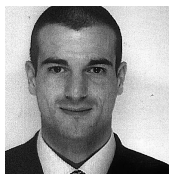


Le banquier dispensateur de crédit face au principe de proportionnalité



JÉRÔME LASSERRE CAPDEVILLE

Maître de conférences

Université Robert Schuman de Strasbourg

jlasserrecap@yahoo.fr

Le banquier dispensateur de crédit est tenu, dans l'exercice de ses fonctions, au respect d'un certain nombre de devoirs généraux comme l'obligation d'information, de mise en garde ou encore de non-ingérence. La solution est en revanche moins certaine concernant le principe de proportionnalité. Il convient dès lors de se demander si la banque doit aussi s'assurer qu'elle accorde bien un crédit correspondant aux facultés de remboursement de l'emprunteur, et, à défaut, si elle doit en refuser l'octroi, sous peine de voir sa responsabilité civile engagée. Or, si les dernières évolutions de la loi et de la jurisprudence nous permettent de penser que le banquier n'est pas tenu, aujourd'hui, à une telle obligation à l'égard du crédit, la solution est nettement plus floue à l'égard des créanciers de ce dernier.

1. Le banquier ne bénéficie pas, dans l'exercice de sa profession, d'une liberté absolue. Cherchant à adapter les règles de droit commun à l'activité bancaire, la jurisprudence a, en effet, dégagé un certain nombre de principes¹ permettant aux magistrats d'apprécier le caractère fautif ou non des agissements du banquier. Il en va plus particulièrement ainsi, aujourd'hui, avec l'obligation d'information, de mise en garde, de non-ingérence, de vigilance ou encore le secret bancaire. Cet ensemble de devoirs est d'ailleurs en constante évolution, comme en atteste la disparition progressive de l'obligation de conseil du banquier au bénéfice de l'obligation de mise en garde². Un renforcement de son devoir de vigilance, notamment en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, peut de la même manière être relevé³.

2. L'apparition de nouveaux devoirs généraux à la charge du banquier n'est donc pas à exclure. Il en va d'autant plus ainsi que se développe en droit des contrats, depuis une dizaine d'années, un nouveau principe, l'obligation de proportionnalité⁴, présentée par la doctrine comme permettant "de rectifier dans un but économique les déséquilibres excessifs entre les prestations respectives des parties, même si leur consentement apparaît libre et éclairé ce qui interdit le recours aux vices du consentement"⁵.

3. Ce principe a fait son apparition en droit des obligations par l'intermédiaire de la jurisprudence. Il a ainsi été amené à s'appliquer en matière de clause non-concurrence⁶ et de clause d'approvisionnement⁷. C'est néanmoins en matière de cautionnement que ce devoir a été le plus

1. F. Boucard, Les devoirs généraux du banquier, Juris-Classeur, Commercial, fascicule 343, 2003, n° 1.

2. N. Bourdalle et J. Lasserre Capdeville, "Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier", Banque & Droit, 2006, n° 107, p. 17. V. infra, n° 10 et s.

3. J. Lasserre Capdeville, "La lutte contre le blanchiment d'argent : l'évolution des obligations du banquier", AJ Pénal, 2006, n° 11, p. 429.

4. Sur ce principe, "Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé?", colloque du 20 mars 1998, Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, Petites affiches, 1998, n° 117.

5. Y. Buffelan-Lanore, *Droit civil*, 2^e année, éd. Armand Colin, Paris,

2004, 9^e éd., n° 132.

6. Cass. com., 4 janvier 1994, Bull. civ., 1994, IV, n° 4, D., 1995, juris., p. 205, note Serra; Cass. com., 16 décembre 1997, Bull. civ., 1997, IV, n° 338, Contrats conc. consom., 1998, comm. n° 39, obs. Leveneur; Cass. civ. 1^{re}, 11 mai 1999, Contrats conc. consom., 1999, comm. n° 137, obs. Leveneur, D., 2000, som. com., p. 312, obs. Serra, Defrénois, 1999, art. 37041, n° 71, note Mazeaud; Cass. com., 9 juillet 2002, Contrats, conc. consom., 2003, comm. n° 5, obs. Malaurie-Vignal.

7. Cass. com., 13 mai 1997, Bull. civ., 1997, IV, n° 131, JCP, 1999, I, 114, n° 4, obs. Fabre-Magnan, RTD Civ., 1998, p. 101, obs. Mestre.

remarqué⁸. En effet, est-il encore nécessaire de rappeler que par le célèbre arrêt Macron du 17 juin 1997⁹ la Cour de cassation est venue déclarer que commet une faute la banque qui demande à un dirigeant social de cautionner une dette qui est manifestement disproportionnée à son patrimoine et à ses revenus? Certes, cette jurisprudence a par la suite fait l'objet de ce que l'on pensait être un revirement, un arrêt du 8 octobre 2002¹⁰ ayant écarté la responsabilité d'une banque dans des circonstances analogues. Cependant, la solution rendue par cette dernière décision avait pour particularité de viser une caution dirigeant social. Elle fut alors suivie par plusieurs arrêts reconnaissant à nouveau un certain rôle à la règle de proportionnalité lorsque la caution ne présentait pas cette qualité¹¹. En outre, du fait de cette fluctuation jurisprudentielle, la loi est venue consacrer le principe étudié lorsqu'une caution personne physique est opposée à un créancier professionnel. Il est ainsi désormais prévu par l'article L. 341-4 du Code de la consommation, issu de la loi du 1^{er} août 2003 sur l'initiative économique¹², qu'un "créancier professionnel ne peut se prévaloir¹³ 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"¹⁴. Devant un tel développement du principe de proportionnalité, certains en sont venus à se demander si l'on n'assistait pas à la formation d'un principe général du droit¹⁵.

4. Mais ce principe est-il pour autant une condition de validité des conventions? La solution demeure discutée. En effet, si pour certains auteurs¹⁶ la proportionnalité entre les obligations des parties est une condition de for-

mation des contrats, d'autres s'accordent à y reconnaître tout au plus une exception de disproportion¹⁷. Enfin, un dernier courant doctrinal nie l'existence d'un principe de proportionnalité en droit des contrats¹⁸. Plusieurs arguments nous incitent d'ailleurs à adhérer à celui-ci. Tout d'abord, faire du principe de proportionnalité une condition de validité des contrats irait totalement à l'encontre du fait que la lésion n'est pas une cause générale de nullité, principe fortement ancré dans notre droit. Cela reviendrait, de plus, à permettre au juge d'intervenir dès lors que les prestations échangées ne sont pas équilibrées, ce qui serait contraire à la conception classique de la cause et du contrat¹⁹. Un tel devoir serait, enfin, source d'insécurité juridique tout en demeurant très flou²⁰. Certes, il est nécessaire de lutter contre certains contrats profondément déséquilibrés, mais le doit positif recèle déjà de concepts permettant cela (vices du consentement, abus de droit, cause²¹, etc.).

5. Néanmoins, même en refusant d'admettre l'existence d'un principe général de proportionnalité en droit du contrat, on ne peut nier pour autant, à la vue de la jurisprudence et de la législation précitées, l'existence de ce principe dans des hypothèses particulières. Il est à noter, cependant, que le principe ne tend pas, dans ces cas, à assurer concrètement une équivalence entre les obligations des parties, mais plutôt à remédier à un déséquilibre excessif entre l'une de ces obligations et une donnée qui en est extérieure (objet du contrat, pourcentage des ventes du fournisseur, patrimoine du débiteur, etc.). La finalité du principe est donc, plus vraisemblablement, de vérifier que l'un des engagements n'est pas démesuré pour l'intéressé au regard, le plus souvent, de ses propres facultés²².

8. V. par ex., Y. Picod, "Proportionnalité et cautionnement", in *Etudes de droit de la consommation. Liber amicorum*. Jean Calais-Auloy, éd. Dalloz, Paris, 2004, p. 843; D. Legeais, "Principe de proportionnalité: le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie", *Petites affiches*, 1998, n° 117, p. 38.

9. Cass. com., 17 juin 1997, *Macron*, Bull. civ., 1997, IV, n° 188, JCP, 1997, éd. E, 1007, note Legeais, RTD Civ., 1998, p. 157, obs. Crocq, D., 1998, juris., p. 206, note Casey, RTD Com., 1997, p. 662, obs. Cabrillac, RTD Civ., 1998, p. 100, obs. Mestre., JCP, 1998, I, 103, n° 8, obs. Simler.

10. Cass. com., 8 octobre 2002, *Nahoum*, JCP, 2002, éd. E, p. 1730, note Legeais, JCP, 2003, II, 10017, note Picod, JCP, 2003, I, 124, n° 6, obs. Simler, RTD Civ., 2003, p. 125, obs. Crocq, D., 2003, juris., p. 414, note Koering.

11. Dans le même sens, Cass. com., 11 juin 2003, Bull. civ., 2003, IV, n° 95, *Banque & Droit*, 2003, n° 90, p. 61, obs. Jacob, RTD Civ., 2004, p. 124, obs. Crocq; Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2003, D., 2004, aff., p. 204, note Picod; Cass. com., 17 décembre 2003, Bull. civ., 2003, IV, n° 206, JCP, 2004, II, 10072, note Casey, *Revue de droit bancaire et financier*, 2004, n° 2, p. 96, obs. Legeais; Cass. civ. 1^{re}, 6 avril 2004, Bull. civ., 2004, I, n° 110, *Banque & Droit*, 2004, n° 96, p. 58, obs. Bonneau; Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 2004, *Banque & Droit*, 2004, n° 98, p. 56, obs. Bonneau; Cass. com., 18 mai 2005, *Revue de droit bancaire et financier*, 2005, n° 6, p. 16, obs. Legeais.

12. Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 sur l'initiative économique, D., 2003, p. 2055.

13. Ainsi, le non-respect du principe de proportionnalité n'est plus une cause de responsabilité du créancier lorsque les conditions d'application de ce texte sont caractérisées. Ce n'est toutefois pas le cas lorsque le contrat de cautionnement a été conclu antérieurement à la loi, Cass. ch. mixte, 22 septembre 2006, JCP, 2006, II, 10180, note Houtcieff, *Banque & Droit*, 2006, n° 110, p. 49, obs. Jacob, D., 2006, aff., p. 2391, obs. Avena-Robardet, *Revue de droit bancaire et financier*, 2006, n° 6,

p. 18, obs. Legeais; L. Aynès, "Cautionnement excessif: application des temps de la sanction légale", *Droit et patrimoine*, 2007, n° 155, p. 22. Cass. com., 13 février 2007, *Juris-Data* 2007-037361.

