agissant pas dans le cadre de son activité professionnelle n'est pas forcément profane, et, à l'inverse, le professionnel qui contracte un prêt en dehors de sa sphère d'activité mérite une protection s'il n'a pas de connaissance particulière en la matière. Il est dès lors préférable que l'existence et l'étendue de l'obligation du banquier résultent, comme c'est le cas dans les arrêts précités du 12 juillet 2005, du degré de connaissance qu'est supposé avoir l'emprunteur de la portée de son engagement<sup>76</sup>. Cette distinction entre profane et averti se rencontre d'ailleurs déjà dans le domaine des opérations sur instruments financiers<sup>77</sup>, ainsi qu'en matière de cautionnement lorsqu'il s'agit d'appliquer le principe de proportionnalité à des cautions non dirigeantes<sup>78</sup>.

financier, 2005, n° 1, p. 14, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard, Banque & droit, 2005, p. 67, obs. Th. Bonneau.

72. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 21 janvier 1992, Bull. civ., 1992, I, n° 22, JCP, 1992, I, 3591, n° 5, obs. Fabre-Magnan ; Cass. com., 9 novembre 1993, RJDA, 1994, n° 62 ; Cass. com., 12 mars 2002, RJDA, 2002, n° 796.

73. V. par ex. l'ordonnance du 6 juin 2005 relative à la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs, RTD Com., 2005, p. 816, obs. D. Legeais.

74. V. supra, note 25.

75. V. supra, note 25.

76. V. ex., Cass. com., 18 mai 2005, Banque & droit, 2005, p. 71, obs. Th. Bonneau, Defrénois, 2005, p. 1425, note S. Piedelièvre.

77. Th. Bonneau et F. Drummond, *Droit des marchés financiers*, éd. Economica, Paris, 2005, 2<sup>e</sup> éd., n° 63, 381 et 469. V. par ex., Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 octobre 1998, RJDA, 1999, n° 184 ; Cass. com., 11 mai 1999, RJDA, 1999, n° 710 ; cour d'appel de Toulouse, 22 mars 2005, Juris-Data, n° 2005-284128 ; cour d'appel de Pau, 13 décembre 2005, Juris-Data, n° 2005-291618. Dans ce dernier arrêt, la qualité d'averti a été retenue car, si l'intéressé était saisonnier dans l'hôtellerie, il faisait de la spéculation à titre d'activité principale.

78. D. Legeais, "Responsabilité du banquier", Juris-Classeur, Commer-

En outre, en introduisant de la sorte une modulation de la responsabilité de l'établissement prêteur en fonction du degré de connaissance qu'est supposé avoir l'intéressé, la première chambre civile de la Cour de cassation tend à s'aligner, concernant l'emprunteur averti, sur la jurisprudence de la chambre commerciale rendue en ce domaine<sup>79</sup>. En revanche, s'agissant de la responsabilité à l'égard de l'emprunteur profane, les arrêts du 12 juillet 2005 pérennisent la divergence de jurisprudence avec cette chambre<sup>80</sup>.

19. Cette distinction entre emprunteur averti et emprunteur profane soulève néanmoins encore des incertitudes. En effet, à partir de quels critères peut-on estimer être en présence de l'un d'eux ? Il semble, à la vue des arrêts précités, que deux circonstances principales soient prises en compte par les magistrats pour apprécier le degré de connaissance du client emprunteur : il s'agit de la catégorie professionnelle et de l'assise financière<sup>81</sup>. Cette solution se justifie par le fait qu'une personne haut placée dans une société ou ayant des revenus conséquents, sera plus facilement perçue comme habituée à effectuer des opérations bancaires et, plus particulièrement, des opérations de crédit. Elle sera, par conséquent, présumée plus apte à juger du bien-fondé des opérations économiques financées par le prêt litigieux. Il ne s'agit cependant que de simples présomptions qui pourront être renversées à la vue des circonstances de fait. D'autres éléments devront donc être pris en considération par les magistrats, telles que la bonne foi des parties, la fréquence des opérations, l'âge de l'emprunteur ou encore le montant du prêt<sup>82</sup>. Il appartiendra alors aux banques, dans chaque affaire, de veiller à rassembler un faisceau d'indices permettant par la suite aux juges du fond d'apprécier le bien fondé de la qualification retenue. Cette solution, qui fait naître un risque de disparité de jurisprudence, a néanmoins pour

cial, fascicule 346, 2005, n° 35 s. V. par ex., Cass. com., 8 octobre 2002, Bull. civ., 2002, IV, n° 136 ; Cass. com., 25 mars 2003, Revue de droit bancaire et financier, 2003, p. 207, obs. D. Legeais ; Cass. com., 21 juin 2005, Revue de droit bancaire et financier, 2005, n° 5, p. 20, obs. D. Legeais, Droit et patrimoine, 2005, n° 143, p. 100, obs. Mattout et A. Prüm.

