

# LE DEVOIR DE MISE EN GARDE DU BANQUIER

## HISTORIQUE

L'établissement de crédit a comme chacun sait un devoir de conseil et d'information envers toutes les personnes avec lesquelles il va contracter.

Depuis quelques années, un nouveau devoir a fait son apparition : **le devoir de mise en garde**. (Cass. ch. mixte, 29 juin 2007 : *JurisData* n° 2007-039909 ; *JCP G* 2007, II, 10146, note A Gourio ; *Rev. Lamy dr. civ.*, sept. 2007-41, n° 2661, obs. G. Marraud des Grottes).

## DEFINITION

Ce devoir consiste pour l'établissement de crédit à :

- \* avertir le créancier ou la caution du risque pouvant altérer leur situation financière
  - \* se renseigner pour être à même d'alerter :
- **L'emprunteur** non averti au regard de ses capacités financières et du risque de l'endettement (ce devoir n'est pas applicable aux emprunteurs avertis)
  - **La caution** au sujet de l'utilisation des fonds prêtés et de la légitimité du prêt (seule la caution non avertie va pouvoir invoquer ce devoir).
  - **Les créanciers** de l'utilisation des fonds prêtés et de la légitimité du prêt

## REGIME JURIDIQUE

Le régime de l'obligation de mise en garde du banquier est **une obligation contractuelle engagée sur le fondement de l'article 1147 du Code civil**.

Certains auteurs considèrent l'obligation de mise en garde comme une **obligation d'information renforcée** qui trouve ses limites dans le devoir de non-immixtion du banquier.

## FONCTION

**Il s'agit de manière générale d'informer son contractant en faisant apparaître les risques et les dangers de l'opération envisagée quelle que soit leur nature.**

Aussi, il a été jugé qu'un professionnel en matière bancaire doit informer son contractant des risques encourus, qu'ils soient juridiques (Cass. 3e civ., 28 janv. 2004 : *RJDA* 2004, n° 528) ; ou matériels (ex. concernant les risques encourus dans les opérations spéculatives : Cass. com., 5 nov. 1991 : *Bull. civ.* 1991, IV, n° 327)

## CONDITIONS RISQUANT D'ENGAGER LA RESPONSABILITE DE LA BANQUE

1- S'agissant de l'emprunteur :

- **Le bénéficiaire du devoir de mise en garde doit avoir eu un comportement loyal.**(Cass. 1re civ., 30 oct. 2007 : *JurisData* n° 2007-041107 ).
- **Il est indifférent que l'emprunteur puisse bénéficier d'un conseil.** Lorsque deux personnes empruntent, le caractère non averti s'apprécie individuellement.
- **Il faut une faute de l'établissement de crédit** qui consiste en l'octroi d'un crédit excessif sans avoir alerté l'emprunteur (Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, précité). L'appréciation du caractère excessif du crédit diffère selon qu'il ait été consenti à un particulier ou une entreprise.
- **Le demandeur doit rapporter la preuve du préjudice subi et du lien de causalité** existant avec la faute invoquée.

## 2- S'agissant de la caution

Les mêmes principes sont appliqués aux cautions et aux emprunteurs (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 juill. 2007 : *JurisData* n° 2007-040162.).

Par ailleurs, une option procédurale, instaurée par la chambre mixte de la Cour de cassation, est reconnue à la caution qui exerce l'action en responsabilité (Cass. ch. mixte, 21 févr. 2003 : *JurisData* n° 2003-017890 et 2003-017891).

- la caution poursuivie en paiement peut agir par **voie de demande reconventionnelle** en demandant la condamnation du créancier à des dommages et intérêts et la compensation entre ceux-ci et les sommes auxquelles elle est tenue en sa qualité de caution.
- la caution peut solliciter, par **voie de défense au fond**, une décharge directe, totale ou partielle, de son engagement.

## 3- S'agissant du créancier

Avant la réforme du droit des procédures collectives et l'introduction de l'article L. 650-1 du Code de commerce, pour engager la responsabilité de la banque, il fallait :

- **une faute** : qui consiste en la fourniture d'un crédit illégitime ou la fourniture d'un crédit excessif ou inadapté (Cass. com., 22 mai 2001 : *RD bancaire et fin. sept.-oct. 2001*, act. 179, p. 282, obs. F. Crédot et Y. Gérard ; *JCP E* 2003, 396, obs. J. Stoufflet
- **Les tiers doivent établir qu'il existe un lien de causalité entre la faute invoquée et le préjudice.** (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 2 juill. 1997 : *JCP E* 1997, pan. 971 ; *LPA* 6 oct. 1997, p. 10, note D. Martin).

Depuis la réforme, il a été instauré l'article L. 650-1 qui pose le principe d'irresponsabilité du banquier sauf exceptions.

Parmi ces exceptions, figurent les cas de disproportion entre les concours financiers des établissements de crédit et les sûretés imposées par celui-ci.

La nouvelle disposition énonce : « *Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, 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. Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours peuvent être annulées ou réduites par le juge* ».

## CHARGE DE LA PREUVE

**C'est à la banque de rapporter la preuve qu'elle a rempli son devoir de mise en garde à l'égard de son client** (Cass. com., 11 déc. 2007, n° 03-20.747 : *JurisData* n° 2007-041922 ; *JCP* n° 12, mars 2008, p. 45).

S'agissant d'un fait juridique, la preuve de l'exécution de cette obligation **peut se faire par tout moyen** (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 oct. 1997, n° 95-19.609 : *Bull. civ.* 1997, I, n° 278).