14. L'article L. 313-10 du Code de la consommation prévoit de même, en matière de crédit à la consommation et de crédit immobilier, qu'un établissement de crédit "ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement d'une opération de crédit [...], 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".

15. Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, éd. Litec, Paris, 2006, 11^e éd., n° 172.

16. C. Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD Civ., 1997, p. 379. L'auteur parle de principe "d'équilibre contractuel". Dans le même sens, S. Pech-Le Gac, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, éd. LGDJ, 2000, préf. H. Muir Watt. Pour une admission de l'existence du principe, mais avec une application modérée, M. Behar-Touchais, *Conclusion au colloque du 20 mars 1998*, *Petites affiches*, 1998, n° 117, p. 68.

17. D. Mazeaud, "Le principe de proportionnalité et la formation du contrat", *Petites affiches*, 1998, n° 117, p. 12.

18. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, éd. Defrénois, Paris, 2005, 2^e éd., n° 520.

19. M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, éd. PUF, Paris, 2004, n° 34.

20. En effet, et c'est une question récurrente, quand est-ce que commence précisément la "disproportion"? V. infra, n° 26.

21. D. Mazeaud, "La politique contractuelle de la Cour de cassation", in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, éd. Dalloz, 2006, p. 385, n° 20.

22. M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n° 34. En cela, la définition donnée par la doctrine à l'obligation de proportionnalité (V. supra, n° 2) ne nous convainc pas totalement.

6. Le droit bancaire, de part son champ d'application, constitue un terrain d'élection de ce principe. Et, au sein de cette branche du droit, s'il est une opération bancaire où l'engagement du débiteur peut justement se révéler déséquilibré à la vue de ses facultés, c'est en matière d'opération de crédit²³. On peut dès lors légitimement se demander si le banquier est tenu, en ce domaine, au respect du principe de proportionnalité.

De façon plus concrète, la banque doit-elle s'assurer qu'elle accorde bien un crédit correspondant aux facultés de remboursement de l'emprunteur, et, à défaut, doit-elle en refuser l'octroi²⁴? Sa responsabilité civile peut-elle alors être engagée en cas de manquement à cette obligation? La réponse à cette interrogation a fait l'objet, ces dernières années, d'importantes évolutions tant jurisprudentielles que légales. Il est à regretter, cependant, que cette évolution n'ait pas exclu pour autant toute incertitude en la matière. En effet, s'il apparaît aujourd'hui que le banquier dispensateur de crédit n'est pas tenu au respect d'une obligation de proportionnalité à l'égard du crédit (I), la solution demeure plus incertaine à l'égard des créanciers de ce dernier (II).

I. Un principe non effectif à l'égard du crédit

À première vue, on ne peut accepter l'idée que le crédit lui-même reproche à son banquier de l'avoir financé imprudemment ou de manière inappropriée et prétendre mettre en jeu sa responsabilité. En effet, la faute du banquier paraît ici absorbée par celle du client, principal responsable de la gestion de ses affaires et de ses erreurs. Un certain nombre d'hypothèses ont pourtant donné lieu à l'engagement de la responsabilité civile du banquier en la matière²⁵. Mais qu'en est-il plus précisément du crédit excessif, c'est-à-dire portant atteinte au principe de proportionnalité? Le banquier est-il libre d'accorder un tel crédit? Après une dizaine d'années d'incertitude (A), il apparaît désormais que ce professionnel n'est pas tenu, dans ce cas de figure, à un devoir de proportionnalité, mais à une simple obligation de mise en

garde du crédit si ce dernier peut être qualifié de profane en la matière (B).

A. Une jurisprudence incertaine

Une ouverture de crédit est susceptible de causer un préjudice à son bénéficiaire, parce que la charge de ce crédit est supérieure au profit que le bénéficiaire tire de l'emploi des fonds. Le banquier doit-il juger l'opportunité du crédit, et ainsi ne pas consentir un crédit disproportionné? La Cour de cassation s'est montrée incertaine sur ce point (1), avant que sa première chambre ne tente par un arrêt remarqué du 12 juillet 2005, l'arrêt Jaulowski, de dégager une solution de principe (2). Cette dernière s'est cependant révélée plus incertaine qu'elle n'y paraissait au premier abord.

1. Les divergences au sein de la Cour de cassation

7. Les arrêts rendus par la chambre commerciale et la première chambre civile de la Cour de cassation ont longtemps divergé quant à l'admission ou non d'une obligation de proportionnalité à laquelle serait tenu le banquier dispensateur de crédit. La première chambre civile, tout d'abord, s'est montrée favorable à la reconnaissance d'une obligation de conseil à la charge de ce dernier.

C'est ainsi que, par un arrêt du 27 juin 1995²⁶, elle déclare que manque à son devoir de conseil, et engage sa responsabilité, la banque qui consent un prêt dont les charges sont manifestement excessives au regard de la modicité des ressources de l'emprunteur, sans avoir mis en garde cet emprunteur sur l'importance de l'endettement en résultant. Certains auteurs ont alors vu ici une manifestation de l'obligation de proportionnalité dont le banquier serait, en définitive, débiteur²⁷.

8. Pour la chambre commerciale, en revanche, la banque n'est pas tenue à une obligation de conseil à l'égard de l'emprunteur, sauf lorsqu'elle a sur la situation financière de celui-ci (ou sur celle de son entreprise), ou sur les risques encourus, des informations que lui-même ignore²⁸. Dès lors, à défaut de démontrer l'existence de

23. Aux termes de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, "constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement ou une garantie. Sont assimilés à des opérations de crédit le crédit-bail, et, de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat".

24. Nous n'aborderons pas, ici, la disproportion de la dette cautionnée par rapport aux revenus et au patrimoine de la caution, dans la mesure où cette hypothèse est désormais régie, selon les circonstances, par la loi ou la jurisprudence. V. supra, n° 3.

25. Il en va ainsi, par exemple, lorsque la banque, après avoir laissé croire à l'octroi d'un crédit, refuse finalement de le consentir (Cass. com., 31 mars 1992, Bull. civ., 1992, IV, n° 145) ou encore si elle ne surveille pas la destination des fonds prêtés alors que l'acte de prêt stipule une clause d'affectation (Cass. com., 29 juin 1999, RJDA, 1999, n° 1086; Cass. com., 19 décembre 2000, RJDA, 2001, n° 356).

26. Cass. civ. 1^{re}, 27 juin 1995, JCP, 1996, éd. E, I, 722, note Legeais, D., 1995, juris., p. 621, note Piedelièvre, RTD Com., 1996, p. 100, obs. Cabrillac, RTD Civ., 1996, p. 385, obs. Mestre, Revue de droit bancaire et de la Bourse, 1995, n° 51, p. 185, obs. Credot et Gérard, Defrénois, 1995, p. 1316, obs. Mazeaud, Contrats conc. consom., 1995, comm. n° 211, obs. Raymond; E. Scholastique, Les devoirs du banquier dispen-

sateur de crédit au consommateur. "A propos d'un arrêt de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation", Defrénois, 1996, p. 689 et s. Dans le même sens, Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 1994, Bull. civ., 1994, I, n° 206, JCP, 1995, éd. E, 652, note Legeais, RTD Com., 1995, p. 170, obs. Cabrillac.

27. V. notamment, D. Legeais, "Principe de proportionnalité: le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie", Petites affiches, 1998, n° 117, p. 39; M. Cabrillac, RTD Com., 1996, p. 100.

28. Cass. com., 11 mai 1999, JCP, 1999, éd. E, p. 1730, note Legeais, RTD Com., 1999, p. 733, obs. Cabrillac, JCP, 1999, éd. E, p. 1218, note Bouteiller; Cass. com., 26 mars 2002, Banque & Droit, 2002, n° 84, p. 46, obs. Bonneau, RTD Com., 2002, p. 523, obs. Cabrillac, JCP, 2002, éd. E, 852, note Gourio; Cass. com., 9 avril 2002, RJDA, 2002, n° 795; Cass. com., 19 novembre 2002, RTD Com., 2003, p. 151, obs. Legeais; Cass. com., 4 mars 2003, Juris-Data, n° 2003-018210; Cass. com., 1^{er} juillet 2003, RTD Com., 2003, p. 793, obs. Legeais; Cass. com., 24 septembre 2003, RTD Com., 2004, p. 142, obs. Legeais, Banque & Droit, 2004, n° 93, p. 56, obs. Bonneau; Cass. com., 7 janvier 2004, JCP, 2004, éd. E, 736, n° 21, obs. Stoufflet; Cass. com., 18 février 2004, RTD Com., 2004, p. 583, obs. Legeais; Cass. com., 21 juin 2005, Revue de droit bancaire et financier, 2005, n° 5, p. 21, obs. Legeais; Cass. com., 22 novembre 2005, Revue de droit bancaire et financier, 2006, n° 1, p. 11, obs. Credot et Samin; Cass. com., 14 mars 2006, n° 04-17.336, inédit.

telles circonstances²⁹, le banquier ne commet aucune faute à l'égard de l'emprunteur en lui accordant un crédit, même s'il sait que sa situation ne lui permettra pas de faire face au remboursement du crédit en question. Il n'est alors tenu, pour la chambre commerciale, à aucun devoir de proportionnalité en la matière. Une contradiction très nette apparaissait par conséquent entre les solutions rendues par les deux chambres de la Cour de cassation. La position de la première chambre civile a cependant connu une évolution.