79. V. supra, n° 8.

80. Toute évolution n'est cependant pas à écarter. On pourrait très bien imaginer que, dans le futur, la chambre commerciale décide, elle aussi, de se référer à la distinction entre emprunteur profane et emprunteur averti.

81. Dans le même sens, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 2 novembre 2005, Juris-Data, n° 2005-030521, D., 2005, aff., p. 3084, obs. Avena-Robardet. Le caractère profane des époux emprunteurs semblait découler de leur faible assise financière, leur avis d'imposition pour l'année 1995 ne mentionnant aucune ressource imposable.

82. D. Legeais, JCP, 2005, éd. E, 1359 ; S. Piedelièvre, Revue Lamy droit civil, 2005, n° 21, p. 17 ; A. Gourio, JCP, 2005, II, 10140.

83. J. Laserre Capdeville, "Que reste-t-il au XXI<sup>e</sup> siècle du devoir de non-ingérence du banquier ?", Banque & droit, 2005, n° 100, p. 11 s.

84. V. par ex., Cass. civ., 28 janvier 1930, RTD Civ., 1930, p. 369, obs. Demogue ; Cass. com., 25 avril 1967, JCP, 1967, II, 15306, note Ch. Gavalda ; Cass. com., 30 octobre 1984, Bull. civ., 1985, IV, n° 285 ; Cass. com., 30 janvier 1990, Banque, 1990, n° 505, p. 535, obs. Rives-Langes ; Cass. com., 21 septembre 2004, Revue de droit bancaire et financier, 2005, p. 12, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; Cass. com., 8 mars 2005, RJDA, 2005, n° 876 ; Cass. com., 27 septembre 2005, Juris-Data, n° 2005-030037, Revue de droit bancaire et financier, 2005, n° 6, p. 17, obs. D. Legeais.

85. Il est à noter que l'article L. 650-1 du Code de commerce prévoit, à titre d'exception à l'irresponsabilité de principe du créancier qui octroie des concours à une entreprise concernée par une procédure de prévention ou de règlement de ces difficultés, l'hypothèse de l'immixtion. Cependant, cette dernière ne sera retenue que si elle est "caractérisée". Cette disposition laisse dès lors un pouvoir considérable au juge. D. Legeais, Les concours consentis à une entreprise en difficultés (C. com., article L. 650-1), JCP, 2005, éd. E, 1510, n° 14.

intérêt de permettre aux juges de tenir compte des circonstances de fait de chaque espèce.

Protégeant ainsi les plus faibles, le devoir de mise en garde permet, dans le même temps, de ne pas porter atteinte au principe de non-ingérence du banquier.

## B. Une obligation conforme au principe de non-ingérence

20. Le principe de non-ingérence<sup>83</sup>, ou de non-immixtion, impose aux établissements de crédit de ne pas intervenir dans les affaires de leurs clients, soit en s'informant sur leurs affaires, soit en réalisant de leur propre chef des opérations pour le compte des clients. Il place donc l'établissement bancaire dans une position de neutralité. Cette règle, dégagée par un arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 1930 et souvent réaffirmée depuis<sup>84</sup>, présente ainsi une double finalité : d'une part, la protection du client contre les ingérences du banquier dans ses propres affaires et, d'autre part, la préservation de l'établissement de crédit contre les actions en responsabilité qui pourraient être engagées contre lui dans les hypothèses où l'opération effectuée se révélerait préjudiciable pour le client ou pour les tiers<sup>85</sup>.