2. L'évolution de la jurisprudence de la 1^{re} chambre civile

9. La première chambre civile de la Cour de cassation a tenté, par quatre arrêts du 12 juillet 2005³⁰, de clarifier sa jurisprudence en la matière³¹. Ces arrêts sont ainsi venus consacrer une obligation de mise en garde³² à la charge du banquier dispensateur de crédit³³ lorsqu'il est opposé à un client profane. En effet, dans un premier arrêt, l'arrêt Jaulewski³⁴, les magistrats ont retenu cette obligation alors que la banque avait comme cocontractants des époux qualifiés de la sorte, notamment en raison de leurs "très modestes ressources". Cette solution devait alors être opposée à deux autres arrêts rendus le même jour, les arrêts Guigan³⁵ et Seydoux³⁶, dans lesquels les magistrats ont refusé de retenir une quelconque faute du banquier, considérant que les intéressés étaient des emprunteurs avertis³⁷. C'est donc, pour cette jurisprudence, la qualité d'emprunteur profane ou averti qui permet, ou pas, de bénéficier de l'obligation de mise en garde³⁸. La substitution du devoir de conseil du banquier par celui de mise en garde a alors pour intérêt d'établir 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, c'est-à-dire sans porter atteinte au principe de non-ingérence auquel il est aussi tenu.

29. Cass. com., 20 septembre 2005, D., 2005, aff., p. 2588, obs. Delpech, Revue de droit bancaire et financier, 2006, n° 1, p. 11, obs. Credot et Samin, RTD Com., p. 822, obs. Legeais, JCP, 2006, éd. E, 1145, note Legeais.

30. Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, JCP, 2005, II, 10140, note Gourio; Banque & Droit, 2005, n° 104, p. 80, obs. Bonneau, D., 2005, aff., p. 2276, obs. Delpech, Revue Lamy droit civil, 2005, n° 21, p. 15, note Piedelièvre, D., 2005, aff., p. 3094, note Parance, Revue de droit bancaire et financier, 2005, n° 5, p. 20, obs. Legeais, Droit et patrimoine, 2006, n° 145, p. 123, obs. Aynès et Dupichot, RTD Com., 2005, p. 820, obs. Legeais, Droit et patrimoine, 2005, n° 143, p. 98, obs. Mattout et Prüm, D., 2006, panorama, p. 167, obs. Martin et Synvet, Revue de droit bancaire et financier, 2005, n° 6, p. 14, obs. Credot et Gérard, Banque, 2005, n° 673, p. 94, obs. Guillot et Boccara, JCP, 2005, éd. E, 1359, note Legeais.

31. Une première évolution pouvait déjà être constatée à travers un arrêt rendu par la 1^{re} chambre civile le 8 juin 2004, Bull. civ., 2004, I, n° 166, Banque & Droit, 2004, n° 98, p. 56, obs. Bonneau, JCP, 2004, éd. E, 1442, note Legeais, Gaz. pal., 2005, p. 1184, note Boucard; J. Lasserre Capdeville, "Que reste-t-il au XXI^e siècle du devoir de non-ingérence du Banquier?", Banque & Droit, 2005, n° 101, p. 19, n° 28.

32. Cette obligation est classiquement définie comme consistant à attirer l'attention du cocontractant sur un aspect négatif du contrat ou de la chose objet du contrat. Malgré la clarté de cette définition, le contenu qu'a souhaité conférer la jurisprudence à cette obligation a cependant donné lieu à des incertitudes. V. infra, n° 11.

33. Cette obligation de mise en garde se retrouve encore en matière d'opération spéculative, du moment que ce caractère spéculatif est incontestable, Cass. com., 19 septembre 2006, JCP, 2006, II, 10201, note Gourio, D., 2006, aff., p. 2395, obs. Delpech, Revue Lamy droit des affaires, 2006, n° 11, p. 27, note Merville. Les prestataires de services

10. Mais cette obligation impose-t-elle au professionnel le respect du principe de proportionnalité? L'arrêt Jaulewski, pourrait le laisser croire. En l'espèce, une banque avait consenti à un couple une somme de 357 000 francs, remboursable en 240 mensualités progressives, afin d'acquérir une maison d'habitation destinée à être donnée en location. Or, la Cour de cassation a considéré 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". On pourrait dès lors penser, à la vue de cet attendu, que la Haute juridiction reproche à l'établissement de crédit d'avoir accordé au couple un prêt trop élevé par rapport à ses capacités financières, les conjoints n'ayant que de "très modestes ressources". Beaucoup³⁹ ont vu ici une reconnaissance de l'obligation de proportionnalité à la charge du banquier intégrée dans l'obligation de mise en garde.

11. Cette solution, envisageable en effet à la lecture des motifs de la décision, n'est cependant pas à l'abri de critiques dans la mesure où elle 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 garde⁴⁰. Accorder un prêt proportionné aux capacités de remboursement du client ne saurait correspondre au fait d'attirer l'attention de ce dernier sur le ou les aspects négatifs de l'opération projetée. À notre sens, cet arrêt opère une confusion malheureuse entre le devoir de mise en garde et celui qui exige, sur le fondement peut-être de la prudence ou de la vigilance, de ne pas octroyer un crédit disproportionné⁴¹. La Cour de cassation a heureusement clarifié sa jurisprudence en la matière.

d'investissement devraient se voir imposer légalement, dans l'avenir, cette obligation de mise en garde dans certaines circonstances, I. Riassetto, "Commercialisation des instruments financiers. Un rendez-vous manqué?", Revue de droit bancaire et financier, 2006, n° 5, p. 53.

34. Bull. civ., 2005, I, n° 327.

35. Bull. civ., 2005, I, n° 325.

36. Bull. civ., 2005, I, n° 324.

37. Il s'agissait, 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 Seydoux, d'époux cadres supérieurs ayant créé une société qui avait pour objet la réalisation d'opérations immobilières.

38. Cette distinction entre profane et averti se rencontre déjà dans le domaine des opérations sur instruments financiers (Th. Bonneau et F. Drummond, Droit des marchés financiers, éd. Economica, Paris, 2005, 2^e éd., n° 63, 381 et 469; v. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 13 octobre 1998, RJDA, 1999, n° 184; Cass. com., 23 janvier 2007, Juris-Data 2007-037116) ainsi qu'en matière de cautionnement lorsqu'il s'agit d'appliquer le principe de proportionnalité à des cautions non dirigeantes (Cass. com., 6 février 2007, Juris-Data 2007-037250; Cass. com., 21 juin 2005, Revue de droit bancaire et financier, 2005, n° 5, p. 20, obs. Legeais, Droit et patrimoine, 2005, n° 143, p. 100, obs. Mattout et Prüm).

39. V. par ex., D. Legeais, JCP, 2005, éd. E, 1359; F.-J. Credot et Y. Gérard, Revue de droit bancaire et financier, 2005, n° 6, p. 15; T. Bonneau, Banque & Droit, 2005, n° 104, p. 81; X. Delpech, D., 2005, aff., p. 2279.

40. V. supra, note n° 32.

41. Dans le même sens, D. Legeais, JCP, 2005, éd. E, 1359; F.-J. Credot et Y. Gérard, Revue de droit bancaire et financier, 2005, n° 6, p. 15; X. Delpech, D., 2005, aff., p. 2279; A. Gourio, JCP, 2005, II, 10140; J. François, D., 2006, aff., p. 1620.

B. La clarification de la solution

La première chambre civile (1) comme la chambre commerciale (2) de la Cour de cassation ont, récemment, explicité et unifié leurs solutions, ce qui devrait mettre un terme aux controverses doctrinales sur ce point (3).

1. La clarification opérée par la première chambre civile

12. Les critiques suscitées par l'arrêt Jaulewski, quant au contenu de l'obligation de mise en garde du banquier, ont été progressivement atténuées par la jurisprudence, les magistrats ne retenant plus, à la charge du banquier, l'obligation d'accorder un prêt proportionné. C'est ainsi que dans une affaire⁴², une banque avait consenti à un couple un prêt de 300 000 francs pour le financement de travaux dans leur résidence principale et, moins d'un an plus tard, un second de 190 000 francs destiné à l'acquisition d'un appartement à usage locatif. La cour d'appel avait condamné les époux au paiement des sommes restant dues au motif, notamment, que les échéances avaient été payées pendant plusieurs années et que les intéressés étaient propriétaires de plusieurs immeubles d'une valeur de 1 million de francs ainsi que détenteurs d'un portefeuille de valeurs mobilières. Or, la Haute juridiction cassait cet arrêt car *"en se déterminant ainsi, sans rechercher si les époux [...] 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"*. Cette solution figure dans un certain nombre d'arrêts récents⁴³.

L'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit semble dès lors pouvoir être définie, aujourd'hui, comme le fait d'attirer l'attention du client profane, l'alerter, sur le ou les aspects négatifs du crédit qu'il lui propose, et plus particulièrement les risques découlant d'un tel endettement⁴⁴. Ce devoir ne paraît pas comprendre l'obligation de respecter le principe de proportionnalité comme pouvait pourtant le laisser penser l'arrêt Jaulewski⁴⁵. On peut par conséquent se demander si les magistrats avaient réellement souhaité aller aussi loin le 12 juillet 2005 en rendant l'arrêt, dans la mesure où, depuis cette date, la première chambre civile tente de redonner au principe de mise en garde un contenu plus conforme à sa définition classique. Elle est d'ailleurs en cela aidée par la chambre commerciale qui est venue confirmer cette solution.

2. Une clarification confirmée par la chambre commerciale

13. L'évolution tendant à l'unification de la jurisprudence en la matière s'est opérée en deux temps. Il convient de citer, en premier lieu, un groupe d'arrêts rendus par la chambre commerciale le 3 mai 2006⁴⁶. Deux d'entre eux attirent plus particulièrement notre attention. Dans une première affaire, une banque avait consenti plusieurs prêts à un couple pour financer l'acquisition de deux lots de copropriété d'une résidence hôtelière. Or, la cour d'appel avait retenu la responsabilité de la banque, semble-t-il sur le fondement d'un manquement à son obligation de conseil, en s'abstenant d'attirer l'attention des emprunteurs sur le caractère illusoire de la rentabilité annoncée par le vendeur en l'état des charges et frais de fonctionnement inhérents à une résidence hôtelière ainsi que sur l'impossibilité qui allait être la leur de bénéficier de certains avantages fiscaux. Or, pour la Cour de cassation⁴⁷, en se déterminant par de tels motifs, *"impropres à établir qu'à la date de leur octroi, en juin et octobre 1993, les prêts litigieux auraient été excessifs au regard des facultés de remboursement de M. et Mme X, compte tenu des revenus produits par les locations escomptées des biens acquis au moyen de ces prêts, ce dont elle aurait pu déduire que l'établissement de crédit avait manqué à son devoir de mise en garde, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale"*.