Or, ce principe serait incontestablement violé si l'on admettait une obligation de conseil à la charge du banquier<sup>86</sup>. En effet, cette dernière, tendant à inciter le destinataire de l'information à suivre l'avis qu'on lui propose, implique une immixtion du banquier dans les affaires de son client. Pourtant, malgré cette violation, la jurisprudence a, à de nombreuses reprises, fait référence à une obligation de conseil à la charge du banquier dispensateur de crédit<sup>87</sup>, comme l'illustre l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 27 avril 1995<sup>88</sup>. La doctrine<sup>89</sup>, elle-même, a considéré de façon quasi unanime<sup>90</sup>

86. V. par ex., Cass. com., 13 décembre 2005, Juris-Data, n° 2005-031397. Ce dernier casse un arrêt ayant retenu une obligation de conseil à la charge d'un banquier dispensateur de crédit, dans la mesure où la banque "ne doit pas s'immiscer dans les affaires de ses clients".

87. V. par ex., cour d'appel de Bourges, 1<sup>er</sup> mars 1988, D., 1989, som. com., p. 195, obs. Vasseur ; cour d'appel de Paris, 13 juillet 1988, Banque, 1988, p. 929, obs. Rives-Lange ; Cass. com., 4 juin 1991, Revue de droit bancaire et financier, 1992, n° 32, p. 151, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; cour d'appel de Paris, 17 mai 1995, Juris-Data, n° 1995-022111 ; cour d'appel de Versailles, 5 avril 1996, Juris-Data, n° 1996-041820 ; cour d'appel d'Orléans, 23 mars 2000, Juris-Data, n° 2000-116045. V. supra, note 20.

88. V. supra, n° 8.

89. V. par ex., J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, éd. Dalloz, Paris, 2003, 6<sup>e</sup> éd., n° 53 ; F.-J. Crédot, "L'octroi de crédits et l'obligation de conseil du banquier", Droit et patrimoine, 1994, n° 1, p. 34 s. ; F. Grua, *Les contrats de base de la pratique bancaire*, éd. Litec, Paris, 2001, n° 42 s. ; Ch. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire. Institutions. Comptes. Opérations. Services*, éd. Litec, Paris, 2005, 6<sup>e</sup> éd., n° 188 et 189 ; J.-F. Clément, "Le banquier, vecteur d'informations", RTD Com., 1997, p. 209 s. ; D. Legeais, "L'obligation de conseil de l'établissement de crédit à l'égard de l'emprunteur et de sa caution", in *Mélanges AEDBF-France*, Banque éditeur, 1999, p. 257 s. ; R. Routier, *La responsabilité du banquier*, éd. LGDJ, Paris, 1997, n° 120 s. ; Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, éd. Dalloz, Paris, 2004, n° 5285 et n° 5296 ; F. Boucard, "Les devoirs généraux du banquier", Juris-Classeur, Commercial, fascicule 343, 2003, n° 33 s. ; Th. Bonneau, *Droit bancaire*, coll. "Domat droit privé", éd. Montchrestien, Paris, 2005, 6<sup>e</sup> éd., n° 419. L'auteur définit cependant cette obligation comme le devoir de mise en garde (V. supra, note 10). Il en va de même pour S. Piedelièvre, *Droit bancaire*, coll. "Thémis droit privé", éd. PUF, Paris, 2003, n° 115.

90. Contra, J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, coll. "Précis droit privé", éd. Dalloz, Paris, 1995, n° 175 ; A. Gourio, "Le prêteur est-il réellement tenu d'une obligation de conseil envers le particulier emprunteur ?", Revue de droit bancaire et financier, 2001, n° 1, p. 52.

que le banquier était soumis à un tel devoir. On peut néanmoins se demander si tous ces auteurs partagent encore cette opinion depuis les arrêts du 12 juillet 2005 précités.

21. La substitution du devoir de conseil du banquier par celui de mise en garde permet dès lors un équilibre entre la nécessité de protéger les plus faibles sans pour autant obliger le banquier à s'immiscer dans les affaires de son client. Une telle ingérence n'est, en effet, pas toujours souhaitée par les clients eux-mêmes<sup>91</sup> et risque, si elle venait à être admise, à imposer au professionnel la détection de toutes les fraudes commises sur les comptes de ses clients, qu'elles soient apparentes ou pas. Le développement de l'obligation de mise en garde est donc particulièrement opportun<sup>92</sup>.