Dans une seconde affaire, une société avait consenti à une SCI un crédit-bail destiné au financement de l'acquisition d'un terrain et de la construction d'un bâtiment à usage commercial. La SCI, dont les parts étaient détenues par deux époux et leur fille, avait donné les locaux à bail à une société commerciale dont la majorité des actions étaient réparties entre les époux, leur fille étant titulaire d'une seule action. Le règlement des redevances du contrat de crédit-bail était garanti par le cautionnement solidaire des époux et de leur fille, le nantissement des parts détenues par ceux-ci et un versement en compte courant d'associé. À la suite de la liquidation judiciaire de la SCI, la crédit-bailleresse a assigné les époux et leur fille en paiement. Or, concernant cette dernière, qui disposait de 30 des 100 parts de la SCI familiale et d'une action de la société d'exploitation, la Cour d'appel avait déclaré son action en recherche de responsabilité de la banque non fondée. Son arrêt est cependant cassé par la Cour de cassation⁴⁸ car *"en se déterminant ainsi, sans rechercher si, eu égard à son âge lors de l'engagement litigieux, à sa situation d'étudiante et à la modicité de son patrimoine, l'engagement souscrit"*

42. Cass. civ. 1^{re}, 21 février 2006, Juris-Data, 2006-032291, JCP, 2006, éd. E, 1522, note Legeais, D., 2006, aff., p. 1618, note François, Banque & Droit, 2006, n° 108, p. 62, obs. Bonneau, Revue de droit bancaire et financier, 2006, n° 4, p. 12, obs. Credot et Gérard, RJDA, 2006, n° 820, RTD Com., 2006, p. 462, obs. Legeais. Dans le même sens, mais de façon plus implicite, Cass. civ. 1^{re}, 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, Banque & Droit, 2006, n° 107, p. 83, obs. Bonneau.

43. Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2006, Bull. civ., 2006, I, n° 398, Banque & Droit, 2006, p. 50, obs. Bonneau, Petites affiches, 2006, n° 204, p. 8, note Boismain, JCP, 2006, éd. E, 2366, RJDA, 2007, n° 87, JCP, 2007, éd. E, 1079, note Le Goff, Contrat conc. consom., 2007, comm. n° 38, obs. Raymond ; Cass. civ. 1^{re}, 13 février 2007, n°04-14.287, publié au bulletin. De même, mais moins explicites, Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2006,

Bull. civ., 2006, I, n° 397 ; Cass. civ. 1^{re}, 26 septembre 2006, Juris-Data, n° 2006-035194.

44. Dans le même sens, N. Rontchevsky, Banque & Droit, 2006, n° 108, p. 55 ; T. Bonneau, Banque & Droit, 2006, n° 108, p. 62 ; J. François, D., 2006, aff., p. 1618.

45. V. supra, n° 11.

46. Cass. com., 3 mai 2006, Banque & Droit, 2006, n° 108, p. 53, obs. Rontchevsky, D., 2006, aff., p. 1445, obs. Delpech, D., 2006, aff., p. 1618 note François, Gaz. pal., 28 juin 2006, p. 5, note Piedelièvre, Revue Lamy droit civil, 2006, n° 28, p. 23, obs. Kleitz, JCP, 2006, éd. E, 1890, note Legeais, JCP, 2006, II, 10122, note Gourio, Revue de droit bancaire et financier, 2006, n° 4, p. 12, obs. Credot et Samin, RJDA, 2006, n° 1159.

47. Cass. com., 3 mai 2006, Bull. civ., 2006, IV, n° 101.

48. Cass. com., 3 mai 2006, Bull. civ., 2006, IV, n° 103.

par Mme Isabelle X, qui n'exerçait aucune fonction de direction, ni aucune responsabilité au sein de la SCI n'était pas hors de proportion avec ses facultés financières et si, de ce fait, la crédit-bailleresse n'avait pas manqué à son devoir de mise en garde à l'égard de cette caution, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision". Plusieurs enseignements peuvent alors être tirés de ces décisions. Tout d'abord, celles-ci font expressément référence à l'obligation de mise en garde. Par conséquent, à l'image de la jurisprudence de la première chambre civile, ces arrêts substituent à l'obligation de conseil du banquier, celle de mise en garde, nettement moins attentatoire au principe de non-ingérence. De plus, la chambre commerciale considère que ce devoir de mise en garde n'est pas général et que le banquier n'y ait tenu qu'à l'égard de certains emprunteurs, voire certaines cautions. La ligne de partage retenue par la chambre commerciale est donc proche, dans son esprit, de celle adoptée par la première chambre civile, même si elle ne se réfère pas expressément à la distinction entre les emprunteurs (ou cautions) "avertis" ou "profanes".

14. Il faut, en fait, attendre un arrêt du 20 juin 2006⁴⁹ pour assister à une convergence totale des solutions posées par la 1^{re} chambre civile et la chambre commerciale en la matière. En l'espèce, un chauffeur routier licencié et son épouse, aide ménagère, avaient, pour financer leur achat d'un fonds de commerce d'hôtel et de restauration, obtenu un crédit. Ceux-ci se voyaient cependant dans l'impossibilité de rembourser le crédit. Ils invoquaient alors, notamment, la responsabilité de la banque pour manquement à son devoir de conseil. La cour d'appel écartait cependant la responsabilité de la banque à l'égard des emprunteurs, en raison plus particulièrement de la faisabilité du projet par comparaison entre les chiffres d'affaires réalisés par le vendeur et la charge annuelle de remboursement du prêt. La cour en déduisait ainsi que la charge en question n'était pas excessive. Or, la Cour de cassation casse cet arrêt au motif qu'"en se déterminant ainsi, sans rechercher si la charge du remboursement du prêt, en s'ajoutant aux autres charges du fonds, pouvait être supportée par l'exploitation du fonds à l'acquisition duquel le prêt était affecté, peu important que les emprunteurs, profanes, aient disposé des mêmes informations que la banque, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa

décision". La chambre commerciale permet ainsi, en se référant à l'emprunteur profane, d'établir une égalité de traitement entre les clients de la banque, la situation de ces derniers ne variant plus selon la chambre qui connaît de leur litige. Certes quelques distinctions apparaissent encore entre les deux chambres quant à l'appréciation de la qualité de profane ou d'averti de l'intéressé⁵⁰, mais celles-ci peuvent s'expliquer par le fait que les magistrats se prononcent au cas par cas en se fondant sur une appréciation *in concreto* de la connaissance des intéressés sur la nature et la portée de leur engagement.

Dès lors, la première chambre civile comme la chambre commerciale ne paraissent plus exiger le respect d'une obligation de proportionnalité du banquier. Cette convergence très nette devrait par conséquent mettre un terme à toute controverse en la matière.

3. Vers la fin de la controverse doctrinale ?

15. Des auteurs⁵¹ ont pu noter qu'une partie des arrêts évoqués ci-dessus soulignait le fait que les crédits en question étaient excessifs par rapport aux capacités de remboursement des intéressés. Cette référence apparaît effectivement dans un certain nombre de décisions récentes⁵². Ne serait-ce donc pas une confirmation de l'existence d'une obligation de proportionnalité à la charge du banquier comme pouvait le laisser penser (ou craindre) l'arrêt Jaulewski ? À défaut, ne serait-ce pas, au minimum, la reconnaissance d'un devoir de mise en garde à "géométrie variable"⁵³ selon la situation de l'emprunteur⁵⁴ ? Nous ne partageons pas ces points de vue.

16. Certes, la disproportion a été relevée par les magistrats dans certains arrêts récents. Mais cela n'a peut-être pas été réalisé pour prévoir une obligation de proportionnalité à la charge du banquier. Une autre explication peut être proposée. La référence à la disproportion pourrait, en effet, avoir pour finalité de limiter les hypothèses dans lesquelles le banquier est tenu de mettre en garde l'emprunteur⁵⁵. Il convient de citer, à titre d'illustration, un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 12 juillet 2006⁵⁶. En l'espèce, une banque avait consenti un prêt immobilier à des époux. Ces derniers reprochaient cependant à la banque de leur avoir accordé le prêt dont le remboursement excédait leurs facultés

49. Cass. com., 20 juin 2006, Bull. civ., 2006, IV, n° 145, Banque & Droit, 2006, p. 50, obs. Bonneau, JCP, 2006, II, 10122, note Gourio, RJDA, 2006, n° 1258, RTD Com., 2006, p. 645, obs. Legeais, JCP, 2006, éd. E, 2271, note Legeais, Revue de droit bancaire et financier, 2006, n° 6, p. 15, obs. Credot et Samin, D., 2006, aff., p. 1887, obs. Delpech.

50. Une difficulté apparaît, par exemple, lorsque l'emprunteur est en mesure de se faire conseiller par un proche. Les deux chambres semblent en effet adopter des analyses différentes. La première chambre civile n'a pas tenu compte de la profession du père de l'emprunteur, cadre de la banque (Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, Consorts Grimaldi, Bull. civ., 2005, I, n° 326). En revanche, la chambre commerciale a écarté le devoir de mise en garde car l'époux de l'emprunteur était cadre de la banque (Cass. com., 3 mai 2006, Bull. civ., 2006, IV, n° 102). Cependant, il ne semble pas, dans le premier arrêt, que l'intéressée ait effectivement consulté son père. La contradiction est donc loin d'être acquise.

51. D. Legeais, Revue de droit bancaire et financier, 2006, n° 3, p. 21 ; Revue de droit bancaire et financier, 2006, n° 4, p. 16 ; JCP, 2006, éd. E, 1890 ; JCP, 2006, éd. E, 2271 ; A. Gourio, JCP, 2006, II, 10122, p. 1414.

52. Cass. com., 3 mai 2006, V. supra, note n° 46 ; Cass. com., 20 juin

2006, V. supra, note n° 49 ; Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2006, V. supra, note n° 42 et infra, note n° 56 ; Cass. civ. 1^{re}, 26 septembre 2006, Juris-Data, n° 2006-035194.

53. A. Gourio, JCP, 2006, II, 10122, p. 1414. L'obligation de mise en garde se limiterait ainsi au fait d'attirer l'attention de l'emprunteur "sur le risque d'avoir à aliéner un ou plusieurs de ses biens pour faire face à ses engagements" en présence d'un emprunteur à revenus limités mais disposant d'un patrimoine suffisant pour répondre à l'ensemble de ses engagements. Le principe serait, en revanche, plus étendu en présence d'un emprunteur ayant des revenus tout aussi limités et ne possédant pas d'actifs, puisqu'il interdirait dans ce cas l'octroi d'un crédit disproportionné.

54. L'auteur lui-même relève qu'il n'est pas certain que la Cour de cassation ait voulu véritablement s'engager dans la voie d'une telle flexibilité qui, ajoutée à l'analyse de la compétence de l'emprunteur, conduirait à une grande imprévisibilité des solutions.

55. V. supra, note n° 32.

56. Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2006, Bull. civ., 2006, I, n° 398, Banque & Droit, 2006, p. 50, obs. Bonneau, Petites affiches, 2006, n° 204, p. 8, note Boismain, JCP, 2006, éd. E, 2366, RJDA, 2007, n° 87, JCP, 2007, éd. E, 1079, note Le Goff, Contrat conc. consom., 2007, comm. n° 38, obs. Raymond.

contributives. La banque était alors assignée en réparation du préjudice né de cette faute. La cour d'appel rejetait toutefois cette demande en prenant en considération le montant des mensualités de la première année de remboursement du prêt litigieux. Celui-ci était ainsi qualifié de non-disproportionné aux facultés d'endettement des emprunteurs, lesquels avaient ultérieurement éprouvé des difficultés pour rembourser ce prêt en conséquence de décisions étrangères aux exigences d'un tel remboursement. En outre, les intéressés ne démontraient pas que la banque aurait eu, sur leurs revenus et leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles, des informations qu'eux-mêmes auraient ignorées. La Cour de cassation casse cependant cet arrêt au motif *"qu'en se déterminant ainsi sans rechercher, comme elle y était invitée, si en raison de la progressivité du montant des mensualités de remboursement du prêt litigieux, l'endettement total qui en résultait, excédait, ou non, les facultés contributives des époux X, et, dans l'affirmative, si ceux-ci pouvaient ou non, être regardés comme des emprunteurs profanes à l'égard desquels l'UCB eût alors été tenue d'un devoir de mise en garde, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision"*. Selon nous, cette solution renverrait aux recherches que doit faire, chronologiquement, le banquier en la matière. Il ressort en effet des motifs précités que la banque doit étudier, dans un premier temps, si le prêt en question est proportionné aux capacités de remboursement de l'emprunteur et, si ce n'est pas le cas, analyser les capacités de l'emprunteur en ce domaine, c'est-à-dire caractériser sa qualité d'averti ou de profane. Ce n'est alors que dans cette toute dernière hypothèse que le professionnel doit mettre le client en garde contre les dangers du crédit en question.

17. En résumé, deux situations doivent, à notre sens, être distinguées. Soit le crédit est proportionné aux facultés contributives du client, soit il ne l'est pas. S'il l'est, on peut penser que le banquier n'est alors tenu à aucune obligation⁵⁷. En revanche, s'il ne l'est pas, il convient de rechercher, à la vue de diverses circonstances (professions⁵⁸, âge, expérience, assise financière), si le client est un emprunteur averti ou un emprunteur profane⁵⁹. Ce ne sera alors que dans ce second cas de figure que le banquier devra mettre en garde l'emprunteur, c'est-à-dire le prévenir des dangers de l'opération, et notamment du fait qu'il risque ne pas pouvoir rembourser le crédit à la vue de ses facultés contributives, et ce même

57. En effet, de quel risque le banquier devrait-il mettre en garde l'emprunteur, même qualifié de profane, si le crédit en question est proportionné à ses facultés contributives? L'obligation légale et jurisprudentielle d'information du banquier paraît, dans cette hypothèse, suffisante, que l'intéressé soit jugé profane ou averti.

58. Concernant un donneur d'ordre d'un crédit documentaire qualifié de *"professionnel de l'importation de véhicules automobiles ayant l'habitude du crédit documentaire dont il connaît les mécanismes"* et qui fut jugé non créancier de l'obligation de mise en garde, Cass. com., 4 juillet 2006, D., 2006, aff., p. 2309, obs. Delpech.

59. Pour une critique de l'ordre des recherches, T. Bonneau, Banque & Droit, 2006, n° 109, p. 51.

60. Cass. com., 20 juin 2006, V. supra, note n° 49.

61. Cass. com., 18 mars 2006, Juris-Data, n° 2006-033005, JCP, 2006, éd. E, 2697, n° 38, obs. Dumoulin; Cass. com., 11 juillet 2006, n° 05-15.804, inédit; Cass. com., 28 novembre 2006, Juris-Data, n° 2006-036247, Revue Lamy droit des affaires, 2007, n° 12, p. 39, obs. Nahon.

si ce client a disposé des mêmes informations que le professionnel⁶⁰. Au contraire, lorsque l'emprunteur sera qualifié d'averti, on estimera qu'il est assez compétent pour se passer de la mise en garde, et ce même si le crédit n'est pas proportionné. Il n'en ira différemment, semble-t-il, que s'il démontre que l'établissement de crédit avait sur sa situation financière, lors de l'octroi de crédit, des renseignements que lui-même ignorait, ce qui devrait être fort rare en pratique⁶¹.

Ainsi l'obligation de mise en garde paraît avoir pour seul objet d'attirer l'attention de l'emprunteur, ce dernier étant libre de persister dans son projet⁶². Dès lors, aucune obligation de proportionnalité n'est imposée, selon nous, au banquier à l'égard du crédit⁶³.

On peut d'ailleurs affirmer avec d'autres⁶⁴ qu'une jurisprudence fondée sur la proportionnalité serait de nature à fermer l'accès au crédit à certaines catégories d'emprunteurs⁶⁵.

Il conviendra donc de scruter très attentivement, dans les prochains mois, la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière, afin de savoir si une telle présentation se confirme. La solution demeure, en revanche, un peu plus floue à l'égard des créanciers de l'emprunteur.

II. Les incertitudes entourant l'effectivité du principe à l'égard des créanciers du crédit

Les crédits bancaires peuvent créer des situations dommageables pour les tiers, et plus particulièrement pour les créanciers du crédit, par exemple en favorisant le développement inconscient d'entreprises ou en permettant que survivent temporairement des entreprises en situation désespérée. En tant que professionnel, bénéficiaire d'un monopole légal, le banquier doit être attentif à ce genre de situation. Mais est-il tenu pour autant de respecter le principe de proportionnalité? Doit-il n'accorder que des crédits correspondant aux facultés de remboursement de l'emprunteur, sous peine de voir sa responsabilité engagée par les créanciers de celui-ci? Si la loi nous invite, aujourd'hui, à répondre à cette interrogation par la négative (A), il convient cependant de noter que le principe de proportionnalité n'a peut-être pas totalement disparu en la matière (B).

62. Il est cependant peu probable qu'après avoir mis en garde son client contre le caractère déraisonnable du crédit au regard de ses ressources, c'est-à-dire son caractère disproportionné, une banque accorde en définitive le crédit. Elle n'a d'ailleurs aucun intérêt à consentir ce dernier. Néanmoins, si elle le fait, elle n'engagera pas sa responsabilité, puisqu'elle aura satisfait à son obligation de mise en garde dont elle devra seulement se ménager la preuve.

63. Certains le regrettent d'ailleurs, J. François, D., 2006, aff., p. 1623, n° 11 et n° 14. Selon ce dernier, ce devoir, qu'il qualifie de vigilance, aurait ainsi pu être sanctionné par une déchéance automatique pour la partie excessive du prêt.

64. A. Gourio, JCP, 2006, II, 10122, p. 1414.

65. Le législateur ne paraît d'ailleurs pas favorable à la limitation à l'accès au crédit comme en témoigne l'adoption récente de la loi n° 2007-131 du 31 janvier 2007 relative à l'accès au crédit des personnes présentant un risque aggravé de santé (JO, 1^{er} février 2007, p. 1945).

A. L'exclusion progressive de l'engagement de la responsabilité du banquier

L'engagement de la responsabilité civile du banquier pour soutien abusif ou crédit ruineux a fait l'objet, depuis une dizaine d'années, d'un contentieux donnant l'impression que le banquier était fréquemment condamné sur ces fondements (1). Cette situation nuisait alors au crédit des entreprises connaissant certaines difficultés car, de peur de voir leur responsabilité engagée, les banquiers hésitaient à leur consentir de nouveaux concours. Le législateur est donc intervenu en ce domaine afin d'encourager le crédit aux entreprises en difficultés (2).

1. L'engagement jurisprudentiel de la responsabilité du banquier

18. C'est principalement dans deux hypothèses que la responsabilité du banquier dispensateur de crédit a été retenue à l'égard des créanciers du crédit⁶⁶ : en cas de concours accordé à un débiteur en situation désespérée et en cas de crédit ruineux. Dans la première hypothèse, les faits étaient le plus souvent les suivants. Après l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire d'une entreprise, les créanciers reprochaient à la banque de celle-ci de l'avoir soutenue financièrement alors qu'elle n'avait aucune chance de survivre, le crédit pouvant seulement prolonger artificiellement la vie de l'entreprise, différer l'ouverture d'une procédure collective et conduire à une augmentation du passif. Les magistrats engageaient alors la responsabilité de la banque si celle-ci avait accordé ou maintenu de tels crédits malgré sa connaissance de la situation irrémédiablement compromise de l'entreprise⁶⁷. Mais s'agit-il ici d'une violation du principe de proportionnalité ?

Les deux thèses peuvent être soutenues. D'un côté, il est simplement reproché à la banque d'avoir octroyé un crédit au débiteur, son montant important peu. Ce dernier ne peut simplement, en aucun cas, permettre d'échapper à la procédure de liquidation, celle-ci étant inévitable à la vue de la situation irrémédiablement compromise du débiteur. C'est donc plus le soutien abusif qui est sanctionné ici. Néanmoins, d'un autre côté, si l'état financier de l'entreprise est aussi "dramatique", tout crédit qui lui sera consenti pourra être perçu comme étant nécessairement disproportionné par rapport à ses ressources. Sa situation

irrémédiablement compromise l'empêchera ainsi de supporter toutes nouvelles charges.