22. Mais n'y a-t-il pas, dès lors, une réapparition du risque d'atteinte au principe de non-ingérence si l'on admet la présence d'une obligation de vigilance à côté de l'obligation de mise en garde ?<sup>93</sup> Il convient, selon nous, de répondre négativement à cette interrogation. En effet, l'obligation de vigilance du banquier, qui ne cesse de se développer<sup>94</sup>, oblige simplement le professionnel, cela a été noté, à déceler, parmi les opérations qu'on lui demande de traiter, celles qui présentent une anomalie apparente et, en présence d'une telle anomalie, de tout mettre en œuvre pour éviter le préjudice qui en résulterait. Dès lors, en matière d'octroi de crédit, le devoir de s'informer à la charge du banquier ne saurait se confondre avec une obligation d'investigation ou d'enquête minutieuse, puisque ce n'est qu'en présence d'une irrégularité apparente, ou d'informations alarmantes, que la vigilance du banquier devra s'intensifier au point de déroger au devoir de non-ingérence. Cette solution est alors conforme à une jurisprudence bien établie estimant que seul le constat d'une anomalie grossière légitime la levée du principe de non-immixtion<sup>95</sup>. Le devoir de vigilance n'est donc pas, par nature, attentatoire à ce dernier.

Le développement de l'obligation de mise en garde, superposée ou non à une obligation de vigilance, permet ainsi de préserver les intérêts de toutes les parties en présence. Il s'agit, dès lors, d'une illustration du fait que le droit demeure un instrument au service des hommes, grâce à la jurisprudence dont le pragmatisme lui permet de s'adapter aux modifications des données.

91. Un sentiment de discrétion existe, en effet, au fond de chaque individu, V. J. Carbonnier, "Transparence", in *Flexible droit*, éd. LGDJ, Paris, 2001, 10<sup>e</sup> éd., p. 320.

92. C'est ainsi qu'il convient de limiter scrupuleusement le contenu de cette obligation par le principe de non-ingérence, V. supra, n° 14.

93. V. supra, n° 15.

94. Comme, par exemple, pour la lutte contre le blanchiment d'argent. J. Lasserre Capdeville, *La lutte contre le blanchiment d'argent*, éd. L'Harmattan, 2006, p.16 s.

95. Pour un exemple récent, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 2 novembre 2005, Lamy Droit des affaires, 2006, n° 1, p. 36. En l'espèce, un faisceau d'indices aurait dû alerter le banquier et lui permettre de détecter les fraudes commises par un comptable indélicat.

96. D. Legeais, "L'obligation de conseil de l'établissement de crédit à l'égard de l'emprunteur et de sa caution", in *Mélanges AEDBF-France*, Banque éditeur, 1999, p. 257.

97. Certains arrêts rendus par des juridictions du fond font encore référence à l'obligation de conseil du banquier dispensateur de crédit, V. par ex., cour d'appel de Lyon, 29 septembre 2005, Juris-Data, n° 2005-

## Conclusion

23. Si la consécration, puis le développement de l'obligation de conseil du banquier, constituait, pour un auteur<sup>96</sup>, "l'une des évolutions majeures du droit de la responsabilité bancaire" des années quatre-vingt-dix, on peut imaginer, à la vue de ce qui précède, que l'obligation de mise en garde sera celle de la fin des années deux mille. En effet, et bien que la prudence s'impose en la matière tant la jurisprudence manque encore de clarté, on peut affirmer que le banquier intervenant en matière d'opérations spéculatives sur les marchés à terme comme le banquier dispensateur de crédit est tenu, à l'égard de ses clients profanes, à un devoir de mise en garde sur les dangers potentiels de l'opération envisagée.

Ce devoir paraît, en outre, quelque peu renforcé si le banquier est aussi détenteur de comptes ouverts au nom de l'emprunteur, puisqu'il devra, dans ce cas, informer globalement ce dernier sur les avantages et les inconvénients des diverses solutions qui s'offrent à lui à la place du crédit, sans pour autant pouvoir s'ingérer dans ses affaires. Ce devoir risque, par ailleurs, d'être fréquemment couplé, en pratique, à une obligation de vigilance, imposant plus particulièrement au professionnel de ne pas proposer de crédit disproportionné au regard des facultés contributives de son client.

En résumé, le devoir de conseil du banquier a aujourd'hui été substitué par une obligation de mise en garde à l'étendue encore incertaine et devant trouver sa place à côté du devoir de vigilance.