19. La solution est plus nette avec le crédit ruineux. Celui-ci est qualifié de la sorte lorsqu'il doit nécessairement provoquer, pour l'entreprise, une croissance continue et insurmontable de ses charges financières⁶⁸. Dans cette hypothèse, il est reproché à la banque d'avoir permis à son client de s'endetter dans une mesure et à des conditions créant des charges financières excédant ses capacités financières présentes et prévisibles. C'est donc le principe de proportionnalité qui est ici implicitement visé et il importe peu que l'entreprise emprunteuse ne soit pas dans une situation irrémédiablement compromise.

20. Il est à souligner cependant que, contrairement à ce que pourraient laisser penser les arrêts précités, la Cour de cassation se montrait assez bienveillante à l'égard des établissements de crédit. En effet, la responsabilité civile de ces derniers n'était retenue que dans des hypothèses bien caractérisées. Il n'était ainsi pas forcément aisé de démontrer que la banque avait bien eu connaissance au jour du crédit de la situation irrémédiablement compromise de l'entreprise. De même, la notion de crédit ruineux était comprise restrictivement. La Cour de cassation avait élaboré de la sorte une jurisprudence qui réduisait considérablement les possibilités d'actions fondées sur un soutien abusif de crédit et les cassations étaient nombreuses. Néanmoins, malgré cela, les banques faisaient souvent valoir que la sévérité de la jurisprudence à leur égard paralysait leur intervention en faveur d'entreprises fragiles et exposées à une procédure collective. Or, il est peu d'exemples de redressements d'entreprises en difficulté qui réussissent sans apport d'argent frais. Le législateur est dès lors venu remettre en cause la jurisprudence précitée par l'élaboration d'un nouvel article : l'article L. 650-1 du Code de commerce.

2. Une responsabilité désormais exclue

21. La loi de sauvegarde des entreprises, promulguée le 26 juillet 2005⁶⁹, et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006, comporte plusieurs innovations importantes pour les créanciers bancaires. C'est ainsi que pour encourager les opérations de restructuration, le législateur a voulu restreindre la responsabilité du banquier dispensateur de crédit.

66. Il est à noter que, dès 1997, la jurisprudence est venue interdire à la caution-dirigeante de mettre en jeu la responsabilité de la banque, sauf circonstances exceptionnelles, Cass. com., 12 novembre 1997, Bull. civ., 1997, IV, n° 284, JCP, 1998, éd. E, p. 182, note Legeais ; Cass. com., 11 mai 1999, Bull. civ., 1999, IV, n° 95, JCP, 1999, éd. E, p. 1730, note Legeais, RTD Com., 1999, p. 733, obs. Cabrillac. Mais cette solution laissait libres les actions en responsabilité intentées par les créanciers et les organes de la procédure collective.

67. Cass. com., 26 mars 1996, Bull. civ., 1996, IV, n° 95 ; Cass. com., 10 octobre 2000, Revue de droit bancaire et financier, 2001, n° 1, p. 12, obs. Credot et Gérard ; Cass. com., 22 mai 2001, Revue de droit bancaire et financier, 2001, n° 5, p. 282, obs. Credot et Gérard ; Cass. com., 25 mars 2003, Bull. civ., 2003, IV, n° 50, Banque & Droit, 2003, n° 92, p. 56, obs. Bonneau ; 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. Bonneau, RTD

Com., 2005, p. 578, obs. Legeais, JCP, 2005, éd. E, 1676, n° 32, obs. Stoufflet et Mathey, Revue de droit bancaire et financier, 2005, n° 5, p. 13, obs. Credot et Gérard, D., 2005, aff., p. 1020, obs. Lienhard ; Cass. com., 28 juin 2005, RJDA, 2006, n° 175 ; Cass. com., 12 juillet 2005, RTD Com., 2005, p. 821, obs. Legeais, Revue des proc. coll., 2005, p. 387, obs. Martin-Serf ; Cass. com., 6 février 2007, Juris-Data 2007-037335.

68. Cass. com., 26 janvier 1993, RTD Com., 1993, p. 345, obs. Cabrillac et Teyssie ; Cass. com., 18 novembre 1997, RJDA, 1998, n° 326 ; Cass. com., 15 juin 1999, Revue de droit bancaire et de la bourse, 1999, n° 75, p. 186, obs. Credot et Gérard ; Cass. com., 26 mars 2002, Banque & Droit, 2002, n° 85, p. 47, obs. Bonneau ; Cass. com., 24 septembre 2003, Bull. civ., 2003, IV, n° 136, Banque & Droit, 2004, n° 93, p. 56, obs. Bonneau ; Cass. com., 22 mars 2005, V. supra, note n° 67.

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

En effet, aux termes de l'article L. 650-1 du Code de commerce, issu de cette loi : *“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”*⁷⁰. Il ajoute dans un deuxième alinéa : *“Pour le cas où la responsabilité d’un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulles”*⁷¹. Ce texte tend ainsi à encourager l’octroi des apports financiers nécessaires à la pérennité des entreprises en difficultés. Le principe prévu par l’article est clair : il est désormais exclu que la responsabilité d’un créancier puisse être mise en jeu du seul fait qu’il aurait accordé des crédits. Le législateur a d’ailleurs voulu conférer une portée étendue à ce principe de non-responsabilité⁷². Tout d’abord, l’article précité n’évoquant pas expressément les établissements de crédit, il a aussi vocation à s’appliquer aux crédits interentreprises ou encore aux crédits consentis par les fournisseurs à leurs clients. Le terme de *“concours”* qui est utilisé est tout aussi large. Il permet de viser tous les crédits quelle que soit leur qualification : les prêts, les découverts ou encore les crédits garantis par une cession de créance professionnelle. Le texte n’opère pas, en outre, de distinction entre les crédits consentis antérieurement ou postérieurement à l’ouverture de la procédure, ni selon le type de procédure ouverte. Il est simplement nécessaire que le débiteur fasse l’objet d’une procédure collective⁷³. La responsabilité sera enfin écartée aussi bien à l’égard de l’entreprise que de ses créanciers ou des cautions. Il ne faut pas, en effet, distinguer là où la loi ne distingue pas et si le banquier ne pouvait se prévaloir de ce principe d’irresponsabilité qu’à l’égard de l’emprunteur, le texte serait grandement vidé de sa substance⁷⁴.

21. Dès lors, on pourrait être tenté de conclure que, désormais, le crédit disproportionné, tel le crédit ruineux, n’est plus susceptible d’entraîner la responsabilité du banquier à l’égard des créanciers du crédit. La situation n’est

cependant pas aussi simple, le législateur ayant prévu des tempéraments au principe d’irresponsabilité précité. Or ces derniers manquant considérablement de clarté, ils peuvent laisser envisager une réapparition du principe.

B. Le risque de résurgence du principe de proportionnalité

L’irresponsabilité civile prévue à l’article L. 650-1 du Code de commerce n’est pas totale. Par exception, en effet, la responsabilité des créanciers peut être engagée, aux termes de l’article, en 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”*. Ces tempéraments, qui ont fait l’objet de multiples critiques⁷⁵, manquent incontestablement de clarté (1), et ne permettent pas d’exclure, si on les interprète trop largement, une réapparition de la jurisprudence admettant l’engagement de la responsabilité civile du banquier ayant octroyé un crédit disproportionné à l’un de ses clients (2).

1. Des exceptions aux contours indéfinis

23. L’irresponsabilité du créancier mise en place par le législateur est levée en présence de l’une des trois hypothèses visées par l’article. Or, la caractérisation de celles-ci paraît très nettement laissée au bon vouloir des juges du fond, tant leurs contours sont imprécis. Il en va ainsi, tout d’abord, avec le cas de fraude. En effet, qu’est-ce qu’une *“fraude”* au sens de cet article L. 650-1 ? Ce terme peut être entendu très restrictivement, et ainsi être limité aux seuls comportements relevant du droit pénal, comme l’escompte d’effets de complaisance, la mobilisation par bordereau Dailly de factures ne correspondant pas à des créances réelles⁷⁶, ou encore la complicité de banqueroute par utilisation de moyens ruineux⁷⁷. De même, on pourrait être tenté d’y faire entrer aussi des comportements non pénaux, tel l’octroi de crédit dans le but de masquer la situation irrémédiablement compromise du débiteur le

70. Sur cet article, R. Dammann, *“La situation des banques titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises”*, Banque & Droit, 2005, n° 103, p. 16 ; B. Gerosa, *“Un nouveau rôle pour le banquier face aux entreprises en difficulté”*, Petites affiches, 2006, n° 35, p. 94 ; P. Hoang, *“De la suppression du dispositif prétorien de la responsabilité pour soutien abusif”*, D., 2006, aff., p. 1458 ; P.-M. Le Corre, *“Premier regard sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005)”*, D., 2005, aff., p. 2322 ; D. Legeais, *“Les concours consentis à une entreprise en difficultés (c. com., art. L. 650-1)”*, JCP, 2005, éd. E, 1510 ; J. Moury, *“La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l’article L. 650-1 du Code de commerce”*, D., 2006, aff., p. 1743 ; G. Piette-Arcaute, *“Une nouvelle proportionnalité en droit des sûretés : brèves observations sur l’article L. 650-1 du Code de commerce”*, Revue Lamy droit civil, 2006, n° 28, p. 27 ; D. Robine, *“L’article L. 650-1 du Code de commerce : un « cadeau » empoisonné ?”*, D., 2006, aff., p. 69 ; N. Rontchevsky, *“Les sûretés personnelles à l’épreuve de la loi de sauvegarde des entreprises”*, Banque & Droit, 2006, n° 105, p. 17 ; R. Routier, *“Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif. Commentaire de l’article L. 650-1 du Code de commerce”*, Gaz. pal., 2005, doctrine, p. 3012 ; *“De l’irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises”*, D., 2005, aff., p. 1478 ; *“L’article L. 650-1 du Code de commerce : un article « détonnant » pour le débiteur et « détonant » pour le contribuable ?”*, D., 2006, aff., p. 2916 ; D. Vidal, *“La responsabilité civile du banquier dans la faillite de son client”*, Revue de droit bancaire et financier, 2006, n° 6, p. 89.

71. Il résulte tant de l’architecture globale de l’article L. 650-1 que des termes de son alinéa 2, que les garanties dont dispose le créancier sont nulles dès lors que sa responsabilité est engagée. Si le créancier est

l’auteur d’une fraude ou d’une immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur, les garanties dont il dispose seront alors frappées de nullité, même si elles ne sont pas disproportionnées.

72. D. Legeais, *Les concours consentis à une entreprise en difficultés* (C. com., art. L. 650-1), JCP, 2005, éd. E, 1510, n° 5 ; J. Moury, *op. cit.*, p. 1746, n° 12.

73. Le texte ne concerne, en effet, que les hypothèses dans lesquelles la responsabilité du créancier est invoquée après l’ouverture d’une procédure du livre VI du Code de commerce à l’encontre du bénéficiaire du concours. Si cette condition venait à ne pas être remplie, l’article L. 650-1 du Code de commerce ne pourrait pas être appliqué. G. Piette, *op. cit.*, p. 27 ; J. Moury, *op. cit.*, p. 1746, n° 12 ; D. Robine, *op. cit.*, p. 73, n° 19 ; R. Routier, *“L’article L. 650-1 du Code de commerce : un article « détonnant » pour le débiteur et « détonant » pour le contribuable ?”*, D., 2006, aff., p. 2916. Pour une interprétation plus large, N. Rontchevsky, *op. cit.*, p. 21, n° 27.

74. X. Delpech, obs. sous Cass. com., 20 septembre 2005, D., 2005, aff., p. 2589.

75. V. l’ensemble des auteurs cités note n° 70.

76. P.-M. Le Corre, *“Premier regard sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005)”*, D., 2005, aff., p. 2322 ; R. Dammann, *“La situation des banques, titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises”*, Banque & Droit, 2005, n° 103, p. 19.

77. D. Vidal, *La responsabilité civile du banquier dans la faillite de son client*, Revue de droit bancaire et financier, 2006, n° 6, p. 89.

78. F.-J. Credot et Y. Gérard, *“Encadrement de la responsabilité des créanciers pour soutien abusif”*, Revue de droit bancaire et financier, 2005, n° 6, p. 10 ; J. Moury, *op. cit.*, p. 1747, n° 14.

temps de se dégager au détriment des autres créanciers⁷⁸. Une interprétation plus large n'est en outre pas à proscrire. Le Garde des Sceaux n'évoquait-il pas la possibilité d'y inclure la faute lourde ?⁷⁹

En outre, la fraude peut-elle se déduire de la seule conscience de nuire aux intérêts d'autres créanciers⁸⁰ ? Si tel est le cas, la réserve de la fraude aurait une portée considérable qui tendrait à ruiner le principe de non-responsabilité, dans la mesure où, en affaires, la distinction est parfois très floue entre l'habileté permise et la manœuvre fautive⁸¹. Faute de précision légale, ces questions ne peuvent être résolues que par les magistrats, qui auront, dès lors, un rôle considérable en la matière. Or, au gré des affaires, il n'est pas exclu que certains juges adoptent une conception excessivement large.

24. Il risque d'en être de même pour l'appréciation de l'"immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur". Cette notion fait immédiatement penser à l'hypothèse dans laquelle le créancier acquiert la qualité de dirigeant de fait en participant activement à la gestion du débiteur en prenant seul des décisions importantes en ses lieux et place. Dès lors, la loi du 26 juillet 2005 n'aurait pas fondamentalement innové en faisant de ce type de comportement un cas de responsabilité bancaire, puisqu'il est déjà admis qu'une banque, ou tout autre créancier, est tenue de supporter tout ou partie du passif d'une entreprise lorsque son immixtion dans la gestion en fait un associé, voire un dirigeant de fait⁸². Il est à noter, à ce propos, que la jurisprudence n'a que rarement reconnu l'immixtion d'une banque dans les affaires d'un client en difficultés⁸³. Mais si la notion figurant à l'article L. 650-1 renvoie incontestablement à cette hypothèse, se limite-t-elle à elle ? Le terme "immixtion" pourrait englober aussi une intervention du créancier plus limitée, et ce même si le législateur exige d'elle qu'elle soit "caractérisée". Il pourrait en être ainsi d'une simple influence exercée par le créancier sur son débiteur⁸⁴. En outre, qu'advient-il lorsque le banquier aura manqué à son obligation de non-ingérence lui interdisant, sauf exceptions, de s'informer sur les affaires de son client ou encore de réaliser de son propre chef des opérations pour le compte de ce dernier ? Dès lors, le texte peut se prêter à différentes interprétations et les pouvoirs des

magistrats vont se révéler, encore, très importants. Il est donc parfaitement envisageable que les juges du fond appréhendent largement cette notion.

25. Enfin, si les hypothèses de "fraude" et "d'immixtion caractérisée" dans la gestion du débiteur font l'objet d'incertitudes, que dire du cas où des garanties prises en contrepartie des concours sont disproportionnées à ceux-ci ?⁸⁵ Le terme "garantie" est incontestablement vaste. Figurent naturellement en première place les sûretés qu'elles soient personnelles ou réelles. La doctrine⁸⁶ s'accorde encore à y inclure les techniques contractuelles jouant le rôle de garantie personnelle comme, par exemple, l'adjonction d'un codébiteur solidaire⁸⁷ ou la promesse de porte-fort d'exécution⁸⁸. L'incertitude réapparaît cependant lorsque l'on évoque la disproportion, le législateur n'ayant pas fixé de ratio, c'est-à-dire un seuil, qui traduirait la démesure condamnée⁸⁹. Les juges du fond vont dès lors bénéficier de pouvoirs d'appréciation considérables, et ce d'autant plus qu'il n'est pas nécessaire ici que la disproportion soit manifeste⁹⁰. Cette solution risque, en outre, de poser en des difficultés en pratique. En effet, si le créancier a le souci de se prémunir contre la dépréciation des biens sur lesquels portent les garanties, il sera parfois amené à demander à ce que le montant de ces dernières excède celui du concours. Ne risque-t-il donc pas de voir, dans ce cas, l'engagement de sa responsabilité civile ? Par ailleurs, à quel moment convient-il de se placer pour caractériser la disproportion entre la garantie et le concours consenti ? Est-ce au moment de la constitution ou à celui de la réalisation de la garantie ? En présence d'un cautionnement solidaire, les cautionnements doivent-ils être additionnés ? Le texte, et c'est regrettable, ne répond à aucune de ces interrogations. Ce troisième tempérament à l'irresponsabilité prévue à l'article L. 650-1 du Code de commerce risque, dès lors, de constituer une menace sérieuse, et de surcroît à portée imprévisible, pour les établissements de crédit⁹¹. La sécurité des créanciers, et plus précisément des établissements de crédit, pourrait ainsi se révéler bien plus illusoire qu'il n'y paraît. On ne peut dès lors pas exclure, à la vue de ces trois tempéraments, une réapparition de la jurisprudence antérieure relative à la responsabilité du banquier dispensateur de crédit.

79. Intervention D. Perben, JO Ass. Nat., 3^e séance du 8 mars 2005, p. 1791. Cette solution demeure cependant très improbable. En effet, un comportement frauduleux peut difficilement être caractérisé en l'absence d'un élément intentionnel, c'est-à-dire la volonté de tirer du crédit un avantage illégitime. De plus, la fraude en question se présentant comme une exception au principe d'exonération de responsabilité voulu par le législateur, elle appelle une interprétation stricte.

80. C'est ainsi qu'en matière d'action paulienne, la jurisprudence caractérise la fraude "de la seule connaissance qu'a le débiteur du préjudice qu'il cause au créancier en se rendant insolvable ou en augmentant son insolvabilité", Cass. civ. 1^{re}, 4 janvier 1995, Bull. civ., 1995, I, n° 1 ; Cass. civ. 1^{re}, 14 février 1995, Bull. civ., 1995, I, n° 79, D., 1996, juris., p. 391, note Agostini.

81. D. Legeais, Les concours consentis à une entreprise en difficultés (C. com., art. L. 650-1), JCP, 2005, éd. E, 1510, n° 11.

82. Article L. 651-2 du Code de commerce.

83. Cass. com., 7 janvier 2004, Juris-Data, 2004-021 752, JCP, 2004, éd. E, 736, n° 20, obs. Stoufflet ; cour d'appel de Versailles, 29 avril 2004, Bull. Joly, 2004, p. 1201, note Constantin et Levy ; Cass. com., 27 juin 2006, JCP, 2006, éd. E, 1629, note Reinhard, Revue de droit bancaire et financier, 2006, n° 6, p. 14, obs. Credot et Samin.

84. Intervention D. Perben, J.O. Ass. Nat., 3^e séance du 8 mars 2005, p. 1791.

85. Il est à noter que ce texte n'évoque nullement le crédit disproportionné, mais vise simplement la disproportion des garanties par rapport au concours, ce qui laisse sans sanction l'octroi de crédits sans commune mesure avec la rentabilité escomptée de l'opération. Ainsi, les cautions pourront seulement tenter de mettre en jeu la responsabilité du créancier, et faire prononcer la nullité de leur engagement, en invoquant la disproportion entre le concours et les sûretés. Il s'agit d'ailleurs ici d'une innovation car, jusqu'à présent, la responsabilité du créancier ne pouvait pas entraîner la perte de sa sûreté ou l'annulation de l'engagement d'un garant, Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 2004, Bull. civ., 2004, I, n° 185.

86. J. Moury, *op. cit.*, p. 1748, n° 19.

87. Cass. civ. 1^{re}, 17 novembre 1999, Bull. civ., 1999, I, n° 309, Banque & Droit, 2000, n° 70, p. 42, obs. Rontchevsky.

88. Cass. com., 13 décembre 2005, JCP, 2006, II, 10021, note Simler, Banque & Droit, 2006, n° 106, p. 60, obs. Rontchevsky.

89. Pour un certain nombre de critères intrinsèques permettant, au cas par cas, de prendre la mesure de cette disproportion, D. Legeais, *op. cit.*, n° 20 ; J. Moury, *op. cit.*, p. 1749, n° 25.

90. La solution se distingue ainsi de la loi et de la jurisprudence relatives au cautionnement disproportionné. V. supra, n° 3.

91. On peut penser qu'afin de prévenir la caractérisation de cette troisième dérogation, les banques décideront de limiter le montant de leurs crédits. La loi manquera alors son objectif.