24. Cependant, l'obligation de conseil du banquier a-t-elle totalement disparu pour autant ? Il convient de répondre par la négative<sup>97</sup>, cette obligation apparaissant encore fréquemment à la charge du banquier en matière d'assurance groupe, c'est-à-dire dans les cas où l'établissement de crédit souscrit un contrat collectif pour assurer le risque de décès, d'invalidité, voire de chômage de l'emprunteur<sup>98</sup>. Toutefois, l'analyse des arrêts rendus permet de constater que les magistrats font le plus souvent œuvre simplificatrice lorsqu'ils évoquent ensemble les obligations d'information et de conseil sans les distinguer, alors qu'en définitive, seul un manquement au premier devoir est reproché à l'intéressé<sup>99</sup>. En outre, il est à noter que depuis une loi du 15 décembre 2005<sup>100</sup>, ayant trans-

283283 ; cour d'appel de Paris, 26 janvier 2006. Ce dernier reprochait pourtant à la banque de ne pas avoir attiré "l'attention du partenaire sur sa situation", c'est-à-dire un manquement à son devoir de mise en garde.

98. V. par ex., récemment, Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 3 juin 2004, Banque et droit, 2005, n° 104, p. 87, obs. Th. Bonneau ; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 13 janvier 2005, Responsabilité civile et assurances, 2005, comm. n° 112 ; Cass. com., 8 mars 2005, RJDA, 2005, n° 877 ; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 7 avril 2005, Responsabilité civile et assurances, 2005, comm. n° 199 ; Cass. com., 19 avril 2005, Responsabilité civile et assurances, 2005, comm. 198 ; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 15 décembre 2005, Juris-Data, n° 2005-031289, JCP, 2006, IV, 1128 ; Cass. com., 17 janvier 2006, n° 03-17.088, inédit.

99. En outre, des fautes qualifiées de manquement à une obligation de conseil mériteraient souvent une autre qualification. D. Legeais, Les obligations et la responsabilité d'un banquier souscripteur d'une assurance de groupe, *Revue de droit bancaire et financier*, 2001, n° 5, p. 319.

100. Loi n° 2005-1564 du 15 décembre 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'assurance, JO, 16 décembre 2005, p. 19348.

posé en droit interne une directive du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance, une obligation de conseil est expressément prévue à la charge de l'intermédiaire en assurance<sup>101</sup>. Elle s'applique donc au banquier.

Dès lors, un retour de l'obligation du conseil, consacrée par le législateur, n'est pas à exclure à l'encontre du banquier dispensateur de crédit. Ce retour pourrait d'ailleurs être réalisé par la transposition en droit interne d'une future directive relative au crédit à la consommation. Cette dernière, encore en état de projet<sup>102</sup>, exige du professionnel qu'il propose à son client un "prêt responsable", c'est-à-dire, pour l'article 9 de la proposition, un

prêt pour lequel le prêteur "est censé avoir estimé" que le consommateur sera "raisonnablement à même de respecter ses obligations contractuelles de remboursement du crédit".

Ainsi, le texte du projet prévoit à la charge du prêteur une obligation générale de conseil<sup>103</sup> visant à n'offrir à son client consommateur que le ou les types et montants de crédit qu'il serait en mesure de rembourser, en tenant compte, entre autre, de sa situation financière<sup>104</sup>. Par conséquent, aujourd'hui écartée par la jurisprudence au bénéfice du devoir de mise en garde, l'obligation de conseil pourrait être demain réintroduite par la loi. ■

101. L'intermédiaire en assurances ou en réassurances doit, avant tout contrat, "donner des indications quant à la fourniture du contrat" ainsi que "préciser les exigences et les besoins du souscripteur éventuel ainsi que les raisons qui motivent le conseil fourni quant à un produit d'assurance déterminé [...]".

102. V. supra, note 61.

103. B. Stauder, Le "prêt responsable". "L'exemple de la nouvelle loi suisse sur le crédit à la consommation", in *Etudes de droit de la consommation. Liber amicorum*. Jean Calais-Auloy, éd. Dalloz, Paris, 2004, p. 1030.

104. Cependant, une confusion apparaît à nouveau, selon nous, entre l'obligation de conseil et l'obligation de vigilance du banquier. Il n'est donc pas certain que la transposition de cette directive tend, en définitive, à la sécurité juridique.