2. Un engagement de responsabilité envisageable

26. Si les trois exceptions précitées sont interprétées trop largement par les magistrats, l'irresponsabilité instaurée par l'article L. 650-1 risque de se révéler bien illusoire. Mais cela va-t-il entraîner pour autant l'engagement de la responsabilité du banquier pour manquement au devoir de proportionnalité? La réponse à cette interrogation varie, à notre sens, selon l'interprétation que l'on donne à la solution mise en place par l'article précité. Deux interprétations semblent en effet envisageables à la vue du texte⁹². Pour la première, la responsabilité du créancier, et plus particulièrement du banquier, ne pourrait être envisagée que sur le fondement d'une faute correspondant à l'un des trois comportements figurant à l'article. Le texte énoncerait alors les trois seules fautes susceptibles de constituer un fait générateur de responsabilité pour le créancier. Mais une autre interprétation, beaucoup plus large, est possible. On pourrait voir aussi dans les trois exceptions, non pas uniquement des faits générateurs de responsabilité, mais d'authentiques "*causes de déchéance d'irresponsabilité*". Ainsi, dès que l'une de ces trois hypothèses serait démontrée, le créancier perdrait automatiquement la protection conférée par l'article. L'engagement de sa responsabilité serait alors possible sur le fondement de n'importe quelle faute à l'origine d'un dommage lors de l'octroi d'un crédit comme c'était le cas jusqu'à présent.

27. Si l'on retient la première interprétation, la faute à rapporter par l'intéressé, c'est-à-dire un autre créancier puisque l'on sera obligatoirement en présence d'une procédure collective ouverte⁹³, sera soit la fraude, l'immixtion ou la disproportion des garanties par rapport au concours. L'engagement de la responsabilité de la banque exigera, en outre, la preuve du préjudice subi et du lien de causalité unissant ce dernier à la faute. Cette solution pourrait-elle dès lors permettre l'engagement de la responsabilité du banquier ayant octroyé un crédit disproportionné, c'est-à-dire la réintroduction de la jurisprudence relative au soutien abusif et, surtout, au crédit ruineux? Nous pouvons répondre, en théorie, par l'affirmative, même si l'on peut penser que la preuve ne sera pas facile à rapporter pour les créanciers du crédit. En effet, il faudra qu'ils démontrent que l'une des trois fautes est à l'origine de l'octroi d'un crédit disproportionné par le banquier leur ayant, de surcroît, causé un préjudice.

28. La situation paraît, en revanche, plus simple si l'on retient le second cas de figure. Dans cette hypothèse, en effet, le fait de constater l'une des trois exceptions prévues devrait faire perdre au créancier la protection de l'article L. 650-1 du Code de commerce. Il serait alors possible

d'engager sa responsabilité sur le fondement de n'importe quelle faute dans l'octroi du crédit. Le droit commun de la responsabilité retrouvant ainsi son empire, il appartiendrait au demandeur de rapporter la preuve d'une faute et du préjudice ainsi que d'un lien de causalité entre les deux. Mais qui pourrait ici tenter une telle action pour absence de proportionnalité? Il est peu probable, selon nous, que cela soit le crédit lui-même. En effet, les actions en responsabilité demeureraient soumises au droit commun, et donc aux solutions dégagées progressivement par la jurisprudence. Or, cela a été noté⁹⁴, cette dernière ne semble pas reconnaître à la charge du banquier dispensateur de crédit un devoir de proportionnalité à l'égard du crédit. Il en va en revanche différemment pour les autres créanciers du débiteur, et plus particulièrement si une procédure collective a été ouverte. Dès lors, si l'irresponsabilité légale de l'article L. 650-1 venait à être écartée, la responsabilité de la banque devrait pouvoir être à nouveau engagée en cas de concours accordé à un débiteur en situation désespérée et, surtout, en cas de crédit ruineux. Ainsi, une interprétation trop large par les juges du fond des trois tempéraments étudiés serait susceptible de rétablir la jurisprudence étudiée précédemment⁹⁵, et par là même de sanctionner le crédit ruineux. Le principe de proportionnalité n'a donc peut-être pas complètement disparu.

Conclusion

29. Après une longue évolution jurisprudentielle ayant soulevé de multiples débats, le banquier dispensateur de crédit ne semble plus tenu, à l'égard du crédit, au respect d'un devoir de proportionnalité. De plus, dans les cas où ce dernier fait l'objet d'une procédure collective, la loi est venue prévoir l'irresponsabilité générale de l'établissement de crédit à l'égard des autres créanciers de ce crédit. La solution devrait donc être claire et certaine. Elle ne l'est cependant pas totalement.

30. Tout d'abord, la reconnaissance par le législateur d'un devoir de proportionnalité à la charge du banquier à l'égard de ses clients n'est pas à écarter. En effet, la résurgence de cette obligation est possible avec l'exigence plus générale de "*prêt responsable*" consacrée dans une proposition de directive européenne relative "*à l'harmonisation des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit aux consommateurs*"⁹⁶. Cette proposition, récemment révisée, a fait l'objet d'un examen au Conseil le 4 décembre 2006. Elle exige ainsi du banquier qu'il propose à ses clients un prêt pour lequel il a estimé que les intéressés sont "*raisonna-*

92. D. Robine, *op. cit.*, p. 76, n° 35.

93. En cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, l'action est intentée par le mandataire judiciaire qui, conformément à l'article L. 622-20 du Code de commerce, agit au nom de l'ensemble des créanciers. Il en va différemment si un créancier justifie d'un dommage particulier (Cass. com., 2 juin 2004, *Revue de droit bancaire et financier*, 2004, n° 6, p. 414, obs. Lucas et Piedelièvre; Cass. com., 4 octobre 2005, JCP, 2005, IV, 3368). En outre, en cas de carence du mandataire judiciaire, tout créancier nommé contrôleur peut agir (même article).

Dans la procédure de liquidation judiciaire, l'exercice de l'action appartient au liquidateur (article L. 641-5 du Code de commerce).

94. V. supra, n° 13 et s.

95. V. supra, n° 19 et n° 20.

96. B. Stauder, "Le « prêt responsable ». L'exemple de la nouvelle loi sur le crédit à la consommation", in *Etudes de droit de la consommation. Liber amicorum*. Jean Calais-Auloy, éd. Dalloz, Paris, 2004, p. 1030. Une solution relativement proche existe déjà en Suisse.

blement à même de respecter leurs obligations découlant du contrat". Le contrôle de la capacité de remboursement du consommateur par le prêteur est donc érigé en principe juridique dont le non-respect pourra être sanctionné. On peut dès lors se demander s'il ne s'agit pas là de la reconnaissance d'un devoir obligeant le banquier à ne consentir à ses clients que des crédits proportionnés à leurs capacités. En effet, si le professionnel vient à accorder un tel crédit, il faillit à son obligation de comportement responsable et risque d'engager sa responsabilité contractuelle. Par conséquent, si elle ne figure plus, aujourd'hui, dans la jurisprudence, l'obligation de proportionnalité du banquier dispensateur de crédit à l'égard du crédit lui-même pourrait faire sa réapparition, demain, par l'intermédiaire de la loi.

31. De plus, concernant les créanciers du client, cela a été noté, le législateur a prévu des tempéraments à l'irresponsabilité de principe consacrée par la loi du 26 juillet 2005. Or, il suffirait, semble-t-il, que quelques décisions des juges du fond retiennent des conceptions larges de la fraude, de l'immixtion ou de la garantie excessive pour que la jurisprudence relative au soutien abusif et, surtout, au crédit ruineux ne fasse, elle aussi, sa réapparition. Dès lors, à la question : existe-t-il à l'heure actuelle une obligation de proportionnalité à la charge du banquier dispensateur de crédit⁹⁷ ? Nous répondons par la négative. Mais pendant combien de temps encore ? ■

97. Concernant le cas particulier de la caution. V. supra n° 3.

AVIS AUX LECTEURS Les articles publiés par la revue Banque & Droit n'expriment que le point de vue de leurs auteurs respectifs. Le contenu de ces articles n'engage pas la revue Banque ou la FBF qui n'entendent pas prendre position à leur égard.

COMITÉ DE RÉDACTION : **Thierry Bonneau**, Université Panthéon Assas (Paris II) ; **Gérard Gardella**, Société Générale ; **Jean-Louis Guillot**, BNP Paribas ; **Nicolas Molfessis**, Université Panthéon Assas (Paris II) ; **Hubert de Vauplane**, BNP Paribas.

BANQUE & DROIT Une publication de la Revue Banque – 18 rue La Fayette, 75009 Paris.

■ Fondateur : François de Juvigny. ■ Adresse Internet : www.revue-banque.fr – Fax : 01 48 24 12 97.

■ **DIRECTEUR DE LA PUBLICATION** Valérie Ohannessian.

■ **RÉDACTION** Rédacteur en chef : Elisabeth Coulomb.

Secrétariat de rédaction : 1^{er} secrétaire de rédaction : Charlotte Poupon (01 48 00 54 16) ; Christine Hauvette (01 48 00 54 10).

■ **MAQUETTE** 1^{er} maquettiste : Emmanuel Gonzalez, Alexandra Démétriadis.

■ **COMITÉ DE LECTURE** MM. Thierry Bonneau, Alain Cerles, Gérard Gardella, Jean-Louis Guillot, Jean-Pierre Mattout, Michel Storck, Gérard Wissing.

■ **ABONNEMENTS** ABOCOM, 26 boulevard Paul Vaillant-Couturier 94851 Ivry-sur-Seine Cedex

Tél. : 01 49 60 06 61, Fax : 01 49 60 10 55, e-mail : revuebanque@abocom.fr

■ **ASSISTANTE ADMINISTRATIVE ET COMMERCIALE** Virginie Baillard (01 48 00 54 54).

■ **PUBLICITÉ GÉNÉRALE** Isabelle Conroux (01 48 00 54 20)

CPPAP – N° 0609 T 84972, Imprimé à Pulnoy (54) par SPEI, Dépôt légal 2^e trimestre 2007.

La reproduction totale ou partielle des articles publiés dans Banque & Droit, sans accord écrit de la Société Revue Banque Sarl, est interdite conformément à la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique.