UNIVERSITE DE REIMS
CHAMPAGNE-ARDENNE
U.F.R. Droit et Sciences Politiques

Les techniques de protection du client de la banque

Thèse pour le Doctorat en Droit

(arrêté ministériel du 30 mars 1992 modifié par l'arrêté du 25 avril 2002)

présentée et soutenue publiquement

par

Monsieur Nicolas VALLET

Le 11 décembre 2009

Directeur de Recherche

Monsieur le Professeur Hervé CAUSSE
Pôle de Recherche Scientifique
Université de Clermont-Ferrand

Membres du Jury

Madame le Professeur Anne-Valérie DELOZIERE-LEFUR
Faculté de droit
Université de Versailles Saint-Quentin-en Yvelines

Monsieur le Professeur Frédéric BICHERON
Faculté de droit
Université de Nantes

Monsieur le Professeur Cyril GRIMALDI
Faculté de droit
Université de Reims-Champagne-Ardennes

L’université n’entend donner aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

Je remercie Monsieur le Professeur Hervé CAUSSE pour l'attention avec laquelle il a dirigé mes recherches et pour la confiance dont il m'a constamment honoré. Qu'il veuille bien trouver ici l'expression de ma plus sincère reconnaissance.

Je suis également redevable à A. S., J. S.-M., S. S. et J.-J. M. pour leur soutien et amitié.

Enfin, je tiens à exprimer ma gratitude à ceux qui tout le long de l'élaboration de cette thèse m'ont apporté un indéfectible soutien, au premier chef mes parents. Rien n'a autant encouragé mes efforts que le souci de ne pas les décevoir.

TABLE DES SIGLES ET DES ABREVIATIONS

act : actualité
Act. proc. coll. : Actualité des procédures collectives
Adde : *Addendum,* ajouter
AEDBF : Association Européenne pour le Droit bancaire et Financier
AJ : Actualité juridique
Ann. dr. comm. : Annales de Droit commercial
APD : Archives de philosophie du droit
Art. : article
Ass. nat. : Assemblée nationale
Ass. plén. : Assemblée plénière de la Cour de cassation
Av. gén. : Avocat général
Banque : Revue Banque
Banque et droit : Revue banque et droit
Bibl. : Bibliothèque
Bibl. dr. entr. : Bibliothèque de droit de l'entreprise
Bibl. dr. priv. : Bibliothèque de droit privé
BGB : Bügerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)
BODAC : Bulletin des annonces civiles et commerciales
BRDA : Bulletin rapide de droit des affaires
Bull. A.P. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Assemblée plénière
Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Bull. Joly : Bulletin Joly (mensuel d'information des sociétés)
Bull. Joly Bourse : Bulletin mensuel Joly Bourse et produits financiers
C. civ. : Code civil
C. com. : Code de commerce
C. mon. fin. : Code monétaire et financier
C. pén. : Code pénal
C. trav. : Code du travail
CA : arrêt d'une Cour d'appel
Cah. dr. entr. : Cahiers de droit de l'entreprise (supplément au JCP E)
Cass. civ. (1ère, 2e, 3e) : arrêt de la (1ère, 2e, 3e) Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. ass. plén. : arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. ch. mixte : arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. com. : arrêt de la Chambre commerciale et financière de la Cour de cassation
Cass. crim. : arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. req. : arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cass. soc. : arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation
CE : arrêt du Conseil d'Etat
CEDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Cf. : *Confer*, se référer à, se référer à

CGI : Code général des impôts
Ch. réunies : Arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation
Chron. : chronique
CJCE : Cour de Justice des Communautés européennes
coll : collection
coll. : collaboration de (avec la)
comm. : commentaire
comp. : comparer (avec)
Comp : comparer
Concl. : conclusions
Cons. constit. : décision du Conseil constitutionnel
Contra : solution ou opinion contraire, en sens contraire
Contr. conc. consom. : Contrats, concurrence, consommation
Cour EDH : Cour européenne des droits de l'homme
D. (source du droit) : Décret
D. (publication) : Recueil Dalloz et, depuis 1965, recueil Sirey-Dalloz
DA : Recueil analytique de jurisprudence et de législation Dalloz (années 1941 à 1944)
D. aff. : Recueil Dalloz Affaires
Dactyl. : Dactylographié
DC : Recueil critique de jurisprudence et de législation Dalloz (années 1941 à 1944)
DDHC : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
Décis. : Décision
Décr.-L. : Décret-loi
Defrénois. : Répertoire général du notariat Defrénois
DH : Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz (années antérieures à 1941)
dict. : dictionnaire
Dig. : Digeste
dir. : sous la direction de
doctr. : doctrine
DP : Recueil périodique et critique mensuel Dalloz (années antérieures à 1941)
dr. : droit
Dr. et patr. : Revue Droit et patrimoine
DS. : Recueil Dalloz-Sirey
Dr. soc. : Droit social
Dr. sociétés : Droit des sociétés
Droits : Droits, Revue française de théorie juridique
éd. : édition ou éditions
eod. loc. : *eodem loco* (au même endroit)
esp : espèce
etc. : *et caetera*
Fasc. : Fascicule
Gaz. Pal. : Gazette du Palais
GAJC : Les grands arrêts de la jurisprudence civile (H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette)
ibid. : *ibidem,* Référence citée ci-dessus, au même endroit
i.e. : *Id est*, c'est-à-dire
Impr. et libr. gén. jur. : Imprimerie et librairie générale de jurisprudence
Inf. rap. : informations rapides
infra : voir ci-dessous
Instr. : instruction
IR : Informations rapides du Recueil Dalloz

J. : Jurisprudence
J.-Cl. : Juris-classeur
J.- Cl. Civ. : Juris-classeur civil
J.- Cl. Com. : Juris-classeur commercial
JCP éd. G. : Juris-classeur périodique (semaine juridique), édition générale
JCP éd. CI : Juris-classeur périodique (semaine juridique), édition commerce et industrie
JCP éd. E. : Juris-classeur périodique, (semaine juridique), édition entreprise
JCP éd. N. : Juris-classeur périodique (semaine juridique), édition notariale
J.O : Journal officiel
J.O.C.E.S. : Journal officiel Conseil économique et social
L : loi
lég. : législation
LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
Libr. tech. : Librairies techniques
loc. cit. : *loco citato* (à l'endroit cité)
Mél. : Mélanges (ou études) en l'honneur de…
Mod. : modifié
n° : numéro
NCPC : Nouveau code de procédure civile
Nlle bibl. th. : Nouvelle bibliothèque de thèses
not. : notamment
nouv. : nouveau
NRHD : Nouvelle revue historique de droit français et étranger
obs. : observations
op. cit. : *Operare citato,opus citatum* (dans l'ouvrage précité)
ord. : ordonnance
p. : page
p. ex. : par exemple
PA : Les Petites Affiches
pan. : Panorama
pp. : pages
préc. : précité
préf. : préface
PUAM : Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF : Presses Universitaires de France
PUG : Presses Universitaires de Grenoble
PUR : Presses Universitaires de Reims
Quot. Jur. : Quotidien juridique
Rapp. : rapport
rappr. : rapprocher
RCS : Registre du commerce et des sociétés
RDB : Revue de droit bancaire (jusqu'en 1987)
Revue de droit bancaire et bourse : Revue de droit bancaire et de la bourse (de 1987 à 2000)
Revue de droit bancaire et fin. : Revue de droit bancaire et financier (depuis 2000)
RDC : Revue des contrats
RD imm : Revue de droit immobilier
Rec. CE : Recueil des arrêts du Conseil d'Etat (Lebon)
réf. : références
Régl. : Réglement
Rép. civ. Dalloz : Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil

Rép. com.Dalloz : Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit commercial
Rép. Defrénois : Répertoire du Notariat Defrénois
Rép. min. : Réponse ministérielle
Rép. sociétés Dalloz : Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit des sociétés
Req. : Arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev. : Revue
Rev. crit. DIP : Revue critique de droit international privé
Rev. crit. lég. et jur. : Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. dr. imm. : Revue de droit immobilier
Rev. Droits : Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique
Rev. lég. et jur. : Revue de législation et de jurisprudence
Rev. proc. coll. : Revue des procédures collectives
Rev. sociétés : Revue des sociétés
RFDA : Revue française de droit administratif
RHD ou Rev. hist. de dr. fr. et étrang. : Revue historique de droit français et étranger
RIDC : Revue international de droit comparé
RJ com. : Revue de jurisprudence commerciale
RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDA : Revue Lamy droit des affaires
RLDC : Revue Lamy droit civil
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil (Sirey)
RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial (Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique depuis 1980) (Sirey)
s. : et suivant(es)
S. : Recueil Sirey
Somm. : Sommaires
Somm. comm. : Sommaires commentés
spéc. : spécialement
supra : voir ci-dessus
t. : tome
TA : jugement d'un tribunal administratif
T. com. = Tribunal de commerce.
TGI : jugement d'un tribunal de grande instance
TGI réf. : ordonnance du juge des référés d'un tribunal de grande instance
th. : thèse
TI : jugement d'un tribunal d'instance
TI réf. : ordonnance du juge des référés d'un tribunal d'instance
trad. : traduction
Trib : Tribunal
Trib. civ. : jugement d'un tribunal civil
v° : *Verbo*, mot
V./v. : Voir/voir, voyez
vol. : volume

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE - LES TECHNIQUES DE PROTECTION DU CONSENTEMENT DU CLIENT

TITRE I - LA PROTECTION DU CLIENT PAR LE CONSENSUALISME

Chapitre I – Les techniques de protection visant à anticiper la perfection du contrat

Chapitre II – Les techniques de protection faisant obstacle à la perfection ou à l'efficacité du contrat

TITRE II - LA PROTECTION DU CONSENTEMENT DU CLIENT

Chapitre I – Le formalisme informatif, technique de protection apprécié *in abstracto*

Chapitre II – Les obligations d'information, techniques de protection appréciée *in concreto*

DEUXIEME PARTIE : LES TECHNIQUES DE PROTECTION FONDEES SUR L'EQUILIBRE CONTRACTUEL

TITRE I : LE PRINCIPE DE LA PROTECTION PAR L'EQUILIBRE CONTRACTUEL

Chapitre I – L'existence de mécanismes d'équilibre des prestations

Chapitre II- La mise en œuvre des techniques visant l'équilibre des prestations

TITRE II : LA PORTEE DE LA PROTECTION PAR L'EQUILIBRE CONTRACTUEL

Chapitre I – La remise en cause des critères légaux de protection contre la disproportion

Chapitre II- Le développement de principes nouveaux assurant la proportionnalité

INTRODUCTION

1. Les banquiers exercent un métier lucratif mais difficile dans un pays où, colbertisme oblige, la liberté du commerce et de l'industrie n'a jamais été vraiment reconnue. Les critiques nombreuses, teintées souvent de mauvaise foi, émises par ceux qui pourtant réclament un soi-disant droit au crédit et des associations politiquement marquées qui prétendent les défendre ont contribué à asseoir l'image du banquier « requin de la finance ».

Nécessaire au fonctionnement de l'économie, au point de pouvoir être considérée par certains comme un service public du financement, la banque occupe une place aussi importante qu'inconfortable: dans un pays où les entreprises peuvent être sous-capitalisées et les particuliers surendettés, le grief fourni au banquier est tout trouvé. Il serait responsable de faire vivre au crochet les clients qu'il crédite, quand il daigne les créditer. Cette argumentation trouve sa source dans le fait qu'idéologiquement, le profit est idéologiquement mal perçu. L'enrichissement est forcément suspect, le gain par essence un péché. Les idées de l'Eglise catholique n'y sont d'ailleurs pas étrangères. Le Calvinisme, qui prone une philosophie différente, illustre l'influence historique de la pensée religieuse sur l'activité économique. En France, le moral doit prendre l'économique…quand l'économique n'est plus jugé moral[1].

2. Dans ce context de relative méfiance, le banquier a vu son métier évoluer ces vingt ou trente dernières années d'une façon considérable. De marchand d'argent, il est devenu concomitamment un fournisseur de conseils, destines à répondre aux besoins et aux demandes de ses clients. Le métier de banquier de banquier devient ingénieur financier, gestionnaire de patrimoine, conseiller en investissement, vendeur de produits et de services, etc. Le coeur du métier n'est donc plus uniquement la fourniture de credit ou la reception de fonds du publics.

3. Le caractère hétéroclite des rôles dans lesquels le banquier intervient au profit de

[1] Ainsi, l'ancien Premier Ministre L. JOSPIN évoqua lors des débats sur la loi NRE qu'il fallait moraliser l'économie. Or il peut paraître illogique de vouloir imposer une norme non contraignante qui relève de la liberté de chacun à l'ensemble des relations économiques entre les individus. *contra.* A. COMTE-SPONVILLE, *Le capitalisme est-il moral ?*, 2008.

son client illustre la difficulté de cantonner l'activité de la banque dans celle du commerce de l'argent. Pourtant l'article L. 110-1 8° du Code de commerce dispose que les opérations des banques publiques sont des actes de commerce, si bien que leur répétition conduit à qualifier le banquier de commerçant. Effectivement, c'est un commerçant, mais ce dernier a une relation particulière avec son client. L'existence de l'*intuitu personae*, au sein de la relation conduit à conférer à l'activité du banquier une place particulière : en témoigne l'importance que prend le contentieux croissant initiés par les clients, et partant le développement de mécanismes de protections contre le banquier. Le banquier reste d'ailleurs un commerçant, et à ce titre, subit la même méfiance qu'ont les consommateurs à l'égard des professionnels. Il ne faut alors pas s'étonner que la responsabilité du banquier soit, elle aussi, croissante.

4. La protection du client apparaît alors non pas comme la volonté de protéger le client contre l'éventuelle faute que pourrait commettre la banque, mais davantage comme la réaction de l'opinion et du législateur de sanctionner un comportement qui n'arrive pas à se justifier quand le client exige toujours plus en contrepartie de toujours moins.

Cette protection du client est polymorphe. Elle peut se fonder sur l'idée de faute délictuelle[2] ou contractuelle[3]. Le nature de la faute peut ainsi servir de critère destiné à fonder l'existence de catégories de protection : la protection est ainsi délictuelle ou contractuelle. Il en irait pareillement pour la qualité des personnes visées lorsqu'il est question de protection de l'emprunteur ou de la caution. Il en est enfin de même si l'on décide de classer les protections selon qu'elles interviennent durant la phase précontractuelle ou contractuelle. Il serait alors possible de retenir ces critères pour classer les différentes protections.

5. Pourtant, ces critères de protection ne sont pas exempts de tout reproche. D'une part, ils peuvent se révéler peu pertinents. C'est le cas notamment du critère tiré de la nature de la responsabilité. L'on considère traditionnellement que la responsabilité délictuelle est celle qui joue en l'absence de lien contractuel. C'est le cas de la responsabilité entre une partie et un tiers au contrat. Il peut apparaître cependant difficile de déterminer ce qui est délictuel et ce qui relève de la responsabilité contractuelle. Ainsi, aux termes de la jurisprudence sur le devoir de mise en garde, la responsabilité du banquier porte sur un devoir qui précède la

[2] Ce qui est le cas notamment de la responsabilité pour soutien abusif fondée sur l'article 1382 du Code civil.
[3] Il peut s'agir d'un manquement à une obligation d'information ou de conseil.

formation du contrat alors que les juges retiennent le visa de l'article 1147 du Code civil[4]. Pareillement, le critère de la qualité de la partie ne paraît pas non plus être le plus pertinent. Ainsi parler de la protection de l'emprunteur renvoie à la définition du mot « emprunteur ». Or l'emprunteur n'est jamais la même personne. Qui peut dire que l'on peut catégoriser la protection de celui qui emprunte des fonds quand celui-ci le fait chaque fois dans un contexte différent ? La protection de l'emprunteur immobilier n'est pas la même que celle du dirigeant qui sollicite un prêt d'exploitation. Le critère tenant à la qualité de la personne n'est donc pas suffisamment homogène pour que l'on puisse le retenir. Enfin, le critère de protection tenant au moment de mise en œuvre de cette protection n'est pas non plus idéal. Il impliquerait considérer que la phase précontractuelle est différente de la phase contractuelle. Or certain protection sont tiennent à la fois de la première phase que de la seconde : c'est le cas de l'obligation d'information qui joue tant au moment de la formation du contrat qu'au moment de son exécution.

D'autre part, il apparaît contestable de réaliser un classement sur l'idée de critères car cela renvoie au fait de déterminer un élément commun à chaque protection et de dégager un critère unique. Or la notion de critère renvoie directement au contenu de la protection, ce qui peut apparaître illogique lorsque le critère n'est pas un élément certain. Par exemple, aux termes de l'article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier, le législateur impose le formalisme au profit de la personne physique n'agissant pas pour des besoins professionnels. Or en droit de la consommation, cette personne répond à la définition du consommateur[5]. La personne visée par l'article L. 312-1-1 est-il alors pour autant un consommateur ?

Pour toutes ces raisons, l'idée de classer les protections en tenant compte de critère est donc à tout le moins imprécise, au plus erronée.

6. Il convient davantage de parler de « technique de protection ». D'après le Littré, il s'agit de l'ensemble des procédés d'un art, d'une fabrication[6]. Une technique, du grec τέχνη :

---

[4] Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2005, n° 03-10.770, n° 02-13.155 et n° 03-10.921, D. 2005, AJ, p. 2276, obs. X. DELPECH, jur. p. 3094, note B. PARANCE, D. 2006, pan. p. 167, obs. D.-R. MARTIN et H. SYNVET ; Banque, n° 673, oct. 2005, p. 94, note J.-L. GUILLOT, M. BOCCARA SEGAL ; JCP éd. G 2005, II, 10140, note A. GOURIO ; JCP éd. E 2005, p. 1359, note D. LEGEAIS ; Banque et Droit 2005, n° 104, p. 80, obs. T. BONNEAU ; RLDC 2005, n° 21, p. 15, note S. PIEDELIEVRE ; RD banc. Fin. sept.-oct. 2005, p. 20, obs. D. LEGEAIS, nov.-déc. 2005, p. 14, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; RCA n° 10/2005, p. 22 ; BRDA 2005, n° 20, p. 11 ; Dr. et patr. 2005, n° 143, p. 98, obs. J.-P. MATTOUT et A. PRUM ; Dr. et patr. 2006, n° 145, p. 123, obs. L. AYNES et P. DUPICHOT ; RTD com. 2005, p. 829, obs. D. LEGEAIS ; LPA 2006, n° 204, p. 8, note C. BOISMAIN ; RD immo. 2006, p. 123, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN.

[5] C'est la définition qui ressort du champ d'application des règles relatives notamment au crédit à la consommation, V. article L. 311-1 et suivants du Code de la consommation.

[6] E. LITTRE, *Dictionnaire de la langue française*, 1863, Hachette.

art, métier savoir-faire, est une ou un ensemble de méthodes, dans les métiers manuels, mais pas toujours, et est souvent associée à un tour de main professionnel. Sur le terrain du droit, la technique se refère à l'idée de procédé méthodique destiné à aboutir à une fin prédéterminée. C'est pourquoi, pour produire la loi, la législateur use de ce que l'on appelle la *technique législative*[7] quand la Cour decassation retient la *technique de cassation*[8] pour s'assurer que les arrêts en appel se fondent bien sur le droit applicable. La finalité de protéger est alors assurée par la « technique de protection ». Si ces finalités sont plurales, ce qui est le cas lorsque chacune est singulière, il conviendrait de parler des « techniques de protection ». La protection de l'emprunteur ne répond ainsi pas à la même finalité que la protection de sa caution.

7. Qu'entendre par « protéger » exactement ? Au sens étymologique, les racines latines « *teger* » et « *pro* » signifient mettre à l'abri, couvrir et « avant ». Au sens courant, « protéger » signifie aider une personne de manière à la mettre à l'abri d'un danger ou rendre inefficace les efforts faits pour compromettre, faire disparaître quelque chose, mais peut aussi renvoyer au fait de faciliter la carrière, les intérêts d'une personne. Au sens juridique, il s'agit de « *la précaution qui, répondant au besoin de celui qu'elle couvre et correspondant en général à un devoir pour celui qui l'assure, consiste à prémunir une personne ou un bien contre un risque, à garantir sa sécurité par différents moyens juridiques ou matériels. La protection désigne aussi bien l'action de protéger que le système de protection établi. C'est aussi la prise en charge de la défense d'une personne » ou encore « les moyens destinés à défendre une personne ou une situation* »[9].

Au regard de cette définition, la protection comporte deux éléments essentiels. Tout d'abord, elle apparaît indissociable d'un danger, d'un risque qu'il soit identifié ou non, réel ou potentiel. La protection en l'absence d'un danger précis prend en compte la situation de vulnérabilité de la personne : c'est le cas par exemple des informations données à l'emprunteur à la consommation. En présence d'un risque manifeste, elle traite la personne en tant que victime : c'est le cas par exemple de l'obligation du banquier de mettre en

[7] V. notamment, V. LASERRE-KIESOW, *La technique législative. Etudes sur les codes civils français et allemand*, th. LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2002, n° 371.
[8] X. BACHELLIER et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *La technique de cassation, pourvois et arrêts en matière civile*, Dalloz, 2006, 6ème éd ; J. BORE et L. BORE, *La cassation en matière civile*, Dalloz, 3ème éd., n° 133 ; N. MOLFESSIS, *Les revirements de jurisprudence*, Rapport remis à M. le premier président CANIVET, Litec 2005.
[9] S. THERON, *Réflexions sur les rapports en protection et règle de droit*, LPA 11 févr. 2009, n° 30, p. 4.

garde son client contre le risque d'endettement née de la conclusion d'un contrat de prêt[10].

Ensuite, l'anticipation semble faire partie intégrante de la protection. Il s'agit de prévenir pour éviter la survenance d'un risque ou en limiter ses conséquences. Il peut encore s'agit d'intervenir *a posteriori* à titre de réparation, par le recours au droit de la responsabilité.

8. La technique de protection a donc pour finalité d'anticiper ou de corriger. Il ne semble pas douteux de ces deux techniques influent directement sur la production normative : le rejet ou la cassation d'un arrêt de Cour d'appel et la création de la loi ou son interprétation[11] sont générateurs de normes.

Pourtant, la technique de protection n'est pas toujours le fruit de la volonté de protéger. La technique de protection peut incidemment être le résultat de la méthodologie juridique. La technique de protection ne précèderait alors pas exclusivement d'une démarche volontaire, mais résulterait du respect de la norme dans un sens favorable pour le client. La technique peut conduire une méthodologie prédéfinie sans pouvoir prédire le résultat concret à laquelle la technique conduit. Par exemple, la cassation d'un arrêt répond avant tout à une règle mécanique, celle de l'adéquation de la solution des juges du fond à la règle de droit applicable[12]. La protection du client du banquier par la jurisprudence peut être donc soit incidente, soit directe.

9. Les techniques de protection, quand elles ont pour source la loi, procèdent toujours de la volonté consciente du législateur de protéger le client. Ainsi, le formalisme en matière de crédit à la consommation de l'article L. 311-10 du Code de la consommation ne peut être un résultat fortuit et involontaire. C'est aussi le cas de la promesse de vente qui, comme le précise un auteur, « *constitue un élément d'une technique juridique permettant aux parties de réaliser une opération globale leur offrant des avantages réciproques*»[13] .

---

[10] Cass. civ. 1ère, 18 févr. 2009, n° 08-11.221 ; D. 2009, chron. p. 756, obs. C. CRETON ; RDI 2009, p. 235, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN

[11] V. par exemple le pouvoir d'interprétation de la Cour de cassation en matière de droit communautaire, F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruylant, 1966, n° 179.

[12] C'est notamment le cas lorsque le pourvoi se fonde sur le défaut de base légale en cas d'insuffisance de motivation de la part des juges du fond. V. plus spécifiquement, Th. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, préf. J. HERON, th. LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1997, n° 270.

[13] V. R.-N. SCHUTZ, *Promesse unilatérale de vente*, Répertoire civil Dalloz, janv. 2007, n° 31.

10. Il y aurait alors presque toujours, mais pas exclusivement, au travers de la technique de protection, l'intention de protéger. Car même dans l'exemple de l'arrêt de Cassation, si l'on peut concevoir que l'applicabilité de la règle de droit conduit à découvrir un cas de protection du client, le caractère volontariste subsiste. Non pas que la volonté ait une influence sur le contenu de la règle de droit, mais plutôt que volonté commande de retenir cette règle de droit : c'est ainsi le cas du revirement par lequel les juges décident d'appliquer la règle alors que la position antérieure ne l'invoquait jamais. C'est le cas notamment de la jurisprudence sur le caractère consensuel du contrat de prêt[14].

11. Précisément, l'étude des techniques juridiques en droit bancaire illustre toute la considération avec laquelle tant le législateur que le juge s'évertuent à protéger le client de la banque. Il convient donc d'étudier ces techniques. Cette étude peut se réaliser selon une lecture chronologique, c'est-à-dire en fonction du moment où les techniques de protection interviennent. Il y aurait par conséquent des techniques précontractuelles et des techniques contractuelles. Retenir une telle approche n'est cependant pas des plus pertinentes. En effet, certaines techniques sont à la fois précontractuelles et contractuelles : c'est notamment le cas de celles qui protègent le consentement. Le client est protégé au stade de la formation pour assurer l'intégrité du consentement, mais aussi au stade de l'exécution lorsque le client réalise de nouveaux choix au terme de l'exécution successive du contrat. C'est le cas du client qui passe des ordres de bourse successifs, au sein d'un même contrat de gestion patrimoniale ou de celui qui recourt au crédit permanent.

12. A cette approche temporelle, nous préférons retenir une approche des techniques fondée sur l'objet de la protection. Ainsi, nous proposons de substituer au critère temporel un critère objectif.

Il devient dès lors possible d'avancer que certaines protections touchent à la personne du contractant quand d'autres tiennent au contenu de la prestation des parties. Il s'agit dès de distinguer la protection personnelle de la protection matérielle. Alors que la protection matérielle aurait pour but de protéger la partie en règlementant le contenu contractuel, la protection personnelle toucherait au consentement. Ainsi, la protection personnelle servirait-elle à assurer l'intégrité du consentement. L'on peut notamment évoquer les obligations d'information et de conseil pesant sur le banquier.

[14] V. *infra.* n° 47.

13. Davantage centrée sur la notion de prestation contractuelle, la protection matérielle serait celle tenant au contenu de l'obligation. La législation sur les clauses abusives en est une illustration : l'engagement du contractant ne peut être juridiquement déséquilibré, de telle sorte que l'exécution de sa prestation soit manifestement plus lourde à réaliser que celles du banquier. Ainsi, la protection encadre le contenu des prestations des parties. C'est notamment le cas, avec l'article L. 341-4 du Code de la consommation, pour le prêteur professionnel qui ne pourra exiger de la caution un engagement manifestement plus important que les revenus et les biens de celle-ci.

14. Ce découpe entre techniques liées au consentement et techniques tenant au contenu des prestations doit être justifiée. Ce choix peut trouver sa légitimité de spécificité de la relation bancaire entre le client et sa banque. Le client du banquier s'inscrit avant tout dans une relation particulière. Considérer que cette relation qui lie banquier et son cocontractant constitue une branche du droit commun appliquée à l'économie et à la finance serait oublier la spécificité de cette relation. Le professeur BONNEAU rappelle que le droit bancaire « *est traditionnellement considéré comme une branche du droit commercial*»[15] .
La justification de ce rattachement réside dans les termes de l'article L. 110-1 du Code de commerce qui répute acte de commerce « les opérations de banque », ce qui a pour conséquence que les établissements de crédit sont des commerçants dès lors qu'ils accomplissent à titre habituel ces opérations de banque[16].

15. Pour autant, il ne conviendrait pas de fonder les règles de protection du client sur la seule qualité des parties : d'une part, il faut remarquer que certains établissements de crédit ne sont pas des commerçants[17], de telle sorte que des règles de droit bancaire peuvent jouer entre deux non-commerçants. Enfin, d'autre part il faut ajouter le fait que la relation bancaire qui peut lier le professionnel à des non-professionnels n'entraîne pas pour autant un rapproche de la relation bancaire avec le droit de la consommation qui régie la relation entre professionnel et non-professionnel. Comme le précise le professeur BONNEAU, il est question ici d'un « *droit de l'activité* »[18] qui tire sa singularité davantage de la nature de

[15] T. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 7ème éd., 2007, n° 6.
[16] V. notamment sur cette qualification de commerçant, J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, Droit bancaire, Dalloz, 6ème éd., 1995, n° 4.
[17] C'est le cas des caisses locales et régionales du crédit agricole.
[18] T. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 7ème éd., 2007, n° 5.

l'activité que de la qualité des parties.

16. Par conséquent, l'emprunteur, l'investisseur, le professionnel qui ouvre un compte, la caution, etc., sont avant tout des clients. La notion de client est appréhendée comme le cocontractant du banquier, à travers une approche fonctionnelle de la relation. Le client est le cocontractant de la banque. Le client n'est donc pas un consommateur. Il n'est pas plus un professionnel. Ne lui alors pas appliquées les règles qui s'appliquent aux consommateurs ou aux professionnels. Il est régi par le droit de l'activité bancaire. Il importe par conséquent d'appréhender les relations banque-clients avec pragmatisme : il est vain de vouloir retenir la « une grille de lecture » du modèle contractuel retenu par le Code de la consommation : le banquier n'est pas un professionnel comme les autres, et le client n'est surtout pas un consommateur.

17. Au vrai, la banque peut être aussi fragile que le client qui ne peut honorer le remboursement de son prêt[19]. Couplée à l'accroissement des risques des produits proposés par le banquier, fragilisé par les opérations financières malheureuses que les banques sont amenées à réaliser entre elles, la relation bancaire n'est pas la relation entre le fort et le faible.

A la vue de tous ces éléments, les techniques de protection du client auraient enfin comme finalité de ménager les intérêts du client sans pour autant léser ceux de la banque. Au vrai, les intérêts des deux parties semblent liés[20].

Le rapport PASTRE résume cette situation en affirmant que la « *la solvabilité du système bancaire est un bien public*»[21] .

---

[19] V. notamment et récemment, J.-P. MATTOUT, *Le banquier, ses métiers, ses nouvelles obligations professionnelles*, RJ com. 2009, n° 1, p. 10 ; M. BOUREGHDA, *La crise financière internationale, Comment remédier à la défaillance des groupes bancaires internationaux*, JCP éd. G 2008, actu. 622 ; T. BONNEAU, *Crise financière : l'AMF hors la loi…pour la bonne cause*, RD bancaire et fin. sept.-oct. 2008, n° 1 ; H. SYNVET, *Le droit face à la finance moderne : adaptation, inadaptation ?*, RD bancaire et fin. janv.-févr. 2009, études n° 3, p. 24.

[20] En effet, il peut être avancé que le banquier protège le client de ses propres errements l'alertant sur les risques d'une opération hasardeuse par le devoir de mise en garde, qu'il le protège des tiers par le biais du secret bancaire et qu'il doit veiller à ce qu'aucune anomalie ne vienne préjudicier à son client lorsqu'il exécute son devoir de vigilance. Ces éléments tendent à nous faire penser que, tout comme dans le cas du mandat d'intérêt commun, le banquier est intéressé à la réussite des affaires de son client. Précisément, cet intérêt pour la banque peut résulter de l'éviction de la mise en cause de sa responsabilité quand, en cas d'insuccès pour le client, ce dernier tentera de faire peser la faute sur le professionnel. Enfin, cet intérêt résidera dans le bénéfice que tirera le banquier de la réussite des affaires de son client, puisque le suivi d'une saine relation d'affaire accroitra les revenus futurs du professionnel. V. sur les caractéristiques du mandat d'intérêt commun, Ch. PIGACHE, *Le mandat d'intérêt commun*, th. Paris V, 1991.

[21] O. PASTRE, *Les enjeux économiques et sociaux de l'industrie bancaire*, Rapport réalisé sous l'égide du Comité consultatif du secteur bancaire, mai 2006, Documentation française ; D. LEGEAIS, *Sur le droit au crédit*, RJ com. 2008, n° 6, p. 427.

18. Les techniques de protection du client de la banque doivent de ce fait être empruntes de nuances. D'une part, les intérêts de chacun doivent être ménagés, et d'autre part, la relation entre le client et sa banque est multiple : les banques n'obéissant pas à un modèle unique[22], ni à un mode de détention uniforme[23], ni ne répondent aux mêmes besoins[24], ni enfin ne traitent avec un même client[25]. Malgré l'hétérogénéité de ces situations, les techniques de protection s'articulent comme, nous le présentions, autour de deux axes : la protection portant sur la personne du client, et celle portant sur le contenu contractuel.

19. Les premières techniques visent à protéger le consentement et se fondent, de manière originale, sur le consensualisme pour réaliser cette protection du client (**Partie I**). L'idée est que le consentement peut être vu à la fois comme objet et sujet de protection. En effet, la protection du contractant repose sur l'idée communément admise que la volonté exprimée peut divergée de la volonté réelle, ce qui conduit à se méfier de la seule parole lorsqu'elle suffit à engager son auteur. Pour autant, nous démontrerons en quoi le consensualisme n'est pas qu'un danger pour le contractant, mais constitue aussi une technique de protection lorsqu'elle empêche le banquier de se dédire postérieurement à l'échange des volontés.

20. Les secondes techniques s'attachent elles au contenu des prestations, en s'assurant que l'engagement du client ne soit pas disproportionné (**Partie II**).

PREMIERE PARTIE
LES TECHNIQUES DE PROTECTION DU CONSENTEMENT DU CLIENT

[22] L'on citera par exemple les banques d'investissement, les banques spécialisées, les banques universelles.
[23] Les banques, hormis la Banque Postale, étaient toutes privées, l'on en trouve des multinationalisées comme Dexia, mutualisées ou non, cotés en bourse ou pas, etc. A cette heure, au vu de l'état actuel des concentrations, il existe six grandes banques : Crédit Agricole SA/ Crédit Lyonnais, BNP Parisbas/BNL/Fortis, Société Générale/Crédit du Nord, la Banque Postale, la Caisse Nationale des Caisses d'épargne/Banques Populaires et enfin le Crédit Mutuel/CIC.
[24] Ainsi une banque généraliste aura une activité variée, allant du crédit à la consommation au crédit d'exploitation en passant par le change de devises ou la location de coffres. Une banque spécialisée pourra plus spécifiquement s'orienter vers la gestion de patrimoine ou le financement ou l'acquisition d'entreprises.
[25] Il peut s'agir de personne physique, professionnel ou non-professionnel, de personne morale, société, association ou bien encore d'institutionnels, les « zinzins ».

DEUXIEME PARTIE

LES TECHNIQUES DE PROTECTION FONDEES SUR L'EQUILIBRE CONTRACTUEL

PREMIERE PARTIE

LES TECHNIQUES DE PROTECTION DU CONSENTEMENT DU CLIENT

21. Contracter suppose consentir. Le consentement paraît être préalable à tout engagement. Le Code civil illustre ce propos de manière éclatante avec l'article 1108 qui érige en conditions de validité de la convention la capacité, l'objet, la cause et le consentement. L'on ne saurait alors trop s'étonner d'analyser le consentement non seulement comme un élément de validité du contrat, mais aussi comme un moyen de protection de la partie.

Des auteurs expliquent, tout d'abord, qu' « *un individu est lié parce qu'il l'a voulu* »[26]. Mettant en avant la sécurité juridique, et retenue par le droit allemand aux termes de l'article § 116 s. BGB, une conception moins volontariste fut exprimée par la doctrine[27]. Celle-ci affirme qu'au-delà de la simple intention réelle doit primer la volonté exprimée. Si l'expression du consentement de la partie dépasse son intention véritable, cette dernière doit en supporter les conséquences. Le droit civil français, opte quant à lui pour une position emprunte de nuance : la volonté déclarée prime sur la volonté réelle si l'on ne peut parvenir à démontrer l'existence d'une discordance entre elles. En présence d'une telle discordance, celle-ci entraînera la nullité du contrat, ce qui se traduit par le respect des conditions de validité du consentement, lesquels postule que celui-ci ne soit pas vicié. L'article 1109 du Code civil rappelle en énumérant les obstacles au consentement, que sont l'erreur, la violence ou le dol. La jurisprudence fournit nombre d'illustrations de nullité en pareils cas[28]. Ces mesures curatives qui nécessitent une action en justice, tendent à assurer l'existence du consentement.

---

[26] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2008, n° 93, p. 106.

[27] R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, 1909

[28] Pour une illustration de l'erreur, quant à l'objet du contrat, chacune des parties a en vue un bien différent, l'un pensant acheter un immeuble, l'autre croyant céder des parts sociales, CA paris, 8 juill. 1966, Gaz. Pal. 1967.1.33.

Sur le fondement du dol, est annulable la convention de cautionnement lorsque une partie a usé de manœuvres telles que, sans elles, l'autre partie n'aurait à l'évidence jamais contracté. Ainsi des informations retenues par le créancier et qui eussent dissuadé la caution de s'engager, aurait vicié la convention. V. en ce sens, pour la situation largement obérée ou l'endettement prévisible, Cass. civ. 1re, 21 janvier 1981, Bull. civ. I, n° 25, D. 1981, Inf. rap. p. 503, obs. M. VASSEUR, Cass. civ. 1re, 10 mai 1989, Bull. civ. I, n° 187, *JCP* 1989, II, 21363, note D. LEGEAIS ; *Banque* 1989, 758, obs. J.-L. RIVES-LANGE ; *Defrénois* 1989, p. 1049, obs. L. AYNES. Toutefois, doit-on préciser que le dol incident n'entraînera pas la nullité, et si le passif du débiteur se révèle un peu plus conséquent que ne le savait la caution, cette dernière pourra toujours

22. Toutefois, il apparaît qu'il existe d'autres manières de protéger la partie au contrat. En effet, protéger contre les vices du consentement permet d'assurer l'intégrité de celui-ci ne permet de protéger le consentement du client dans certains cas. Ce sont les cas dans lesquels le contractant ne s'engagera pas en connaissance de cause alors même qu'il ne pourra être fondé à invoquer l'un cas de vices du consentement de l'article 1109 du Code civil. Ainsi, si cet engagement a pour origine la méconnaissance d'une information qui aurait pu modifier cet engagement, le contractant ne pourra se prévaloir du dol dès lors que l'autre partie n'a pas témoigné de l'intention dolosive ou simplement si les informations transmises relèvent du *dolus bonus*.

Enfin, les mécanismes de sanction du vice du consentement sont des techniques curatives, si bien qu'elles ne permettent une protection qu'une fois la faute réalisée. Dans une optique préventive, d'autres techniques existent, et la jurisprudence en donne quelques exemples avec les obligations précontractuelles d'information qu'elles imposent sous le visa des articles 1134 alinéa 3[29] ou 1147[30] du Code civil. Il est d'ailleurs paradoxal de constater qu'il s'agirait d'obligations précontractuelles d'information, visant à protéger le consentement de celui qui s'engage, alors que le fondement textuel retenu pour imposer ces obligations réside dans l'article 1134, relatif aux effets du contrat[31]. L'idée est que le contractant est créancier d'une obligation d'information précontractuelle. Ainsi plutôt que de débusquer *a posteriori* les vices du consentement, ce qui a fait l'objet de doutes concernant l'efficacité de ces techniques[32], il convient de développer en amont une politique de protection préventive des parties. Elles peuvent être donc vues comme une technique de protection du consentement de la partie qui s'engage.

23. Cette protection en amont prend la forme de la protection préventive du consentement : il est question de mettre le client en situation de pouvoir apprécier la portée de son engagement, ce qui passe par la transmission d'information à son profit. Si le client ne

---

[29] V. ainsi l'obligation précontractuelle qui s'impose au franchiseur sous le visa des articles 1er de la loi Doubin du 31 déc. 1989 et 1134 du Code civil, Cass. com., 24 févr. 1998, n° 95-20.438. V. encore Cass. com., 8 oct. 2003, n° 01-14.634.

[30] V. à titre d'illustration l'obligation précontractuelle d'information que l'on fait peser sur le banquier au titre de l'article 1147 du Code civil, dont il est dégagé en l'espèce, Cass. com., 30 oct. 2007, n° 06-14.226.

[31] En effet, la disposition du Chapitre III intitulé « de l'effet des obligations » retenu pour fonder l'obligation d'information, l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, montre un certain paradoxe dans le choix du visa. Toutefois, la bonne foi s'impose aussi au stade de la formation du contrat, comme en témoigna le projet de Code civil de l'an VIII qui prévoyait que « les conventions doivent être *contractées* et exécutées de bonne foi ».

[32] C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. Paris II, éd. 2002.

connait pas un élément décisif dans l'orientation de ses choix contractuels et que le banquier cet élément, alors c'est à celui qui sait d'informer celui qui ne sait pas. C'est une application de la bonne foi au stade de la formation du contrat[33].

Précisément, ces informations peuvent revêtir une intensité variable et intéresser des périodes différentes de l'opération contractuelle : portant sur des faits objectifs, elles sont des obligations d'information ou de renseignement[34]. Portant sur l'opportunité de conclure le contrat au regard des avantages et inconvénients de celui-ci, elle est classiquement qualité d'obligation de conseil[35]. Quand elles sont dues avant la conclusion de l'acte, elles sont des obligations précontractuelles, et contractuelles une fois le contrat formé[36]. Le législateur fournit maintes illustrations de ces obligations, notamment au regard des dispositions législatives spéciales[37], et notamment au moment de la conclusion du contrat avec le banquier. Il convient donc d'étudier ces techniques de protection du consentement (**Titre II**).

24. Fondamentalement, la protection du consentement du client évite que ce dernier ne soit engagé par le seul fait d'échanger les volontés. Imposer au banquier de respecter une certaine forme, comme pour le cas du crédit à la consommation avec l'offre préalable, est un exemple de cette protection contre les dangers du consensualisme. Pourtant, nous démontrerons que contrairement à l'idée majoritairement partagée[38], le consensualisme peut s'analyser comme une technique de protection du client (**Titre I**).

C'est ainsi le cas quand l'anticipation de la formation contractuelle permettra au client d'avoir la certitude que son cocontractant exécutera sa prestation. C'est encore le cas lorsque

---

[33] En ce sens, V. P. JOURDAIN, La bonne foi dans la formation du contrat, Trav. Ass. H. CAPITANT 1992, p. 121.

[34] Y. BOYER, *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat*, th. Aix 1977.

[35] B. DE SAINT-AFFRIQUE, *Du devoir de conseil*, Defrénois 1995, p. 913 ; J. MESTRE, RTD civ. 1999, p. 83.

[36] Un auteur propose une distinction différente, suivant qu'elle vise à permettre une exécution satisfaisante du contrat ou à exprimer un consentement éclairé, V. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1992, n° 281, p. 234. V. H. CAUSSE, *Impertinences sur l'obligation d'information et la responsabilité de l'intermédiaire financier*, *Mélanges D. SCHMIDT*, Joly Editions, 2005, p. 158, n° 20 qui explique la difficulté de recourir à des critères pour déterminer si l'obligation est précontractuelle ou contractuelle, et l'incohérence du critère de l'obligation d'information dégagé avec la jurisprudence de la Cour de cassation. Cette dernière, au sujet d'une information influençant le consentement, donc précontractuelle, retient le visa de l'article 1147 pour casser. Manifestement, c'est retenir un fondement contractuel pour une information apparaîtrait comme précontractuelle. Comme le formule l'auteur, « *l'existence d'un nombre infini d'informations d'une importance infiniment variées met en échec tout critère catégorique qui, par nature, tend à nier cette diversité* ».

[37] V. l'obligation du vendeur de fonds de commerce d'énoncer dans l'acte de cession certaines mentions, L. 141-1 du Code de commerce ; l'obligation d'information générale sur les caractéristiques essentielles du bien ou du service de l'article L. 111-1 du Code de la consommation ; les obligations d'informations en matière de crédit à la consommation de l'article L. 311-1 et suivants du Code de la consommation, etc.

[38] V. ainsi F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2008, n° 132.

le retardement de la formation de l'acte lui permettra au contraire de pouvoir mûrir son choix par la réflexion ou le dédit.

TITRE I

LA PROTECTION DU CLIENT PAR LE CONSENSUALISME

25. Les dispositions tirées de l'article 1109 du Civil, qui sanctionnent les vices du consentement, assurent la protection de la partie. D'autres répondent de la même finalité, mais ne suivent pas la même technique. En effet, ces dispositions ne visent pas à protéger le consentement, comme sujet de protection, mais au contraire font du moment de formation du contrat une technique de protection, si bien que les effets du consentement deviennent eux-mêmes un moyen de protéger le client du banquier. Cependant il n'existe pas d'unité au sein de ces techniques, et l'ont peut distinguer celles-ci suivant qu'elles ont pour finalité de réaliser une anticipation de la formation du contrat (**Chapitre I**) ou au contraire un retardement de cette formation (**Chapitre II**). Si les premières permettent de renforcer la sécurité juridique pour le client de la banque, les secondes autorisent à réfléchir davantage sur la portée de son engagement.

26. Il existe alors des techniques de protection qui fondent la protection du client sur le moment de formation du contrat. Il s'agit de protéger une partie en créant un lien de droit contraignant à l'encontre du banquier, de sorte que l'échange des volontés soit suffisant pour assurer la force contraignante de l'obligation.

Il ne s'agit alors plus de considérer le consensualisme comme une modalité de formation du contrat, dangereuse pour la partie qui s'engage à la légère. Au contraire, ce mode de formation devient technique de protection.

Ce paradoxe s'explique par le caractère dualiste du consentement : le consentement comme anticipation ou le consentement comme dédit.

Comme anticipation, il assure la sécurité juridique de l'acceptant d'une offre par l'engagement irrévocable du pollicitant : la formation n'est pas conditionnée à la réalisation ultérieure d'une prestation, à l'image de la remise des fonds pour le prêt.

Comme dédit, la loi peut exiger que le consentement ne puisse être donnée immédiatement ou qu'il puisse être révoqué.

CHAPITRE I

LES TECHNIQUES DE PROTECTION VISANT A ANTICIPER LA PERFECTION DU CONTRAT

27. Le caractère réel d'un contrat trouve sa justification d'ordre pratique dans le fait que, si la convention venait à être annulée, l'emprunteur se trouverait dans l'impossibilité matérielle de devoir restituer ce qu'il n'a pas encore reçu. Ainsi avant de devoir rendre, faut-il logiquement avoir déjà eu la chose à restituer. Or pour devoir rendre, le contrat doit être déjà formé. Il est alors logique de faire tenir la formation de ce contrat à la *traditio*, laquelle produira ses effets à l'égard de l'emprunteur restituant. Toutefois, en matière de prêt d'argent, l'emprunteur n'a pas la possibilité de contraindre le prêteur à s'exécuter, si ce dernier refuse de lui remettre les fonds promis, le contrat n'étant pas encore formé. Il apparaît donc que l'exécution forcée lui soit naturellement refusée, puisque la remise des fonds n'est encore qu'une promesse de faire et non une obligation contractuelle qui n'est encore née.

28. L'enjeu de la qualification consensuelle du contrat de prêt a donc une influence sur la protection de l'emprunteur. Si l'on décide qu'un contrat réel devra se former *solo consensu*, l'on évince la formation *re*[39] du contrat. Cela conduit à anticiper celle-ci, et assure la sécurité juridique au profit de l'emprunteur puisque ce dernier devient créancier du prêteur dès l'échange des volontés (**Section I**).

29. Enfin, l'on observe que l'application des règles relatives à l'échange de volontés a une influence sur le comportement du banquier, spécifiquement dans deux cas.

D'une part lors des pourparlers avec son client quand il doit être loyal à son égard et qu'il ne doit pas laisser croire qu'il entend s'engager lorsque la réalité est toute autre.

D'autre part, et à l'inverse, quand il désire rompre un contrat sans informer au préalable son client. Dans ces hypothèses, nous démontrerons que le consensualisme incite le

[39] Il convient d'entendre la formation *re*, au contraire de la formation *solo consensu*, au sens de la formation de l'acte qui s'opère dès la remise de la chose, ce qui est de l'essence même du contrat réel.

banquier, pour échapper à sa responsabilité, à anticiper ou à maintenir une relation contractuelle qui était vouée à ne pas naître ou à disparaître (**Section II**).

Cette démonstration avance que l'effet protecteur du consensualisme à l'égard du client est double : à la fois sur les modalités de formation du contrat en anticipant un droit de créance sur le banquier, et sur la manière dont ce dernier peut procéder pour rompre des pourparlers ou dénoncer une relation contractuelle déjà établie.

SECTION I

LA PROTECTION PAR LA FORMATION *SOLO CONSENSU* DU CONTRAT DE PRET

30. Traditionnellement, le contrat réel est celui dont la formation dépend de la remise d'une chose. De cette manière, la réunion des conditions de l'article 1108 du Code civil ne suffit pas à assurer la formation du contrat si la chose n'est pas remise au créancier. Reprenant la tradition romaine et l'Ancien droit, le Code civil énumère les contrats qui ont ce caractère. L'on y trouve le prêt à usage ou commodat[40], le contrat de dépôt[41] et le gage[42]. A ces contrats du code, la jurisprudence y ajoute le transport de marchandises[43] et, admet la validité des donations mobilières[44] quand le donataire est en possession de la chose donnée.

31. Cette catégorie de contrat, contestée par certains auteurs[45], se rétrécit[46]. En matière bancaire, l'illustration la plus frappante est fournie par la nature du contrat de prêt conclu avec un professionnel du crédit. Alors que la position de la jurisprudence semblait fixée, en assimilant le contrat de prêt à la consommation à un contrat réel[47], cette position évolue. Nous montrerons que sous l'impulsion de la loi (§ 1) et sous l'influence de la jurisprudence (§ 2), le contrat de prêt conclu avec le banquier devient un contrat formé *solo consensu*.

---

[40] Art. 1875 du Code civil.
[41] Art. 1915.
[42] Art. 2071.
[43] Cass. civ., 27 mai 1918, DP 1926,1, p. 204.
[44] Et cela malgré les termes de l'article 931 qui dispose que « *tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité.* »
[45] V. notamment : M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, 2ème éd., par P. ESMEIN, LGDJ, 1952, n° 120 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, *Les obligations*, 2ème éd., t. 1, Sirey, 1988, n° 62.
[46] F. COMBESCURE, *Existe-t-il des contrats réels en droit français ?*, Rev. crit. lég. et jur. 1903, p. 477 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ?*, RTD civ. 1985, p. 3.
[47] Cass. civ. 1ère, 20 juill. 1981, Bull. civ. I, n° 267 ; Defrénois 1982, p. 1085, obs. J.-L. AUBERT ; RTD civ. 1982, p. 427, obs. Ph. REMY ; Grands arrêts de la jurisprudence civile, n° 269.

§ 1 : LA CONSECRATION PAR LE LEGISLATEUR DU CARACTERE CONSENSUEL DES PRETS A LA CONSOMMATION ET IMMOBILIER

32. Au lendemain des lois Scrivener relatives aux contrats de prêts immobiliers et de prêt à la consommation, les articles L. 311-1 et s.et L. 312-1 et suivants du Code de la consommation instaurent une formation *solo consensu* de ces contrats (A). Cela, en plus de modifier la manière dont le contrat se forme, a une influence substantielle sur les obligations des parties (B). Conséquemment, ces techniques de protection fondée sur le consensualisme améliorent la situation de l'emprunteur.

A) Le consentement comme élément de formation du contrat de prêt

33. Le rôle pris par l'échange des consentements dans la formation du contrat de prêt s'explique par l'éviction progressive de la remise de la chose comme critère de formation de ces contrats (1°). Si le consensualisme vise notamment à protéger le client du banquier, spécialement en matière de prêt en permettant à celui-ci d'être créancier d'une obligation de remise des fonds, il a pour conséquence de modifier les solutions sur le terrain de la preuve de l'existence du contrat (2°).

1° L'éviction du rôle classique de la remise des fonds

34. Evoquer la remise des fonds dans l'opération de crédit implique tout d'abord de présenter cette notion d'« *opération de crédit* ». Le terme de crédit désigne une pratique, à l'origine comptable. Le législateur en a fait une notion juridique et définit cette opération à 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.* » De ce texte il ressort que l'opération de crédit peut revêtir trois formes : l'octroi d'un délai de paiement, l'engagement de garantir une dette ou enfin la mise à disposition de fonds, au travers d'une ouverture de crédit au profit du client. Cette mise à disposition de fonds est polymorphe, elle regroupe notamment la cession Dailly, l'escompte, l'affacturage, le crédit-bail, le découvert en compte courant, etc. Alors que l'opération de crédit constitue un terme générique pour qualifier

l'opération en vertu de laquelle le client bénéficie d'un financement, le terme « *ouverture de crédit* » se rattacherait à l'opération juridique permettant au client de bénéficier de l'engagement du banquier de lui déposer les fonds. Toutefois, le législateur, au contraire de la jurisprudence[48], ne retient jamais cette expression d'« *ouverture de crédit* ». La loi n'a donc jamais défini cette notion.

35. La lecture de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier semble cependant donner quelques indications sur la nature de l' « ouverture de crédit » : le choix des termes « *met ou promet de mettre des fonds à la disposition* » du client nous incite à penser que l'ouverture de crédit s'analyserait en une promesse de contracter. La conception traditionnelle du contrat de prêt comme contrat réel conduirait à la même solution : le contrat se formant par la remise de la chose, le banquier, dès l'ouverture, ne serait créancier que d'une obligation de faire. Il aurait l'obligation de répondre à son client et s'engage au terme d'une promesse de délivrer les fonds pour le cas où ce dernier lève l'option.

L'engagement du prêteur ne serait pas donc définitif, et ne l'engagerait alors nullement à délivrer la chose promise, mais seulement à répondre au client qui lève l'option. La promesse de crédit peut donc analysée en une mise à disposition future de fonds[49]. La Cour de cassation confirme cette analyse dans un arrêt du 21 janvier 2004[50]. L'attendu, limpide, expose que « *l'ouverture de crédit, qui constitue une promesse de prêt, donne naissance à un prêt, à concurrence des fonds utilisés par le client* ». La doctrine, qui avait déjà pu pencher auparavant pour la même analyse, confirme cette solution[51].

Il convient alors de distinguer, au terme de cet arrêt, les notions de « crédit » et d'« ouverture de crédit » : d'après l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, l'ouverture de crédit, par le biais de la promesse de remise de fonds, est une forme

---

[48] A titre d'illustration, V. ainsi Cass. com., 24 sept. 2003, n° 00-19.067, Bull. civ. IV, n° 136 ; D. 2003, AJ, p. 2568 ; JCP éd. E 2004, n° 6, p. 231, note G. LAMORIL ; Banque et Droit nov.-déc. 2003, n° 50, obs. N. RONTCHEVSKY ; Banque et Droit janv.-févr. 2004, n° 56, obs. T. BONNEAU ; RJDA 2004, n° 227 ; Dr. sociétés 2004, n° 52, obs. F.-G. TREBULLE ; Bull. Joly 2003. 1260, note J.-F. BARBIERI.

[49] T. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 7ème éd., 2007, n° 502.

[50] Cass. com., 21 janv. 2004, Bull. civ. IV, n° 13 ; Banque et droit, n° 95, mai-juin 2004, n° 50, obs. T. BONNEAU ; LPA 9 févr. 2004, p. 5, rapport M. COHEN-BRANCHE ; JCP éd. G 2004, II, 10062, note S. PIEDELIEVRE ; JCP éd. E, n° 649, note O. SALATI ; JCP éd. E, n° 736, obs. J. STOUFFLET ; RTD com. 2004, p. 352, obs. D. LEGEAIS ; D. 2004, jur. p. 1149, note C. JAMIN ; RD bancaire et fin. mai-juin 2004, n° 178, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; RJDA juin 2004, n° 744. V. aussi. D.-R. MARTIN, *De l'ouverture de crédit*, RD bancaire et fin. mars-avr. 2004, n° 134 ; Y. TCHOTOURIAN, *L'engagement pris par l'emprunteur d'utiliser le crédit que la banque met à sa disposition constitue-t-il le nouveau critère de la distinction du prêt et de l'ouverture de crédit ?*, RJDA juill. 2004, p. 731.

[51] F. GRUA, *Les contrats de base de la pratique bancaire*, Litec, 2001, n° 324 ; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, Litec, 7ème éd., 2008, n° 3621 ; pas plaire à tout le monde.; S. PIEDELIEVRE, *Droit bancaire*, PUF Thémis, 2003, n° 414 ; T. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 7ème éd., 2007, n° 502.

d'opération de crédit. Le crédit est donc une notion plus vaste qui comprend l'ouverture de crédit. Techniquement, cette ouverture a pu être vue comme « *le droit pour le banquier à consentir* »[52].

36. L'ouverture de crédit engendre donc au profit du client une promesse de prêt, qui ne devient un contrat de prêt qu'une fois la remise des fonds effectuées. Cette conception respecte, comme DARTIGUELONGUE a pu le montrer « *le caractère réel du contrat de prêt, tel que l'a nettement déterminé, l'article 1892 du Code civil* »[53] .

Précisément, cet article dispose que « *le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité* ». Cet article renseigne sur la nature du contrat de prêt : l'emploi de l'expression « *livre à autrui une certaine quantité de choses* » ne laisserait que peu de doute quant à la nature réelle du contrat. C'est ainsi la remise d'une chose qui est la prestation caractéristique de ce contrat[54]. Aucun élément du contrat autre que la remise des fonds ne pourrait influencer la nature du contrat de prêt : peu importe alors l'objet sur lequel porte le contrat de prêt, que cela soit un prêt d'argent ou un prêt d'un bien meuble. Aux termes de l'article 1892 du Code civil, tous les contrats de prêts auraient vocation à se former *re*.

37. Toutefois, l'étude de la législation sur certaines opérations spécifiques de crédit semble remettre en cause cette analyse traditionnelle. Précisément, l'article L. 311-15 du Code de la consommation, relatif au crédit à la consommation, dispose que « *lorsque l'offre préalable ne comporte aucune clause selon laquelle le prêteur se réserve le droit d'agréer la personne de l'emprunteur, le contrat devient parfait dès l'acceptation de l'offre préalable par l'emprunteur* ». Cette disposition diverge de la conception réelle du contrat de prêt que l'on présente traditionnellement. Selon cet article L. 311-15, le contrat se forme par la rencontre des volontés et non plus par la remise de la chose, puisque c'est l'acceptation de l'offre qui entraîne la perfection de l'acte. Il s'agit donc ici d'une exception spéciale de la loi au caractère réel du contrat de prêt du Code civil.

---

[52] G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 2, LGDJ, 17ème éd., 2004, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, t. 2, n° 363 ; J. ESCARRA, *Principes de droit commercial*, t. 6, p. 479 ; J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, Dalloz, 1995, n° 363.
[53] B. DARTIGUELONGUE, *L'ouverture de crédit*, th. Paris, 1938, p. 10.
[54] B. DARTIGUELONGUE, *op. cit.*, p. 10.

Le crédit à la consommation n'est pas le seul à connaître cette exception à la conception réelle du prêt, il semble en être de même pour le crédit immobilier, mais de manière moins flagrante. Le législateur est intervenu pour protéger l'emprunteur contre les dangers supposés du crédit immobilier. Le texte fondateur est issu de la loi du 13 juillet 1979, devenu les articles L. 312-1 à L. 312-36 du Code de la consommation. L'article L. 312-11 renseigne sur la nature du contrat de prêt immobilier, et fait de l'échange des consentements un élément fondamental du crédit immobilier. Celui dispose en effet que « *jusqu'à l'acceptation de l'offre par l'emprunteur, aucun versement, sous quelque forme que ce soit, ne peut, au titre de l'opération en cause, être fait par le prêteur à l'emprunteur ou pour le compte de celui-ci, ni par l'emprunteur au prêteur. Jusqu'à cette acceptation, l'emprunteur ne peut, au même titre, faire aucun dépôt, souscrire ou avaliser aucun effet de commerce, ni signer aucun chèque. Si une autorisation de prélèvement sur compte bancaire ou postal est signée par l'emprunteur, sa validité et sa prise d'effet sont subordonnées à celle du contrat de crédit* ». L'acceptation de l'offre préalable conditionne donc l'exigibilité des obligations des parties. Or conditionner l'exigibilité d'obligations contractuelles implique le contrat soit déjà formé, et si la remise des fonds n'a pas encore eu lieu, c'est que seul l'échange des volontés a suffit à la perfection de l'acte, si bien que le contrat ne peut se former que *solo consensu*.

38. Il semble donc que l'acceptation de l'emprunteur soit, de manière similaire pour le contrat à la consommation, l'élément qui forme le contrat. En effet si l'emprunteur ne peut procéder à aucun versement tant que son acceptation n'a pas été donnée, l'on doit alors considérer que le législateur subordonne l'exigibilité de cette obligation à la manifestation de son accord à l'offre de prêt. La Cour de cassation a d'ailleurs confirmé, dans un avis du 9 octobre 1992[55] et par un arrêt du 27 mai 1998[56], que « *les prêts régis par les articles L. 312-7 et s. du Code de la consommation n'ont pas la nature de contrat réel* ». Sans pour autant le mentionner expressément, le législateur a donc calqué le régime du crédit immobilier sur celui du crédit à la consommation. Le propos n'est guère surprenant. En effet ces deux régimes visent la protection de l'emprunteur non professionnel[57], ce qui exclue alors l'emprunteur professionnel. L'opposition avec la conception du contrat de prêt retenue par le

[55] Cass. avis, 9 oct. 1992, Bull. avis, n° 4 ; D. 1993, somm. p. 188, obs. P. JULIEN, 6ème espèce.
[56] Cass. civ. 1ère, 27 mai 1998, D. 1999, jur. p. 194 ; D. 1999, somm. p. 28, obs. N. JOBARD-BACHELIER ; Defrénois 1999, p. 21, obs. S. PIEDELIEVRE ; D. 2000, jur. p. 50.
[57] L'on rapprochera dans les deux régimes les cas d'exclusion du professionnel visés aux articles L. 311-3 pour le crédit à la consommation et L. 312-3 pour le crédit immobilier.

Code civil est patente. La remise de la chose, objet du contrat, les fonds, devient une obligation d'un contrat déjà née. Les conséquences du caractère consensuel du contrat ne touchent d'ailleurs pas que l'exigibilité des obligations de l'emprunteur, celles-ci ont un impact sur le terrain de la preuve.

2° L'influence du consensualisme sur la preuve du contrat

39. Dans les contrats qui ne sont pas régis par le Code de la consommation ou qui ne sont pas conclus avec des professionnels du crédit[58], la remise de la chose est, en plus de former le contrat, un moyen de prouver pour le prêteur l'existence de la convention de prêt.

Lorsque d'un créancier remet des fonds à un client, il aura ainsi tout intérêt de prouver qu'il s'agit d'un prêt pour bénéficier du paiement des intérêts.

En pratique, la question se pose souvent lorsque qu'un créancier remet un chèque à un débiteur et qu'il invoque l'existence d'un contrat de prêt. Pour la jurisprudence, la seule remise de la chose, par l'endossement d'un chèque par exemple, ne vaut pas preuve du contrat de crédit, mais simplement commencement de preuve[59].

40. Pour les contrats se formant par la *traditio*, cette solution est conforme à l'orthodoxie juridique. Il convient de rappeler au regard de l'interdiction de se constituer des preuves à soi-même, que le prêteur ne peut invoquer un écrit émanant de lui-même. Par un arrêt du 11 avril 1995, la Cour de cassation semble confirmer le propos en ces termes : « *l'écrit doit émaner de la personne à laquelle il est opposé et non de celle qui s'en prévaut* ».

Conséquemment, la preuve du contrat de prêt régi par le Code civil nécessite alors la démonstration de l'existe d'une remise des fonds certes, mais aussi de la cause de cette remise. C'est-à-dire la volonté de fournir une chose à charge pour l'autre partie de la restituer. Cette preuve de la restitution est importante car il en est qui sont à titre gratuit, pour la donation, d'autres à titre onéreux, pour le prêt d'argent. Enfin si la restitution n'existe pas,

---

[58] La Cour de cassation a étendu le caractère consensuel à tous les contrats de prêt consentis par des professionnels, peu important l'objet de ceux-ci, V. *infra* n° 77 ; V. notamment en ce sens pour l'arrêt de principe : Cass. civ. 1ère, 28 mars 2000, Bull. civ. I, n° 105, p. 70 ; JCP 2000, II, 10296, concl. Avocat général J. SAINTE-ROSE; JCP N, 2000, p. 1270, note D. LOCHOUAM; Contrats, conc., consom. 2000, comm.. n° 106, obs. L. LEVENEUR; Defrénois 2000, art. 37188, n° 41, obs. J.-L. AUBERT; D. 2000, jur. p. 482, note S. PIEDELIEVRE; ibid.

[59] Cass. civ. 1ère, 3 juin 1998, n°96-14.232 ; Bull. civ. 1998, I, n° 195 ; JCP G 1999, II, 10062, note PRIEUR ; D. 1999, p. 453, note Ch. RAVIGNEAUX ; JCP E 1998, 1072, note P. MORVAN.
contra. Cass. Civ. 1re, 11 avril 1995, n° 93-13.246 ; JCP G 1995, II 22554, pour les juges, constitue au contraire un commencement de preuve par écrit.

l'emprunteur peut alléguer qu'il s'agit d'une vente s'il y a transfert de propriété d'une chose en contrepartie. L'enjeu est donc de démontrer la cause de cette remise de fonds. En pareil cas, la preuve de l'usage de fonds à charge de les restituer, ne saurait être prouvée que par l'existence d'un accord de volonté des parties sur cette modalité de prêt et de restitution. L'écrit semble alors s'imposer à cette fin. Sans la preuve de ces éléments, l'emprunteur ne peut pareillement pas opposer au banquier l'existence d'un contrat de prêt.

41. A l'inverse, pour ce qui est du contrat de prêt conclus en vertu du Chapitre I et II du Livre III du Code de la consommation, **nous montrerons que la remise des fonds n'a plus aucun rôle probatoire dans la preuve du contrat de prêt.**

Il s'agit dorénavant d'une modalité dans l'exécution de la convention et non d'un élément de formation de celle-ci. La conséquence de la formation *solo consensu* du contrat sur le régime probatoire est qu'il suffit de démontrer l'existence d'un accord de volonté entre les parties pour prouver la réalité du prêt, mais plus que les fonds ont été remis.

Cela contraindra tant le prêteur au versement des fonds, que l'emprunteur au paiement des intérêts. L'écrit qu'impose le formalisme des articles L. 311-8 et L. 312-7 du Code de la consommation facilite d'ailleurs cette preuve[60].

Cette protection des parties, fondant leur responsabilité sur le respect de la parole donnée par l'autre, revient sur la rigueur de la jurisprudence qui ne voyait dans la preuve de la remise qu'un commencement de preuve[61].

42. Une question se pose naturellement. Si le régime de la preuve est modifié par la technique de protection du client fondée sur le consensualisme, cette technique a-t-elle une influence sur les obligations des parties ? Cette se pose avec d'autant plus d'acuité que la remise a changé de rôle au sein de la formation du contrat.

B) L'influence du consensualisme sur les obligations des parties

43. Les conséquences de la qualification de contrat consensuel à l'égard du contrat de prêt sont d'autant plus importantes que l'ouverture de crédit est « *le fleuron de la pratique*

[60] En effet, les articles mentionnés exigent la règle du double original, L. 311-8 c. consom. et la forme écrite pour l'offre préalable, L. 312-7 c. consom.
[61] Cass, civ. 1re, 3 juin 1998, précité.

bancaire »[62]. Ces conséquences sont aussi importantes que l'est cette pratique pour le secteur bancaire. Cela concerne spécifiquement les crédits sans décaissement, avec lesquels la banque fournit de la trésorerie à court terme pour les entreprises, commerçants mais aussi les particuliers par le biais du crédit à la consommation. L'on comprend donc tout l'intérêt pratique que peut avoir une requalification de la nature du contrat de prêt sur les obligations contractuelles des parties.

Pour étudier cette influence, il convient de décomposer le crédit en deux temps. L'influence se manifeste d'une part au moment de la promesse de prêt et à celui de la remise des fonds d'autre part.

1° l'influence du caractère consensuel du contrat de prêt au moment de la promesse de prêt

44. Il convient de rappeler ce qu'il en est de l'ouverture de crédit pour les contrats de prêt formés par la remise de la chose, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas visés par le Code de la consommation, ainsi que ceux dans lesquels le prêteur n'est pas un professionnel du crédit.

L'ouverture de crédit s'analyse classiquement en une promesse qui n'avait pour autre obligation à l'encontre du prêteur que d'engager ce dernier en vertu d'une promesse unilatérale de prêt. Un établissement, le promettant, se lie dès l'émission de la promesse à répondre à l'appel d'un client pour lui fournir des fonds, et cela aux conditions et modalités initialement déterminées. Le bénéficiaire de la promesse, l'emprunteur, quant à lui, est simplement investi de la faculté de d'accepter ou pas la promesse. Il est ainsi généralement admis que cette promesse est un engagement unilatéral[63].

C'est toutefois un engagement unilatéral pour le seul cas où le banquier ne demande pas le versement d'une commission d'engagement, ou de confirmation. S'il la demande, l'ouverture de crédit génère une promesse ayant un caractère synallagmatique[64]. L'emprunteur est en effet engagé au versement de cette commission destinée à compenser l'immobilisation de la créance mobilisée par la banque.

45. Dans l'hypothèse de l'acceptation de la promesse de prêt, il bénéficiera de l'engagement du prêteur de lui remettre les fonds promis. Cette remise, une fois effective, marquera le début de la seconde phase, celle de la naissance du contrat de prêt d'argent.

---

[62] D.-R. MARTIN, *De l'ouverture de crédit*, RD bancaire et fin., mars-avril 2004, n°2, p. 134

[63] En ce sens, T. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 7 éd., 2007, n° 504, qui remarque le client n'a aucune obligation, il peut ne pas utiliser l'ouverture de crédit.

[64] B. SOUSI-ROUBI, Lexique de banque et de bourse, v° Commission d'engagement

Durant cette phase, l'emprunteur n'est soumis à aucune obligation puisque la rémunération du banquier n'a lieu que pour la somme effectivement mise à sa disposition. Par la remise des fonds, cet emprunteur devient ensuite débiteur des obligations de restitution et de rémunération du banquier, par le biais du paiement des intérêts. Dans cette conception classique l'obligation du banquier durant l'ouverture de crédit est une obligation de faire. Le banquier s'engage à maintenir l'option et à déposer les fonds si l'option contenue dans la promesse a été levée par l'emprunteur.

46. A l'inverse, le Code de la consommation, qui anticipe la formation du contrat par la technique du consensualisme, fait naître *solo consensu* les obligations du contrat de prêt au profit de l'emprunteur.

La promesse acceptée devient alors un contrat liant dorénavant les deux parties, et le prêteur est donc engagé par l'échange des volontés, doit remettre les fonds.

L'on déduire d'une part, que l'emprunteur devra exécuter ses obligations nées du contrat, c'est-à-dire rémunérer le prêteur, mais aussi retirer les fonds. Dès que celui-ci accepte l'offre préalable, il ne peut plus se dédire, sauf à faire jouer le droit de rétractation de l'article L. 311-15 du Code de la consommation si celui-ci est applicable à l'espèce.

A son tour, le prêteur, dès l'ouverture de crédit, s'engage à remettre les fonds au bénéficiaire de la promesse que ce dernier a accepté en levant l'option. **Par conséquent, une fois que les volontés se sont rencontrées, l'obligation du banquier n'est plus une obligation de faire, mais de donner**. Concrètement, il doit transférer la propriété des fonds au client[65].

47. L'intérêt de retenir la nature consensuelle du contrat de prêt tient à la question de la sanction du défaut de mise à disposition des fonds. Cette question a occupé en jurisprudence, et en doctrine, une place relativement importante. Un arrêt de la première chambre de la Cour de cassation du 28 mars 2000[66], qui étend le caractère consensuel du prêt à tous les contrats conclus avec un professionnel du crédit nous fournit une illustration de ce contentieux. Les héritiers d'un emprunteur souhaitaient bénéficier du prêt négocié par le *de*

---

[65] T. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 7ème éd., 2007, n° 502 et suivants.

[66] Cass. civ. 1ère, 28 mars 2000, Bull. civ. I, n° 105, p. 70 ; JCP 2000, II, 10296, concl. Avocat général J. SAINTE-ROSE; JCP N, 2000, p. 1270, note D. LOCHOUAM; Contrats, conc., consom. 2000, comm.. n° 106, obs. L. LEVENEUR; Defrénois 2000, art. 37188, n° 41, obs. J.-L. AUBERT; D. 2000, jur. p. 482, note S. PIEDELIEVRE; ibid. 2000, somm. p. 1615, obs. M.-N. JOBARD-BACHELIER; D. 2001, somm. P. 1615, obs. M.-N. JOBARD-BACHELIER; D. 2002, somm. p. 640, obs. D.-R. MARTIN ; H. CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, t. 2, 11ème éd. par F. TERRE et Y. LEQUETTE, 2000, § 270.

cujus, lequel n'étant pas encore formé, puisque les fonds n'ont pas été remis avant son décès. Un accord définitif était venu, préalablement au décès, sceller la promesse de la banque qui a refusé de considérer le contrat de prêt formé, faute de remise des fonds. L'enjeu est de savoir si les héritiers pouvaient ou non procéder à cette remise par exécution forcée. La sanction de la non-remise des fonds est l'élément principal du contentieux. Le banquier est-il simplement soumis au versement de dommages-intérêts pour inexécution de la promesse de prêt acceptée ou bien peut-on le contraindre à l'exécution forcée et donc à remettre les fonds promis ?

48. La réponse dépendra de la conception retenue quant à l'élément qui fait naître le contrat de prêt, et donc dépendra de la nature de ce contrat. Durant un temps, et par le truchement d'arrêts anciens, il semblait que le débat devait être solutionné en faveur de l'attribution de dommages et intérêts, et cela depuis un arrêt de la première Chambre civile en date du 20 juillet 1981[67]. Il faut donc admettre que l'inexécution d'une promesse de faire paraît interdire le recours à l'exécution forcée[68].

En effet, l'ouverture de crédit, au regard de la conception traditionnelle du prêt, se distingue du contrat formé en ce que doit être encore effectué la remise des fonds. Le promettant s'engage seulement à répondre au bénéficiaire qui lève l'option. L'obligation du prêteur est une obligation de faire, qui sera sanctionné en cas d'inexécution par l'attribution de dommages et intérêts, conformément à l'article 1142 du Code civil.

La solution était malcommode et peu protectrice de l'emprunteur. Elle avait le désavantage d'être peu pratique pour ce dernier qui a pu déjà s'engager de son coté, croyant être certain de bénéficier du prêt en vue de l'acquisition souhaitée. Spécifiquement pour les prêts sans condition suspensive d'obtention du prêt[69], le banquier, qui n'est pas contraint de s'exécuter en cas d'inexécution de la promesse de prêt, peut mettre en position défavorable l'emprunteur qui devra financer l'acquisition d'un bien en trouvant urgemment une solution de financement autre. L'exécution forcée paraît donc plus équitable en ce qu'elle évite un

---

[67] Les auteurs avancent que l'exécution forcée d'une obligation de faire est exceptionnelle, on va lui préféré la réparation par dommages et intérêts. Elle ne se justifie en effet que lorsque est en cause le droit de propriété du créancier.
Le principe est le recours à l'article 1142 du Code civil qui prévoit que la sanction d'une obligation de faire est l'octroi de dommages et intérêts. On explique ce principe par l'adage *nemo precise coi ad factum*, on ne peut forcer quelqu'un à faire quelque chose sous la contrainte, qui protège ainsi la liberté individuelle, V. en ce sens, P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *Droit civil*, Defrénois, 3ème éd., 2007, n° 3 et 1129

[68] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2008, n° 190.

[69] V. Art. L. 312-12 du Code de la consommation, relatif au crédit immobilier, qui impose de plein droit la clause résolutoire pour le cas de la non-réalisation de l'opération principale financée.

préjudice causé par une faute du banquier, l'inexécution de la promesse.

49. La conception réelle du contrat de prêt conduit enfin à distinguer l'ouverture de crédit du prêt[70]. Cette distinction apparaît comme juridiquement ténue. En effet, on peut admettre que la promesse ne diffère que peu de l'exécution de l'obligation contractuelle née du contrat de prêt. A notre sens, la distinction s'effectue suivant que l'option née de la promesse a été acceptée ou non. Une fois acceptée, la promesse entraîne, que ce soit par remise des fonds ou par la rencontre des volontés, la naissance d'un contrat dont le contenu des prestations est par avance déjà fixé.

Peu importe donc la conception du contrat de prêt d'argent retenue, réelle ou consensuelle, le banquier doit à terme s'engager sur les prestations convenues. Le contraindre à indemniser en cas de non-exécution de sa promesse purgerait alors l'engagement du banquier de tout sens et ferait disparaître toute anticipation légitime de réception des fonds par le client. Précisément, le banquier pourrait trouver avantage à indemniser plutôt qu'à délivrer les sommes promises. La promesse de répondre à l'appel du client ne serait alors qu'un vœu pieux, et ce dernier ne pourrait être protégé si la promesse donne droit à une obligation de faire.

Au XIXème siècle, les juristes soutenaient d'ailleurs déjà sans difficulté que la violation d'une promesse née d'un contrat réel pouvait être sanctionnée par l'exécution forcée[71]. En définitive, si l'on pouvait contraindre le prêteur à remettre les fonds, même s'il ne s'agit que d'une ouverture de crédit donnant droit à une obligation de faire.

Il n'y aurait alors aucune différence entre cette ouverture de crédit et le crédit lui-même : en effet, dès l'ouverture de crédit, si l'on admet l'exécution forcée, l'ouverture de crédit aboutirait, de la seule volonté du client, à l'exécution des obligations du contrat de prêt. Le banquier ne pourrait opposer à ce dernier un refus légitime de déposer les fonds, autre que tiré de l'existence d'un vice du consentement donné par ce client. **Pour autant, il ne semble**

---

[70] V. pour une illustration prétorienne de cette distinction, Cass. com., 19 mars 1996, D. 1996, IR, p. 111 ; RTD com 1996, p. 720, obs. A. MARTIN-SERF ; RD bancaire 1996, n° 127, obs. M. CAMPANA et J.-M. CALENDINI ; Rev. proc. coll. 1996, n° 490, obs. E. KERCKHOVE.

[71] En particulier, T. DJUVARA, *Du prêt à intérêt*, th. Paris, 1868, p. 170 ; J. TALYANDE, *Du prêt à intérêt en droit romain et en droit français,* th. Paris, 1867, p. 132-133 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. DE LOYNES, *Du nantissement, des privilèges & hypothèques et de l'expropriation forcée*, Larose, t. 1er, 1895, n° 7 ; L. GUILLOUARD, *Traités du prêt, du dépôt & du séquestre*, A. DURAND et PEDRONE-LAURIEL Editeurs, 1892,v° art. 1919, n° 11.
Et au soutien de ces analyses, CR Colmar, 8 mai 1845, DP 1845, 2, p. 219 ; S. 1847, 1, p. 117.

pas possible de pouvoir retenir la solution proposée par ces auteurs classiques. Le banquier doit en effet pouvoir se dédire si la situation de son client évolue défavorablement.

50. Si le consensualisme conduit à retirer tout rôle dans la formation de l'acte par la *traditio*, il devient alors possible de remettre en cause la distinction opérée entre l'ouverture de crédit et le crédit. Il convient dès lors de préciser le régime juridique de l'ouverture de crédit. Au moment de l'ouverture de crédit, quand l'emprunteur n'a pas encore levé l'option, il importe de déterminer la nature de l'obligation du prêteur. Et il est permis de s'interroger sur le fait de savoir si le caractère consensuel du prêt n'a pas modifié la nature de cette obligation.

Ainsi GRUA admettait que la nature de cette obligation reste inchangée[72]. Lors de l'émission de l'offre, le banquier n'entend pas s'obliger à délivrer les fonds. Il ne s'engage à les délivrer que si l'emprunteur répond favorablement à la promesse. L'obligation du banquier est donc de simplement répondre à tout appel de son client, ce qui est, de toute évidence, une obligation de faire. Seulement, dès que le bénéficiaire lève l'option, l'ouverture de crédit devient un contrat de prêt formé *solo consensu,* et d'obligation de faire, l'engagement du prêteur devient une obligation de donner, celle de remettre les fonds en vertu du contrat de prêt qui oblige le banquier. L'ouverture de crédit n'aurait donc pas changé de nature et resterait distincte du prêt. Cette différence de nature entre les deux temps de l'opération, l'ouverture et le crédit proprement dit, permet d'en distinguer la frontière. **L'ouverture de crédit génère *a priori* une obligation de faire tandis que le prêt engendre une obligation de donner, et l'élément de distinction résiderait dans la rencontre des volontés**.

51. De la manière, au moment de la naissance de l'ouverture de crédit, l'obligation du prêteur ne peut être une obligation de donner puisque celle-ci suppose pour exister que l'emprunteur ait manifesté son accord en levant l'option. Le banquier ne peut être contraint de donner si le bénéficiaire n'a pas consenti. La levée de l'option est le moment qui distingue l'ouverture de crédit et le prêt, le contrat produit dès ce moment ses effets juridiques, la somme promise devient exigible par l'emprunteur, le transfert de propriété s'opère, et d'unilatéral la promesse devient une convention synallagmatique. Le prêteur pourra donc exiger de son coté le remboursement du prêt selon l'échéancier convenu et aura droit aux intérêts.

[72] F. GRUA, *Le prêt d'argent consensuel*, D. 2003, p. 1492, spécifiquement n° 7.

L'analyse de l'ouverture de crédit proposée par GRUA n'est toutefois pas la seule qui a été présentée de l'ouverture de crédit. Ainsi un auteur, CABRILLAC, a avancé l'idée que cette ouverture s'assimilerait à un prêt[73], au bénéfice d'un arrêt de la Chambre Commerciale[74] qui touchait à l'application de l'ancien article L. 621-48 du Code de commerce, devenu L. 622-26, relatif aux contrats en cours. L'assimilation ne paraît pas, à première vue et à raison de la position déjà tenue par le législateur, douteuse.

52. Pour déterminer le contenu des prestations contractuelles des parties, il peut apparaître pertinent de raisonner par analogie avec le contrat de vente. Le Code civil dispose que « *la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties, sur la chose et sur le prix* »[75]. L'accord des parties sur les éléments du contrat du prêt vaudrait alors prêt, et la promesse du banquier, une fois acceptée par le client, engendrerait les mêmes obligations que le contre de prêt.

53. Selon nous, assimiler l'ouverture de crédit au crédit[76], comme l'on assimile promesse de vente et vente, n'est pertinent que pour le cas l'on est en présence d'une ouverture dans laquelle les deux parties sont liées par un accord réciproque sur les éléments essentiels du prêt[77], par le biais d'une promesse synallagmatique de prêt. Or cette forme d'ouverture est une parmi d'autres. Pour le cas dans lequel un accord de volonté est requis ultérieurement, lorsque l'emprunteur lèvera l'option, il n'est pas encore possible de parler de contrat de prêt. Pourtant une ouverture de crédit a bien été consentie au client. Au vu de la multitude des formes sous laquelle l'opération peut se manifester, il nous semble qu'il soit difficile d'assimiler complètement l'ouverture de crédit au crédit.

54. Nous trouverons une illustration de la différence entre les l'ouverture de crédit et le crédit au terme de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 28 mars 2000. Un bailleur de fonds, l'UFB Locabail, s'est engagé à transférer les fonds sur simple avis du preneur qui lui serait fait au moment de la livraison du matériel financé par ce prêt. La Cour d'appel, retenant

---

[73] V. obs. M. CABRILLAC sous Cass. com., 9 janv. 2001, RTD com. 2001, p. 748.
[74] Cass. com., 9 janv. 2001, RTD com. 2001, p. 748, obs. M. CABRILLAC ; D. 2001, p. 923, obs. V. AVENA-ROBARDET. L'attendu, clair, affirme que « *l'ouverture de crédit est assimilable à un prêt pour l'application de l'article 55 de la loi du 24 janvier 1985* », devenu l'art. L. 621-48 du Code de commerce.
[75] V. Art. 1589 du Code civil.
[76] V. ainsi *Relations entreprises-banque*, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, par A. PRUM, P. LECLERCQ et M. MOURIER, 2003, n°5537, aux termes desquels les deux notions sont assimilables.
[77] Il en sera ainsi lorsque les parties se sont engagées sur le montant du prêt, son taux d'intérêt et l'échéancier de remboursement. En pareil cas, l'accord porte sur les éléments essentiels du contrat, le prêt est considéré née.

une conception réelle du contrat, n'a pas considéré que cet accord ultérieur formait le contrat de prêt : il ne s'agissait que d'un préalable à la remise des fonds. Au contraire, la Première Chambre civile relève que *« la proposition de financement avait été signée par D. B. et que les conditions de garanties dont elle était assortie étaient satisfaites, retient, à bon droit, que la société UFB Locabail était, par l'effet de cet accord de volonté, obligée au paiement de la somme convenue »*.

Sous le vocable de « proposition de financement », la Cour évoque l'ouverture de crédit qui, sous l'effet de l'accord de l'emprunteur, devient contrat de prêt. La jurisprudence distingue donc encore l'ouverture de crédit du crédit, de sorte que l'on ne pourrait parfaitement les assimiler.

55. L'ouverture de crédit constitue une promesse de la part du banquier de verser les fonds au profit de son client[78]. Cette promesse peut dès lors revêtir dès lors une double nature : soit que l'engagement est unilatéral, soit qu'il est synallagmatique.

Si l'ouverture de crédit consentie par le banquier est soumise à l'acceptation ultérieure de l'emprunteur, la promesse est alors unilatérale, seul le banquier s'engage. Ce n'est qu'à l'acceptation par l'emprunteur de cette promesse qu' « *il y aura désormais, crédit, et non plus promesse d'opération de crédit* »[79].

Si, au contraire, l'ouverture de crédit n'est pas soumise à l'acceptation ultérieure du client et que ce dernier a accepté l'offre faite par le banquier dès son émission, il y a alors une promesse synallagmatique de prêt. Les deux parties se sont réciproquement engagées et, sous l'effet du consensualisme, comme pour la vente, cette promesse vaut crédit de sorte que l'ouverture de crédit s'analyse en un contrat de prêt comme a pu le démontrer CABRILLAC.

56. Il convient en définitive de distinguer selon que l'accord du client a été reçu par le banquier ou non : **c'est cette acceptation qui constitue le critère de distinction entre ouverture de crédit et contrat de prêt**.

57. Le législateur fournit une illustration de cette distinction entre engagement unilatéral et contrat, aux termes de l'article L. 311-15 du Code de la consommation : « *lorsque l'offre préalable ne comporte aucune clause selon laquelle le prêteur se réserve le*

[78] Cass. com., 21 janv. 2004, Bull. civ. IV, n° 13 , précité. V. aussi S. PIEDELIEVRE, JCP éd. G 2004, n° 16, p. 742-743 ; M. COHEN-BRANCHE, LPA 2004, n° 28, p. 5.
[79] T. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 7 éd., 2007, n° 502.

droit d'agréer la personne de l'emprunteur, le contrat devient parfait dès l'acceptation de l'offre préalable par l'emprunteur ». Le banquier qui promet de créditer l'emprunteur, au travers de l'offre préalable, laquelle n'est qu'une invitation à contracter, est définitivement engagé par l'acceptation de cette offre. Précisément, le contrat n'est formé que lorsque son client y répond favorablement, et l'engagement du banquier devient alors un engagement de remettre les fonds. L'offre préalable joue alors le même rôle que l'ouverture de crédit : le prêteur s'engage, parfois pour une durée minimale[80], à répondre à tout appel de son client qui accepterait la promesse. Ce dernier n'est engagé contractuellement sous l'effet du consensualisme qu'à partir du moment où il y répond favorablement. Si le consentement a une influence sur l'existence du contrat de prêt, il en a aussi une sur les obligations des parties au moment de la phase de naissance du contrat.

2° l'influence de la qualification de contrat consensuel sur la phase de naissance du prêt

58. Le « prêt consensuel » fait primer l'accord des parties sur la remise. Au moment de la remise, le contrat est déjà formé, la remise devient une obligation contractuelle, et non un élément de formation du contrat. Bien que la remise des fonds ne soit plus l'élément fondateur du contrat de prêt, il peut sembler paradoxal d'affirmer que les techniques de protection fondées sur le consensualisme ont renforcé l'importance de la *traditio*. La remise de la chose devient l'obligation de délivrer la chose. Or nous montrerons que cette obligation de délivrer les fonds trouve un intérêt nouveau dans la protection de l'emprunteur.

Il convient donc de définir la nature de l'obligation de remise des fonds. Dans le cas du contrat de prêt réel, déposer les fonds était une promesse de répondre à l'appel du client, ce qui s'analysait comme une obligation de faire. *Quid* de l'influence des techniques de protection fondées sur le consensualisme ?

59. Pour GRUA, la nature de l'obligation de remise des fonds est restée une obligation de faire, même pour les contrats de prêts formés *solo consensu*. Il justifie ce point de vue en avançant que l'obligation du prêteur consiste certes à verser une somme d'argent, mais que l'argent n'est pas utilisé ici « *dans sa fonction de paiement* (…) *Il n'est que*

[80] V. ainsi l'article L. 312-10 du Code de la consommation qui impose au prêteur à maintenir son offre durant une durée de trente jours à compte de la réception de l'offre de financement immobilier par l'acquéreur.

l'instrument d'un service »[81]. Cette conception est séduisante : les fonds ne sont pas destinés à une acquisition, ils sont l'objet du service rendu par le professionnel du crédit, moyennant une rémunération pour ce service. Cette remise vue comme obligation au paiement d'une somme d'argent, l'emprunteur ne serait pas à l'abri d'une saisie d'un de ses créanciers qui aurait connaissance de l'existence du contrat de prêt. Celui-ci pourrait exiger la somme et l'emprunteur n'aurait alors plus qu'à rembourser la banque. Pareille solution s'appliquerait en matière de compensation lorsque le prêteur pourrait s'abstenir de délivrer les fonds au motif qu'il a contre son client une créance de somme d'argent. Elles seraient de même nature et rien ne les empêcherait de se compenser mutuellement. Ce n'est pourtant pas ce que la jurisprudence consacre, puisque l'emprunteur peut exiger l'exécution forcée.

60. Selon nous, l'application du consensualisme au contrat de prêt semble modifier les solutions retenues sous l'égide de la conception réelle du prêt. Comment concilier l'analyse de GRUA, qui ne voit pas d'obligation de donner, avec la jurisprudence de la Cour de cassation qui consacre la théorie du contrat de prêt de nature consensuelle ? Cette dernière autorise l'emprunteur à pouvoir demander au prêteur l'exécution forcée de la remise des fonds. Nous rappelons ici que la solution fut formulée en ces termes : « *le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel ; (…) l'arrêt attaqué, qui relève que la proposition de financement avait été signée par D. B. et que les conditions de garanties dont elle était assortie étaient satisfaites, retient, à bon droit, que la société UFB Locabail était, par l'effet de cet accord de volonté, obligée au paiement de la somme convenue*[82] ».

L'expression utilisée, « *paiement de la somme convenue* » doit attirer l'attention. Elle fait référence à l'existence d'une créance que l'emprunteur a sur sa banque, créance née du contrat de prêt. L'emprunteur est donc créancier sur sa banque de fonds promis. Or une dette de somme d'argent est une obligation de donner : elle ne peut donc être une obligation de faire.

61. Un autre argument vient renforcer ce point de vue. Pour le prêt de consommation, aux termes de l'article 1893 du Code civil, « *l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée* ». Pour le prêt de la chose qui disparaît par son usage par l'emprunteur, ce qui est le cas

[81] F. GRUA, *Le prêt d'argent consensuel*, D. 2003, p. 1492, spécifiquement n° 10. V. *supra* n° 50, la présentation de l'analyse de l'éminent spécialiste.
[82] Cass.. civ. 1ère, 28 mars 2000, Bull. civ. I, n° 105, p. 70, précité.

du prêt d'argent qui a un caractère fongible, ce dernier en acquiert la propriété. Le banquier a, outre une obligation de donner, une obligation de transférer la propriété de la chose prêtée. En effet, les obligations de donner ont cette caractéristique qu'elles entraînent le transfert de propriété de la chose[83], alors que la seule mise à disposition de la chose prêtée relève de l'obligation de faire, comme c'est le cas pour le bail.

Concernant l'argent, il convient de préciser le propos. La question soulevée par l'objet sur lequel porte l'obligation, la monnaie, étant spécifique[84]. Sur ce point, la doctrine, qui retient davantage la dichotomie entre les obligations en nature et les obligations monétaires que celles entre les obligations de faire et de donner[85], décrit l'obligation de donner comme l'obligation de transférer la propriété d'un bien. En est-il ainsi de la remise des fonds par le banquier à l'emprunteur. La remise de fonds est donc une obligation de donner certes, mais aussi une obligation monétaire. Le contrat étant un contrat consensuel, comme pour la vente, le bénéficiaire de la promesse acceptée devient propriétaire des fonds promis, même si ce dernier a la charge de la restituer après usage. **Cette situation n'est pas sans renforcer la protection de l'emprunteur**. En effet, pour le cas où le banquier ne dépose pas les fonds promis, le client a une alternative, soit il demande l'exécution forcée, soit il décide d'attendre cette remise. La première solution se justifie par la nature de l'obligation de remettre les fonds, la seconde par le fait que l'emprunteur sera protégé par l'exception d'inexécution pour le cas où le prêteur lui demanderait de restituer ou de payer les intérêts**.**

62. La nature de l'obligation de restitution de l'emprunteur. Qu'en est-il justement pour les obligations de l'emprunteur ? Hormis l'obligation de respecter la destination des fonds prêtés[86], quand elle est stipulée, l'obligation principale est de restituer les fonds avancés. Aussi est-il légitime de penser que cette obligation est influencée par la nature consensuelle du contrat.

Traditionnellement, il est avancé que l'obligation de restitution trouve son origine dans la loi et serait la contrepartie de la mise à disposition d'une chose pour en user, « *à charge par*

[83] F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°267.
[84] J. CARBONNIER, *Les obligations*, Thémis droit privé, PUF, t. 4, 2004, n° 9 ; Ch. BRUNEAU, *La distinction entre les obligations monétaires et les obligations de en nature*, th. Paris II, 1974 ; R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, th. Paris I, 1992.
[85] M. FABRE-MAGNAN, *Le mythe de l'obligation de donner*, RTD civ. 1996, p. 85
[86] V. J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, Dalloz, 1995, n° 354 ; J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, 2ème éd. 2001. n° 22538.

le preneur de la rendre après s'en être servi[87]». L'analyse classique du contrat de prêt présentée est-elle toujours pertinente malgré le caractère consensuel du contrat de prêt du Code de la consommation ?

63. En premier lieu, le moment de la naissance de cette obligation de restitution ne serait plus la remise des fonds, mais l'échange des consentements, par l'effet du consensualisme. Précisons notre propos.

Dès la rencontre des volontés, l'on pourrait penser que le prêteur peut exiger de son cocontractant l'exécution de ses obligations contractuelles. Or tel n'est pas le cas pour la restitution de la chose prêtée. En effet, cette obligation n'est exigible que lorsque la chose a déjà été déposée aux mains de l'emprunteur. Logique, cette solution est toutefois susceptible de deux remarques. Tout d'abord, il est possible de penser que l'obligation de restitution existe en germe dès l'accord de volontés mais que son exigibilité en soit reportée à partir du moment où l'emprunteur possède la chose, et doit la rendre après s'en être servie. La détention de celle-ci est d'ailleurs à titre précaire. Ensuite, si l'obligation de restitution existe dès la naissance du contrat, c'est principalement parce que cette obligation de restitution et l'obligation de remise de la chose se servent désormais mutuellement de cause. La solution est identique pour le contrat de vente, avec l'obligation de délivrance et le paiement du prix. Le caractère consensuel du prêt met en exergue cette interdépendance.

64. Se fondant sur cette idée que la restitution découle de la remise préalable des fonds, des auteurs ont analysé la nature de la restitution de la chose en le faisant sortir du champ contractuel. Pour ceux-ci, l'obligation de restitution serait plutôt une « *modalité de l'exécution de l'obligation principale* » et non une obligation contractuelle caractéristique. C'est sur cette idée que ces auteurs[88], notamment PLANIOL ou plus récemment M. LIBCHABER, ont avancé une théorie selon laquelle la remise de la chose ne serait qu'une « *formalité préalable à la réalisation de ce contrat* »[89]. La restitution ne serait qu'une « *conséquence mécanique de la détention d'une chose par une partie qui n'y a contractuellement plus droit* »[90]. Même si la notion de « formalité préalable à l'exécution du

[87] Ainsi en est-il pour le prêt à usage visé à l'article 1875 du Code civil.
[88] M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, t. 2, 6ème éd., 1912, n° 996 et plus récemment, R. LIBCHABER, note sous Cass. civ. 1ère, 27 nov. 2001, Defrénois 2002, p. 259, n° 10.
[89] V. obs. R. LIBCHABER sous Cass. civ. 1ère, précité, Defrénois 2002, p. 259, n° 10.
[90] Ibid. spécialement p. 261 et 263.

contrat » est intéressante, on peut noter quelques points qui permettent de douter du propos. Il apparaît en effet douteux que la restitution ne soit pas vue comme une obligation contractuelle. Et nous avancerons principalement deux arguments.

65. Premièrement, que doit-on entendre par le terme « formalité » ? On serait porté à croire qu'une formalité n'est pas une obligation et que par conséquent, la remise de la chose ne constitue pas une obligation contractuelle. Peut-on qualifier l'acte de donner de « formalité » alors même que la remise des fonds est une prestation caractéristique du contrat de prêt d'argent ? En effet, sans remise des fonds, le contrat ne peut être exécuté. Ce faisant, la remise ne saurait s'apparenter à autre chose qu'à une obligation. En effet, il ressort des termes de l'article 1875 du Code civil qu'une des parties, le prêteur, « *livre une chose à l'autre* », le preneur. C'est bien ici une des prestations caractéristiques du contrat de prêt à usage qui est mentionnée par le législateur : la remise de la chose est une obligation contractuelle, au même titre que l'obligation de restituer la chose qui incombe à l'emprunteur.

66. En second lieu, en droit commun, l'obligation de restitution est la contrepartie de la remise des fonds, de sorte que si l'une est une obligation contractuelle, l'autre le devient aussi par réciprocité. Comme le dispose l'article 1875, la remise de la chose se fait avec « *la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi* ». La restitution n'existe que parce qu'il y a prêt de la chose. Traditionnellement, en droit commun, l'une trouve alors sa cause dans l'autre[91]. Pour s'en convaincre, l'on pensera à la possibilité qu'à l'emprunteur d'invoquer l'exception d'inexécution au cas où le prêteur réclamerait la restitution des fonds alors que ceux-ci n'ont pas été versés. Et lorsque la restitution devient une obligation exigible, c'est parce que l'obligation réciproque aura été exécutée, quand la chose aura été préalablement remise et que l'emprunteur s'en sera servie. Comme le résume un auteur, M. HUET, « *l'obligation de restitution est de l'essence du prêt* »[92].

67. La cause de l'obligation de restitution de l'emprunteur dans le contrat de prêt. - Il a été avancé que l'obligation de remboursement ne trouverait pas son origine dans l'échange des consentements. La restitution de la chose ne naîtrait pas de la rencontre de

[91] V. Cass. civ., 20 nov. 1974, JCP 1975, II, n° 18109, note J. CALAIS-AULOY.
[92] J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN, 2ème éd., 2001, n° 22106.

volontés formant le prêt, mais de la remise effective de la chose. Pour F. GRUA[93], il en serait ainsi puisque, si le contrat de prêt devient nul, l'emprunteur s'oblige toujours à rembourser. Il poursuit le propos en montrant que le client n'a pas un droit à la somme qu'il reçoit, « *il l'a reçue sans avoir droit à elle. Il n'est pas créancier de la somme, tout au plus de sa mise à disposition pendant un temps limité, et c'est cela qui le rend débiteur* ». L'origine de l'obligation de remboursement serait alors toujours la détention précaire de la chose par l'emprunteur, peu importe que le contrat soit un contrat réel ou consensuel. Cette analyse mérite que l'on s'y appesantisse.

68. Il est question de déterminer la cause de l'obligation de restitution de l'emprunteur. Cela suppose préalablement de préciser les conditions dans lesquelles le client du banquier détient les fonds prêtés. Est-il un détenteur précaire qui n'a pas droit à la somme, comme l'affirme GRUA ?

68. La nature de la détention des fonds par l'emprunteur -. Afin d'expliquer l'obligation de restituer la chose prêtée, il convient tout d'abord de préciser de quelle manière l'emprunteur détient cette chose. Alors que pour le prêt de chose non fongible et individualisé, il apparaît que le preneur ne devient jamais propriétaire de la chose prêtée, il semble qu'il en aille autrement pour le prêt d'argent. En matière de somme d'argent, par le caractère fongible de cette somme, l'emprunteur acquiert la propriété de la somme prêtée[94].

Dès la promesse, il devient donc créancier du montant promis par le banquier : il n'apparaît donc pas possible de dire qu'il l'a reçue du prêteur cette somme sans droit. Pour autant, cela n'empêche aucunement cette détention d'être précaire, puisqu'au terme convenu, il aura l'obligation de restituer les fonds en équivalent. Il n'y aurait aucune incompatibilité entre le fait de devenir créancier des fonds prêtés et le fait de les détenir de manière précaire. En effet, la restitution apparaît comme le pendant de la remise de la chose, de sorte qu'il importe de s'interroger sur l'origine de cette restitution. Si en matière de contrat réel, la restitution a pour cause la remise de la chose, l'on peut s'interroger s'il en est de même lorsque le contrat a une nature consensuelle.

69. Le caractère dualiste de la cause de l'obligation de restitution. - Pour les

[93] F. GRUA, *Le prêt d'argent consensuel*, D. 2003, p. 1492, spécifiquement n° 13.
[94] L'article 1893 du Code civil dispose d'ailleurs que « *par l'effet de ce prêt, l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée…* » ; en ce sens V. T.BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 2007, 7ème éd., n° 518.

contrats non conclus par un professionnel du crédit, qui sont des contrats réels, ceux-ci se forment par la remise de la chose. Partant, l'obligation de l'emprunteur ne pourrait trouver de cause que dans la *traditio* : puisque l'accord des volontés précéderait la phase contractuelle, les obligations ne pourraient alors jamais trouver leur cause dans un élément antérieur à la naissance du contrat. Au contraire, pour les contrats qui ont une nature consensuelle, ce qui est le cas lorsqu'il s'agit d'un prêt d'argent consenti par un professionnel du crédit, l'obligation de restitution trouverait sa cause dans la contrepartie attendue par l'emprunteur : c'est-à-dire dans l'obligation de remettre les fonds.

70. Un raisonnement *a pari*, calqué sur le contrat de vente, permet de justifier le propos. Dans le cas de ce contrat dont la nature est consensuelle, l'obligation de l'acheteur n'a pas pour cause l'échange des consentements, mais l'obligation de transférer la propriété au profit de ce dernier. C'est pourquoi, tant que le vendeur n'opère pas ce transfert au profit de son vendeur, ce dernier peut invoquer l'exception d'inexécution et refuser de payer le prix convenu. Ainsi, comme pour le cas de la vente**, l'obligation de l'emprunteur trouverait sa justification dans l'engagement du prêteur de lui remettre les fonds**.

Si la remise n'a pas lieu, le prêteur ne peut demander au client d'exécuter sa prestation : d'une part, conceptuellement, l'*exceptio* peut être invoquée, et d'autre part, matériellement cette fois, il n'y a pas lieu de rendre ce que l'on n'a pas encore reçu. Ainsi, pour apprécier si la cause de l'obligation de l'emprunteur existe, et pour apprécier la nullité du contrat, il convient de considérer si l'obligation de remettre les fonds existe. Précisément, il importe peu que la remise n'ait pas encore lieu, si l'engagement du banquier est valable.

Conséquemment, l'emprunteur ne peut alléguer le défaut de cause de son engagement en soutenant que les fonds n'ont pas été remis ou que le prêt n'avait pas reçu l'affectation envisagée par lui-même. Cette solution est satisfaite : alors que le client est protégé par le consensualisme, il convient de ne pas lui permettre d'invoquer la nullité trop facilement.
. La jurisprudence, non sans avoir modifié sans position, abonde en ce sens.

71. La position contestable de la Cour de cassation quant à la détermination de la cause de l'emprunteur -. La Haute juridiction considérait que la remise de la chose, conformément à la conception réelle du contrat, était la cause de l'engagement de

l'emprunteur[95]. Au lendemain de l'arrêt de la première chambre civile du 28 mars 2000, la doctrine s'est interrogée sur l'incidence de la nature consensuelle du contrat de prêt sur la cause de l'obligation. De nombreux auteurs ont ainsi affirmé qu'à la différence du contrat de prêt réel, qui est un contrat unilatéral, le contrat de prêt consensuel devait être considéré comme un contrat synallagmatique[96] : le prêteur a l'obligation de remettre le bien, tandis que l'emprunteur a l'obligation de le restituer.

72. Rompant sa position traditionnelle, la jurisprudence la plus récente semble opérer un certain retour à l'ordre et illustre la manière dont l'analyse qui est faite du contrat de prêt se calque sur le modèle du contrat consensuel. Par trois arrêts du 19 juin 2008[97], confirmé par un arrêt du 7 avril 2009[98], la Cour de cassation censura une Cour d'appel qui avait considéré que l'emploi des fonds prêtés constituait la cause de l'obligation de l'emprunteur. Au contraire, selon la Haute juridiction, « *c'est dans l'obligation souscrite par le prêteur que l'obligation de l'emprunteur trouve sa cause dont l'existence comme l'exactitude doit être appréciée au moment de la conclusion du contrat* ». Sous l'effet du consensualisme, l'obligation de l'emprunteur trouve sa cause dans l'obligation du banquier de prêter. Ainsi, ce n'est plus la remise des fonds qui est en la cause mais l'obligation de les remettre. Est-ce pertinent ?

73. La question de la cause de l'obligation de restitution de l'emprunteur fut débattue de maintes fois débattues en doctrine[99], et cette question ne conduit pas à une réponse évidente. S'interroger sur la cause de l'engagement enjoint à se poser la question « *cur debetur* ? ». Pourquoi le client s'engage-t-il ? Est-il satisfaisant de répondre qu'il s'engage à restituer pour que le banquier lui remette les fonds ? Est-ce pour obtenir la restitution de la chose que le prêteur s'engage à la remettre préalablement ? De toute évidence, ces réponses

---

[95] V. ainsi Cass. civ. 1ère, 20 nov. 1974, Bull. civ. I, n° 311 ; 16 févr. 1999, Bull. civ. I, n° 55 ; D. 1999. IR. 76

[96] V., parmi d'autres, sous Cass. civ. 1ère, 28 mars 2000, obs. M.-N. JOBARD-BACHELIER, D. 2001. somm. p. 1615 ; note L. LEVENEUR, Contrats concur. consomm. 2000, n° 106 ; note S. PIEDELIVRE, D. 2000. jur. p. 482 ; enfin, note F. TERRE et Y. LEQUETTE, Grands arrêts de la jurisprudence civile. Sur la nature unilatérale ou synallagmatique du contrat de prêt d'argent, V. J. ATTARD, *Le contrat de prêt d'argent, contrat unilatéral ou contrat synallagmatique*, préface. P. DELEBECQUE, PUAM, 1999.

[97] Cass. civ. 1ère, 19 juin 2008, n° 06-19.753, D. 2008, p. 2363, obs. P. CHAUVIN et C. CRETON ; D. 2008, p. 2555, note F. CHENEDE, précité ; Contrats conc. consom. 2008, comm. n° 255, obs. L. LEVENEUR ; Gaz. Pal. 2008, 5, 3398, obs. S. PIEDELIEVRE ; JCP éd. E 2008, n° 49, 4 déc. 2008, 2461, obs. Ch. LASSALAS ; RC 2008, oct. 2008, p. 1129, obs. Y.-M. LAITHIER.

[98] Cass. com., 7 avr. 2009, n° 08-12.192, D. 2009, actu. 22 avr. 2009, comm. V. AVENA-ROBARDET.

[99] V. notamment J. GHESTIN, *La cause de l'engagement de l'emprunteur depuis que certains prêts ne sont plus des contrats réels*, D. 2007, p. 50 ; D. LEGEAIS, *L'obligation de l'emprunteur trouve sa cause dans l'obligation du préteur*, JCP éd. E 2008, 1964.

conduisent à oublier la finalité de l'opération de prêt qui est la jouissance de la chose au profit de l'emprunteur[100] : ce faisant, **la cause de l'obligation du preneur de restituer ne résiderait pas dans l'obligation de la remise de la chose prêtée par le banquier, mais dans celle de mettre cette chose à disposition à l'emprunteur**.

74. La distinction entre remise de la chose et mise à disposition de la chose -. Il y a précisément une confusion conceptuelle entre la remise de la chose et sa mise à disposition. Remettre les fonds, c'est les déposer. Mettre à disposition ceux-ci, c'est laisser l'emprunteur les utiliser librement ou conformément à la destination prévue si une clause contractuelle prévoit cette destination. En matière de bail d'immeuble, cette distinction apparaît au grand jour : alors que la remise de la chose louée consiste en l'accession du preneur au local pris en bail, la mise à disposition constitue l'exercice de la jouissance paisible de la chose louée**. La remise renverrait à l'idée de possession de la chose alors que la mise à disposition s'attacherait à l'utilisation de cette chose**.

Il s'agit donc ici de l'obligation de *praestare* connue des jurisconsultes romains, qui a été oublié, au détriment des obligations de faire, de ne pas faire et de donner de l'article 1126 du Code civil[101]. Dépassant la distinction entre obligation de remettre la chose et remise de la chose, l'obligation de mise à disposition constitue la cause unique de l'obligation de l'emprunteur. Précisément, pour les contrats réels, ce ne serait pas la remise de la chose qui en serait la cause, mais cette obligation de *praestare*. Conséquemment, la cause de l'obligation du preneur de crédit serait toujours la même, qu'elle que soit la nature du contrat de prêt, de sorte qu'il existerait un régime unitaire de ce contrat.

75. Dès lors, le caractère contestable de l'arrêt du 19 juin 2008 rendu par la Première Chambre civile réside dans le dualisme du régime du contrat de prêt qu'elle instaure. Selon que les techniques de protection par le consensualisme s'applique au contrat de prêt ou non, le régime applicable au contrat variera, ce que rien ne semble pouvoir justifier.

---

[100] V. ainsi, et en ce sens, F. GRUA, *Le prêt d'argent consensuel*, D. 2003, chron. p. 1492, spéc. n° 13 : « *l'obligation de remboursement et l'obligation de délivrer les fonds ne se serviront jamais mutuellement de cause, parce que le banquier qui s'engagerait à avancer de l'argent dans le but d'être remboursé serait un fou, de même que l'emprunteur qui s'obligerait à rendre pour recevoir* ».

[101] V. ainsi F. CHENEDE, *La cause de l'obligation dans le contrat de prêt réel et dans le contrat de prêt consensuel*, D. 2008, p. 2555.

76. Un modèle du contrat de prêt est esquissé : son régime est dualiste. Toutefois, ce caractère dualiste peut être estompé, soit en généralisant les hypothèses dans lesquelles le contrat est un contrat consensuel, soit en reléguant ce régime au titre d'exception par rapport au contrat de prêt traditionnel. La jurisprudence semble opter pour la première solution, ce qui généralise l'existence des techniques de protection fondées sur le consensualisme.

§ 2 : LA GENERALISATION DE LA NATURE CONSENSUELLE DU CONTRAT DE PRET

77. La protection du client du banquier, fondée sur la consécration de la nature consensuelle du contrat de prêt, fut étendue par la jurisprudence à tous les contrats conclus avec un professionnel du crédit, de telle manière que cette protection est plus large que celle opérée par le législateur consumériste (A). Toutefois, si la technique employée, celle l'anticipation de la formation du contrat, se révèle pertinente au regard du souci de protection de l'emprunteur, nous pouvons émettre quelques remarques sur la manière dont cette protection est mise en œuvre (B).

A) Une protection de l'emprunteur élargie par la jurisprudence

78. L'étude du droit positif montre que la protection de l'emprunteur par la qualification consensuelle de la nature du contrat de prêt est conditionnée par deux éléments, l'un tenant à l'objet du contrat, l'autre à la qualité de la partie contractante.

79. *Quant à cet objet* tout d'abord, pour que le prêt ait une nature consensuelle, il faut que cet objet relève des prêts visés par les articles L. 311-1 et suivants et L. 312-1 et suivants du Code de la consommation : soit que l'objet du contrat est relatif au crédit à la consommation, soit au crédit immobilier. Faut-il au demeurant que le contrat réponde aux conditions d'applications du Code, aux termes des articles L. 311-2 et L. 311-3 pour le prêt à la consommation et L. 312-2 et L. 312-3 pour le crédit immobilier.

Quant à la qualité du prêteur enfin, la protection de l'emprunteur par l'application des dispositions consuméristes, qui réputent le contrat de prêt consensuel, ne profitent qu'aux emprunteurs du Chapitre I et II. Les articles L. 311-3 et L. 312-3 semblent procéder à une énumération *ratione materiae*, exclusive, des personnes ne pouvant pas profiter des

dispositions spéciales. Ainsi le législateur exclut-il les prêts destinés à financer les besoins d'une activité professionnelle, ce qui exclut donc en définitive le professionnel[102]. Il s'agit d'une détermination du champ d'application de la loi par la prise en compte de la finalité de l'opération de prêt, si bien que la qualité de la personne reste indifférente[103]. Le professionnel pourrait donc être protégé s'il agit pour ses besoins non-professionnels, en dehors de son activité. Afin d'éviter toute ambigüité, la jurisprudence impose à cet effet que la destination non-professionnelle du prêt soit mentionnée dans l'acte sous forme de stipulation expresse[104].

La banque aura tout intérêt à faire état de la destination contractuelle dans l'acte afin d'éviter que le contentieux ne se cristallise sur l'applicabilité du Code de la consommation au profit de l'emprunteur.

80. La Cour de cassation, reprenant le modèle consumériste du contrat de prêt à la consommation dans le souci de protéger tous les emprunteurs, étendit la modèle du contrat de prêt consensuel à tous les prêts consentis par un professionnel du crédit par un important arrêt de la première Chambre civile du 28 mars 2000[105]. Elle jugea dans un attendu univoque « *que le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel* », pour déduire « *que la société UFB Locabail était, par l'effet de cet accord de volonté, obligée au paiement de la somme convenue* ». **La Cour de cassation valide donc l'existence d'une technique de protection fondée sur le consensualisme**.

81. Cette jurisprudence, réaffirmée[106], conduit à penser que ce n'est plus la *traditio* qui rend l'acte parfait mais l'accord de volonté des parties sur les éléments substantiels du contrat de prêt. Cette solution vaut pour l'ensemble des prêts consentis par un professionnel

---

[102] A cet égard, l'on peut constater que cette exclusion est définie sur des critères objectifs, ce qui permet de penser que la notion de rapport direct, utilisée par les tribunaux en matière de clauses abusives, ne pourra servir à viser certains professionnels. Ils sont donc tous exclus.

[103] Cass. civ. 1ère, 8 juill. 1997, D. Affaires 1997, p. 1319 ; RD bancaire 1997, n° 167, obs. F. CREDOT et Y. GERARD.

[104] Cass. civ. 1ère, 27 mai 2003, JCP éd. G 2004, II, 10050, note BONNET ; Contrats conc. consom. 2003, n° 170, obs. G. RAYMOND ; Banque et droit sept.-oct. 2003, 74, obs. T. BONNEAU.

[105] Cass. civ 1ère, 28 mars 2000, Bull. civ. I, n° 105, p. 70 ; JCP 2000, II, 10296, concl. Avocat général J. SAINTE-ROSE; JCP N, 2000, p. 1270, note D. LOCHOUAM; Contrats, conc., consom. 2000, comm.. n° 106, obs. L. LEVENEUR; Defrénois 2000, art. 37188, n° 41, obs. J.-L. AUBERT; D. 2000, jur. p. 482, note S. PIEDELIEVRE; ibid. 2000, somm. p. 1615, obs. M.-N. JOBARD-BACHELIER; D. 2001, somm. P. 1615, obs. M.-N. JOBARD-BACHELIER; D. 2002, somm. p. 640, obs. D.-R. MARTIN ; H. CAPITANT, *Les grand arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, t. 2, 11 éd. par F. TERRE et Y. LEQUETTE, 2000, § 270.

[106] Cass. civ 1ère, 27 nov. 2001, Bull. civ. I, n° 297, p. 188 ; D. 2002, jur., p. 119, note Y. CHARTIER; JCP éd. G 2002, II, 10050, note S. PIEDELIEVRE ; Cass. civ. 1ère, 19 juin 2008, Bull. civ. I, n° 174 ; D. 2008, AJ, p. 1825, obs. X. DELPECH; D. 2008; chron. p. 2363, n° 6, obs. CRETON ; JCP éd. G 2008, II, 10150, note M. CONSTANTIN ; Gaz. Pal. 2008, 5, p. 3398, obs. S. PIEDELIEVRE ; Contrats conc. consom. 2008, n° 255, obs. L. LEVENEUR.

du crédit quelque soit le domaine pour lequel les fonds sont avancés. Aussi, il est pertinent de remarquer que, contrairement aux critères retenus par le Code de la consommation, la technique de protection n'est plus conditionnée par l'objet du contrat, mais par la qualité du prêteur.

La technique employée diverge manifestement de celle adoptée par le législateur qui a entendu protéger à raison de la « matière » et non de à raison de la « personne ». Doit-on considérer désormais que c'est uniquement le caractère professionnel du prêteur qui engendre la requalification du contrat de prêt en contrat consensuel ? On peut le penser au regard d'un arrêt rendu par la Première Chambre civile le 7 mars 2006[107] dont l'attendu ne prête guère à l'incertitude : « *le prêt qui n'est pas consenti par un établissement de crédit est un contrat réel qui suppose la remise de la chose* ». Il est donc permis de penser que quelque soit désormais l'objet du contrat de prêt, l'emprunteur pourra donc obtenir l'exécution forcée de la part du banquier dès lors que ce dernier a produit une offre de prêt acceptée par le client.

82. La chambre commerciale n'est toutefois pas en reste. L'on peut retracer l'évolution jurisprudentielle en deux temps : avant un arrêt du 11 février 2004 et depuis cet arrêt.

Pendant un premier temps, la Chambre commerciale sembla réticente, par un arrêt du 9 avril 2002, à adopter la même position que la Chambre civile, en affirmant que « *la cause de l'obligation de restitution est la remise des fonds*[108] ». Elle réaffirma d'une manière moins nette sa position ultérieurement.

En effet, par un arrêt du 21 janvier 2004[109], et sur une question touchant à l'ouverture de prêt, la Chambre commerciale rejeta un pourvoi contre un arrêt qui avait accordé à une telle ouverture le bénéfice du régime favorable des prêts garantis reconnu dans un plan de continuation de l'activité d'une entreprise en difficultés. Une ouverture de crédit fut accordée à une entreprise, garantie par un nantissement sur le fonds de commerce. Après sa mise en redressement judiciaire, la société a continué d'utiliser la réserve de crédit mise à disposition par la banque. Le plan de continuation prévoyait, pour les prêts garantis, des modalités de remboursement plus favorables que celles des autres créances. Excluant de ce plan la créance

[107] JCP 2006 éd G, II, 10169, note S. PIEDELIEVRE.
[108] Cass. com., 9 avr. 2002, n° 97-13093, Epoux Mounier c/ Crédit Lyonnais.
[109] T. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 7 éd., 2007, n° 502 ; Rapport de Mme COHEN-BRANCHE, conseiller rapporteur, LPA 2004, n° 28, p. 5

de la banque née de l'ouverture du crédit, cette dernière agit en justice pour faire voir sa créance inclure dans le plan. Le pourvoi de la société débitrice soutenait « *que l'ouverture de crédit est une promesse de prêt par laquelle le banquier s'engage à remettre les fonds dès que son client aura levé l'option* », ce qui conduit à conférer une nature consensuelle au contrat de prêt.

83. La question est donc de savoir si l'ouverture de crédit[110] au sens de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, une fois l'option levée, vaut prêt. Cela conduit secondairement à déterminer si un accord de volonté portant sur le montant du prêt et ses modalités suffit à former le contrat. Techniquement, ce serait ainsi une utilisation par la Chambre commerciale de la technique fondée sur le consensualisme du contrat.

En d'autres termes, pour la Chambre commerciale, le contrat de prêt est-il aussi un contrat consensuel ?

L'attendu est net, « *l'ouverture de crédit, qui constitue une promesse de prêt, donne naissance à un prêt, à concurrence des fonds utilisés par le client* ». Deux éléments se dégagent de cet attendu.

Tout d'abord, l'ouverture de crédit fait naître au profit du client une promesse de prêt. Celle-ci est une option qu'il peut saisir, la banque devant par la suite y répondre en lui remettant les fonds[111].

Enfin, lorsque le contrat de prêt n'existe pas encore au moment de la promesse, quand le client n'a pas encore levé l'option, le banquier a simplement l'obligation de répondre, positivement ou négativement, à l'appel du client. Mais il n'a pas à mettre à disposition les fonds. La naissance du contrat de prêt n'interviendra donc qu'une fois la remise de ces fonds effectuée, comme l'attendu le suggère : « *l'ouverture de crédit donne naissance à un prêt à concurrence des fonds utilisés par le client* », autrement dit, le prêt naît une fois les fonds délivrés et utilisés par le client.

Cet arrêt ne retient encore pas la technique de protection fondée sur le consensualisme.

---

[110] L'ouverture de crédit est selon l'article 313-1 du Code monétaire et financier « *l'acte par lequel une personne, agissant à titre onéreux, promet de mettre à des fonds à disposition d'une autre personne* ». La doctrine la définit unanimement comme « la convention par laquelle un établissement de crédit s'engage à mettre un certain crédit, pour une certaine durée, à la disposition d'un de ses clients », V. notamment F. GRUA, *Les contrats de base de la pratique bancaire*, Litec, 2001, n° 324 ; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, Litec, 7ème éd., 2008, n° 3621 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, LGDJ, 17ème éd., 2004, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, t. 2, n° 2377 ; S. PIEDELIEVRE, *Droit bancaire*, PUF Thémis, 2003, n° 414 ; T. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 7ème éd., 2007, n° 502.

[111] V. nos développements sur ce point, *supra* n° 35, *infra* n° 104.

84. Il en va toutefois autrement d'un arrêt de revirement de la Chambre commerciale du 11 février 2004[112], au terme duquel la Cour de cassation a unité sa position.

La Chambre a relevé que l'arrêt attaqué avait constaté que, « *selon une offre du 26 mai 1995, acceptée le 7 juin, la Caisse régionale du Crédit Agricole (la Caisse) a consenti aux époux X… un prêt de 470 000 francs destiné à financer l'acquisition d'un maison d'habitation ; que, par acte notarié du 6 juillet 1995, les époux X... ont procédé à l'acquisition du bien immobilier et emprunté à la Caisse la somme de 470 000 francs ; que M. X… ayant été mis en redressement puis liquidation judiciaire les 20 juin et 3 octobre 1995, la Caisse a déclaré sa créance à titre privilégié ; que, par ordonnance du 8 févier 2000, le juge-commissaire a rejeté la créance* ».

Elle remarque « *que pour confirmer cette décision, l'arrêt retient que la Caisse n'est devenue créancière que le 6 juillet 1995, jour de la remise des fonds à l'emprunteur, de sorte que sa créance, postérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective, ne relève pas des dispositions de l'article L. 621-43 du Code de commerce* ». La Cour d'appel ne fait ici que reprendre la traditionnelle doctrine de la Chambre commerciale, telle qu'elle est rappelée par l'arrêt du 21 janvier 2004. Pour les juges du fond, le contrat de prêt a bien une nature réelle.

85. La Haute juridiction juge pourtant « *qu'en statuant ainsi, alors que la créance de remboursement d'un crédit immobilier dont l'offre a été acceptée antérieurement à l'ouverture de la procédure collective a son origine antérieurement au jugement d'ouverture et doit dès lors être déclarée, la Cour d'appel a violé l'article L. 621-43 du Code de commerce* ». L'attendu est on ne peut plus clair **: la Chambre commerciale fait une application du consensualisme comme technique de protection de l'emprunteur**.

L'attendu mérite que l'on s'appesantisse plus longuement sur la solution dégagée, tant l'espèce invite à circonscrire cette solution dans un domaine spécifique. En effet, cet arrêt a été rendu en matière de crédit immobilier, ce qui conduit à s'interroger sur la portée de la solution. Celle-ci est donc à rapprocher de celle dégagée par la première Chambre civile le 28 mars 2000, toutes deux ont pour particularité d'intégrer dans le contentieux un prêteur professionnel. Cependant, si la chambre Commerciale ne rappelle pas expressément le critère de la qualité du prêteur professionnel pour déterminer le caractère consensuel du contrat dans

[112] Cass. com., 11 févr. 2004, RTD com. 2004, p. 810.

son attendu, il n'est pas illogique de penser qu'elle le consacre de manière implicite.

L'opération est une opération de crédit immobilier conclue par un emprunteur professionnel qui n'est donc pas régie par le Code de la consommation puisque l'article 312-3 de ce code exclut des dispositions relatives au crédit immobilier les prêts finançant une activité professionnelle[113]. La Chambre commerciale ne peut alors se baser pour suivre la position de la chambre civile, non sur la nature de l'opération, mais sur la qualité du prêteur, l'établissement de crédit, qui est un professionnel du crédit.

86. La solution de la jurisprudence est dorénavant claire, l'extension du caractère consensuel du contrat de prêts de deniers est manifeste. **L'on peut affirmer la teneur de la technique de protection par le consensualisme est la suivante** : Le contrat de prêt est un contrat consensuel lorsque le prêteur est professionnel, et ce quelque soit l'objet du contrat, qu'il porte sur un crédit visé par le Code de la consommation ou non. La protection de la jurisprudence est donc plus large que celle opérée par le Code de la consommation puisqu'elle protège aussi l'emprunteur qui contracte pour ses besoins professionnels.

87. Nous pouvons conclure que, pour la Cour de cassation, tous les emprunteurs sont protégés dès lors qu'ils traitent avec un professionnel du crédit. Toutefois, à l'étude des faits de l'arrêt du 11 février 2004, une incertitude subsiste. L'attendu affirmait « *qu'en statuant ainsi, alors que la créance de remboursement d'un crédit immobilier dont l'offre a été acceptée antérieurement à l'ouverture de la procédure collective a son origine antérieurement au jugement d'ouverture et doit dès lors être déclarée, la Cour d'appel a violé l'article L. 621-43 du Code de commerce* ».

Le caractère consensuel du contrat, découle-t-il du fait que l'on soit en présence d'un crédit immobilier, ou s'explique-t-t-il par la qualité professionnelle du prêteur ? Rien ne semble le préciser. Il est même permis d'en douter. A nos yeux, la réponse ne figure pas dans l'arrêt. Pour autant, la justification liée à la nature immobilière de l'opération ne peut tenir. L'emprunteur est en effet un professionnel qui ne peut bénéficier, par principe, des dispositions du Code de la consommation relative à cette forme de crédit[114]. Donc seule la qualité du prêteur peut alors légitimer la solution dégagée par la Chambre commerciale.

---

[113] Ainsi en est-il pour une SCI financée par un tel crédit, Cass. civ. 1ère, 10 févr. 1993, Bull. civ. I, n° 71, D. 1993, IR, p. 60 ; Contrats conc. Consom. 1993, n° 81, obs. G. RAYMOND.
[114] Art. L. 311-3 et L. 312-3 du Code de la consommation.

88. Cette technique de protection est donc générale. Cependant, ce qui se révèle louable au regard de l'étendue de la protection de l'emprunteur apparaît pour partie contestable. La technique de protection que nous avons découverte peut être difficile à appliquer. C'est notamment le cas lorsque le banquier prêteur ne pourra refuser de créditer si la situation du client se dégrade *a priori*.

B) Le caractère discutable de la technique employée pour protéger l'emprunteur

1° L'imprécision de la rédaction de l'art. L. 311-15 du Code de la consommation

89. La vraie question n'est plus celle de savoir si le contrat de prêt est un contrat réel ou un contrat consensuel, mais plutôt de savoir de quelle manière l'on peut assurer l'emprunteur de recevoir les fonds une fois l'offre acceptée.

La technique adoptée par le législateur, puis par la Cour de cassation, est de contraindre le banquier à déposer les fonds une fois l'option levée. Nous pensons que ce choix ne s'est pas fait sans heurts. Le législateur, par l'instauration des dispositions des articles L. 311-15 et L. 312-7 relatives au crédit à la consommation et au crédit immobilier, a introduit expressément la technique du consensualisme qui fait de la rencontre des volontés le moment de formation du prêt. La manière de transposer cette technique nous paraît quelque peu imprécise. L'imprécision réside selon nous dans le rôle flou que le législateur donne à la remise des fonds.

90. Alors que cette remise est la pierre angulaire de la protection de l'emprunteur, le législateur n'évoque pas cette obligation dans les termes de la loi. Ainsi, cet emprunteur est protégé, non pas parce que le contrat est formé par l'acception de l'offre préalable, mais davantage parce qu'il est créancier d'une obligation de remise des fonds. Nous admettons certes que l'une découle de l'autre, et qu'au final, ceci est sans conséquences pratiques sur le transfert des fonds qui s'opérera. Nous regrettons toutefois que le législateur n'ait pas mis en avant, au sein du texte, la finalité de la protection qui est d'assurer que le prêteur, dès que l'offre est acceptée, soit engagé à déposer la somme promise. Nous nous autorisons donc à proposer un exemple de rédaction de l'article L. 311-15, en ces termes : « *lorsque l'offre préalable ne comporte aucune clause selon laquelle le prêteur se réserve le droit d'agréer la*

personne de l'emprunteur, l'offre préalable, une fois acceptée par ce dernier, fait naître à son profit l'engagement irrévocable de déposer les fonds promis. Cet engagement est régi par les articles 1136 et suivants du Code civil[115] ».

91. La présente proposition de rédaction de rédaction a le mérite de mentionner les effets du consensualisme, lesquels, en matière de contrat de prêt, ne relevait pas de l'évidence. C'est un fait dommage que le législateur n'ait pas prévu une telle rédaction, car les articles 1875 et 1892 du Code civil précisent eux les effets du contrat de « prêt réel », en n'évoquant la *traditio*.

92. Une dernière critique existe enfin sur l'intérêt de considérer le contrat formé dès la rencontre des volontés. Spécifiquement, la critique touche à la finalité de la protection.

L'idée est que l'exécution forcée, rendue possible par la qualification d' « obligation de donner » de l'obligation du remettre les fonds, ne serait pas une option plus intéressante pour l'emprunteur que celle tirée de l'application de l'article 1142 du Code civil. Dans la théorie du contrat réel, la remise de la chose entraîne la formation du contrat, avant cette remise, l'on ne parle donc pas de contrat de prêt mais de promesse de prêt. Or la sanction de l'inexécution d'une promesse se solde par l'octroi de dommages et intérêts puisque le banquier n'est débiteur que d'une obligation de faire. Si la promesse n'est pas exécutée, le préjudice pour le client est causé par l'absence du service attendu du client que devait rendre le banquier aux termes de la promesse. La réparation du préjudice variera donc suivant l'espèce, et pourra être très bien inférieure au montant du prêt comme elle pourra lui être supérieure. A titre d'exemple il ne percevrait rien si l'opération qu'il projetait de financer avec le prêt ne lui aurait rien rapporté[116]. Au contraire il recevra une réparation plus importante si le préjudice entraîné par la non-obtention du prêt dépasse le montant du gain escompté de la réalisation de l'opération principale.

93. Quand le contrat de prêt a une nature consensuelle, le client peut demander l'exécution forcée dès lors qu'il a consenti à l'offre préalable. S'il ne peut demander l'exécution forcée, le montant de la sanction de l'inexécution de l'obligation du banquier sera donc strictement égal au montant de la créance issue du prêt et équivaudra alors à l'exécution

[115] La référence à l'article 1136 du Code civil nous semble pertinente : elle rappelle que l'emprunteur est créancier de la somme d'argent *solo consensu* et que le prêteur s'engage à lui remettre.
[116] Ainsi en sera-t-il, peut-on le penser, pour l'achat de titres dont la valeur baisse ultérieurement.

forcée. Toutefois, rien ne garantit que cette réparation soit plus avantageuse que l'octroi de dommages et intérêts que l'emprunteur aurait reçu à la suite de la réparation de l'inexécution d'une obligation de faire. **Finalement, il apparaît qu'en pareil cas, l'emprunteur n'est pas plus avantagé par l'exécution forcée que par l'allocation de dommages et intérêts, surtout si l'inexécution engendre un préjudice pour le client. C'est donc la finalité de la qualification consensuelle de la nature du contrat de prêt qui pourrait être remise en cause**.

2° L'imperfection du régime unitaire du contrat de prêt

94. La seconde critique vise la concordance des règles dégagées par le législateur et celles érigées par la jurisprudence. Il nous semble que les règles consuméristes perdent de leurs spécificités.

Si la jurisprudence retient les techniques de protection fondées sur le consensualisme, elle les applique désormais la même solution aux professionnels contre d'autres professionnels. Pour la Cour, nous l'avons mentionné, seule la qualité de prêteur professionnel conditionne le caractère consensuel au contrat de prêt. C'est dire si la jurisprudence s'est largement imprégnée de la philosophie consumériste, en offrant une protection plus large. Désormais le prêt est consensuel, peu importe l'objet du prêt, même s'il les fonds ne sont pas destinés au financement immobilier ou à la consommation.

95. Cet objet du contrat est donc devenu un élément indifférent dans la protection de l'emprunteur. Comme l'évoque le Professeur MARTIN, « *la nature des choses ne divise pas*[117] ». Si le contrat est consensuel, il doit toujours l'être, s'il ne l'est pas, il ne doit jamais l'être. De plus les critères choisis pour déterminer la nature du contrat ne paraissent guère pertinents. Alors que la loi distingue selon l'objet du contrat suivant qu'il rentre dans le champ d'application du Chapitre III, la jurisprudence retient quant à elle la qualité de professionnel du prêteur. Il existe donc un dualisme tenant au régime application au contrat, et un second tenant aux critères d'application de ce régime. A notre connaissance, aucune justification de droit commun ne peut expliquer ces choix. L'on ne peut pas non plus justifier de ceux-ci par la spécificité de la loi spéciale, la technique de protection du consensualisme

[117] D.-R. MARTIN, *Du contrat consensuel de prêt*, D. 2002, p. 640.

jouant même pour les prêts conclus entre deux professionnels. Il paraîtrait donc imprudent de voir ici une application du droit de la consommation à la matière bancaire.

96. La protection repose ici sur une technique consumériste mais l'on ne pourra que s'étonner de cela si l'on considère qu'entre professionnels, la logique consumériste reste étrangère à la relation entre les parties. Il serait permis alors de penser qu'il s'agit ici d'un cas dans lequel la technique du Code de la consommation s'applique pour des contrats qui sont extérieurs à son champ d'application. Toutefois, si le régime du prêt au profit du professionnel tend à se rapprocher de celui qui bénéficie déjà au consommateur, l'on ne peut pour autant justifier cette assimilation partielle. Si la jurisprudence a déjà pu par le passé opérer un tel rapprochement, l'on pensera principalement à l'application des clauses abusives aux professionnels, il existait le critère du rapport direct qui fondait ce rapprochement. Pour le contrat de prêt consensuel, il ne paraît exister aucun critère propre à expliquer cette assimilation, puisque par principe, le professionnel n'est pas soumis aux dispositions relatives aux crédits visées par le Code de la consommation[118].

97. Pour le banquier dispensateur de crédit enfin, la généralisation de la technique de protection par le consensualisme peut aboutir à des solutions sévères pour le banquier. Ainsi, lorsque le contrat de prêt était un contrat réel, le banquier pouvait se délier de son engagement, jusqu'au moment de la remise des fonds. Le contrat n'était formé que par cette remise. Tout au plus, devait-il indemniser son client pour inexécution d'une promesse de faire : il était libre de ne pas remettre au bénéficiaire ces fonds.

Cette faculté n'avait pas que des inconvénients puisqu'elle permettait au banquier de prendre ses dispositions pour le cas où, après la promesse mais avant la remise des fonds, la situation de l'emprunteur se dégradait. En cas d'évolution défavorable des finances du client, le banquier pouvait se dédire pour d'éviter de financer une entreprise en situation obérée et échapper à sa responsabilité pour soutien abusif. Conformément à son devoir de vigilance qui consiste à ne pas créditer s'il sait que l'emprunteur n'a aucune chance de se redresser, le banquier pouvait opter pour la non-remise des fonds. Pour le cas où le crédit aurait été fautif, cela l'aurait pu le protéger contre toute mise en jeu de sa responsabilité, si bien que l'emprunteur ne pouvait pas à la fois reprocher à sa banque de l'avoir crédité, sur le

[118] Art. L. 311-3 3° et L. 312-2 1° qui excluent les prêts finançant une activité professionnelle.

fondement du soutien abusif, et de ne pas l'avoir crédité, à la suite de la violation d'une obligation de faire née de la promesse.

98. La question est donc de savoir précisément si le prêteur peut se dédire sans pour autant engager sa responsabilité alors qu'il rompt la promesse née de l'ouverture de crédit. Précisément, l'engagement unilatéral au profit du bénéficiaire doit-il céder le pas face au risque de responsabilisation du prêteur pour crédit abusif ? Pour certains auteurs, la réponse est positive. Pour le Professeur BONNEAU[119], la banque pourrait révoquer sa promesse dans l'hypothèse où celle-ci serait à durée indéterminée. L'argument de la prohibition des engagements perpétuels semblerait commander la solution, en cela, la solution nous semble orthodoxe. La seule hypothèse dans laquelle il pourrait engager sa responsabilité est celle de l'abus de droit, c'est pourquoi il devra alors procéder à un préavis[120].

99. Toutefois ce principe n'est pas général. En effet, certains considèrent que l'*intuitu personae* est suffisamment marqué pour que puisse être présumée une clause de résolution tacite du prêt, qui autoriserait le banquier à ne pas délivrer les fonds si les capacités de remboursement de l'emprunteur se dégradent après l'échange des consentements[121]. Si ce propos paraît pertinent, il n'en demeure pas moins que toute rétractation de la promesse doit respecter un préavis, sauf lorsque les circonstances justifient une rupture sans préavis. Il en sera ainsi lorsque le client a eu un comportement fautif[122].

100. Pour répondre à cette question, il convient de distinguer selon que le bénéficiaire a ou non accepté la promesse. Cela implique de déterminer les effets de la promesse.

101. Le promettant peut-il rétracter cet engagement unilatéral tant que l'emprunteur ne lève pas l'option ? La doctrine, dans sa très grande majorité, répond par la négative. Ainsi selon les auteurs, « *la promesse crée une véritable obligation à la charge du promettant, qui*

---

[119] T. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 7ème éd., 2007, n° 506.
[120] Com. 19 novembre 1985, Bull. civ. IV, n° 275, p. 232. A cet effet, semble raisonnable un délai de 2 mois pour une société commerciale et 8 jours pour une société civile ou une personne physique
[121] F. GRUA, *Les contrats de base de la pratique bancaire*, Litec, 2001, n° 324.
[122] Trib. Com. Paris, 24 janv. 1985, Chambéry, 18 déc. 1984, Banque, n° 450, mai 1985, 525, obs. J.-L. RIVES-LANGE.

est d'ores et déjà engagé »[123]. Concrètement, cela impliquerait que le banquier ne puisse s'abstraire d'exécuter le contrat de prêt et de remettre les fonds en revenant sur sa promesse. En faisant fi de cet engagement, il s'exposerait à la sanction de l'inexécution d'une obligation de faire. Nous devons admettre que cette situation est malcommode pour le prêteur. En effet, si la situation de l'emprunteur évolue défavorablement, en cas d'acceptation du bénéficiaire de la promesse, ce prêteur se verrait dans une situation déséquilibrée par rapport au client. Alors que l'emprunteur n'a jamais à rembourser plus qu'il ne doit, le banquier prend le risque de recouvrer moins qu'il a avancé quand la situation de son client le contraint à ne plus pouvoir honorer son engagement. Cette situation est un argument pratique qui illustre le fait que le banquier devrait pouvoir se dédire. Comment justifier cette solution ?

102. Nous démontrerons ce qui justifie la faculté pour le banquier de révoquer la promesse faite au client. Ainsi, classiquement, il est admis qu' « *une offre est insuffisante pour lier par elle-même celui qui l'a faite, elle peut, en général, être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée valablement* »[124]. Or c'est ici de promesse dont il s'agit ici : celle-ci engage davantage le promettant qu'une offre n'engage l'offrant, de telle sorte que le promettant ne peut révoquer la promesse sans violer une obligation contractuelle de faire. Il ne pourrait alors pas dédire. Mais cette interdiction n'est pas absolue, et cela suivant la nature du terme de la promesse.

103. Le premier argument tient à l'existence d'un terme assorti à la promesse. Il convient d'opérer une distinction selon que la promesse est assortie d'un terme déterminé ou indéterminé, avant de préciser la nature de l'engagement né de la promesse.

104. Pour les promesses unilatérales de crédit à terme déterminé, le promettant ne peut se dégager avant l'arrivée du terme. Le banquier entend, par la promesse, s'engager à conférer à un éventuel emprunteur une option dont il lui réserve le bénéfice jusqu'à une date donnée.

---

[123] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2008, n° 191 ; M. FABRE-MAGNAN, *Le mythe de l'obligation de donner*, RTD civ. 1996, p. 85 ; D. MAZEAUD, D. 1997, somm. com. p. 170 ; Mélanges GHESTIN, 2001, p. 651 et suivants.

[124] Cass. Req., 11 décembre 1901, D.1903.1.11 ; Toulouse 3 juin 1901, D.1902.2.16 ; Cass. Req., 29 avril 1903, D.1904.1.135 ; Cass. Civ., 9 mai 1904, D.1907.1.465 note BERTHELEMY ; Nîmes, 4 mars 1908, S.1910.2.106 ; Cass. civ., 3 févr. 1919, DP 1923, I, p. 126 ; rapprocher Cass. civ. 1ère , 13 juin 1984, no 83-13.113, Bull. civ. I, no 193 ; CA Aix-en-Provence, 13 janv. 1983, JCP éd. G 1984, II, no 20198, note GIVORD.

105. A l'inverse, quand le terme est indéterminé, il conviendrait d'appliquer ici la théorie de l'interdiction des engagements perpétuels. Le prêteur pourrait, tant que l'emprunteur ne lève pas l'option, révoquer la promesse. Concrètement, il est désormais possible de relever les deux conditions dans lesquels le banquier peut ne se dédire de sa promesse sans engager sa responsabilité : **le prêteur peut révoquer son engagement tant que le bénéficiaire n'a pas accepté, et si le terme convenu est à durée indéterminée**.

106. Toutefois, il doit respecter le délai moral qui lui interdit tout comportement de nature à léser son client, lorsque la rupture d'une relation est brutale. Ainsi est-ce le cas en matière de rupture abusive des pourparlers quand le client croyait légitimement que le prêt allait être conclu alors que la banque avait de toute évidence renoncé à cette hypothèse bien antérieurement. Un préavis envoyé au client l'informant de la révocation de la promesse de crédit nous paraît être le rempart contre la mise en jeu de la responsabilité du banquier.

107. D'autre part, la faculté de dédire peut s'expliquer par la nature de l'engagement né de la promesse. Le promettant s'engage à faire, mettre à disposition de l'emprunteur la faculté de conclure le prêt si ce dernier l'accepte. La promesse unilatérale rend le banquier débiteur d'un droit potestatif à la remise des fonds dont le client en serait le créancier potentiel. Toutefois, les auteurs paraissent divisés sur ce point. Certains y verraient un véritable droit de créance[125], d'autres un simple droit potestatif[126]. Supposer qu'il s'agirait d'un droit de créance impliquerait que celle-ci en revête les caractères, le droit dont bénéficie le client du banquier porterait alors sur une créance liquide, exigible et certaine.

108. Liquide, cela implique que la créance puisse être évaluée en somme d'argent, ce qui est le cas puisque le banquier s'engage à remettre une certaine somme au titre du prêt. Exigible sous entend que le droit ne doit pas être affecté d'un terme suspensif. C'est bien le cas si l'on écoute la doctrine. En effet, la promesse unilatérale de contracter avec levée d'option ne saurait être analysée en une convention assortie d'une condition suspensive[127]. Il nous semble donc difficile de douter du caractère exigible du droit du bénéficiaire. Reste cependant le caractère certain pour lequel il est possible d'émettre des doutes. « Certain » signifie que le droit est actuel et son existence incontestable. Refuser le caractère certain d'un

---

[125] F. BENAC-SCHMIDT, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris I, éd. 1983, p. 111, n° 135.
[126] I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Paris 1967, n° 17.
[127] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2008, n° 193.

droit dont l'emprunteur ne pourrait jouir que s'il accepte la promesse paraît envisageable. Tant que le bénéficiaire ne lève pas l'option, le droit n'a pas de caractère certain. Toutefois, cette présentation, pour convaincante qu'elle apparaît, nous semble douteuse. Valider cette analyse conduirait à confondre l'exigibilité de la créance avec son existence. En effet, l'exigibilité de celle-ci est incertaine, et elle sera tant que l'emprunteur n'a pas levé l'option. A l'inverse l'existence du droit nous paraît certaine, le promettant s'est engagé à exécuter la convention si cette option est levée. Nous pouvons en conclure que le droit est certain mais non exigible, du moins jusqu'à acceptation.

109. Nous en venons par conséquent à caractériser le droit né de la promesse unilatérale. Certes l'exigibilité est potestative en ce qu'elle dépend du bon vouloir de l'acceptant de la promesse, mais rien n'interdit, comme le conçoit aussi la thèse de Madame BENAC-SCHMIDT, d'analyser celui-ci en un droit de créance[128] : le droit du bénéficiaire existe en germe et ne deviendra exigible qu'à partir du moment où celui-ci lève l'option.

110. Il ne paraît au surplus pas douteux de penser que puisse être assimilée à la créance la somme d'argent que peut espérer recevoir un créancier de son débiteur, quand bien même il ne s'agirait que d'une éventualité. La jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme a d'ailleurs instauré un mouvement de protection de la « créance éventuelle » en se fondant sur la notion d' « *espérance légitime* »[129]. La Cour de cassation a d'ailleurs repris ce raisonnement en visant explicitement la notion d'espérance légitime[130].

111. Malgré la thèse retenue par Madame BENAC-SCHMIDT, la solution est inapplicable : en cas de difficulté du débiteur postérieurement à la promesse, le banquier devrait tout de même créditer. Le risque d'engager pour sa responsabilité pour soutien abusif ne pourrait être alors évité. **En ce sens, la solution dégagée par l'auteur est incompatible avec l'exercice du devoir de vigilance.**

---

[128] F. BENAC-SCHMIDT, *op. cit.*, p. 111, n° 135.
[129] CEDH, Pine Valley c/ Irlande, 29 novembre 1991, RUDH 1992. 9, chron. F. SUDRE.
CEDH, 9 déc. 1994, Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce, Série A, n° 301 ; RTD civ. 1995, p. 652, obs. F. ZENATI ; RTD civ. 1996, p. 1019, obs. J.-P. MARGUENAUD.
CEDH 6 oct. 2005, Maurice et Draon, D. 2005. IR. 2546, obs. M.-C. de MONTECLERC ; D. 2006 ; pan., p. 1200, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; D. 2006, IR, p. 1915, obs. M.-C. de MONTECLERC ; RTD civ. 2005, p. 743, obs. J.-P. MARGUENAUD ; D. 2005, p. 798, obs. T. REVET ; AJDA 2005, p. 1924, obs. M.-C. de MONTECLERC ; RDSS 2006, p. 149, obs. P. HENNION-JACQUET ; JCP éd. G 2006, II, 10061, note A. ZOLLINGER.
[130] Cass. civ. 1ère, 13 novembre 2002, n° 00-11.415, Bull. civ. I, n° 268, p. 209 ; RDI 2003, p. 254, obs. HEUGAS-DARRASPEN.

112. Conclusions sur l'anticipation de la formation du contrat par le consensualisme -. Les techniques de protection fondées sur le consensualisme se destinent à anticiper la formation du contrat. Pourtant, cette finalité n'est pas uniquement le fait du consensualisme. Nous pouvons ainsi évoquer une autre hypothèse d'anticipation, fondée sur la nature de la relation contractuelle unissant le banquier à son client, qui touche au virement[131]. Fondamentalement, les techniques de protection que nous avons découvertes permettent une protection satisfaisante du client du banquier.

---

[131] Le contrat de prêt n'est donc pas le seul théâtre de la protection du client par le recours à la technique de l'anticipation de la formation du contrat. La scène se déroule ainsi pour le virement : le moment auquel le bénéficiaire devient créancier de la somme d'argent confère au profit de ce denier l'assurance de pouvoir bénéficier des fonds virés. Plus ce moment intervient tôt dans l'opération de virement et plus la sécurité juridique est assurée à son endroit. Précisément, il est traditionnellement enseigné que le bénéficiaire n'est pas créancier de la somme d'argent par la seule émission de l'ordre de virement (en ce sens, *Répertoire Dalloz Commercial*, oct. 2008, V. Virement, n° 82). Ainsi peut-on décomposer de la manière suivante cette opération juridique qui repose sur une intervention technique, via le Système Interbancaire de Télé-compensation : le donneur d'ordre envoie à son banquier un message qui est collecté par ce dernier avec tous les autres ordres émis et sont inclus dans un fichier destiné au Système. Ce dernier répartit auprès des banquiers réceptionnaires les différents ordres émis, ce qui provoque l'envoi d'un retour vers le banquier du donneur d'ordre mentionnant que l'acquittement du paiement. Cet acquittement marque l'irrévocabilité de l'ordre de virement. C'est ainsi que la doctrine considère que l'irrévocabilité intervient techniquement au moment de la réception de l'acquittement de l'ordre par le banquier détenteur du compte débité, comptablement au moment du débit de ce compte (V. J. LASSERRE-CAPDEVILLE, *Les systèmes de règlements interbancaires*, RLDA nov. 2006, p. 92 ; V. AVENA-ROBARDET, *Compensation : virement reçu le jour de l'ouverture d'une procédure collective*, D. 2007, p. 2464). La jurisprudence va dans le même sens puisqu'elle considère que l'irrévocabilité a lieu lorsque le donneur d'ordre est « *dessaisi de la somme objet du virement* », parce qu'il en perd la propriété. (Cass. Com., 8 juill. 2003, n° 99-10.590, Bull. civ. IV, n° 117 ; RD bancaire et fin. Mars-avr. 2004, p. 92, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; LPA 15 janv. 2004, p. 7, obs. E. C. V. confirmation Cass. com., 18 sept. 2007, n° 06-14.161 ; Banque et droit juill.-août 2008, p. 3, note J.-M. DESPAQUIS.). Le bénéficiaire devient-il pour autant créancier du montant des fonds virés ? A cet instant, les fonds sont en transit vers le compte du banquier réceptionnaire. Il y a lieu de considérer trois hypothèses dans lesquelles le client bénéficiaire devient créancier : au moment de l'irrévocabilité de l'ordre ? Au moment de la réception des fonds par le banquier réceptionnaire ? Ou bien au moment de l'inscription au compte de ce bénéficiaire des fonds virés ? En droit du chèque, la créance sort du patrimoine du tireur pour échoir aux mains du bénéficiaire lors de la remise du titre. C'est ce qui transparaît dans l'expression le porteur acquiert « la propriété de la provision ». Doit-on alors considérer, comme pour le chèque, que le bénéficiaire du virement devient propriétaire des fonds au moment où le donneur est dessaisi de la propriété des fonds ? Cela serait concevable dès lors que toute manière ce dernier n'est pas fondé à révoquer l'ordre de virement. C'est cette solution qui est d'ailleurs prônée par la Directive 2007/64/CE du 13 novembre 2007. Cette solution serait intéressante si l'on omettait le fonctionnement spécifique du SIT : l'article L. 330-1 IV du Code monétaire et financier, modifié par l'Ordonnance du 8 janv. 2009, définit les modalités d'irrévocabilité des instruments de paiement. La spécificité du Système Interbancaire Télé-paiement réside dans le fait qu'au jour de l'irrévocabilité, les fonds ne sont pas encore portés au crédit du compte du bénéficiaire, alors qu'ils ont été déjà inscrits au débit du donneur d'ordre. L'irrévocabilité ne peut donc pas marquer la phase de naissance du droit du bénéficiaire aux fonds virés. S'agit-il alors du moment de la réception des fonds par le banquier réceptionnaire ou bien celui de l'inscription au crédit du compte du bénéficiaire ? Pour le Cour de cassation, « *le paiement doit être considéré comme effectif au moment où* […] *le banquier du bénéficiaire a reçu les fonds virés, et non pas au moment où ce banquier inscrit par la suite les sommes en cause au crédit du compte de son client* » (Cass. com., 3 févr. 2009, n° 06-21.184, D. 2009, AJ, p. 493, obs. V. AVENA-ROBARDET ; JCP 2009, II, 10045, note J.-J. BARBIERI ; RLDC 2009, 59, n° 3370, obs. V. MAUGERI. Cette solution constitue clairement une opposition avec la solution issue de la Première Chambre, V. ainsi Cass. civ. 1ère, 23 juin 1993 ; D. 1994, p. 27, note D. MARTIN ; Defrénois 1994, p. 344, obs. Ph. DELEBECQUE). Affirmer que le bénéficiaire est créancier des fonds au moment de la réception de ceux-ci par le banquier réceptionnaire sous entend que ce banquier n'est lui-même

113. Pour autant, leur généralisation ne doit pas aboutir à ce que le prêteur ne puisse plus se dédire, surtout en matière de promesse. **Nous avançons que l'impératif de protection ne doit pas conduire à la limitation de la liberté contractuelle du banquier**.

114. Cette liberté contractuelle du banquier doit être préservé, à la fois pour le prêteur bien sur, mais pour l'emprunteur surtout : c'est en effet lui qui prend le risque de subir un préjudice si le créancier a l'obligation de consentir un concours financier alors que sa situation est obérée. Cette liberté contractuelle doit enfin être préservée puisque le banquier n'a commis aucune faute : il serait injuste de le sanctionner deux fois, en l'obligeant à consentir et recherchant sa responsabilité.

115. Cette solution est cependant toute autre lorsqu'il a commis une faute. En pareille hypothèse, nous démontrerons en quoi les techniques de protection fondées sur le consensualisme protègent le client quand le banquier adopte un comportement fautif.

---

créancier des fonds virés par le donneur d'ordre : il intervient au contraire dans l'opération juridique avec un mandat d'encaissement pour le compte de son client bénéficiaire. Il n'est alors plus que mandataire de celui-ci. La Chambre commerciale a déjà pu retenir cette solution par le passé en considérant que le donneur d'ordre était libéré à l'égard du bénéficiaire par l'inscription au crédit de la somme sur les comptes du banquier réceptionnaire.

SECTION II

L'ANTICIPATION DE LA FORMATION DU CONTRAT DE PRET EN CAS DE COMPORTEMENT FAUTIF DU BANQUIER

116. Il est des cas dans lesquels la formation du prêt sera anticipée, non plus par le fait de l'emprunteur, mais à l'inverse ici par celui du créancier. Nous relèverons deux hypothèses majeures : la rupture fautive des négociations préalables au contrat et la non-reconduction fautive de crédits en cours. En somme il s'agit du refus abusif de créditer (§1) et de la rupture fautive de crédit (§2). Nous démontrerons dans les deux cas que l'on peut réellement parler d'anticipation de la formation du contrat au sens où le comportement du banquier ne pourra s'exonérer de sa responsabilité qu'en contractant effectivement avec son client. En pareilles hypothèses, l'on peut se demander si le prêteur n'a justement pas intérêt à se lier. En effet, dans certains cas que nous présenterons, la sanction du comportement fautif du banquier semble plus lourde de conséquences que celles naissant du contrat qu'il aurait conclu. Les techniques de protection relevant du consensualisme protègent donc le client en incitant le banquier à contracter ou à ne pas se défaire d'une relation contractuelle.

§ 1 - L'ANTICIPATION FONDEE SUR LE REFUS ABUSIF DE CREDIT

117. Il convient tout d'abord de présenter le principe en vertu duquel la décision de créditer le client du banquier est discrétionnaire (A). Toutefois ce principe n'est pas absolu (B).

A) Le principe de la liberté de refuser de créditer

118. Un certain nombre d'opérations bancaires diverge du modèle contractuel de droit commun en ce que l'*intuitu personae* y est particulièrement marqué. La relation entre le banquier et le client étant avant tout une relation de confiance. Ainsi si le droit commun du contrat de prêt n'est pas foncièrement marqué par le sceau de la confiance, il en va autrement du contrat de prêt bancaire. En effet le prêteur peut ne pas répondre à une sollicitation de

l'éventuel emprunteur. C'est uniquement après examen de sa situation personnelle, que la confiance sera donnée à celui-ci, et le prêt accordé. Au surplus, l'octroi des fonds est conditionné à une capacité suffisante de remboursement, ce qu'illustre le devoir de vigilance[132] du banquier quand il prête les fonds déposés. En effet, il ne doit pas les engager avec légèreté, sous peine de voir sa responsabilité encourue, précisément pour le cas où l'emprunteur ne saurait pouvoir rembourser les fonds prêtés[133].

119. Il n'y a donc pas de droit au crédit[134]. Cette règle est réaffirmée par une réponse ministérielle[135] et trouve écho en jurisprudence[136]. Et cette position trouve une illustration légale, aux termes de la loi n° 94-126 du 11 février 1994, en son article 47, qui prévoit que le banquier qui n'accepte pas la garantie sur un bien nécessaire à l'exploitation proposée par l'entrepreneur individuel, peut renoncer à consentir le crédit sans que sa responsabilité soit mise en cause.

120. Il a cependant été soutenu par un auteur, M. BONNEAU[137], qu'un droit crédit aurait été consacré par la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 avec l'article L. 511-10 du Code monétaire et financier. En vertu de ce texte, « *pour fixer les conditions de son agrément, le Comité des établissements de crédit* (…) *peut prendre en compte la spécificité de certains établissements* (…) *appartenant au secteur de l'économie sociale et solidaire. Il apprécie notamment l'intérêt de leur action au regard* (…) *de la reconnaissance effective d'un droit au crédit* ». Le texte semble évoquer l'existence d'un droit au crédit, qu'en penser ?

121. La jurisprudence la plus récente tend à infirmer cette hypothèse, dans un arrêt rendu dans « l'affaire Tapie »[138]. La Cour d'affirmer que « *le banquier est toujours libre, sans*

---

[132] Le devoir de vigilance est défini par la jurisprudence comme l'obligation de procéder pour le banquier à certaines vérifications et à refuser de participer à certaines opérations. La finalité est d'instaurer une norme d'appréciation du caractère normalement diligent du professionnel. V. T. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 7ème éd., 2007, n° 408.
[133] V. ainsi T. BONNEAU, *op. cit.*, n° 737.
[134] De nombreux auteurs penchent pour cette solution, notamment Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, Litec, n°368-6 ; F. GRUA, *Contrats bancaires*, Economica, 1990, n° 233 ; T. BONNEAU, *op. cit.*, n° 490.
[135] JO Sénat, CR 1992, p. 2181
[136] Pour une illustration, V. Cass. Com., 2 juill. 2002, BRDA 2002, n° 15, p. 9.
[137] T. BONNEAU, *Du droit au crédit*, RD bancaire et financier, 2002, n° 1, p.3
[138] Ass. plén., 9 oct. 2006, n° 06-11.056 et n° 06-11.307, Sté CDRR créances et Sté Le Crédit Lyonnais c/ SELAFA MJA *ès qual.*, D. 2006, AJ p. 2525, obs. X. DELPECH ; JCP éd. G 2006, II, 10175, note T. BONNEAU ; JCP E 2006, p. 2618, note A. VIANDIER ; RD banc. fin. nov.-déc. 2006, p. 25, note C. KLEITZ ; Gaz. Pal. 11 oct. 2006, n° 284, p. 20 ; Bull. Joly 2007, p. 57, note F.-X. LUCAS ; D. 2007, p. 753, obs. D.-R.

avoir à justifier sa décision qui est discrétionnaire, de proposer ou de consentir un crédit quelle qu'en soit la forme, de s'abstenir ou de refuser de le faire ». *A priori*, la solution tombe sous le coup du bon sens qui se justifie au regard de l'autonomie de la volonté[139].

Il convient toutefois de justifier l'absence de droit au crédit : deux éléments de réflexion doivent nous faire penser que l'article L. 511-10 ne reconnaît pas un droit au crédit en tant que tel. Tout d'abord, l'objectif du texte est de permettre le développement des établissements qui ont finalité à répondre aux besoins des personnes défavorisées en délivrant un agrément à ces établissements suivant des considérations d'ordre social. Il s'agit de développer une politique de crédit aux caractéristiques suffisamment variées pour ne pas exclure une partie de la clientèle des banques.

Conséquemment, et en second lieu enfin, cela conduit à opérer une distinction entre l'impératif de développer le recours au crédit pour une partie de cette clientèle qui n'y a habituellement, pour des raisons financières ou médicales, pas droit[140] et un quelconque droit au crédit que le client pourrait opposer à son banquier. L'on doit alors distinguer nettement le « droit à un certain crédit », conditionnel, du « droit à un crédit certain » qui n'existe pas.

La question de l'accès au crédit n'implique que le client y ait droit sans conditions : ainsi sera-ce notamment le cas lorsque sa solvabilité fait craindre la défaillance de ce dernier dans le remboursement du prêt.

122. Pour autant, le devoir de vigilance justifie conduit à refuser l'octroi d'un prêt[141] sous prétexte que l'emprunteur n'a pas une solvabilité satisfaisante. L'on peut alors se poser

---

MARTIN ; RDT civ. 2007, p. 115, note J. MESTRE, B. FAGES ; RTD civ. 2007, p. 148, note P.-Y. GAUTIER ; RTD com. 2007, p. 207, note D. LEGEAIS ; RDI 2007, p. 408, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN.

[139] Ce bon sens se justifie d'ailleurs tout autant par l'ancienneté du principe de l'autonomie de la volonté que par sa manifestation actuelle dans la lettre de l'article 1134 du Code civil. Ainsi, E. KANT, déjà, évoquait ce principe dans sa *Critique de la Raison Pure*, 1781.

[140] V. ainsi, la loi n° 2007-131 du 31 janvier 2007, publiée au JO du 1er février 2007, p. 1945, relative à l'accès au crédit des personnes présentant un risque aggravé de santé. Initiée par la convention AERAS signées par les banques, cette loi assouplit l'accès au crédit aux personnes à la santé fragile en prévoyant notamment la suppression d'un questionnaire de santé pour les crédits à la consommation affectés quand l'emprunt, contracté par une personne de moins de cinquante ans pour une durée supérieure à quatre ans, ne dépasse pas quinze milles euros : V. art. L. 1141-2 du Code de la santé publique.

[141] Si le devoir de vigilance conduit le banquier, en bon professionnel, a devoir se renseigner sur les affaires de son client et avoir le discernement suffisant pour apprécier les risques de l'opération que souhaite réaliser son client, il n'est pas toujours aisé de déterminer s'il peut ou non, en vertu de ce devoir, refuser de consentir un concours financier. Certains le pensent, V. notamment R. ROUTIER, *Obligations et responsabilité du banquier, Dalloz Référence*, 2ème éd., 2008, p. 519, n° 362.21 ; d'autres non, V. ainsi JCP éd. E 2006, 1522, note D. LEGEAIS qui affirme que « *le crédit, même excessif, peut être accordé à la condition que le client ait été alerté et qu'il ait accepté le risque* ». V. spécialement nos développements sur cette question, *infra* n° 487.

la question de savoir si le banquier peut refuser pareillement son concours à un emprunteur solvable.

L'hypothèse est celle d'un emprunteur à qui on refuse l'octroi d'un emprunt bien que le client dispose de revenus suffisants pour honorer le remboursement du prêt. La liberté de refus se justifie-t-elle encore ? Le principe est que le banquier conserve le droit d'accorder ou pas les fonds, sans que la situation personnelle de l'emprunteur ne puisse imposer l'octroi des fonds. Il peut refuser de prêter à un client solvable comme il pourra créditer, non sans risque, un client à la solvabilité incertaine. Cette faculté d'accorder un crédit est discrétionnaire[142]. Le client, même solvable, n'est donc pas protégé contre le refus du banquier de le créditer.
La liberté de refuser un concours nous semble émaner de l'intuitu personae qui teinte la relation contractuelle liant les parties.

123. Toutefois cette liberté n'est pas sans limites, et nous amènent à nous interroger sur la pertinence du refus lorsque celui-ci ne semble pas justifié. Il pourrait être en effet possible, à première vue, de fonder le refus de créditer sur le modèle du refus de vente. L'article 30 de l'ordonnance du 30 décembre 1986, devenu l'article L. 122-1 du Code de la consommation, dispose qu' « *il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime* ».

L'analogie avec le refus de vente est pertinente. Le motif légitime qu'évoque l'article L. 122-1 pourrait être, transposé dans la matière bancaire : ce motif légitime résiderait dans le doute émis par le prêteur sur la solvabilité de son emprunteur, il pourrait alors lui refuser le concours demandé, et *a contrario* ne pourrait s'opposer alors à créditer un client solvable. La logique, mais aussi l'équité, sembleraient *a priori* commander la solution. Cette solution se rapprocherait de celle admise en droit des assurances qui est une activité subordonnée au respect des dispositions de l'ordonnance du 1er décembre 1986[143], et notamment à celle issue de l'article 30 applicable au refus de vente.

[142] L'expression a d'ailleurs déjà été évoquée en jurisprudence, pour un exemple flagrant, V. CA Paris, 10 mars 1989, Banque 1999, obs. J.-L. RIVES-LANGE, dans lequel l'expression « *droit discrétionnaire* » est mentionnée.
[143] Cass., crim., 12 févr. 1990, n° 89-90.815, D. 1991, somm. p. 247, obs. Ch. GAVALDA et C. LUCAS DE LEYSSAC.

124. Cela reviendrait à consacrer, de manière générale, un droit au crédit, comme un droit au compte est déjà reconnu par l'article L. 312-1 de Code monétaire et financier[144].

Cependant le crédit est une activité autrement plus risquée que la simple tenue d'un compte, tant pour le banquier que pour son client : l'un risque de ne pas pouvoir restituer les fonds prêter si sa situation se dégrade, et l'autre pâtira de ce risque. Enfin, calquer le refus de vente à l'hypothèse du refus de créditer engendrerait un contentieux qui se cristalliserait sur la notion de « motif légitime » pour justifier le refus. Et l'on peut penser, d'après la relation liant les parties, que la perte de confiance suffirait, à elle seule, à satisfaire à ce motif légitime. Le client n'aurait alors jamais aucune chance de prouver que la confiance existe toujours, puisque par essence, la confiance relève de la conscience de chacun. La perte de confiance est donc suffisante pour refuser de créditer.

C'est d'ailleurs ce qui, en pratique, justifie le refus opposé à un emprunteur solvable, dont ses revenus dépassent de loin le montant des mensualités de remboursement, lorsque l'endettement total est de moins d'un tiers des revenus de cet emprunteur. L'application du mécanisme consumériste de l'article L. 122-1 paraît donc ne pouvoir se justifier au refus de créditer opposé au client[145].

Enfin, fondamentalement, retenir l'applicabilité de cet article aurait été simplement en contradiction avec la règle selon laquelle il n'y a pas de droit au crédit[146]

En définitive, les dispositions relatives au refus de vente est donc sans emprise sur la relation bancaire.

125. Toutefois, et bien qu'existe un principe de liberté de refus du crédit, nous relevons des hypothèses dans lesquelles, à nos yeux, le banquier se voit contraint de contracter. Nous démontrerons qu'il n'est pas obligé en vertu d'une obligation contractuelle mais davantage au regard d'un comportement à tenir pour ne pas engager sa responsabilité suite à la commission d'une faute envers son client.

B) L'obligation de créditer fondée sur le comportement fautif lors du refus de crédit

[144] Modifié par L. n° 2008-776 du 4 août 2008 qui renforce le dispositif.

[145] La Cour de cassation d'ailleurs eue l'occasion de rejeter l'argument de l'applicabilité du refus de vente aux opérations bancaires, sans pour autant justifier sa position, V. Cass. Civ. 1ère, 11 oct. 1994, n° 92-13.947, Bull. civ. I, n°289, précité.

[146] Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, Litec, n° 368-6 ; F. GRUA, *Contrats bancaires*, Economica, 1990, n°233, précité.

126. Cette obligation se fonde selon nous sur la théorie de l'apparence (1), et permet de distinguer les cas dans lesquels le banquier engagera ou non sa responsabilité (2).

1° Une obligation de remise des fonds fondée sur l'apparence

127. L'on peut considérer que la liberté de refus de créditer un client disparaît lorsque, en raison de l'apparence qu'il a donnée, le banquier a laissé croire qu'il accorderait le prêt. C'est une application de la théorie de l'apparence, laquelle devra être analysée sous le prisme du droit bancaire. Traditionnellement utilisée en matière de vente[147], la théorie sert à protéger celui qui est de bonne foi contre un cocontractant qui n'était pas capable ou qui n'avait pas le pouvoir de contracter au moment de la formation du contrat alors qu'il s'est pourtant lié contractuellement avec ce premier.

L'exemple typique est celui du vendeur *a non domino*. C'est le cas du vendeur d'une chose ne lui appartenant pas alors que l'acheteur a la certitude du contraire. La croyance légitime en la capacité ou au pouvoir du cocontractant trompe celui qui s'engage. Ainsi, le fait que le vendeur se soit comporté en vrai propriétaire de la chose laisse présumer qu'il en est effectivement le propriétaire, cette apparence induit l'acheteur en erreur et n'a alors aucune raison de penser qu'il ne traite pas avec le vrai propriétaire. Pour ne pas léser cet acheteur qui est de bonne foi, la sécurité juridique sera privilégiée et le contrat échappera à la nullité.

En matière de prêt, la jurisprudence a transposé le même raisonnement. Ainsi le banquier qui aurait laissé croire à son cocontractant qu'il lui remettrait les fonds, commettra une faute qui engagera sa responsabilité délictuelle[148]. Ainsi, et à titre d'exemple, peut-on citer le cas de figure dans lequel une banque, à la suite d'une demande de prêt de la part d'une entreprise, entretient avec cette dernière une attitude ambiguë telle qu'une autorisation de découvert d'un montant similaire au prêt demandé s'apparentait en la ligne de crédit souhaitée par cette entreprise[149].

128. Il est intéressant de noter ici que la Cour ne se fonde pas la notion de bonne foi, comme elle le fait en matière civile, mais vise directement dans l'attendu de principe l'article

---

[147] Pour une illustration dans la vente, voir J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN, n° 11144, 2ème éd., 2001.
[148] Le contrat n'est en effet pas encore formé, c'est pourquoi les tribunaux visent l'article 1382 du Code civil.
[149] Cass. com., 31 mars 1992, n° 90-14.867, Bull. civ. IV, n° 145, p. 102, RD bancaire et bourse 1992, p. 152, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD.

1382 du Code civil. Le banquier qui laisse croire que le prêt sera accordé, alors qu'il ne financera pas son client, commet une faute, si bien qu'il a tout intérêt à s'exécuter s'il ne souhaite pas engager sa responsabilité. La sanction qui pèse sur le prêteur conduit peut alors conduire celui-ci à prêter effectivement son soutien à l'emprunteur dès lors que le préjudice subit par ce dernier est plus important que le coût du déblocage des fonds pour le banquier. Nous pensons ainsi à l'hypothèse dans laquelle les pourparlers conduisent l'entreprise à ne pas négocier avec d'autres banques et que leurs ruptures entraînent la cessation des paiements pour celle-ci. La technique de protection du client qui vise à anticiper la formation de l'acte est donc ici indirecte, mais produit des effets palpables. En définitive, **la technique de protection de l'emprunteur employée ici se fonde, selon nous, sur la transcription en matière bancaire de la théorie de l'apparence que le droit commun connaît sous le terme de « rupture abusive des pourparlers »**.

129. La question de fonds est donc de savoir sous quelle forme la négociation contractuelle doit être présentée au client de la banque, c'est-à-dire la manière dont la négociation préalable à la fourniture de crédit doit être menée.

2° Les hypothèses d'engagement de la responsabilité du banquier

130. Le banquier aura intérêt à donner, tout au plus, un simple accord de principe sur la faisabilité de l'opération. L'emprunteur sera alors invité à poursuivre les négociations jusqu'à la formalisation d'une offre de la part du banquier. En pareil cas, si ces négociations n'aboutissent pas, la banque n'est pas fautive[150]. Ainsi, comme a pu le rappeler la Cour de cassation, « *il n'y a pas rupture abusive dès lors que la partie qui a rompu n'a pas entretenu son partenaire dans la certitude d'un accord*[151] ».

131. La liberté de refuser de créditer encadrée -. La jurisprudence est d'ailleurs constante comme la rappelle un arrêt récent[152] dans lequel la Chambre commerciale a relevé que le prêteur avait manqué à son obligation de bonne foi en rompant de manière brutale des négociations visant à octroyer des fonds. Concrètement, il a été jugé fautif le comportement consistant à donner un accord formel sur la faisabilité d'un financement demandé pour refuser

[150] Cass. com., 2 juill. 2002, n°00-13.459, BRDA 2002, n° 15, p. 9.
[151] Cass. com., 11 juill. 2000, Contrats, conc., consom. 2000, n° 74
[152] Cass. com., 8 nov. 2005, n° 04-12.322, RD bancaire et fin. 2006, p. 13, obs. F.-J. CREDOT et T. SAMIN ; JCP éd. E 2006, 1850, n° 36, p. 963, obs. L. DUMOULIN.

systématiquement à son client, sans aucun motif, les crédits demandés[153]. On doit donc être amené à considérer que la banque n'engagera pas sa responsabilité si elle informe préalablement son client sur la situation réelle des négociations. Cela montre l'existence de techniques de protection qui se fondent sur la manière dont est appréciée la rencontre des volontés : **la croyance en la conclusion du contrat prime sur la volonté réelle des parties. L'apparence devient en quelque sorte une technique de protection**.

L'information que doit donner le banquier pour échapper à sa responsabilité évitera de léser le client en cas de volte-face. Ainsi, le banquier devrait-il alors adresser au client un préavis faisant état de l'échec des pourparlers, afin que celui-ci trouve une solution alternative de financement. A défaut, il engagera sa responsabilité si la rupture des négociations est soudaine[154].

Au surplus, cette responsabilité sera d'autant moins recherchée qu'il n'a donné aucun accord de principe. Nous conseillerons alors au banquier de répondre à toute demande de crédit par une formulation type, laquelle, à l'image du contentieux en matière de lettre d'intention, ne vaudra qu'acceptation à la négociation. Ainsi la formule *« Je prends acte de votre demande de financement et vous enjoins à étudier avec nous la faisabilité de l'opération avant de pouvoir donner suite à votre demande »* nous paraît satisfaisante.

132. Toutefois, s'il est avéré que l'absence d'accord de principe ne peut faire présumer une acceptation de créditer, est-ce à dire pour autant qu'un accord de principe engage définitivement le banquier ? Il nous est permis de penser que la réponse doit être négative. D'une part, les conditions définitives de l'octroi du prêt n'ont pas été encore définies[155] et d'autre part, l'accord de principe n'impose au banquier qu'à poursuivre les négociations, sous exigence de bonne foi, qui caractérise la phase précontractuelle. Ainsi peut-on définir cet accord de principe comme « *l'engagement contractuel de faire une offre ou de poursuivre une négociation en cours afin d'aboutir à la conclusion d'un contrat, dont l'objet n'est encore déterminé que de façon partielle et en tout cas insuffisante pour que le contrat soit formé* »[156]. Le banquier qui aura donné son accord de principe ne s'engage

[153] CA Paris, 15ème ch. B., 6 juin 2003, Banque et droit mars-avr. 2004, p. 51, obs. F. JACOB ; RTD com. 2004, p. 143, obs. D. LEGEAIS.
[154] Cass. com., 21 sept. 2004, n°03-11.528, RD bancaire et fin. 2004, p. 400, obs. F.-J. CREDOT
[155] Sous l'effet du consensualisme, l'on doit considérer le contrat formé dès lors que les parties sont mises d'accord sur les éléments essentiels du contrat.
[156] J. GHESTIN, Traité de droit civil, *La formation du contrat*, 4ème éd., 1999, n° 344 ; V. aussi L. ROZES, *Projets et accord de principes*, RTD com 1998, p. 506 ; I. NAJJAR, *L'accord de principe*, D. 1991, chron. p. 10.

toutefois pas à conclure le contrat de prêt, il ne s'engage qu'à poursuivre *loyalement* les négociations jusqu'à leur terme, quelle qu'en soit l'issue. Le client ne pourra donc se fonder sur l'existence d'un accord de principe pour rechercher la responsabilité du prêteur si les pourparlers aboutissent à un refus de créditer. Toutefois, cet accord donné renforcera la sévérité des juges dans l'appréciation du caractère abusif d'une rupture de pourparlers en accréditant l'idée que le banquier désire mener à bien le projet sollicité par son client alors qu'il a choisi de couper court hâtivement à la négociation. La faute résidera alors dans l'apparente certitude de conclure le contrat qu'il donnera faussement à son client, à laquelle il mettra fin abruptement s'il ne prévient pas ce dernier de son intention de ne répondre à sa requête. A notre sens, il faut y voir ici davantage une illustration de l'interdiction de se contredire au détriment du client[157], plutôt que l'application de l'impératif de bonne foi dans la période précontractuelle.

133. La liberté de refuser de créditer évincée -. Il convient de nuancer les solutions dégagées ci-dessus pour un cas spécifique de prêt, en matière d'épargne logement, tant cette hypothèse paraît singulière. Le plan épargne logement est le contrat par lequel un souscripteur, une personne physique, s'engage à verser sous certaines conditions des fonds à une banque qui, en retour, lui permet d'obtenir un prêt lequel correspond aux intérêts acquis. Ce contrat est régi par les articles L. 315-1 et suivants du Code de la construction et l'habitation, ainsi que par l'arrêté du 26 décembre 1974. Il est en fait une variété de crédit immobilier. La question qui se pose, au regard des propos évoqués précédemment, est de savoir si le banquier peut refuser de fournir le crédit en opposant un motif de refus fondé sur l'*intuitu personae*. L'enjeu devient manifeste quand le souscripteur devient endetté après la conclusion du contrat. La banque peut-elle refuser de créditer pour ce motif ? La Cour de cassation, dans un arrêt du 27 mai 1986[158] a penché pour la négative.

134. Le raisonnement suivi par la Haute juridiction est le suivant : le PEL est avant tout un contrat au terme duquel le banquier s'est engagé. Au demeurant, l'exécution de ses obligations contractuelles n'est pas conditionnée par la situation patrimoniale du souscripteur. Comme la Troisième Chambre civile a pu l'affirmer dans cet arrêt, « *aucune disposition ne subordonnant ce droit au prêt à des conditions tenant à l'endettement de l'emprunteur* ». Si le

[157] D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préface de H. MUIR-WATT, th. PUAM, 2001, t. 1, n° 477. V. *infra* n° 779.
[158] Cass. civ. 1ère, 27 mai 1986, n° 84-12.135, Sté de banque de l'Orléanais c/ Epx Sénéchal, Bull. civ. I, n° 139 ; D. 1987, somm. P. 294, obs. VASSEUR ; JCP éd. G 1987, 20811, note P. BOUTEILLER.

banquier est lié à ce dernier, c'est qu'en toute connaissance de cause, il a jugé bon de la faire. Partant de cette idée, il n'aurait pas la possibilité d'invoquer l'imprévision pour se soustraire. Cette solution semble prêter à discussion d'autant que la position de la Cour de cassation est inverse lorsque le souscripteur est en situation de surendettement[159]. La justification est à trouver dans le devoir de prudence du banquier qui lui impose la fourniture d'un crédit adapté aux possibilités du souscripteur, même si l'emprunteur justifie de l'existence d'une garantie[160]. L'article L. 331-7 du Code de la consommation pose le principe de ce devoir en matière de crédit à la consommation en stipulant qu'il faut prendre « *en compte la connaissance que pouvait avoir chacun des créanciers, lors de la conclusion des différents contrats, de la situation d'endettement du débiteur et vérifier que le contrat a été consenti avec le sérieux qu'imposent les usages professionnels* ».

135. Toutefois, les solutions de la Haute juridiction sont divergentes suivant que l'emprunteur est en état de surendettement ou qu'il voit seulement sa situation financière se dégrader, ce qui conduit à l'existence d'un régime dualiste de responsabilité du banquier conditionné par la situation financière du débiteur. Nous ne pouvons que regretter l'existence d'un tel régime. Pourtant, la banque peut se voir reprocher un crédit lorsqu'elle sait que l'emprunteur ne pourra l'honorer, peu importe que la situation de l'emprunteur se soit détériorée avant ou pendant l'octroi du prêt[161]. Rien ne justifierait qu'il en soit autrement quand le débiteur est en situation de surendettement.

136. Ainsi, nous est-il permis de douter du critère retenu par la jurisprudence tenant à l'état de surendettement du souscripteur, quand le banquier peut se dédire en matière d'épargne logement. Selon nous, la responsabilité qu'il encourt soutien fautif ne saurait être conditionnée par la gravité de la situation du débiteur à la suite de l'exécution du contrat de plan épargne logement. A notre sens, il convient d'unifier le contentieux en donnant au

---

[159] Cass. civ. 1ère, 3 juin 1997, n° 95-10.593, Kalfon c/ Crédit Lyonnais, Bull. civ. I, n° 181 ; D. 1998, jur. p. 245, note HEUGAS-DARRASPEN ; Banque sept. 1997, n° 584, p. 88, note J.-L. GUILLOT. En vertu de cette solution, le banquier peut décider de ne plus financer le souscripteur au motif que ce dernier est surendettement. La solution est donc différente suivant que sa situation s'est simplement dégradée ou qu'il ne peut plus faire face à son passif avec l'actif disponible.

[160] Cass. Com., 2 juin 1982, Bull. civ. IV, n° 217 ; Cass. civ. 1ère, 8 juin 1994, n° 92-16.142, Sté Calif c/ Blanchard, Bull. civ. I, n° 206; JCP éd. E 1995, pan. 1046, II, 652, note D. LEGEAIS.

[161] En pareilles hypothèses, que le crédit soit jugé « ruineux », le débiteur est encore *in bonis* au moment du prêt, ou « abusif » quand il est déjà en situation compromise, l'obligation de prudence du banquier s'imposera et conduira le prêteur à refuser tout soutien.

banquier la possibilité de ne pas créditer quand l'opération risque de léser le souscripteur[162]. Si la jurisprudence admet que ce dernier a droit au crédit si toutes les conditions légales et réglementaires sont réunies[163], et notamment celles tenant à l'encours maximum des prêts[164], il nous apparaît injustifié de retenir la condition relative à l'état de surendettement quand le banquier devra créditer un client dont la situation est proche de cet état.

137. Cette situation conduit à opérer une distinction de traitement injustifiée entre les emprunteurs suivant la gravité de leur endettement. Le législateur, à travers une proposition de loi du 13 janvier 2005[165] qui renforce la responsabilité des créanciers en matière de fourniture de crédit, invite les prêteurs à la plus grande prudence. En effet, les auteurs de la proposition admettent qu'il « *apparaît naturel d'exiger que les créanciers étudient la situation financière des souscripteurs avant de répondre positivement à leur demande* ». La sanction prônée, sévère, celle de l'irrecevabilité de l'action du créancier en recouvrement, semblerait selon nous pouvoir légitimer, en matière de PEL, le refus de créditer si la situation du souscripteur avant le prêt devient trop défavorable, peu importe que l'état de surendettement soit avéré ou non. Cette solution aurait l'avantage d'uniformiser la jurisprudence de la Cour de cassation, et d'offrir au banquier une alternative motivée par la gravité des sanctions en cas de concours fautif. Au surplus, il nous paraît anormal qu'un créancier qui accepte un souscripteur doive pâtir de la situation de ce dernier sans pouvoir opposer un refus de créditer qui ménagerait la situation déjà obérée de cet emprunteur. Nous fondons notre propos sur le bon sens et l'équité. Un banquier responsable doit pouvoir alors refuser de créditer s'il est convaincu que contracter nuirait aux intérêts de la partie, conformément au devoir de prudence.

138. Enfin, il convient de remarquer que la protection du client se cristallise pas uniquement sur la phase précontractuelle, l'établissement de crédit peut, de même, être contraint de créditer l'emprunteur durant la phase contractuelle, au stade de la reconduite de crédits déjà accordés quand celui commet une faute au moment de leur rupture.

---

[162] Il convient en définitive de revenir sur la solution de l'arrêt du 27 mai 1986 rendu par la Première Chambre civile.
[163] CA Paris, 15ème ch., sect. B, 27 févr. 2004, Vallar c/BNP-Paribas, RDI 2004, p. 274, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN.
[164] V. R. 311-15 du Code de la construction et l'habitation qui fixe la limite à 60 000 euros.
[165] Prop. de loi n° 2029, 13 janv. 2005, tendant à prévenir le surendettement. L'article 1 propose que le créancier, en cas de faute, soit irrecevable à agir quant au recouvrement de sa créance née du prêt.

§ 2 - L'ANTICIPATION FONDEE SUR LA RUPTURE ABUSIVE DE CREDIT

139. L'enjeu est ici de démontrer comment les sanctions prévues à l'encontre du banquier qui prend l'initiative de rompre abusivement les concours consentis à l'emprunteur peuvent conduire à protéger ce dernier en maintenant une relation contractuelle qui devait pourtant prendre fin. Il convient tout d'abord de présenter les hypothèses dans lesquelles le dispensateur de crédit engage sa responsabilité au moment où il décide d'interrompre la relation contractuelle (A). Nous montrerons qu'à la suite de ces cas de ruptures abusives du crédit, le banquier s'exonèrera de toute responsabilité en prolongeant cette relation, de telle manière que le client peut continuer à profiter des avantages d'un contrat qui était destiné à disparaître (B). Ainsi, notamment pour les crédits à durée indéterminée, la protection de l'emprunteur résidera dans la continuation du soutien par le banquier, anticipant dès lors le renouvellement d'un concours que ce dernier n'avait pas à l'origine envisagé de ne pas reconduire.

A) Les conditions de mise en responsabilité du banquier rompant un concours

140. La rupture du concours consenti à durée déterminée -. La question du refus de crédit s'illustre alors que le contrat n'est pas encore formé. A l'inverse, la rupture de crédit intervient au cours de l'exécution du contrat, quand le prêteur décide de rompre le concours. En matière de rupture de crédit, il convient de distinguer selon que le prêt est consenti à durée déterminée ou à durée indéterminée. Le premier cas ne pose normalement pas de difficultés, engagé jusqu'à un terme fixé par le contrat, le banquier ne pourrait pas rompre le concours avant l'arrivée de ce terme. S'il désire toutefois rompre le concours qu'il a consenti à son client, il apparaît comme nécessaire de protéger ce dernier dès lors qu'il s'attend à ce que le soutien financier de son bailleur de fonds perdure jusqu'au terme convenu. Pourtant, le banquier peut avoir de justes raisons pour procéder à cette rupture avant le terme. Peut-il pour autant rompre tout concours ?

141. A cet égard, le régime applicable est celui du droit commun de la résiliation unilatérale des conventions à durée déterminée, laquelle autorise au contractant d'invoquer la rupture du contrat lorsqu'il est victime du comportement de cocontractant. Précisément, depuis un arrêt du 28 octobre 2003 rendu par la Première Chambre civile, la Cour de cassation affirme que « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre y*

mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important que le contrat soit à durée déterminée ou indéterminée[166] ».

Il convient d'apprécier ce que l'on appelle « gravité du comportement ». Deux conceptions peuvent être retenues, la première objective, la seconde subjective. La conception objective voudrait que l'on ne s'intéresse qu'aux conséquences du comportement du cocontractant sur le contrat et que l'on ne procède pas à une appréciation morale de la gravité de la faute commise par lui[167]. A l'inverse, les tenants de la conception subjective considèrent qu'il s'agit ici de la prise en compte de la violation grave d'une règle morale[168]. Un auteur, apportant des objections à la conception subjective, remarque que la Cour de cassation abonde dans le sens de la prise en compte des seules conséquences du comportement sur le contrat, de sorte la gravité de celui-ci doit être entendue comme le comportement qui empêche le maintien du contrat pour les parties[169]. Ainsi un arrêt de la Chambre commerciale a pu censurer une Cour d'appel qui avait considéré qu'un emprunteur pouvait résilier le contrat de prêt le liant à sa banque dès lors que celle-ci avait procédé à son encontre à des manœuvres relevant de l'escroquerie qui n'avait produit aucun effet notable sur la bonne exécution des obligations des parties[170] : c'est donc bien de la survie du contrat dont il est question à propos de la notion de « comportement grave ».

142. Ce faisant, la résiliation unilatérale du contrat ne peut intervenir que si l'équilibre de la convention est menacé, ce qui conduit à penser que la résiliation unilatérale, quand la résolution n'est pas possible, se fonde sur un mécanisme proche de l'exception d'inexécution : en effet, le comportement grave de l'autre partie conduit à ce que ce dernier ne puisse exécuter le contrat de manière satisfaisante pour le contractant qui invoque la rupture. Cela a pour conséquence que la convention perde pour lui toute économie, et peut-on dire,

---

[166] Cass. civ. 1ère, 28 oct. 2003, n° 01-03.662, Bull. civ. I, n° 211; JCP éd. 2004, II, 10108, note C. LACHIEZE ; Defrénois 2004, p. 378, obs. R. LIBCHABER; Defrénois 2004, p. 381, obs. J.-L. AUBERT ; Contrats conc. consom. 2004, n° 4, note L. LEVENEUR ; Dr. et patr. janv. 2004, p. 89, obs. P. CHAUVEL ; RTD civ. 2004, p. 89, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RDC 2004. 273, obs. L. AYNES ; RDC 2004, p. 277, obs. D. MAZEAUD.

[167] V. en ce sens, L. AYNES, Le droit de rompre unilatéralement, Dr. et patr. mai 2004, n° 126, p. 64, spécifiquement p. 67.

[168] V. à cet égard, J. MESTRE et B. FAGES, RTD civ. 2001, p. 364 ; C. LACHIEZE, note sous Cass. civ. 1ère, 9 juill. 2002, n° 99-21.485, JCP éd. E 2003, n° 629, n° 8.

[169] Ph. STOFFEL-MUNCK, Le contrôle a posteriori de la résiliation unilatérale, Dr. et patr. mai 2004, n° 126, p. 71, spécifiquement p. 73.

[170] Cass. com., 30 mai 2000, n° 96-20.492 ; RJDA 2000, n° 1027.

devienne sans cause[171]. La jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation précise ce qu'il convient d'entendre par « gravité du comportement » lorsque la relation contractuelle est teintée *d'intuitu personae*. D'une part, la jurisprudence conforte l'idée que la gravité du comportement du contractant s'appréhende à la seule lumière du contrat, et à au regard de d'une appréciation portant sur la personne du cocontractant fautif. Par un arrêt du 28 février 2008[172], la Première Chambre civile affirme que ce comportement est celui qui rend « *impossible le maintien du contrat* » et approuve une Cour d'appel d'avoir jugé qu'il dénotait une « *inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle* ». D'autre part enfin, il apparait que puisse être justifiée une rupture unilatérale quand le contractant se voit reproché des agissements propres à remettre en cause le lien de confiance qui unit les parties au contrat[173].

143. Cette solution peut être transposable au crédit. Ainsi, si le banquier peut demander la résiliation du contrat, cela ne peut être envisagé que si deux éléments sont présents : ***il faut qu'existe une faute personnelle du client et que cette faute ait une incidence sur la pérennité du contrat***. Pour les contrats dans lesquels s'inscrivent une relation de confiance, il ne parait alors pas inconcevable que tout comportement de nature à purger la relation de la confiance attendue du banquier ne permette à ce dernier de rompre la convention de manière unilatérale. Selon nous, le seul non-paiement d'une échéance de remboursement ne saurait s'analyser en un tel comportement : tout d'abord, le banquier pourra actionner la caution de sorte que ce dernier soit satisfait, et ensuite, cette faute contractuelle de l'emprunteur ne saurait remettre en cause la viabilité du contrat pour les parties. Il en irait probablement différemment de la déloyauté du client[174] ou de la fraude paulienne du débiteur et de son garant. Hormis ces hypothèses, il apparaît que le banquier ne saurait couper tout concours avant le terme convenu sans risquer d'engager sa responsabilité sur le fondement contractuel d'une inexécution de l'obligation de consentir le prêt jusqu'à ce terme.

144. La rupture du concours consenti à durée indéterminée -. Il en va tout autrement lorsque le contrat de prêt n'est assorti d'un aucun terme. Ainsi est-ce le cas dans le

[171] Offrant un parallèle entre résiliation unilatérale et exception d'inexécution, V. Ph. STOFFEL-MUNCK, précité, p. 73.
[172] Cass. civ. 1ère, 28 févr. 2008, n° 07-11.824.
[173] Ainsi, dans l'arrêt précité, cette rupture a pu être justifiée pour un médecin réalisant des faux en écritures qui lui permettaient de ne pas déclarer ses prestations réalisées au sein d'un hôpital.
[174] Cass. com., 20 juin 2006, n° 04-15.785.

prêt en compte courant à durée indéterminée. Traditionnellement, il était possible d'y mettre fin à tout instant. La prohibition des engagements perpétuels justifiait cette solution. Si la possibilité de rompre unilatéralement reste ouverte, celle-ci est dorénavant encadrée. Conformément au droit commun des obligations, le banquier peut résilier unilatéralement son concours[175]. Toutefois, cette résiliation reste soumise à deux exigences, l'une formelle, l'autre tenant au fond. Quant à la forme, les modalités de rupture de certains crédits ont été encadrées par le législateur avec l'exigence d'un préavis préalable à la rupture du concours. A l'image de ce qu'un auteur, VASSEUR, avait déjà proposé[176], l'article L. 313-12 alinéa 1 du Code monétaire et financier dispose que *« tout concours à durée indéterminée, autre qu'occasionnel, qu'un établissement de crédit consent à une entreprise, ne peut être réduit ou interrompu que sur notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours. Ce délai ne peut, sous peine de nullité de la rupture du concours, être inférieur à une durée fixée, par catégorie de crédits et en fonction des usages bancaires, par un décret pris après avis de la Commission bancaire. L'établissement de crédit ne peut être tenu pour responsable des préjudices financiers éventuellement subis par d'autres créanciers du fait du maintien de son engagement durant ce délai ».*

145. L'argument de la bonne foi nous semble justifier cette obligation pour le prêteur de donner un préavis à l'emprunteur avant de rompre tout concours, l'intérêt pour ce dernier étant de pouvoir trouver une autre solution de financement. Les prêts visés par cet article sont les crédits d'exploitation consentis aux entreprises. Semblent donc exclus les autres types de concours, ceux destinés aux particuliers, les concours à durée déterminée et les concours ponctuels aux entreprises : ainsi concernant les particuliers, et en l'absence de dispositions spécifiques, il nous paraît permis de penser que le droit commun trouve à s'appliquer : d'abord, pour les concours consentis à durée indéterminée, chacune des parties peut résilier unilatéralement la convention, conformément à la prohibition des engagements perpétuels.

146. Ensuite, il semblerait qu'il en soit de même pour les facilités de caisse consenties aux entreprises, lorsque le banquier accorde de telles facilités et décide les arrêter brutalement : l'article L. 313-12 ne leur est pas applicable. L'exclusion de ces facilités de

[175] Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, Litec, 2007 ; T. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 7ème éd., 2007, n° 506.
[176] CA Paris, 30 mars 1977, D. 1978, IR, p. 106, note M. VASSEUR, lequel postulait déjà l'obligation pour le banquier d'aviser son client avant de rompre le concours.

caisse est d'autant plus justifiable que l'article exclut explicitement les concours ponctuels, si bien de telles facilités, par essence éphémères, sont excluent.

147. Pour autant, il nous parait toutefois douteux de penser que les concours à durée indéterminée non explicitement mentionnés par l'article L. 313-12 puissent être rompus sans préavis. Le caractère multiple que peut prendre le crédit à durée indéterminée doit conduire à penser que certaines formes de crédit ne peuvent ainsi être rompues sans préavis. En va-t-il des facilités de caisse répétée, en l'absence de convention écrite formalisant un prêt, qui doivent s'analyser en un découvert tacite, dont la permanence caractérise le crédit[177]. Pour celles-ci, l'article L. 313-12 est applicable. Ce faisant, les juges du fond ont considéré que le banquier doit respecter le préavis de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier lorsqu'il décide de limiter brutalement le montant moyen de multiples découverts autorisés accordés à son client[178]. A l'inverse, pour les concours brefs, un refus de renouveler une facilité de caisse ne saurait s'apparenter en un refus de crédit dès lors que cette facilité ne constitue elle-même pas une forme de crédit[179]. En définitive, la jurisprudence intègre la catégorie des découverts permanents en compte courant dans celle des crédits à durée indéterminée alloués aux entreprises, de sorte que l'article L. 313-12 leur est applicable.

148. Ce préavis doit être notifié à l'emprunteur par écrit et le concours ne pourra être réduit ou interrompu qu'à l'expiration du délai fixé au moment de ce concours. Cette obligation de notification nous semble générale, la jurisprudence l'imposant que les conditions légales de rupture brutale exonérant le prêteur de sa responsabilité soient ou non présentes[180]. Il en sera ainsi dans les cas visés par l'alinéa deux de l'article L. 313-12, c'est-à-dire lorsque le préavis n'a plus lieu d'être en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou quand sa situation est irrémédiablement compromise[181]. Les hypothèses visées sont multiples, qu'il s'agisse de fraude ou que le crédité ne respecte pas ses engagements contractuels, notamment lorsqu'il ne respecte pas les échéanciers de

---

[177] CA Paris, 31 janv. 1991, D. 1991, IR p. 57 ; D. 1992, jur. p. 298, note A TRIDI.
[178] CA Paris, 31 janv. 1991, précité.
[179] Cass. com., 13 mars 2001, n° 98-15.070, RJDA 2001, n° 10, n° 1015, p. 876 ; Cass. com., 13 janv. 1998, n° 95-13.976, RJDA 1998, n° 5, n° 637 ; Cass. com., 30 juin 1992, n° 90-18.639, Bull. civ. IV, n° 251, p. 174, RTD com. 1992, p. 843, no 4, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE ; JCP éd. E 1993, I, p. 240, obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET.
[180] En ce sens, Cass. com., 26 nov. 2003, n° 02-10.391 ; Cass. com., 22 mai 2002, n° 00-16.571, Banque et droit 2002, n° 86, p. 54, obs. T. BONNEAU ; Cass. com., 19 févr. 1991, n° 89-14.825, Banque 1991, p. 431, note J.-L. RIVES-LANGE, D. 1992, somm., p. 27, obs. M. VASSEUR.
[181] Nous n'énumérerons pas ici toutes les hypothèses que revêtent les deux situations que mentionnent l'article L. 313-12 dans son alinéa 2, et nous renvoyons aux énumérations suivantes pour des illustrations : R. ROUTIER, *Obligations et responsabilité du banquier*, Dalloz Référence, 2ème éd., 2008, n° 112.52 et 112.53.

remboursement[182]. La précision est intéressante : si le créancier peut résilier brutalement un concours au motif que la situation du débiteur se dégrade, la jurisprudence ne l'abstrait pas néanmoins du formalisme protecteur que représente la notification de la rupture. Au demeurant, cette volonté de rompre le concours doit être non équivoque[183], écrite mais cela n'impose pas le recours à la lettre recommandée[184]. Il n'existerait donc aucun parallélisme des formes pour cette dénonciation qui peut prendre la forme écrite quand le contrat de prêt aura pu se former verbalement. Nous avons mentionné que cette notification n'est pas conditionnée par le fait que la faute du banquier soit avérée ou non, la notification se justifie par la rupture du concours, non par une faute lors de la rupture de celui-ci. Il est toutefois permis de s'interroger sur les cas dans lesquels la notification est obligatoire. En effet, la jurisprudence est venue étendre les cas dans lesquels la responsabilité du prêteur ne saurait être recherchée en cas de rupture brutale. Dans ces hypothèses, le banquier pourra rompre brutalement son soutien financier sans engager sa responsabilité. Il convient toutefois de savoir si l'obligation légale de notification s'impose encore en pareilles hypothèses. Les cas sont les suivants : le débiteur ne se trouve pas encore dans une situation irrémédiablement compromise mais l'exécution du contrat de prêt engendrerait pour lui des charges telles que la cessation des paiements semble être la seule issue. Alors encore *in bonis* au moment du prêt, le banquier pourrait toute de même voir sa responsabilité engagée pour crédit ruineux, au motif qu'il n'a pas respecté son obligation de prudence lors de la fourniture du crédit. En pareille hypothèse, la jurisprudence lui permet de résilier le concours[185]. Il en est de même pour les plans d'apurement de passif puisque ceux-ci sont assimilés par le juge à des découverts et non à des facilités de caisse[186]. Il serait permis de procéder par analogie et de considérer que si la notification de la rupture ou de la réduction de crédit reste obligatoire pour les cas mentionnés à l'alinéa deux de l'article L. 313-12, il ne paraît illogique de penser qu'il en est de même pour les autres cas que vise la Cour de cassation. Rien ne nous paraît commander une solution différente.

149. La détermination du délai de préavis -. Le banquier est donc contraint à un double impératif. Tout d'abord, il ne peut rompre brutalement tout concours hors des situations précédemment évoquées sans préavis. Si la jurisprudence considère qu'il doit

[182] Cass. com., 3 janv. 1991, n° 88-17.893.
[183] Cass. com., 18 mai 1993, n° 91-17.675, Banque 1993, p. 100, obs. J.-L. GUILLOT.
[184] Cass. com., 2 mars 1993, n° 91-10.181, Bull. Civ. IV, n° 88; RD bancaire et bourse 1993, n° 40, p. 228, note Ch. GAVALDA.
[185] Cass. com., 3 déc. 1991, n° 90-16.905, JCP G 1992, IV, 456.
[186] Com., 18 juin 2002, n° 00-11.943, Banque et droit nov.-déc. 2002, 42, obs. T. BONNEAU.

prévenir son client « *suffisamment à l'avance* » [187], ce qui semble assez imprécis[188], le législateur, par la loi n° 2003-721 du 1er août 2003[189], est venu préciser les modalités de ce préavis en fixant sa durée par décret pris après avis de la Commission bancaire. Le décret n° 2005-1743 du 30 décembre 2005, devenu l'article D. 313-14-1 du Code monétaire et financier, fixe d'ailleurs ce délai de préavis à soixante jours pour toutes les catégories de crédit consentis aux entreprises, ce qui enjoint à relever le caractère fixe du préavis alors que la jurisprudence déterminait cette durée en fonction de l'importance du crédit[190]. Quoique rigoureuse pour les banques, ce dispositif légal instaurant une fixité permet toutefois de réduire un inutile contentieux relatif à la durée suffisante du préavis, lequel ne se cristallise plus sur une appréciation *in concreto.* Cette protection nous semble emprunte de nuance, les emprunteurs auront la possibilité de trouver une solution alternative alors que la sécurité juridique des banques sera renforcée, ne conditionnant plus leur responsabilité à l'appréciation des juges du fonds. S'il est ainsi pour les entreprises, qui sont seules concernées par ces dispositions, il nous semble qu'il puisse en être pareillement pour les particuliers. D'une part la jurisprudence semble imposer un préavis de rupture d'un délai de huit jours pour les crédits consentis aux particuliers[191], ce qui semble se justifier au regard de l'exigence de bonne foi et de la faute que réaliserait le banquier, laquelle résiderait dans l'abus de droit[192]. D'autre part, alors que pour les entreprises, le mécanisme de protection passe par l'article L. 313-12 du Code monétaire, il serait possible de protéger pareillement les particuliers en recourant à la notion de clauses abusives pour sanctionner les clauses de résiliation unilatérale qui ne prévoirait aucun préavis.

150. La protection des non professionnels contre la rupture abusive de crédit par le biais des clauses abusives -. La loi n° 95-96 du 1er février 1995, devenu l'article L. 132-1 du Code la consommation, concernant les clauses abusives, donne une de ces clauses. Ce sont celles qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou

[187] Cass. com., 5 mars 1996, n° 93-10.606, D. 1996, I.R., p. 97 ; Cass. com., 20 oct. 1982, n° 81-11.827, D. 1983, I.R., p. 466, obs. M. VASSEUR ; Cass. com., 22 avr. 1980, n° 78-14.275, Bull. civ. IV, n° 163, p. 128.
[188] Ainsi, est fautive la rupture qui n'a laissé que 48 heures pour trouver une solution de remplacement, V. Cass. com., 5 mars 1996, n° 93-10.606, précité. En revanche, un préavis de quinze jours est jugé suffisant, V. Cass. com., 2 nov. 1994, n° 92-19.564, BRDA 1995, n° 22, p. 11 ; ou même un délai de huit jours, après l'échec de longues négociations Cass. com., 9 mars 1999, n° 96-16.559. Il en ressort que ce qui apparait comme un délai suffisant n'est pas tant conditionnée par une période fixe minimale mais davantage par le fait pour l'emprunteur de pouvoir trouver un autre banquier, V. en ce sens Cass. com., 27 oct. 1998, n° 96-10.968, Bull. civ. IV, n° 255, p. 212, BRDA 1998, n° 22, p. 10.
[189] Transposée par l'article L. 313-12 alinéa 1er du Code monétaire et financier.
[190] Cass. com., 27 oct. 1998, précité.
[191] V. ainsi, Cass. com., 9 mars 1999; RJDA mai 1999, p. 525, obs. J.-L. RIVES-LANGE, qui fixe un délai de préavis « raisonnable ».
[192] Penchant pour cette qualification, V. T. BONNEAU, *op. cit.* n° 506.

consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat[193]. La reconnaissance du caractère abusif de ces clauses est confiée au pouvoir réglementaire qui dresse une liste grise et au juge qui apprécie le caractère abusif en fonction des principes classiques d'interprétation et en se référant à toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat. La clause abusive est réputée non écrite. Le Code de la consommation portait en annexe une liste indicative des clauses qui pouvaient être réputée comme abusives quoique si un litige survient, le défendeur ne soit pas dispensé, si la clause figure dans la « liste grise », d'établir la preuve du caractère non-abusif de la clause[194]. Parmi les clauses de cette liste, la Commission des clauses abusives dans sa recommandation n° 2001-02 du 22 février 2001[195], vise les clauses ayant pour objet ou pour effet d'autoriser le professionnel à mettre fin *sans un préavis raisonnable* à un contrat à durée indéterminée, *sauf en cas de motif grave*. Il est précisé par la même annexe que ne sont pas condamnées les clauses par lesquelles le fournisseur de services financiers se réserve le droit de mettre fin au contrat à durée indéterminée, et ce sans préavis en cas de raison valable, pourvu que soit mise à la charge du professionnel l'obligation d'en informer la ou les autres parties contractantes immédiatement.

150. L'analyse de la réglementation sur les clauses abusives enjoint à penser que celle-ci se calque sur les dispositions du Code monétaire et financier s'appliquant aux entreprises. Le banquier ne pourra donc stipuler une résiliation automatique du concours sans préavis. Toutefois, en cas de « motif grave », le banquier pourrait résilier un prêt octroyé à un particulier[196], sans préavis, simplement en l'informant préalablement à la rupture. Cette obligation d'information, visée par la recommandation annexée au Code de la consommation, s'apparente à la notification imposée au banquier par l'article L. 313-12 pour la résiliation des concours consenties aux entreprises. A notre sens, la faculté laissée au prêteur de résilier sans

[193] G. PAISANT, *Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi du 1er février 1995*, D. 1995, chron. p. 99.

[194] Par un le décret n° 2009-302 du 18 mars 2009, publié au JO du 20 mars 2009, modifiant l'article L. 132-1 du Code de la consommation, un mécanisme de présomptions est substitué à cette liste indicative. Une liste noire présumant de manière irréfragable le caractère abusif d'une clause, et une liste grise qui prévoit une présomption simple, au terme de laquelle c'est au professionnel de rapporter le caractère non-abusif de la clause.

[195] Recommandation CCA n° 2001-02 du 22 févr. 2001 *sur les clauses relatives à la durée des contrats conclus entre professionnels et consommateurs*, BOCC, 23 mai 2001.

[196] Si le prêt de consommation est concerné, V. en ce sens les avis de la Commission des clauses abusives émis le 24 février 2005, D. 2005, p. 1285, obs. V. AVENA-ROBARDET, il nous semble que l'on puisse englober tous les contrats conclus entre un professionnel et un non-professionnel. Le domaine d'application de la législation sur les clauses abusives commande cette solution. Une certaine unité existerait donc pour les dispositions relatives aux concours aux entreprises relevant de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier et celles relatives concours consentis aux non-professionnels régis par le Code de la consommation.

avoir à respecter de préavis en cas de motif grave est issue du droit commun, et renvoie à ce que la doctrine professe en matière de résiliation contractuelle unilatérale.

151. L'appréciation de la protection contre la rupture abusive de crédit fondée sur l'article L. 312-12 et sur la législation des clauses abusives -. La technique employée est à la fois générale et unitaire.

152. Générale tout d'abord, la protection offerte par la prohibition des clauses de résiliation sans préavis et celle issue de l'article L. 312-12 du Code monétaire et financier puisent toute deux leur légitimité dans le droit des obligations. Si ces techniques ne profitent pas aux mêmes bénéficiaires, il semble que le régime applicable aux entreprises et aux particuliers quant à la rupture du crédit soit similaire. L'obligation de donner un préavis au crédité se fonde selon nous sur l'application de l'article 1134 alinéa 3 aux opérations bancaires qui impose au banquier une obligation de bonne foi au stade de l'exécution du contrat de prêt, et à son dénouement. Plus encore, si la résiliation unilatérale de tout contrat à durée indéterminée est fondée sur la traditionnelle prohibition des engagements perpétuels, et si la jurisprudence reconnaît unanimement[197] au contractant la possibilité d'une rupture unilatérale fondée sur la gravité du comportement du cocontractant au profit de la partie victime de ce comportement[198], l'exigence de bonne foi persiste. Celle-ci impose au banquier d'en informer son client, y compris pour le cas où le cocontractant du banquier commettrait une faute d'une gravité telle qu'elle autorise à rompre sans préavis.

153. En second lieu, le régime applicable à la rupture de crédit apparaît comme unitaire : en effet, la protection contre une rupture de crédit abrupte bénéficie tant aux entreprises aux termes de l'article L. 313-12 qu'aux particuliers par le biais des clauses abusives, aux emprunteurs professionnels aux emprunteurs non-professionnels. Pourtant cette unité ne postule pas que le régime applicable soit cohérent, ce qui se manifeste lorsque le banquier décide de rompre un concours consenti à un professionnel qui intervient dans un domaine tout à fait extérieur à la matière du crédit. Précisément il semble de ce dernier puisse

[197] La Chambre commerciale, comme la première Chambre civile sont à l'unisson sur cette question de la rupture sans préavis, V. en ce sens Cass. com., 20 juin 2006, n° 04-157.85 et Cass. civ. 1ère, 20 févr. 2001, n° 99-151.70. Dans les deux affaires, la position du juge suprême est la même, la rupture unilatérale sans préavis est possible si le comportement du cocontractant est d'une gravité suffisante. Toutefois, ces arrêts ne mentionnent pas la notification de rupture qui est due au moment de celle-ci. De toute évidence, cette question n'a pas fait l'objet d'un moyen au pourvoi.

[198] V. ainsi notamment Cass. civ. 1ère, 13 oct. 1998, n° 96-21.485 ; Cass. com., 20 juin 2006, n° 04-15.785. Les visas de l'article 1134, 1147et surtout 1184 du Code civil nous conforte davantage dans la source de la technique employée, qui réside dans le droit commun.

être protégé cumulativement par la protection issue de la législation des clauses abusives et par celle émanant de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier. A cet égard, sous l'impulsion de la jurisprudence[199], les professionnels, liés par un contrat dont l'objet n'a pas un rapport direct avec le domaine d'activité de ceux-ci, peuvent bénéficier de la législation protectrice issue des articles L. 132-1 et suivants du Code de la consommation. Ce faisant, le régime applicable à ce professionnel sera double, ce qui ne paraît guère pertinent puisque l'article L. 313-12 lui bénéficie déjà.

154. Cependant, il convient de nuancer l'intérêt pour le professionnel d'invoquer le caractère abusif d'une clause autorisant le prêteur à rompre le contrat sans préavis. D'une part, l'emprunteur devra apporter la preuve en premier lieu que la législation sur les clauses abusives lui est applicable avant de pouvoir l'invoquer, et d'autre part, le banquier pourra lui opposer qu'il n'est pas en droit d'invoquer cette législation spéciale s'il démontre que l'absence de rapport direct s'efface sous le poids de l'expérience de l'emprunteur en matière de crédit[200]. Il serait alors plus judicieux pour l'emprunteur d'invoquer l'article L. 312-12 qui se fonde sur le droit commun de la rupture unilatérale du contrat dont le respect de la bonne foi de l'article 1134 alinéa 3 impose au prêteur un délai raisonnable, soixante jours[201], avant de résilier tout concours. Toutefois, au contentieux, rien n'exclut de pouvoir soulever tous les moyens, celui tiré de l'existence d'une clause abusive, et celui tiré du manquement à l'obligation d'exécuter ses obligations de bonne foi.

155. L'unité n'est pas totale enfin, si l'on étudie les modalités de la notification du préavis lors de la rupture du concours. L'article L. 313-12 du Code monétaire et financier ne s'applique qu'aux crédits d'exploitation consentis aux entreprises de manière habituelle et à durée indéterminée, pour ceux-ci, l'information relative à la rupture du concours est écrite. Cette obligation est interprétée par la jurisprudence avec une relative souplesse. N'est pas fautive la rupture dès lors que le contrat comporte une clause informant l'emprunteur que le banquier résiliera le concours unilatéralement en cas de faute de celui-ci[202]. La notification

---

[199] Cass. civ. 1ère, 24 janv. 1995, n° 92-18.227, Bull. civ. I, n° 54 ; D. 1995, 327, note G. PAISANT.

[200] En effet, même si le critère de la compétence professionnelle n'exclut plus les professionnels du bénéfice de la législation sur les clauses abusives, V. Cass. Civ. 1ère, 10 juill. 2001, il apparaît que la jurisprudence prend en compte le fait que les parties interviennent dans le cadre de relations d'affaires habituelles pour refuser que l'un d'eux se prévalent de l'article L. 132-1 : V. ainsi Cass. com., 23 nov. 1999, n° 96-21.869, Bull. civ. IV, n° 210 ; JCP éd. G 2000, II, 10326, note J.-P. CHAZAL.

[201] Ce délai prévaut pour tout concours depuis le décret du 30 décembre 2005, tel qu'instauré par la loi n° 2003-721 du 1er août 2003.

[202] Cass. com., 16 janv. 1996, n° 94-11.188, Rev. proc. coll. 1996, p. 395, obs. A. MARTIN-SERF.

peut alors être antérieure à la décision de rupture, tant que celle-ci est explicite[203] : une clause clairement rédigée suffira. Cette solution semble pratique pour le banquier mais nous paraît peu pertinente, tant l'importance du contentieux relatif aux obligations d'information invite à la prudence : en effet, l'emprunteur pourrait avancer que la décision de rompre le concours doit être portée à connaissance. Or la notification ne l'informerait alors pas tant de cette rupture, mais de la faute qui l'a entraînée. Il aurait dès lors droit à ce que lui soit notifiée la décision de rompre ainsi que le fait justifiant celle-ci. Le droit pénal connaît lui aussi cette obligation d'informer le suspect des faits qui lui sont reprochés[204]. **Il ne nous semble pas douteux de penser qu'une pareille obligation puisse être instaurée à l'encontre du banquier, à partir du moment où la rupture de crédit apparaît comme une sanction contractuelle**[205].

156. Nous conseillons donc d'informer par écrit l'emprunteur professionnel fautif de la volonté de rompre le concours, quand bien même cela aurait déjà fait l'objet d'une stipulation contractuelle insérée dans le contrat de prêt. Cette solution, quoique contestable[206], nous paraît le rempart le plus judicieux contre une responsabilisation fondée sur le manquement à l'obligation de notifier telle que l'impose l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier. A l'inverse de cette souplesse de la jurisprudence de la Chambre commerciale, la Commission des clauses abusives, pour les particuliers, semble insister sur le caractère obligatoire d'une notification immédiate lors de la rupture[207], même pour le cas où le contrat prévoirait déjà la possibilité d'une rupture unilatérale à l'initiative du banquier. Il est donc permis de penser que la notification du préavis est toujours due à l'emprunteur dès que le banquier prend la décision de rompre ou réduire le concours. Cette obligation de notifier est d'autant plus judicieuse qu'au cas où la responsabilité du prêteur vient à être retenue, les sanctions peuvent aller au-delà de la simple indemnisation du préjudice. Nous relèverons ainsi des hypothèses dans lesquelles il y a un rétablissement du concours, ce qui tend à considérer que le banquier reste engagé.

---

[203] Cass. com., 24 janv. 1989, n° 87-15.146.
[204] V. ainsi en matière d'avertissement dressé par le procureur, l'information du prévenu sur le délit poursuivi de l'art. 389 al. 2 du Code de procédure pénale, ou encore pour le gardé à vue, l'art. 63-1 al. 1er du précédent Code.
[205] En effet, la rupture n'est plus ici la manifestation de la volonté de dénouer la relation contractuelle, mais constitue davantage une sanction contractuelle, d'ordre privé, dont le banquier dispose à l'encontre de son client qui aurait commis une faute : il paraît alors légitime d'emprunteur ici des règles applicables au droit de la peine.
[206] Un auteur, M. FABRE-MAGNAN considère que l'obligation d'information s'évanouie dès que le créancier de l'information en a déjà connaissance, V. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, th. Paris I, L.G.D.J. 1992, spécifiquement n° 193 et s. et 252 et suivants.
[207] Recommandation CCA n° 2001-02 du 22 févr. 2001, précité.

B) La survivance du contrat lors de la rupture abusive de crédit

157. La sanction de la rupture abusive de crédit tirée du droit commun -. Il est question ici de la sanction de la rupture abusive de crédit. Le droit commun de la responsabilité conduirait le banquier, en présence d'un préjudice subi par l'emprunteur, à réparer ce préjudice au regard de l'article 1147 du Code civil. En effet, la faute commise par le débiteur de l'obligation mal exécutée réside justement dans le non respect de l'impératif de bonne foi au stade de l'exécution du contrat, qui impose le préavis au profit du crédité. La responsabilité civile contractuelle peut alors servir de fondement à une action en responsabilité contre le banquier. La victime de la rupture abusive n'aura alors qu'à apporter l'existence d'un préjudice à son encontre et la preuve de l'absence de préavis. Au contraire, le droit spécial encadrant la rupture du crédit prévoit une sanction spécifique, celle du rétablissement du concours abusivement rompu. L'article L. 313-12 du Code monétaire et financier a repris cette sanction aux termes de son alinéa 3. Ainsi cet article prévoit que la responsabilité pécuniaire de l'établissement de crédit est engagée en cas de préjudice.

158. La jurisprudence applique cette disposition avec rigueur[208] en allouant des dommages-intérêts à l'emprunteur[209]. Cette rigueur s'apprécie d'ailleurs moins au regard de son principe qu'à celui de la diversité des cas dans lesquels la responsabilité est encourue : cette responsabilité est donc large. Ainsi, lorsque la rupture du concours entraîne la procédure collective du débiteur, le prêteur est tenu de réparer le préjudice résultant de l'aggravation du passif ou de l'insuffisance d'actif[210]. La caution peut pareillement rechercher la responsabilité de la banque lorsque cette caution, appelée en garantie répond de la dette aggravée du débiteur principal[211]. Sur ce point, il convient de préciser que cette responsabilité n'est pas tant fondée sur un appel en garantie anticipé, causée par la faute du banquier, mais est davantage fondée sur l'étendue du passif garanti qui s'est accru par sa faute : la faute à l'égard du garant réside dans le fait que ce dernier, par le fait du prêteur, devra plus. Pour la caution, le préjudice est donc pécuniaire. **A contrario, si le banquier résilie le concours de manière fautive, sans préavis, et que cette rupture n'emporte aucune aggravation du passif du débiteur, la caution ne pourrait, selon nous, se prévaloir de cette rupture fautive**. En

[208] Cass. com., 31 mars 1992, JCP éd. G 1992, IV, 1615, p. 177 ; Cass. com., 18 mai 1993, JCP éd. E 1993, pan. 894, p. 285 ; LPA, n° 149, 13 décembre 1993. 16, note COURTIER.
[209] Cass. com., 13 janv. 1987, RD bancaire 1987, p. 53, obs. F-J. CREDOT et Y. GERARD.
[210] Pour une illustration, V. Cass. com., 21 juin 2005, n° 02-17.721, Gaz. proc. coll. 2005/3, 4-5 nov. 2005, p. 45, obs. R. ROUTIER.
[211] Cass. com., 21 juin 2005, n° 03-18.595, RD banc. Fin. sept.-oct. 2005, p. 21, obs. D. LEGEAIS.

effet, la responsabilité étant une responsabilité pour faute, à défaut de préjudice pour la caution, celle-ci ne paraît pas pouvoir se prévaloir d'une résiliation sans préavis. La caution ne pourrait pas davantage opposer au banquier la déchéance anticipée du terme convenu au contrat de cautionnement, laquelle déchéance est causée par la défaillance du débiteur perdant ses concours. Il en serait ainsi car, en toute hypothèse, la caution s'est engagée, pour le cautionnement de dettes déterminées, à garantir pour celles-ci dans leur totalité. Au demeurant, l'extension de la déchéance du terme à la caution étant une clause de style dans les contrats de cautionnement bancaire, cette caution est parfaitement informée de la possibilité de répondre précocement des dettes garanties. Celle-ci ne pourrait pas se prévaloir d'un quelconque préjudice. En effet, la caution ne doit pas plus, elle doit simplement honorer plus tôt son engagement. **L'aggravation de la dette du débiteur principale semble donc être la pierre angulaire de la responsabilité du banquier envers la caution**.

159. C'est sur ce fondement que la caution pourra engager la responsabilité du banquier. Mais ce n'est pas le seul. La perte de chance a ainsi pu être prise en compte[212] pour une caution qui a perdu toute possibilité de ne pas être actionnée : le banquier rompant le concours, n'a pas laissé suffisamment de temps au débiteur pour trouver un autre prêteur, ce qui oblige le créancier à actionner la caution alors que cette dernière aurait pu ne pas être appelée en garantie. Toutefois cette solution n'emporte pas notre adhésion. Si les juges du fond ont déjà pu utiliser la notion de « perte de chance » pour réparer un préjudice subi par une caution qui ne pouvait plus résilier son engagement à durée indéterminée de garantir des dettes[213], c'est avant tout sur la sanction de l'inexécution d'une obligation légale d'information que ces mêmes juges se sont fondés, ce qui peut enjoindre à relativiser la solution pour la perte de chance. Toutefois, la réparation du préjudice subi par le crédité ne s'opère pas que sur le seul plan pécuniaire.

160. La sanction spécifique du rétablissement du crédit en droit spécial -. Une sanction plus originale, que le droit commun ne connaît pas, réside dans le rétablissement du concours résilié. Celle-ci, plus radicale aussi pour le créancier, vient consacrer un cas d'atteinte à la liberté de contracter, puisque ce dernier sera contraint de prolonger une relation contractuelle dont il avait la possibilité de se départir au regard de la prohibition des

[212] CA Paris, 27 janv. 1995, JCP éd. E 1995, pan. 800.
[213] CA Lyon, 6 févr. 2003, n° 2001/07579 relatif à la perte de chance d'une caution de bénéficier de la faculté de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier relatif à la résiliation du contrat de cautionnement à durée indéterminée.

engagements perpétuels. En effet, la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique instaure, par le biais de l'alinéa 1er de l'article L. 313-12, la nullité de la rupture abusive du concours. Le banquier ne pourra alors rompre tout concours qu'en respectant le préavis et sa notification. La démarche optée par le législateur est particulière : elle consiste à prévenir l'existence d'un préjudice pour le crédité, plutôt qu'à le réparer par l'allocation de dommages et intérêts consécutivement à la rupture du concours financier. Précisément, si l'indemnisation du préjudice aurait suffi à compenser les dommages subis par l'emprunteur lors de la décision litigieuse de la banque, il n'en apparaît pas moins que le rétablissement du concours plaide faveur de l'efficience économique. Lourde pour le prêteur, la réparation ne compense pas tous les dommages annexes tels que la perte de clients importants, l'ouverture d'une procédure collective ou encore l'incidence sur l'emploi que pourrait engendrer la situation compromise de l'entreprise. ***A tout le moins, le rétablissement du crédit opère une remise en l'état de la situation du débiteur antérieurement à la décision de rupture***. Comme l'expose le professeur BONNEAU[214] pour le cas de l'ouverture de crédit, « *si la rupture* […] *est abusive, la banque doit tenir sa promesse* », si bien qu'il doit honorer son engagement.

161. Si la sanction de l'article L. 313-12 apparaît comme originale, elle n'en est pas pour autant novatrice : déjà, le juge des référés s'est reconnu compétent pour ordonner le rétablissement du crédit rompu, en s'appuyant sur les articles 809 alinéa 1er et 873 du Nouveau code de procédure civile qui permettent au président, même en présence d'une contestation sérieuse, de prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite[215] : c'est notamment le cas lorsque le rétablissement du concours permet au débiteur d'éviter la réalisation d'un préjudice née de l'absence de liquidité suffisante.

162. La sanction du rétablissement de crédit, aux termes de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier, est une sanction originale. Elle se rapproche de ce que connaît le droit du travail, à l'article L. 1235-3 du Code du travail, vis-à-vis du licenciement sans cause réelle et sérieuse avec la procédure de réintégration du salarié[216]. Certes, ces deux techniques de protection n'ont pas la même inspiration, l'une, en droit social, relève de l'ordre public de protection, l'autre, en droit du crédit, sanctionne le comportement fautif du contractant qui n'a

[214] T. BONNEAU, *op. cit.*, n° 506.
[215] Cass. com., 14 févr. 1989, n° 87-14.564 et n° 87-14.629, RTD com. 1989, p. 507, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE ; Cass. com., 3 déc. 1991, n° 90-13.714, RJDA 1992, n° 1, n° 63 ; Banque 1992, p. 734, note J.-L. RIVES-LANGE.
[216] V. J. DJOUDI, *Les nullités dans les relations individuelles de travail*, D. 1995, p. 192.

pas satisfait à l'exigence de bonne foi lors de l'exécution du contrat. Elles aboutissent cependant à la même finalité, prolonger un contrat qui a été résilié unilatéralement, conformément au droit qu'a ce contractant de ne pas être lié perpétuellement si le contrat est à durée indéterminée, ou de résilier pour motif jugé légitime s'il est à durée déterminé. Cette faculté de résiliation, que cela soit pour un motif lié à la relation de travail, l'inaptitude[217] par exemple, ou l'insolvabilité prévisible de l'emprunteur, n'exclut toutefois pas l'idée de faute, laquelle se matérialise, pour le crédit, par le non respect des dispositions de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier.

163. Sévère, cette sanction procède, selon nous, de la volonté du législateur de privilégier le « moindre mal ». Il est en effet préférable économiquement de prolonger une relation contractuelle contre la volonté du prêteur plutôt que d'engager la responsabilité de ce dernier pour le cas où la rupture de crédit engendrerait l'ouverture d'une procédure collective envers l'emprunteur. Toutefois, nous pensons que le prêteur n'est pas pour autant protégé s'il doit prolonger la relation contractuelle et que le soutien aboutit, rapidement, avant qu'il ait pu reprendre une procédure de rupture du soutien exempte de fautes, à la déconfiture du client. En ce sens, le nouvel article L. 650-1 qui protège le prêteur, nous le reverrons, n'a pas vocation, à nos yeux, à s'appliquer dans ce cas. L'insertion de cet article dans la Chapitre relatif aux difficultés des entreprises nous incline à penser que le domaine d'application de cet article se limite aux concours fournis aux entreprises déjà en difficultés. Le crédit ruineux, celui qui engendre la situation irrémédiablement obérée de l'emprunteur, postérieurement à la conclusion du contrat[218], nous semble exclu du dispositif de la loi du 26 juillet 2005. Ce serait alors une hypothèse dans laquelle, le prêteur, toujours lié par le contrat, engagerait sa responsabilité pour fourniture inadaptée. Le seul moyen de défense serait celui offert par l'alinéa 2 de l'article L. 313-12 qui autorise une rupture brutale si la situation de l'emprunteur est « irrémédiablement compromise ». Faut-il encore que ce prêteur puisse déceler cette situation. Nous ne doutons pas du caractère délicat de cette appréciation, d'autant plus que le prêteur prend le risque de rompre un concours et que cette décision lui sera reprochée si la situation de l'emprunteur n'est pas désespérée. Il ne peut être alors conseillé au banquier que s'informer avec précision, comme le devoir de mise en garde le lui impose, de la situation réelle de son cocontractant. Prudent, et de nature à restreindre de manière globale, l'accès au

[217] Sur l'inaptitude, V. F. HEAS, *Les conséquences de l'inaptitude sur l'emploi du salarié*, JCP éd. S, 6 déc. 2005, n° 30, 1395.
[218] V. en ce sens pour une distinction entre crédit ruineux et soutien abusif, J. MOURY, *La responsabilité du fournisseur de "concours" dans le marc de l'article L. 650-1 du code de commerce*, D. 2006, p. 2883.

crédit pour les entreprises, ce comportement évitera au prêteur de tomber de Charybde en Sylla[219], d'une responsabilité pour rupture abusive de crédit à un soutien fautif de celui-ci.

164. La responsabilité du banquier, lors de l'octroi des concours illustre la protection de l'emprunteur fondée sur l'anticipation du contrat. Loin de fonctionner à sens unique, ce mécanisme témoigne, à l'image de la stipulation d'une condition suspensive de réception des fonds lors de la conclusion d'un contrat de vente, cette protection semble pouvoir jouer en sens inverse, par des mécanismes de protection retardant la perfection de l'acte. Il en irait de même de ceux paralysant les effets de l'acte quand l'obligation d'une partie sera suspendue à la survenance d'un événement, lequel pouvant apparaître indispensable pour l'exécution des obligations de l'autre partie.

CONCLUSION DU CHAPITRE

165. Le consensualisme n'est pas seulement une technique de formation du contrat. La distinction entre contrat consensuel et contrat réel a un intérêt pour la détermination des obligations des parties, et notamment quant à la question de savoir si celles-ci sont exigibles.

Précisément, **le consensualisme devient aussi une technique de protection du contractant quand, précipitant la conclusion du contrat, la contrepartie attendue par le contractant devient exigible du seul fait qu'il ait accepté l'offre du pollicitant**.

En ce sens, le consensualisme devient un instrument de sécurité juridique : à cet égard, la catégorie des contrats réels ne pas pouvoir répondre à cet impératif avec autant d'acuité, la volonté des parties ne créant pas le lien contractuel, un dédit postérieur, qui prendra la forme de la non-remise de la chose, autorisera le pollicitant à vouloir puis à renier sa parole sans que le bénéficiaire puisse obtenir la contrepartie promise. Indirectement, le comportement du banquier, pour un contrat réel, pourrait s'analyser comme une hypothèse admise de contradiction du pollicitant au détriment du bénéficiaire de l'offre préalable[220]. A notre sens,

[219] Ces deux figures constituaient une métaphore des dangers guettant les premiers marins grecs lors du franchissement d'un détroit considéré dans l'antiquité comme celui de Messine, au large de la côte de la Sicile.

[220] V. en ce sens, sur le fait de se contredire au détriment d'autrui, D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préface de H. MUIR-WATT, PUAM, 2001, t. 1, n° 477. Toutefois, si cette contradiction du comportement du prêteur est possible, il n'en demeure pas moins qu'elle est sanctionnée pour le manquement à une obligation de faire, née de la promesse. Cependant, cette sanction, nous l'avons montré, est davantage destinée à inciter le pollicitant à respecter cette promesse qu'à protéger le bénéficiaire qui peut devoir assurer le contrat principal sans bénéficier du prêt destiné à le financer. Il n'est donc pas possible de parler de protection du

le principe de formation consensuel du contrat évite ce comportement préjudiciable pour le client.

Enfin, nous avons pu montrer en quoi par l'effet du consensualisme, **quand le banquier adopte un comportement fautif, l'apparence de la volonté devient source de contrainte**. C'est le cas lorsque le banquier a donné l'apparence de vouloir se lier, au stade des pourparlers, ou bien de ne pas vouloir se délier, au moment de la rupture abusive du prêt. La mise en jeu de sa responsabilité l'incitera alors à contracter ou à prolonger une relation contractuelle qui était destinée à ne pas se nouer ou à disparaître. Nous pouvons avancer que le consensualisme devient alors une technique originale de protection du client du banquier, qui s'applique tant au moment de la formation de l'acte qu'à celui de son exécution, au moment de la décision de rompre le contrat.

166. Si l'échange des volontés suffit à former la relation contractuelle, rien n'empêche d'apporter des édulcorations à cet effet, de telle manière qu'il est possible de limiter les effets du consensualisme, soit en permettant au contractant de révoquer la parole donnée, soit en retardant ces effets qui naissent de la rencontre des volontés. Dans tous les cas, ces techniques, qui sont des aménagements de la formation consensuelle du contrat, visent à protéger le client.

client au regard de cette sanction qui, par son montant, ne réparera totalement pas le préjudice, il convient alors de forcer le promettant à s'exécuter en faisant naître le contrat dès la rencontre des volontés.

CHAPITRE II

LES TECHNIQUES DE PROTECTION FAISANT OBSTACLE A LA PERFECTION OU A L'EFFICACITE DU CONTRAT

167. La maxime d'Alfred FOUILLEE[221], « *qui dit contractuel, dit juste* » peut être défendue au regard d'une conception libérale du contrat. Mais encore faut-il que le juste présuppose que le consentement soit intègre. Or consentir suppose de s'engager en connaissance de cause, et donc de savoir à quoi l'on est engagé. Cela ne se réalise pas en un trait de temps, le consentement se mûrit. Et il se mûrit d'autant plus que dans les contrats conclus entre un spécialiste et un non-spécialiste, ce dernier peut disposer de moins d'informations que son cocontractant, ce qui incite à réfléchir davantage. Le temps est donc la donnée clef qui permettra une maturation suffisante du consentement. Si nous avons montré les hypothèses dans lesquelles la conclusion du contrat est anticipée, il s'agira ici au contraire de présenter les manières de permettre cette maturation, et partant la protection de l'emprunteur. Il existe deux techniques, soit en retardant la perfection du contrat, soit en retardant son efficacité.

168. Nous nous attacherons à démontrer en quoi ces techniques participent de la protection du client du banquier. Il nous est possible de classer celles-ci suivant qu'elles permettent de révoquer le consentement (**Section I**) ou de suspendre l'efficacité du contrat, voire son existence même (**Section II**). Si les premières permettent de se défaire d'un contrat déjà formé, les secondes tendent à retarder soit la formation de celui-ci ou son efficacité, jusqu'à l'arrivée d'un terme donné.

[221] Cet auteur du 20ème siècle, cartésien et rationaliste comme le philosophe Alain qui a réfléchi sur le concept de liberté, laisse à la capacité de jugement toute liberté pour apprécier les faits. Il en découle, dans cette optique libérale, que le choix de l'individu ne peut être que juste au regard des objectifs poursuivis par celui-ci. Cette philosophie s'exprima notamment chez FOUILLEE par la maxime « qui dit contractuel, dit juste », V. A. FOUILLEE, *La Science sociale contemporaine*, 1880. Ce point est intéressant en ce qu'il démontre la position du législateur contemporain, lequel semble postuler l'incapacité pour le cocontractant du professionnel à apprécier la pertinence de ses choix de son propre chef. Lié au développement de l'Etat interventionniste au début du siècle précédent, ce schéma de pensée innerve des pans entiers de droit, et comme nous le démontrerons, le droit de l'activité bancaire.

SECTION I

LA PROTECTION PAR LA REVOCATION DU CONSENTEMENT

169. La force obligatoire des conventions semblent graver dans le marbre l'engagement. L'on ne pas pourrait se détacher de la parole donnée, encore moins se dédire une fois les volontés échangées. Le caractère immuable de l'engagement est la juste contrepartie de la sécurité juridique. Il semble toutefois que par un souci de protection, des techniques autorisant la partie à revenir sur son engagement existent. Parmi ces techniques destinées à révoquer le consentement donné au moment de la formation du contrat, il en est que le législateur prévoit expressément aux fins de protection du client du banquier. C'est la rétractation[222] (§ 1). Cette technique, notamment utilisée en matière de prêt et de démarchage de produits bancaires et financiers[223], correspondrait à la faculté de revenir sur la parole donnée. Il conviendra d'apprécier ces techniques de protection, tant sur le terrain de l'efficacité pour le client de la banque que sur celui de la cohérence des règles applicables (§ 2).

§ 1 - LES TECHNIQUES DE RETRACTATION DU CONSENTEMENT

170. Le législateur a prévu diverses hypothèses de révocation du consentement au profit de du client. Ainsi, relativement au crédit consenti aux non-professionnels, lorsque l'objet du contrat vise à financer un bien de consommation, les dispositions de l'article L. 311-15 du Code de la consommation s'appliquent. En matière de démarchage de produits bancaires et financiers, l'article L. 341-16 I[224] du Code monétaire et financier, au sein de la

[222] Pour des études récentes en la matière, A. BOUJEKA, *Le délai de réflexion et le délai de rétractation*, RD bancaire 2004, p. 219 ; S. DESTRAZ, *Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation*, Contrats, conc. consom. 2004, p. 7 ; R. BAILLOD, *Le droit de repentir*, RTD civ. 1984, p. 226 ; P. BRUN, Le droit de revenir sur son engagement, Dr. et patr. 1998, p. 60.

[223] Nous citerons, à titre introductif, les articles L. 341-16-I du Code monétaire et financier relatif à la rétractation en matière de démarchage de produits bancaires et financiers, ainsi que l'article L. 311-15 du Code de la consommation pour le prêt à la consommation, et L. 312-16 pour le prêt immobilier.

[224] Issu de la loi n° 2006-387 du 31 mars 2006, art. 25-IX, lequel dispose que « *la personne démarchée dispose d'un délai de quatorze jours calendaires révolus pour exercer son droit de rétractation, sans avoir à justifier de motifs ni à supporter de pénalités.*
Le délai pendant lequel peut s'exercer le droit de rétractation commence à courir :

Section IV relatives aux règles de bonne conduite à respecter par le démarcheur, et l'article L. 121-20-12 du Code de la consommation, relatif aux dispositions particulières aux contrats portant sur des services financiers, prévoient un mécanisme similaire.

171. L'esprit qui préside à l'instauration de ces dispositions réside dans la volonté du législateur de laisser au client du banquier un délai de réflexion par lequel il peut revenir sur son engagement, ce qui sous-entend que ce dernier a été donné avec une certaine légèreté. Ce n'est pas tant que l'on autorise le dédit, mais davantage que l'on tolère les erreurs d'appréciation de l'opportunité de s'engager.

172. Précisément, il serait alors permis d'appréhender ces techniques de deux façons. Destinée à protéger le consentement de celui qui s'engage avec le banquier, la faculté de rétractation s'analyserait soit en un délai de réflexion[225], soit en une faculté de dédit[226]. En effet, soit que le *contrat n'est pas encore conclu* et il s'agit alors d'une rétraction du consentement invoquée avant la conclusion de l'acte. Soit qu'*il est déjà conclu* et la rétractation entraîne l'anéantissement d'un contrat déjà formé. Dans le premier cas, la faculté de rétractation s'assimilerait à un délai de réflexion, dans le second l'on serait en présence d'une véritable faculté de se dédire du contrat. Et il semble intéressant de remarquer que le législateur vise implicitement les deux cas. Il convient alors de présenter les hypothèses dans lesquels le cocontractant du banquier est protégé par la faculté de rétractation comme dédit (A), soit comme délai de réflexion (B).

1° Soit à compter du jour où le contrat est conclu ;
2° Soit à compter du jour où la personne démarchée reçoit les conditions contractuelles et les informations, si cette dernière date est postérieure à celle mentionnée au 1° ».

[225] V. en sens, J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 6ème éd., Dalloz, 2003, n° 356, p. 395, lesquels évoquent le délai de réflexion de l'emprunteur-consommateur au sujet de la faculté de révocation qu'instaure au profit de celui-ci l'article L. 311-15 du Code de la consommation ; S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, Corpus droit privé sous la direction de N. MOLFESSIS, ECONOMICA, 2008, n° 325, p. 254.

[226] J. CARBONNIER, *Les obligations*, 22 éd., n° 112 et 114, Thémis, PUF ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *L'acte juridique*, Droit civil, Sirey-Université, 12ème éd., 2006, n° 187 ; C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, th. LGDJ, n° 380, 2002, n° 55 et s. ; M. BORYSEWICZ, *Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats, Réflexions à propos de la loi n° 78-83 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur de produits et de services*, *Etudes P. KAYSER*, t. 1, p. 91.

A) La faculté de rétractation comme droit de se dédire

173. L'étude des règles relatives aux contrats que conclut le client avec sa banque illustre différentes hypothèses dans lesquels celui-ci bénéficie d'une faculté de revenir sur ses engagements. Parmi les facultés que prévoit le législateur, l'on citera, pour le crédit à la consommation, les articles L. 311-15 et L. 311-16 du Code de la consommation et l'article L. 121-20-12 du même Code pour le démarchage de produits bancaires et financiers[227]. Il s'agit donc de dispositions spéciales. Pourtant, ces techniques ne sont pas inédites.

174. Le caractère peu novateur de la rétractation de l'engagement en droit commun -. Déjà, le droit commun connaissait, en dehors de ces lois spéciales, des techniques de résolution du contrat, qui conduisent à l'anéantissement pur et simple de l'acte. Elles émanent de la volonté des parties ou seulement d'une seule partie. D'une part, la liberté contractuelle, si elle permet la formation du contrat sans intervention du législateur, par la seule rencontre des volontés, autorise aussi par parallélisme à le révoquer par *mutuus dissensus*[228]. Les effets de cette révocation sont pareillement déterminés par la volonté des parties, soit qu'elles ont voulu la rétroactivité[229], soit qu'ils ne l'ont pas voulue.

D'autre part, pour les contrats conclus à durée indéterminée, le contractant peut révoquer la convention de son propre fait en vertu de la prohibition des engagements perpétuels. Tout au plus devra-t-il respecter l'exigence de bonne foi et procéder à cette révocation. C'est ainsi qu'en droit du travail, l'employeur devra justifier le licenciement de son employé[230] ou en matière de crédit, le banquier devra notifier par écrit la rupture du concours à une entreprise et respecter un délai de soixante jours avant de le rompre effectivement[231].

---

[227] Issue de la loi n° 2003-706 du 1er août 2003 relative à la sécurité financière, et modifiée par l'Ordonnance n° 2006-387 du 31 mars 2006, la faculté de rétractation de l'article L. 341-16 du Code monétaire et financier est modelée sur celle de l'article L. 121-20-12 du Code de la consommation qui intéresse la vente à distance aux consommateurs de produits financiers. Ainsi, ce délai est de quatorze jours à compter de l'engagement de la personne démarchée ou de la remise des conditions contractuelles et des informations si celle-ci a lieu après la signature du contrat par les parties.

[228] R. VATINET, *Le mutuus dissensus*, RTD civ. 1987, p. 252 et suivants.

[229] En l'absence de stipulation contractuelle à ce sujet, la jurisprudence pose comme principe que la révocation par *mutuus dissensus* est rétroactive, V. Cass. civ., 27 juill. 1892, DP 92.1, p. 462.

[230] Le législateur, par la loi du 13 juill. 1973, devenu l'art. L. 122-14-2 du Code du travail, exige d'ailleurs que le licenciement soit fondé sur une « cause réelle et sérieuse », ce qui implique de mentionner la cause de celui-ci dans la lettre de licenciement.

[231] L'article L. 313-12 al. 2 du Code monétaire et financier dispose le banquier ne peut résilier l'ouverture de crédit que pour un motif convenu, en cas de faute de l'emprunteur notamment, ou s'il notifie sa décision par écrit et s'il lui fait produire effet seulement à l'expiration du délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours.

Au contraire, pour les contrats à durée déterminée, par principe, ceux-ci ne peuvent faire l'objet d'une résiliation ou résolution unilatérale. Le législateur prévoit cependant de nombreuses exceptions[232], et la jurisprudence autorise une telle faculté en cas de comportement gravement répréhensible du cocontractant[233].

175. Le caractère spécifique du droit de rétractation en droit bancaire -. La révocation du consentement est différente de la résolution ou de la résiliation. Elle ne se rattache pas au stade de l'exécution du contrat, mais à celui de sa formation. C'est d'ailleurs ce moment que le législateur évoque à l'article L. 311-15 du Code de la consommation quand il dispose que « *lorsque l'offre préalable ne comporte aucune clause selon laquelle le prêteur se réserve le droit d'agréer la personne de l'emprunteur, le contrat devient parfait dès l'acceptation de l'offre préalable par l'emprunteur. Toutefois, l'emprunteur peut, dans un délai de sept jours à compter de son acceptation de l'offre, revenir sur son engagement. Pour permettre l'exercice de cette faculté de rétractation, un formulaire détachable est joint à l'offre préalable. L'exercice par l'emprunteur de sa faculté de rétractation ne peut donner lieu à enregistrement sur un fichier.* » La faculté de rétractation est donc liée à la formation du contrat, ce qui la distingue de la résiliation et de la résolution.

176. Cette faculté de rétractation a une origine légale, et compte tenu du caractère d'ordre public des dispositions de la loi Scrivener[234], les parties ne peuvent l'écarter contractuellement. Le stade de la formation est au cœur du mécanisme : en effet le contrat doit être conclu pour que la rétractation du consentement puisse s'opérer. Rétracter suppose d'avoir déjà consenti. Le contrat étant formé par l'acceptation de l'offre par le client, qu'il soit partie à un contrat de prêt ou à un contrat de prestation de services bancaires et financiers à distance, **il devient alors possible de voir la faculté de rétractation comme un droit de dédit de l'engagement du client**. A l'inverse, si le contrat n'est pas encore conclu, et que le

[232] En matière de mandat, aux articles 2004 et 2007 du Code civil, avec la disparition de l'*intuitu personae*, pour le locataire avec l'art. 12 de la loi du 6 juill. 1989, pour l'assuré avec l'article L.113-12 du Code des assurances, pour le prêteur, à l'article L. 313-12 al. 2 du Code monétaire et financier, quand l'entreprise a un comportement gravement répréhensible ou si sa situation financière est irrémédiablement compromise, etc.

[233] V. Cass. civ. 1ère, 28 oct. 2003; V. aussi Ch. CORGAS-BERNARD, *la résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, sous la direction de C. JAMIN, th. Aix-Marseille, PUAM, 2006. L'on précisera que l'hypothèse de la résiliation diverge quelque peu de la révocation du contrat, en ce que la résiliation n'est pas rétroactive alors que la résiliation peut l'être. L'exemple du *mutuus dissensus* suffit à illustrer ce cas quand les parties ne disent mot quant à ses effets, V. Cass. civ., 27 juill. 1892, précité.

[234] L. 313-16 du Code de la consommation.

client n'a pas accepté l'offre, il ne sera plus question de rétractation, mais de refus de contracter. A cet égard, le silence à la réception de l'offre émise par le banquier suffira[235].

177. Si la technique de la rétractation paraît attentatoire à la force obligatoire des conventions, l'on peut d'édulcorer ce propos en avançant que le banquier est conscient du risque de rétractation. Certes ce risque lui est imposé, mais n'est-ce pas là une juste contrepartie du contrat d'adhésion par lequel le client se voit contraint d'accepter des stipulations dont il n'aurait pas toujours pu, lors de l'acceptation de l'offre, apprécier la pleine portée ? La faculté de rétractation apparaîtrait comme le moyen de pallier au déséquilibre contractuel née de l'incapacité à pouvoir négocier le contenu de l'offre par le client. Sans pour autant être entachée des clauses susceptibles d'engendrer un déséquilibre juridique manifeste sanctionné par la législation sur les clauses abusives[236], la convention pourrait, finalement, ne plus présenter les mêmes avantages pour le client du banquier.

178. L'efficacité du droit de rétractation -. Il peut apparaître compliqué pour l'emprunteur à la consommation de se défaire de ses engagements quand le contrat a déjà commencé à être exécuté. A cet égard, l'effectivité de la faculté de rétractation est assurée par l'interdiction pour les parties d'exécuter leurs engagements, que cela soit pour le contrat de prêt aux termes de l'article L. 311-17 du Code de la consommation, ou à l'article L. 121-20-13 I pour le démarchage de produits bancaires et financiers. Il s'avère qu'il est en effet matériellement malaisé pour l'emprunteur de se rétracter alors que le contrat a déjà été exécuté. Le dédit engendrerait l'obligation de restituer les fonds qu'il peut déjà avoir engagé pour mener à bien l'opération principale. Cette restitution peut s'avérer impossible si les fonds ont été consommés.

179. Il convient de présenter finalement de borner ce délai de rétractation. L'article L. 311-15 relatif au crédit à la consommation dispose que la durée de cette faculté de dédit est de sept jours à partir de l'acceptation de l'offre préalable. La Directive européenne du 23 avril

---

[235] Le silence ne vaut pas acceptation. V. en ce sens, Cass. civ. 1ère, 25 mai 1890, DP 70. 1, p. 341 ; Grands arrêts, n° 147 ; réaffirmé depuis, Cass ; civ. 1ère, 16 avril 1996, RTD civ. 1996, p. 894, obs. J. MESTRE. Il ne paraît en effet judicieux de considérer que le silence vaut acceptation alors que ce silence peut être interprété de façon ambiguë : il existe en effet des approbations muettes, des silences prudents, des silences désapprobateurs, etc.

[236] V. L. 132-1 alinéa 1er du Code de la consommation qui dispose que « *dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.* »

2008[237] sur le crédit aux consommateurs tend à allonger ce délai à quatorze jours, ce qui unifie les délais de rétractation en droit français, notamment avec la législation sur le démarchage de produits bancaires et financiers[238]. Cette uniformisation des délais de rétractation a été réalisée par le projet de loi portant réforme du crédit à la consommation, adopté par les sénateurs le 17 juin 2009. Un nouvel article L. 311-12 du Code de la consommation dispose désormais que l'emprunteur peut se rétracter durant les quatorze jours qui suivent le jour de conclusion du contrat. Le nouveau texte fait l'objet d'une disposition spécifique pour le droit de rétractation, Le nouveau texte prévoit que le prêteur ne peut demander à percevoir une quelconque indemnité en cas de rétractation, de sorte que celle-ci doit être exercée sans charge pour le client du banquier. En dernier lieu, la rétractation emporte expressément la résolution de tous les contrats accessoires au contrat de prêt : c'est notamment le cas du contrat d'assurance groupe que l'emprunteur aurait pu conclure en cas d'invalidité ou de décès l'empêchant de pouvoir honorer le remboursement des échéances de crédit.

180. Spécifiquement quant au point de départ de ce délai, il commence à courir pour le démarchage bancaire à partir de la réception de toutes les informations que doit le banquier au client une fois l'offre acceptée démarchage[239]. Il en de même en matière de crédit à la consommation, aux termes de l'article L. 311-15 : il ne court qu'à compter de l'acceptation de l'offre de crédit contenant toutes les mentions légales de l'article L. 311-10 par l'emprunteur. Deux remarques peuvent être tirées cette précision relative au départ du délai de rétractation. D'une part, le banquier ne peut invoquer la forclusion de l'emprunteur au terme du délai suivant la conclusion du contrat tant que toutes les mentions de l'article L. 311-10, devenu l'article L. 311-6 I nouveau, ne figurent pas dans l'offre préalable. Il ne pourra donc pas transmettre toutes les informations obligatoires postérieurement à la conclusion du contrat au mépris de l'article L. 311-34, dans l'espoir de réduire l'effectivité du droit de rétractation.

Afin de s'assurer que cette technique de protection soit efficace, le législateur interdit aux parties d'exécuter leurs prestations durant toute la durée du délai de rétractation, aux termes de l'article L. 311-17. Clairement, le législateur considère que le contrat est parfait, ce qui implique le délai de rétractation doit être vu comme une faculté de dédit.

[237] Directive européenne n° 2008-48 du 23 avril 2008
[238] L. 341-16 du Code monétaire et financier qui prévoit un délai de 14 jours.
[239] Article L. 341-16 2° du Code monétaire et financier.

Pour autant, et à l'inverse, lorsque l'offre de prêt est assortie d'une clause d'agrément de l'emprunteur, le client peut user de la faculté de rétractation alors que le contrat n'est pas encore formé, si bien qu'il devient effectivement possible de parler délai de réflexion avant d'être définitivement engagé.

B) La faculté de rétractation comme instrument de réflexion

181. L'existence d'un délai de réflexion matière de crédit à la consommation -. Il apparaît que le droit de rétractation n'est pas seulement vu comme un mécanisme de dédit, il peut aussi être analysé en tant que mécanisme de réflexion, pour le cas où avant le terme du délai, le contrat n'est pas encore conclu. En ce sens, l'article L. 311-16 du Code de la consommation dispose que « *lorsque l'offre préalable stipule que le prêteur se réserve le droit d'agréer la personne de l'emprunteur, le contrat accepté par l'emprunteur ne devient parfait qu'à la double condition que, dans ce même délai de sept jours, ledit emprunteur n'ait pas usé de la faculté de rétractation visée à l'article L. 311-15 et que le prêteur ait fait connaître à l'emprunteur sa décision d'accorder le crédit. L'agrément de la personne de l'emprunteur est réputé refusé si, à l'expiration de ce délai, la décision d'accorder le crédit n'a pas été portée à la connaissance de l'intéressé. L'agrément de la personne de l'emprunteur parvenu à sa connaissance après l'expiration de ce délai reste néanmoins valable si celui-ci entend toujours bénéficier du crédit.* »

182. Le contrat ne devient parfait qu'à la double condition que l'emprunteur soit agréé par le prêteur et n'ait pas usé de la faculté de rétractation. La faculté de rétractation est donc mise en œuvre lorsque le contrat n'est pas encore formé, mais que les consentements ont déjà été échangés.

L'exercice de cette faculté ne répond pas aux mêmes conditions que dans l'article L. 311-15 qui dispose que le délai de la faculté de rétractation court à compter de l'acceptation de l'offre, et partant de la formation du contrat. Cette faculté de revenir sur la parole donnée divergerait de celle proposée à l'article L. 311-15 quand le contrat est déjà formé : **dans le cas de l'article L. 311-15, l'on est en présence d'une résolution du contrat, rétroactive, alors qu'en présence d'une clause d'agrément, ce serait une hypothèse de délai de réflexion dont la mise en œuvre est antérieure à la formation du contrat de prêt**. Il peut cependant sembler paradoxale que l'article L. 311-16 dispose que « *le contrat accepté par l'emprunteur*

ne devient parfait qu'à » une double condition, celle de l'agrément et celle de la non-rétractation de l'engagement du client. En effet, comment peut-on parler de contrat si celui-ci n'est pas encore parfait ?

183. L'existence d'un délai de réflexion en matière de crédit immobilier -. L'étude du crédit immobilier révèle l'existence d'un délai de réflexion au stade de la formation du contrat. L'article L. 312-10 du Code de la consommation dispose que « *l'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue* » : il s'agit ici d'un cas légal de délai de réflexion. Ce délai s'apparente à la faculté de l'article L. 311-16 qui s'analyse davantage en un délai de réflexion qu'en une faculté de rétractation.

En effet, ces deux techniques produisent des effets similaires : dans les deux cas, le législateur dispose que le contrat n'est pas formé avant l'expiration du délai.

184. La conclusion à laquelle on peut arriver est que le délai de réflexion et le droit de rétraction ne sont pas deux techniques identiques. Toutefois, elles produisent les mêmes effets : le consentement donné ne produira pas ses effets, qu'il soit rétracté à l'initiative de l'emprunteur ou que le législateur impose son inefficacité comme c'est le cas en matière de crédit immobilier. Après avoir précisé la nature de la technique de rétractation du consentement, il est possible de les apprécier.

§ 2 - L'APPRECIATION DES TECHNIQUES DE RETRACTATION DU CONSENTEMENT

185. Il convient d'apprécier les techniques de rétractation du consentement selon que l'on étudie l'efficacité de la protection offerte (B) ou selon qu'on apprécie la cohérence de ces techniques (A).

A) L'appréciation des techniques quant à leur cohérence

186. Le délai de rétractation consenti par le législateur au consommateur ou au démarché n'est pas uniforme. Tant que la réforme du crédit à la consommation n'est pas

entrée en vigueur, les articles L. 311-15 et L. 311-16 du Code de la consommation le limitent à sept jours alors que le Code monétaire et financier, pour le démarchage, à l'article L. 341-16, le prolonge durant quatorze jours.

187. Peut-on justifier cette différence par la nature différente des produits sur lesquels porte le contrat ? Cela reviendrait à penser que le démarchage bancaire et financier comporte plus de risques et donc implique un délai de rétractation plus long au profit du client. Au regard du risque d'endettement nées de la conclusion de ces contrats, rien ne semble justifier une telle différence. Au surplus, le droit applicable au prêt à la consommation et au démarchage de produits bancaires et financiers comportement des similitudes tenant à l'obligation pour le banquier de vérifier les capacités financières du client, que ce soit par le devoir de mise en garde[240] ou par le biais de l'article L. 341-16 du Code monétaire et financier[241]. Les risques d'un endettement du client ne sont donc pas plus élevés pour le cas du démarchage. La différence du délai de rétractation ne se justifie donc pas.

188. La Directive du 23 avril 2008 sur le crédit à la consommation vient corriger cette incohérence en portant le délai à quatorze jours dans son article quatorze. Le projet de loi transposant cette directive, présenté en conseil des ministres et déposé au président de l'Assemblée nationale le 22 avril 2009, confirme la modification de la durée du délai de rétractation dans son article 5, pour le fixer à quatorze jours[242]. Nous approuvons cette uniformisation. D'une part, elle luttera contre le risque d'antidatation de l'acte qui annulait la protection offerte par la rétractation. Il sera plus en effet difficile d'antidater un contrat de

---

[240] Sur l'irruption du devoir de mise en garde en matière de crédit à l'emprunteur profane, V. Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2005, n° 03-10.770, n° 02-13.155 et n° 03-10.921, D. 2005, AJ, p. 2276, obs. X. DELPECH, jur. p. 3094, note B. PARANCE, D. 2006, pan. p. 167, obs. D.-R. MARTIN et H. SYNVET ; Banque, n° 673, oct. 2005, p. 94, note J.-L. GUILLOT, M. BOCCARA SEGAL ; JCP éd. G 2005, II, 10140, note A. GOURIO ; JCP éd. E 2005, p. 1359, note D. LEGEAIS ; Banque et Droit 2005, n° 104, p. 80, obs. T. BONNEAU ; RLDC 2005, n° 21, p. 15, note S. PIEDELIEVRE ; RD banc. Fin. sept.-oct. 2005, p. 20, obs. D. LEGEAIS, nov.-déc. 2005, p. 14, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; RCA n° 10/2005, p. 22 ; BRDA 2005, n° 20, p. 11 ; Dr. et patr. 2005, n° 143, p. 98, obs. J.-P. MATTOUT et A. PRUM ; Dr. et patr. 2006, n° 145, p. 123, obs. L. AYNES et P. DUPICHOT ; RTD com. 2005, p. 829, obs. D. LEGEAIS ; LPA 2006, n° 204, p. 8, note C. BOISMAIN ; RD immo. 2006, p. 123, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN.
Et spécifiquement à la matière du crédit à la consommation, V. notamment CA Orléans, 16 févr. 2006, n° 75 ; TI Perpignan, 15 févr. 2008, n° 06-869.
V. aussi l'art. 8 de la directive n° 2008-48 sur le crédit aux consommateurs qui instaure une obligation d'évaluer la solvabilité de l'emprunteur.

[241] Pour l'obligation de s'enquérir des capacités financières du démarché, V. L-341-16 du Code monétaire et financier. Spécifiquement quant au devoir de mise en garde en matière de produits financiers à risques, Cass. com., 28 oct. 1974, n° 72-14.397, Bull. civ. IV, n° 264 ; D. 1976, jur. p. 373, note T. DECAMME ; JCP éd. G 1976, II, 18251, note M. BOITARD. Pour l'éviction de cette règle aux opérations non spéculatives, V. Cass. com., 18 mars 2008, n° 06-19.574, et plus récemment, CA Besançon, 11 juin 2008, n° 06-01816.

[242] Projet de loi portant réforme du crédit à la consommation, daté du 22 avr. 2009.

quatorze jours que de sept. Si cette Directive vise à l'uniformisation, il est permis de s'interroger sur la question de l'efficacité de ces techniques de révocation.

B) L'appréciation de l'efficacité des techniques de révocation

189. L'étude de l'efficacité du délai de rétractation, comme technique de protection, montre que les solutions retenues par le législateur peuvent apparaître comme contestable.

Ainsi est-ce le cas du départ du délai de rétractation. Nous avions pu relever que le point de départ du délai de rétractation varie suivant qu'il s'agit d'un contrat de prêt à la consommation ou d'un contrat de démarchage de produits bancaires et financiers à distance[243]. Ainsi, pour le crédit, le délai de rétraction, aux termes de l'article L. 311-15, court à compter de l'acceptation de l'offre préalable par l'emprunteur, alors que dans le cas du démarchage, il court soit dès la formation du contrat, soit dès la réception de tous les documents contractuels par le démarché. Nous avions enfin précisé que cette différence est estompée puisque pour le crédit à la consommation, l'article L. 311-10 impose au banquier de faire figurer dans l'offre préalable des mentions protectrices, et assortit cette obligation d'une sanction pécuniaire à l'article L. 311-34. Cette différence de point de départ du délai de rétractation n'est pas heureuse, et illustre en quoi la protection de l'emprunteur est mise à mal.

190. Le délai de rétractation commence à courir, en matière de crédit à la consommation, au jour de l'acceptation de l'offre préalable, quand bien même cette offre serait incomplète. Le banquier ne peut alors trouver intérêt à ne pas fournir toutes les informations au client au moment de la formation. Ce dernier ne sera pas alors en mesure d'apprécier la pertinence de l'engagement, si bien qu'il laissera s'écouler le délai de rétraction. Au prix de risque d'être astreint à une amende de 1500 euros au titre de l'inexécution des dispositions de l'article L. 311-10 du Code de la consommation, ce risque peut être profitable.

191. La protection par le droit de rétractation nous semble donc facilement contournable. L'article 14 de la Directive européenne du 23 avril 2008 sur le crédit aux consommateurs, non encore transposée, modifie l'état du droit positif et précise que le délai

[243] *supra* n° 179.

ne commence à courir que si les informations exigées sont transmises. Cette modification procède d'un souci d'uniformisation de la protection au regard des dispositions applicables au démarchage de produits bancaires et financiers, et rehausse la protection de l'emprunteur.

192. Spécifiquement, pour le cas du démarchage, faire courir le délai de rétractation à la transmission de toutes les informations contractuelles, prévues à l'article L. 341-12 du Code monétaire et financier, est une disposition sévère à l'encontre du banquier. Parmi ces mentions, certaines sont plus informatives pour le client que d'autres. Pourtant si un seule d'elles manquent dans l'acte transmis au client, la sanction est la même : le délai ne court pas. Ainsi, si manque l'information relative au numéro d'enregistrement de la personne morale mandatée par un démarcheur personne physique, nous ne pensons pas que cette information soit de nature à influencer favorablement ou défavorablement le consentement du client démarché. Pourtant, à défaut de cette mention dans l'acte, le délai ne commencera pas à courir. Cette solution nous paraît contestable tant elle est sévère à l'encontre de l'établissement bancaire démarcheur.

193. Enfin, nous doutons du bien-fondé de l'existence d'un régime dualiste de la faculté de rétractation en matière de crédit à la consommation, suivant qu'il est conditionné par l'existence d'une clause d'agrément ou pas, visé à l'article L. 311-16 du Code de la consommation.

Nous avions mentionné que cette faculté relevait du dédit quand le contrat était déjà formé, et davantage du délai de réflexion quand le prêt est formé à l'expiration du délai d'agrément de sept jours que prévoit l'article L. 311-16. Il en va donc autrement que pour le cas de l'article L. 311-15 quand, en l'absence de clause d'agrément, le contrat est déjà conclu.

Cette différence n'est pas sans conséquences sur la protection de l'emprunteur. Par le jeu combiné de l'article L. 311-15 et L. 311-17, le prêteur ne peut verser les fonds à l'emprunteur tant que le contrat n'est pas formé. *A contrario*, dès le moment de la formation, rien n'interdit au banquier de déposer les fonds sur le compte de son client, quand bien même le délai de rétractation n'est pas écoulé, puisque le contrat est déjà formé. A cet égard, le versement des fonds est donc possible, sauf lorsque le contrat prévoit une clause d'agrément qui suspend la naissance du contrat à l'expiration du délai d'agrément.

Il en ressort que la protection de l'emprunteur est moins efficace en l'absence de clause d'agrément puisque le versement anticipé des fonds est de nature à contraindre moralement l'emprunteur à ne pas se rétracter. Afin de pallier cette différence de régime,

préjudiciable à l'emprunteur, nous pensons que l'article L. 311-15 devrait conditionner la perfection du contrat à l'expiration du délai de rétractation. Bien sûr, cela aurait pour inconvénient d'empêcher l'emprunteur de réaliser l'opération principale désirée pendant sept jours, si bien que le prêt à la consommation perdrait en attractivité puisque les fonds ne pourraient être versés rapidement. Ce serait là le compromis acceptable entre une protection efficace de l'emprunteur et la nécessité de recourir au crédit pour les clients qui ne peuvent ou ne veulent financer une acquisition au comptant.

195. Il est d'autres techniques qui empêchent la perfection de l'acte, non pas en autorisant le cocontractant à revenir sur un engagement déjà exprimé, mais en conditionnant perfection du contrat à la survenance d'un événement convenu par les parties. En cas de non-survenance de celui-ci, par le jeu de la condition notamment, l'acte sera anéanti d'une manière similaire à celle de la révocation par le biais de la rétractation du consentement. Même si les effets de ces techniques semblent comparables, en conditionnant le moment de perfection de l'acte, elles divergent sur le plan du mécanisme mis en œuvre. Ce n'est plus la volonté qui retarde ou empêche la formation du contrat, c'est la survenance d'un élément contractuel extérieur à cette volonté.

SECTION II

LA PROTECTION PAR LA SUSPENSION DE LA PERFECTION OU DE L'EFFICACITE DU CONTRAT

196. Il est possible de classer les techniques de protection, suivant qu'elles conditionnent la perfection de l'acte (§ 1) ou son efficacité (§ 2).

§ 1 - LES TECHNIQUES CONDITIONNANT LA PERFECTION DE L'ACTE

197. Si les techniques qui conditionnent la perfection du contrat trouvent leur terre de prédilection en matière de crédit, principalement les crédits visés par le Code de la consommation, il n'en reste pas moins que le procédé est avant tout une technique de droit commun (A). Il conviendra d'en apprécier la teneur, notamment par la définition de cette condition qui suspend le contrat principal. En effet, et typiquement quant à l'emprunt immobilier, la loi conditionne la perfection de l'opération principale, la réalisation de la vente, à l'obtention du prêt[244]. Faute d'une définition par la loi de cette condition, l'interprétation qui en est faite par la jurisprudence peut, au regard de certains arrêts, conduire à penser que cette technique de la condition suspensive d'obtention des fonds pourrait s'apparenter en une faculté, contestable, de révocation unilatérale du consentement hors de tout texte. La mise en œuvre de ces techniques doit donc être précisée (B).

A) L'existence de techniques retardant la perfection de l'acte

198. Le Code civil connait ce mécanisme de la condition qui permet de faire dépendre l'existence d'une obligation à la survenance d'un évènement futur et incertain (1°). Quoi que mécanisme facultatif, cette technique est imposée pour certains crédits visés par le Code de la consommation, et laisse apparaître quelques dissemblances d'avec le droit commun, notamment en ce que le jeu de la condition conditionne non pas l'existence d'une obligation, mais celle du contrat (2°).

[244] Art. L. 311-23 du Code de la consommation.

1° L'existence de l'obligation conditionnée à la survenance d'un évènement

199. Par le jeu des articles 1168 et suivants du Code civil, le législateur civiliste instaure un mécanisme juridique qui permet aux parties d'anticiper un événement futur et incertain, dont elles espèrent la survenance. Cet événement, érigé en condition, subordonnera la formation ou la disparition d'une obligation[245]. Suspensive, la condition suspend l'existence de l'obligation, si la condition se réalise, le droit existe rétroactivement à la conclusion du contrat. Pour le cas de sa non-réalisation, l'obligation est anéantie dès l'origine. Résolutoire, la condition fait naître l'obligation, mais la survie de cette dernière dépend de la réalisation de la première. Dans les deux hypothèses, c'est l'existence de l'obligation qui est conditionnée alors que le terme n'affectera seulement que son exigibilité ou sa durée[246].

200. Les effets sont donc radicaux : tant que l'événement ne s'est pas encore réalisé, l'acte conditionnel ne produits pas ses effets. Il y a eu rencontre des volontés, le contrat existe et le droit conditionnel aussi, mais seulement en germe. Le lien d'obligation existe puisque le débiteur ne peut plus rétracter son engagement[247], mais en germe puisque le créancier ne peut demander l'exécution forcée, ni agir en résolution pour inexécution[248]. Quand l'événement se réalise, « *la condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté*»[249] . La condition n'est censée ne jamais avoir existée et l'acte devient efficace. En matière d'acte translatif de propriété, la solution implique que l'acquéreur devienne propriétaire dès la conclusion du contrat. Il en serait de même, pour le contrat de prêt : l'obligation du prêteur est conditionnée, l'emprunteur acquérant la propriété des fonds rétroactivement.

Enfin, pour le cas où la condition, incertaine par nature, viendrait à défaillir, le droit soumis à condition suspensive est censé ne jamais avoir existé, et les obligations exécutées

[245] J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques, Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, th. dactyl. Lille 1977 ; E. PUTMAN, *La formation des créances*, th. Aix-en-Provence, 1987, p. 368 et s. ; J. DEROUIN, *Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition*, RTD civ. 1978, p. 1.
[246] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2008, n° 1209 et s., p. 1124.
[247] Cass. civ. 1ère, 19 déc. 1983, Bull. civ. I, n° 305.
[248] Cass. civ. 1ère, 16 juill. 1980, Bull. civ. I, n° 139.
[249] Art. 1179 du Code civil.

seraient sujettes à répétition[250]. En droit civil, cette rétroactivité est toutefois facultative, les parties pouvant l'écarter conventionnellement[251].

201. Pour le régime juridique relatif à la nullité de la condition, il convient de remarquer qu'au-delà du fait que l'événement est futur et incertain, sa survenance ne doit pas dépendre du seul fait d'une partie, elle deviendrait potestative et tomberait sous le coup de l'article 1174 du Code civil[252]. Il paraît orthodoxe de penser que l'existence de l'obligation du débiteur ne doit pas dépendre de son bon vouloir sans quoi, la force obligatoire n'aurait plus d'effets. Dès que le contrat se forme par la rencontre des volontés, le débiteur prend le risque de devoir exécuter une obligation devenue exigible au moment de la survenance d'un événement, dont il n'a pas la maîtrise de sa réalisabilité. Il est cependant des cas dans lesquels le débiteur peut avoir une influence sur la réalisation de la condition, mais pas totalement, si bien que sa survenance, ou sa défaillance, n'est pas de son propre fait.

202. Si classiquement, la rigueur de la prohibition des conditions potestatives est quelque peu édulcorée par la seule sanction de celles qui sont purement potestatives[253]. Pourrait donc être stipulée la condition qui ne fait pas totalement dépendre la survenance de l'événement de la seule volonté du débiteur de l'obligation conditionnée. En définitive, ce serait celle faisant intervenir, pour partie, un contrôle extrinsèque à la volonté du débiteur des circonstances entourant la survenue de l'événement[254]. C'est ce critère qui permet donc d'élargir la catégorie des conditions mixtes, relativement étroites, que vise l'article 1171 du Code civil.

---

[250] Cass. civ. 3ème, 30 mai 1984, RD imm. 1985, p. 70.

[251] Cass. req., 10 févr. 1925, S. 1925, 1, p. 61 ; réaffirmé constamment depuis, V. notamment Cass. civ. 3ème, 8 janv. 1980, Bull. civ. III ; n° 12.

[252] « *Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige*. »

[253] J. GHESTIN, *La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil*, Mélanges Weill, 1983, p. 243 et s. ; S. VALORY, *La potestativité dans les rapports contractuels*, préface J. MESTRE, th. PUAM, 1999 ; J. ROCHFELD, *Les droits potestatifs accordés par le contrat*, Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 747. V. aussi en ce sens, Cass. civ. 1ère, 18 juin 1974, Bull. civ. I, n° 198 ; Cass. civ. 3ème, 8 oct. 1980, Bull. civ. III, n° 154, D. 1981, p. 441, obs. B. AUDIT.

[254] V. en ce sens, Cass. com., 18 févr. 1972, relatif à la licéité d'une clause de rendement conditionnant la vente, lequel rendement dépendait du débiteur mais pas seulement, le contexte du marché influant aussi sur les ventes , D. 1973, p. 662 et plus récemment, Cass. civ. 3ème, 13 oct. 1993, Bull. civ. III, n° 121, sanctionnant une condition relevant de la seule volonté de l'acquéreur d'un bien immeuble, JCP G 1994, II, 22280, note Y. DAGORNE-LABBE, RTD civ. 1994, p. 606, obs. J. MESTRE, Defrénois 1994, art. 35845, p. 793, obs. Ph. DELEBECQUE.

203. Techniquement, rien n'interdit donc que puisse être stipulée une condition sur laquelle le débiteur peut avoir une emprise, tant que la réalisation de cette condition, ou sa défaillance, ne dépend pas de la volonté *exclusive* de celui-ci. Il est permis de s'interroger sur l'étendue du mécanisme de la condition. En effet, le Code civil n'envisage que l'obligation conditionnelle. Est-il possible conceptuellement d'imaginer une protection plus vaste, fondée sur le conditionnement, à la survenance d'un événement, non pas d'une obligation, mais du contrat lui-même ? Le Code civil ne paraît pas évoquer cette hypothèse directement. A nos yeux, ceci n'est guère utile tant que l'obligation conditionnelle est une obligation liée aux prestations caractéristiques. Ainsi si la condition défaille, l'obligation est censée ne pas avoir existé, et le contrat est alors être que résolu, l'anéantissement de l'obligation conditionnelle entraînant la disparition de la cause de l'obligation réciproque. Si au contraire l'obligation conditionnelle n'est pas une prestation caractéristique du contrat, il ne serait alors pas possible de pouvoir échapper à la force obligatoire du contrat.

204. Concrètement, une obligation de transférer la propriété, conditionnée, aboutirait à la disparition du contrat si la condition vient à défaillir. A l'inverse le contrat subsiste, si l'obligation conditionnelle porte sur une obligation non essentielle, donc autre que le transfert de propriété ou le paiement du prix par l'acheteur.

205. Il est permis de s'interroger dès lors sur la pertinence que pourrait avoir l'existence d'un contrat conditionnel sur la protection de la partie.

2° L'existence du contrat conditionnée à la survenance d'un évènement

Cela concerne le crédit immobilier (a) et le crédit à la consommation (b).

a) en matière de crédit immobilier

206. Le mécanisme de la condition, suspensive ou résolution est reprise par le Code de la consommation, spécifiquement pour les contrats de prêt, à l'article L. 311-23 pour le crédit à la consommation, et à l'article L. 312-16 pour le crédit immobilier. Toutefois, alors qu'il s'agit en droit commun d'une stipulation contractuelle que les parties peuvent choisir d'insérer, le législateur impose cette technique pour le cas des contrats précités.

207. L'article 312-16 alinéa 1, issu de « la loi Scrivener II » n° 79-596 du 13 juillet 1979 sur le crédit immobilier, dispose que « *lorsque l'acte mentionné à l'article L. 312-15 indique que le prix est payé, directement ou indirectement, même partiellement, à l'aide d'un ou plusieurs prêts régis par les sections 1 à 3 et la section 5 du présent chapitre, cet acte est conclu sous la condition suspensive de l'obtention du ou des prêts qui en assument le financement. La durée de validité de cette condition suspensive ne pourra être inférieure à un mois à compter de la date de la signature de l'acte ou, s'il s'agit d'un acte sous seing privé soumis à peine de nullité à la formalité de l'enregistrement, à compter de la date de l'enregistrement* ». Trois remarques sont à formuler.

208. En premier lieu, La condition suspensive n'est pas d'origine conventionnelle, elle est légale. Le législateur impose la condition dès lors que l'acte principal mentionne que le financement sera réalisé par un ou plusieurs prêts. Doit-on comprendre qu'à défaut de toute volonté exprimée par les parties, la clause est toujours stipulée. Les parties peuvent-elles donc l'écarter conventionnellement ?

209. Edictée dans l'intérêt exclusif de l'emprunteur, l'on doit être amené à penser que la disposition est d'ordre public. La jurisprudence penche pour cette solution[255]. Ainsi, seul l'emprunteur peut se prévaloir : comme le formule la Haute juridiction, « *les exigences formelles posées par le code de la consommation en matière d'offre de prêt immobilier ne sont édictées que dans un souci de protection du débiteur, qui peut seul les invoquer* »[256]. Mécanisme d'ordre public, l'on ne peut renoncer contractuellement à cette disposition, mais l'on peut cependant renoncer à ses effets[257]. L'emprunteur ne sera pareillement plus protégé s'il ne recourt pas à un emprunt pour financer un bien immobilier. Dans ce cas, le législateur attira son attention en recourant au formalisme informatif qui impose au client, par écrit, de mentionner qu'il ne finance pas son acquisition par un prêt et qu'il renonce à la protection de l'article L. 312-16[258]. A défaut de mention, l'acquisition est réputée être réalisée sous

---

[255] Cass. civ. 3ème, 24 sept. 2003, Bull. civ. III, n° 164; D. 2003. AJ. 2694 ; JCP éd. E 2004. 204, note S. PIEDELIEVRE; AJDI 2004. 151, note PRIGENT ; LPA 8 sept. 2004, note Y. TCHOTOURIAN; RTD civ. 2003. 697, obs. J. MESTRE et B. FAGES.
[256] Cass. civ. 3ème, 7 nov. 2007, Bull. civ. III, n° 201; D. 2008, chron. p. 1224, obs. NESI ; RTD com. 2008, p. 157, obs. D. LEGEAIS ; JCP éd. G 2008, I, 104, n° 1, note SERINET ; JCP éd. N 2008, n° 12, p. 15, note H. KENFACK ; ibid., n° 19-20, p. 17, obs. S. PIEDELIEVRE ; JCP éd. E 2008, n° 15, p. 18, obs. LAFONT ; LPA 5 févr. 2008, note D. HOUTCIEFF ; Defrénois 2007. 1744, note E. SAVAUX ; RJDA 2008, n° 321.
[257] Cass. civ. 17 mars 1998, D. 1998, IR., p. 118 ; JCP éd. G 1998, II, 10148, note S. PIEDELIEVRE.
[258] Article L. 312-17 al. 1er.

condition suspensive d'obtention du prêt[259], ce qui permet de d'être protégé si l'acquéreur vient finalement à recourir à un crédit, mais cette solution est juridiquement peu rigoureuse pour le cas où il ne contracte pas avec un prêteur[260]. L'on peut constater que la condition suspensive légale est conditionnée par la stipulation contractuelle dans le contrat principal du mode de financement, quand bien même l'acquéreur ne recourrait pas au crédit pour financer le bien immobilier.

210. En second lieu, l'on remarque que la technique de protection qui conditionne l'existence du contrat implique le contrat de prêt et le contrat principal soient interdépendants. L'article L. 312-16 subordonne l'application de la législation protectrice au prêt finançant le contrat principal. Cette technique est doublement originale. Tout d'abord, cela implique qu'il existe un lien de droit entre les deux contrats. Ce postulat ne va pas de soi. En effet, la cause objective du contrat principale ne réside pas dans l'obtention du prêt mais dans l'acquisition du bien immobilier. Peut-être pourra-t-on objecter que la cause subjective, lointaine, a un rapport avec le contrat de prêt : ainsi l'acquéreur n'achètera pas le bien s'il ne peut le financer à crédit. Mais cette cause là relève des motifs propres de l'acquéreur et ils n'intègrent pas le champ contractuel…sauf si ce motif fait l'objet d'une stipulation contractuelle érigeant ce motif en condition.

211. A cet égard, l'entrée dans le champ contractuel du recours au financement est rendu possible dès lors que la loi impose aux parties de faire figurer le mode de financement du bien immobilier, comme le dispose l'article L. 312-15. Il devient alors envisageable de faire de cet élément une condition, dès lors qu'il répond à la définition de la condition suspensive que donne l'article 1181 du Code civil et qu'il respecte la prohibition des conditions purement potestatives de l'article 1174. Précisément, l'obtention du prêt est bien un évènement futur et incertain dont la survenance dépend d'un tiers, le banquier. Il n'est donc pas douteux que le mobile d'une partie puisse conditionner l'existence du contrat de vente immobilière à la réalisation du contrat de prêt. Des auteurs ont pareillement pu expliquer l'existence de cette condition légale fondée sur les mobiles des parties[261].

---

[259] Article L. 312-17 al. 2ème.

[260] Quant l'opération n'est pas financée par un prêt et si la mention est omise, le contrat est alors conclu sous la condition suspensive d'un évènement qui n'existe pas ! L'intérêt de cette disposition réside néanmoins dans la faculté qu'aurait l'acquéreur de solliciter un emprunt une fois le contrat principal conclu. Cela n'en retire rien à la validité de la clause puisque l'événement conditionnel, l'obtention du prêt, reste hypothétique.

[261] M. SANTACREU, *La protection de l'emprunteur immobilier*, éd. Du Moniteur (Coll. Act. Juridique) 1982 ; *Le droit du crédit au consommateur*, ouvrage sous la direction de I. FADLALLAH, Litec 1982 ; J.-L. BERGEL,

Réciproquement, il paraît alors légitime de pouvoir faire tenir l'existence du contrat de prêt à la réalisation effective de la vente.

212. Ainsi, l'article L. 312-12 alinéa 1er dispose que « *l'offre est toujours acceptée sous la condition résolutoire de la non-conclusion, dans un délai de quatre mois à compter de son acceptation, du contrat pour lequel le prêt est demandé.* » La loi retient ici pareillement l'interdépendance du contrat de prêt et du contrat de vente, par le mécanisme de la condition résolutoire. L'acquisition du bien immobilier entre naturellement dans le champ contractuel puisqu'il s'agit de l'objet même du contrat de prêt. Il devient alors aussi possible d'ériger l'acquisition du bien en condition résolutoire. Il s'agit d'un crédit lié qui précise la destination contractuelle des fonds et la condition s'impose aux parties[262].

213. Le champ d'application de l'article L. 312-12 du Code de la consommation est spécifique. En dehors du cadre du crédit immobilier conclu aux termes du Chapitre II du Titre III du Code de la consommation, il n'est donc pas possible de faire jouer un tel mécanisme, sans stipulation contractuelle, prévoyant que la destination des fonds est la cause du contrat de prêt.

Il est traditionnellement enseigné que le recours à la cause subjective a une toute autre finalité[263]. Elle ne permet pas demander l'annulation d'une convention sur le fondement de la disparition des mobiles du contractant, pas plus qu'elle n'autorise une caution à se dédire de son engagement de garantir[264] quand les raisons qui l'ont conclu à s'engager ont disparues. La Cour de cassation a en effet retenu cet argument dans une affaire liant un contrat de prêt et un contrat de vente. Pour la Haute juridiction, dans un litige entre deux professionnels, la faillite d'un vendeur ne rend pas sans cause l'obligation de l'emprunteur qui restait tenu envers le prêteur[265]. Cette solution de la Cour de cassation a été rendue dans une affaire opposant des professionnels, si bien qu'ils ne peuvent pas se prévaloir de l'intégration au champ contractuel

---

Les ventes d'immeubles existants, Litec 1983 et suppl .à jour au 10 janv. 1988 ; M.-Th. CALAIS-AULOY, *Fondement du lien juridique unissant vente et prêt dans le « prêt lié »*, JCP éd. E 1984, II, 14182 ; M. DAGOT, *Vente d'immeuble et protection de l'acquéreur emprunteur (loi du 13 juillet 1979)*, JCP 1980, I, p. 39 à 58 ; C. MOULY, *Le droit nouveau du crédit immobilier*, Actualités du droit de l'entreprise, sept. 1981, p. 8 ; C. THIBIERGE, *La protection des acquéreurs de logements qui recourent au crédit pour financer leur acquisition*, Defrénois 1980, art. 32254 ; H. THUILLIER, Analyse de la loi n° 79-596 du 13 juill. 1979…, JCP 1979, prat., 7241.

[262] Article L. 312-12 : « *L'offre est toujours acceptée sous la condition résolutoire*… ».

[263] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2008, n° 333.

[264] Pour une illustration dans laquelle la caution a vainement demandé la décharge au motif qu'elle n'avait plus la fonction de dirigeant de l'entreprise crédité, V. Cass. com., 8 nov. 1972, Bull. civ. IV, n° 278.

[265] Cass. civ. 1ère, 20 nov. 1974, JCP éd. G. 1975, II, 18109, note J. CALAIS-AULOY.

des mobiles correspondant à la destination des fonds sans prévoir une stipulation contractuelle expresse.

214. Troisième et dernière remarque, il existe une différence, selon nous, entre le mécanisme de la condition de l'article 1168 du Code civil et celui des articles L. 312-12 et L. 312-16 du Code de la consommation. Cette différence réside dans l'effet de la condition. Si la condition de l'article 1168 conditionne l'obligation[266], celle des articles du Code de la consommation semble conditionner le contrat[267]. Cette technique est singulière. **La technique de protection fondée la condition résolutoire a cette particularité qu'elle conditionne l'acte et non plus seulement les obligations**.

Certes, si la condition porte sur une obligation, et que cette obligation est une prestation caractéristique du contrat en cause, le cocontractant n'a plus d'intérêt à exécuter sa propre prestation et pourra demander la nullité du contrat pour absence de cause. Il n'y aurait alors dans ce cas guère de différence à distinguer suivant que l'événement futur et incertain conditionne l'obligation ou le contrat, sauf si le contrat peut subsister sans l'obligation conditionnée. Cela ne paraît toutefois pas être le cas en matière de prêt en ce sens que l'obligation de verser les fonds à l'acquéreur est une prestation caractéristique du prêt[268]. Si la technique de la condition portait sur l'obligation de remettre les fonds, alors la solution serait la même, mais au terme d'une demande en nullité émise par l'emprunteur.

Cette interdépendance des contrats ne se limite pas enfin aux seuls crédits immobiliers.

b) en matière de crédit à la consommation

215. Intégrée dans le Code de la consommation aux articles L. 311-1 à L. 311-37, la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, dite loi Scrivener, relative à « l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit » transpose l'espèce des

[266] L'article 1168 mentionne en effet le terme d « obligation est conditionnelle ».
[267] L'article L. 312-12 précise que « l'offre est toujours acceptée sous la condition résolutoire…» et l'article L. 312-16 que « cet acte est conclu sous la condition suspensive… ».
[268] Il en irait peut-être différemment avec l'article L. 312-16 pour lequel l'inexécution de l'obligation pour l'acquéreur-emprunteur de payer le prix convenu peut ne pas engendrer la nullité du contrat de vente si le vendeur préfère l'exécution forcée à la résolution de la vente pour inexécution. En pareille hypothèse, il importe, dans un souci de protection de l'acheteur, de conditionner l'opération immobilière et non l'obligation de l'acheteur.

obligations conditionnelles au crédit consenti aux consommateurs[269]. Précisément l'article L. 311-23 du Code de la consommation qui dispose que « *chaque fois que le paiement du prix sera acquitté, en tout ou partie, à l'aide d'un crédit, et sous peine des sanctions prévues à l'article L. 311-34, le contrat de vente ou de prestation de services doit le préciser. Aucun engagement ne peut valablement être contracté par l'acheteur à l'égard du vendeur tant qu'il n'a pas accepté l'offre préalable du prêteur. Lorsque cette condition n'est pas remplie, le vendeur ne peut recevoir aucun paiement, sous quelque forme que ce soit, ni aucun dépôt* »
Les deux opérations ont un lien juridique entre elles, tant que l'acquéreur n'a pas accepté le prêt, le contrat principal de vente ne peut l'engager.

216. Il convient de s'interroger sur la nature de ce lien juridique. Selon nous, il s'agirait d'une condition suspensive qui conditionne la capacité pour l'acheteur à payer le prix de la chose acquise au terme du contrat principal. L'expression du législateur « *aucun engagement ne peut être valablement contracté* » nous invite à penser que c'est l'existence même du contrat qui est conditionnée, et non pas l'exigibilité des obligations. Cela supposerait en effet que le contrat est déjà formé, ce qui n'est pas le cas. Nous donc pensons que l'article L. 311-23 instaure un cas implicite de condition suspensive légale. D'une part, le législateur lui-même emploie l'expression « condition », et surtout d'autre part, les effets qu'introduise la mise en application de cette disposition s'apparente fortement à ceux produits par le mécanisme de la condition suspensive. En effet, l'existence même de l'obligation conditionnée est suspendue à la survenance de l'événement, ce que le législateur reprend quand il dispose qu'« aucun engagement ne peut être valablement contracté ». En droit commun, la défaillance de la condition suspensive engendre l'anéantissement rétroactif du contrat. Il en de même pour l'application de l'article L. 312-23, lorsque le prêt ne peut se réaliser, le contrat de vente qui lui est subordonné doit être annulé[270]. Enfin, ce mécanisme de protection légal paraît jouer ici *de facto*, puisque la loi impose que le contrat principal mentionne l'existence d'un ou plusieurs prêts pour le cas où ceux-ci financent l'opération :

---

[269] Ch. GAVALDA, *La protection de l'information des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédits*, D. 1878, chron. 189 ; J. STOUFFLET, *La protection du consommateur faisant appel au crédit*, Etudes de Lagrange, 1978 ; J. CALAIS-AULOY et BIHL, JCP CI 1978, I. 7245 ; F. FALETTI, *La vente à crédit des biens de consommation*, Litec, 1981, p. 20 et s. ; I. FADLALLAH, *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982 ; N. CHARDIN, *Le contrat de consommation à crédit et l'autonomie de la volonté*, th. LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1988, p. 219 ; I. PETEL-TEYSSIE, *Information et protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit*, Juriscl. civ., art. 1905 à 1908, fasc. 6 ; G. RAYMOND, *Crédit à la consommation*, Juriscl. Conc. consomm., fasc. 940 ; X. LAGARDE, *L'endettement des particuliers*, LGDJ, 2ème éd., 2003 ; J. STOUFFLET, *Propos non-conformistes sur la protection du consommateur emprunteur*, Mélanges GAVALDA, Dalloz 2001.
[270] Cass. civ. 1ère, 22 juill. 1987, Bull. civ. I, n° 259 ; D. 1987. IR. 186.

ainsi l'obtention du prêt est intégrée dans le champ contractuel du contrat principal, comme pour le crédit immobilier avec l'article L. 312-15.

217. Qu'entendre dès lors par « *obtention de prêt* » ? Si l'on s'en tient à une lecture exégétique du Code de la consommation, il nous est possible de relever des éléments aboutissant à une définition légale la notion d'obtention de prêt[271]. La jurisprudence, quelque fois hésitante, est venue donner une définition de cette notion. Nous verrons que dans certaines hypothèses, la manière dont est la condition est considérée comme réalisée peut conduire à des solutions critiquables, soit qu'elles consacrent la licéité des conditions purement potestatives, soit qu'elles souffrent d'incertitude bien que la jurisprudence ait donné une interprétation de la notion d'« obtention de prêt ».

B) La mise en œuvre des techniques visant à retarder la perfection de l'acte

218. Le législateur se serait, dit-on, gardé de donner une définition de la condition qui suspend l'existence du contrat principal. Si le Code de la consommation ne définit pas la notion d'obtention de prêt[272], il n'en reste pas moins que le caractère d'ordre public de la loi Scrivener I et II conduit à définir cette obtention[273]. Le législateur évoque expressément l'obtention de prêt sans la définir, notamment à l'article L. 312-16[274]. Il est possible de relever dans le Code de la consommation d'autres évocations de ces techniques qui s'apparentent à la notion d'obtention de prêt.

---

[271] Même si la doctrine la plus haute autorisée en la matière considère qu'il n'existe aucune définition exacte de l'obtention du prêt dans le Code, V. J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 6ème éd., Dalloz, 2003, n° 425, p. 470, il nous est permis d'en dresser une, certes partielle, à l'étude des dispositions régissant le crédit.

[272] Les parlementaires n'ont pas désiré définir la notion par la loi, préférant laisser aux parties le sens à donner à cette notion, V. C. THIBIERGE, *La protection des acquéreurs de logement qui recourent au crédit pour financer leur acquisition*, Defrénois 1980, art. 32254,spécialement n° 38.

[273] L'art. L. 312-16 ne peut en effet être affecté d'une stipulation contractuelle de nature à accroitre les exigences de ce texte, Cass. civ. 1ère, 28 janv. 1992, Contrats. conc. consom. 1992, n° 132, obs. L. LEVENEUR et n° 121, obs. G. RAYMOND.

[274] Le législateur semble employer aussi d'autres vocables, par exemple « acceptation de l'offre préalable » de crédit à l'art. L. 311-23, qui paraissent similaires à la notion d'obtention de prêt. Toutefois, nous condamnons cette apparence. En effet, l'obtention de prêt ne signifie pas que l'emprunteur doit accepter l'offre préalable. L'on pourrait toutefois pencher pour cette hypothèse si les articles L. 311-23 et L. 312-16 du Code de la consommation conditionnaient l'existence du contrat principal au même évènement futur et incertain. Or rien ne démontre que le législateur ait voulu cela. Le contrat de vente de bien de consommation peut être conditionné à l'acceptation d'une offre de crédit alors que celui de vente immobilière le serait à la simple présentation d'une offre conforme aux caractéristiques de financement du bien.

219. Ainsi l'article L. 311-23 évoque l'acceptation de l'offre préalable du banquier qui conditionne l'engagement de l'acheteur d'une bien de consommation. L'on pourrait, avec une relative audace, opposer l'idée qu'il existe bien une définition en filigrane de l'obtention du prêt. Ainsi, à considérer que les articles L. 311-23 et L. 312-16 visent tout deux la même notion de « condition », l'on pourrait avancer que l'obtention de crédit est l'acceptation par l'emprunteur de l'offre formulée par le prêteur. L'on justifierait cette solution en disant qu'en définitive, les deux articles sont modelés sur le même postulat, celui du contrat principal conditionné par l'obtention de prêt. Il n'y aurait alors pas de difficulté à considérer les deux événements conditionnels comme identiques. Cette position ne convainc à dire vrai guère. Elle se heurte à deux objections majeures.

220. Tout d'abord, si le législateur emploie deux vocables distincts, obtention du prêt et acceptation de l'offre préalable, il paraît hasardeux de les assimiler. La prudence commande donc de les dissocier. Enfin, et surtout, faire d'une acceptation du débiteur l'événement qui conditionne sa propre obligation contrevient à la prohibition des conditions purement potestatives. L'article 1174 du Code civil s'opposerait ici à retenir cette solution[275]. Il convient donc de rechercher une définition acceptable de la notion d'obtention de prêt (1°), d'autant plus que cette définition a une incidence sur le degré de protection alloué à l'emprunteur et que le caractère hésitant des définitions retenues par différents arrêts de la Cour de cassation ne conduit pas à un compromis acceptable entre protection de l'emprunteur et sécurité juridique (2°). Il convient alors de proposer une acception de cette notion qui concilie ces deux impératifs.

1° La recherche d'une définition de l'obtention de prêt

221. Emile LITTRE définit dans son *Dictionnaire de la langue française*[276] le terme « obtention » comme le fait de parvenir à se faire accorder ce que l'on demande. Les juristes ont quant à eux eu une interprétation moins catégorique. Dès 1979, les juristes se sont divisés selon deux courants majeurs d'interprétations qui ne sont pas sans rappeler les débats sur la notion d'acceptation de l'offre en matière de contrats entre absents.

[275] Il pourrait être argué qu'il est en de même pour l'article 311-23 qui fait pourtant de l'acceptation la condition de l'exécution des obligations de l'emprunteur. Or cette disposition est une disposition légale, elle est
[276] *Dictionnaire de la langue française*, 1863, Hachette.

222. Avant de présenter ce débat, il nous paraît essentiel de savoir si cette définition est d'ordre public. En effet, il peut être judicieux de savoir si, en l'absence de définition légale de l'obtention de prêt, les parties peuvent avoir une emprise sur cette notion et dicter le contenu. Celle-ci s'impose-t-elle à eux ? Un auteur[277], suivi par la doctrine, considère que la loi est d'ordre public et que l'essence de cette loi protectrice s'entend de la notion d'obtention de prêt, si bien que cette dernière se verrait alors imprimée ce caractère d'ordre public. Nous n'en disconvenons pas. La doctrine soutient cette idée[278]. La jurisprudence aussi[279]. La volonté des parties n'est toutefois pas éludée et tout aménagement contractuel reste possible, tant qu'il n'alourdit pas les obligations de l'emprunteur[280], ce que les débats parlementaires tendent à prouver[281].

223. Les conséquences sur les effets du contrat sont d'ailleurs importantes. Si la condition se réalise, le prêt est considéré comme obtenu, alors l'emprunteur devra honorer le contrat de vente. En cas de refus d'exécuter la promesse de vente immobilière, il devra payer le prix de l'option au promettant. A l'inverse si le prêt n'est pas obtenu, la promesse de vente devient caduque : les prestations effectuées antérieurement à la défaillance de la promesse seront sujettes à répétition. Ainsi le promettant devra restituer au bénéficiaire le prix de l'option quand celui-ci a été versé de manière anticipée. L'intérêt pratique se dessine clairement. Si le prêt a été obtenu, et que le bénéficiaire refuse la vente, le promettant à tout intérêt à arguer que la condition s'est réalisée, ce qui lui permettra de se retirer du jeu avec le prix de l'option comme compensation. Au contraire, le bénéficiaire désirera s'abstraire de payer cette option en avançant que la condition est défaillante, et demandera restitution du prix de celle-ci si l'option a été déjà été payée[282].

---

[277] J.-G. RAFFRAY et P. CORNILLE, *L'obtention de prêt au sens de l'article 17 de la loi Scrivener*, JCP éd. N 1986, pratique, p. 593 et s.

[278] F. BENAC-SCHMIDT, *La promesse unilatérale de vente*, D. 1990, chron. p. 8 et s. ; D. MAZEAUD, *La condition suspensive d'obtention d'un prêt immobilier à l'épreuve de la jurisprudence : vers un juste équilibre*, JCP éd. N 1993, doc. p. 347, n° 9.

[279] Cass. civ. 3ème, 24 septembre 2003, Bull. civ. III, n° 164 ; D. 2003. AJ. 2694, pour la 3ème Chambre, les dispositions de l'article L. 312-16 sont édictées dans l'intérêt exclusif de l'emprunteur. Si bien que toute clause qui accroit les exigences résultant de ce texte est nulle, Cass. civ. 3ème, 18 juill. 1986, Bull. civ. III, n° 126 ; D. 1987, somm. 460, obs. J.-L. AUBERT ; RTD civ 1987. 109, obs. M. REMY, plus récemment et constamment réaffirmé, Cass. civ. 3ème, 6 juill. 2005, Bull. civ. III, n° 154 ; D. 2005, AJ. 2145, obs. C. RONDEY ; JCP éd. N 2006, 1023, étude DAGOT ; Rev. Loyers 2007, 63, obs. GARCIA.

[280] Cass. civ. 3ème, 18 juill. 1986, précité.

[281] PILLET, Doc. Sénat n° 376 annexé à la séance du 25 mai 1978, p. 20 ; J.-G. RAFFRAY et P. CORNILLE, Les conséquences d'un refus de prêt par l'acquéreur emprunteur et l'application de l'article 17 de la loi Scrivener II, JCP éd. N 1988, I, p. 95, n° 17.

[282] En ce sens, D. MAZEAUD, *La condition suspensive d'obtention d'un prêt immobilier à l'épreuve de la jurisprudence : vers un juste équilibre*, article précité, n° 4.

224. Il convient donc de rechercher une définition précise de la notion d'obtention de prêt. Une certaine controverse nourrit les débats de la doctrine depuis la promulgation de la loi Scrivener II. Si certains auteurs font de l'obtention le moment de la réception de l'offre du prêteur, d'autres, au contraire, considèrent que c'est l'acceptation de cette offre qui réalise la condition.

a) l'obtention au sens d'acceptation de l'offre

225. Une première partie de la doctrine[283] postule que l'obtention du prêt s'entend de l'acceptation de l'offre préalable. S'il accepte l'offre, le prêt est considéré comme obtenu et ce n'est qu'en cas de refus d'acquérir l'immeuble que le vendeur aurait droit au versement de l'indemnité d'immobilisation par le promettant.

226. L'explication de l'obtention au sens d'offre acceptée -. Traditionnellement, cette condition s'avère potestative si elle dépend de l'acceptation du débiteur obligé, et devrait mener à la prohibition de l'article 1174 du Code civil. Il pourrait alors aussi refuser l'offre, ce qui conduirait à appliquer l'article 1178 du Code civil et la condition serait réputé réalisée. Cependant, les partisans de cette théorie nous expliquent que l'article 1178 ne trouve pas à s'appliquer dans le cas de l'article L. 312-16, de sorte que l'obtention du prêt n'est pas réalisée quand il refuse l'offre de prêt faite par le banquier. Afin de justifier cette solution, il est avancé que la condition suspensive est ici d'origine légale et il y aurait à douter que la disposition de l'article 1178 s'applique en ce qu'elle viendrait bouleverser l'économie générale du mécanisme voulu par le législateur consumériste[284]. Cet argument, fondé à notre sens sur une recherche interprétative de la volonté du législateur, ne convainc pas.

227. Les réticences à retenir l'acceptation de l'offre -. D'une part, il est difficile d'évaluer l'incidence de la prohibition des conditions purement potestatives sur l'économie d'un mécanisme légal. L'on ne voit en effet pas ce qui accroitrait la protection de l'acheteur immobilier s'il pouvait refuser sans conséquences un prêt conforme à ces attentes qu'il a lui-

[283] J.-L. BERGEL, *La condition suspensive de l'obtention des prêts immobiliers*, JCP éd. N 1988, I, p. 225 ; F. COLLARD-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente à la vente d'immeuble*, Coll. Immobilier - Droit et gestion, Sirey, 1988, n° 117 et s. ; J.-M. MOYSE et J. NAVARRO, *La jurisprudence et les conditions suspensives d'obtention des prêts*, JCP éd. E 1984, I, p. 66 ; J.-G. RAFFRAY et P. CORNILLE, *L'obtention de prêt au sens de l'article 17 de la loi Scrivener*, article précité, p. 593.

[284] J.-G. RAFFRAY et P. CORNILLE, *L'obtention de prêt au sens de l'article 17 de la loi Scrivener*, article précité, p. 595, n° 17.

même pourtant sollicité. Sauf à accepter qu'il puisse revenir sur son engagement sur les seuls fondements de son bon vouloir et de sa légèreté, il ne nous semble pas justifiable que la condition soit réalisée seulement lorsque l'offre est acceptée par l'emprunteur. Cela ne protègerait de manière injustifiée celui qui se dédit sans avoir à répondre de sa légèreté, et léserait le vendeur qui perd le bénéfice de l'indemnité.

228. Enfin, d'autre part, et du point de vue de la pure technique juridique, l'on ne voit pas comment l'origine légale ou contractuelle d'une condition suspensive modifierait son régime juridique en l'abstrayant des dispositions de droit commun de l'article 1178 du Code civil : l'origine d'une règle est une chose, le régime applicable à celle-ci en est une autre. Précisément, le mécanisme légal de la condition des articles L. 311-20 et L. 312-16 est un mécanisme de droit commun : la règle « la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement » trouve donc à s'appliquer. Nous nous permettons donc à rejeter l'argument selon lequel rien n'indique que le législateur ait voulu soumettre la condition légale de L. 312-16 au régime de droit commun[285].

229. Un argument plus convaincant fut encore avancé pour justifier le choix de l'acception de l'offre comme réalisation de la condition[286]. Il a été avancé, de manière très pertinente, que choisir la date de réception comme moment de réalisation de la condition limite l'intérêt du délai de réflexion de l'article L. 312-10 alloué à l'emprunteur puisqu'en cas de refus de l'offre de crédit immobilier, l'emprunteur serait engagé[287]. L'argument pour solide qu'il est, nous paraît artificiel. Le mécanisme de la condition suspensive d'obtention du prêt n'est pas incompatible avec le délai de réflexion. En effet, il suffirait de considérer que la banque ne peut remettre une offre durant les premiers jours à partir de la demande de prêt

[285] J.-G. RAFFRAY et P. CORNILLE, *L'obtention de prêt au sens de l'article 17 de la loi Scrivener*, article précité, p. 595, n° 18. Nous ajouterons que la condition suspensive est un mécanisme de droit commun, il convient donc de lui appliquer le droit commun si le législateur n'en dispose pas autrement. A moins de considérer que ce mécanisme ne soit pas de droit commun…ce qui ne convainc évidemment pas puisque le Code de la consommation est pour partie une transcription de règles civilistes. Si notre lecteur est surpris par le caractère péremptoire de ce propos, nous le justifierons en avançant que le Code de la consommation puise sa raison d'être non pas dans la spécificité des règles protectrices, mais davantage dans la qualité des parties contractantes. La condition suspensive de L. 312-16 est la condition suspensive des articles 1174 et s. du Code civil, aménagée pour les relations entre un vendeur et un acheteur d'un bien immobilier à caractère non professionnel. Si le législateur avait voulu écarter le jeu de l'article 1178, il l'aurait spécifié…*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

[286] J.-G. RAFFRAY et P. CORNILLE, *Les conséquences d'un refus de prêt par l'acquéreur emprunteur et l'application de l'article 17 de la loi Scrivener II*, article précité, p. 93 ; J.-L. BERGEL, *La condition suspensive de l'obtention des prêts immobiliers*, article précité, p. 228, n° 12.

[287] Art. 312-10 alinéa 2ème du Code de la consommation.

pour que l'emprunteur puisse bénéficier du délai de réflexion. Rien n'impose en effet qu'il ait déjà l'offre pour que cette réflexion soit effective : cette dernière porte en effet davantage sur l'opportunité d'acheter le bien immobilier que sur celle de recourir au crédit. Au surplus, le risque d'endettement de l'acquéreur immobilier est minimisé par le devoir de prudence du banquier qui devra lui proposer un concours adapté à ses capacités financières. C'est pourquoi la réception d'une offre conforme aux stipulations contractuelles figurant dans le contrat principal paraît être le critère qui répond à la notion d'obtention de prêt.

b) l'obtention comme réception d'une offre de prêt conforme

230. Une autre partie de la doctrine estime quant à elle que l'obtention s'entend de la remise d'une offre de prêt conforme aux attentes de l'emprunteur et émise par la banque. Selon elle[288], la loi Scrivener resterait soumise à l'application de l'article 1178 du Code civil. Nous nous rangeons sous cette opinion et justifions ce choix au regard du respect de l'article 1178 du Code civil. En effet, le mécanisme légal repris à l'article L. 312-23 est un mécanisme civiliste qui reste astreint aux règles relatives à la condition telles qu'elles sont instaurées dans le Code civil aux articles 1168 et suivants. De plus, opter pour la réception paraît plus objectif en ce que la réalisation de la condition tient davantage à la conformité de l'offre aux attentes de l'emprunteur qu'à sa volonté de l'accepter. La preuve s'en trouve d'ailleurs facilitée.

231. Concrètement, si l'offre reçue est conforme aux caractéristiques du financement espéré pour réaliser l'opération principale, le refus d'acceptation de celle-ci par l'emprunteur devient indifférent : d'une part l'emprunteur venant à empêcher la survenance de l'événement de son propre, la condition serait tout de réputée réalisée en vertu de l'article 1178, et d'autre il ne serait pas acceptable du point de vue de la sécurité juridique que le vendeur pâtisse du dédit de l'acheteur. A l'inverse, l'emprunteur ne pourrait se dédire et invoquer la défaillance de la condition que lorsque l'offre n'est pas conforme aux caractéristiques du financement attendu : cette solution est justifiée par le fait, qu'à son tour, l'emprunteur ne doit pas être contraint d'acquérir un bien avec un financement inadapté. S'il venait à se dédire pour cause d'insuffisance de trésorerie, l'acquéreur perdrait le bénéfice de l'indemnité d'immobilisation

[288] Pour partie de cette doctrine, L. AYNES, article précité, p. 283 ; J.-L. AUBERT, Defrénois 1987, p. 101 et Defrénois, 1989, p. 1395 ; M. BARON, *Formules de promesse unilatérale de vente soumise à la loi du 13 juillet 1979*, Defrénois, 1981, art. 32747, p. 1265 ; F. BENAC-SCHMIDT, article précité, p. 8 ; J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *op. cit.,* p. 467, n° 425 ; D. MAZAEUD, *op. cit.,* p. 345 et s. ; G. MORIN, Defrénois, 1981, art. 32626, p. 387 ; C. THIBIERGE, article précité, p. 433 et s.

alors que ce dédit n'est pas dicté par sa volonté mais imposée par les circonstances. Cette situation serait, de toute évidence, de nature à obérer fortement la protection de l'emprunteur : le critère de la conformité, posé par la jurisprudence, est donc le critère essentiel pour que soit réalisée la condition.

c) la position de la Cour de cassation sur la notion d'obtention de prêt

232. La jurisprudence, jusqu'à une époque récente, n'avait pas clairement pris position. Par un arrêt de la troisième Chambre civile en date du 18 juillet 1986[289], la Cour de cassation sembla offrir un élément de définition de l'obtention de prêt en définissant ses contours de manière négative. Il n'y a pas d'obtention de prêt tant qu'un prêt n'est pas obtenu. Cet arrêt est à mettre en relief avec celui rendu le 27 mai 1986[290] par la Chambre criminelle dans lequel la Haute juridiction a considéré que l'acquéreur n'est engagé que lorsqu'il a l'assurance de disposer des fonds nécessaires à la réalisation de l'opération immobilière projetée. Bien que peu satisfaisant[291], ces arrêts nous renseignent sur un point : en conditionnant la promesse de vente à l'obtention des « fonds nécessaires à la réalisation de l'opération », **la Haute juridiction tend à faire de la conformité du prêt aux caractéristiques du financement attendu un impératif dans la définition de cette obtention**[292]. La non-conformité du prêt aux attentes de l'emprunteur ne pourrait donc pas réaliser la condition. Cette jurisprudence semble confortée par la majorité de la doctrine qui abonde en ce sens[293].

233. Les arrêts postérieurs, oscillant entre la prise en compte de l'acceptation par l'emprunteur[294] et la réception de l'offre conforme, semblent retenir la position la plus favorable à l'emprunteur[295]. La position de la jurisprudence privilégiait le souci de protection

---

[289] Cass. civ. 3ère, 18 juill. 1986, n° 85-12.604, Bull. civ. III, n° 126.
[290] Cass. crim., 27 mai 1986, n° 85-93.314, Bull. crim., 1986, n° 179.
[291] En effet, l'on ne saurait reprocher à ces arrêts de prendre partie, ceux-ci se contentant de définir l'obtention du prêt comme…un prêt obtenu.
[292] Réaffirmé par Cass. civ. 1ère, 7 avril 1992, Bull. civ. I, n° 116.
[293] Notamment, J.-M. MOYSE et J. NAVARRO, *op. cit.,* p. 67 ; P. CORNILLE et J.-G. RAFFRAY, *op. cit.*, JCP éd. N 1986, p. 595 ; J.-L. BERGEL, *op. cit.,* n° 334 ; M. SANTACREU, *op. cit.,* n° 261, qui opte pour une analyse « transactionnelle » de la condition. L'emprunteur réalise la condition par son acceptation mais ne peut refuser une offre conforme aux stipulations contractuelles. contra. F. COLLARD-DUTILLEUL, *op. cit.*, n° 180.
[294] V. ainsi Cass. civ. 3ème, 9 novembre 1988, Bull. civ. III, p. 86 et Cass. com., 31 janv. 1989, Bull. civ. IV, p. 28.
[295] pour un détail de l'historique de la Cour de cassation, V. F. BENAC-SCHMIDT, *La promesse unilatérale de vente*, précité, p. 10.

sur l'articulation cohérente avec les règles de droit commun, et notamment avec l'article 1178. Elle fait subir au promettant les aléas du bon vouloir du bénéficiaire, lequel immobilise son bien sans contrepartie pour le cas où le bénéficiaire déciderait de refuser le prêt. La Cour de cassation, consciente de cette incongruité, par un arrêt remarqué du 9 décembre 1992[296], modifia sa position. Il suffit, pour que la condition suspensive soit réputée accomplie, qu'une offre de prêt soit émise par la banque et remplisse les caractéristiques et les modalités du crédit souhaité. La doctrine approuva cette position[297], ce qui au regard des considérations que nous avions mentionnés précédemment constitue le juste milieu entre sécurité juridique et protection de l'emprunteur.

234. Toutefois, cette conformité de l'offre aux caractéristiques du financement attendu impose que l'acte principal précise avec exactitude les caractéristiques du financement, de sorte que la seule mention du recours au crédit dans l'acte s'avère insuffisante. Ce n'est que dans cette hypothèse que le juge pourra décider si la condition se réalise ou pas. **A défaut d'offre suffisamment précise, il nous semble possible de considérer que l'emprunteur peut refuser le prêt librement sans que l'événement conditionnel survienne**[298]. A nos yeux, cette solution se justifie par le fait que la Cour de cassation juge que la condition ne se réalise que lorsque l'emprunteur est certain de recevoir les fonds nécessaires au financement de l'opération principale[299]. Faut-il donc que le financement de cette opération puisse être évalué précisément. L'on insistera alors sur l'importance de cette mention que devra préciser le promettant dans le contrat principal. A défaut, il risque de perdre le bénéfice de l'indemnité d'immobilisation si le prêt est refusé. Si la jurisprudence confirme cette analyse[300], nous reconnaissons la rigueur de cette solution pour le promettant. A notre sens, il serait même ici question d'une certaine potestativité puisque la mention des caractéristiques précises du concours ressort de l'accord de volonté auquel l'acheteur est partie avec le promettant.

---

[296] Cass. civ. 1ère, 9 déc. 1992, n° 91-12.498, Bull. civ. I, n° 309.
[297] D. MAZEAUD, *La condition suspensive d'obtention d'un prêt immobilier à l'épreuve de la jurisprudence : vers un juste équilibre*, article précité, p. 347, n° 6.
[298] Cette liberté de refuser l'offre formulée par la banque s'expliquerait selon nous par la négligence du promettant qui n'a pris soin de mentionner les caractéristiques du prêt dans l'acte principal. Si cette solution apparaît comme sévère, il convient de préciser que le promettant bénéficie en contrepartie de l'indemnité d'immobilisation pour le cas où l'emprunteur refuserait une offre conforme. Du point de vue de l'économie de la convention, cette solution nous paraît donc satisfaisante.
[299] Cass. crim., 27 mai 1986, précité.
[300] CA Paris, 18 déc. 1987, D. 1988, jur. p. 237.

235. La Cour de cassation ne modifie pas pour autant sa politique et confirme que la réception d'une offre conforme réalise la condition[301]. Et celle-ci se réalise même lorsque l'emprunteur refuse une offre pourtant acceptable au regard des spécificités de financement mentionnées dans l'acte principal[302]. Ce dernier point mérite que l'on s'y arrête. Cet arrêt semble condamner le courant doctrinal, qui faisant de l'acceptation le point d'orgue du mécanisme protection de l'article L. 312-16, en permettant à l'emprunteur de refuser librement l'offre de crédit. L'article 1178 du Code civil commande la solution de cet arrêt : en refusant un prêt pourtant conforme, l'emprunteur ferait défaillir la condition de son propre fait, ce qui conduit à la réputer réalisée.

236. Maintes fois réaffirmée depuis[303], cette position a trouvé un écho en jurisprudence par un arrêt du 24 septembre 2003, lequel se conforme à la position de la Cour de cassation initiée depuis 1992, mais qui, par quelques aspects, semble s'en singulariser, de sorte que la définition de l'obtention de prêt apparaîtrait comme relative.

2° Le caractère relatif de la définition d'obtention du prêt par la jurisprudence

237. Nous avions mentionné précédemment que lorsque l'acte principal liant le promettant et le bénéficiaire de la promesse de vente ne précisait pas avec suffisance les caractéristiques du financement, la jurisprudence[304] reconnaissait à l'emprunteur le droit de refuser le prêt sans que la condition ne soit réputée accomplie. Il en serait de même pour l'offre de prêt non-conforme formulée par la banque[305]. Ainsi si le montant du prêt est inférieur au montant du bien à financer et que l'emprunteur a sollicité un crédit d'un montant égal à celui figurant dans la promesse, il n'y a pas lieu de tenir la condition comme réalisée lorsque le prêteur remet une offre à l'emprunteur. Il n'y aurait lieu de la réputer accomplie

[301] Cass. civ. 1ère, 20 janv. 1993, n° 90-14.214, Bull. civ. I, p. 20, n° 30 ; Cass. civ. 1ère, 17 nov. 1998, n° 96-18.884, Bull. civ. I, p. 225.
[302] Cass. civ. 1ère, 2 juin 1993, n° 91-14.578, Bull. civ. I, p. 137.
[303] Notamment Cass. civ. 1ère, 17 nov. 1998, précité.
[304] CA Paris, 18 déc. 1987, précité.
[305] Tant la logique que l'équité commandent la solution. Une interprétation *a contrario* de la jurisprudence conduit à penser que si le bénéficiaire de la promesse est engagé quand il reçoit un prêt conforme aux modalités de financement, il en va autrement quand l'offre n'y est plus conforme. Surtout si cette dissemblance entre le montant du prêt et les caractéristiques du prêt est du fait de la banque alors que l'emprunteur a pourtant sollicité un prêt en conformité avec les caractéristiques du financement de l'opération immobilière. L'équité enfin commande la solution, l'emprunteur se trouverait engagé quand il a reçu un prêt ne lui permettant pas de financer l'acquisition du bien.

que pour le cas où la défaillance de la condition est causée par le fait du débiteur lui-même. Ainsi, s'il demande un prêt supérieur à celui prévu dans la promesse, et que la banque refuse, il nous paraît alors légitime de penser que cette défaillance de la condition lui est imputable et celle-ci sera par conséquent réputée réalisée[306] en application de l'article 1178. L'on peut donc synthétiser la jurisprudence de la manière suivante, ce qui nous permet de proposer une définition de l'obtention de prêt suivante : ***le prêt est considéré obtenu chaque fois qu'une offre conforme aux stipulations contractuelles de l'acte principal est remise à l'emprunteur ou, si elle n'est pas conforme, chaque fois que cette non-conformité lui sera imputable***.

238. Cette non-conformité doit s'entendre de toute dissemblance entre le prêt mentionné dans la promesse et le prêt demandé, qu'elle ait pour source la durée du prêt, le montant de celui-ci ou toutes conditions précisées dans l'acte.

A l'inverse, cette condition ne se réalise pas et l'emprunteur peut retrouver le montant de l'indemnité d'immobilisation quand la banque ne lui formule aucune offre ou lui formule une offre différente et d'un montant inférieur de celle stipulée dans la promesse.

Il n'y a en effet aucune raison de refuser un prêt d'un montant supérieur aux besoins de l'emprunteur. Ainsi, en pratique, si la promesse fait état d'un financement pour un montant donné, et si l'emprunteur demande à sa banque un prêt d'un montant supérieur, il n'y aucune raison de protéger cet emprunteur. Soit la banque refuse la demande et la défaillance de la condition lui est imputable[307], soit la banque accepte et il ne serait pas de bonne foi d'opposer au promettant son droit à refuser le prêt puisque celui-ci lui permet de réaliser largement l'opération envisagée et que la non-conformité du prêt reçu lui est imputable. En somme, et pour préciser la définition que nous donnons de l'obtention de prêt, la conformité du prêt doit être recherché à deux moments. Elle doit être appréciée au moment de la demande du prêt auprès de la banque pour constater la faute de l'emprunteur, et au moment de la réception de l'offre pour apprécier de réalisation ou de la défaillance de la condition. La définition, que nous proposons, paraît la plus équitable. Elle protège l'emprunteur contre l'insuffisance de fonds dont les conséquences sont l'impossibilité de financer l'acquisition du bien immobilier, et elle offre un rempart pour le promettant contre la mauvaise foi, la négligence ou la légèreté blâmable de l'emprunteur. Elle permet enfin d'exclure toute

[306] Cass. civ. 3ère, 19 mai 1999, Bull. civ. III, n° 120 ; D. 2000. 692, note ARDEEF ; JCP éd G 2000, II, 10336, obs. J.-L. ELHOUEISS.
[307] Pour une illustration, Cass. civ. 3ère, 19 mai 1999, précité.

influence de la volonté du débiteur sur l'obligation conditionnée à laquelle il est astreint.

239. Toutefois, la Cour de cassation a jeté un voile sur la clarté des règles présentées, au point que l'on peut douter du caractère définitif de définition, pourtant acceptable, de l'obtention de prêt formulée par elle auparavant. Précisément, un arrêt de la troisième Chambre civile, en date du 24 septembre 2003[308] semble remettre en cause l'exigence d'une conformité du prêt aux stipulations relatives au financement, contenues dans la promesse de vente. Il convient de reprendre les faits. L'emprunteur avait signé une promesse de vente immobilière conclue sous la condition suspensive d'obtention d'un prêt destiné à financer la vente. La banque était d'accord sur le principe de la fourniture de crédit mais n'avait toutefois pas encore transcrit cet accord, écrit, sous la forme d'une offre qui correspondrait aux caractéristiques du financement attendu. Le litige trouvait son origine sur le point de savoir si la condition, en pareil cas, doit être considérée comme réalisée. La Cour d'appel reprenant la formule classique de la Cour de cassation déclare que la condition se réalise quand une offre, conforme aux stipulations relatives au prêt contenues dans la promesse, est remise à l'emprunteur. Ne pouvant vérifier cette conformité, l'offre n'ayant pas été encore formalisée, les juges du fond réputent cette condition défaillante. Cassation s'en suit. **Par cet arrêt, la simple information de l'acceptation par la banque de la demande de prêt suffit à réaliser la condition**. Concrètement, aux termes de l'arrêt, la réception même informelle d'une l'accord de la banque suffit, quand bien même les modalités de l'offre ne serait pas encore connu : le critère de la conformité de l'offre aux stipulations contractuelles semble donc évincée.

240. Alors que la Cour ne revient pas sur la solution antérieure qui fait de la réception de l'offre le moment de réalisation de l'événement conditionnel, sa position est évolue relativement aux caractéristiques de cette offre. En effet, la Cour de cassation vise l'information de l'octroi du prêt sans préciser si ce prêt doit être conforme aux attentes convenues dans la promesse. L'obtention du prêt s'entendrait alors de l'accord par le client de l'offre de crédit formulée par son banquier. La définition de l'obtention de prêt serait modifiée, comme le pense un auteur[309]. Nous ne le pensons cependant pas. La solution rendue

[308] Cass. civ. 3ème, 24 sept. 2003, Bull. civ. III, n° 164 ; D. 2003. AJ. 2694 ; JCP éd. E 2004, n° 204, note S. PIEDELIEVRE ; AJDI 2004. 151, note PRIGENT ; LPA 8 sept. 2004, note A. TCHOTOURIAN ; RTD civ. 2003. 697, note J. MESTRE et B. FAGES ; ibid. 2004. 112, note P.-Y. GAUTIER.
[309] Pour une analyse démontrant que l'arrêt trouble la définition de l'obtention de prêt, V. LPA 8 sept. 2004, note A. TCHOTOURIAN, précité.

dans cet arrêt procède davantage d'une volonté de protéger l'acquéreur que d'un revirement sur la question de l'obtention de prêt. Cette solution n'est qu'un arrêt d'espèce et est destinée à protégée le client : pour la Cour de cassation, il n'est pas question de modifier la notion d'obtention de prêt, mais plutôt d'empêcher que le vendeur ne puisse invoquer les dispositions de l'article L. 312-16 du Code de la consommation. **Concrètement, si l'offre du banquier n'est pas assez détaillée et qu'il est impossible d'apprécier la conformité de celle-ci, le vendeur ne peut opposer à l'acquéreur cette situation pour refuser de vendre**.

Cet arrêt conduit à une conclusion pour le moins surprenante : l'acquéreur peut invoquer la réception d'une offre de prêt imprécise pour opposer au vendeur que la condition est réalisée quand il désire acheter, puisque le vendeur ne peut invoquer à son profit l'article L. 312-16. L'acheteur peut aussi invoquer cette non-conformité pour lui opposer la défaillance de la condition quand il ne désire pas acheter. A notre sens, c'est laisser le sort de la vente au bon vouloir de l'acquéreur, puisque si l'on ne peut apprécier le caractère conforme de l'offre de financement émise par le banquier, ce dernier pourra acquérir ou se dédire comme il le souhaite.

241. Bien que la solution dégagée par l'arrêt ne modifie pas la définition de la notion d'obtention de prêt, nous sommes d'avis qu'elle est contestable en ce qu'elle confère à l'emprunteur une sécurité injustifiée. En effet rien n'autorise à ce que le vendeur puisse invoquer à son profit l'article L. 312-16 du Code de la consommation quand il considère que la condition n'est pas réalisée faute de pouvoir apprécier la conformité de l'offre. Au surplus, si la réalisation de la condition ne doit pas dépendre de la seule volonté de celui à l'encontre duquel elle conditionne une obligation, il peut sembler paradoxal que la solution de l'arrêt conduise à ce que la formation du contrat de vente dépende de sa volonté s'il demande l'exécution de la promesse en l'absence de conformité. Selon nous, cette solution n'est pas des plus protectrices des intérêts de l'emprunteur, contrairement à ce que la lecture de l'attendu peut laisser penser. En effet, si la Haute juridiction ne retient pas le critère de la conformité, l'emprunteur peut contraindre le vendeur à l'exécution forcée même si l'offre du banquier n'est pas encore formalisée. Toutefois, ce n'est pas sans risques : si la banque vient à formaliser une offre qui ne satisfait pas l'emprunteur, celui-ci ne peut plus se dédire en invoquant la non-conformité de cette offre. Il sera contraint à la vente qu'il a obtenue judiciairement sans pour autant pouvoir la financer. **A cet égard, le risque est celui de perdre l'indemnité d'immobilisation alors que la non-réalisation de la vente ne lui est pas imputable**. C'est pourquoi nous pensons que l'emprunteur ne devrait jamais pouvoir

éluder le critère de la conformité du prêt aux stipulations insérées dans la promesse.

242. La jurisprudence la plus récente tend à montrer qu'un certain retour à la position traditionnelle a été effectué. Par un arrêt du 12 septembre 2007[310], la Haute juridiction opère un retour au critère de la conformité du prêt aux caractéristiques de financement mentionnées dans la promesse. Précisément, un autre arrêt du 7 novembre 2007[311] affirme que « *la condition suspensive est réputée accomplie dès la délivrance d'une offre ferme et sans réserve caractérisant l'obtention d'un prêt…* ». Cette position est réaffirmée par un arrêt du 6 mai 2008[312] qui reprend exactement la solution exposée par la jurisprudence qui impute à l'emprunteur la défaillance de la condition suspensive quand il demande un prêt d'un montant supérieur aux caractéristiques du financement figurant dans la promesse[313]. Le critère de la conformité du prêt aux stipulations de la promesse de vente n'est donc plus évincé : c'est le garde fou de l'emprunteur contre les risques pour ce dernier de ne pas pouvoir disposer d'un financement suffisant.

243. Le caractère fluctuant des critères d'appréciation de défaillance de la condition -. Dans le marc de la jurisprudence qui retient une multitude de critères pour apprécier si la condition est défaillante, il nous est possible de relever un arrêt singulier qui retenant le critère de la conformité, fait une application particulièrement libérale de l'article 1178 du Code civil. Ainsi, dans un arrêt déjà mentionné, du 12 septembre 2007[314], la troisième Chambre civile a dégagé une solution radicalement inverse à celle retenue traditionnellement par cette Chambre en matière de diligences de l'emprunteur au moment où celui-ci formule sa demande au banquier.

Traditionnellement, si la défaillance de la condition n'est pas imputable à ce dernier quand il a formulé au moins une demande de prêt conforme auprès de la banque[315], elle lui est cette fois imputable quand il demande un prêt non conforme et que la banque refuse le prêt sollicité[316] : l'on doit traditionnellement considérer que la condition se réalise par la faute de l'emprunteur Or, par cet arrêt, la solution retenue est inverse : en l'espèce, la promesse faisait état d'un prêt d'une durée de quinze ans et l'emprunteur a sollicité de la banque un concours

[310] Cass. civ. 3ère, 12 sept. 2007, n° 06-15.640 ; D. 2007
[311] Cass. civ. 3ère, 7 nov. 2007, n° 06-17.413 ; D. 2007, p. 3002.
[312] Cass. civ. 3ère, 6 mai 2008, n° 07-13.300.
[313] Cass. civ. 3ère, 19 mai 1999, précité.
[314] Cass. civ. 3ère, 12 sept. 2007, précité.
[315] Cass. civ. 1ère, 19 juin 1990, Bull. civ. I, n° 175 ; D. 1990, IR, p. 175 ; Defrénois 1990, art. 1026, note J.-L. AUBERT.
[316] Cass. civ. 3ère, 19 mai 1999, précité.

pour une durée de dix ans. Le poids des mensualités a conduit la banque à refuser le prêt, et la condition fut déclarée défaillante par les juges. Cette solution nous apparaît contestable au regard de l'article 1178. Alors que traditionnellement dans les arrêts dans lesquels l'emprunteur modifie le montant du prêt, la condition est réputée accomplie, aux termes de cette solution, s'il en modifie lui-même la durée en demandant un prêt plus court, la condition serait défaillante : rien ne commande à ce que la situation de l'emprunter varie suivant que la défaillance a pour origine un fait de ce dernier touchant au montant du prêt ou à sa durée.

244. Si une justification d'ordre pratique peut conduire à légitimer cette solution, des considérations de fond nous enjoignent à la désapprouver. Il pourrait être avancé que ce dernier peut vouloir gérer le remboursement d'un emprunt comme il le souhaite. S'il désire le rembourser plus vite que prévu, sans payer les frais du remboursement anticipé, il peut choisir de demander un échelonnement de la dette plus court. A dire vrai, le vendeur ne pourrait rien imposer à l'acquéreur, dès que celui-ci est tiers au contrat de prêt. Croyant bien faire, l'emprunteur se verrait dans une situation délicate en cas de refus de la part de la banque en se voyant opposer la réalisation de la condition par son propre fait. Dès lors il conviendrait de le protéger de cette sévérité. Pourtant, cette solution a une influence certaine sur la situation de du vendeur : si l'acquéreur demande un prêt plus court et qu'il refusé, alors le vendeur perd le bénéfice de l'indemnité d'immobilisation. Pour l'acquéreur, c'est la porte ouverte à la mauvaise foi : s'il désire se dédire au mépris du paiement de l'indemnité, il lui suffit de demander un prêt dont il saura que les mensualités sont trop lourdes pour que le banquier lui accorde le concours. L'application de l'article 1178 du Code civil serait ainsi évincée, ce qui rendrait la stipulation de conditions purement potestatives possible dans la promesse de vente immobilière[317].

245. C'est pourquoi nous pensons que le prêt est considéré obtenu chaque fois qu'une offre conforme aux stipulations contractuelles de l'acte principal est formulée par la banque ou, si une demande de prêt par l'emprunteur est non conforme, chaque fois que cette non-conformité sera imputable à l'emprunteur quelque en soit le motif. A l'inverse, cette condition ne se réalise pas et l'emprunteur peut retrouver le montant de l'indemnité d'immobilisation quand la banque ne lui formule aucune offre ou lui formule une

[317] Déjà, DEMOLOMBE n'avait-il pas reconnu que cette prohibition des conditions purement potestatives puisse être un vœu pieu ? « *Mais alors, cet article 1174 ne sert à rien dans notre Code ! Cela pourrait bien être !* », DEMOLOMBE, Cours de Code napoléon, t. XXV, *Traité des contrats et des obligations en général*, t. II, 1878, n° 314, in fine.

offre différente et d'un montant inférieur de celle stipulée dans la promesse.

246. Le jeu de la condition suspensive d'obtention de prêt a des effets radicaux : elle influence la naissance des obligations de l'acquéreur immobilier et conditionne le versement de l'indemnité d'immobilisation pour le vendeur. De plus, elle ne conditionne pas seulement l'existence d'une obligation, mais celle du contrat principal lui-même. La définition précise de la condition qui emporte ces effets est donc d'autant plus importante. Toutefois il est des mécanismes qui n'ont pas cet effet radical, et influent non pas sur l'existence du contrat, mais l'efficacité de l'acte en retardant l'exigibilité de ses obligations.

§ 2 : LES TECHNIQUES CONDITIONNANT L'EFFICACITE DE L'ACTE

247. Si le législateur a prévu des règles conditionnant la perfection de l'acte, et par là même l'existence des obligations contractuelles, il en est qui ne conditionnent que l'exigibilité des obligations. Avant d'apprécier ces techniques (B), il convient de les présenter (A).

A) Définition des techniques de suspension de l'exigibilité des obligations

248. Traditionnellement, le droit commun connaît ces techniques qui suspendent l'exigibilité d'une obligation. L'on citera notamment l'exception d'inexécution par laquelle une partie peut refuser d'exécuter sa propre prestation tant qu'il n'a pas reçu la prestation qui lui est due par son cocontractant. Le contrat n'est ainsi pas anéanti, ses obligations sont simplement ajournées[318]. Cantonnée dans le cadre des obligations interdépendantes et à exécution simultanée, l'*exceptio non adimpleti contractus* n'est pas le seul vecteur de suspension d'une obligation. L'article 1184 alinéa 3 du Code civil dispose quant à lui que le défendeur à l'action en résolution d'un contrat peut obtenir « *un délai selon les circonstances* ». Ce délai de grâce conduit pareillement à la suspension de l'exécution de l'obligation du débiteur. Mais contrairement à l'exception d'inexécution, ce n'est plus un moyen de pression au profit du créancier, mais davantage une faveur consentie au débiteur. Toutefois, l'on aurait tort de limiter l'exécution ajournée de l'obligation au seul domaine de la

[318] *Répertoire droit civil*, Dalloz, 2005, V. Existence de la cause, n° 103 ; P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, th. Paris I, 2000, n° 204.

violation du lien contractuel. En est-il ainsi des moratoires légaux qui sont fondés sur une suspension pour cause de difficultés dans l'exécution de l'obligation contractuelle[319].

249. Pareillement, les obligations conditionnées, ou assorties d'un terme, sont des techniques de suspension. Toutefois si pour le cas de la condition, c'est l'existence de l'obligation qui est remise en cause, le terme ne conduit qu'à retarder son exigibilité. Les deux notions décalent dans le temps la réception pour le créancier de la contrepartie attendue, mais procèdent selon une technique différente. Ainsi, l'article 1185 du Code civil dispose que « *le terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution* ».

Défini comme l'événement futur et certain auquel est subordonnée l'exigibilité ou l'extinction d'une obligation, le terme se différencie de la condition en ce que l'obligation existe déjà. L'arrivée du terme, contrairement à la survenance de l'événement conditionnel, ne fait donc pas naître rétroactivement l'obligation, celle-ci existe déjà, mais en précipite l'exigibilité. Au sein de la relation avec le banquier, ce mécanisme d'ajournement existe par le biais des règles de droit commun, par exemple quand l'emprunteur sollicite un délai de grâce auprès du juge d'instance, conformément aux conditions de l'article 1244-1 du Code civil, et se voit consacré par des dispositions relevant de lois spéciales.

Ainsi, en matière de crédit à la consommation, l'article L. 311-20 alinéa 1er dispose en effet que « *lorsque l'offre préalable mentionne le bien ou la prestation de services financé, les obligations de l'emprunteur ne prennent effet qu'à compter de la livraison du bien ou de la fourniture de la prestation...* ».

250. Il convient de s'interroger sur la nature de cette règle. L'article L. 311-20 du Code de la consommation pourrait être analysé comme une *condition suspensive*, soit un *terme suspensif*, ou soit relèverait de l'*exception d'inexécution*.

L'assimilation à une condition suspensive paraît, à première vue, envisageable. Pour la jurisprudence, l'obligation de l'emprunteur devient exigible si l'absence de livraison du bien financé par le prêt lui est imputable[320], ce qui tend à rapprocher le mécanisme de l'article L.

[319] Nous citerons à titre d'illustration la loi du 5 août 1914 qui suspend temporairement toutes les échéances pour tous les débiteurs, le décret-loi du 1er sept. 1939 pour les actions en justice en faveur des prisonniers de guerre, la loi du 11 déc. 1963 pour les rapatriés d'Algérie, la loi du 31 juill. 1968 relative aux événements de mai 68, la loi du 27 déc. 1974 pour la suspension de la forclusion pour cause de grèves postales ou encore la loi du Scrivener du 10 janv. 1978 dans son art. 14 qui suspend l'exécution des obligations de l'emprunteur en cas de licenciement.

[320] Cass. civ. 1ère, 16 avr. 1991, précité.

311-20 de l'article 1178 du Code civil. Toutefois la qualification de condition suspensive doit être évincée : en effet, le contrat principal existe déjà, de sorte que l'obligation de délivrer la chose est certaine : soit qu'elle surviendra du fait de son débiteur, soit qu'elle sera délivrée au terme de l'exécution forcée.

251. Si l'événement est certain, ce serait alors un terme, mais cela supposerait déjà d'écarter la qualification d'exception d'inexécution. Pour la qualification d'*exceptio*, Il pourrait être argué que les obligations de l'emprunteur peuvent demeurer inexécutées tant que l'acheteur n'a pas délivré la chose achetée à crédit. Cela ressemblerait en effet aux effets produits par l'*exceptio*. L'exception d'inexécution suppose que les deux obligations soient réciproques et à exécution simultanée, et l'on avancerait que les deux contrats étant interdépendants, les obligations de l'emprunteur et du vendeur seraient réciproques, pas que l'une trouve sa cause dans l'autre, mais parce que le contrat de prêt est causé par le contrat de vente.

Cela ne convainc pourtant pas. La doctrine la plus autorisée affirme que les obligations sujettes à l'*exception* doivent être réciproques et à exécution simultanée[321]. Précisément, « *si le contractant s'engage, ce n'est pas seulement pour obtenir que l'autre s'oblige de son coté. Les deux obligations corrélatives ne sont qu'un premier stade destiné à préparer le résultat définitif qui est l'exécution des prestations promises* »[322]. La cause est donc conçue non pas comme l'obligation de l'autre, mais davantage comme l'exécution de l'obligation de l'autre. Si l'un ne s'exécute pas, l'autre peut refuser d'honorer son engagement sur le fondement de la disparition, temporaire, de la cause de cet engagement. Encore faut-il que les obligations soient réciproques. Réciproque signifie que les obligations doivent être nées du même contrat. L'exception d'inexécution ne vaudrait alors que pour les obligations nées d'une même convention. L'article L. 311-20 ne relèverait alors pas de l'*exceptio*.

252. Ainsi l'impossibilité d'invoquer l'exception d'inexécution a été confirmé dans une affaire opposant un bailleur devenu débiteur et son preneur en raison d'un emprunt, le preneur ne peut suspendre le paiement des loyers au motif que la somme empruntée ne lui est pas remboursée[323]. Un auteur a pourtant avancé que l'exception d'inexécution s'appliquerait à

[321] A ce titre, nous citerons F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2008, n° 634 et s., p. 616.
[322] H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, th. Paris 1923, n° 14 ; A. CERMOLACCE, *Cause et exécution du contrat*, th. Aix, éd. 2001.
[323] CA Rouen, 1er févr. 1854, S. 1856.2. 398.

l'hypothèse des obligations nées d'un groupe de contrats interdépendants[324], ce qui serait le cas de l'article L. 311-20.

Selon nous, valider le raisonnement serait opérer une confusion, volontaire, entre « cause de l'obligation » et « cause du contrat ». L'*exceptio* puise sa légitimité dans l'inexécution d'une obligation réciproque, cette dernière trouvant sa cause dans l'obligation que le cocontractant fautif est sensé attendre en retour. Ce mécanisme ne vaudrait que pour les obligations réciproques d'un même contrat synallagmatiques. Se permettre de ne pas exécuter la prestation d'un contrat de prêt au motif que le cocontractant n'a pas honoré une obligation née d'un contrat de vente qui lui est interdépendant revient à fonder le mécanisme sur la cause, subjective, du contrat. Il a été néanmoins soutenu que la cause du contrat de prêt, l'achat d'un bien à crédit, quand elle rentre dans le champ contractuel, pourrait fonder l'*exceptio*. D'ailleurs rien n'interdit aux parties de faire d'un élément, à l'origine extrinsèque au contrat, un motif impulsif et déterminant de leur consentement qui serait commun à eux et pourrait, si cet élément fait défaut, justifier d'anéantir ce contrat sur le terrain de l'erreur[325]. De plus, l'article L. 311-20 ne dispose t-il pas « *l'offre préalable mentionne le bien ou la prestation de services financé* » ?

Cette analyse présentée ici est certes plaisante, mais elle prend certaines libertés avec les concepts. Tout d'abord la jurisprudence a toujours imposé que les obligations soient interdépendantes pour que l'exception d'inexécution puisse être invoquée[326]. Enfin, l'interdépendance suppose que les obligations naissent de la même convention. La cause de ces obligations est à rechercher dans leurs prestations réciproques, non dans l'utilité de la convention[327], qui s'apparente à la cause du contrat. **Cet argument nous conduit alors à exclure le rapprochement de l'article L. 311-20 avec le mécanisme de l'exception d'inexécution**.

253. Il ne donc être question que de terme suspensif : l'exécution des obligations de l'emprunteur nées du contrat de prêt est conditionnée à la survenance d'un élément futur et certain : la livraison de la chose ou de la prestation objet du contrat principal au

[324] S. BROS, *L'interdépendance contractuelle*, th. Paris II, sous la direction de Ch. LARROUMET, 2001, n° 614.
[325] Il y irait ainsi par exemple si les parties convenaient que la chose achetée présente certaines qualités et que les deux parties en eurent eu connaissances, V. en ce sens Y. LOUSSOUARN, obs. RTD civ. 1971, p. 131 ; J. GHESTIN, note JCP éd. G, II, 16916 ; Cass. civ. 1ère, 26 févr. 1980.
[326] Cass. req., 14 mai 1938, DH 1938, p. 419 ; Cass. com., 26 nov. 1973, Bull ; civ. IV, n° 340, p. 303, Defrénois 1975, p. 388, obs. J.-L. AUBERT.
[327] Il existe pourtant, pour la Cour de cassation, une prise en compte de cette utilité de la convention, notamment au travers de la jurisprudence Chronopost, mais cette notion est appréhendée au sein du même contrat.

consommateur. Techniquement, le terme suspensif d'origine légale est subordonné à l'exigence d'une mention dans l'acte de prêt de la destination des fonds reçus nés du prêt. Toutefois, il n'existe pas d'obligation d'insérer cette stipulation au contrat de prêt, ce qui a pour conséquence que l'emprunteur peut être contraint d'exécuter ses obligations avant la réception de la chose convenue quand la destination des fonds n'est pas mentionnée. Ce sera donc le cas pour tous les contrats non affectés. L'inverse n'est cependant pas vrai : encore faut-il que le contrat principal comporte une stipulation expresse suffisamment précise quant à la nature du bien financé, sans quoi l'article ne peut être invoqué[328]. Il en va de même du fait de l'emprunteur qui provoque la déchéance du terme. Ainsi, si l'obligation de ce dernier envers le prêteur n'est exigible que lorsqu'il accuse réception de la chose achetée à crédit, le prêteur est en droit de demander le versement des mensualités avant la réception si l'emprunteur a fait échec à la livraison de la chose[329].

254. Il peut être permis de s'interroger sur le caractère facultatif de cette règle protectrice. Les parties peuvent évincer le terme légal posé par l'article L. 311-20 du Code de la consommation lorsque le bien financé n'est pas mentionné dans l'offre préalable. A l'inverse, la loi impose la condition suspensive dès lors que le contrat principal est financé par un prêt, quand bien même le contrat ne le stipule. Pourquoi alors une telle différence de traitement dans la protection de l'emprunteur ? L'emprunteur prend alors de risque devoir payer les intérêts nés du prêt pour le cas où le contrat principal n'est pas encore exécuté. Nous considérons que cette solution n'est pas satisfaisante. Selon nous, la technique de protection légale visant à insérer une retarder l'exigibilité des prestations contractuelles doit s'imposer aux parties et non être conditionnée à la présence d'une mention dans le contrat.

255. Le droit du crédit consenti aux personnes visées par l'article L. 311-3 du Code de la consommation témoigne d'autres dispositions visant à paralyser l'exigibilité des obligations. Certaines de ces dispositions appellent quelques remarques. Ainsi l'article L. 311-17 dispose que « *Tant que l'opération n'est pas définitivement conclue, aucun paiement, sous quelque forme et à quelque titre que ce soit, ne peut être fait par le prêteur à l'emprunteur ou pour le compte de celui-ci, ni par l'emprunteur au prêteur. Pendant ce même délai, l'emprunteur ne peut non plus faire, au titre de l'opération en cause, aucun dépôt au*

[328] Cass. civ. 1ère, 26 nov. 1991, Bull. civ. I, n° 336 ; Cass. civ. 1ère, 29 juin 2004, Bull. civ. I, n° 188 ; D. 2004, p. 2565, note AUBY ; JCP éd G. 2004, IV, 2803 ; Contrats conc. consom. 2004, n° 165, obs. G. RAYMOND ; RTD com. 2004, p. 795, obs. D. LEGEAIS ; RJDA 2004, n° 1257 ; RDC 2005, p. 319, obs. BRUSCHI.
[329] Cass. civ. 1ère, 16 avr. 1991, Bull. civ. I, n° 140 ; D. 1991, IR, p. 139.

profit du prêteur ou pour le compte de celui-ci. Si une autorisation du prélèvement sur son compte bancaire ou postal est signée par l'emprunteur, sa validité et sa prise d'effet sont subordonnées à celles du contrat de crédit. »

Quand le contrat principal n'est pas encore conclu, ni l'emprunteur, ni le prêteur ne sont contraints d'exécuter leur prestation. Cet article souligne que la prohibition pour le prêteur de verser les fonds sur le compte de l'emprunteur assure la liberté pour ce dernier de revenir sur son engagement et assure l'effectivité du délai de réflexion. Cela protège l'emprunteur si, suite au versement des fonds demandés, il serait moralement contraint d'accepter à son tour l'offre sans révocation, pour honorer sa prestation. Un mécanisme similaire existe en droit du crédit immobilier à l'article L. 312-11[330].

256. Enfin, le droit applicable au démarchage de produits bancaires et financiers connaît de même une protection fondée sur l'ajournement de l'exécution des obligations de la personne démarchée. Il existe toutefois quelques points sur lesquels la protection diffère. La loi n° 2003-706 du 1er août 2003 sur le démarchage de produits bancaires et financiers, complétée par la loi n° 2006-387 du 31 mars 2006, instaure à l'article L. 341-16 II du Code monétaire et financier un mécanisme de conditionnement de l'exécution des obligations de la personne démarchée. Celui-ci dispose que le démarcheur « *ne peut exiger le paiement s'il a commencé à exécuter le contrat avant l'expiration du délai de rétractation sans demande préalable de la personne démarchée* ». La disposition diverge quelque peu avec l'article L. 311-17 relatif au crédit à la consommation, les obligations de la personne démarchée ne peuvent être exécutées qu'une fois le contrat conclu, quand le délai de rétractation a expiré. En définitive, l'emprunteur ne s'exécute que lorsqu'il est certain de ne plus pouvoir de se délier. A l'inverse, l'emprunteur peut être contraint par le prêteur d'honorer sa prestation dès que le contrat est conclu, peu importe que le délai de rétractation de l'article L. 311-15 court encore. Techniquement, il n'y aura que si le prêteur insère une clause d'agrément que les régimes s'assimilent. C'est le cas visé à l'article L. 311-16, puisqu'en pareil cas, le contrat de prêt à la consommation ne sera parfait qu'une fois le délai de rétractation expiré.

[330] L'article L. 312-11 dispose en effet que « *jusqu'à l'acceptation de l'offre par l'emprunteur, aucun versement, sous quelque forme que ce soit, ne peut, au titre de l'opération en cause, être fait par le prêteur à l'emprunteur ou pour le compte de celui-ci, ni par l'emprunteur au prêteur. Jusqu'à cette acceptation, l'emprunteur ne peut, au même titre, faire aucun dépôt, souscrire ou avaliser aucun effet de commerce, ni signer aucun chèque. Si une autorisation de prélèvement sur compte bancaire ou postal est signée par l'emprunteur, sa validité et sa prise d'effet sont subordonnées à celle du contrat de crédit.* »

B) L'appréciation des techniques de suspension de l'exigibilité de l'obligation

257. Une différence majeure avec le mécanisme de la condition suspensive doit être dès à présent rappelée. Si nous savons, à travers les travaux de la doctrine portant sur la notion de terme[331], que l'engagement du cocontractant n'est pas remis en cause, l'exigibilité étant seulement retardée, il va tout autrement de la condition suspensive ou résolutoire qui peut engendrer l'anéantissement de l'obligation. Ainsi, l'article L. 312-12 du Code de la consommation, relatif au crédit immobilier, dispose que *« l'offre est toujours acceptée sous la condition résolutoire de la non-conclusion, dans un délai de quatre mois à compter de son acceptation, du contrat pour lequel le prêt est demandé. Les parties peuvent convenir d'un délai plus long que celui défini à l'alinéa précédent.* » Cette condition réside dans la non-conclusion du contrat principal pour lequel le prêt est consenti. Et cela chaque fois qu'il s'agira d'un prêt conclu entre un professionnel du crédit[332] et une personne physique agissant dans un but non-professionnel[333], cette clause sera stipulée. L'on est encore ici en présence d'une technique légale de protection qui pose le principe de l'interdépendance des contrats.

Techniquement, si l'opération immobilière ne se réalise pas, le contrat de prêt est résolu, rétroactivement. Les effets sont plus radicaux que ceux de l'obligation assortie d'un terme. La protection du contractant semblerait, *a priori*, plus importante dans le cadre de l'obligation assortie d'un terme. En effet, l'événement est futur et certain, il doit survenir et le prêteur est donc destiné à devoir s'exécuter. Tout au plus est-ce un aménagement légal de l'exécution des obligations contractuelles, lequel décale dans le temps le moment de l'exigibilité de l'obligation. **Le terme suspensif ne vise alors qu'à permettre une exécution satisfaisante des obligations des parties en modulant l'exigibilité de l'obligation**. A cet égard, l'article L. 311-20 du Code de la consommation, qui illustre ce terme, peut se voir comme une commodité offerte à l'emprunteur.

---

[331] J. AZEMA, *La durée des contrats successifs*, th. LGDJ 1969 ; E. PUTMAN, *La formation des créances*, th. Aix-en-Provence, PUAM, 1987 ; A. OUTIN-ADAM, *Essai d'une théorie des délais en droit privé, Contribution à l'étude de la mesure du temps par le droit*, th. Paris II, 1987 ; J. GHESTIN, C. JAMIN ET M. BILLIAU, n° 140 et s. ; M. NOSSEREAU, *Le terme, modalité de l'obligation*, Dr. et patrimoine janv. 2000, p. 50.

[332] Le domaine d'application de cette législation protectrice dispose que le crédit soit consenti « à titre habituel », V. les termes de l'article L. 311-2. Or, à notre avis, il ne peut s'agir que du banquier, et dans une moindre mesure, de tout établissement de crédit.

[333] Pareillement la liste, figurant à l'article L. 311-3, d'exclusion des personnes ne pouvant se prévoir de la législation sur le crédit à consommation ou immobilier conduit à ne retenir que la seule personne physique agissant dans un but non-professionnel.

258. Il en va autre de la condition extinctive, comme c'est le cas pour la condition d'obtention du prêt, qui permet une véritable faculté de dédit de cet emprunteur pour le cas où le concours ne serait pas consenti. **Fondamentalement, le terme suspensif de l'article L. 311-20 procède d'une protection au stade de l'exécution d'un contrat déjà né alors que la condition suspensive ou résolutoire des articles L. 311-15, L. 311-16 et L. 312-12 a trait à la protection au moment de la formation du contrat**.
Si ces deux techniques surviennent à des stades différents du contrat, il convient de reconnaître que leurs effets sont de nature différente, ce qui n'est pas sans conséquences pour le prêteur. Dans le cas du terme suspensif, ce dernier prend le risque de l'ajournement de la réception de la prestation attendue alors que pour le cas de la condition, c'est le vendeur qui prend le risque, mais celui de la résolution du contrat principal.

CONCLUSION DU CHAPITRE

259. Il existe des techniques de protection visant à conditionner l'existence même du contrat. D'autres se destinent à retarder la formation du contrat, ou simplement l'efficacité de ce dernier. Pour autant, ces techniques de protection diffèrent de celles connues en droit des obligations. Ainsi, ce sont des techniques légales qui ont des effets autres que ceux qui leur sont habituellement connus. Ainsi, relativement aux techniques s'appuyant sur le mécanisme de la condition, il ne s'agit plus de conditionner l'existence de l'obligation, mais du contrat. Les effets de ces techniques sont donc plus radicaux.

L'influence de ces techniques mérite donc que l'on définisse précisément l'élément érigé en condition. Pour le cas de la condition légale de l'obtention du prêt, nous en sommes venus à proposer la définition suivante de l'obtention : *le prêt est considéré obtenu chaque fois qu'une offre conforme aux stipulations contractuelles de l'acte principal est formulée par la banque ou, si elle est non-conforme, chaque fois que cette non-conformité sera imputable à l'emprunteur quelque en soit le motif.*

CONCLUSION DU TITRE I

260. Notre démonstration a permis de démontrer qu'il existait des techniques de protection liées au consentement de la partie à protéger. Nous avons expliqué que ces techniques se fondent sur le consensualisme. En effet, le consensualisme est non seulement une modalité de formation du contrat, mais aussi une technique de protection du client. Contrairement à l'idée majoritairement reçue, la formation solo consensu d'un contrat n'est pas toujours empreinte de risques pour le cocontractant. Le consensualisme est retenu pour permettre à celui-ci d'être certain qu'il recevra la contrepartie attendue, il n'aura alors plus à attendre une hypothétique remise de la chose comme pour les contrats réels.

261. Enfin, nous avons pu relever d'autres techniques de protection qui retiennent le mécanisme du consensualisme pour protéger le client du banquier. Cette finalité est réalisée d'une part en décalant l'exigibilité des obligations ou le moment de formation du contrat, d'autre part en conditionnant l'existence du contrat à la formation d'un autre acte. L'idée est permettre au client d'assurer une exécution satisfaisante de ses obligations.

262. En conclusion, les techniques de protection présentées ont une particularité : elles se fondent sur des mécanismes déjà connus du droit commun, mais en modulent les effets.

TITRE II

LA PROTECTION DU CONSENTEMENT DU CLIENT

263. A l'inverse des techniques précédemment évoquées qui se fondaient sur le consensualisme pour protéger le cocontractant de la banque, il en est d'autres qui visent à protéger le consentement. Il s'agit ici d'une protection plus traditionnelle.

Alors que les techniques de protection tenant au consensualisme résident dans la manière dont se forment le contrat, les techniques de protection du consentement touche à l'information. L'information est une modalité de protection du client du banquier. L'on pense notamment à l'article 1108 du Code civil qui évoque parmi les conditions de validités du contrat le consentement de celui qui s'oblige. La protection du consentement prend classiquement la forme de la protection de la partie au contrat contre les vices du consentement. Mais cette protection du consentement ne se limite pas aux vices du consentement.

264. En effet, l'étude de ces vices ne concerne que la phase de formation du contrat. Or il est contestable de limiter le consentement à cette seule phase. La protection du consentement intervient aussi au stade de l'exécution de la convention. L'on pensera notamment à l'obligation de l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier d'informer le tireur d'un chèque sans provision. Encore est-ce le cas de l'article L. 121-20-12 du Code de la consommation en matière de démarchage de produits bancaires et financiers qui dispose qu'à « *tout moment au cours de la relation contractuelle, le consommateur a le droit, s'il en fait la demande, de recevoir les conditions contractuelles sur un support papier* » du démarcheur.

265. La protection du consentement est donc diverse : ce caractère s'explique par le moment auquel intervient le consentement, avant et pendant l'exécution du contrat. Mais pas seulement. Le caractère divers découle aussi de la multitude de formes que peut prendre la protection : conditions générales, notice, publicité, information orale, télévisuelle, électronique, etc. Le caractère divers découle enfin de l'intensité de l'information : information, mise en garde, conseil ou refus.

266. Ainsi, au titre des techniques de protection du consentement, le formalisme prend une place singulière. Ce n'est pas tellement le contenu de l'information qui caractérise ces techniques, mais plutôt la forme de celle-ci. Le formalisme vise à imposer une forme spécifique dans l'optique de protéger le contractant. Ecrit, il cumule quelques avantages : il est perçu plus efficacement par l'esprit en raison de la prédominance de la mémoire visuelle, il permet à la partie de conserver l'information à titre de preuve, et il permet enfin au cocontractant de justifier qu'il s'est acquis de son obligation.

Nous relèverons donc les techniques de protection qui se fondent sur le formalisme. Nous montrerons que le législateur privilégie ces techniques pour protéger l'intégrité du consentement, et qu'il les fonde sur des critères d'application contestables. En effet, ils se fondent sur une appréciation *in abstracto* de la situation : le formalisme est dû au client qu'elle que soit sa situation, y compris quand la transmission de l'information n'a aucune utilité pour ce dernier (**Chapitre I**).

A l'inverse, la protection du consentement peut s'opérer en considération de la personne du créancier de l'information. Seul le client qui ignore l'information à transmettre sera protégé par ces techniques de protection que la jurisprudence retient au terme d'une appréciation *in concreto*. (**Chapitre II**). Pour celles-ci, aucun formalisme n'est d'ailleurs imposé.

Alors que ces deux techniques de protection n'ont pas les mêmes fondements, elles visent la même finalité qui est d'assurer l'intégrité du consentement du client de la banque.

CHAPITRE I

LE FORMALISME INFORMATIF, TECHNIQUE DE PROTECTION APPRECIE *IN ABSTRACTO*

267. Le consensualisme est intéressant en ce qu'il facilite la conclusion des contrats, puisque ceux-ci se forment par la seule rencontre des volontés, cette facilité a un revers : elle peut conduire à ce que le consentement soit donné sans réflexion, à la légère, surtout s'il est donné sans que la partie ne puisse apprécier la pleine portée de son engagement. Cette situation réside dans la discordance qui existe entre la volonté exprimée et la volonté réelle du contractant, si bien que ce à quoi il croit s'engager ne correspond pas à la teneur réelle de son engagement.

268. Afin permettre au contractant de prendre conscience que de la portée de son engagement par principe irrévocable, le formalisme trouve intérêt à s'appliquer. Il invite le contractant à plus de circonspection et attire son attention sur les éléments de nature à influencer sa réflexion dans le sens d'une acceptation ou d'un refus de l'offre de contracter qui lui est faite par le banquier. Il y différentes manifestations de ce formalisme. Probatoire, il permet aux parties de préconstituer la preuve de l'acte juridique. *Ad validitatem*, il impose une certaine forme de *l'instrumentum* à peine de nullité[334]. Formalisme d'opposabilité, protège-t-il les tiers dans le cas de la publicité légale d'un acte. Habilitant[335], ce formalisme est requis en matière de représentation. C'est le cas de la conclusion d'un acte par le représentant d'un incapable qui contracte en son nom et pour son compte. Enfin, le formalisme peut revêtir un caractère informatif. C'est à notre sens l'illustration topique de la protection du consentement. Ce n'est pas, contrairement à ce que l'on pourrait penser[336], une technique très récente de protection. Dès les années 1930, le législateur a imposé au vendeur d'un fonds de commerce de mentionner dans l'acte de cession certaines informations[337]. Cette disposition est d'autant plus surprenante qu'elle s'applique entre commerçants, ce qui exclut l'idée reçue que le formalisme informatif est un formalisme typique du droit de la consommation. Cette même

[334] Ainsi le cautionnement donné par une personne physique envers un créancier professionnel emporte-t-il l'obligation pour la caution de mentionner, par lui-même, l'étendue de son engagement. V. art. 341-2 du Code de la consommation, issue de la loi n° 2003-721 du 1er août 2003.
[335] B. THUILLIER, *La représentation, étude de droit privé*, th. Paris X, éd. 1996.
[336] En effet, l'émergence de la consommation de masse, l'instauration du Code de la consommation, et surtout le développement des doctrines solidaristes, donne l'impression fausse que le formalisme informatif est né de ces phénomènes.
[337] Loi du 29 juin 1935, devenu art. L. 141.1 du Code de commerce.

technique se retrouve dans des pans entiers du droit, en matière de contrat d'apprentissage[338], dans l'enseignement à distance[339], dans le mandat d'agent immobilier[340], dans le contrat de time-share[341], etc. Le domaine du formalisme informatif est donc large.

269. Il est de même pour les contrats liant la banque aux clients. Précisément, la matière cumule trois particularités qui rendent l'étude du formalisme informatif intéressant.

270. Tout d'abord la relation entre le banquier et son client est une relation d'affaires. Or cette relation, à l'image des activités bancaires, est plurale. Précisément, le droit bancaire est le droit qui a pour objet de régir les activités exercées à titre de profession habituelle par les établissements de crédit[342]. Cela ne se résume pas au seul crédit[343]. L'activité bancaire vise toutes les activités exercées par le banquier.

Au terme de l'annexe I de la Directive n° 2006/49/CE du 14 juin 2006, la diversité de l'activité est palpable : la Directive régie la réception de fonds du public, les opérations de crédit et la mise à disposition de moyen de paiement. Ce à quoi il faut rajouter les activités extra-bancaires[344] que sont la gestion de patrimoine, les opérations de change, la gestion financière et la gestion de valeurs mobilières. Dans le caractère très divers de l'activité bancaire peut être décelé des techniques de protection identiques : c'est le cas des règles visant à la protection du client par la protection du consentement.

Ainsi, le droit du crédit à la consommation, avec l'article L. 311-10 du Code de la consommation, le droit du compte avec l'article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier ou encore l'obligation de répondre à certaines exigences lors de la transmission d'information par le PSI à son client au travers de l'article L. 533-12 ont tous un trait commun : alors qu'ils touchent à des domaines très divers, ils se caractérisent par un certain formalisme. Le droit du compte impose l'écrit quand le droit applicable aux services d'investissement régit le contenu des documents remis à l'investisseur par le PSI en imposant l'écrit[345].

---

[338] Art. R-117-10 et suivants du Code du travail.
[339] Art. L. 444-7 du Code de l'éducation.
[340] Loi du 2 janv. 1970.
[341] Art. L. 121-61 du Code de la consommation.
[342] T. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 7ème éd., 2007, n° 2.
[343] C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit du crédit* ; t. 1 : les institutions, Litec 1990, n° 1, p. 1.
[344] C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *op. cit.*, n° 508, p. 343, qui emploient le terme « extra-bancaire », ce qui se réfèrent aux activités non-bancaires énumérées à l'article L. 511-3 du Code monétaire et financier.
[345] A cet égard, en matière d'OPCVM, l'article 411-45-1 du Règlement général de l'AMF prévoit une disposition relevant du formalisme informatif en imposant la remise de documents écrits à l'investisseur, le prospectus complet et le prospectus simplifié.

271. Ensuite il peut *a priori* sembler que le formalisme informatif prône une forme rigide de l'*instrumentum*, qui opposerait aux caractéristiques de célérité et d'oralité de la pratique des affaires.

272. Enfin, la qualité des parties contractantes n'est pas sans incidence sur les règles qui organisent la protection par le formalisme[346]. Le formalisme est conditionné à la qualité des parties. C'est de la sorte que la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, dite loi Scrivener, relative au crédit à la consommation, exclut de son champ d'application l'emprunteur qui contracte en vue de financer les besoins de son activité professionnelle et les personnes morales de droit public[347]. Cette exclusion prise sur des considérations tenant uniquement à la qualité des parties illustre l'influence de la qualité de la partie sur la protection du client de la banque.

273. Le droit bancaire serait donc non seulement le droit régissant l'activité bancaire, mais aussi celui s'appliquant aux cocontractants de la banque. Il convient donc de relativiser le propos selon lequel il ne s'agirait que d'un droit de l'activité. Le professeur BONNEAU expose que le droit bancaire est à la fois « *un droit des acteurs et un droit des activités* »[348].

Pour autant, prendre en compte la qualité des parties pour déterminer le champ d'application des règles protectrices du consentement n'inclut pas l'idée d'une protection qui tient compte de la situation personnelle du client. L'idée est que les techniques de protection du consentement peuvent avoir un caractère général lorsqu'elles s'appliquent indépendamment de la situation du client. C'est le cas du formalisme informatif. En sens, ces techniques de protection sont appréciées *in abstracto* (**Section I**).

Cette protection est en effet conditionnée par le recours à des critères légaux, la personne physique par exemple[349]. Nous montrerons en quoi cette technique est imprécise, voire injustifiée (**Section II**).

---

[346] V. proposant une réflexion sur le lien entre le contenu matériel des dispositions protectrices et la qualité de la personne visée par celles-ci, C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection : essai de méthodologie législative*, th. Paris XI, Bibliothèque de droit privé, n° 382, LGDJ, 2002.
[347] Art. L. 311-1 3° du Code de la consommation.
[348] T. BONNEAU, *op. cit.*, n° 2.
[349] Ce critère de la personne physique » est retenu en matière de cautionnement lorsque le législateur impose la mention manuscrite de l'article L. 341-2 du Code de la consommation.

SECTION I

LE FORMALISME INFORMATIF, TECHNIQUE DE PROTECTION

274. La doctrine enseigne que le formalisme joue, au moment de la formation du contrat, en imposant la rédaction du contrat par écrit. Il impose l'insertion de mentions destinées à assurer l'intégrité du consentement[350]. Il en va pareillement dans les contrats bancaires. (§ 1). Son influence apparaît aussi au stade de son exécution (§2).

§ 1 - L'EXISTENCE DU FORMALISME INFORMATIF AU MOMENT DE LA CONCLUSION DU CONTRAT

275. Le formalisme trouve à s'appliquer dans les contrats conclus avec la banque. Compte tenu du caractère plural des activités bancaires, les techniques de protection du client fondées sur le formalisme ont des applications diverses.

276. Il est donc possible de distinguer selon que cette protection touche aux opérations de clientèle (A) ou aux opérations liées aux services d'investissement.

A**) Les techniques de protection par le formalisme à l'occasion des opérations de clientèle**

277. Le champ d'action du banquier est multiple. Il intervient comme dépositaire lors de la remise des fonds du public, comme mandataire lorsqu'il réalise un ordre de paiement pour le compte de son client ou encore comme prêteur lors de l'octroi d'un concours financier. Pour les activités qu'il exerce au profit de son client, l'on peut relever les cas dans lesquels le formalisme joue. Pour ceux-ci, son application par la jurisprudence est rigoureuse (1°). Pour autant, il convient de réserver une place spécifique à la protection du client en matière d'information sur le taux effectif global. En effet, pour cette information, il semble que la jurisprudence apprécie avec une relative souplesse les règles formalistes.

[350] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2008, n° 262.

1° Une protection rigoureuse du client par le formalisme

278. Une rigueur à l'occasion des opérations de crédit -. En matière de crédit à la consommation, la technique de l'offre préalable rédigée par le banquier le démontre. En effet, la loi Scrivener du 10 janvier 1978, par l'article L. 311-8 du Code de la consommation, dispose que les opérations de crédit à la consommation sont conclues sous la forme d'une offre préalable remise à l'emprunteur, laquelle doit comporter les mentions informatives qu'énumère l'article 311-10. Cette exigence n'a d'ailleurs pas été modifiée par le projet de loi réformant le crédit à la consommation du 17 juin 2009 puisque le nouvel article L. 311-11 dispose que « *l'offre de contrat de crédit est établie par écrit ou sur un autre support durable. Elle est remise ou adressée en autant d'exemplaires que de parties et, le cas échéant, à chacune des cautions* ».

279. L'exigence de l'écrit est d'ailleurs renforcée depuis cette réforme puisque le législateur impose explicitement l'écrit, ce que la loi Scrivener prévoyait déjà, mais de manière elliptique en évoquant l'offre préalable remise à l'emprunteur. L'offre préalable en matière de crédit immobilier répond de la manière à cette exigence formaliste aux termes de l'article L. 312-7 qui prévoit que « *le prêteur est tenu de formuler par écrit une offre adressée gratuitement par voie postale à l'emprunteur éventuel ainsi qu'aux cautions déclarées par l'emprunteur lorsqu'il s'agit de personnes physiques* ».

280. La finalité de ce formalisme est d'informer de manière précise et complète l'emprunteur sur le contenu du contrat qu'il désire conclure[351]. En cette matière, la Cour de cassation l'a à son tour affirmé par un arrêt du 29 mai 1997[352] en termes nets : « *la loi vise à garantir à l'emprunteur une information précise, lui permettant, d'un seul coup d'œil, de juger de l'effort financier à consentir* ». Précisant l'effectivité de l'information donnée, le projet de réforme du crédit dispose dans un nouvel article L. 311-8 que « *le prêteur ou l'intermédiaire de crédit fournit à l'emprunteur les explications lui permettant de déterminer si le contrat de crédit proposé est adapté à ses besoins et à sa situation financière...* ». Le banquier ne doit pas se contenter de reproduire les mentions obligatoires dans le contrat, il doit aussi en expliquer les effets et s'assurer que l'information a été comprise par son client,

[351] Illustrant cette finalité, et relativement au crédit immobilier, V. A. GOURIO, *Information du consommateur et crédit immobilier, dans Crédit immobilier, notaire, banquier et consommateur*, LPA, 29 juin 1999, p. 11.
[352] Cass. civ. 1ère, 29 mai 1997, D. affaires 1997, p. 853.

eu égard à sa situation. Pour le banquier, cette exigence n'est pas nouvelle[353]. Afin de satisfaire à cette obligation, ce dernier aura tout intérêt à préciser par écrit, dans l'acte, les cas dans lesquels le contrat proposé est le plus adapté, et les cas dans lesquels il ne l'est pas. Le formalisme aura en plus l'avantage pour le professionnel de prouver qu'il a bien exécuté cette obligation.

281. Le formalisme en matière de contrat de prêt immobilier -. L'article L. 312-7 du Code de la consommation dispose que *« le prêteur est tenu de formuler par écrit une offre adressée gratuitement par voie postale à l'emprunteur éventuel ainsi qu'aux cautions déclarées par l'emprunteur lorsqu'il s'agit de personnes physiques* ». Le législateur impose un formalisme écrit pour protéger l'emprunteur, mais aussi la caution. Le contenu de ce formalisme est à trouver à l'article L. 312-8 qui précise les mentions, nombreuses que doit comporter l'offre préalable envoyée à l'emprunteur[354]. Ce formalisme s'impose tant lors de la formation du contrat que lors de sa modification des conditions d'obtention du prêt. En effet, l'article L. 312-8 prévoit que toute modification fait l'objet d'une nouvelle offre préalable

[353] Ainsi, l'article L. 533-12 du Code monétaire et financier, issu de la MIF, dispose que « *les prestataires de services d'investissement communiquent à leurs clients, notamment leurs clients potentiels, les informations leur permettant raisonnablement de comprendre la nature du service d'investissement et du type spécifique d'instrument financier proposé ainsi que les risques y afférents, afin que les clients soient en mesure de prendre leurs décisions d'investissement en connaissance de cause* ». L'information est due et le banquier, au titre de PSI, doit pareillement s'assurer que l'information a produit l'effet escompté par loi : apprécier la portée de son engagement.

[354] Les mentions obligations que doit comporter l'offre sont les suivantes :
1° Mentionne l'identité des parties, et éventuellement des cautions déclarées ;
2° Précise la nature, l'objet, les modalités du prêt, notamment celles qui sont relatives aux dates et conditions de mise à disposition des fonds ;
2° bis Pour les offres de prêts dont le taux d'intérêt est fixe, comprend un échéancier des amortissements détaillant pour chaque échéance la répartition du remboursement entre le capital et les intérêts ;
2° ter Pour les offres de prêts dont le taux d'intérêt est variable, est accompagnée d'une notice présentant les conditions et modalités de variation du taux d'intérêt et d'un document d'information contenant une simulation de l'impact d'une variation de ce taux sur les mensualités, la durée du prêt et le coût total du crédit. Cette simulation ne constitue pas un engagement du prêteur à l'égard de l'emprunteur quant à l'évolution effective des taux d'intérêt pendant le prêt et à son impact sur les mensualités, la durée du prêt et le coût total du crédit. Le document d'information mentionne le caractère indicatif de la simulation et l'absence de responsabilité du prêteur quant à l'évolution effective des taux d'intérêt pendant le prêt et à son impact sur les mensualités, la durée du prêt et le coût total du crédit ;
3° Indique, outre le montant du crédit susceptible d'être consenti, et, le cas échéant, celui de ses fractions périodiquement disponibles, son coût total, son taux défini conformément à l'article L. 313-1 ainsi que, s'il y a lieu, les modalités de l'indexation ;
4° Enonce, en donnant une évaluation de leur coût, les stipulations, les assurances et les sûretés réelles ou personnelles exigées, qui conditionnent la conclusion du prêt ;
4° bis Sauf si le prêteur exerce, dans les conditions fixées par l'article L. 312-9, son droit d'exiger l'adhésion à un contrat d'assurance collective qu'il a souscrit, mentionne que l'emprunteur peut souscrire auprès de l'assureur de son choix une assurance équivalente à celle proposée par le prêteur ;
5° Fait état des conditions requises pour un transfert éventuel du prêt à une tierce personne ;
6° Rappelle les dispositions de l'article L. 312-10.
Toute modification des conditions d'obtention d'un prêt dont le taux d'intérêt est fixe, notamment le montant ou le taux du crédit, donne lieu à la remise à l'emprunteur d'une nouvelle offre préalable.

remise par écrit à l'emprunteur. Par obtention du prêt, il convient d'entendre tout élément relatif au montant du prêt, sa durée, son taux d'intérêt, ce qui conduit à penser que le formalisme lors de la modification est exclue pour tout autre élément. Au vrai cette solution paraît pertinente. La rigueur du formalisme écrit ne vaudrait que pour les modifications substantielles du contrat, c'est-à-dire celle qui modifie le contenu de la prestation de l'emprunteur, qu'il s'agisse d'alourdir ou d'alléger celle-ci. Le formalisme ne concerne cependant pas que le contrat de crédit.

282. Le formalisme information en matière d'ouverture de compte -. Concernant la convention de compte, la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, a imposé la conclusion par écrit de cette convention de comptes[355]. Restée lettre morte, compte tenu des lourdeurs de sa mise en œuvre et du coût pour les banques, cette disposition, suspendue jusqu'au 1er février 2005, fut insérée dans le Code monétaire et financier à l'article L. 312-1-1 I alinéa 2 par l'article 104 de la loi de finances du 30 septembre 2004[356]. L'alinéa deux dispose à cet égard que « *la gestion d'un compte de dépôt des personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels est réglée par une convention écrite passée entre le client et son établissement de crédit ou les services financiers de La Poste pour tout compte ouvert à compter du 28 février 2003. L'acceptation de ce contrat est formalisée par la signature du ou des titulaires du compte* ». Le législateur impose le formalisme pour toute convention de compte de dépôt dès lors que la personne qui ouvre ce compte est une personne physique.

283. Au surplus, l'arrêté du 8 mars 2005[357], en son article 1er, précise cet impératif de l'écrit en disposant que « *la gestion d'un compte de dépôt, et notamment ses conditions d'ouverture, de fonctionnement et de clôture, est réglée par une convention écrite passée entre le client et son établissement de crédit ou organisme visé à l'article L. 518-1 du code*

[355] R. BONHOMME, *Aspects bancaires de la loi MURCEF du 11 décembre 2001*, Banque et droit, mars-avril 2002, p. 3 ; T. BONNEAU, *Des nouveautés bancaires et financières issues de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, JCP éd. E 2002, 118 ; P. BOUTEILLER, Le *nouveau cadre juridique des relations entre les banques et leurs clients*, Contrats conc. consom. 2002, 4 ; M.-C. CAFFET, *La nouvelle convention de compte*, Banque 2002, p. 24 ; J.-J. DAIGRE, *Loi MURCEF et droit bancaire*, JCP éd. G 2002, I, 117 ; B. DONDERO, *Les apports de loi MURCEF en matière de droit bancaire*, LPA 17 janv. 2002, p. 4 et LPA 18 janv. 2002, p. 4 ; J. STOUFFLET, *Nouvelles interventions législatives dans les relations entre les établissements de crédit et leurs clients*, RD bancaire et fin. 2002, p. 36 ; V. AVENA-ROBARDET, D. 2002, p. 186.

[356] V. AVENA-ROBARDET, *Améliorations des relations entres les établissements de crédit et leurs clients*, D. 2005, p. 139.

[357] Arr. 8 mars. 2005, portant application de l'article L. 312-1-1 du code monétaire et financier précisant les principales stipulations devant figurer dans les conventions de compte de dépôt, JO 9 mars 2005.

monétaire et financier. », avant de poursuivre sur les mentions, nombreuses[358] et obligatoires que doit comporter la convention. Le législateur impose encore ici l'écrit. Cet écrit est imposé pour toutes les dispositions, qu'elles touchent l'ouverture du compte, sa clôture ou sa gestion. Le législateur a assorti d'ailleurs ce formalisme d'une disposition de droit transitoire : si les déposants ayant ouvert un compte après le 28 février 2003 sont protégés par ce formalisme, les comptes ouverts avant cette date font l'objet d'une mesure spécifique. Pour ces conventions déjà conclues antérieurement à la date du 28 février 2003, la protection par le formalisme n'a en effet d'efficacité que si elle s'applique rétroactivement à ces comptes. Ainsi, le législateur impose au banquier d'informer son client, chaque année, et cela jusqu'au 31 décembre 2009, qu'aucun accord écrit formalisant l'ouverture du compte n'a été conclu, et l'informe de la possibilité d'en signer un[359].

284. Aux termes de l'article 1er de l'arrêté du 8 mars 2005, cette obligation formaliste ne se limite pas au seul stade de la formation du contrat. En effet, le client est créancier de cette protection au stade de l'exécution, lors de la gestion du compte. L'obligation d'information s'impose notamment lorsque les relations contractuelles évoluent. Il en va notamment de tout projet de modification des conditions tarifaires.

Pour procéder à cette modification, la technique de protection retenue est le formalisme, puisque le banquier doit informer par écrit le client trois mois avant la date d'application envisagée des modifications envisagées. Il existe donc un parallélisme des formes, l'écrit vaut tant pour la conclusion du contrat que pour la modification de son contenu. Et l'article L. 312-1-1 de continuer, « *l'absence de contestation par le client dans un délai de deux mois après cette communication vaut acceptation du nouveau tarif* ».

285. L'information en matière de tarification bancaire -. L'ouverture d'un compte engendre la communication d'informations relatives aux services proposés par le banquier. La législation relative au compte de dépôt est d'abord issue de l'article 7 alinéa 2 du décret n° 84-708 du 24 juillet 1984, devenu l'article L. 312-1-1 I alinéa 1er du Code monétaire et financier, qui impose aux établissements bancaires, au moment de l'ouverture d'un compte,

[358] A titre d'exemples, et pour témoigner de la liste complète de ces mentions qui figurent à l'article 2, citera-t-on la durée de la convention, ses conditions de renouvellement, ses modalités d'évolution et leur opposabilité, les finalités de traitements mis en œuvre par l'établissement de crédit, les destinataires des informations, le droit de s'opposer à un traitement des données à des fins de prospection commerciale ainsi que les modalités d'exercice du droit d'accès aux informations concernant le client, conformément aux lois en vigueur…Au final, cette liste de près de mille mots illustre la minutie avec laquelle le législateur a énuméré ces mentions obligatoires.
[359] Article L. 312-1-1I, alinéa 4.

« *d'informer leurs clients sur les conditions d'utilisation du compte, le prix des différents services auxquels il donne accès et les engagements réciproques de l'établissement et du client* ».L'article L. R. 312-1 du Code monétaire et financier qui dispose que « *lorsqu'ils ouvrent un compte, les établissements de crédit doivent informer leurs clients sur les conditions d'utilisation du compte, le prix des différents services auxquels ils donnent accès et les engagements réciproques de l'établissement de crédit et du client* ».

286. Toutefois, cette information n'a pas lieu uniquement au moment de l'ouverture du compte. Avant l'ouverture, le public doit pouvoir comparer les offres proposées par les divers établissements avant d'en choisir un. L'information doit donc précéder la conclusion du contrat.

Spécifiquement, l'article 1er de l'arrêté du 4 avril 2005, portant application de l'article L. 312-1-1 I, précise que cette « *information de la clientèle et du public sur les prix des produits et services liés à la gestion d'un compte de dépôt doit se faire par voie d'affichage, de manière visible et lisible, et de dépliants tarifaires en libre-service, dans les locaux de réception du public* ». L'article poursuivant en disposant que « *les conditions générales applicables aux produits et services liés à la gestion d'un compte de dépôt doivent être mises gratuitement à la disposition de la clientèle et du public par tout moyen approprié* ». Le législateur traiter donc de manière séparée l'information portant sur la tarification des produits et des services bancaires de celle portant sur les conditions générales. Le fait que le législateur traite différemment l'information du public sur la tarification bancaire et celle relative au contenu de la convention de compte invite à préciser le champ d'application du formalisme pour chacune de ces informations.

287. L'obligation d'information sur la tarification passe-t-elle par le formalisme ? La question est celle de savoir si l'on doit procéder à une lecture unique de l'article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier en ce sens que l'écrit serait imposé pour l'alinéa premier relatif à la tarification et l'alinéa deux qui vise la convention d'ouverture de compte. Il convient de retenir une lecture exégétique de l'article L. 312-1-1. Alors que l'écrit est explicitement imposé par le législateur concernant la convention d'ouverture aux termes de l'alinéa deux, il en va différemment de l'alinéa premier.

Ainsi, pour la tarification, le législateur n'évoque plus l'écrit mais retient les termes de « voie d'affichage », ce qui laisse à penser que celui-ci n'a pas voulu prendre soin de réglementer formellement le support sur lequel figurent les informations. Tout au plus

assigne-t-il aux banquiers un objectif de visibilité et de lisibilité, ce qui laisse place à la liberté pour la banque : ainsi peut-il recourir aux panneaux publicitaires, aux prospectus, à une notice, etc. dès lors qu'ils répondent à ces objectifs. **Les informations relatives à la tarification ne sont donc pas régies par le formalisme**. Cela est confirmé au regard des règles relatives aux conditions générales entourant les produits et les services proposés pour lesquelles le législateur laisse le soin aux banquiers de déterminer le mode de communication approprié[360]. Il convient cependant de distinguer selon que ces informations figurent dans la convention d'ouverture, l'écrit sera alors imposé en application de l'alinéa deux de l'article L. 312-1-1 I, ou qu'elles sont transmises au titre d'information du public non liés par une telle convention : dans ce dernier cas, aucun formalisme n'est imposé.

288. L'obligation d'information sur la tarification est-elle militée aux seules personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels ? Concernant l'obligation d'information du banquier sur la tarification bancaire de l'alinéa 1 de l'article L. 312-1-1, l'on a pu s'interroger sur le fait de savoir si cela visait uniquement les personnes physiques n'agissant pas dans un but professionnel, comme c'est le cas pour l'alinéa 2.

En effet, l'alinéa deux de l'article L. 312-1-1 I alinéa 2 dispose que le formalisme régit la convention d'ouverture de compte dès lors que le client est une personne physique n'agissant pas pour ses besoins personnels. Il a pu être ainsi question de savoir si cette condition *ratione personae* valait aussi pour l'alinéa premier relatif aux dispositions touchant à la tarification, de sorte que le banquier serait dispensé de respecter l'alinéa premier lorsque son client n'est pas une personne physique qui agit pour ses besoins non professionnels. Cette question a suscité l'interrogation de M. le Député Jean-Louis MASSON, laquelle a provoqué l'intervention de Mme le Ministre LAGARDE dans une réponse ministérielle datée du 30 août 2007[361]. En vertu de cette réponse, alors que l'alinéa 2 de l'article L. 312-1-1 limite l'obligation de recourir au formalisme pour les seuls clients personnes physiques agissant pour leurs besoins non professionnels[362], il ressort de l'interprétation de cet article par le pouvoir réglementaire que l'alinéa premier n'est pas conditionné à raison de la qualité de la personne : comme le formule cette réponse, cette disposition tirée de l'alinéa premier

[360] V. article 1er de l'arrêté du 4 avril 2005 qui dispose que « *les conditions générales applicables aux produits et services liés à la gestion d'un compte de dépôt doivent être mises gratuitement à la disposition de la clientèle et du public par tout moyen approprié* ».
[361] Rép. min. à Jean-Louis Masson, n° 1617, 30 août 2007, publiée au JO Sénat Q, 8 janv. 2009.
[362] V. confirmant cette lecture, J. STOUFFLET, *L'évolution du droit bancaire et financier en France*, *in Synthèses de droit bancaire et financier*, Liber amicorum A. BRUYNEEL : Bruylant 2008, p. 575, spécifiquement n° 18, p. 582.

« *s'applique à toute la clientèle qu'elle soit professionnelle ou non, ainsi qu'aux clients professionnels* »[363]. Cette solution fut discutée[364]. L'on peut avancer qu'il n'y pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue : si l'alinéa premier ne distingue en effet pas selon la qualité du client, l'on conclut que cette disposition vise toutes les personnes.

289. Justifications de la solution -. Deux arguments nous conduisent à approuver cette lecture extensive de l'alinéa premier. Tout d'abord, l'alinéa premier relatif à l'information sur la tarification et les conditions générales entourant la gestion d'un compte de dépôt n'a pour finalité d'imposer le formalisme. Certes si l'arrêté du 4 avril 2005 oblige le banquier de recourir à l'affichage, ce qui en soi ne représente aucune forme précise, tout au plus le pouvoir réglementaire fixe-t-il à celui-ci un objectif de clarté de l'information sans pour autant imposer des mentions spécifiques. L'article R. 312-1 du Code monétaire et financier se veut encore plus minimaliste en imposant seulement « *de porter à la connaissance de leur clientèle et du public les conditions générales de banque qu'ils pratiquent pour les opérations qu'ils effectuent* » avant de rajouter que « *lorsqu'ils ouvrent un compte, les établissements de crédit doivent informer leurs clients sur les conditions d'utilisation du compte, le prix des différents services auxquels il donne accès et les engagements réciproques de l'établissement et du client* »[365] : il ne s'agit donc ici que d'une obligation d'information sur les produits et services proposés par le banquier, que le client ouvre un compte ou non. Dès lors que cette obligation paraît s'imposer au titre de l'obligation générale d'information[366], il ne paraît plus pertinent de la conditionner à la qualité de la partie créancière de cette information quand cette dernière s'impose par nature à tous.

Enfin, en dernier lieu, aucun critère tenant au client n'est retenu par le législateur, de telle manière que l'adage « *ubi lex non distinguit non distinguere debemus* » trouve à s'appliquer.

---

[363] Rép. Min. précité, *in fine*.

[364] V. F.-J. CREDOT et Th. SAMIN, *Clientèle visée par l'article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier*, RD bancaire et fin. mai 2009, 81.

[365] Sur cette disposition, V. Th. SAMIN, *Les aspects juridiques de la tarification des services bancaires*, Banque et droit 1999, n° 67, p. 26, spécifiquement p. 30, coll. 1.

[366] V. ainsi l'article L. 111-1 du Code de la consommation : « *tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service* ». V. aussi l'article L. 412-1 du Code monétaire et financier relatif aux obligations d'information liées à l'émission d'instruments financiers auprès du public.

290. Conclusion sur le formalisme en matière d'ouverture de compte -. L'application du formalisme en matière d'ouverture de compte montre que le législateur distingue deux situations.

291. Pour ce qui est de la tarification des services et produits bancaires, le formalisme semble exclu. Ce n'est pas tant la forme qui importe, mais davantage le fait que l'information soit bien transmise. Le Code de la consommation comporte d'ailleurs une disposition similaire à l'article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier. Un article L. 133-3 qui dispose que « *tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout procédé approprié, informer le consommateur sur les prix…* ».

292. Le formalisme est exclu pour tout compte autre que de dépôt. Ce serait d'une part considérer que le compte de dépôt ne concerne que la personne physique. Or, la qualification du compte dépend davantage des effets qu'en ont voulu donner les parties que de la qualité même de ces dernières[367]. En second lieu, il est permis de s'interroger sur l'exclusion du formalisme pour le cas de la personne physique qui ne contracte pas pour ses besoins personnels. L'exclusion vaut aussi pour les personnes morales, ce qui est aussi contestable. Pourquoi ainsi une association ne profite-t-elle pas du formalisme ? Le formalisme est une technique de protection de celui qui ne connaît pas le contenu contractuel aux termes duquel il est engagé. A ce titre, la nature de la personne ne présume pas de l'intensité de la protection qui lui est due.

Conditionner l'intensité d'une protection du consentement à la qualité de la personne rappelle la technique employée par le législateur qu'il impose à tout professionnel. L'article L. 111-1 du Code de la consommation dispose à ce titre, que « *tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service* ». Le terme consommateur vise celui qui n'agit pas pour ses besoins non-professionnels.

Un même raisonnement est retenu par l'arrêté du 8 mars 2005 qui définit le compte de dépôt comme les comptes de dépôts à vue et les comptes courants postaux ouverts par des personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels. Ce que l'article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier confirme en disposant que « *la gestion d'un compte de dépôt des personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels est réglée par une*

[367] V. ainsi, J. BELOT, *Compte de dépôt et compte courant en matière bancaire*, RJ com. 1985, p. 41.

convention écrite passée entre le client et son établissement de crédit ou les services financiers de La Poste pour tout compte ouvert à compter du 28 février 2003 ».

293. Le caractère spécifique du critère *ratione personae* retenu par le législateur -. Le formalisme paraît donc conditionné, non seulement à raison de la matière, quand il s'agit d'un compte de dépôt, mais aussi à raison de la qualité de la personne, avec le critère de la personne physique qui n'agit pas pour ses besoins professionnels que l'on retrouve en matière de crédit à la consommation[368]. Le choix de ce critère par le législateur trouve son origine dans la législation consumériste qui fait du critère du non professionnel le critère d'application de cette législation. Cette logique innerve encore le droit applicable aux clauses abusives, quand il dispose dans à l'article L. 132-1 du Code de la consommation que le champ d'application de la loi n° 95-96 du 1 février 1995 est limité aux contrats conclus entre les « *professionnels et non professionnels ou consommateurs* ». La personne n'agissant pas pour ses besoins professionnels est-elle alors celle visée à l'article L. 312-1-1 relatif au droit du compte ?

294. Il est permis d'en douter : d'une part, en droit de la consommation, la notion de « consommateur » se limite à la personne physique contrairement à celle de « non professionnel » qui vise aussi la personne morale, dès lors qu'elle n'agit pour ses besoins non professionnels[369]. Or dans le droit du compte, le champ d'application se restreint à la personne physique ouvrant un compte de dépôt pour ses besoins non professionnels. La personne agissant pour ses besoins non professionnels visée à l'article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier n'est donc pas le non-professionnel nommé à l'article L. 132-1 du Code de la consommation, qui comprend la personne morale. Cela conduit d'autre part à distinguer alors

[368] Ainsi, le nouvel article L. 311-1 du Code de la consommation, modifié par le projet de loi du 17 juin 2009 réformant le crédit à la consommation, prévoit que la protection des dispositions relatives à cette matière sont réservées à l' *« emprunteur ou consommateur, toute personne physique qui est en relation avec un prêteur, dans le cadre d'une opération de crédit réalisée ou envisagée dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle* ».

[369] Cass. civ. 1ère, 15 mars 2005, Bull. civ. I, n° 135 ; D. 2005, p. 1948, note A. BOUJEKA ; D. 2005, AJ, p. 887, obs. C. RONDEY ; JCP éd. G 2005, II, 10114, note G. PAISANT ; JCP éd. E 2005, 769, note D. BAKOUCHE ; Defrénois 2005, art. 2009, obs. E. SAVAUX ; Contrats conc. consom. 2005, n° 100, G. RAYMOND ; LPA 12 mai 2005, note L. BERT ; Gaz. Pal. 2006, somm. 2017, obs. B. B. ; RDC 2005, p. 740, note D. FENOUILLET. V. contra l'article 2 b) de la Directive n° 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, qui ne retient au titre du « non professionnel » que les personnes physiques, ce que la Cour de Justices des Communautés Européennes confirme : CJCE, 22 nov. 2001, aff. C-541/99, JCP éd. G 2002, II, 10047, note G. PAISANT ; D. 2002, AJ, p. 90, note C. RONDEY. Si l'on s'en tient à la seule définition de cette Directive, la personne physique, visée à l'article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier est alors le consommateur. A l'évidence, ce mélange des genres ne satisfait pas, il paraît hasardeux de considérer le client comme un consommateur : en effet, il est partie au contrat d'ouverture de compte en tant que client du banquier…et non comme consommateur en relation avec un commerçant.

le client ouvrant un compte de dépôt du « consommateur ». Le législateur ne l'emploie d'ailleurs jamais dans les dispositions intéressant le droit du compte et évoque le terme de « client » comme le démontre l'intitulé de la Section 1 du Chapitre II portant sur le « droit au compte et relations avec le client ».

295. Cette distinction entre la qualité de consommateur et celle de client du banquier qui procède à l'ouverture d'un compte se justifie à plus d'un titre. Tout d'abord, le client n'est pas par nature un consommateur. Précisément, la finalité de l'ouverture du compte sera peut-être destinée à réaliser des opérations de consommation, mais la nature de cette finalité de consommation ne doit pas être confondue avec l'activité permettant cette fin. **Il ne s'opère pas de « métonymie juridique » au terme de laquelle l'opération d'ouverture de compte adopterait la même nature que l'opération finale pour laquelle le compte est ouvert**. En second lieu, l'opération de « consommer » suppose de faire usage de, de détruire par l'usage. Il s'agit alors de la finalité de l'opération, qui a lieu en bout de chaîne de l'activité économique. Il convient donc de distinguer la finalité de l'opération, réalisée pour des besoins non professionnels, des moyens mis en œuvre pour arriver à celle-ci, par l'ouverture d'un compte de dépôt ou par l'emprunt.

296. En matière d'opérations de clientèle, le formalisme que doit respecter le banquier lors de la transmission des informations à son client est commandé par le critère de la personne physique. Cela touche aussi bien le crédit à la consommation, le crédit immobilier, le droit au compte ou l'information sur les services bancaires.

C'est aussi le cas pour la caution en vertu de l'article L. 313-7 du Code de la consommation qui impose une mention manuscrite lorsque celle-ci vient à garantir un emprunt régi par les dispositions applicables au crédit à la consommation ou au crédit immobilier. Pourtant le formalisme aux termes de cet article n'est pas commandé par le fait que la caution soit une personne agissant pour ses besoins non-professionnels. Selon, et dans ce cas, le formalisme qui profite à la caution a pour justification que le contrat principal est conclu pour des besoins non-professionnels. Ce serait alors ici un cas d'application du formalisme par accessoire. Le formalisme du contrat principal engendre celui du contrat accessoire. L'application des règles formalistes par la jurisprudence tantôt suit la même rigueur, tantôt est souple.

2° L'appréciation du formalisme par la jurisprudence

297. L'application du formalisme en matière de crédit montre que le législateur est rigoureux. La jurisprudence apprécie ce formalisme tantôt avec rigueur, tantôt avec souplesse : c'est le cas en matière de taux effectif global.

Compte tenu de la diversité des opérations soumises au formalisme, son contenu est variable. Ainsi dans les opérations de crédit à la consommation et de crédit immobilier, ainsi qu'en matière de démarchage bancaire et financier, le formalisme se veut exhaustif : l'écrit impose de faire figurer notamment l'identité des parties[370], la nature et l'objet de l'opération en cause[371], et surtout la mention la plus importante pour le client, relative au coût du service[372]. Alors qu'en cas de services bancaires rattachés à la détention d'un compte, la tarification mentionnée dans le contrat d'ouverture ne semble pas poser de difficultés pour le client qui prend connaissance d'informations peu complexes, il en va autrement pour l'hypothèse du crédit. D'une part, la prise d'un crédit s'accompagne souvent de la souscription d'une assurance et du paiement de frais divers, ce qui vient alourdir le coût du concours. D'autre part, la multiplicité de ces frais annexes peut induire en erreur l'emprunteur au moment de la signature du prêt qui ne tiendrait compte que du taux effectif, c'est-à-dire de la seule rémunération du banquier. C'est pourquoi la question du formalisme relatif à la mention du coût du crédit fera l'objet d'une étude spécifique.

298. Le cas spécifique du taux effectif global -. L'article L. 311-10 oblige le prêteur à mentionner le coût total du crédit, ainsi que le taux effectif global, pour lequel l'article L. 313-1 prévoit précise les éléments composant ce taux. Cet élément du taux effectif global est prépondérant en ce qu'il représente le coût réel du crédit pour l'emprunteur. La loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966, modifiée par l'ordonnance du 23 mars 2006, à l'article L. 313-2 du Code de la consommation, impose au banquier de mentionner le TEG dans tout contrat de prêt[373]. Cette exigence doit prendre la forme écrite[374], et reprend le formalisme en matière d'intérêt conventionnel de l'article 1907 du Code civil qui dispose que « *le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit.* » Le fondement de cette règle relève donc du droit

[370] V. ainsi L. 311-10 1°, L. 312-8 1° pour le crédit et L. 121-20-10 1° pour le démarchage.
[371] V. ainsi L. 311-10 2°, L. 312-8 2° et L. 121-20-10 2°.
[372] V. L. 313-1 et L. 313-2 en matière de TEG pour le crédit à la consommation et le crédit immobilier, L. 121-20-10 3° pour le coût de la prestation issue du démarchage, et L. 312-1-1 I pour le tarif des services liés à la tenue du compte de dépôt.
[373] L'article dispose en effet que le « *le taux effectif global déterminé comme il est dit à l'article L. 313-1 doit être mentionné dans tout écrit constatant un contrat de prêt régi par la présente section* ».
[374] Article L. 313-2 alinéa 1er du Code de la consommation.

commun. Le formalisme est imposé à peine de nullité de la stipulation des intérêts[375], en plus de la sanction pénale de l'article L. 313-2 alinéa 2[376]. En pareil cas, le taux légal doit être substitué au taux conventionnellement convenu[377]. Erigée dans l'intérêt exclusif de l'emprunteur, la sanction est une nullité relative qui se prescrit par cinq ans[378].

299. Il convient alors de préciser la portée de cette protection fondée sur le formalisme -. Le champ d'application est large, et ceci est confirmée par la jurisprudence pour qui l'obligation de fixer par écrit le TEG est d'application générale et concerne notamment les intérêts afférents au solde débiteur d'un compte courant[379], ce qui pose la question de savoir s'il s'agit d'une simple facilité de caisse ou d'un emprunt[380]. Si le domaine quant aux activités est large, l'on peut cependant s'interroger sur l'étendue des personnes qui bénéficient de ce formalisme relatif au TEG. En effet, l'insertion de cet article dans la chapitre III du Code de la consommation intitulé « *Dispositions communes aux chapitres Ier et II* » invite à penser, *a priori*, que le champ d'application de l'article L. 313-2 se limiterait aux prêts à la consommation et aux prêts immobiliers. Il en résulterait que les prêts conclus pour les besoins de l'activité professionnelle de l'emprunteur soient exclus. **Pourtant la jurisprudence étend cette exigence de l'écrit aux prêts consentis aux personnes agissant pour leurs besoins professionnels[381], au motif qu'aucune restriction de nature à en exclure l'application n'existe au de la rédaction de l'article L. 313-2**. Deux remarques expliquent cette solution. D'une part, la codification à droit constant des règles relatives aux prêts, réalisées par la loi n° 93-949 du 26 juillet 1993, n'abroge pas les dispositions générales issues de la loi de 1966, si bien que les prêts consentis pour les besoins professionnels de

---

[375] Cass. civ. 1ère, 21 janv. 1992, Bull. civ. I, n° 22, p. 14 ; Cass. civ. 1ère, 22 janv. 2002, Bull. civ. I, n° 22; Banque et Droit mai-juin 2002. 50, obs. T. BONNEAU.

[376] L'article prévoit précisément une amende de 4 500 euros.

[377] Cass. civ. 1ère, 21 janv. 1992, précité.

[378] Au sujet du point de départ de cette prescription, la Cour de cassation a jugé qu'elle commence à courir à compter de la révélation de l'erreur sur le taux à l'emprunteur, V. Cass. civ. 1ère, 7 mars 2006, Banque et droit, n° 108, juill.-août 2006. 61, obs. T. BONNEAU, ce qui ne peut aller que dans le sens d'une protection accrue de l'emprunteur.

[379] Cass. civ. 1ère, 9 févr. 1988, Bull. civ. I, n° 34; JCP éd. G 1988, II, 21026, note Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET ; Banque 1988, p. 590, note RIVES-LANGE ; Cass. com., 12 avr. 1988, D. 1988, p. 309, concl. JEOL ; RTD com. 1988, p. 475, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE ; RTD civ. 1988, p. 733, obs. J. MESTRE.

[380] Ainsi pour un compte courant d'associé coopérateur dont la finalité est de faciliter les échanges commerciaux, ne peut pas être assimilée à un emprunt, et donc, l'obligation de fixer par écrit le TEG n'est pas applicable au solde débiteur d'un compte courant d'associé coopérateur. V. Cass. civ. 1ère, 21 févr. 2006, RJDA 2006, n° 552 ; Dr. sociétés 2006, n° 87, obs. LUCAS ; RD rur. 2006, n° 107, obs. J.-J. BARBIERI.

[381] Cass. civ. 1ère, 22 janv. 2002, Bull. civ. I, n° 23; D. 2002, p. 2670, note DEBET ; D. 2002, AJ, p. 884, obs. A. LIENHARD ; RTD civ. 2002, p. 287, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Banque et Droit mars-avr. 2002, n° 54, obs. T. BONNEAU ; JCP éd. N 2002, n° 39, p. 1341, note L. LEVENEUR ; JCP éd. E 2003, n° 11, p. 466, obs. J. STOUFFLET.

l'emprunteur ne se trouvent exclus du seul fait de l'insertion de l'article L. 313-2 dans un Chapitre III relatif aux dispositions intéressant le crédit à la consommation et le crédit immobilier. D'autre part, l'article 1907 qui impose que le taux conventionnel soit fixé par écrit semble justifier l'application de l'article L. 313-2 à tous les contrats de prêts.

300. Opérant un très large consensus en ce sens, à de rares exceptions[382], cette position témoigne de l'inadéquation des dispositions relatives au taux avec le cadre dans lequel elles s'insèrent au sein du Code de la consommation. En effet, alors que les dispositions des chapitres Ier et II excluent le professionnel, celles relatives au TEG qui se réfèrent pourtant à ces chapitres l'intègre dans leur champ d'application comme en témoigne les arrêts précités. L'application des techniques liées formalisme est donc appliquées largement par la jurisprudence.

301. Si le formalisme des Chapitres Ier et II sur les mentions contenues dans le contrat de prêt, prêt à la consommation ou prêt immobilier, ne s'imposent pas au prêteur quand l'emprunteur est professionnel, nous pensons que l'application de l'article L. 313-2 aux personnes contractant pour leurs besoins professionnels est salutaire. C'est cette mention qui informe avec précision l'emprunteur du coût du crédit. Or c'est, à nos yeux, l'information la plus pertinente pour le client du banquier, et la qualité de professionnel ou de non professionnel de ce client est selon un élément indifférent : en effet, être professionnel ne prédispose en rien à pouvoir connaître mieux que le non professionnel le coût réel du crédit dès lors les règles de calcul, de l'assiette du taux sont suffisamment complexes pour penser que cet emprunteur est toujours créancier de cette obligation puisque l'information lui sera toujours utile[383].

302. L'inexécution de l'obligation d'information relative au taux est appréciée sévèrement par les tribunaux. Cette mention doit figurer dès l'origine sur l'acte de prêt et

---

[382] Pour certains arrêts d'appel, contredisant la solution de la Haute juridiction, et jugeant que ces dispositions ne sauraient être invoquées pour un crédit consenti à une société civile immobilière dans le cadre de son activité habituelle d'achat et de revente d'immeubles, V. Poitiers, 17 févr. 1998, RD bancaire et bourse 1999, n° 119, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD.

[383] Comme le Professeur FABRE-MAGNAN l'expose, le contractant devient créancier de l'obligation d'information dès lors que cette information lui est utile : c'est le critère matériel de l'obligation d'information. Ce à quoi l'éminent professeur ajoute que cette information n'est due que si elle est légitimement ignorée de son créancier : c'est le critère psychologique. En ce sens, V. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1992, p. 135 et 197. V. aussi nos propos sur la question des critères de l'obligation de d'information, *infra* n° 237.

concerne aussi les ouvertures de crédits en compte[384]. Cette exigence ne peut être palliée par l'inscription du TEG sur les relevés de comptes adressés au client, même lorsque celui-ci ne la conteste pas[385]. Sur ce point, la rigueur avec laquelle l'exécution de cette obligation d'information est appréciée ne se limite pas au stade de la formation du contrat. Ainsi, dans le cas du crédit en compte courant, la mention du TEG est exigée sur un écrit préalable, mais aussi sur les relevés périodiques reçus par l'emprunteur[386]. A défaut de stipulation écrite du TEG dès l'ouverture de crédit, les agios ne sont dus qu'à compter de l'information régulièrement reçue, valant seulement pour l'avenir. Et si cette mention est au contraire omise dans les relevés périodiques, ce taux ne vaut pas, s'agissant d'un compte courant, reconnaissance d'une stipulation d'agios conventionnels[387].

303. L'information du client en cas de taux variable -. Aussi formative qu'elle puisse être, cette mention peut sembler s'accorder de manière délicate avec la pratique du taux variable. En pareil cas, il est question de savoir si le banquier doit informer son client de l'évolution du taux ? Valide au regard de la licéité du prix déterminable par des éléments extrinsèques au contrat[388], et couramment stipulée, la variation du taux application est fonction du taux de base bancaire. Ce taux n'est défini par aucun texte légal ou réglementaire mais son usage s'est forgé sur la pratique de la profession. Chaque banque fixe elle-même librement le taux de base qu'elle entend retenir pour ses opérations. Ce taux sert encore de

---

[384] Cass. civ. 1ère, 9 févr. 1988, Bull. civ. I, n° 34 ; Banque 1988, p. 590, obs. J.-L. RIVES-LANGE; JCP éd. G 1988, II, 21026, note Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET.

[385] Cass. civ. 1ère, 17 janv. 1995, Bull. civ. I, n° 36 ; D. 1995, p. 213, note D.-R. MARTIN ; Banque avr. 1995, n° 92, obs. J.-L. GUILLOT ; Defrénois 1995, p. 743, obs. D. MAZEAUD ; RD bancaire et bourse 1995, n° 79, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD.
L'unité au sein des Chambres est manifeste, V. Cass. com., 10 mai 1994, Bull. civ. IV, n° 174 ; D. 1994, p. 550, note D.-R. MARTIN ; JCP éd. E 1994, pan, p. 907 ; RD bancaire et bourse 1994, n° 236, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD.

[386] Cass. com., 20 févr. 2007, Bull. civ. IV, n° 47 ; R. 2007, p. 414 ; D. 2008. pan., p. 879, obs. D.-R. MARTIN ; D. 2007, AJ, p. 796, obs. C. RONDEY ; RTD com. 2007, p. 426, obs. D. LEGEAIS ; JCP éd. G 2007, IV, 1671 ; RD banc. fin. 2007, n° 142, obs. F.-J. CREDOT et M. SAMIN ; Banque et Droit juill.-août 2007, n° 17, obs. T. BONNEAU ; RJDA 2007, n° 1005 ; Cass. com., 8 janv. 2008: JCP éd. E 2008, n° 24, p. 13, obs. J. STOUFFLET ; RD banc. fin. 2008, n° 34, obs. F.-J. CREDOT et M. SAMIN ; Cass. com., 10 juin 2008, RD banc. fin. 2008, n° 102, obs. F.-J. CREDOT et M. SAMIN ; Banque et Droit juill.-août 2008, n° 15, obs. T. BONNEAU ; RLDA sept. 2008, n° 43, obs. D. CHEMIN-BOMBEN.

[387] Cass. com., 20 févr. 2007, précité.

[388] La question de l'indétermination s'est aussi posée pour les taux variables, lesquels peuvent être fixés provisoirement et sujets à variation si cette variation est fonction d'un élément extrinsèque au contrat, ainsi est est-ce le cas de la détermination du TEG en fonction du taux de base bancaire. V. la solution de principe, Cass. Ass. plén., 1er déc. 1995, D. 1996, p. 13, concl. JEOL, note L. AYNES ; JCP éd. G 1996, II, 22565, concl. JEOL, note J. GHESTIN ; JCP éd. E 1996, II, 776, note L. LEVENEUR ; LPA, 27 déc. 1995, note M. BUREAU et N. MOLFESSIS ; RD bancaire 1996, n° 46, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; RTD civ. 1996, p. 153, obs. J. MESTRE.
Pour une application en matière de taux variable, V. Cass. com., 9 juill. 1996, JCP éd. E 1996, II, p. 861, note J. STOUFFLET.

référence à la tarification d'environ un tiers des crédits à court et moyen terme consentis aux entreprises, notamment aux PME. Au regard de ces chiffres, nous ne douterons donc pas de l'importance la question de l'information du client. Concrètement, si l'acte doit mentionner le TEG, en cas de modification du taux de base bancaire, le banquier doit-il dans les relevés périodiques mentionner la modification du TEG ?

304. Dans un premier temps, par un arrêt du 19 octobre 2004, la Cour de cassation a décidé que pour les prêts à taux d'intérêt variable, le taux doit être porté à titre indicatif dans la convention de prêt, puis doit être mentionnée dans les relevés périodiques[389]. Protectrice du client, cette solution se justifie d'autant qu'elle n'implique, pour le banquier, que peu d'efforts à effectuer, le calcul du nouveau taux se faisant par le biais de l'outil informatique, celui-ci n'a ensuite plus qu'à le mentionner dans les relevés périodiques.

Il a cependant été reproché à cette solution son caractère trop général. En effet, la protection semblait pertinente quand il s'agissait d'un crédit sous forme de découvert en compte courant puisque aucun écrit ne stipulait le taux. Elle a été jugée au contraire superflue pour un prêt, le taux étant préalablement porté à la connaissance de l'emprunteur. En effet, dans le cas du prêt classique, la protection paraît inutile, l'emprunteur étant déjà informé du mécanisme de la variabilité du taux dans l'acte de prêt. La sanction par la nullité de la clause d'intérêt semble alors d'autant plus sévère qu'on sanctionne l'absence d'une information redondante, déjà connue du client

L'information, durant l'exécution du contrat, relative au taux variable n'aurait alors d'intérêt que pour le crédit en compte courant, lorsqu'il n'existe pas de convention préalable mentionnant ce mécanisme. Dans cette hypothèse, il nous semble légitime de penser que le client doive être informé de l'évolution du taux par une mention sur les relevés périodiques. Ainsi, il a pu être aussi avancé que le risque engendré par la solution de la Cour de cassation, qui été soulevé par la Fédération Bancaire Française[390], serait que tous les taux variables soient substitués au profit de taux fixes, auquel cas, le coût pour les banques auraient été exorbitants. Sensible à ces arguments, la Cour de cassation opéra un revirement par un arrêt du 20 décembre 2007[391], dans lequel la Cour, dans un *obiter dictum*, en visant l'article L. 313-

[389] Cass. civ. 1ère, 19 oct. 2004, JCP éd. E 2004, p. 1862, avis de l'avocat général CAVARROC, RTD com. 2005, p. 152, note M. CABRILLAC.
[390] V. en ce sens l'intervention de la Fédération bancaire française devant la Cour de cassation, RTD com. 2008, p. 159.
[391] Cass. civ. 1ère, 20 déc. 2007, n° 06-14.690, arrêt n° 1148, CRCAM de l'Anjou et du Maine c/ Sté Le Brasseur, D. 2008, AJ, p. 286, obs. V. AVENA-ROBARDET ; D. 2008, chron. p. 638, obs. C. CRETON ; RTD com. 2008, p. 159, obs. D. LEGEAIS.

2, affirme que « *le texte ne fait pas obligation au prêteur, en cas de stipulation de révision du taux d'intérêt originel selon l'évolution d'un indice objectif, d'informer l'emprunteur de la modification du TEG résultant d'une telle révision* ». Ce revirement peut être approuvé en ce qu'il évite au banquier de devoir à l'emprunteur une information que ce dernier connaît déjà.

305. Déjà de manière similaire et concernant le mode de calcul du taux variable, une doctrine autorisée a pu affirmer que « *l'information écrite de la variation du taux n'est exigée que lorsqu'elle est véritablement nécessaire*»[392] . Il ne conviendrait d'informer l'emprunteur que lorsqu'il ignore l'indice sur lequel est calculée la variation du taux. Ainsi ce ne serait pas le cas lorsque le taux varie est fonction d'un indice objectif aisé à connaitre. Inversement, si la banque applique une variation en fonction de son taux de base ignoré de l'emprunteur, une mention écrite s'impose à chaque modification du taux. Nous nous permettons de ne pas partager cet argument. **Tout d'abord rien ne permet de distinguer selon que le client a connaissance ou pas de l'indice utilisé pour le calcul du taux variable** : il paraît difficile de savoir pour le banquier si le client a vraiment connaissance d'un taux de variation, même objectif, que ce dernier pourrait connaître lui-même. **Enfin, rien n'invite ensuite à penser que l'obligation de faire état d'une mention sur la variation du taux est conditionnée par la connaissance pour l'emprunteur de l'indice sur lequel le taux est calculé**. Cette connaissance nous semble indifférente. Certes il a été magistralement démontré par un auteur que l'information, pour être exigible doit être ignorée et utile pour le contractant[393], si bien que si l'indice est connu de l'emprunteur, la modification du taux n'a pas été mentionnée dans le relevé périodique. **Toutefois nous pensons que le caractère d'ordre public[394] de l'article L. 313-2 évince ce critère de l'utilité de l'information pour le contractant**, de sorte que l'information est due même lorsque le créancier connait l'information. Cet argument nous incite à dire que ce caractère postule que l'information dont est débiteur l'emprunteur lui est toujours utile, dans le sens où l'information est protectrice. En pratique, même si l'acte mentionne le mécanisme de variation du taux, il ne serait jamais vain de mentionner le nouveau taux à chaque relevé périodique. D'une part, cette information permet de connaître précisément le coût du prêt en cours d'exécution, et d'autre part, le calcul du nouveau taux reste sibyllin aux yeux de l'emprunteur, avec toute la difficulté ou le risque d'erreur que cela comporte.

---

[392] D. LEGEAIS, RTD com. 2008, p. 159, précité.
[393] V. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie,* th. précitée, n° 175 et s., p. 139.
[394] Cass. com., 13 juin 1995, RJDA 1995, n° 1397.

306. Nous appuyons notre position sur les pratiques bancaires relatives aux « taux d'intérêt d'appel ». Concrètement, lors de l'émission de l'offre de prêt, certains établissements communiquent sur un taux d'appel extrêmement bas afin de se présenter comme compétitifs et dans certains cas de passer en dessous du taux d'endettement maximum du consommateur, ce qui permet aux clients les plus modestes d'accéder au crédit. Or, en pratique, le taux qui s'applique lors de la première révision de l'emprunt n'est pas ce taux d'appel, compétitif, mais un taux constitué de la valeur d'un indice, souvent l'indice EURIBOR[395], augmenté d'une marge fixe allant de 1,3 % à 2 % en moyenne. Même sans augmentation de cet indice de référence, les clients peuvent ainsi passer d'un taux d'intérêt de 3 % à 5 % dès la première révision. Cette pratique du taux d'appel induit en erreur l'emprunteur sur le coût réel du contrat de prêt qu'il souscrit. Cependant, la mention des modalités de révision du taux figurant dans le corps du contrat ne suffit pas à fournir à ce dernier une information claire sur le mécanisme du crédit et sur la portée de son engagement. **En pareil cas, il nous semble que la mention écrite systématique de la variation du taux est protectrice des intérêts de l'emprunteur**.

307. Pour les risques du crédit à taux variable, le législateur, aux fins d'assurer une meilleure information de l'emprunteur, est venu rajouter un article L. 312-8 2° *ter*, par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008[396], ainsi rédigé : « *pour les offres de prêts dont le taux d'intérêt est variable, est accompagnée d'une notice présentant les conditions et modalités de variation du taux d'intérêt et d'un document d'information contenant une simulation de l'impact d'une variation de ce taux sur les mensualités, la durée du prêt et le coût total du crédit. Cette simulation ne constitue pas un engagement du prêteur à l'égard de l'emprunteur quant à l'évolution effective des taux d'intérêt pendant le prêt et à son impact sur les mensualités, la durée du prêt et le coût total du crédit. Le document d'information mentionne le caractère indicatif de la simulation et l'absence de responsabilité du prêteur quant à l'évolution effective des taux d'intérêt pendant le prêt et à son impact sur les mensualités, la durée du prêt et le coût total du crédit* ». La ligne tenue par le législateur tient résolument sur une information du client au stade de la formation du contrat. Toutefois, si l'accent est mis sur une protection *ab initio*, il ne paraît pas douteux que l'on puisse la prolonger au stade de

[395] L'EURIBOR, EURo InterBank Offered Rate, est le taux interbancaire offert entre banques de meilleures signatures pour la rémunération de dépôts dans la zone Euro. Il sert d'index pour les crédits à taux variables.
[396] Loi n° 2008-3 du 3 janv. 2008, art 25-II, JO 4 janv. 2008, p. 258.

l'exécution. Si le banquier doit informer son client dès la conclusion de l'acte, sur l'étendue de l'engagement de celui-ci, rien n'interdit qu'il puisse le faire durant son exécution.

308. A nos yeux, ces informations au moment de conclusion ou en cours d'exécution du contrat sont autant indispensables que différentes. L'information donnée, à l'image du nouvel article L. 312-8 2° ter, au moment de la conclusion de l'acte, participe du devoir général d'information du banquier à l'égard de son client. En effet, la notice remise à l'emprunteur permet d'attirer son attention sur le coût réel du crédit, et partant, de la charge qu'il aura à supporter. **Au contraire, l'information que peut devoir le banquier, durant l'exécution du contrat, à l'occasion de l'envoi des relevés périodiques se destine à assurer une exécution satisfaisante du contrat de prêt pour la banque**. Nous pensons que la loi du 3 janvier 2008 qui consolide, lors de la conclusion de l'acte, l'information dont est créancier l'emprunteur, n'est toutefois pas de nature à satisfaire l'exigence d'une protection suffisante qui doit, nous le soutenons, se prolonger durant l'exécution de cet acte. C'est pourquoi, nous regrettons la position, de principe[397], tenue par l'arrêt du 20 décembre 2007. Selon nous, **l'article L. 313-2 devrait faire obligation au prêteur, même en cas de stipulation de révision du taux d'intérêt originel selon l'évolution d'un indice objectif, d'informer par écrit l'emprunteur de la modification du TEG résultant d'une telle révision**.

309. Nous la regrettons d'autant plus la position de la Cour de cassation qu'il est plus aisé pour le banquier de calculer et de mentionner la variation du taux dans les relevés périodiques, que de procéder pour l'emprunteur à cette périlleuse opération à laquelle il n'est pas aguerri, quand bien même ce serait un professionnel.

310. La détermination du taux effectif global -. La protection par l'information de l'emprunteur, si elle passe par la question de la mention du taux, implique aussi pour ce dernier d'en connaître la composition, ce qui permet de déterminer avec précision le coût réel du crédit. La connaissance du coût réel du crédit ne peut être précise que si l'on sait quels éléments composent ce calcul. Il importe donc d'en connaître le détail. Précisément il convient de savoir si certaines dépenses sont à prendre en compte dans la détermination de ce

[397] Nous pouvons déduire des mentions de l'arrêt, P+B+R+I, que la Cour de cassation a entendu poser une solution de principe.

taux. Ainsi, qu'en est-il pour les frais d'assurance ? Qui des frais de notaire et d'inscription hypothécaire ?

311. Selon le Code de la consommation[398], le TEG doit comporter « *les intérêts, les frais, les commissions ou rémunérations de toute nature, directs ou indirects, y compris ceux qui sont payés ou dus à des intermédiaires intervenus de quelque manière que ce soit dans l'octroi du prêt, même si ces frais, commissions ou rémunérations correspondent à des débours réels* ». A nos yeux, cette disposition paraît bien large. La jurisprudence l'a précisée au cas par cas. Ainsi a-t-elle exigé que le calcul du TEG inclue les frais d'assurances ou de sûretés[399], les frais de dossiers[400] Tentant de systématiser la règle, il semble qu'il faille inclure dans l'assiette du taux tous les éléments, accessoires au prêt, et formant un tout avec lui[401]. C'est ainsi que l'on prédire sans peine que les commissions dues aux intermédiaires faisant l'objet d'un service distinct du prêt, mais lui étant nécessaire, rendre dans le calcul. Une réponse ministérielle exclurait aussi les frais d'assurances optionnelles qui n'auront pas été souscrites ainsi que l'assurance-incendie qui incombe à tout propriétaire diligent indépendamment des modalités de financement de son immeuble[402]. Toutefois cette dernière exclusion n'est pas une exclusion de principe, et par le jeu de l'accessoire, la jurisprudence l'intègre tout de même dans le calcul tu TEG lorsque la souscription de cette assurance conditionne l'octroi du prêt[403]. Le principe est qu'il faut inclure tous les frais nécessaires à l'obtention du prêt, quoique provisoires[404]. Nous pensons que l'exclusion de cette assurance par la réponse ministérielle précitée est regrettable. D'une part, elle est indirectement liée au prêt immobilier puisqu'elle peut est demandée sous peine de ne pas recevoir le prêt sollicité. D'autre part, il est possible de distinguer suivant que l'assurance est obligatoire ou non lors dans l'offre préalable. Ainsi si l'exclusion des assurances facultatives est manifeste, l'on pourrait l'intégrer à l'assiette du TEG au cas où elle est obligatoire et l'exclure lorsqu'elle est facultative. Nous pensons que cette solution est la plus judicieuse au regard de l'exigence

[398] Article L. 313-1 alinéa 1er du Code de la consommation.
[399] Cass. crim., 12 oct. 1976, Bull. crim., n° 288 ; D. 1976, IR, p. 288.
[400] CA Paris, 15ème ch. B, 18 nov. 2005, RG n° 04/14873 ; JCP éd. E 2006, 1850, p. 964, obs. C. LASSALAS-LANGLAIS.
[401] Cass. com., 3 oct. 1995, n° 93-15.424, Rev. huiss. 1996, 1378, note J. HESBERT.
[402] Rép. min. n° 35037, JO Sénat Q 23 oct. 1980, p. 4002.
[403] Cass. civ. 1ère, 23 nov. 2004, n° 02-13.206, Bull. civ. I, n° 289 ; JCP éd. G 2005, IV, 1013 ; D. 2005, jur. p. 2757, note G. BIARDEAUD ; Banque et droit mars-avr. 2005, p. 46, obs. T. BONNEAU ; RD bancaire fin. janv.-févr. 2005, p. 14, n° 6, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; Gaz. Pal. n° 156, 5 juin 2005, p. 34, note S. PIEDELIEVRE ; et plus récemment, Cass. civ. 1ère, 13 novembre 2008, n° 07-17.737.
[404] Cass. civ. 1ère, 23 nov. 2004, précité.

posée par l'article L. 313-1 alinéa 1er. Une partie de la doctrine penche d'ailleurs en sa faveur[405].

312. L'application du formalisme par la jurisprudence en matière de TEG montre que cette dernière est tantôt sévère à l'égard du banquier, tantôt pas toujours protectrice à l'égard du client. Toutefois, les opérations de clientèle ne sont toutefois pas le seul terrain du formalisme protection. Il en est de même pour les services financiers proposés par le banquier.

B) Le formalisme informatif à l'occasion des services financiers

313. L'existence d'un formalisme indirect en matière de services financiers -. Les informations assurent l'intégrité du consentement du client du banquier, et évincent les zones d'ombre entourant la compréhension de la portée de son engagement. L'information s'impose d'autant plus que l'engagement porte sur des obligations nées d'un acte complexe. L'on ne s'étonnera donc pas de trouver une multitude de référence aux obligations d'information dans les dispositions légales entourant la mise à œuvre par le banquier de services financiers aux profits du client. En est-il ainsi des obligations du prestataire de services d'investissement, lesquels doivent respecter des règles de bonne conduite[406] imposées par le législateur. En la matière, pour les services d'investissement, ce dernier a codifié ces règles aux articles L. 533-11 à L. 533-18 du Code monétaire et financier. Précisément, quant aux informations intéressant l'investisseur, l'article L. 533-12, issu de l'ordonnance n° 2007-544 du 12 avril 2007[407] et transposant la directive MIF[408], dispose, dans un premier alinéa, que « *toutes les informations, y compris les communications à caractère promotionnel,*

---

[405] Notamment, T. BONNEAU, note sous Cass. civ. 1ère, 23 nov. 2004 précité ; J. STOUFFLET, note sous CA Orléans, ch. com., 6 avr. 2006, JCP éd. E 2006, 2697, n° 35, p. 2033 ; R. ROUTIER, note sous Cass. civ. 1ère, 23 nov. 2004, Lexbase hebdo aff. 16 déc. 2004, n° N3897ABX.

[406] J.-G. D'HEROUVILLE, Banque et Droit janv.-févr. 1998, p. 20 ; J.-M. BOSSIN et G. DE LAMBILLY, Banque et Droit mai-juin 1998, p. 3 ; S. MOUSOULAS, Bull. Joly Bourse 1998, p. 217 ; J.-M. BOSSIN, L. FAUGEROLAS, E. FERNANDEZ-BOLLO, D. Affaires 1998, p. 1578 ; C. ROUSSET et A. TAUFFLIEB, Banque et Droit mars-avr. 1999, p. 20 ; S. TANDEAU DE MARSAC, Gaz. Pal. 1999, 2, doctr. 1114 ; P. BOUTEILLER, RD bancaire et bourse sept.-oct. 1999, suppl. Ingénierie patrimoniale, p. 4 ; H. DE VAUPLANE, Dr. sociétés 1999, chron. 21 ; M. GERMAIN, Banque et Droit mars-avr. 2000, p. 14 ; GIZZARD et DESCHANEL, Mélanges AEDBF-France III, Banque éditeur, 2001, p. 157 ; F. PELTIER, RD banc. fin. 2002, p. 285 ; C. PENICHON, RJ com. nov. 2003, p. 48 ; R. KADDOUCH, D. 2004. chron., p. 796 ; N. CUZACQ, Rev. sociétés 2006, p. 491 ; H. CAUSSE, *Impertinences sur l'obligation d'information et la responsabilité de l'intermédiaire financier*, *Mélanges D. SCHMIDT*, Joly Editions, 2005, p. 147 ; M. STORCK, Bull. Joly Bourse 2007, p. 312.

[407] Ordonnance n° 2007-544 du 12 avr. 2007, publiée au JO du 13 avr. 2007

[408] Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 relative aux marchés d'instruments financiers.

adressées par un prestataire de services d'investissement à des clients, notamment des clients potentiels, présentent un contenu exact, clair et non trompeur. Les communications à caractère promotionnel sont clairement identifiables en tant que telles. » Relatif au contenu de l'information, l'article poursuit sur la finalité des obligations transmises et dispose enfin, dans un second alinéa, que « *les prestataires de services d'investissement communiquent à leurs clients, notamment leurs clients potentiels, les informations leur permettant raisonnablement de comprendre la nature du service d'investissement et du type spécifique d'instrument financier proposé ainsi que les risques y afférents, afin que les clients soient en mesure de prendre leurs décisions d'investissement en connaissance de cause* ». Il convient de réfléchir quelques instants sur la technique employée par le législateur.

314. La nature de la technique employée par le législateur pour transmettre l'information -. Alors qu'aucune forme ne paraît être a priori imposée dans la transmission des informations visées par le législateur, il nous semble pertinent de s'interroger sur le fait de savoir s'il ne s'agirait pas ici d'un formalisme indirect. En effet, la loi assigne une obligation aux prestataires tenant à la finalité visée dans la transmission de ces informations : celles-ci doivent être claires, exactes et non trompeuses. Il serait permis d'y voir une obligation de moyen. Enfin, le législateur de poursuivre en disposant que ces informations doivent permettre au client de connaître les caractéristiques du produits proposés ainsi que les inconvénients, notamment les risques de pertes, y afférents. Il s'agit donc d'une disposition réglementant le contenu matériel de l'offre de service au regard de l'efficacité qu'auraient ces informations sur le consentement du client. En cas de contentieux, le contentieux se cristallisera donc sur le fait de savoir si ces informations étaient de nature à correctement renseigner l'investisseur. Il importe donc que le banquier puisse apporter la preuve que ces informations ont bien été transmises. A cet égard, la technique employée par la loi relèverait du formalisme indirect par lequel aucune forme ne serait imposée mais aux termes duquel l'écrit serait favorisé en vue de pouvoir prouver que les informations répondent bien aux exigences posées par le législateur. Ainsi, l'absence de formalisme direct ne veut pas dire que le contrat soit sans forme. Simplement, les parties ont tout intérêt a recourir à une forme écrite pour éviter que le poids du risque probatoire n'incombe au banquier qui aurait été négligent de ne pas constituer la preuve que son client a bien perçu la portée de son engagement. Au surplus, cette importance de l'écrit est-elle renforcée au regard de l'article 1341 du Code civil

qui définit le régime de la preuve du contrat en prévoyant que, par principe[409], ce dernier doit être prouvé par écrit. Il convient de se pencher sur les informations que vise le législateur aux termes de l'article L. 533-12 du Code monétaire et financier.

315. Les caractéristiques des informations transmises par le prestataire de service d'investissement -. *In fine*, l'article L. 533-12 ne précise pas la teneur des informations à transmettre, il en prévoit simplement la portée : ce sont celles de nature à permettre à l'investisseur d'apprécier les bénéfices retirés de l'opération ainsi que les risques auxquels il s'expose en réalisant celle-ci. Au demeurant, il paraîtrait vain pour le législateur de vouloir énumérer en un seul article toutes les mentions à transmettre alors que les produits financiers sont multiples. Il convient dès lors de se reporter au régime applicable à l'instrument en cause. Ainsi en-t-il des articles 314-30 et 411-50 du Règlement général de l'AMF pour les OPCVM. A titre particulier, la notice déposée auprès de l'AMF renseignera l'investisseur sur les informations ayant une influence décisive sur son consentement[410].

316. L'obligation d'information pesant sur le prestataire de service d'investissement peut en outre être qualité de générale, mais revêt aussi un caractère particulier. Au caractère général correspond l'étendue des personnes créancières de l'information ainsi que la variété de ces informations à transmettre. Le caractère particulier découle quant à lui de la prise en compte de la situation spécifique du client qui reçoit ces informations.

317. Le caractère général de l'obligation d'information -. Elle est générale à plus d'un titre. Concernant la nature des produits visés, l'obligation est due pour tous les produits proposés par le PSI, comme y invite à penser l'article L. 533-12 I du Code monétaire et financier par lequel le prestataire doit informer son client pour tous les services d'investissement qu'il propose. Enfin, le caractère général de cette obligation découle du caractère plural des créanciers de cette obligation : l'article L. 533-12 dispose que tous les

[409] Principe qui connaît ces quatre tempéraments suivantes :
la preuve est libre pour les contrats de moins de 1500 euros.
la preuve est libre lorsqu'il s'agit d'une opération commerciale entre commerçants.
la preuve est libre lorsqu'il y a une impossibilité morale ou matérielle de la prouver.
ou enfin s'il y a un commencement de preuve par écrit, il est possible de la compléter par tous moyens.

[410] Il est possible de catégoriser les informations transmises à l'investisseur au travers de la notice. Ainsi, si l'on prend l'exemple d'un FCPI, la notice renseigne sur l'identité des parties, un historique des performances, la description du produit, l'orientation de la gestion de l'actif, le fonctionnement de l'actif ainsi que les conditions de souscriptions,

clients sont visés, y compris potentiels. Pour autant, l'information entourant la conclusion d'un contrat portant sur un service fourni par un PSI peut revêtir un caractère particulier.

318. Le caractère particulier des informations transmises par le PSI -. Alors qu'une obligation générale d'information du client existe en matière de service d'investissement[411], il apparaît que le contenu de cette obligation est spécifique puisqu'il est destiné à « *comprendre la nature du service d'investissement et du type spécifique d'instrument financier proposé ainsi que les risques y afférents* »[412]. Cela permet alors au client d'être « *en mesure de prendre leurs décisions d'investissement en connaissance de cause* ». Cela suppose que l'information soit adaptée au client. Ce n'est pas tant le contenu de l'information en elle-même qui est prépondérante, c'est davantage le caractère adapté de l'information au client et compréhensible pour ce dernier qui est recherché. Ainsi, le PSI devra adapter, dans l'idéal, l'information en vue de la rendre *appréciable* et compréhensible vis-à-vis de l'investisseur. Le degré de l'information sera donc plus ou moins élevé suivant que le produit proposé est complexe ou qu'il se destine à différentes catégories de clients n'ayant pas tous la même expérience en matière d'investissement. Ces caractères de l'obligation d'information ne sont pas novateurs. Déjà, de manière analogue, la jurisprudence avait posé les fondements de la responsabilité du PSI dans le domaine, plus restreint, des marchés spéculatifs[413], en affirmant 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.* »

319. Cette position, plus restreinte que la disposition de l'article L. 533-12[414], montre l'existence d'une obligation générale d'information du PSI. Cette obligation vaut, que le

---

[411] V. ainsi l'article L. 533-12 précité qui pose un principe général et notamment, plus précisément, l'article 223-1A et suivants du Règlement général de l'AMF relatif à l'obligation d'information du public en matière de titres financiers, l'article 214-8 et 411-45 en matière de FCP, 214-12 en matière de SICAV, l'article 422-17 et suivants concernant les SCPI, etc.

[412] Article L. 533-12 du Code monétaire et financier.

[413] Cass. com. 5 nov. 1991, Bull. civ. IV, n° 327 ; D. 1991, IR, p. 269. Réaffirmé depuis, V. Cass. com, 18 mai 1993 ; Bull. civ. IV, n° 188 ; D. 1994, p. 142, note I. NAJJAR ; Gaz. Pal. 1994, 1, p. 85, note S. PIEDELIEVRE ; Bull. Joly Bourse 1993, p. 393, note T. BONNEAU ; Cass. com., 27 janv. 1998 ; Bull. civ. IV, n° 41 ; Quot. jur. 10 mars 1998, p. 6 ; Banque et Droit mars-avr. 1998, p. 31, obs. H. de VAUPLANE ;Gaz. Pal. 1998, 2, somm. p. 619, obs. S. PIEDELIEVRE. Cass. com., 5 oct. 1999, Dr. sociétés 2000, n° 63, obs. H HOVASSE.

[414] Sur la cohérence de l'arrêt Buon et de l'ancien article L. 533-4 du Code monétaire et financier, V. H. CAUSSE, *Impertinences sur l'obligation d'information et la responsabilité de l'intermédiaire financier*, Mélanges D. Schmidt, Joly éditions, 2005, p. 147. Le caractère restreint de cette jurisprudence vis-à-vis des obligations légales du PSI se résume, nous le reverrons au chapitre suivant, aux opérations spéculatives et à la

créancier de cette obligation soit ou non contractuellement lié à celui-ci, ce qui implique l'information est aussi due au client potentiel, comme le prévoit l'article 533-12 du Code monétaire et financier.

320. Quelle est enfin la forme que doit revêtir les informations relatives au produit financier que mentionne l'article L. 533-12 et qui sont imposées au PSI ? L'article reste mué à ce sujet. Il est cependant permis de procéder par analogie. Déjà, pour les OPCVM, l'article 411-45-1 du Règlement général de l'Autorité des marchés financiers qui impose la remise d'un prospectus complet d'information à l'investisseur, retient la forme écrite. Selon nous, l'article L. 533-12 imposerait le recours à l'écrit pour la communication des informations, même publicitaires, à l'investisseur dès lors que le législateur réglemente le contenu en imposant que ce dernier soit « *exact, clair et non trompeur* ». Au surplus, cette exigence est commandée par l'impératif pour le PSI de pouvoir prouver que l'investisseur a bien été informé des caractéristiques du produit, y compris des risques, puisqu'en cas de conflit c'est au banquier que revient la charge de prouver que son client a en été informé[415].

321. Si les obligations d'information sur le produit en lui-même font l'objet de dispositions spécifiques, l'acte formalisant le contrat entre le PSI et l'investisseur est pareillement réglementé. La démarche employée n'est d'ailleurs pas sans rappeler le droit applicable à l'ouverture de compte avec l'arrêté du 8 mars. 2005[416], portant application de l'article L. 312-1-1 du code monétaire et financier. En effet, le nouveau Règlement de l'AMF du 13 février 2007, dans son article 341-59, dispose que « *toute prestation de services d'investissement autre que le conseil en investissement fournie à un client non professionnel fait l'objet d'une convention établie sur papier ou un autre support durable.* ». Le choix de l'écrit est en concordance avec la finalité que vise l'article L. 533-12 du Code monétaire et financier, l'écrit étant de nature à faire perdurer dans le temps les informations transmises au client, ce qui est d'autant plus judicieux que le contrat est à exécution successive. L'article L. 314-59 poursuit en évoquant les mentions du contrat : l'identité de la ou des personnes avec lesquelles est établie la convention, la nature des services fournis ainsi que les catégories

---

qualité de la personne, préfigurant le devoir de mise en garde élaboré postérieurement par la Cour de cassation. La protection qu'opère le Code monétaire et financier est donc plus vaste.

[415] Cass. com., 20 janv. 2009, n° 07-17.556 ; D. 2009, AJ, p. 369, obs. E. CHEVRIER ; JCP éd. G 2009, IV, 1301.

[416] Arr. 8 mars. 2005, imposant l'écrit pour la convention de compte, et portant application de l'article L. 312-1-1 du code monétaire et financier précisant les principales stipulations devant figurer dans les conventions de compte de dépôt, JO 9 mars 2005.

d'instruments financiers sur lesquelles portent les services, la tarification des services fournis et le mode de rémunération, la durée de validité de la convention, et enfin, les obligations de confidentialité à la charge du prestataire de services d'investissement.
Se dessine alors un cadre contractuel formaliste dans lequel s'insère la relation entre le banquier, qu'il agisse en tant que teneur du compte, prêteur ou PSI, et son client, qu'il soit déposant, emprunteur ou investisseur.

322. A titre analogue, l'investisseur ou l'emprunteur qui souscrit un contrat d'assurance est protégé de la même manière. Précisément, l'article L. 112-2 alinéa 1er du Code des assurances dispose que « *l'assureur doit obligatoirement fournir une fiche d'information sur le prix et les garanties avant la conclusion du contrat.* » L'article qui le suit précise la forme de cette information, « *le contrat d'assurance et les informations transmises par l'assureur au souscripteur mentionnées dans le présent code sont rédigés par écrit, en français, en caractère apparent* », ce qui n'est pas sans rappeler l'article L. 133-2 alinéa 1er du Code de la consommation qui dispose que « *les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible* ». Le législateur impose l'écrit et l'assorti de l'obligation de clarté de la forme, de manière à ce que les informations utiles pour l'assuré ne puissent lui échapper si celles-ci eurent été trop peu apparentes.

323. Le formalisme protection existe enfin aussi en matière de contrat garantissant l'exécution d'un contrat principal -. Ainsi, en matière de cautionnement, l'article L. 341-2 du Code de la consommation[417], issu de la loi n° 2003-721 du 1er août 2003[418], dispose que la personne physique qui s'engage, sous seing privé en qualité de caution envers un professionnel, doit indiquer, avant sa signature, la mention manuscrite suivante : « *en me portant caution de X…, dans la limite de…couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de…, je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et biens si X… n'y satisfait pas lui-même* ». Ce formalisme a un domaine d'application très large. Il vise

[417] I. TRICOT-CHAMARD, JCP éd. G 2004, I, 112 ; Y. PICOD, *La mention manuscrite de la caution à l'épreuve de la loi pour l'initiative économique*, Dr. et proc. 2004, p. 256.
[418] Sur la réforme du cautionnement, par la loi du 1er août 2003, V. V. AVENA-ROBARDET, D. 2003, chron. p.2083 ; L. AYNES, Dr. et patr., nov. 2003, p. 28 ; D. FENOUILLET, RDC 2004, p. 304 ; D. HOUTCIEFF, JCP éd. G 2003, I, 161 ; D. LEGEAIS, JCP éd. E 2003, 1395 ; S. PIEDELIEVRE, Defrénois 2003, p. 1371 ; M ROMAN, Gaz. Pal. 19-20 nov. 2003, doctr ; Ph. SIMLER, JCP éd. G 2003, I, 176, n° 1 ; Y. PICOD, Dr. et proc. 2004, p. 4.

toutes les personnes physiques sans considérations de l'objet, professionnel ou non, du contrat de prêt. La protection est donc ouverte aux professionnels personnes physiques. Le caractère général du champ d'application de cet article appelle d'ailleurs quelques remarques.

324. Auparavant réservée au cautionnement des crédits à la consommation et immobiliers par l'article L. 313-7[419], la règle de la mention manuscrite est reprise à l'identique pour les cautionnements donnés par des personnes physiques. Cela emporte deux conséquences. La première, d'ordre théorique, est que l'article L. 313-7, applicable au crédit à la consommation et au crédit immobilier, perd tout intérêt du fait que l'article L. 341-2 englobe son champ d'application, si bien que la caution personne physique est visée par les deux textes. La seconde conséquence, pratique cette fois, est que l'application de cette protection n'est plus conditionnée à raison de la matière. **La protection de l'article L. 341-2 par le formalisme informatif pour le cautionnement n'est plus une protection conditionnée par l'objet du contrat, mais conditionnée uniquement par la qualité de la partie**. Cette démarche est identique à celle qu'a eue la Cour de cassation, en décidant que le contrat de prêt conclu avec un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel[420] : cette technique de protection est conditionnée par le critère *ratione personae* de la personne physique.

325. Cependant, nous ne sommes pas convaincus que pour le cautionnement donné par une personne physique dirigeant pour sa société, débiteur principal, s'accommode vraiment de la protection légale de l'article L. 341-2, et cela pour deux raisons : d'une part, lourd pour le banquier, ce formalisme contraignant pour la caution n'est, selon nous, pas de nature à protéger davantage la caution avertie, c'est-à-dire celle au courant de la pratique des affaires. Ce dernier est connaître, de par sa fonction, l'étendue du passif de sa société, de sorte que le formalisme s'avèrerait inutile à son égard. Enfin d'autre part, nous relèverons enfin que

---

[419] L'article L. 313-7 du Code de la consommation dispose que « *la personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution pour l'une des opérations relevant des chapitres Ier ou II du présent titre doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci:*
«En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de ... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de ..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même.» ».

[420] Cass. civ. 1ère, 28 mars 2000, Bull. civ. I, n° 105, p. 70 ; JCP 2000, II, 10296, concl. Avocat général J. SAINTE-ROSE ; JCP N, 2000, p. 1270, note D. LOCHOUAM ; Contrats, conc., consom. 2000, comm.. n° 106, obs. L. LEVENEUR ; Defrénois 2000, art. 37188, n° 41, obs. J.-L. AUBERT ; D. 2000, jur. p. 482, note S. PIEDELIEVRE; ibid. 2000, somm. p. 1615, obs. M.-N. JOBARD-BACHELIER ; D. 2001, somm. P. 1615, obs. M.-N. JOBARD-BACHELIER ; D. 2002, somm. p. 640, obs. D.-R. MARTIN ; H. CAPITANT, *Les grand arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, t. 2, 11 éd. par F. TERRE et Y. LEQUETTE, 2000, § 270.

cette disposition limite la portée du cautionnement donné par une personne physique à un créancier professionnel. L'article impose de mentionner une durée durant laquelle la personne se porte caution, si bien que l'on doit comprendre que, pour les cautions personnes physiques contractant avec un créancier professionnel, l'engagement doit être à durée déterminée. Cet impératif d'indiquer une durée dans l'acte est de nature à prohiber les clauses de contrats de cautionnement bancaire dans lesquelles l'engagement vaut « pour l'avenir »[421]. Enfin, la stipulation du montant de la somme à garantir, intérêts et pénalités inclus, semblent devoir interdire la souscription de cautionnement omnibus par les cautions personnes physiques auprès de prêteurs professionnels. Il nous semble pourtant que la finalité du législateur consiste davantage dans la transmission d'informations protectrices pour la caution que dans la volonté de prohiber certaines formes de cautionnement, d'autant plus que lorsqu'il est conclut par acte notarié, l'article L. 341-2 ne s'applique plus, de sorte que la caution personne physique peut souscrire un engagement indéterminé quant à son montant.

326. Que cela soit lors de l'octroi d'un concours destiné à une personne physique n'agissant pas pour ses besoins professionnels, de l'ouverture d'un compte de l'article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier, le régime du formalisme informatif semble, dès la conclusion du contrat, s'apparenter à celui de l'obligation générale d'information de l'article L. 111-1 du Code de la consommation. Le formalisme est aussi conditionné à la qualité de la personne.

Avant d'apprécier la pertinence de ce modèle[422], il convient de présenter les hypothèses dans lesquelles l'obligation d'information perdure au stade de l'exécution du contrat.

§ 2 - L'EXISTENCE DE L'INFORMATION AU MOMENT DE L'EXECUTION DU CONTRAT

327. Avant de relever les dispositions légales qui retiennent les techniques de protection par le formalisme au cours de l'exécution du contrat, il convient de rappeler la

[421] Ainsi, une clause stipulant que « *toutes les sommes que le cautionné peut à ce jour ou pourra devoir à l'avenir à la banque, à raison de tous les engagements, de toutes opérations et d'une façon générale de toutes obligations nées sans aucune exception directement ou indirectement, pour quelque cause que ce soit* » ne semble pas pouvoir être valable.
[422] V. *infra* n° 334.

finalité de l'information pendant cette phase contractuelle. Le Professeur FABRE-MAGNAN[423], expose, au sujet de la distinction entre obligation précontractuelle et obligation contractuelle, que ce n'est pas le moment exact de la conclusion du contrat qui importe pour les distinguer, mais les conséquences de l'exécution ou de l'inexécution de l'obligation pour le créancier. Ainsi les obligations contractuelles d'information seraient celles emportant une conséquence sur l'exécution du contrat et non celles qui sont dues après la conclusion de l'acte. L'obligation contractuelle d'information est celle qui permettrait une exécution satisfaisante du contrat. L'obligation d'information au stade de la période contractuelle semble donc être liée à l'idée de faute, qu'elle s'attache à éviter en informant le contractant afin qu'il puisse exécuter ses obligations en connaissance de cause. A l'inverse les obligations précontractuelles ne seraient pas celles nées avant la conclusion du contrat, mais celles qui ont une influence sur le consentement du contractant.

328. Cette distinction des deux obligations d'information que pose l'éminent auteur laisse penser les obligations contractuelles d'information protège pas tant le consentement du contractant durant l'exécution du contrat, mais plutôt assurer l'exécution satisfaisante de celui-ci. D'autres auteurs reprennent cette dichotomie[424]. Pourtant, le consentement perdure durant la phase contractuelle, ce qui est le cas notamment des contrats à exécution successive : chaque nouvelle opération nécessitera le consentement de son auteur. L'obligation contractuelle protège alors autant le contractant qu'elle permet une exécution satisfaisante de ses obligations.

Toutefois, au regard de la spécificité de la relation bancaire, nous démontrerons qu'il existe une distinction supplémentaire au sein des obligations contractuelles d'information. Une fois le client lié contractuellement avec le banquier, il est de nombreuses hypothèses dans lesquelles ce dernier reste débiteur d'obligations d'information envers son client. Certaines seraient destinées à éviter la commission d'une faute de nature contractuelle (A), et ont pour finalité que l'exécution satisfaisante du contrat, ce qui les rapprocherait de la définition de l'obligation contractuelle d'information évoquée par le professeur FABRE-MAGNAN.

D'autres encore, auraient pour finalité de d'éviter la réalisation d'un préjudice alors qu'une faute a déjà été commise (B). Ces obligations d'information tendent alors à éviter que

[423] M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, n° 331, p. 248.
[424] F. BOUCARD, *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, th. PUAM, 2002, n° 439 et suivants.

le client ne soit sanctionné par le banquier pour une faute qu'il aurait pu lui-même commettre. Cette seconde catégorie constituerait une exception à l'adage « *Nemo auditur*… ».

329. Il convient dès lors d'étudier cette nouvelles distinction d'obligation contractuelle d'information qui protège le client durant la phase de l'exécution du contrat.

A) L'obligation d'information tendant à éviter la commission d'une faute contractuelle

330. Il s'agit de la catégorie d'obligations contractuelles la plus vaste, tant par leur nombre que par l'étendue des matières touchées par ces obligations. Par souci de clarté, nous les regrouperons suivant qu'elles concernent les opérations de clientèle (1°), les opérations liées au crédit (2°) ou les services annexes (3°).

1° L'information en matière d'opérations de clientèle

331. Au titre de toutes les opérations de clientèle dans lesquelles le banquier doit informer son client postérieurement à la conclusion du contrat, figure en premier lieu la tenue du compte de dépôt et le contentieux née de l'envoi des relevés de comptes bancaires au client. Cette information mensuelle envoyée au client trouve son origine dans deux dispositions.

La première est celle de l'article L. 312-1-1, II, qui dispose que « *sauf si la convention de compte en dispose autrement, toutes les opérations en crédit et en débit d'un compte de dépôt doivent être portées à la connaissance du client à intervalle régulier n'excédant pas un mois*. »

332. L'article D. 312-5 5° du Code monétaire et financier dispose que l'obligation d'information périodique sur les opérations réalisées par le client, doit être formalisée par l'envoi du relevé mensuel des opérations effectuées sur le compte à son titulaire.

Cette obligation d'information n'est donc pas d'ordre public, les parties pouvant contractuellement aménager cette information périodique. La protection qui est offerte par l'envoi du relevé résulte des informations transmises par écrit dans le relevé.

L'exactitude de celle-ci conditionne le comportement du titulaire du compte à la réception de ce relevé : il peut contester s'il pense que l'opération que son banquier mandate a réalisée

pour son compte est mal ou pas exécutée. En effet, cette protection réside dans la possibilité de contestation. Faut-il encore, en premier lieu que ce dernier ait connaissance de ces opérations. L'obligation d'information qui retrace la vie du compte s'impose à plus d'un titre. D'une part, elle renseigne le client sur la gestion de son compte, et d'autre part, elle est de nature à permettre à celui-ci de réagir et d'éviter qu'une faute soit commise.

333. Le relevé comporte des énonciations diverses : il retrace les opérations effectuées pour le compte du client, qu'elles soient des écritures en débit ou en crédit, des achats, des ventes de titres… Ils mentionnent aussi le solde du compte, les frais et commissions dues, le taux des intérêts et, si besoin, le taux effectif global. L'information relative à ce taux est celui qui pose le plus de difficultés. La question pertinente est de savoir quel est le rôle du silence lors de la réception des relevés par le client lorsque l'indication du taux d'intérêt[425] fait défaut. Nous entendons par là le taux effectif global.

L'article L. 313-2 du Code de la consommation, que ce taux doit être stipulé dès l'ouverture de crédit. Si le crédit sous forme de découvert en compte est concerné par l'exigence de mention du TEG[426], il se pose la question de savoir si cette exigence est imposée lorsque le découvert est accordé tacitement ou verbalement. En pareille hypothèse, il n'existe pas d'acte constatant le crédit, de sorte que le taux effectif global ne peut être mentionné par écrit. Suivre le régime de la sanction de mention du TEG aurait pour conséquence que le banquier ne consente plus de découverts tacites. Cette solution est bien évidemment aux antipodes des intérêts de la banque et du client. Diverses techniques ont été échafaudées afin de concilier ce type de découvert et l'information protectrice due à l'emprunteur. Il a été proposé, par M. RIVES-LANGE[427], que la convention de compte courant stipule une clause par laquelle le banquier, pour percevoir les intérêts au taux contractuel, mentionnerait le TEG pour l'hypothèse du découvert accordé verbalement ou tacitement. A défaut, seul le taux d'intérêt légal peut être exigé par le banquier[428].

Toutefois, pour les ouvertures de compte qui n'ont fait l'objet d'aucune convention, il en a désormais de moins en moins, ou si la convention ne stipule aucune clause visant à régir la situation des intérêts en cas de découvert tacite, la question reste ouverte. C'est alors la jurisprudence qui est venue éclaircir cette situation. Elle procéda en deux temps.

---

[425] Nous le distinguons de la convention d'intérêt qui la clause sui prévoit le paiement d'un intérêt en contrepartie du prêt, et de la convention de taux qui correspond au quantum de la rémunération due au prêteur.
[426] Cass. civ. 1ère, 9 févr. 1988, précité.
[427] J.-L. RIVES-LANGE, Banque 1988, p. 590.
[428] Cass. com., 24 juin 1997, Banque janv. 1998, p. 82, note J.-L. GUILLOT.

334. Premièrement, par un mécanisme d'interprétation du comportement du client lors de la réception de relevé périodique, la Cour de cassation a considéré que le silence de ce dernier dès la réception du relevé mentionnant le taux effectif global valait reconnaissance de l'obligation de payer des intérêts au taux conventionnel et que l'absence du TEG entachait cette reconnaissance de nullité relative, laquelle se prescrit par cinq ans[429]. Le client, titulaire d'une ouverture de crédit ne pouvait donc réclamer que la différence entre le taux conventionnel et le taux légal, au cours des cinq dernières années.

335. Dans un second temps, par un arrêt du 9 mars 1999[430], la Chambre commerciale censura un arrêt d'appel qui avait décidé que l'indication du taux d'intérêt conventionnel sur les relevés non contestés à leur réception suppléait l'absence d'indication du TEG. Il convient de préciser que la cassation fut prononcée au motif que la Cour aurait dû rechercher si les relevés mentionnaient le TEG comportant des précisions sur tous les frais, commissions pratiqués pour les opérations antérieures et si ces précisions étaient de nature à informer le titulaire du compte à découvert sur le TEG des opérations postérieures.

336. *A contrario*, si le relevé comporte des informations claires et explicites sur le TEG, alors le silence du client permet de suppléer l'absence de mention du TEG dans la convention. Un arrêt du 6 avril 1999[431] retient cette solution, par un attendu très clair : « *Attendu que pour les intérêts échus après la date d'entrée en vigueur du décret du 4 septembre 1985, qui a déterminé le mode de calcul du taux effectif global lorsqu'il s'agit d'un découvert en compte, un tel taux ne peut être appliqué qu'après qu'il ait été préalablement mentionné par écrit, au moins à titre indicatif, par un ou plusieurs exemples chiffrés, soit dans la convention de crédit, soit dans un relevé d'opération ou d'agios, dont les calculs d'intérêts y inclus peuvent valoir exemples indicatifs pour l'avenir jusqu'à notification d'un nouveau taux effectif global, soit dans tout autre document* ». Il ressort de cet arrêt que l'indication, sur le relevé périodique adressés au client, du TEG et d'exemples chiffrés de

[429] Cass. com., 29 mars 1994, Bull. civ. IV, n° 104 ; RJ com. 1994, p. 236, note F. GRUA ; Cass. civ., 15 juill. 1999, Banque et droit mai-juin 2000, p. 52, obs. J.-L. GUILLOT.
[430] Cass. com., 9 mars 1999, Bull.civ. IV, n° 54, Rapport de la Cour de la cassation pour 1999, p. 360 ; JCP éd. E 1999, pan. rap. 789 ; Banque magazine juill.-août 1999, p. 67, note J.-L. GUILLOT ; RD bancaire et bourse 1999, p. 97, note F. CREDOT et Y. GERARD.
[431] Cass. com., 6 avr. 1999, Bull. civ. IV, n° 82 ; JCP éd. E 1999, p. 982 et p. 1437, note F. AUKENTHALER ; RTD com. 1999, p. 732, obs. M. CABRILLAC ; RD bancaire et bourse 1999, p. 97, note F. CREDOT et Y. GERARD ; *Droit bancaire 2000-2010 un long fleuve tranquille*, Banque magazine, janv. 2000, p. 24, J.-L. GUILLOT et F. CREDOT.

calcul de ce taux peuvent suppléer, pour les *intérêts postérieurs* à la réception de ce relevé, l'absence d'indication du TEG dans la convention d'ouverture de crédit. Concrètement, la réception sans protestation, ni réserve du ticket d'agios, dès lors qu'il est qu'il soit suffisamment détaillé, vaut acceptation du TEG pour la période postérieure. La technique de protection est ici spécifique : pour la Cour de cassation, la clarté de l'information peut être réalisée par la transmission d'exemple chiffré. **En définitive, par le recours au formalisme écrit, l'exemple devient une technique de protection du consentement**.

337. Nous approuvons cette solution qui permet la conciliation entre l'exigence de l'écrit du TEG et le caractère verbal ou tacite de l'autorisation de découvert. Au demeurant, cette mention dans le relevé périodique nous semble très pertinente, elle informe l'emprunteur par des exemples chiffrés de sa propre utilisation du crédit. Cette solution a d'ailleurs été réaffirmée par la chambre commerciale par un arrêt du 14 décembre 2004[432]. La portée de cette solution est large, elle vaut autant lorsque la convention de compte écrite ne fait mention du TEG en cas de découvert, comme c'est le cas dans l'arrêt précité, que lorsque la convention de compte n'a pas fait l'objet d'un écrit. Un arrêt du 20 février 2007[433] vise précisément cette dernière hypothèse. Cependant la protection de l'emprunteur n'est pas totale. Pour les ouvertures de compte datées avant le 28 février 2003 au profit des personnes physiques n'agissant par leurs besoins professionnels[434], la convention pouvait ne pas être écrite. Sous l'empire de la législation antérieure, le client se voit appliquer pour l'avenir un taux qu'il accepte, par sa non protestation au moment de la réception du relevé, postérieurement à l'ouverture de crédit. Il n'en a toutefois pas eu connaissance avant de s'engager. Nous regrettons ce fait qui nous semble contraire aux objectifs du législateur qui instaure un mécanisme d'information du coût réel du crédit, ce qui permet au client de comparer le coût du service proposé avec ce qui est proposé par la concurrence et de se décider en toute connaissance de cause. Si le TEG lui semble prohibitif, il peut apparaître, en pratique, difficile pour lui de combler son découvert en compte d'un mois sur l'autre, ce qui l'expose à devoir pour l'avenir, et jusqu'au retour à un solde créditeur, des intérêts qui peuvent se révéler coûteux.

[432] Cass. com., 14 déc. 2004, Banque et droit mars-avr. 2005, p. 47, obs. T. BONNEAU ; D. 2005, AJ, p. 276, obs. V. AVENA-ROBARDET.
[433] Cass. com., 20 févr. 2007, n° 04-11.989, D. 2007, AJ, 796, obs. C. RONDEY ; RTD com. 2007, p. 426, obs. D. LEGEAIS.
[434] Article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier.

338. Pour le cas du crédit, et de toutes les opérations courantes effectuées par le banquier, le relevé périodique, imposé par un formalisme informatif protecteur, cumule de nombreux avantages pour le client. Il permet de contrôler que le banquier a exécuté les opérations conformément à ce qui était convenu et de connaître le solde du compte. Certes pour le professionnel, ce relevé ferait double emploi puisque ce dernier tient une compatibilité propre. Toutefois, il n'a pas connaissance d'un élément que seul le relevé est de nature à lui fournir, l'avis du banquier. Prenant en compte tous les frais liés à la gestion de son compte, le relevé informe sur le montant dont le banquier s'estime créancier ou débiteur envers le client. Le comportement du titulaire du compte, au moment de la réception du relevé, renseigne sur la responsabilité du banquier pour manquement à l'information sur le coût des services qui sont facturés au client. Le moment de la contestation est souvent le théâtre la mise en jeu de cette responsabilité. Avant de démontrer en quoi la contestation illustre l'obligation d'informer le client sur les coûts des services bancaires (b), il nous semble qu'il faille rappeler la manière dont doit être interprétée le comportement de ce dernier lors de la réception du relevé périodique (a).

a) Le rôle joué par le silence lors de la réception du relevé bancaire

339. Le rôle du silence gardé par le client à la réception des relevés bancaires est déterminé, soit par l'usage, soit par une stipulation contractuelle contenue dans la convention d'ouverture de compte. Par l'usage, il permet au banquier de se protéger contre un client qui, à la suite d'un ordre de bourse malheureux, contesterait l'opération si la variation du cours lui est défavorable[435]. Les clauses, quant à elles, font l'objet de diverses analyses. Elles sont vues comme approbation, ratification, renonciation, fin de non-recevoir, ou consentement de l'opération[436]. Il paraît difficile de déterminer laquelle retenir, surtout qu'elles peuvent être compatibles. Ainsi le client du banquier qui s'abstient de contester une opération exprime son accord quant au bien-fondé de cette opération. Si cette dernière est effectuée en exécution d'un mandat ou d'une gestion d'affaires, c'est une ratification[437]. Ce silence n'est toutefois

[435] Cass. com., 13 juin 1995, RD bancaire et bourse 1995, p. 185, obs. F. CREDOT et Y. GERARD ; M. STORCK, *Le silence du client après réception d'un avis d'opéré portant sur des opérations de bourse*, RD bancaire et bourse 1992, p. 12 ; H. de VAUPLANE et J. BORNET, *Droit des marchés financiers*, Litec, 2001, n° 921, p. 840.
[436] F. GRUA, *Les contrats de base de la pratique bancaire*, Litec 2000, n° 115 et s.
[437] Ainsi est-ce le cas lors de l'inscription par le banquier du bénéficiaire d'un virement du montant de la somme au crédit du compte du client du banquier. Le silence de ce dernier vaut ratification de l'opération. V. B. GEVA et M. LACOURSIERE, *Les virements bancaires sous la loi-type et le droit français, étude comparative*, Mélanges MOULY, t. 2, p. 361.

pas à confondre avec le silence du client valant acceptation à l'expiration du délai de deux moins, lors de la modification des tarifs bancaires, que vise l'arrêté du 8 mars 2005 dans son article 7.

340. Les interprétations données au silence sont multiples et la Cour de cassation a pu apporter un élément de réponse quant à la portée de ce silence tenu par le client. Par un arrêt du 10 mai 1994[438], elle considère que le silence vaut approbation des opérations portées sur le relevé périodique. Mais rien n'a été dit quant aux effets de cette approbation, ce qui invita la Cour de cassation à apporter un éclaircissement sur la question de ces effets par un arrêt du 3 novembre 2004[439]. Elle posa le principe suivant : lorsque la convention de compte stipule que le défaut de réclamation, dans un délai d'un mois, vaut accord du client sur les opérations mentionnées sur le relevé, cet accord n'est qu'une présomption et ne prive pas le client de rapporter des éléments de nature à renverser cette présomption. Concernant les opérations réalisées par ce dernier, le silence a donc une fonction spécifique : *il vaut mode de preuve et présomption simple de régularité des opérations passées en compte,* ce que la jurisprudence a pu déjà affirmer et ce qu'elle continue de confirmer[440]. La passivité du client au-delà du délai convenu ne saurait conduire à une renonciation tacite du droit d'invoquer une faute du teneur de compte. Le client peut donc contester toute opération durant le délai prévu, et à défaut de stipulation sur la prescription de ce délai, durant le délai de prescription de droit commercial[441]. Toutefois, la liberté contractuelle, dans la fixation de ce délai, ne doit permettre au banquier d'empêcher son client de pouvoir contester. Alors que le délai contractuel communément retenu par les banquiers semble être de six mois, nous pensons

[438] Cass. com., 10 mai 1994, Bull. civ. IV, n° 174 ; D. 1994, p. 550, note D.-R. MARTIN ; RD bancaire 1994, p. 236, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD.
[439] Cass. com., 3 nov 2004, n° 01-16.238 ; D. 2004, p. 3063, obs. V. AVENA-ROBARDET.
[440] En ce sens, V. notamment, Cass. com., 13 mai 1997, Bull. civ. IV, n° 128 ; RD bancaire et bourse août-sept. 1997, p. 165, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; 10 févr. 1998, Bull. civ. IV, n° 63 ; D. 1998, IR p. 63 ; RTD com. 1998, p. 394, n° 6, obs. M. CABRILLAC ; JCP éd. E 1999, p. 760, n° 14, obs. C. GAVALDA et J. STOUFFLET ; Banque, avr. 1998, n° 591, p. 80, obs. J.-L. GUILLOT ; RD bancaire et bourse, mai-juin 1998, p. 103, n° 3, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; Dalloz Affaires 1998, p. 424, obs. V. AVENA-ROBARDET ; 19 déc. 2000, RD bancaire et bourse, mai-juin 2001, p. 151, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; 26 janv. 1999 et 13 mars 1999, RD bancaire et bourse, mai-juin 1999, p. 97, obs. CREDOT et Y. GERARD ; CA Montpellier, 19 sept. 2003, RD bancaire et financier, janv.-févr. 2004, n° 4, p. 14, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; Cass. com., 7 janv. 2004, RD bancaire et bourse, mars-avr. 2004, p. 92, n° 60, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD.
[441] Cass. com., 10 févr. 1998, D. 1998, IR, p. 63 ; D. Affaires 1998, p. 424, obs. V. AVERA-ROBARDET ; RTD com. 1998, p. 394, obs. M. CABRILLAC ; Quot. jur. 2 avr. 1998, p. 2. Pour MM. CREDOT et GERARD, « *la contestation du client est alors enfermée dans le délai de prescription du droit commercial, à défaut d'un délai conventionnel écourté susceptible de résulter de l'application de la convention de compte* », RD bancaire et bourse mai-juin 1998, p. 103.

qu'un délai court, un moins par exemple, pourrait être jugé abusif[442]. En pareil cas, nous pensons que le délai de prescription se substituera au délai conventionnel.

341. Au regard des règles régissant la preuve, la solution de la Cour de cassation, si elle aboutit au renversement de la charge de la preuve[443], comme pour les présomptions légales, ne pose guère de difficultés. D'une part il est admis les règles relatives à la preuve ne sont pas d'ordre public[444]. D'autre part, la protection du client n'est pour autant compromise puisque ce dernier pourra prouver qu'il n'a pas validé les opérations figurant sur le relevé, durant le délai de prescription, c'est-à-dire cinq ans depuis la loi du 17 juin 2008[445], même si le délai conventionnel est écoulé[446].

342. Nous ne pensons donc pas que l'action en contestation soit enfermée dans le seul délai conventionnel. Admettre que le client ne puisse plus contester une écriture mentionnée sur le relevé de compte après l'expiration d'un délai convenu reviendrait à ériger ce délai par les parties en délai préfix. A la différence des délais de prescription, les délais de forclusion échappent à la volonté des parties, qui ne peuvent ni les réduire, ni les allonger[447].
Il s'en suit que le client du banquier peut rechercher la responsabilité de ce dernier pendant le délai contractuellement convenu ou, à défaut, pendant le délai de prescription. Il est permis enfin de s'interroger sur la manière dont la volonté des parties peut restreindre le délai au terme duquel il y a présomption d'accord. Les auteurs enseignent que la volonté privée a le

---

[442] V. en ce sens, T. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 7ème éd., 2007, n° 369, qui penche pour le caractère abusif d'une clause prévoyant le délai d'un moins, voire même trois, pour contester. Nous avisons donc la banque à ne pas stipuler des clauses d'une durée

[443] Le banquier n'a plus à prouver que le client a validé les opérations réalisées, puisque la présomption simple joue en sa faveur, si bien que ce dernier n'aura pas à prouver l'accord du client en cas de litige l'opposant à ce dernier.

[444] V. Cass. civ., 16 nov. 1977, JCP 1978, IV, n° 20. La solution est de principe. Les règles relatives à la charge de la preuve visent à protéger les plaideurs, ils peuvent valablement renoncer tant que sont en cause des droits dont ils peuvent librement disposer. V. Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Droit civil français*, t. 12, Preuve, prescription, 6ème éd., par P. ESMEIN, éd. Librairies techniques, 1958, § 749, p. 81 ; C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. 9, *Les contrats et les obligations*, avec le concours de G. LAGARDE et R. PERROT, 2ème éd., Librairie Rousseau, Paris, 1953, n° 1164, p. 237 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, Obligations, avec le concours de P. ESMEIN, J. RADOUANT et G. GABOLDE, LGDJ, 1954, n° 1422, p. 849. Sur ce point, V. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, *Introduction générale*, 4ème éd., avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, LGDJ, 1994, n° 648, p. 621.

[445] La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, modifiant l'article L. 110-4 du Code de commerce, V. F. ANCEL, *La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile*, Gaz. Pal., 11-12 juill. 2008 ; S. AMRANI-MEKKI, *Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ?*, JCP éd G 2008, I, 160 ; L. LEVENEUR, *Réforme de la prescription : trois petits tours au Parlement et quelques questions*, Contrats conc. consom. 2008, n° 8/9, p. 13.

[446] Cass. com., 3 nov. 2004, précité.

[447] V. I. PETEL et B. TEYSSIE, J.-Cl. Civil, art. 2219, spéc. n 61 et 62 ; L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 4e éd., Litec, 2004, n° 515, p. 288.

pouvoir de créer des causes d'irrecevabilité des actions en justice[448]. Pareillement, la Cour de cassation a admis la validité des stipulations contractuelles prévoyant un délai préfix, qui est insusceptible de suspension ou d'interruption, durant lequel une procédure peut être engagée[449]. Du point de la responsabilité, stipuler une clause qui limite conventionnellement la durée du délai préfix revient à limiter dans le temps la responsabilité du banquier en cas d'inexécution de ses obligations. Cette clause s'assimilerait selon nous à une clause limitative de responsabilité. Des auteurs confortent cette analyse[450]. Le silence gardé jusqu'au terme du délai conventionnel pourrait alors être vu comme une cause d'exonération de la responsabilité du banquier. Toutefois cette exonération n'est pas totale puisque si la seule contestation du client ne suffit plus à reprocher au banquier un manquement à ses obligations de mandataire, une fois le délai conventionnel écoulé, il pourra toujours rapporter des éléments propres à écarter la présomption d'accord durant les cinq années à compter de la réception du relevé[451]. La rigueur que la stipulation contractuelle, limitant la durée de contestation, crée à l'égard du délai durant lequel le client peut contester une opération connaît une autre limite, touchant à la validité de la stipulation qui fixe la durée de ce délai. Celle-ci est de nature à caractériser la faute du banquier lorsque, lors de la rédaction de la clause, un délai trop court est fixé. Cette clause doit s'assimiler en une clause abusive qui restreindrait drastiquement pour le client le droit de protestation lors de la réception des relevés. Un auteur a déjà exposé cette sanction[452], et la jurisprudence semble confirmer cette hypothèse[453]. Pour certains, un délai d'un an semble se justifier[454]. Nous pensons, comme une doctrine autorisée[455], que quelques mois suffisent amplement. Nous pensons, à titre personnel, que deux mois suffiraient, la lecture des relevés étant obligatoires et leur réception mensuelle.

---

[448] V. H. MOTULSKY, *Droit processuel*, Montchrestien, 1973, p. 100 ; P. HEBRAUD, obs. ss Cass. civ., 24 oct. 1951, RTD civ. 1952, p. 254.

[449] Cass. civ. 3ème, 14 oct. 1987, Bull. civ. II, n° 195 ; RTD civ. 1988, p. 753, n° 12, obs. J. MESTRE. V. aussi, à ce sujet, N. CAYROL, *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, Economica, 2001, n° 383-390, p. 228-231.

[450] V. M. STORCK, *Le silence du client après réception d'un avis d'opéré portant sur des opérations de bourse*, RD bancaire et bourse, janv.-févr. 1992, n° 29, p. 12 et s. ; E. NAUDIN, *Le silence du client à la réception des relevés de compte*, D. 2005 p. 579. Cependant il convient d'être prudent, la Cour de cassation jugé que les clauses limitant le délai de prescription ne sont pas soumises au régime applicable aux clauses d'exonération de responsabilité. V. Cass. com., 12 juill. 2004, D. 2004, jur. p. 2296, note Ph. DELEBECQUE.

[451] Si le délai de prescription en matière commerciale court, encore faut-il que le client soit informé de la réalisation de l'opération qu'il a effectué au travers du banquier, ce qui conduit à penser que le délai court dès la réception du relevé et à partir de la date de la réalisation de l'opération.

[452] T. BONNEAU, *op. cit.*, n° 369.

[453] En sens inverse, pour l'admission de la clause qui laisse suffisamment de temps au client pour protester, T. civ. Périgueux, 6 juill. 1954, Gaz. Pal. 1954, 2, p. 278.

[454] L. RUET, *Le silence : sa valeur juridique, sa durée, son aménagement conventionnel*, note sous Cass. com., 26 mars 1996, Bull. Joly Bourse 1996, n° 80, p. 514.

[455] F.-J. CREDOT et Y. GERARD, obs. sous Cass. com., 19 déc. 2000, RD bancaire et bourse, mai-juin 2001, p. 151. Ces auteurs évoquent un délai de quatre à six mois.

343. Une autre illustration, typique, du contentieux née de la protestation du client lors des relevés de compte, est celui des frais bancaires, et notamment ceux résultant des frais de forçage. Chaque fois que le client décide de retirer au guichet des fonds alors que la provision est insuffisante, la banque lui facture cet incident. Il n'est pas rare que ces incidents se répètent, et que le client, imprudent, soit tenu à des frais d'un montant important. Il lui paraitra alors normal de les contester. Au contentieux, l'argument avancé par le plaideur se résumera au manquement pour la banque d'avoir satisfait à son obligation d'information qui impose à celui-ci de faire connaître à son client les frais liés à la gestion du compte, dont les frais de forçage font partie. Etudions tout d'abord la liberté de la tarification bancaire.

344. Si par principe, la tarification des services bancaires est libre, sauf abus dans la fixation du prix[456]. La mise en œuvre de cette tarification impose que le prix soit porté à la connaissance du client par les conditions générales. Il en va de même, nous l'avons vu, lors de l'ouverture d'un compte bancaire. Précisément l'alinéa 1er de l'article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier dispose que « *les établissements de crédit sont tenus d'informer leur clientèle et le public sur les conditions générales et tarifaires applicables aux opérations relatives à la gestion d'un compte de dépôt, selon des modalités fixées par un arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances* ». La convention de compte informe en pratique le titulaire du compte sur le coût des frais liés à la gestion de son compte. Peut-on dès lors imposer au client de devoir supporter certains coûts de gestion alors que ce dernier n'a donné son accord lorsque la banque a réalisé une opération de gestion du compte ? L'article L. 122-3 du Code de la consommation prohibe d'ailleurs la fourniture de services sans commande préalable du client quand il est lui demandé le paiement de ces services. Si le principe de la tarification des services bancaires est accepté par le client, par la signature de la convention de compte, il peut toutefois ne pas avoir donné son accord sur l'exécution de ces services qui généreront une rémunération au profit du banquier.

345. Cependant, aux termes de l'article L. 122-4 du Code de la consommation, il en va autrement pour les frais, commissions ou intérêts perçus au titre de facilités de caisse ou de

[456] Cass. Ass. plén., 1er déc. 1995, D. 1996, p. 13, concl. JEOL, note L. AYNES ; JCP éd. G 1996, II, 22565, concl. JEOL, note J. GHESTIN ; JCP éd. E 1996, II, 776, note L. LEVENEUR ; LPA, 27 déc. 1995, note M. BUREAU et N. MOLFESSIS ; RD bancaire 1996, n° 46, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; RTD civ. 1996, p. 153, obs. J. MESTRE. V. aussi T. SAMIN, Les *aspects juridiques de la tarification des services bancaires*, Banque et droit, sept.-oct. 1999, p. 26 ; M. FERNANDEZ, *Contractualisation des conditions de facturation des services bancaires*, LPA 9 mai 1997.

découverts bancaire s'ils sont prévus dans la convention de compte qui précise leur montant et leur calcul[457]. Le texte dispose en effet que « *les dispositions de l'article L. 122-3 ne font pas obstacle à la perception d'intérêts, de commissions ou de frais au titre de facilités de caisse ou de découverts bancaires prévus par la convention de compte* ». L'on doit donc penser que le banquier peut facturer ces services dès lors qu'ils sont la contrepartie d'une opération réalisée par le client, même si ces frais sont accessoires, dès lors sont prévus par la convention de compte. Ainsi en va-t-il des frais de forçage. Stricte en ce qu'elle ne permet de facturer que des frais stipulés dans la convention dès l'origine, cette règle a été assouplie par la jurisprudence qui, en l'absence de précisions dans la convention de compte, autorise que ces frais puissent toute de même être facturés pour l'avenir dès qu'ils sont portés sur un relevé périodique d'opérations et que le titulaire n'émet aucune protestation[458] : il est alors possible pour le banquier de facturer des frais à l'origine non prévus dans la convention de compte, à partir du moment où le client est informé de cette facturation dans le relevé périodique. Audacieuse, cette solution autorise une information du client en cours d'exécution du contrat alors qu'elle s'impose, en vertu de l'article L. 122-4, lors de sa formation. La logique retenue par la Cour de cassation est la suivante, le client est débiteur du montant des frais bancaires dès qu'il en a connaissance, peu importe que cette connaissance soit antérieure ou postérieure à la naissance de la créance due au banquier.

Nous approuvons cette solution qui considère que l'information du client qui ne conteste pas les frais dus au banquier vaut présomption d'accord de celui-ci tant sur leur principe que sur leur montant. Cette solution nous paraît conforme en tout point avec la solution déjà dégagée par la Cour de cassation sur le rôle du silence lors de la réception des relevés périodiques[459]. **C'est donc le critère de l'information préalable du client qui fonde l'exigibilité de toutes les sommes dues au banquier, que ce soit lors de la signature de la convention de compte ou lors de l'exécution de cette convention avec l'information sur les relevés périodiques**.

---

[457] Article L. 122-4 du Code de la consommation, modifié par l'ordonnance n° 2005-648 du 6 juin 2005.

[458] Cass. com., 6 avr. 1999, Bull. civ. IV, n° 82 ; D. 1999, IR, p. 121 ; Dalloz Affaires 1999, p. 829, obs. J.-F. CREDOT ; Petites affiches, 15 juin 1999, p. 6 ; JCP éd. G 1999, II, 10173, note AUKENTHALER ; RD bancaire et bourse 1999, p. 97, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; 9 mars 1999, Bull. civ. IV, n° 54 ; Dalloz affaires 1999, p. 757, obs. X. DELPECH ; Petites affiches 13 avr. 1999, p. 8 ; RD bancaire et bourse 1999, p. 97, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; 29 juin 1999, n° 96-15.339 ; 3 mai 2000, n° 97-20.114.
V. enfin, et spécialement, Cass. com., 14 mars 2006, n° 04-19.460 ; JCP éd. E, 2697, p. 2030, n° 16, obs. C. LASSALAS-LANGLAIS.

[459] Cass. com., 3 nov. 2004, précité.

346. Dans la mise en œuvre de cette information préalable, le silence suit donc l'adage « *qui ne dit mot consent* », ce qui est l'inverse de la position retenue en droit commun dans laquelle l'acceptation ne se présume pas[460]. C'est, à notre sens, un particularisme du droit bancaire, et plus généralement du droit des affaires qui se fonde sur l'usage pour déduire du silence une acceptation tacite. Aussi avancera-t-on que les écritures en crédit et en débit sur le compte ne sont que la matérialisation comptable des opérations réalisées à la demande du client, les frais ou commissions n'étant alors que les accessoires des opérations réalisées. Ainsi en sera-t-il des frais pour un virement international, d'un retrait dans une banque autre que celle du titulaire du compte ou pour l'utilisation, au-delà du découvert autorisé, d'une carte de paiement immédiat. Dans ces hypothèses, garder le silence vaut présomption simple de ratification de ces opérations. La banque reçoit de la part de la jurisprudence une relative protection, si elle ne peut stipuler de clause valant fin de non-recevoir en cas de contestation[461], c'est au client qu'appartient la charge de la preuve[462]. Si conteste le bien fondé de l'opération, il devra démontrer que son consentement a fait défaut lorsque le banquier a cru bon de réaliser l'opération. Nous ne doutons pas que cette charge soit lourde, toutefois elle n'est que le prix de son silence dans le délai qui lui est donné pour contester. Nous approuvons cette solution qui sanctionnerait un client peu diligent.

347. Si nous avons pu mettre en avant le critère qui fonde le banquier à percevoir les frais nécessaires à la gestion du compte de son titulaire, l'*information préalable*, nous insisterons vivement sur la nécessité pour le banquier de se ménager la preuve que l'information a bien été donnée[463], soit dans lors de l'ouverture compte, soit lors de l'envoi du relevé périodique. C'est pourquoi *l'écrit nous paraît indispensable*.

b) l'information préalable en matière de tarification de services bancaires

348. L'information préalable est donc le critère qui autorise le banquier à permettre de procéder à la ponction du client au titre du paiement des frais nés de la réalisation de services ou de la gestion et de la tenue du compte bancaire. Cette information, nous l'avons vu, à un caractère polymorphe : elle peut être soit transmise au client au moment de

[460] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2008, n° 124.
[461] Cass. com., 12 juill. 2004, D. 2004, jur. p. 2296, note Ph. DELEBECQUE, précité.
[462] Cass. com., 3 nov. 2003, précité.
[463] Pour une illustration d'une affaire dans laquelle cette preuve est manifeste, V. Cass. com., 13 mars 2001, n° 97-10.611, D. 2001, p. 1239, obs. V. AVENA-ROBARDET.

l'ouverture du compte, soit à celui de la réception des relevés périodiques. Toutefois elle est *toujours* due avant la créance ne vienne à naître à l'encontre du client. En ce sens, le banquier ne peut exiger le paiement des frais avant d'avoir reçu l'accord de son client sur la facturation de ceux-ci, que cela soit au terme du silence gardé par celui-ci à la réception des relevés ou par l'acceptation du contrat d'ouverture qui prévoyant ces frais. **Il n'existe donc pas de validation rétroactive de la facturation de frais après mention de ceux-ci dans le relevé, puisque l'accord du client qui garde le silence à sa réception, ne vaut acceptation du tarif que pour l'avenir.**

349. Il en va de même pour la modification des conditions tarifaires des services proposés par la banque. A l'origine, les tarifs des services bancaires sont mentionnés lors de l'ouverture du compte comme l'énonce l'article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier qui dispose que « *les établissements de crédit sont tenus d'informer leur clientèle et le public sur les conditions générales et tarifaires applicables aux opérations relatives à la gestion d'un compte de dépôt, selon des modalités fixées par un arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances.* »

350. L'accord donné par la signature de la convention de compte vaut accord sur le montant de ces tarifs, et le principe de la tarification de ces services. Si les tarifs évoluent, le banquier doit-il informer à nouveau le client sur le nouveau montant des services proposés ? Le législateur impose au banquier d'informer, en cours d'exécution de la convention de compte, le client de toutes les modifications des clauses contractuelles, de la même manière qu'il doit déjà l'informer aux termes de l'article L. 312-1-1, au moment de conclure la convention de compte. En effet, l'article L. 122-4 alinéa 2 du Code de la consommation dispose en effet qu' « *il en est de même dans le cas où une modification des conditions initiales du contrat résulte de la mise en œuvre d'une clause de révision dont les modalités ont été expressément définies et ont recueilli l'accord des parties au moment de la signature du contrat.* » La jurisprudence interprète strictement cette exigence. Concrètement, si la banque peut pratiquer le tarif qu'elle souhaite[464], elle doit en informer son client préalablement, et doit respecter un délai avant d'imposer les nouveaux tarifs après l'avoir informé. La

[464] Cette liberté s'éloigne manifestement des idées solidaristes telles que le soutiennent une doctrine civiliste autorisée. C'est un témoin de la résistance du droit bancaire aux sirènes du solidarisme contractuel. V. C. JAMIN, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in Le contrat au début du XXIe siècle, Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ 2001 ; D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle* ? in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. TERRE, D. 1999 ; *Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ?*, in La nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2003.

stipulation d'un délai d'un mois est insuffisante[465]. Dans un arrêt du 30 juin 2004[466], la Cour de cassation a pu approuver une Cour d'appel d'avoir jugé qu'un délai de six mois était suffisant pour permettre au client de s'adresser à la concurrence et trouver une banque proposant des tarifs plus compétitifs.

351. A notre sens, cette solution est rigoureuse pour le banquier et large pour le client. En effet, cette solution se destine davantage à lui permettre de changer de banque sans connaître de rupture dans la gestion de son compte qu'à l'informer à l'avance des modifications tarifaires. L'on peut saluer cette protection de nature long-termiste qui s'attache surtout à l'éventuel refus des nouvelles conditions générales par le client et à ses conséquences. Proche du régime applicable à la rupture de crédit avec l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier qui impose un préavis avant toute rupture, nous reprochons à cette solution son caractère général. En effet, le préavis en cas de rupture de crédit s'impose puisque la rupture est certaine, et que le crédit a besoin de trouver un autre prêteur s'il désire mener à bien une opération financée par ce prêt. Dans le cadre de la modification tarifaire, rien ne permet de prédire que le client va refuser les nouvelles conditions générales et mettre un terme à la relation contractuelle en clôturant le compte. Il peut très bien accepter ces nouvelles conditions. Il nous paraît dès lors inutile d'exiger un préavis si le fondement de ce préavis, trouver un autre banquier, n'a pas lieu d'être. Nous nous autorisons donc à désapprouver cette jurisprudence qui nous semble mettre en œuvre une protection qui ne se justifie pas toujours. Le choix de quelques-uns, dénonçant la convention de compte, ne doit conditionner le sort de tous. A cet égard, nous pensons que le *préavis d'un mois, voire deux*, semble plus raisonnable.

352. Nous l'avons vu, l'information due par le banquier postérieurement à la formation du contrat protège le client. Mais ce n'est même plus seulement une technique de protection du consentement, c'est aussi une technique de protection qui évite la commission d'une faute contractuelle, soit de la part du banquier qui prélèverait des sommes indues, soit de la part du client qui, ne connaissant pas sa situation financière, réaliserait des opérations

[465] TGI Paris, 9 nov. 2005.
[466] Cass. civ. 1ère, 30 juin 2004, Bull. civ. I, n° 190; D. 2005. 1828, note D. MAZEAUD ; D. 2004, AJ, 2150, obs. V. AVENA-ROBARDET ; D. 2006. Pan. 165, obs. D.-R. MARTIN ; JCP éd. E 2005, n° 21, p. 864, obs. N. MATHEY ; Contrats conc. consom. 2004, n° 150, obs. L. LEVENEUR ; Dr. et patr. nov. 2004. 81, obsP. CHAUVEL ; RD bancaire et fin. 2004, n° 226, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; Banque et Droit nov.-déc. 2004. 58, obs. T. BONNEAU ; RTD com. 2004. 800, obs. D. LEGEAIS ; RTD civ. 2004. 749, obs. P.-Y. GAUTIER ; RJDA 2005, n° 94 ; RDC 2005. 275, note Ph STOFFEL-MUNCK.

sans avoir de solde suffisant. Concrètement, cette information durant l'exécution du contrat influera donc sur le comportement du client en prenant conscience de la commission d'une faute qu'il s'apprête à réaliser. Nous pensons notamment au paiement par carte ou par chèque quand la provision fait défaut. A cet égard, l'étude des informations contractuelles en matière d'opération de crédit illustre ce fait.

2° L'information lors de l'exécution des opérations de crédit

L'information profite tant à la caution (a) qu'à l'emprunteur (b).

a) l'information de la caution durant l'exécution du contrat de crédit

353. L'information du montant de la dette de l'entreprise au profit de la caution -. Aux termes de l'article 48 de la loi du 1er mars 1984, devenu l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, le banquier est tenu d'informer chaque année à la caution, personne physique ou morale, le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant dus par l'entreprise débiteur principal. Cette information doit avoir lieu avant le 31 mars et elle vise ce qui est dû au 31 décembre de l'année précédente. Si l'engagement de la caution est à durée indéterminée, le banquier doit, en vertu de la prohibition des engagements perpétuels, lui rappeler la faculté de révocation de son engagement dont il dispose[467]. En définitive, cette obligation s'apparente en une obligation d'informer la caution sur l'étendue de la dette garantie, et donc sur ce qu'il est susceptible de devoir payer si le débiteur garanti vient à défaillir. Le banquier ne peut conventionnellement s'abstraire de cette obligation, celle-ci étant d'ordre public[468].

354. La définition des personnes astreintes à l'obligation d'informer et des créanciers de celle-ci -. Cette protection est restreinte *ratione personae*, elle ne vise que le cautionnement d'emprunts consentis par des établissements de crédit aux entreprises. Si, du coté du prêteur, les personnes visées sont les banquiers et établissements de crédit[469], ce qui

[467] V. en ce sens, E. Le CORRE-BROLY, *La faculté de résiliation de la caution au regard de l'article 48 de la loi du 1er mars 1984*, LPA 17 août 1998, p. 3 ; Rép. min. n° 21791, JO Sénat Q 24 sept. 1992, p. 2181, au sujet de la réduction ou de la suppression du concours en cas de révocation de l'engagement.
[468] Cass. com., 14 déc. 1993, Bull. civ. IV, n° 467, confirmé plus récemment par Paris, 25 avr. 2003, RD bancaire et fin. 2003, n° 188, obs. A. CERLES.
[469] Il convient dès lors d'exclure le mandataire du banquier, Paris, 15 déc. 1994, Rev. dr. bancaire 1995, p. 151, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD, les compagnies d'assurances, Cass. com., 26 oct. 1999, Bull. civ. IV, n°

ne pose guère de problèmes de définition des personnes visées, il peut exister un doute concernant les personnes visées par cette obligation d'information, tant s'agissant du débiteur principal que de la caution qui est créancière de l'information.

355. La définition de l'entreprise garantie par la caution -. Précisément, quant à la personne du débiteur principal, la loi dispose que c'est l'information sur le montant de la dette de l'entreprise à l'égard du créancier qui doit être transmise à la caution. Que doit-on entendre par le terme « entreprise » ? Ce terme suscite la réflexion[470]. Des auteurs y vont vu l'activité qui « *présuppose l'exercice habituel d'actes de commerce et, par suite la qualité de commerçant* »[471]. Il convient d'y voir plus généralement l'entité qui réalise une activité économique lucrative, ce qui permet de dissocier de la notion d'entreprise la notion de commerçant qui parait plus spécifique. Ainsi, une association ou une profession libérale peuvent ainsi être qualifiées d'entreprises au sens de l'article L. 313-22 du code monétaire et financier[472]

356. Le terme « *entreprise* » doit donc être appréhendé de manière large[473], la jurisprudence étant d'ailleurs prolixe à ce sujet. Ainsi, le commerçant est-il soumis aux dispositions de l'article L. 312-22[474]. En-va-t-il de même pour l'agriculteur[475], la société civile immobilière[476], dès lors qu'ils réalisent une activité économique. Il est alors possible de systématiser la position de la jurisprudence. Par le terme « entreprise », au sens de la loi, il

---

183 ; D. 1999, AJ, p. 88, obs. V. AVENA-ROBARDET ; JCP éd. E 2001, n° 27, p. 1088, obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET ; Contrats conc. consom. 2000, n° 20, obs. L. LEVENEUR ; RTD com. 2000, p. 158, obs. M. CABRILLAC.

470 V. ainsi, P. DIDIER, *Une définition de l'entreprise, in Le droit privé français à la fin du XX*ème *siècle*, Études offertes à Pierre CATALA, 2001, Litec, t. 1, p. 644 et suivants ; C. BOLZE, *La notion d'entreprise en droit communautaire*, numéro spécial RJ com., nov. 1987, p. 65 ; L. IDOT, *La notion d'entreprise*, Rev. sociétés 2001, p. 191 ; R. ROBLOT, *Le cautionnement des dettes d'une société commerciale par ses dirigeants, in Les activités et les biens de l'entreprise*, Mélanges offerts à Jean DERRUPPE, 1991, Litec, p. 347 et suivants ; R. SAINT-ALARY, *Essai sur la notion juridique d'entreprise agricole*, RTD civ. 1950, p. 129.

471 J. ESCARRA, *Manuel de droit commercial*, 1948, Sirey, spécifiquement n° 91 ; G. LYON-CAEN, *Contribution à la recherche d'une définition du droit commercial*, RTD com. 1949. 577, spécifiquement p. 582.

472 Cass. civ. 1ère, 16 janv. 2001, Bull. civ. I, n° 3, Dr. soc. 2001, comm. n° 57, obs. T. BONNEAU ; Cass. civ. 1ère, 12 mars 2002, LPA n° 202, 2002, p. 9, obs. D. HOUTCIEFF.

473 V. à ce sujet, J.-L. PIOTRAUT, *Le domaine d'application de l'obligation d'information annuelle des cautions*, JCP éd. N 1992, I, 243.

474 Cass. com. 18 févr. 1997, Bull. civ. IV, n° 53 ; Bull. Joly 1997, p. 414, note Ph ; DELEBECQUE.

475 CA Fort de France, 13 déc. 1996, BICC 1997, n° 546.

476 Cass. civ. 1ère, 12 mars 2002, Bull. civ. I, n° 86 ; D. 2002, AJ, 1199, obs. A. LIENHARD ; JCP éd. G 2002, I, 162, n° 2, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE ; Banque et Droit juill.-août 2002, p. 40, obs. N. RONTCHEVSKY ; Dr. sociétés 2002, n° 126, obs. T. BONNEAU ; LPA 17 janv. 2003, note J.-M. MARMAYOU ; RJ com. 2003, p. 276, note N. COURTIER ; Cass. civ 1ère, 15 mars 2005, Bull. civ. I, n° 130; D. 2005. AJ, p. 1080, obs. E. CHEVRIER ; JCP éd. E 2005, n° 23, p. 1003, obs. Ph. SIMLER; RD banc. fin. 2005, n° 85, obs. LEGEAIS ; AJDI 2005, p. 489, obs. F. COHET-CORDEY ; RJDA 2005, n° 1043 ; RDC 2005, p. 841, obs. D. HOUTCIEFF ; Bull. Joly 2005, p. 1220.

convient d'inclure toute personne physique ou morale qui exerce une activité économique et qui contracte l'emprunt garanti pour les besoins de cette activité, qu'elle soit en formation ou déjà formée[477].

357. La définition du créancier de l'obligation légale d'information -. La définition du créancier de l'obligation d'information, enfin, doit être précisée. L'article L. 313-22 vise la caution personne physique ou personne morale. Tout garant d'une entreprise est donc créancier de l'information sur l'état de la dette dès lors qu'il s'agit d'un contrat de cautionnement. Cette solution ne peut être qu'approuvée, compte tenu du caractère complexe des modes de financements auquel peut recourir l'entreprise. En effet, cette dernière est susceptible, plus encore qu'une personne physique empruntant pour ses besoins personnels, de subir l'influence de la dégradation du marché dans lequel elle intervient, de sorte que la dette peut croitre fortement si l'entreprise sollicite une ligne de crédit en compte courant[478] : la caution s'expose alors au risque que le passif garanti excède ses prévisions, et souvent, son patrimoine. Enfin, et paradoxalement, la jurisprudence exclut la sous-caution du bénéficie de l'article L. 313-22[479]. La raison de cette exclusion tient au fait que l'article L. 313-22 ne concerne que les opérations de crédit réalisées par les entreprises et non les garanties. En toute équité, la sous-caution, si elle ne garantie pas la même opération que la caution, a aussi intérêt qu'elle à connaître l'étendue des dettes garanties.

358. Le caractère contestable de la généralisation de l'information à toutes les cautions de l'entreprise -. Pour autant, l'on peut s'interroger sur la pertinence de généraliser cette obligation au profit de toutes les cautions lorsque, par sa situation personnelle, la caution est à même de déjà connaître l'étendue de la dette du débiteur, et partant, le contenu de l'information à transmettre. Ainsi en va-t-il du dirigeant caution de sa société débitrice[480]. Cette solution est-elle légitime ? Réfléchissant sur les obligations d'informations, le professeur FABRE-MAGNAN nous explique que l'information n'est due qu'à celui qui l'ignore légitimement[481]. Il paraît en effet légitime de penser que celui-ci sur qui pèse une

[477] Cass. civ. 1ère, 12 mars 2002, précité.
[478] Pour une illustration, V. Paris, 31 oct. 1997, D. Affaires. 1997, p. 1420.
[479] Cass. com., 3 déc. 2003, Bull. civ. IV, n° 188 ; D. 2004, somm. p. 206, obs. V. AVENA-ROBARDET ; DR bancaire et fin. 2004, n° 61, obs. D. LEGEAIS ; Banque et droit mars-avr. 2004, p. 61, obs. T. BONNEAU.
[480] CA Paris, 19 juin 1991, Banque 1991, p. 867, obs. J.-L. RIVES-LANGE ; Cass. com., 5 oct. 1993, Quot. jur. 18 nov. 1993, n° 92. Cass. com., 25 mai 1993, Bull. civ. IV, n° 203 ; JCP éd. E 1993, pan. 804 ; JCP éd. E 1993, I, 302, obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET.
[481] V. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1992, p. 135 et 197.

obligation d'informer n'a pas à s'exécuter lorsque le créancier de cette obligation connaît déjà son contenu. Exécuter cette obligation ne procurerait alors à son créancier aucun avantage, et engendrerait pour son débiteur un coût d'exécution inutile. Pour cette raison, nous pensons que le dirigeant caution de sa société doit être exclu par principe du mécanisme protection de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier.

Cette exclusion ne devrait toutefois pas être absolue : ainsi, nous postulerons que le dirigeant doit connaître la dette de sa société et que cette présomption doit être vue comme une présomption simple. En effet, il peut exister des cas dans lesquels le dirigeant peut légitimement ne pas connaître l'état de la dette contractée par sa société et garantie par lui-même[482]. En pareilles hypothèses, il semble que l'information de l'article L. 313-22 lui soit due. Ainsi, il serait ainsi possible d'établir un domaine d'application équilibré de l'obligation d'information qui prenne compte tant de l'impératif de protection de la caution que du besoin d'une application souple de l'article L. 313-22 pour le banquier.

359. Il nous semble alors souhaitable que la jurisprudence infléchisse sa position en excluant le dirigeant caution du bénéfice de l'obligation d'information. Un arrêt de la Haute juridiction paraît réaliser cet infléchissement, dans lequel la Chambre commerciale refuse au dirigeant d'invoquer la violation de l'article L. 313-22 quand le banquier n'informe pas le dirigeant de l'état de la dette[483], ce qui laisserait supposer que si l'obligation d'information existe à son profit, il ne peut se prévaloir de la sanction prévue par l'alinéa 2 du texte. Il convient de rester circonspect sur la portée de cet arrêt qui peut être vu comme un arrêt d'espèce, si bien que le régime juridique ne change pas quant à l'application de cet article au dirigeant caution[484]. En effet, l'arrêt ne tranche pas sur l'applicabilité du texte, mais davantage sur les conséquences liées à l'inexécution de l'obligation d'information.

360. Alors que justement le domaine d'application de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier paraît se restreindre aux seuls cautionnements d'entreprises, le législateur a instauré un mécanisme général d'information sur l'état annuel de la dette pour toutes les cautions personnes physiques, peu importe que l'emprunteur soit une entreprise ou non.

---

[482] C'est ainsi que nous pensons que le dirigeant est créancier de l'obligation d'information de l'article L. 313-22 lorsque c'est un dirigeant de fait, sans pouvoirs, qui demande le prêt pour la société, ou bien un dirigeant qui vient de quitter ses fonctions mais reste caution pour la société.
[483] Cass. com., 25 nov. 2008, n° 07-18.125 ; JCP éd. E, I, 2525, obs. T. BONNEAU.
[484] V. en ce sens, obs. T. BONNEAU sous Cass. com., 25 nov. 2008, précité, JCP éd. E, I, 2525, n° 3, jugeant qu'il n'y a pas de revirement.

361. L'information du montant de la dette du débiteur au profit de la caution personne physique -. La loi n° 2003-721 du 1er août 2003, en son article 11, devenu L. 341-6 du Code de la consommation, est de nature à opérer une uniformisation du régime de l'obligation d'information périodique due à la caution. La loi dispose que « *le créancier professionnel est tenu de faire connaître à la caution personne physique, au plus tard avant le 31 mars de chaque année, le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation garantie, ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, il rappelle la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée. A défaut, la caution ne saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retard échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information.* » Cette disposition reprend à l'identique le contenu de l'obligation d'information de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, mais a un domaine d'application plus large, tant *ratione personae* que *ratione materiae*.

362. La définition de la notion de créancier professionnel -. Tout d'abord, *ratione personae*, concernant le débiteur de l'obligation, il ne s'agit plus seulement de l'établissement bancaire : la loi dispose que tout créancier professionnel est désormais astreint à cette obligation. Sont ainsi visés les compagnies d'assurance, les mandataires de la banque, etc. La jurisprudence s'est évertuée à circonscrire le domaine d'application de ce texte en apportant des solutions au cas par cas. Ainsi, seules les juridictions du fond s'étaient prononcées sur le sens à donner à la notion de « *créancier professionnel* »[485], mais aucune ligne directrice ne pouvait être dégagée pour une définition de cette notion. Doit-on retenir comme créancier professionnel, le créancier qui exerce une activité professionnelle et au sein de laquelle la créance trouve sa source ? Doit-on retenir l'existence du caractère lucratif de cette activité professionnelle ? Chacun s'accordera à penser que la notion de « créancier professionnel » suppose que la créance soit née au cours d'une activité professionnelle : le contexte dans lequel née la créance semble ressortir de l'évidence. La Cour de cassation précise à cet égard que le créancier professionnel est « *celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si*

[485] V. ainsi CA Lyon, 15 févr. 2007, BICC 15 juin 2007, n° 1334 ; CA Amiens, 11 oct. 2007, Banque et Droit mars-avr. 2008.,n° 44, obs. F. JACOB.

celle ci n'est pas principale »[486]. La Première Chambre civile semble retenir une conception extensive de la notion de créancier professionnel en ne se limitant pas à l'origine professionnelle de la créance. Précisément, comme pour l'appréciation de la qualité de professionnel en droit de la consommation avec le critère du rapport direct[487], la Haute juridiction semble admettre que les créances nées dans une activité accessoire mais rattachée à l'activité professionnelle soient considérées comme ayant une nature professionnelle. Il s'agit donc une lecture protectrice des intérêts des cautions personnes physiques. Concrètement, la solution conduit à ne pas limiter l'application de la loi Dutreil aux seuls établissements bancaires. Ainsi, un créancier exerçant une activité de prêt accessoire à son activité principale devra respecter les dispositions de l'article L. 341-6 du Code de la consommation.

363. La détermination des créanciers de l'obligation d'information -. Le texte ne se limite plus à l'obligation d'informer les cautions des dettes de l'entreprise débitrice principale, et étend cette information aux cautions d'une personne physique. Toutefois, l'article L. 341-6 ne protège que les personnes physiques, si bien que les cautions personnes morales ne bénéficieront de l'obligation d'information de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier que si elles répondent aux exigences de cet article. Cela suppose donc que le créancier soit un établissement de crédit et le débiteur principal une entreprise.

364. La détermination du champ d'application de l'article L. 341-6 au regard de l'engagement du débiteur principal -. *Ratione materiae* maintenant, le texte est conditionné par la nature des engagements garantis. Précisément, et contrairement à l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, le texte ne précise plus la nature de l'engagement du débiteur et n'évoque plus que « *l'engagement garantie* », de telle manière que l'on peut penser que le texte bénéficie aussi aux sous-cautions, si leurs engagements ne sont pas antérieurs au 6 février 2004[488], du fait que la loi n'est pas rétroactive pour les engagements antérieurs à son

---

[486] Cass. civ. 1ère, 9 juill. 2009, n° 08-15.910 ; Dalloz actu. 23 juill. 2009, obs. X. DELPECH. Contra. V. Cass. com., 16 juin 2009, D. 2009, p. 1755, X. DELPECH.

[487] Cass. civ. 1ère, 24 janv. 1995, Bull. civ. I, n° 54 ; D. 1995, jur. p. 327, note G. PAISANT ; D. 1995, somm. p. 229, obs. Ph. DELEBECQUE ; D. 1995, somm. p. 310, obs. J.-P. PIZZIO ; JCP éd. G 1995, I, 3893, obs. G. VINEY. Un auteur met cependant en garde contre le risque d'association entre la notion de rapport direct retenue en matière de clauses abusives et celle issue du présent, V. X. DELPECH, note précitée sous Cass. civ. 1ère, 9 juill. 2009.

[488] Cass. com., 13 févr. 2007, Bull. civ. IV, n° 32 ; D. 2007, AJ, p. 651, obs. V. AVENA-ROBARDET ; RTD civ. 2007, p. 370, obs. P. CROCQ ; RTD com. 2007, p. 432, obs. D. LEGEAIS ; JCP éd. G 2007, I, 158, n° 4, obs. Ph. SIMLER ; RD bancaire et fin. 2007, n° 95, obs. D. LEGEAIS ; Banque et Droit mars-avr. 2007, p. 59, obs. F. JACOB ; Dr. et patr. janv. 2008, p. 83, obs. L. AYNES et J. DUPICHOT ; RLDA avr. 2007, p. 43, obs. D. CHEMIN-BOMBEN.

entrée en vigueur. Le champ d'application est large, d'autant qu'il semble se recouper avec l'article L. 313-22.

365. L'articulation des diverses obligations d'obligations -. L'articulation de toutes ces dispositions suscite une remarque. Nous pouvons ainsi remarquer l'incohérence des obligations légales d'information, laquelle se manifeste par le caractère redondante de ces dispositions. C'est le cas pour la caution personne physique d'une entreprise qui réalise un emprunt en compte courant, qui rentre dans le champ d'application des deux textes ! A l'inverse, l'on peut penser que la caution qui garantie les dettes d'un emprunteur nées d'un contrat conclu avec un créancier non-professionnel ne peut profiter des dispositions des articles L. 313-22 et L. 341-6. Toutefois, ces cautions sont tout de même créancières d'une obligation d'information et bénéficient de la protection de droit commun, issue de l'article 2293 alinéa 2 du Code civil[489] pour le cautionnement de dettes indéterminées. Cet article dispose que « *lorsque ce cautionnement est contracté par une personne physique, celle-ci est informée par le créancier de l'évolution du montant de la créance garantie et de ces accessoires au moins annuellement à la date convenue entre les parties ou, à défaut, à la date anniversaire du contrat, sous peine de déchéance de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités.* »

366. L'articulation des dispositions précitées avec l'article 2293 du Code civil -. Cet article a fait l'objet d'un contentieux peu nourri[490], au regard des arrêts qui retiennent cet article au visa. Cependant les quelques décisions rendues au visa de l'article 2293, anciennement 2016, tendent à prouver que le texte est d'application large. Il s'applique aux cautionnements en cours[491] et la sanction du défaut d'information est la déchéance de tous les accessoires de la dette[492]. Cette sanction est plus sévère que celle de l'article L. 341-6 du Code de la consommation qui ne prévoit la déchéance que pour les années durant lesquelles

[489] Issu de la loi n° 98-657 du 29 juill. 1998, art. 101. V. M. BANDRAC et P. CROCQ, *L'obligation d'information annuelle de la caution et la loi relative à la lutte contre les exclusions : chronique de difficultés jurisprudentielles à venir !*, RTD civ. 1998, p. 955 ; J.-M. FERNANDEZ, *L'information annuelle des cautions : une obligation légale universalisée*, LPA 27 févr. 1998, n° 25, p. 9 ; B.-E. SEIGNEUR, *Renforcement de l'information des cautions dans les dispositions de la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions*, LPA 7 mai 1999, n° 91, p. 12 ; A. CERLES, *Incidences bancaires de la loi relative à la lutte contre les exclusions, incidences sur les cautionnements de personnes physiques*, Banque et droit n° 64, mars-avr. 1999, p. 3.

[490] V. en ce sens G. BIARDEAUD et Ph. FLORES, *Information annuelle de la caution et article 2293 du code civil : mais où reste donc le contentieux ?*, D. 2007, p. 174.

[491] TGI Tulle, 22 sept. 2005, n° 04/067.

[492] Cass. civ. 1ère, 5 juill. 2005, n° 03-16696, Bull. civ. I, n° 29 ; TGI Tulle, 22 sept. 2005, précité ; CA Paris 19 nov. 2004, JCP éd. 2005, I, 135, n° 3.

l'information n'a pas été transmise. Le manque de cohérence des textes mettant en œuvre une obligation d'information au profit de la caution est manifeste, et cela s'illustre par le fait qu'une caution personne physique peut rentrer dans le champ d'application des trois textes ! La jurisprudence n'aide pas à clarifier la situation, en témoigne cet arrêt qui applique l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier alors que la caution fondait ses prétentions sur l'ancien article 2016 alinéa 2 du Code civil[493]. Les auteurs commentant l'arrêt, les professeurs DELEBECQUE et SIMLER, ajoutent qu'il est surprenant de voir un texte plus ancien, issu de la loi de 1984, s'appliquer au lieu et place d'une disposition plus récente de la loi de 1998 contre les exclusions. A notre sens, cela tient davantage à la volonté d'appliquer une loi spéciale, en vertu de l'adage *lex specialis derogat legi generali*. Ce manque de cohérence textuelle n'est pas de nature à clarifier le contentieux, ce que nous regrettons : il conviendrait alors d'unifier les dispositions et de conserver celle qui a le champ d'application le plus large.

367. L'étendue dans le temps de l'obligation d'information -. Quant à la durée de cette information, la jurisprudence interprète sévèrement les textes. L'information est due annuellement, jusqu'à extinction de la dette du débiteur[494], ce qui implique, qu'une fois assignée en paiement par le créancier, la caution soit toujours créancier de l'obligation d'information[495]. Cette solution paraît s'imposer, car l'assignation n'implique pas que la dette est éteinte. Le débiteur peut satisfaire partiellement le créancier après le moment de l'assignation de la caution, si bien que la caution resterait engagée pour la part non-payée aux mains du créancier. L'information resterait alors due tant que l'extinction totale de la dette n'est pas avérée. Quid si cette même caution vient à être condamnée par une décision irrévocable de payer le banquier ? Par un arrêt du 13 décembre 2005, la Chambre civile de la Cour de cassation a posé en principe que la banque créancière n'a plus à informer la caution dès le moment de la condamnation définitive de cette dernière[496]. Cette position de la Cour de cassation, à nos yeux, en opposition avec la solution retenue par la Première Chambre commerciale. Longtemps, pour la Chambre commerciale, seule l'extinction de la dette mettait un terme à l'obligation d'information annuelle[497], et la banque devait informer la caution

[493] CA Paris 19 nov. 2004, JCP éd. G 2005, I, 135, n° 3, note Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE.
[494] Cass. com., 2 nov. 1993, Bull. civ. IV, n° 370 ; Cass. civ. 1ère, 30 mars 1994, Bull. civ. I, n° 123 ; Cass. civ. 1ère, 6 nov. 2001, Bull. civ. I, n° 265.
[495] Cass. civ. 1ère, 6 nov. 2001, précité.
[496] Cass. civ. 1ère, 15 déc. 2005, Bull. civ. I, n° 488 ; RD bancaire et fin. mars-avr. 2006, p. 16, note A. CERLES.
[497] Cass. com., 25 mai 1993, Bull. civ. IV, n° 203 ; D. 1994, jur., p. 177, note J. NGAFAOUNAIN ; Cass. com., 2 nov. 1993, Bull. civ. IV, n° 370 ; Cass. com., 20 juin 1995, Bull. Joly 1995, p. 957, note Ph. DELEBECQUE ; Cass. com., 27 oct. 1998, Bull. civ. IV, n° 255 ; D. 1998, IR, 251 ; Cass. com., 25 avr. 2001, Bull. civ. IV, n° 76 ; D. 2001, AJ, 1794, obs. V. AVENA-ROBARDET.

même après le jugement la condamnant. Opérant une résolution du conflit au sein de la Cour de cassation, un important arrêt de la chambre mixte du 17 novembre 2006[498] considère que la décision passée en force de la chose jugée éteint l'obligation d'information du créancier. Mais faut-il que la décision qui condamne la caution mentionne précisément le montant de la dette due au créancier. A défaut, il n'est pas certain que le terme de l'obligation d'information soit modifié, et dans ce cas, l'information est due jusqu'à l'extinction de la dette, c'est-à-dire jusqu'au complet paiement de celle-ci par la caution[499]. Il est possible d'expliquer techniquement cette solution de la Chambre mixte. Une fois l'instance déclenchée, l'essentiel est que la décision de justice soit mise en œuvre, avec le soutien éventuel de procédures contraignantes. Dès ce moment, survient l'interversion des prescriptions. En effet, la force obligatoire du contrat a disparu, celle du titre l'a remplacée. Ce n'est plus l'article 1134 qui fonde le rapport d'obligation, mais l'ordre du juge[500]. Le créancier tire dès lors satisfaction de l'exécution de ce titre, à l'inverse, la dette née du contrat de cautionnement paraît éteinte, celle-ci étant substituée par le droit qu'a le créancier né du titre exécutoire, ce qui expliquerait que le terme de l'obligation d'information survienne par la décision de justice.

368. La preuve de l'exécution de l'exécution de l'obligation d'information -. Le caractère favorable au créancier de ce régime se retrouve dans le régime applicable aux modalités d'exécution de l'obligation d'information. Aucun formalisme n'est en principe imposé aux établissements de crédit pour porter à la connaissance de la caution. L'obligation est considérée remplie par l'envoi d'une simple lettre[501] car elle peut être prouvée par tous moyens[502], sous la condition que l'information donnée soit précise et explicite[503]. Ce peu d'exigence s'explique par le fait que la charge de la réception de l'information par la caution n'incombe pas à l'établissement de crédit[504]. Cette solution est bien défavorable à la caution, il suffit que le banque ait gardé une trace écrite de l'envoi de l'information mais que la

[498] Cass. mixte, 17 nov. 2006, Bull. mixte, n° 9 ; D. 2007, p. 842, note R. LIBCHABER ; Banque et droit janv.-févr. 2007, p. 46, note N. RONTCHEVSKY ; Banque et droit mars-avr. 2007, p. 32, T. BONNEAU ; RD bancaire et fin. janv.-févr. 2007, p. 17, note D. LEGEAIS ; LPA 25 mai 2007, n° 105, p. 11, note S. PRIGENT ; JCP éd. E 2007, 1776, n° 3, note Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE.
Sur le caractère définitif du jugement, V. P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, th. préf. H. BATTIFOL, Dalloz, 1973.
[499] En ce sens, V. R. LIBCHABER, note sous Cass. mixte, 17 nov. 2006, précité.
[500] V. C. BLERY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, préf. P. MAYER, th. LGDJ, 2000, n° 126, p. 89.
[501] Cass. com., 27 nov. 1991 ; Cass. com., 26 avr. 2000, Banque et droit n° 75, janv. 2001, p. 48, obs. J.-L. GUILLOT.
[502] Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-14.105, par exemple, un listing informatique mentionnant les envois aux cautions est suffisant à prouver que l'information a été donnée, CA Paris, 17 avr. 1992, Banque 1993, p. 100.
[503] CA Paris, 2 oct. 1990, D. 1990, IR, p. 78.
[504] Cass. com., 26 avr. 2000, précité.

caution ne l'ai pas reçu pour présumer, dans pareil cas à tort, qu'il ait été informé. Nous pensons que la protection du législateur, par l'obligation d'information imposée à l'établissement bancaire, puisse être mise à mal. Toutefois cette présomption n'emporte pas pour autant présomption que le contenu de l'information soit complet. La Cour de cassation exige même de manière paradoxale que ce soit au banquier d'apporter la preuve du contenu de la lettre adressée à la caution. Ainsi, par un arrêt du 17 novembre 1998[505], la Première Chambre civile a affirmé que « *si les documents produits permettaient d'établir qu'une lettre avait bien été adressée à la caution, ils ne démontraient pas que celle-ci contenait les informations exigées* ». C'est donc à la banque d'apporter la preuve du contenu de l'information, et que ce contenu est suffisamment précis, en mentionnant la dette, le principal et les intérêts[506]. Le régime de la preuve de l'information fait l'objet d'une certaine incohérence. La Chambre commerciale pose en principe que la charge de la preuve de l'existence de l'information incombe à la caution alors que la Première Chambre civile, plus protectrice de ses intérêts, et récemment la Chambre commerciale, font peser la charge de prouver le contenu de l'information sur le banquier. Nous pensons que si c'est au banquier de prouver le contenu de l'information, lui seul connaît avec précision ce contenu, il est dommageable que ce soit à la caution de prouver que l'information a bien été transmise, notamment s'il ne la reçoit pas alors que la banque l'a envoyée. Enfin, le contenu de cette obligation est restreint aux seules exigences légales, c'est-à-dire qu'il mentionne la dette, le principal et les seuls intérêts. L'établissement de crédit n'a pas à informer la caution de la situation financière du débiteur principal, ce qui peut se justifier par le secret bancaire auquel est tenu le banquier envers son client. Si bien que, même si le banquier doit mettre en garde la caution contre le risque d'endettement née des charges de l'engagement pris par elle, lorsque cette caution est non-avertie[507], il ne doit pas pourtant dresser un bilan de l'état de solvabilité du débiteur. Quand bien même la situation du débiteur serait obérée, la caution ne pourrait

[505] Cass. civ. 1ère, 17 nov. 1998, Bull. civ. I, n° 321.
[506] Cass. com., 17 sept. 2002, n° 99-21.845.
[507] Cass. com., 3 mai 2006, n° 02-11.211, Bull. civ. IV, n° 102 ; D. 2006, p. 1618, note J. FRANCOIS ; Gaz. Pal. 28 juin 2006, p. 5, note S. PIEDELIEVRE ; RB bancaire et fin. 2006, n° 4, p. 12, note F.-J. CREDOT et T. SAMIN ; Contrats conc. consom. juill. 2006, p. 37, com. n° 108, note G. RAYMOND ; Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-15.517, Bull. civ. IV, n° 101 ; D. 2006, p. 1445, note X. DELPECH ; Gaz. Pal. 28 juin 2006, p. 5, S. PIEDELIEVRE ; JCP éd. E 2006, p. 996, note D. LEGEAIS ; D. 2006, jur., p. 1618, obs. J. FRANCOIS ; RD immo. 2006, 294 ; obs. H. HEUGAS-DARRASPEN ; RD bancaire et fin. juill.-août 2006, 12, obs. F.-J. CREDOT et T. SAMIN ; D. 2007, p. 753, obs. D.-R. MARTIN ; Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-19.315, Bull. civ. IV, n° 103, Gaz. Pal. 28 juin 2006, p. 5, note S. PIEDELIEVRE ; RLDC juill.-août 2006, p. 36, note G. MARRAUD DES GROTTES ; RD bancaire et fin. juill.-août 2006, 16, note D. LEGEAIS ; D. CHEMIN-BOMBEN, *Devoir de mise en garde du banquier : un arrêt ça va trois…bonjour les débats !*, RLDA, sept. 2006, p. 34 ; et plus récemment, réaffirmé, Cass. com., 13 févr. 2007, n° 04-19.727, Rev. des sociétés 2007, p. 534 ; RTD com. 2007, p. 432 ; Cass. civ. 1ère, 30 sept. 2008, n° 07-13.581.

agir contre le banquier pour un autre motif que celui de l'absence d'information sur l'état de la dette, sauf deux hypothèses. La première serait de se prévaloir de la disproportion de son engagement si elle est une personne physique[508] et si son patrimoine est manifestement insuffisant, au moment de l'engagement, à satisfaire le créancier. La seconde est celle de l'action en responsabilité contre le banquier fondée sur l'aggravation de la dette du débiteur. Cette dernière hypothèse revient pour la caution à agir en tiers victime du concours abusif consenti pour le prêteur[509].

369. Toutefois, si le banquier n'aucune obligation d'informer la caution sur la situation du débiteur principal[510], nous pensons que cette caution dispose de moyens de défense à l'encontre du créancier. Tout d'abord rien ne l'empêche de stipuler que la situation du débiteur, au moment de l'engagement, soit une condition déterminante de son engagement. Une telle stipulation est admise, même si elle est tacite[511], dès lors que la caution « *avait entendu prendre le risque d'aider une société* ***présentée comme en difficulté*** *mais non de s'engager pour une société* ***déjà irrémédiablement compromise*** ». Il a aussi été admis que la caution pouvait fonder une action en responsabilité sur le fondement de l'article 1147 du Code civil à l'unique condition que le créancier ait su qu'au moment de l'engagement la situation du débiteur était désespérée et que la caution ignorait légitimement cette situation obérée[512] : cette hypothèse nous paraît plutôt rare, la caution ne s'engage à l'égard du débiteur que s'il existe une relation de confiance entre eux, ce présume *a priori* que le garant connaisse la situation financière du débiteur. En dehors du cas de responsabilité fondé sur le préjudice causé par un soutien fautif, nous pensons que les moyens de défense de la caution invoqués sur le terrain de la solvabilité du débiteur sont certes multiples, mais de mise en œuvre complexe[513].

---

[508] Article L. 341-4 du Code de la consommation, V. Ch. ATIAS, D. 2003, chron., p. 2620 ; D. BAKOUCHE, Contrats conc. consom. 2004, chron., p.5 ; Y. PICOD, *Etudes CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2004, p. 843 ; J. MAURY, LPA 28 juill. 2006 ; P. CROCQ, *Sûretés et proportionnalité*, in *Mélanges SIMLER*, Dalloz-Litec, 2006, p. 291.

[509] CA Paris, 15ème ch. B, 12 janv. 2007, RG n° 05/09476 ; Gaz. proc. coll. n° 4/2007 ; Gaz. Pal. 27 oct. 2007, n° 300, p. 53, note R. ROUTIER.

[510] Cette solution découle du secret au terme duquel la caution est tiers dans la relation entre la banque et le débiteur principal. Toutefois cette justification n'est pas insurmontable, le législateur pourrait parfaitement instaurer un tel mécanisme d'information. N'existant donc pas, il n'y alors aucune raison de penser que la caution puisse exiger du créancier une information sur la situation du débiteur principal.

[511] Cass. com., 1er oct. 2002, n° 00-13.189, Bull. civ. IV, n° 131 ; D. 2003, p. 1617, note Y. PICOD ; JCP éd. G 2003, II, 10072, note F. BUY ; RD bancaire et fin. 2003, 19, n° 13, obs. D. LEGEAIS ; JCP éd. G 2003, I, 124, n° 1, obs. Ph. SIMLER ; Defrénois, 2003, art. 37691, n° 24, p. 417 et s. obs. Ph. THERY.

[512] Cass. com., 11 mai 1999, Bull. civ. IV, n° 95 ; RTD com. 1999, p. 733, obs. M. CABRILLAC.

[513] V. en ce sens, V. AVENA-ROBARDET, *La situation irrémédiablement compromise du débiteur exploitée par la caution,* D. 2003, p. 2308.

370. Si l'information de la caution durant l'exécution du contrat de cautionnement paraît s'imposer au regard du souci de connaître l'évolution de son propre engagement[514], ce qui témoigne d'une législation certes protectrice mais éparses et incohérente, il n'en reste pas moins que ce mécanisme d'information périodique profite aussi à l'emprunteur.

b) l'information de l'emprunteur en cours d'exécution du contrat de crédit

371. L'obligation d'information à l'égard de l'emprunteur -. Pour l'emprunteur qui contracte pour ses besoins personnels un contrat de *crédit renouvelable*, l'article L. 311-9-1[515] du Code de la consommation dispose que le prêteur est tenu d'adresser à celui, mensuellement un état actualisé de l'exécution du contrat de prêt qui précise la date du relevé et celle du paiement, la fraction du capital disponible, le montant de l'échéance, le TEG, le coût de l'assurance, la totalité des sommes exigibles, le montant des remboursements déjà effectués et la possibilité pour l'emprunteur de payer comptant pour les sommes à devoir. Toutefois, malgré le caractère lourd de cette obligation d'information pour le prêteur, l'effectivité de cette information varie suivant la manière dont l'emprunteur fait usage du crédit : l'information en cours d'exécution du contrat sur le coût du service est donc rendue difficile par la diversité des situations dans lesquelles se trouve l'emprunteur. Ainsi, un arrêté du 14 mai 2007[516], mentionne-t-il des modèles-types que les établissements de crédit ont inséré dans les offres préalables, lesquels renseignent le client sur l'influence de l'utilisation du crédit sur le coût de celui-ci[517]. Pour tout dire, cette clause de style ne renseigne finalement guère l'emprunteur sur le coût réel du crédit, ce qui s'explique par deux raisons. D'une part, le fait de souvent choisir des mensualités de remboursement peu importantes, surtout pour les emprunteurs modestes, allongent la durée du crédit, et partant, renchérit le coût de ce dernier. D'autre part enfin, l'emprunteur peut difficilement prévoir la manière dont sera utilisée la réserve de crédit, pour le cas du crédit renouvelable, ce qui rend toute évaluation du coût du prêt au regard du TEG difficile.

---

[514] Cet impératif nous semble au surplus découler de l'article 1129 alinéa 2 du Code civil qui dispose que « *la quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée.* » Cette détermination est réalisée justement chaque année, par l'indication du *quantum* de la dette garantie.

[515] Issu de la loi n° 2003-706 du 1er août 2003, V. notamment F.-J. CREDOT et Y. GERARD, RD bancaire et fin. 2003, 215.

[516] Arrêté du 14 mai 2007, publié au JO, 17 mai 2007.

[517] V. ainsi le modèle-type 4 prévu par l'arrêté qui dispose que le « *coût total du crédit dépend de son utilisation. Il varie suivant le montant et la durée du crédit effectivement utilisé* ».

372. Toutefois, l'information mensuelle sur la totalité des sommes dues par l'emprunteur, aux termes de l'article L. 311-9-1 ne concerne que le crédit renouvelable. Dans un souci de concordance avec la Directive « crédit à la consommation » du 23 avril 2008, le législateur est venu ajouter un nouvel article L. 311-25-1 aux termes duquel le prêteur est tenu, chaque année, de porter à la connaissance de l'emprunteur le montant restant à rembourser. Pour protéger le client emprunteur qui contracte un prêt à la consommation non renouvelable, le caractère annuel de cette information est suffisant : en effet, l'échéancier est par avance prévu dès la conclusion du contrat et le montant du capital restant dû n'est pas susceptible de varier autrement que par référence aux modalités contractuelles de remboursement. Laissant une place particulière au crédit renouvelable, le projet de loi du 17 juin 2009 renforce l'information de l'emprunteur, par un nouvel article L. 311-9-1 du Code de la consommation, par lequel le prêteur doit renseigner son client sur « *l'estimation du nombre de mensualités restant dues pour parvenir au remboursement intégral du montant effectivement emprunté, établie en fonction des conditions de remboursement convenues* » : cette information est importante puisqu'elle permet d'apprécier le remboursement du capital par rapport au paiement des intérêts. Enfin, pour tous les crédits, la législation impose au créancier d'offrir à l'emprunteur « *un relevé de compte comprenant les informations dont la liste et le contenu sont fixés par décret en Conseil d'État* »

373. Un mécanisme similaire est prévu pour l'emprunteur immobilier à l'article L. 312-8 2° bis, modifié par la loi n° 2008-3 du janvier 2008 en son article 25-I. Un échéancier des amortissements détaille, à chaque échéance, la répartition du remboursement entre le capital et les intérêts.

374. Le caractère contestable des sanctions du défaut d'information en matière de crédit immobilier -. Cette dernière disposition, tirée de l'article L. 312-8 2° bis, est d'ordre public[518] et les sanctions du défaut d'information sont la déchéance du droit aux intérêts[519] et la nullité du contrat de prêt[520]. Cette nullité est contestable, et peut prêter à controverse car celle-ci n'est visée par aucun texte. Toutefois, l'inobservation d'une

[518] Article L. 313-16 du Code de la consommation.
[519] Cass. civ. 1ère, 16 mars 1994, Bull. civ. I, n° 100 ; D. 1994, IR, p. 85.
[520] Cass. civ. 1ère, 20 juill. 1994, Bull. civ. I, n° 262 ; D. 1995, som., p. 314, obs. J.-P. PIZZIO ; JCP éd. E 1995, II, 694, note A. GOURIO ; JCP éd. N p. 1550, note A. GOURIO.

disposition à caractère impératif n'écarte pas toute nullité[521], surtout si celle-ci est sanctionnée pénalement ou civilement. L'article L. 312-8 en est une illustration, comme le précise l'article L. 312-33 du même code qui sanctionne le défaut d'information par une amende de 3750 euros.

375. Au surplus, nous n'approuvons pas la sanction prétorienne[522] de la nullité du contrat de crédit, d'autant que l'article L. 312-33 alinéa 4 prévoit déjà la sanction de la déchéance des intérêts. D'ailleurs ces sanctions n'ont pas de cohérence entre elles, pourquoi conserver la sanction de la déchéance des intérêts alors que le contrat est nul ? Un auteur, M. GUILLOT, avance quant à lui que **la nullité est sans effet puisque la déchéance du droit aux intérêts aboutit à un résultat analogue à celui de la restitution des sommes versées**[523] : l'emprunteur ne devant plus les intérêts, rembourser le prêt équivaudra à répéter les prestations au terme de la nullité. Nous approuvons cette analyse. Ce cumul de sanction est donc injustifié. Au surplus, le législateur, en posant comme sanction la déchéance des intérêts, met davantage l'accent sur la prévention que sur la réparation. Le caractère contraignant de l'obligation de mentionner le détail de la dette, obtenu par la peur pour le prêteur de perdre les intérêts, est préférable au renoncement au crédit, par la sanction de la nullité. Comme le font remarquer les professeurs MALAURIE et AYNES[524], « *il faut inciter le consommateur à dénoncer l'illicite sans lui faire craindre d'avoir à renoncer au crédit.* »

376. L'information de l'emprunteur immobilier -. Le législateur a prévu un mécanisme protecteur en plus de cette sanction, qui réside dans le contenu de l'information. Cette dernière distingue la part de l'amortissement du capital par rapport à celle couvrant les intérêts. Cette distinction est à l'origine une exigence prétorienne[525]. Précisément, comme en matière d'information de la caution sur le détail des éléments de la dette du débiteur principal[526], l'article L. 312-8 impose au prêteur, non pas une simple information sur le coût total du crédit matérialisée par la seule indication du tableau des échéances avec leur date et leur montant global, mais une transparence totale des composantes de chaque échéance pour

[521] J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 4ème éd., 1999, n° 445.
[522] Cass. civ. 1ère, 20 juill. 1994, précité.
[523] J.-L. GUILLOT, Banque 1995, n° 555, p. 91.
[524] P. MALAURIE et L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Defrénois, 3ème éd., 2007, n° 957.
[525] Cass. civ. 1ère, 16 mars 1994, JCP éd. G 1994, IV, 1327 ; Banque 1994, n° 549, p. 94 ., note J.-L. GUILLOT.
[526] Sont visés pour le cautionnement, le principal, les frais, commissions et accessoires de la dette.

que l'emprunteur puisse apprécier l'évolution de sa dette en capital et en intérêts[527]. L'exigence de ce détail est-elle de nature à protéger davantage l'emprunteur ? L'on pourrait avancer que seul le montant total de l'emprunt a d'importance aux yeux de celui-ci. Mais ce serait oublier la fonction du tableau d'amortissement. Celle-ci est de planifier dans le temps le remboursement de la dette, elle permet ainsi une meilleure lisibilité de ce que doit l'emprunteur à la banque, celui-ci sachant avec exactitude ce qui est capital à rembourser et intérêts à devoir. Cette précision est d'autant plus importante que si déchéance de ceux-ci est prononcée, l'emprunteur saura exactement ce que le prêteur doit lui restituer. Cela participe enfin de la nécessaire transparence de l'activité bancaire, que le législateur tend à imposer, au regard des règles sur le TEG ou sur celles concernant l'identification, lors de la conclusion du cautionnement, de ce que la caution garantit. Nous ne doutons pas que ce mouvement est de nature à promouvoir une certaine qualité de la relation banque-client, qui est fondée avant tout sur l'*intuitu personae*.

377. La validation rétroactive des contrats ne prévoyant pas l'échéancier d'amortissement -. Cependant, cette obligation de distinguer capital et intérêts ne vaut que pour les crédits à taux fixes. Un contrat dans lequel cette exigence ne serait pas respectée encourt donc la nullité. Il en va pareillement, à plus forte raison, lors que le tableau d'amortissement est absent. Le législateur, par la loi du 12 avril 1996[528], est cependant venu, rétroactivement, valider des offres préalables non assorties de ce tableau dès lors que certaines mentions figuraient dans l'offre. Ainsi, si l'offre indique le montant des échéances de remboursement, la périodicité de celle-ci, leur nombre et la durée du prêt, alors le prêt échappe à la nullité. La Cour de cassation ne manque d'ailleurs pas d'utiliser cette disposition pour sauver des contrats qui ne respectent pas l'article L. 312-8[529]. Outre l'aspect de stricte technique législative, peut-on penser que le législateur a amoindri la protection offerte à l'emprunteur ? Nous rappelons à ce titre que les dispositions sanctionnant l'omission du tableau d'amortissement sont d'ordre public. Si le contrat ne peut y déroger, la loi peut-elle se saisir d'une question qui relève davantage du rôle du juge, à savoir la question de l'interprétation de la loi[530] ? A notre sens, la loi du 12 avril 1996 n'est pas exempte de

[527] En ce sens, V. J.-P. PIZZIO, obs. sous Cass. civ. 1ère, 20 juill. 1994, précité.
[528] Loi n° 96-314 du 12 avril 1996, article 87-1.
[529] Ainsi peut-on citer Cass. civ. 1ère, 29 juin 2004, n° 02-13.581 ou Cass. civ. 1ère, 23 nov. 2004, n° 03-14.122.
[530] Sur le rôle de la jurisprudence en matière d'interprétation de la loi, V. F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique*, LGDJ, 1954.
Et plus récemment C. THOMASSET, J. VANDERLINDEN et Ph. JESTAZ, François GENY, *Mythe et réalités, 1899-1999, Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique*, éd. Y. Blais-

critiques. Du point de vue de la finalité des dispositions du Code de la consommation, l'exception introduite par cette loi conduit à une information moindre de l'emprunteur. Elle réduit donc d'autant sa protection. Du point de vue technique, et plus particulièrement procédural, la Cour Européenne des Droits de l'Homme considère qu'il s'agit d'une ingérence de la loi dans l'exercice des droits que les requérants pouvaient faire valoir en vertu de la loi en vigueur, et partant, de leur droit au respect de leurs biens[531]. Concrètement, si la loi autorise l'emprunteur à se prévaloir de l'absence du tableau d'amortissement et donc de la restitution des intérêts payés, la loi postérieure de 1996 prive cet emprunteur de la créance de restitution à laquelle il a droit. Techniquement, il s'agit pour la Cour d'une violation du droit de propriété au sens du premier alinéa de l'article 1er du Protocole n° 1 additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales[532]. Qu'en penser ?

378. L'aspect critiquable de la loi de 1996 au regard du droit de propriété -. En premier lieu, il convient de penser la protection de l'emprunteur en termes de droit de propriété. L'idée est que l'emprunteur serait lésé en ce qu'il ne pourrait demander la restitution des intérêts conséquemment au non respect de l'article L. 312-8 du Code de la consommation. Ainsi, la Cour de Strasbourg assimile la notion d' « *espérance légitime de créance* » à la notion de créance[533]. Précisément, que la créance de restitution des intérêts soit certaine ou seulement éventuelle, il y a selon elle privation de la propriété de cette créance, même pour le cas où elle ne vient pas à naître. C'est ce que la Cour assimile à « l'espérance légitime ». Cela sous-entend que la créance ou l'espoir légitime de créance est susceptible d'appropriation, la créance serait donc un bien[534].

Dalloz-Bruylant, 2000. Adde D. GUTMANN, La *fonction sociale de la doctrine juridique, brèves réflexions à partir d'un ouvrage collectif sur Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, RTD civ. 2002, p. 455 et s.
Selon J. CARBONNIER, le juriste doit maîtriser deux sciences, l'herméneutique et l'interprétation, *Droit civil, Introduction*, PUF, 2004. Nous sommes d'avis que la seconde relève du juge avec la jurisprudence, du pouvoir réglementaire avec le décret ou des auteurs avec la doctrine. La loi n'a pas, à nos yeux, le pouvoir de s'auto-interpréter.

[531] CEDH, 14 févr. 2006, LPA 2006, n° 88, p. 3, note E. GARAUD ; JCP éd. E 2006, p. 1208, note J. RAYNAUD.

[532] Protocole n° 1 additionnel du 20 mars 1952, relatif au droit de propriété.

[533] Pour des créances contractuelles, V. CEDH, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*, 9 déc. 1994 ; V. aussi au sujet de créances délictuelles, CEDH, *Pressos Compania Naviera SA c/ Belgique*, 20 nov. 1995.

[534] S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, th. Paris, LGDJ, 1960, spécifiquement p. 104.

379. L'aspect critiquable de loi de 1996 au regard de l'impératif de proportionnalité entre l'atteinte crée et la finalité visée par le législateur -. La Cour relève que le caractère rétroactif et restrictif de la loi de 1996 n'est pas justifié par d'impérieux motifs d'intérêt général, et notamment ceux tirés de l'équilibre du secteur bancaire et de l'activité économique[535]. Nous justifierons cette position, quant à l'obligation d'information, en faisant remarquer que sa mise en œuvre, par l'envoi d'un tableau d'amortissement précis, est d'autant plus simple que la sanction de son omission peut être facile et à moindre coût évitée par la banque. Eviter la privation du droit à la propriété de la créance, ou à sa titularité[536], au sens de la CEDH, se réalise par l'exécution de l'obligation d'information du banquier en matière de tableau d'amortissement.

380. La position du législateur sur la question de la protection de l'emprunteur immobilier à taux variable -. Alors que la question de la pertinence de la loi de 1996 au regard de la protection des emprunteurs n'a pas eu pour conséquence de modifier la position du législateur malgré la condamnation de la France par la Cour de Strasbourg, celui-ci a tout de même retouché au dispositif légal en renforçant l'obligation d'information en matière de prêt à taux variable. Ainsi, par la loi du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, l'article 312-8 2° *ter* dispose désormais que l'offre de prêt à taux variable doit être accompagnée d'une notice qui présente les conditions et modalités de variation du taux d'intérêt et d'un document d'information contenant une simulation de l'impact d'une variation de ce taux sur les mensualités, la durée du prêt et le coût total du crédit. Dans la pratique, l'information par la notice remise à l'emprunteur était facultative, la loi l'a rendue obligatoire. Cette solution est une solution de bon sens : il eut été paradoxal d'imposer la transmission d'une simulation de crédit et non la notice qui présente cette simulation.

381. La difficulté d'informer l'emprunteur sur le coût réel du crédit à taux variable -. Enfin, un mécanisme d'information périodique est prévu, le prêteur devant porter

[535] Sur le contrôle de proportionnalité de la règlementation sur l'usage des biens, V. CEDH, *Chassagnou c/ France*, 29 avr. 1999, au terme duquel l'atteinte au droit au propriété doit être justifié par des considérations d'intérêt général. Or dans l'affaire du tableau d'amortissement, nul doute que l'intérêt de la loi de 1996 est la sauvegarde de l'intérêt des établissements de crédit.

[536] Le choix revient au lecteur, suivant qu'il adopte une conception réelle ou personnelle du droit de créance. Nous notons simplement que la Cour Européenne des Droits de l'Homme semble prendre parti en faveur de l'appropriabilité de la créance.

à la connaissance de l'emprunteur le montant du capital restant à rembourser[537]. Aucun tableau d'amortissement n'est prévu, ce qui est compréhensible, si le taux est variable, il devient improbable de vouloir prévoir un échéancier. Les informations dont est créancier l'emprunteur à taux variable s'apparente à l'information annuelle de la caution sur l'évolution de la dette du débiteur principal. Ici pareillement, certaines banques offraient déjà cette information, le législateur l'a rendue obligation pour les contrats de prêts en cours à la date du 1er octobre 2008. Nous approuvons l'existence de cette information. En effet, la notice remise au moment de la conclusion du contrat ne nous paraît pas suffisante à informer l'emprunteur du coût réel du crédit en cas de variation du taux, les informations données par le banquier, dans la simulation, n'ont qu'un caractère indicatif, qui ne représentera surement pas l'évolution réelle du taux. Cette question est à cet égard similaire de celle relative à la détermination du prix dans les contrats pour lesquels ce prix est fixé en cours d'exécution du contrat.

382. Si la jurisprudence a pu déjà valider les conventions dans lesquelles le prix n'était pas déterminé mais seulement déterminable[538], nous ne croyons pas que la protection prétorienne de la sanction de l'abus dans la fixation du prix soit de nature à protéger le contractant. D'une part, la solution dégagée par la Cour de cassation a été rendue en matière de contrats de distribution, desquels il serait illusoire de systématiser cette solution et de l'appliquer à tous les contrats, ce qui a pourtant été fait[539]. D'autre part, il est vain de penser qu'une simulation renseigne réellement l'emprunteur sur l'évolution du coût du crédit et des sommes restantes à rembourser. C'est à l'appui de ces arguments que nous soutenons l'idée de la nécessité d'une obligation en cours d'exécution du contrat, périodique, sur le montant du capital du au banquier.

[537] Article L. 312-14-2, issu de la loi du 3 janv. 2008, en son article 26, JO 4 janv. 2008.
[538] Cass. Ass. plén., 1er déc. 1995, D. 1996, p. 13, concl. JEOL, note L. AYNES ; JCP éd. G 1996, II, 22565, concl. JEOL, note J. GHESTIN ; JCP éd. E 1996, II, 776, note L. LEVENEUR ; LPA, 27 déc. 1995, note M. BUREAU et N. MOLFESSIS ; RD bancaire 1996, n° 46, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; RTD civ. 1996, p. 153, obs. J. MESTRE.
[539] V. au soutien de notre analyse, V. J. HUET, *Critique de la jurisprudence de l'Assemblée plénière sur l'indétermination du prix*, Contribution aux mélanges en l'honneur d'Alain SAYAG, Litec 1997, p. 311.

B) Les obligations d'informations contractuelles permettant d'éviter un préjudice en cas de commission d'une faute

383. La fonction de cette information est nouvelle. Si l'information est vue, soit classiquement comme le moyen d'assurer l'intégrité du consentement, soit plus récemment comme une technique visant à assurer l'exécution satisfaisante du contrat pour le créancier, nous pouvons relever que cette information a aussi un autre rôle, celui d'éviter que survienne un préjudice, *lorsqu'une faute est commise*. Il convient de distinguer suivant que le client du banquier est auteur ou victime de la faute. Le régime applicable diffère, et il est possible de montrer la rigueur avec laquelle l'obligation d'information est appréciée dans l'un et l'autre des cas.

1° Le client du banquier auteur de la faute

384. Cette hypothèse nous permettra de démontrer que le formalisme informatif existe alors que le client a commis une faute. Si cette information est due au client, au regard des dispositions civiles et pénales qui régissent le droit du chèque, ce qui illustre la protection de ce dernier quand il est auteur d'une faute (a), il nous permis de démontrer que la rigueur avec laquelle la jurisprudence apprécié l'exécution de cette obligation d'informer le client contribue à protéger efficacement ce dernier (b).

a) L'information du banquier en cas de chèque sans provision

385. C'est une responsabilité toute particulière qui pèse sur les parties en matière de chèque sans provision. Traditionnellement, le banquier peut engager sa responsabilité lors de l'ouverture de crédit. Ainsi si la provision existe après cette ouverture, et que le banquier refuse de payer un chèque, il engage sa responsabilité. La jurisprudence, à l'origine très protectrice des intérêts de la banque, estimait qu'il n'y avait ouverture de crédit valant provision que lorsque l'engagement du tiré était préalable et formalisé par un avoir versé sur les comptes de la banque au profit du tireur[540]. Toutefois, lourd et très formaliste, cette exigence a été abandonnée et le banquier doit payer le chèque dès qu'une ouverture de crédit, même tacite, existe. Ainsi en sera-t-il lors que le banquier a réitéré des découverts en compte

[540] Cass. crim., 19 déc. 1957, JCP éd. G 1958, II, 10556, note P. BOUZAT ; RTD com., 1958, p. 356.

d'un certain montant, lesquels s'apparentent alors en un crédit en compte courant[541]. Le banquier engage encore sa responsabilité s'il fournit des formules de chèques alors que le titulaire du compte n'a aucune liquidité, ce dont il résulte que le tireur ne pourra faire que des chèques sans provision[542].

386. La responsabilité du tireur d'un chèque sans provision -. Toutefois, cette responsabilité n'est pas à sens unique. Le tireur, s'il émet un titre sans en avoir la provision suffisante, s'expose au rejet de son chèque[543], et surtout à l'interdiction bancaire de l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier, issu de la loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991. L'injonction faite au titulaire du compte de restituer toutes les formules de chèques et les cartes de paiement en sa possession procède de cette interdiction bancaire. Cette dernière cesse une fois que le tireur a réglé le montant du chèque impayé et s'est acquitté d'une pénalité libératoire dont les modalités sont fixées aux articles L. 131-75 à L. 131-77. La sanction n'est cependant pas immédiate et le législateur a préféré prévenir que guérir. Ainsi, depuis la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001[544], dite loi MURCEF, a instauré, au profit du tireur, une information préalable au rejet du chèque, pour lui permettre de régulariser la situation en créditant son compte du montant du chèque litigieux. A l'origine proposée par le député J.-J. JEGOU[545], l'information préalable du titulaire est avant tout un moyen de protéger celui-ci en cas de rejet de chèque lorsque la provision vient à faire défaut[546], ce qui en pratique, peut survenir si le tireur doit payer un de ses créanciers mais lorsque ses revenus n'ont pas encore été versés. Il s'agit alors d'éviter le versement de la pénalité libératoire et des frais alors que le titulaire du compte a la possibilité, dans un terme proche, de régulariser sa situation. Du point de vue économique, l'interdiction bancaire pour cette gêne passagère aboutirait à ce que les frais dus au banquier ne soient que rarement payés, faute pour le client d'avoir une situation suffisamment saine. Cette sanction apparaissait comme contreproductive économiquement aux yeux des députés.

---

[541] Pour une illustration, V. Cass. com., 12 nov. 1974, RTD com. 1975, p. 334.
[542] Cass. com., 18 juin 1985, Gaz. Pal. 1986, 2, p. 438, note B. BOULOC.
[543] Le rejet du chèque, au sens de l'article L. 313-73, doit être exclusivement compris comme celui émis lorsque la provision fait défaut, non lorsque le titre est entaché d'une irrégularité formelle. V. en ce sens B. MAUBRU, *L'incident de paiement d'un chèque*, D. 1977, chron. p. 279, spécifiquement n° 8. Est par contre destiné au rejet le chèque tiré sur un compte clos depuis moins d'un, décret du 22 mai 1992, article 9.
[544] Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF), publiée au JO du 12 décembre 2001, p.19703.
[545] 1ère et 2ème séances, 2 mai 2001, JOAN CR, 2 mai 2001, p. 2551.
[546] J.-J. DAIGRE, *Loi MURCEF et droit bancaire*, JCP éd. G 2002, I, 117, p. 437.

387. La protection du tireur par le biais de l'obligation d'information -. L'article L. 131-73 du Code monétaire et financier dispose que « *le banquier peut, après avoir informé par tout moyen approprié mis à disposition par lui le titulaire du compte des conséquences du défaut de provision, refuser le paiement d'un chèque pour défaut de provision suffisante* ». Cette disposition est l'illustration manifeste de la finalité de l'obligation d'information pendant l'exécution du contrat, laquelle tend à réparer la faute dont le client du banquier est l'auteur. Elle fait partie de cette catégorie d'obligations d'information dont la ressemblance fondamentale « *réside dans leur objectif commun d'assurer au créancier une exécution satisfaisante du contrat*[547] ». **Elle autorise aussi, et cet effet est original, une protection du client lui permettant d'éviter un préjudice alors qu'il a pourtant commis une faute**. Il y aurait, en plus du rôle découvert par le professeur FABRE-MAGNAN lié à l'utilité de l'information, un rôle préventif qui vise à éviter la réalisation d'un préjudice. Ainsi est-ce le cas avec cette information qui tend à régulariser la situation du tireur pour lui éviter le versement de la pénalité libératoire et des frais perçus la banque.

388. Le caractère spécifique de l'obligation d'information de l'article L. 131-73 - . Un auteur a déjà mis en avant un type d'obligation similaire[548]. Dans sa thèse, partant des travaux du professeur FABRE-MAGNAN qu'il confronte au droit bancaire, M. BOUCARD distingue les obligations d'information classiques qui assurent l'intégrité du consentement et celles permettant d'éviter un préjudice, se distinguant de la distinction opérée par l'éminent professeur précité.

389. Nous pensons que cette nouvelle dichotomie a un caractère quelque peu relatif. En effet, dire, comme M. BOUCARD, que certaines obligations d'information évitent la réalisation d'un préjudice, n'est pas de nature à les distinguer réellement de la catégorie relevée par Madame FABRE-MAGNAN des informations visant à permettre la bonne exécution du contrat. Cet éminent professeur a systématisé la catégorie des obligations d'information assurant l'exécution satisfaisante du contrat pour le créancier[549]. A nos yeux, ces obligations, en assurant l'exécution du contrat ont pour finalité naturelle d'empêcher que survienne un préjudice. Les obligations destinées à éviter un préjudice seraient en fait des

[547] M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1992, p. 332, n° 410.
[548] F. BOUCARD, *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2002, p. 379, n° 444.
[549] M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1992, n° 410, p. 332, précité.

obligations qui assurent la bonne exécution du contrat. La catégorie de M. BOUCARD serait donc peu pertinente et se recouperaient avec celle déjà découverte par Madame FABRE-FAGNAN. Ainsi, précisément, en pratique, l'inexécution du contrat entraîne toujours un préjudice, que ce soit pour le créancier qui n'obtient pas la prestation entendue, ou que ce soit pour le débiteur qui commet l'inexécution puisque ce dernier subira le préjudice légitime qui résulte de la sanction de l'inexécution de son obligation. C'est pourquoi nous pensons que la catégorie révélée par M. BOUCARD nous paraît artificielle. A notre sens, l'illustration du droit applicable au chèque sans provision est de nature à révéler une autre catégorie, fondée au regard des conditions de mise en œuvre de la protection par l'information. **Les nouvelles obligations d'information que nous systématisons sont celles visant certes à éviter la survenue d'un préjudice, mais ce sont surtout celles nées à la suite de la réalisation d'une faute, quand bien ce serait le créancier de l'obligation qui en serait l'auteur**.

390. L'information en matière de rejet de chèque, une information destinée à protéger le tireur fautif -. La protection instaurée par ces obligations est donc originale, elle protège l'auteur ou la victime d'une faute, en évitant que les sanctions prévues pour l'auteur de la faute ne lui soient appliquées. Ainsi contrairement à ce que postule M. BOUCARD, ce n'est pas tellement l'existence d'un préjudice qui nous paraît déclencher ces obligations d'information, mais c'est davantage l'existence d'une faute. Pour s'en convaincre, nous reprendrons le cas du chèque émis sans provision : le banquier doit informer le titulaire du compte, qu'un préjudice existe ou non, dès qu'une faute, l'émission d'un titre sans disposer de fonds propres à honorer son paiement, a été commise. L'on déduit de cette illustration que le préjudice est virtuel, en effet il n'existe pour le tireur que dès lors qu'il est sanctionné par l'interdiction bancaire. Pour le bénéficiaire du titre, le préjudice est déjà constaté, le montant du chèque ne lui sera pas crédité au moment où son propre banquier encaisse le titre, faute de provision du tireur. L'information de ce dernier n'a donc pas pour finalité d'éviter un préjudice pour le bénéficiaire, mais plutôt pour l'éviter pour le tireur lui-même. Si le préjudice du bénéficiaire est hypothétique, il ne survient en effet que lorsqu'il encaisse l'effet, la faute du tireur est au contraire certaine. Selon nous, cette faute s'est matérialisée au moment de l'émission du titre par l'insuffisance de la provision. Certes en pratique, on enseigne traditionnellement que la provision doit exister quand le chèque est crée puisque la somme bloquée au titre du paiement de l'effet l'est irrévocablement[550]. Nous soutenons cependant

[550] *Répertoire droit commercial*, Dalloz, 2006, V. chèque, irrévocabilité de la provision, n° 108.

que c'est davantage au moment de la remise que la faute est constituée. En effet, le transfert de propriété ne survient qu'à la remise du chèque au bénéficiaire[551], ce qui implique que dans l'hypothèse où la provision n'est constituée qu'après l'émission, on peut penser, avec le professeur STOUFFLET, que le droit sur la provision apparaît dès que celle-ci est fournie[552], et la faute disparaît. L'obligation d'information, intervient alors, dès le jour de la remise du titre au banquier du bénéficiaire, lors de la constatation du défaut de provision, et avant que le banquier tiré ne rejette le chèque présenté par le bénéficiaire.
La jurisprudence se montre d'ailleurs sévère au regard de l'exécution de cette obligation par le banquier, ce qui renforce la protection du tireur.

b) L'interprétation stricte de l'obligation d'informer en cas de défaut de provision

391. Avant tout rejet de chèque, la banque doit informer, « *par tout moyen approprié mis à disposition par* lui », le titulaire du compte de l'existence d'un chèque impayé émis. Cette obligation de l'article L. 131-73 est sévèrement interprété par la jurisprudence. Rien n'est dit quant aux modalités d'exécution de ce devoir d'informer le client. Est-ce que le formalisme s'impose ? Sous quelles formes ? Le banquier est-il astreint à un délai raisonnable d'information ? Sur qui pèse la charge de la preuve ? Le banquier doit-il attendre la réception de l'information pour refuser de payer le chèque ?

392. Une appréciation rigoureuse de l'exécution de l'obligation d'informer -. La jurisprudence a précisé quelque peu le régime de l'obligation d'information issue de la loi MURCEF. Par un arrêt du 31 mai 2005[553], la Chambre commerciale pose en principe qu'une information générale, tirée des conditions générales de la convention de compte, et rappelant les conséquences de l'émission d'un chèque sans provision et l'invitant à régulariser sa situation, n'est pas de nature à satisfaire les exigences de l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier. Cette rigueur vise à accorder au client une dernière chance de régularisation, avant le rejet définitif du chèque et la mise en œuvre de la procédure

[551] Cass. com., 4 janv. 1967, Bull. civ. III, n° 8 ; RTD com. 1967.831, obs. J. BECQUE et M. CABRILLAC ; Cass. com., 7 déc. 1971, D. 1972.555, note G. WIEDEKEHR ; RTD civ. 1973, p. 172, obs. P. HEBRAUD et P. RAYNAUD ; RTD com. 1972, p. 665, obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE.
[552] V. J. STOUFFLET, note sous CA Orléans, 26 oct. 1971, JCP 1972, II, 17082 ; F. DERRIDA, note sous CA Nîmes, 25 avr. 1975, D. 1976, p.49 ; M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE, obs. RTD com. 1974, p. 309, obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE.
[553] Cass. com., 25 mai 2005, Bull. civ. IV, n° 119 ; D. 2005, p. 1693, obs. X. DELPECH ; RTD com. 2005, p. 813 ; JCP éd. E 2005, n° 36, 8 sept. 2005, p. 1260, note I. KRAMMER.

d'interdiction[554]. *A contrario*, la Cour de cassation semble imposer ce qu'on oserait nommer une information précise, c'est-à-dire concernant le chèque litigieux en cause, dont mention serait faite de leurs numéros, de la date de la remise, et du montant. Nous pensons que de telles précisions, si elles lourdement formelles, sont de nature à satisfaire l'exigence prétorienne qui interprète la disposition du Code avec une rigueur certaine. La jurisprudence récente adopte cette rigueur[555], il s'agit d'une « *information préalable précise pour chaque chèque* » litigieux. Le banquier doit ainsi informer le client des conditions dans lesquels ce dernier régularise sa situation, notamment lorsqu'il crédite son compte dans une monnaie étrangère, et que le cours du change des devises diminue le crédit déposé alors que la provision reste insuffisante[556].

393. Mais, au-delà de cette interprétation quant aux exigences dans l'exécution de cette information, nous ne pouvons que nous référer aux textes concernant la forme de l'information. Ainsi, la forme de cette information n'est pas précisée par le législateur qui se contente de mentionner « *par tout moyen approprié* ». L'écrit ne paraît donc pas imposé. Cette liberté des modes d'information est appréciable et il nous est possible d'affirmer qu'il faille rechercher le moyen approprié d'information dans les usages nés de la relation qu'entretiennent le banquier et son client. Le courrier électronique, le téléphone peuvent, à nos yeux, être des moyens appropriés. Cette absence de forme n'est toutefois pas sans poser de difficultés pour le banquier qui croyant bien faire, userait d'un mode d'information que le client ne maîtrise pas. Sera-ce le cas du courrier électronique ou du message texte sur GSM. L'appréciation du caractère approprié est donc à la charge du banquier, et l'on ne doute pas que si le courrier n'est pas un mode satisfaisant, en ce qu'il est lent, le téléphone sera, à défaut, le mode le plus approprié.

394. Les incertitudes entourant la mise en œuvre de cette obligation d'information -. Il reste cependant des incertitudes. Quelle est la sanction du défaut d'information ? Le texte ne précise rien. Un auteur des plus autorisé[557] rejette l'idée de la nullité de l'interdiction bancaire. Si le banquier ne s'exécute pas, il est possible de penser que le client puisse engager sa responsabilité sur un fondement délictuel. L'obligation

[554] V. en ce sens, R. BONHOMME, *Les aspects bancaires de la loi MURCEF*, Banque et Droit, n° 82, mars-avr. 2002, p. 3, spéc. p. 8 ; J. STOUFFLET, *Nouvelles interventions législatives dans les relations entre les établissements de crédit et leurs clients,* RD bancaire et fin. janv.-févr. 2002, p. 36, spéc. n° 41.
[555] CA Paris, 10 avril 2008, n° 07/17873.
[556] Cass. com., 23 janv. 2007, Bull. civ. IV, n° 6 ; D. 2008, p. 871 ; RTD com. 2007, p. 420.
[557] M. CABRILLAC, Rép. com. Dalloz, Chèque, févr. 2004, n° 139.

d'information n'est pas une obligation contractuelle et le préjudice est constitué par les conséquences de l'interdiction bancaire qui auraient pu, si le client savait qu'il devait régulariser sa situation, être évitées. A nos yeux, ce préjudice serait la *perte de chance de régulariser sa situation et d'éviter la pénalité et les frais*. L'étude attentive de la jurisprudence conforte notre analyse[558].

395. Ensuite, l'information est-elle enfermée dans un délai spécifique ? Le texte ne prévoyant rien[559], il convient de recourir au droit commun pour définir les modalités d'exécution de cette obligation d'information. Il est permis de penser que, sous l'empire de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, le banquier doit exécuter son obligation avec bonne foi, et laisser au titulaire du compte un délai minimal pour lui permettre de régulariser sa situation en augmentant le montant de la provision disponible et nécessaire à honorer le chèque impayé. Rien n'est précisé par le législateur sur ce point et nous nous permettrons dès lors, par analogie, de fixer ce qui apparaît être un « délai raisonnable ». En effet, en matière de rupture de crédit, nous l'avons évoqué, le banquier est astreint au respect d'un délai de deux mois avant de pouvoir rompre le concours qu'il consent à une entreprise[560]. Vu l'impératif qu'a le bénéficiaire du titre d'être payé, le délai ne doit pas être trop long. Au regard des sanctions liées au rejet d'un chèque sans provision, il ne doit pas être trop court non plus. Le tireur doit pouvoir avoir le temps de régulariser sa situation, et doit le faire promptement, puisque d'une part, il est en tort et n'a droit à aucune faveur et d'autre part, le bénéficiaire a droit au paiement puisqu'il est créancier de la somme d'argent née de l'opération réalisée avec le tireur.

396. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris a apporté à ce sujet une réponse qui nous semble intéressante. Dans un arrêt du 11 octobre 2007, la Cour d'appel juge d'une affaire dans laquelle le client d'une banque tire un chèque sans provision. Le banquier, se conformant à l'exigence légale, informe le tireur par téléphone le 2 juillet 2004 en précisant que le rejet aura lieu le 7, puis lui adresse un courrier daté du 2 juillet qu'il envoie le 5 en mentionnant à nouveau le risque de rejet le 7 si le compte reste débiteur. Reçu, par tarif lent, le 7, le tireur ne peut plus régulariser à temps et se voit interdit bancaire. La Cour, dans un premier attendu, juge que la banque n'a commis aucune faute, le législateur ne prévoyant d'ailleurs aucun délai

[558] CA Paris, 13 mars 2008, n° 07/12727.
[559] En ce sens, R. Bonhomme, *Les aspects bancaires de la loi MURCEF*, Banque et Droit, n° 82, mars-avr. 2002, p. 3 et s., et spécialement p. 8.
[560] V. *supra*. n° 97, 144.

pour satisfaire à l'obligation d'information. Cet arrêt nous renseigne sur deux points, le délai d'information, et ses modalités. Le banquier ne nous paraît pas astreint, pour informer, à la forme écrite. Le courrier n'existe en l'espèce que comme preuve de l'information, preuve que le banquier se constitue avec raison de manière prémonitoire. Ensuite, un délai de régularisation de cinq jours apparaît comme suffisant pour la Cour d'appel. Ce délai ne peut être qu'approuvé, il répond aux impératifs contradictoires relevés précédemment qui lient le bénéficiaire et le tireur. A nos yeux, c'est la réception de l'information par ce dernier qui fait courir le délai de régularisation. Ainsi si le banquier informe par lettre simple, celui-ci ne court qu'à réception de l'information, même si cette réception a lieu tardivement. Le bon sens commande la solution, en effet l'on ne peut imaginer que le tireur puisse régulariser s'il n'est pas informé du risque de rejet de chèque.

397. L'on objectera qu'un client diligent suit régulièrement l'évolution du solde de ses comptes, ce qui est vrai, mais nous répondrons en affirmant que c'est au banquier que le législateur impose d'informer le tireur, et non au tireur de s'informer lui-même. En cette hypothèse, le client parfaitement informé de sa situation et des risques qu'il encourt aurait tout de même droit à l'information, ce qui peut apparaître contestable du point de vue théorique[561] mais appréciable en pratique. Précisément, comment le banquier peut-il savoir que le client est informé ? Il n'avoir aucun moyen de le savoir. Il convient pour ces raisons de postuler son ignorance et d'imposer inconditionnellement l'obligation d'information au banquier. Nous pouvons aussi relever les cas dans lesquels cette information est due au client du banquier qui serait victime d'une faute.

2° Le client du banquier victime d'une faute

398. Nous pouvons relever une autre hypothèse dans laquelle l'obligation d'information durant l'exécution du contrat illustre sa finalité d'éviter un préjudice alors qu'une faute a été commise, laquelle s'inscrit dans le cas du chèque apocryphe. Du grec « απόκρυφος » qui signifie « caché », le chèque est dit apocryphe quand son authenticité n'est pas établie[562]. Cette hypothèse relève de deux situations, la première dans laquelle le chèque

[561] En effet, le professeur FABRE-MAGNAN n'enseigne-t-elle pas que le créancier de l'information n'est pas censé la connaître ? V. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1992, p. 197.
[562] *Dictionnaire de la langue française*, 1863, Hachette.

est falsifié, l'autre quand il est contrefait. A l'image des Psaumes de Salomon[563], le chèque contrefait est celui qui n'a pas été à l'origine par le titulaire du compte. Ce dernier n'a donc pas donné son consentement pour émettre le titre. Au contraire, le chèque falsifié est celui qui a été rempli par le celui-ci. Toutefois, après sa remise, le titre a été modifié, falsifié, quant à une des mentions du titre, ce peut être le montant, la date, le nom du bénéficiaire mais pas la signature qui est celle du véritable tireur.

399. Le principe de la responsabilité du banquier en matière de titre contrefait -. Il convient de distinguer selon l'une ou l'autre de ces situations. Le législateur puis la jurisprudence sont venus régir celles-ci. Par un arrêt du 20 avril 1939[564], la Cour de cassation distinguait suivant que le titre est faux dès l'origine, faute de la signature du titulaire du compte, et le chèque falsifié postérieurement à une émission régulière. Dans le premier cas, le titre ne peut être considéré comme un chèque valable et le tiré ne peut donc pas être libéré par l'exécution d'un ordre qui n'émane pas du tireur. Dans le second cas, la falsification ne porte pas atteinte à la validité du chèque dont le paiement libère en principe le tiré. Toutefois, dans tous les cas, le tiré est astreint à l'obligation de vérifier la régularité formelle du titre[565]. C'est ce que rappelle régulièrement la jurisprudence[566]. Concrètement, si le titre est revêtu d'une signature grossièrement imitée, le banquier n'a pas la possibilité de décaisser sans titre régulier les fonds qui lui sont déposés par le titulaire du compte[567]. Lorsque le titre est falsifié après que le tireur s'en soit départi, le banquier n'est pas à l'abri de toute mise en responsabilité, notamment en cas de faute. Cette est polymorphe mais se fonde toujours sur l'inobservation du devoir de vigilance du banquier qui consiste à apprécier la régularité formelle du chèque, qu'elle porte sur la signature[568], sur le montant[569] ou le nom du

[563] Les Psaumes de Salomon font partie des cinq ouvrages reconnus apocryphes de l'Ancien Testament, parmi lesquels figurent Esdras I, les Odes, le Livres des Macchabées III et IV et enfin la Prière de Manassé. Toutefois, malgré le fait que leurs auteurs soient inconnus, ces textes n'en font pas moins partie de la Bible.
[564] Cass. civ. 20 avr. 1939, S. 1939, 1, p. 209, note H. ROUSSEAU, Gaz. Pal. 1939, 2, p. 91 ; Cass. civ. 2 mars 1942, Gaz. Pal. 1942, 1, p. 223.
[565] Article L. 131-38 du Code monétaire et financier.
[566] Ainsi, à titre d'illustration, V. Cass. com., 9 juill. 2002, Bull. civ. IV, n° 114 ; D. 2003, som., p. 1289, obs. A. BOUJEKA ; D. 2003, AJ, p.2676 ; LPA 12 sept. 2002, obs. E.C. ; Banque et Droit nov.-déc. 2002, n° 51, obs. T. BONNEAU ; RTD com. 2002, p. 710, obs. M. CABRILLAC ; RD banc. fin. 2002, n° 169, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; RJDA 2003, n° 60.
[567] Cass. com., 3 janv. 1978, Banque 1978, p. 895 ; D. 1978, IR, p. 306, obs. M. VASSEUR ; RTD com. 1978, p. 141, obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE ; Cass. com., 9 févr. 1993, JCP éd. E 1993, II, 439, note J. STOUFFLET.
[568] Pour une illustration, V. CA Rouen, 16 janv. 1948, Banque 1948, p. 524, obs. X. MARIN ; Cass. com., 18 avr. 1989, Bull. civ. IV, n° 117 ; D. 1989, IR, 136.
[569] Cass. com., 15 juin 1993, Bull. civ. IV, n° 239.

bénéficiaire[570]. Cette vérification formelle qui incombe au tiré n'est toutefois pas de l'ordre de l'expertise et s'assimile en vérification rapide de falsification et de contrefaçon manifeste[571].

400. Opérant un allègement de la responsabilité du banquier, un arrêt du 31 mai 2005[572] est venu casser un arrêt d'appel libérant le tiré quand le chèque présenté à lui était revêtu d'une fausse signature. Touchant spécifiquement le cas du chèque contrefait dès l'origine, remis par un déposant, la Cour de cassation prend en compte le comportement du déposant pour déterminer la responsabilité du banquier. Précisément, en l'absence de faute du déposant, le banquier, qui n'aurait lui-même commis aucune faute, n'est pas libéré envers son client quand il se défait des fond déposés sur présentation d'un chèque revêtu d'une fausse signature. A l'inverse, l'établissement de ce faux ordre de paiement a été rendu possible par le biais d'une faute du déposant, la responsabilité du banquier ne pourra être recherchée que si ce dernier a commis une négligence. A notre sens, et traditionnellement, seule la fraude formelle du titre, difficilement décelable, était de nature à exonérer le banquier de toute responsabilité[573]. Avec cet arrêt doit être rajouté la faute du déposant, qui peut résulter de sa négligence quant à la conservation des formules de chèques.

401. L'information du client à l'occasion d'une irrégularité formelle -. Toutefois, la jurisprudence tend à protéger le client de la banque, victime d'un chèque apocryphe, en imposant une obligation d'information quand le banquier décèle une anomalie d'ordre formel. Ce mécanisme n'est pas sans rappeler l'obligation d'information de l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier quand le chèque présenté au paiement est sans provision. Par un arrêt du 15 novembre 1994[574], la Cour de cassation pose en principe que, « en cas de détection de falsification de chèques de la part d'un client, une banque ne peut se borner à lui refuser son concours et doit signaler les anomalies relevées aux banques tirées ». Cette solution est

[570] Cass. com., 3 déc. 2002, Bull. civ. IV, n° 183 ; D. 2003, p. 1756, note J. DJOUDI ; JCP éd. E 2003, n° 5, p. 199 ; RTD com. 2003, p. 340, obs. M. CABRILLAC ; LPA 17 mars 2003, obs. E. C. ; Banque et Droit mai-juin 2003, n° 57, obs. T. BONNEAU ; RJDA 2003, n° 534.
[571] Cass. com., 10 oct. 1956, D. 1957, p. 19 ; Gaz. Pal. 1956, 2, 356 ; CA Rouen, 26 mars 1971, D. 1971, som., p. 118 ; RTD com. 1971, p. 748, obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE ; CA Paris, 1er juill. 1983, Gaz. Pal. 1983, 2, 575 ; RTD com. 1984, p. 119, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE.
[572] Cass. com., 31 mai 2005, JCP éd. E 2005, p. 1136 ; Cass. com., 8 nov. 2005, JCP éd. E 2006, 1850, p. 962, obs. J. STOUFFLET.
[573] V. en ce sens, CA Rouen, 16 janv. 1948, précité ; Cass. com., 18 avr. 1989, précité.
[574] Cass. com., 15 nov. 1994, Bull. civ. IV, n° 333 ; D. 1995, IR, 3 ; RTD com. 1995, p. 450, obs. M. CABRILLAC.

inédite, d'autant qu'il n'existe, selon la doctrine[575], aucune justification propre à fonder une telle obligation. Cette obligation d'information, s'inscrit dans la catégorie, que nous tentons de systématiser, des informations qui visent à prévenir un préjudice quand le client est victime ou auteur d'une faute. En effet, l'obligation prétorienne d'information s'impose au banquier quand le titulaire du compte subi la falsification formelle du chèque, mais paraît devoir aussi jouer quand ce dernier, par négligence, permis que la création du chèque apocryphe dès l'origine.

402. L'information est due peu importe que le client ait commis une faute concourant à la falsification -. Cette solution de la Cour de cassation, qui instaure une obligation spécifique d'information, semble être conditionnée à l'existence d'une irrégularité formelle du titre, au terme de laquelle l'existence d'une faute de la part du client est indifférente[576]. A cet égard, rien ne vient limiter l'exigence de l'information lorsque le titulaire du compte lésé a commis une faute, ce qui rapproche cette obligation de celle due au tireur d'un chèque sans provision. Toutefois, si cette obligation est protectrice des intérêts du tireur, nous la jugeons malcommode à mettre en pratique.

403. La difficulté de mettre en œuvre cette obligation d'information -. En cas de chèque faux dès l'origine, et en l'absence de faute du titulaire du compte, la responsabilité du banquier est encourue, même si ce dernier n'a pas commis de faute[577]. A l'inverse, en cas de chèque falsifié en cours de circulation du titre, le tireur supporte le risque, sauf à prouver que le banquier a commis une faute, notamment en vérifiant la régularité de la signature apposée sur le titre. Le banquier a donc tout intérêt à rejeter l'effet pour le cas où ce dernier est faux,

[575] V. M. VASSEUR et X. MARIN, *Le chèque*, Sirey, 1969, spécifiquement n° 195 et Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit du crédit*, Litec, t. 2, 1997, spécifiquement n° 212.

[576] Cass. com., 15 nov. 1994, précité. Précisément, l'arrêt ne fait aucune distinction selon que le client a contribué ou pas à la falsification du titre, il n'y a donc aucune raison de penser que la faute du client évince l'obligation d'information.

[577] Cass. com., 3 janv. 1978, Bull. civ. IV, n° 3, p. 3 ; RTD com. 1978, p. 141, obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE ; D. 1978, IR, p. 306, obs. M. VASSEUR. Il s'agit donc d'un régime de responsabilité sans faute, qui cède pour le cas où le client commettrait lui-même une faute. Au contraire, Th. BONNEAU expose l'idée d'un régime de responsabilité pour faute, que le titre soit faux ou seulement falsifié : il justifie ce régime en avançant que le client sait qu'il prend un risque en payant par chèque, que de fait, il doit assumer. V. Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 2008, n° 457, p. 347.

quitte à violer ses obligations de mandataire[578], violation qui n'est pas du ressort de l'évidence[579].

404. S'il est avéré que le banquier du tireur doit alors rejeter le chèque qu'il sait ou a des raisons de penser faux, il doit aussi informer le banquier tiré de l'existence d'une irrégularité formelle qu'il a pu percevoir. Cela revient à attribuer aux banques de tâches de police. Pour le cas d'une falsification, qu'advient-il du bénéficiaire réel du chèque ? Il nous semble qu'il puisse être difficile de le prévenir aussi, notamment lorsque son nom est modifié ou effacé sur le titre. En pareil cas, le banquier présentateur aurait à demander au tireur, par l'intermédiaire du banquier tiré, l'identité réelle de ce bénéficiaire. Si l'information en matière de chèque sans provision est pertinente, pour le cas du chèque contrefait ou falsifié, nous restons plus circonspects.

405. Les obligations d'information du client comme mode de protection *in abstracto* sont donc multiples. Elles protègent celui-ci à raison de l'activité en cause, sans se soucier de son niveau de connaissance. Le client en sera toujours créancier même s'il connaît déjà la teneur de cette information. En ce sens, ces obligations sont générales et sont dues par le banquier au stade de la conclusion du contrat, pour assurer l'intégrité du consentement, ou à celui de son exécution. L'étude de cette seconde phase a d'ailleurs montré, et confirmé spécifiquement en matière bancaire, que certaines exécutions se destinent, comme l'a découvert le professeur FABRE-MAGNAN, à autoriser une bonne exécution du contrat en évitant que survienne la défaillance du client du banquier ou de sa caution[580]. La finalité de ces obligation d'informations est de donner au contractant du banquier toutes les chances d'exécuter ses obligations s'il a connaissance de l'étendue de ses obligations dès la conclusion du contrat et, au cours de l'exécution de ses prestations contractuelles, de l'évolution de celle-ci.

---

[578] Il est au demeurant peu probable que le client recherche la responsabilité du banquier quand ce denier lui a évité les conséquences liées à une fraude du chèque.

[579] En effet, en matière de chèque faux dès l'origine, dès lors que le tireur n'émet pas lui-même le titre, il peut sembler difficile de considérer que le banquier ait à exécuter un ordre qui ne provienne pas de son client : s'il s'abstient de payer l'effet, il n'est alors nullement fautif à l'égard du mandant qui n'a jamais émis l'ordre de payer le bénéficiaire mentionné sur le titre.
il se sera alors abstenu, faute de pouvoir authentifier l'ordre de paiement matérialisé par l'émission du chèque.

[580] Ainsi est-ce le cas de l'information périodique due à l'emprunteur ou à la caution qui leur permette d'appréhender avec justesse le la portée de leur engagement.

406. Le caractère général de ces obligations -. D'autres obligations d'information relèvent d'une toute autre catégorie que nous avons tenté de systématiser. Elles existent quand une faute est déjà commise, que le client en soit l'auteur ou la victime, et se destinent à éviter que cette faute n'entraîne un préjudice. Originale, cette catégorie protège le contractant du banquier, même lorsqu'il est à l'origine de cette faute : c'est notamment le cas de l'obligation d'informer le tireur d'un chèque provision pour lui éviter la sanction, lourde, de l'interdiction bancaire. Toutefois, que ces obligations d'information soient dues au moment de l'exécution du contrat pur éviter la survenue d'un préjudice, ou plus classiquement au moment de sa formation pour protéger le consentement de celui qui s'engage, elles revêtent le même caractère : **elles s'apprécient toute in abstracto, indépendamment de l'état de connaissance réelle par le créancier du contenu de l'information à transmettre**. L'existence de ces obligations n'est conditionnée qu'à la qualité de la partie contractante avec le banquier, laquelle ne préjuge en rien de l'état de leur connaissance de l'information.

407. Il convient alors d'apprécier la pertinence de ces obligations au regard de l'efficacité sur la protection du client.

SECTION II

LA PERTINENCE DES TECHNIQUES DE PROTECTION APPRECIEES *IN ABSTRACTO* FONDEES SUR L'INFORMATION

408. Deux séries de remarques peuvent exister relativement aux obligations d'information qui sont dues au créancier indépendamment de son état de connaissance du contenu de l'information. La première remarque est relative à la technique employée en elle-même, soit que l'information imposée par le législateur est imprécise ou inadaptée quant à la forme que prend l'information (§ 1). La seconde touche aux effets de ces obligations, en ce qu'ils peuvent générer une protection injustifiée, ou au contraire insuffisante (§ 2).

§ 1 - Les hypothèses dans lesquelles l'information est imprécise ou inadaptée

409. Le caractère imprécis que peut revêtir l'obligation d'information touche principalement les obligations légales d'information. Il trouve son origine dans la généralité des termes mêmes employés par le législateur (A). Plus symptomatique encore est le constat du caractère inadapté de certaines autres informations dont le client est créancier. Alors que le caractère général de l'obligation puise sa source dans la volonté d'offrir une protection la plus large possible, les secondes témoignent de l'application d'une méthode législative consumériste qui se prête mal à la pratique du droit bancaire, peu formaliste et d'inspiration libérale (B).

A) Le caractère imprécis de l'obligation d'information

410. Certaines dispositions protectrices mettant en avant une obligation d'information font preuve d'une rédaction qui engendrent, par leur caractère général, des imprécisions. Il en va ainsi notamment des dispositions relatives à la convention de compte (a), mais aussi en cas de litige avec le banquier (b).

a) en matière de convention de compte

411. Le législateur impose à l'article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier, comme nous l'avions déjà exposé, , pour les établissements d'informer « *leur clientèle et le public sur les conditions générales et tarifaires applicables aux opérations relatives à la gestion d'un compte de dépôt* » et poursuit en disposant que « *la gestion d'un compte de dépôt des personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels est réglée par une convention écrite passée entre le client et son établissement de crédit* ». Il est possible de déceler, dans les règles posées par la loi, certaines imprécisions, tenant soit au champ d'application de la loi, soit au contenu matérielle de la règle de droit.

412. Le domaine d'application du formalisme -. Tout d'abord, relativement à la question du domaine d'application de l'article, le formalisme s'impose spécifiquement pour la gestion d'un compte de dépôt au profit d'une personne physique agissant pour ses besoins non professionnels : cette double condition tenant à la personne et l'activité qu'elle exerce est la condition d'application du formalisme. Seuls les comptent de dépôt sont visés, ce qui en fait un critère *ratione materiae* d'origine légal, tenant à l'activité en cause. Ce choix a pu faire l'objet de critiques en doctrine[581] : en effet, le texte restreint le domaine d'application du formalisme à ces seuls comptes. Au surplus, il lui combine un critère tenant à la qualité de la personne, celui n'agissant pas pour les besoins de son activité professionnelle. Nous pensons que cette application dualiste d'un critère objectif, la nature du compte, et d'un critère subjectif, la qualité de la personne, est peu une combinaison contestable. En effet, il peut apparaît malaisé de déterminer d'une part ce qu'il faut entendre par la notion d' « activité professionnelle » visée par le texte, et d'autre ce qui rentre dans la catégorie des compte de dépôt.

413. Ainsi, précisément, alors qu'aucun texte du législateur ne distingue le compte de dépôt des autres types de compte, la distinction s'opère au regard de la volonté des parties de faire fonctionner le compte : seul le compte courant subit l'effet du règlement automatique attaché à l'entrée en compte d'une remise[582]. La difficulté nait enfin de l'interprétation de la notion d' « activité professionnelle ». Concrètement, qu'advient-il si une personne physique

[581] S. PIEDELIEVRE, *Droit bancaire*, Thémis, PUF, 2003, n° 189.
[582] Sur les conséquences de cette distinction, V. A. PRUM, *De la distinction entre compte de dépôt et compte courant*, RD bancaire et fin. mai-juin 2003, n° 3, p. 153 ; R. BONHOMME, *Proposition d'analyse de l'effet de règlement des comptes bancaires*, PA, 21 juin 2001, p. 4.

conclut une convention de compte pour des besoins mixtes, tant professionnels que non professionnels ? L'on pourrait penser qu'en pareil cas, les dispositions de l'article L. 312-1-1 n'ont pas vocation à s'appliquer. ***L'article semble faire du besoin professionnel un critère d'exclusion du formalisme, même pour le cas où cette activité serait résiduelle***.

414. Enfin, dans la recherche de la nature du compte ouvert par le client, les conventions de comptes ne désignent pas toujours avec exactitude la nature du compte en cause, la qualification de ce dernier est alors rendue malaisée. En pratique, si les conventions sont intitulées « convention de compte de dépôt », il n'en reste pas moins que la nature de ces conventions peuvent prêter à confusion, notamment lorsqu'une clause stipule que le compte est soumis à l'effet de règlement automatique attaché à l'entrée en compte des remises. La dénomination contractuelle choisie par les parties n'est pas alors susceptible d'opérer, à elle seule, cette distinction quand le contenu du contrat diffère de la qualification retenue du contrat. A défaut de précision dans la loi, la banque pour s'abstraire du formalisme, pourrait soutenir qu'il s'agit en réalité d'un compte courant. Source d'inutiles contentieux, le critère « fonctionnel » du compte de dépôt, retenu par le législateur aux termes de l'article L.312-1-1, pourrait être abandonné. Cela aurait pour conséquence d'imposer le formalisme à toute convention de compte, ce qui, pour le banquier et la pratique, aurait été malcommode. Il convient de penser, comme y invitait un auteur[583], qu' « *il aurait été plus simple de viser tous les comptes ouverts par les personnes physiques, puis d'énumérer les comptes non soumis* ». Enfin, nous pensons que la combinaison des critères choisis est contestable. Elle exclut du champ d'application les personnes physiques qui contractent pour leur besoin personnel qui concluraient une convention de compte courant. Certes, celles-ci sont surtout concluent par les professionnels, mais cela revient à postuler que le professionnel agit pour ses besoins professionnels et qu'il n'ouvre qu'une convention de compte courant. Ce postulat est typique de la pensée consumériste, et se retrouve d'ailleurs dans la jurisprudence relative aux litiges applicables aux dispositions du Code de la consommation[584], et paraît mal s'accorder avec un

[583] S. PIEDELIEVRE, *Remarques sur la charte relative aux conventions de compte de dépôt*, RTD com. 2003, p. 467.

[584] Ainsi pour l'obligation d'information qui pèse sur le professionnel de l'article L. 111-1, V. Cass. civ. 1ère, 1er mars 2005, Bull. civ. I, n° 109 ; JCP éd. G 2005, II, 10164, note BAZIN ; sur le domaine d'application des clauses abusives et l'extension sibylline à certains professionnels, V. Cass. civ. 1ère, 24 janv. 1995, Bull. civ. I, n° 54 ; D. 1995, p. 327, note G. PAISANT.

droit d'inspiration libérale qui est avant tout un « *droit de l'activité*[585] » et non un « droit de la personne ».

415. L'étendue des créances visées par l'article L. 312-1-1 : le cas du taux d'intérêt -. Au fond, l'article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier impose au banquier d'informer le client et le public sur les conditions générales et tarifaires : l'idée est que le client ne peut devoir payer que les sommes dont il a déjà eu connaissance au moment de l'ouverture de compte. Afin de contourner cette disposition, les banques ont pu rédiger certaines clauses-types comme « *Outre les frais et tarifs expressément mentionnés dans la convention, le client est tenu de façon générale de tous frais, honoraires, impôts et taxes occasionnées par l'ouverture, le fonctionnement ou la clôture du compte*[586] ». Cela signifie t-il que le client puisse être redevable de certaines créances qui ne seraient pas mentionnées dans la convention d'ouverture et que le banquier prélève au tire du fonctionnement du compte ? Il s'agit donc de déterminer la portée de l'exigence tirée de l'article L. 312-1-1. Doit-on ainsi penser l'information des conditions tarifaires dans la convention de compte vise notamment le cas des intérêts lorsque le compte devient débiteur ? Cette question a pour conséquence de déterminer si le banquier doit mentionner le taux de l'intérêt dans les conditions tarifaires pour le cas où un découvert en compte serait constitué par le client. Répondre par l'affirmative renforcerait la protection du client en élargissement les éléments qui rentrent dans l'obligation d'information. Répondre par la négative inciterait à penser que la question des intérêts relèvent d'autres dispositions, notamment aux articles 1907 alinéa 2 du Code civil et L. 313-2 du Code monétaire et financier.

416. La doctrine paraît divisée sur la question. Ainsi, le professeur STOUFFLET[587] penche pour la seconde solution, et invite donc à considérer que l'obligation d'information de l'article L. 312-1-1 ne vise pas les intérêts, au motif que ceux-ci sont déjà encadrés par les

---

[585] En ce sens, V. T. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 7 éd., 2007, n° 2, lequel mentionne que c'est aussi un « droit des acteurs », non pas qu'il vise le client, mais le banquier en ce sens que c'est le droit des établissements de crédit. Il convient donc d'exclure toute idée de droit applicable au consommateur, au consommateur de crédit, au professionnel du banquier…ces notions restant ancrées dans la législation consuméristes qui raisonnent par le critère de la qualité du contractant du professionnel.

[586] Cette stipulation est tirée des conventions que rédige une grande banque, V. en ce sens, N. MATHEY, *Les relations des banques avec leur clientèle : les conventions de compte*, Contrats, conc. consom. mai 2005, étude n° 5.

[587] J. STOUFFLET, *Nouvelles interventions législatives dans les relations entre les établissements de crédit et leurs clients, loi MURCEF du 11 décembre 2001. Loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne*, RD bancaire et fin. 2002, p. 36, n° 4.

dispositions précités. A l'inverse, le professeur BONHOMME[588] les inclut dans ce texte et impose au banquier de les mentionner dans la convention de comptes pour le client et sur les fascicules publicitaires pour le public. Cette dernière solution serait justifiée par le caractère général des termes de l'article qui vise les conditions tarifaires lesquelles engloberaient le taux d'intérêt débiteur : le banquier devrait alors préciser dans la convention le taux d'intérêt sous peine de ne pouvoir s'en prévaloir auprès du client.

417. Selon notre propre opinion, il convient de faire application de l'adage *lex specialis derogat legi generali* qui conduit à penser que le banquier n'a pas à intégrer les intérêts dans l'obligation d'information sur les conditions tarifaires. En effet, les articles régissent déjà les intérêts, ce qui doit amener à penser que la loi générale, celle du droit du compte, cède en faveur des dispositions spécifiques de l'article 1907 alinéa 2 du Code civil et L. 313-2 du Code monétaire et financier. Au surplus, et en toutes hypothèses, il n'y aurait au final guère de différences puisque aux termes de l'article 1907 alinéa 2, le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit. Que ce soit au travers de la convention de compte avec l'article L. 312-1-1 ou par le biais de l'article 1907 alinéa 2 qui impose l'écrit, le formalisme tend à informer efficacement le client du banquier, même si l'article du Code civil ne prévoit pas les modalités spécifiques d'information du taux conventionnel comme le dispose l'article L. 312-1-1.

418. L'information du client en cas de modifications en cours d'exécution du contrat d'ouverture de compte -. Toute autre est la question des modifications de la convention de compte à l'initiative de la banque. En ce cas, l'article L. 312-1-1 alinéa 6 dispose que « *tout projet de modification des conditions tarifaires applicable au compte de dépôt doit être communiqué par écrit au moins trois mois avant la date d'application envisagée. L'absence de contestation par le client dans un délai de deux mois après cette communication vaut acceptation du nouveau tarif* ». Cette disposition se calque sur ce que la Cour de cassation applique déjà en matière de relevé bancaire quand le banquier modifie le montant d'une charge et que le client, à la réception du relevé, n'exerce aucune protestation[589]. Cela ne vaut toutefois qu'en cas d'absence de réponse du client. En effet, le

[588] R. BONHOMME, *Aspects bancaires de la loi MURCEF*, Banque et droit 2002, p. 3.

[589] V. nos développements sur le silence du client à la réception des relevés bancaires, *supra* n° 339 ; et spécifiquement quant à la jurisprudence de la Cour de cassation, V. Cass. com., 13 mars 2001, Bull. civ. IV, n° 55 ; JCP éd. E 2001, I, 1328, n° 4, obs. J. STOUFFLET et N. MATHEY, *Les relations des banques avec leur clientèle : les conventions de compte*, précité, qui note que cette jurisprudence reste pertinente pour tout

principe reste celui du formalisme écrit par lequel la banque propose un projet de modification des conditions tarifaires que celui-ci peut accepter ou refuser. Ici réside la différence fondamentale qui existe entre l'article L. 312-1-1 alinéa 6 et la jurisprudence en matière de présomption d'accord lors de la réception des relevés sans contestation. Si cette jurisprudence concerne le contentieux lors de l'exécution du contrat, au moment du paiement du chèque, l'article L. 312-1-1 alinéa 6 touche au contenu du contrat défini lors de sa formation, si bien qu'il s'agit, durant la phase d'exécution du contrat, de modifier le support contractuel qui a prévalu lors de sa formation. Par l'effet d'un certain parallélisme des formes, si l'écrit s'impose au moment de la création de l'acte, il s'imposera naturellement lors de sa modification. Il faudra alors en ce cas l'accord du client à un avenant contractuel émis postérieurement sous la forme écrite. Au regard du principe de parallélisme des formes, le formalisme se justifie. L'on objectera toutefois que celui-ci est lourd pour le banquier et surtout que la modification peut ne pas toucher un élément substantiel du contrat, par exemple s'il s'agit du montant des frais d'un service que le client n'utilise pas. L'on pensera à l'augmentation du coût de location des coffres par exemple.

419. Que faut-il donc entendre par *modification des conditions tarifaires* nommée par le Code ? Pour la jurisprudence[590], l'instauration d'une nouvelle commission s'analyse en une modification tarifaire. De la même manière, certains auteurs[591] pensent qu'un service, gratuit à l'origine puis devenant payant, constitue aussi une telle modification. Si le terme doit être interprété largement, il convient d'exclure de son domaine la modification du taux d'intérêt, contrairement à ce que soutiennent des auteurs[592]. Nous justifierons notre position en relevant que l'article 312-1-1 ne vise expressément que les modifications du tarif des produits et des services. Pour le TEG, il conviendra pour le banquier de l'informer simplement par le biais du relevé de compte périodique. Comme nous l'avons démontré précédemment, cette solution est confirmée par la Cour de cassation[593].

---

modification qui ne relèverait pas de la tarification bancaire. Nous approuvons ce propos. En effet, ce mécanisme de l'acceptation tacite des opérations réalisées par le banquier vaut pour toute opération, que ce soit un ordre de virement, un ordre de bourse, le prélèvement de frais...Pour une illustration récente de cette acceptation tacite, V. Cass. com., 3 nov.2003, D. 2004, p. 3063, obs. V. AVENA-ROBARDET.

[590] Cass. com., 13 mars 2001, précité ; Cass. civ. 1ère, 25 nov. 2003, RD bancaire et fin. 2004, com. 190, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD.

[591] F.-J. CREDOT et Y. GERARD, obs. sous Cass. civ. 1ère, 25 nov. 2003, précité.

[592] R. BONHOMME, *Aspects bancaires de la loi MURCEF*, précité.

[593] V. *supra*. n° 337 ; et nous rappellerons la position de principe de la Haute juridiction, Cass. civ. 1ère, 19 oct. 2004, JCP éd. E 2004, p. 1862, avis de l'avocat général CAVARROC, RTD com. 2005, p. 152, note M. CABRILLAC.

Si le client refuse les nouvelles conditions, quid ? La loi ne prévoit rien à ce sujet quant aux formes de doit prendre ce refus. Sur le fond, l'on doit penser que les conditions tarifaires antérieures se maintiennent. Evidemment, la banque peut avoir intérêt à rompre la convention si le client n'accepte pas les nouveaux tarifs, et la relation contractuelle paraît, après ce refus, vouée à la compromission.

420. Avant que la relation ne se termine entre les parties, il arrive que le client soit en litige avec le banquier, et que ce dernier voie sa responsabilité recherchée pour l'inobservation d'une obligation d'information.

b) L'imprécision des obligations d'information en cas de litiges avec le banquier

421. L'imprécision en matière de chèque sans provision -. Le litige peut survenir à la suite d'un manquement à l'inobservation d'une obligation d'information jugée trop imprécise. Il en sera ainsi à la suite de l'émission d'un chèque sans provision. Le caractère imprécis de cette information de l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier nous enjoindra à penser que le banquier n'est pas à l'abri d'une mise en responsabilité recherchée sur le fondement de l'inexécution de cette obligation. Cet article dispose que « *le banquier peut, après avoir informé par tout moyen approprié mis à disposition par lui le titulaire du compte des conséquences du défaut de provision, refuser le paiement d'un chèque pour défaut de provision suffisante.* » Nous avions montré que la jurisprudence interprétait sévèrement cette disposition en ce que l'information préalable au rejet devait être précise et non générale[594], et porter sur les titres litigieux en indiquant leur montant, la date de création et le nom des bénéficiaires. Nous nous permettons toutefois de revenir sur la notion de « *moyen approprié* » que mentionne le texte pour faire état de l'imprécision de cette notion en l'absence de jurisprudence le définissant avec précision. A défaut d'une telle définition, il nous semble qu'existe un risque réel de contentieux qui résiderait dans l'appréciation fluctuante de la forme que doit prendre cette information. Le législateur voulant éviter le formalisme lourd lié à l'écrit, a préféré lui substituer l'absence de forme. En cas, il aurait été plus simple de mentionner « par tout moyen », ce qui, du point de vue de la preuve et de la souplesse liée à cette absence de forme, revient au même. Aussi, et *a contrario*, doit-on comprendre qu'il existerait des formes inappropriées. Nous pensons que le plaideur malicieux

[594] Cass. com., 25 mai 2005.

saura user de l'ambigüité née de l'adjectif « approprié ». Ainsi peut-on imaginer un client âgé prévenu par courrier électronique qui avancerait qu'il ne maîtrise pas l'outil informatique et que cette forme est inappropriée. Chacun pourrait alors se justifier de la spécificité de son propre cas pour démontrer ce caractère inapproprié. Le courrier serait trop lent, l'information trop complexe et incertaine, le téléphone inutilisable en journée pour celui-ci qui rentre tard chez lui, etc.

422. Il convient naturellement de rejeter de telles justifications, le client ne pouvant se cacher sous le masque trop facile du caractère inadéquat du vecteur de l'information pour avancer que celle-ci ne lui a pas été transmise. Cependant, la catégorie des moyens inappropriés n'en existe pas moins virtuellement et personne, à ce jour, n'est venu l'étoffer. Nous proposerons donc, de manière prudente et préventive, que l'article L. 131-73 puisse être modifié et mentionne plutôt « par tout moyen ».

423. Ces remarques sont symptomatiques d'une inadaptation de certaines dispositions informatives.

B) Le caractère inadapté de certaines obligations d'information

424. Dans le souci de protéger efficacement le client du banquier, le législateur consacre des obligations visant à informer celui-ci par des dispositions dont la terminologie n'est pas sans rappeler une certaine inspiration consumériste. Nous avons pu montrer qu'en matière de convention de compte, la loi restreint le domaine d'application de l'article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier aux « *opérations relatives à la gestion d'un compte de dépôt* » pour les « *personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels* ». La combinaison de ces deux critères est contestable. Il procède de la confusion de deux législations ayant chacun des postulats différents. Raisonner selon un critère *ratione personae* permet de cibler un contractant supposé être digne de protection, principalement en raison de la croyance de sa faiblesse, économique ou juridique. Il en irait ainsi en droit de la consommation et en droit du travail qui nomme expressément cette partie, que ce soit le « consommateur » ou le « salarié ». A l'inverse, la législation applicable à la matière bancaire est avant tout un droit de l'activité[595]. La personne physique qui emprunte pour ses besoins

[595] V. T. BONNEAU, *Droit bancaire*, précité.

personnels est vue comme un emprunteur et non un consommateur. C'est ce qui ressort manifestement des termes même de la législation sur le crédit, et spécifiquement de l'article L. 311-1 du Code de la consommation qui vise le prêteur et l'emprunteur.
Ce dernier n'est d'ailleurs pas défini par rapport à sa qualité personnelle, ni par les mobiles professionnels ou non-professionnels qui l'amènent à conclure, mais simplement par rapport à sa situation contractuelle, c'est-à-dire comme cocontractant du prêteur[596]. Il y a ici absorption de la nature des opérations qui auraient une finalité consumériste dans celle de l'activité bancaire[597]. En d'autres termes, l'activité supplante l'objet du contrat, la cause objective de l'obligation du client prime sur la nature de l'activité par laquelle ce dernier poursuit la finalité de l'opération.

425. Pourtant, pour le crédit à la consommation, la loi semble mélanger les critères en retenant tant des critères tenant à la personne qu'à la finalité de l'activité en cause. Ainsi l'alinéa 3 de l'article L. 311-3 du Code de la consommation[598] vise à la fois celui qui contracte pour financer les besoins d'une activité professionnelle et les personnes morales. Au vrai, cela témoigne de l'utilisation concomitante de critères objectifs et subjectifs, ce qui n'est pas sans obérer la loi d'une certaine rigueur. Le législateur méconnaît encore quelques fois cette rigueur en procédant à une confusion des critères, en matière d'information de la caution sur la dette garantie, ce qui peut aboutir tantôt à une exclusion de la protection pour certaines cautions, tantôt à sa redondance. Ainsi, le banquier doit jongler entre les règles de l'article L. 312-22 du Code monétaire et financier qui s'applique à toute personne physique ou morale qui exerce une activité économique et qui contracte l'emprunt garanti pour les besoins de cette activité et celles de l'article L. 341-6 du Code de la consommation qui protège la personne physique caution d'un créancier professionnel. Les critères se chevauchent et contribue à l'émergence des situations dans lesquelles la protection est inexistante, quand la caution contracte pour ses besoins propres avec un créancier non-professionnel, ou superflue, quand l'information est due à la fois au titre de dirigeant caution, et à la fois au titre de caution personne physique contractant avec une créancier professionnel.

[596] L'article L. 311-1 le définit en effet comme « l'autre partie aux mêmes opérations ».
[597] V. en ce sens, H. CAUSSE, *Droit de la consommation et droit bancaire : l'embrouille*, AGEFI, 22 janv. 2002, p. 2.
[598] Article L. 311-3 du Code de la consommation.

§ 2 Les obligations d'information insuffisantes ou injustifiées

426. Le fait qu'une obligation d'information existe ou non au profit du client de la banque se justifie par l'étendue de la protection qui accordée au bénéficiaire de l'information. Certains auteurs ont, à ce sujet, élaborés des critères de protection fondés sur un élément subjectif, l'ignorance d'une information utile pour le contractant[599]. Le banquier ne serait donc pas débiteur de cette obligation pour les cas où son client connaît déjà l'information. Pourtant, dans certains cas, cette information est due au client qui ne la mérite pourtant pas (A). A l'inverse, il arrive que dans certains cas, il convient au contraire de généraliser l'obligation pour éviter que la protection informative du client du banquier ne soit lacunaire (B).

A) La protection injustifiée

427. La finalité d'une obligation d'information a pour objet de combler un déficit d'information entre deux personnes. C'est parce qu'une partie connaît une information ignorée d'une autre et que cette information est utile pour cette dernière que la partie qui la détient doit la délivrer. Mais ce n'est pas le seul fondement de cette obligation. En effet, l'asymétrie se destine avant tout à éviter le risque que le contractant ne puisse recevoir la prestation attendue par lui. Qu'il s'agisse d'un contrat de cautionnement signé en croyant qu'il n'est question en réalité que d'un engagement moral ou d'une opération sur des marchés financiers dont l'investisseur ignore totalement son caractère spéculatif, l'activité bancaire est riche d'exemples dans lesquels le client prend part à une opération à risque. Si l'asymétrie d'information entraîne l'existence d'un risque et que l'obligation d'information est due au créancier pour pallier ce risque[600], *a contrario*, si l'information est déjà connue du client du

---

[599] M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1992, n° 154 et 155, p. 120.

[600] Pour une illustration de l'obligation d'information dont est créancier l'emprunteur et qui a été découverte par le juge au profit de celui qui, en raison de son niveau de compétence ou de connaissance, ne peut apprécier toute la portée de son engagement, V. Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2005, n° 03-10.770, n° 02-13.155 et n° 03-10.921, D. 2005, AJ, p. 2276, obs. X. DELPECH, jur. p. 3094, note B. PARANCE, D. 2006, pan. p. 167, obs. D.-R. MARTIN et H. SYNVET ; Banque, n° 673, oct. 2005, p. 94, note J.-L. GUILLOT, M. BOCCARA SEGAL ; JCP éd. G 2005, II, 10140, note A. GOURIO ; JCP éd. E 2005, p. 1359, note D. LEGEAIS ; Banque et Droit 2005, n° 104, p. 80, obs. T. BONNEAU ; RLDC 2005, n° 21, p. 15, note S. PIEDELIEVRE ; RD banc. Fin. sept.-oct. 2005, p. 20, obs. D. LEGEAIS, nov.-déc. 2005, p. 14, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; RCA n° 10/2005, p. 22 ; BRDA 2005, n° 20, p. 11 ; Dr. et patr. 2005, n° 143, p. 98, obs. J.-P. MATTOUT et A. PRUM ; Dr. et patr. 2006, n° 145, p. 123, obs. L. AYNES et P. DUPICHOT ; RTD com. 2005, p. 829, obs. D. LEGEAIS ; LPA 2006, n° 204, p. 8, note C. BOISMAIN ; RD immo. 2006, p. 123, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN.

banquier, alors le risque naturel lié à la nature de l'opération en cause n'est plus aggravé pas la méconnaissance de cette information. Il serait alors légitime de penser que l'obligation d'information n'est plus due au client. Ce propos est d'ailleurs confirmé par le professeur FABRE-MAGNAN qui affirme que « *le fondement principal de l'obligation d'information étant l'inégalité d'accès des deux parties à l'information, cette obligation n'existe que lorsque les deux parties ne disposaient pas des mêmes possibilités de connaître l'information.*[601]» Toutefois, la concordance entre la méconnaissance de l'information et l'obligation n'est toujours avérée, et il est des cas dans lesquels l'information sera due à celui qui est sensé savoir, de sorte que l'information n'a plus de justification en l'absence de risque (1). A l'inverse, il est possible que le créancier de l'obligation, et aussi son débiteur, ignorent tout deux *légitimement* l'information. L'asymétrie d'information est donc inexistante. Pourtant dans certains cas, une protection du client sera mise en place en imposant au banquier de s'informer (2).

1) L'obligation d'information malgré la connaissance de l'information par le client

428. Spécifiquement à certaines opérations sur les marchés financiers, la Cour de cassation a pu déjà poser le principe que l'information du client du banquier n'est pas due à celui qui en raison de ses compétences connaît déjà la teneur de cette information[602]. A l'opposé, le législateur impose au banquier, quand bien même son client connaîtra la donnée à transmettre, des obligations d'information. Au regard du critère de ces obligations d'information, l'ignorance légitime de leur bénéficiaire, cette exigence peut apparaît comme contestable. Nous en prendrons illustrations dans trois hypothèses, en matière de crédit à la consommation, de renégociation du contrat de prêt immobilier et enfin de cautionnement.

a) l'hypothèse du crédit à la consommation

429. Les dispositions du Code de la consommation relatives au crédit à la consommation imposent un formalisme informatif lourd. Le banquier doit présenter une offre

[601] M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, précité, n° 254, p. 197.
[602] Spécifiquement en matière d'investissement sur les opérations spéculatives sur les marchés à terme, Cass. com., 5 nov. 1991, Bull. civ. IV, n° 327 ; D. 1991, IR, p. 269 ; RTD com. 1992, p. 436, note M. CABRILLAC et B. TEYSSIE ; Banque 1993, 97, note J.-L. GUILLOT.

préalable écrite qui comprend de nombreuses mentions[603] sous peine de déchéance du droit aux intérêts comme le dispose l'article L. 311-33. Ces dispositions, dont la portée est générale, ne sont limitées que la restriction opérée par les articles L. 311-2 et L. 311-3 du Code de la consommation relatives au champ d'application de la loi protectrice. Si la personne physique ou morale est protégée en dehors des contrats qu'elle passe pour les besoins de son activité professionnelle, le législateur leur confère une présomption d'ignorance de l'information que lui doit le banquier. A nos yeux, c'est une présomption *irréfragable* d'ignorance de l'information puisque s'il est dans le champ d'application prévu par les deux articles précités, le banquier ne pourra jamais s'abstraire de son obligation en prouvant que l'emprunteur connaît déjà les informations que la loi lui impose de transmettre à ce dernier. Cette présomption est renforcée puisqu'en cas de litige avec le prêteur, l'emprunteur n'aura même pas à démontrer que l'obligation est due puisque sa seule qualité de personne physique ou morale contractant pour ses besoins personnels induira que le banquier est débiteur de cette obligation. Cela ne pose d'ailleurs aucun problème en soi, le droit connaît déjà des obligations qui sont conditionnées par la qualité de la personne. La qualité de la partie est en elle-seule un critère de protection utilisé par la loi[604] ou par la jurisprudence[605].

430. Toutefois, la présomption irréfragable d'ignorance de l'emprunteur fait qu'une personne physique qui emprunte pour ses besoins personnels, par ailleurs professionnel du crédit, est protégée au même titre que celui qui n'aurait aucune connaissance des mécanismes du crédit. Cela conduit le juge à sanctionner le banquier qui n'a pas informé son cocontractant qui connaissait déjà l'information. Il ne convient toutefois pas de modifier les dispositions du Code de la consommation pour autant. L'on aurait pu croire qu'il aurait été aisé de limiter le champ d'application de la loi aux seules personnes averties, fussent-elles même des personnes physiques. L'on aurait justifié ce choix en le calquant sur la jurisprudence relative au devoir de mise en garde[606]. Cette vision n'emporte pas l'adhésion, et contribue à abandonner une solution trop générale pour une solution difficile à mettre en œuvre. En effet, cela revient à faire peser sur le banquier le rôle de déterminer si le client est averti ou non, et donc à faire

[603] Article L. 311-10 du Code de la consommation.
[604] Il suffit de penser aux législations qui s'adresse à personne nommée, que ce soit l'emprunteur, l'investisseur, la caution, l'associé, le salarié…, V. en ce sens, C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, LGDJ, 2002.
[605] Nous trouverons ici illustration de ce propos avec par exemple, Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2005, précité, qui instaure un devoir de mise en garde auprès de l'emprunteur non-averti.
[606] V. *infra*. n° 390.

peser le risque sur celui-ci. Nous proposons au contraire d'instaurer au profit du banquier la possibilité de renverser la présomption de connaissance dont jouit l'emprunteur. Ainsi, la présomption ne devrait qu'une présomption simple. Ce principe que nous proposons trouve à s'appliquer de manière concrète, nous prendrons pour illustration l'hypothèse de la renégociation du prêt.

b) l'hypothèse de la renégociation du contrat de prêt immobilier

431. Dès le mois d'octobre 1987, suite au krach boursier, et à partir de la baisse du marché immobilier de 1991, l'on assista à une diminution de l'inflation et une baisse corrélative des taux d'intérêts, ce qui suscita chez de nombreux emprunteurs le désir de renégocier leurs crédits immobiliers, souvent conclus avec un taux fixe. Statistiquement, l'on estime qu'entre 1987 et 1997, près d'un quart de ces emprunteurs, ayant financé leur habitation principale, a renégocié ses prêts au moment de la baisse des taux[607]. Ainsi, pour mesurer cette importance part des emprunteurs, il convient de remarquer qu'en 1999, le montant des flux des renégociations atteignaient 37 milliards de francs[608]. La question qui se pose, compte tenu de la rigueur du formalisme lors de la conclusion du contrat de prêt immobilier, est celle de savoir si les modifications du prêt doivent ou non faire l'objet d'une nouvelle offre préalable. Cette question est d'autant plus importante qu'elle influence substantiellement, au regard du nombre des renégociations, la pratique des banques.

432. Dans un premier temps, la Cour de cassation répondit par la négative, le banquier ne devant pas présenter à l'emprunteur une nouvelle offre[609]. Selon la Cour, l'offre écrite ne vaut que pour le moment de la conclusion du contrat. Opérant un revirement, un arrêt du 6 janvier 1998[610] affirma que l'article L. 312-8 du Code de la consommation est applicable à la renégociation du prêt. En définitive, quand le contrat est modifié, le banquier doit établir à nouveau une offre préalable respectant l'exigence de forme prévue par l'article, même pour le cas où la renégociation est sollicitée par l'emprunteur et que le taux d'intérêt soit revu à la baisse et que les échéances soient inchangées[611]. Pour la Cour de cassation, la justification de cette position est tirée de la finalité de l'opération, c'est-à-dire que dès qu'elle

[607] M. MOUILLARD, *Baisse des taux et renégociation des crédits immobiliers*, Banque juin 1997, p. 38.
[608] M. MOUILLARD, *Immobilier, les renégociations continuent*, Banque Magazine févr. 1999, n° 36.
[609] Cass. civ. 1ère, 8 oct. 1996, Bull. civ. I, n° 334 ; D. Aff. 1996, p. 1241 ; Banque avr. 1997, n° 91, note J.-L. GUILLOT.
[610] Cass. civ. 1ère, 6 janv. 1998, Bull. civ. I, n° 5.
[611] Cass. avis, 20 juin 1997, BICC oct. 1997, avis n° 5, p. 3.

s'inscrit dans l'acquisition d'un bien immobilier, l'opération est soumise à l'article L. 312-2 et suivants du Code de la consommation. Il convient de préciser le champ d'application de cet article en cas de renégociation. Le principe est que toute renégociation n'entraîne pas l'obligation pour le prêteur de respecter les dispositions de l'article L. 312-8. Il a été jugé que la seule modification de la durée du prêt n'entraîne pas une réitération de l'offre préalable[612], il en va de même quand les échéances sont modifiées à la suite d'un remboursement anticipé[613]. **Ces solutions nous enjoignent à penser que la réitération de l'offre préalable ne vaut que pour les situations entraînant un alourdissement des obligations contractuelles de l'emprunteur, et non celles visant à un allégement de celles-ci[614].**

433. En effet, il nous est permis d'affirmer que cette solution se justifie puisque la protection du formalisme informatif n'existe que pour informer l'emprunteur des risques liés au crédit. A *contrario*, si le risque disparaît parce que la renégociation du contrat ne peut que favoriser celui-ci, la protection ne se justifie plus. **C'est donc la présence d'un risque qui fonde l'existence d'une obligation d'information de nature à annuler ce risque** : informé, l'emprunteur saura être juge de ses intérêts et ne s'engagerait pas s'il savait, à la vue des éléments donnés par la banque, que le coût du crédit est excessif pour lui.

434. Cet équilibre nous paraît cependant remis en cause par le législateur. Par la loi n° 99-532 du 25 juin 1999[615], devenu l'article L. 312-14-1 du Code de la consommation, le principe applicable en matière de renégociation des contrats est posé. « *Les modifications au contrat de prêt initial sont apportées sous la seule forme d'un avenant.* » Le législateur impose que soit remis un nouveau tableau d'amortissement et que l'avenant mentionne le montant du TEG ainsi que le coût du crédit calculé sur la base des échéances et frais à venir. Peu formaliste, cette disposition n'impose pas une nouvelle offre préalable mais enjoint simplement le banquier à informer précisément l'emprunteur sur le coût réel du crédit. Nul doute que cette information puisse prendre, pour des questions de preuve, la forme de l'écrit. A s'en tenir à la jurisprudence, l'interprétation large de l'article 312-8 qui étend l'offre préalable lors de la renégociation ne valait que pour les hypothèses de renégociation

[612] Cass. civ. 1ère, 8 oct. 1996, Bull. civ. I, n° 344 ; D. Aff. 1996, p. 1251 ; Contrats conc. consom. 1996, n° 208, obs. G. RAYMOND ; Defrénois 1997, p. 229, note S. PIEDELIEVRE.
[613] Cass. civ. 1ère, 13 nov. 2002 ; Defrénois 2003, p. 261, obs. J.-L. AUBERT.
[614] Cass. civ. 1ère, 4 mars 2003 ; Bull. civ. I, n° 63 ; JPC éd. G 2003, II, 10161, note N. MONACHON-DUCHENE ; RTD civ. 2003, p. 521, obs. P.-Y. GAUTIER ; Bordeaux, 28 févr. 2000, BICC 15 janv. 2001, n° 77.
[615] Loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et la sécurité financière, art. 115 ; JO 26 juin 1999 ; A. GOURIO, JCP éd. E 1999, n° 39, p. 1524 ; D.-R. MARTIN, RD bancaire et bourse 1999, n° 108.

aggravant les obligations de l'emprunteur. Il est désormais possible de s'interroger sur la portée de cette règle depuis que la loi du 3 janvier 2008[616]. Cette loi introduit un nouvel alinéa 6 qui dispose que « *toute modification des conditions d'obtention d'un prêt dont le taux d'intérêt est fixe, notamment le montant ou le taux du crédit, donne lieu à la remise à l'emprunteur d'une nouvelle offre préalable.* »

435. Que convient-il de comprendre ? Par condition d'obtention du prêt, il convient selon nous d'entendre les éléments relatifs au concours, c'est-à-dire le montant total du prêt, le taux d'intérêt, la durée des échéances et le montant des échéances. Cette disposition vise-t-elle l'hypothèse de la renégociation ou se limite-t-elle au seul cas de la modification à l'initiative du banquier lors de la conclusion du contrat ? La rédaction n'a guère le mérite d'être précise à ce sujet. Il est possible de penser que l'expression « modifications des conditions d'obtention d'un prêt » s'illustre lorsque l'emprunteur n'a pas encore accepté l'offre et que celle-ci est modifiée unilatéralement par le banquier au regard de l'évolution rapide des taux d'intérêts. Précisément, lorsque le marché immobilier subit des corrections rapides et significatives d'ordre structurel, comme ce fut le cas dès le mois d'août 2007, l'activité bancaire devient subitement tout à coup plus risquée et le banquier peut être contraint de modifier immédiatement ses taux. Pour les offres préalables déjà émise avant et non encore acceptée au moment où les conditions varient, il peut apparaître qu'une nouvelle offre préalable respectant les dispositions de l'article L. 312-8 peut s'avérer judicieuse. C'est en effet toute l'économie globale du contrat qui est modifiée, le taux d'amortissement ainsi la notice mentionnant les calculs relatifs au TEG peuvent devenir obsolètes et tromper l'emprunteur sur le coût réel du crédit. Il convient dès lors d'élaborer une nouvelle offre exacte. C'est en ce sens que la loi du 3 janvier 2008 impose cette nouvelle offre préalable. La loi ne viserait donc pas les cas des renégociations du prêt. La logique conduirait d'autant plus à cette solution que la disposition s'insère dans l'article L. 312-8 relatif à l'offre, qui existe au stade précontractuel. Pour ce qui est de la renégociation en cours d'exécution du contrat, il convient d'appliquer cumulativement les solutions de l'article 312-14-1 et celles de la jurisprudence qui conduit au régime suivant : *lorsque la modification entraîne une aggravation des obligations de l'emprunteur, le banquier doit lui transmettre une nouvelle offre préalable. Si au contraire, cela n'aggrave pas ses obligations, le prêteur doit simplement lui transmettre un avenant.*

[616] Loi n° 2008-3 du 3 janv. 2008, art. 25-I.

436. L'on a pensé un temps que la loi du 25 juin 1999 avait mis un terme à ce régime dualiste[617], mais rien ne montre que la jurisprudence récente est remise en cause par cette loi. Un arrêt du 6 juillet 2004[618], pour apprécier le caractère favorable ou non de la renégociation à l'égard de l'emprunteur, affirme que les juges du fond doivent prendre en compte tous les éléments sur lesquels portent la renégociation, et pas seulement ceux visés par la loi du 25 juin 1999. Cette référence nous conduit à penser que la Cour de cassation persiste à appliquer sa position traditionnelle puisqu'elle distingue toujours selon que les modifications sont plus favorables ou non : cela conduit à penser que l'article L. 312-14-1 peut être interprété restrictivement en étant limité aux seules modifications non aggravantes de la situation du débiteur. Ainsi, en l'espèce, la Cour de cassation reproche d'avoir jugé qu'un avenant qui a revu à la baisse le TEG, et qui met à la charge de l'emprunteur une indemnité en cas de remboursement anticipé, n'aggrave pas sa situation et la Haute juridiction conclut qu'une nouvelle offre préalable aurait du être remise à ce dernier puisque l'indemnité de remboursement anticipé aggrave finalement la situation de l'emprunteur. Cette solution est protectrice.

437. Toutefois, sur le terrain de la pertinence, cette solution ne convainc guère : le client est sensé déjà parfaitement connaître les conditions, et l'insertion d'une indemnité de remboursement anticipé n'apporte en définitive aucun élément essentiel nouveau dans la portée de l'engagement de l'emprunteur. En l'espèce, nous ne pensons pas que l'information, sous la forme d'une offre préalable réitérée, se justifie : l'emprunteur avait déjà connaissance de tous les éléments principaux du prêt, qui reste inchangé. Nous ne croyons donc pas que le banquier ait à informer par écrit, puis à faire accepter à nouveau l'offre par celui qui connaît déjà les informations contenues dans cette offre. **Il convient alors de considérer que l'appréciation du caractère favorable ou défavorable des modifications contractuelles ne doit se faire que sur les éléments mentionnés à l'article L. 312-8 du Code de la consommation, relatifs au contenu des mentions que doit comporter l'offre préalable**.

[617] V. en sens F. BOUCARD, *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, précité, n° 217, p. 209, qui considère que la loi de 1999 a mis un terme à la solution prétorienne de la Cour de cassation.
[618] Cass. civ. 1ère, 6 juill. 2004, Bull. civ. I, n° 202 ; D. 2004, AJ, p. 2498, obs. C. RONDEY ; JCP éd. G 2004, II, 10193, note M. NICOLAS ; JCP éd. E 2004, p. 1642, note S. PIEDELIEVRE ; RTD com. 2004, p. 798, obs. D. LEGEAIS.

c) l'hypothèse du cautionnement

438. La caution est informée chaque année de l'évolution de la dette garantie par les articles L. 313-22 du Code monétaire et financier et L. 341-6 du Code de la consommation. Si chacun des textes a un champ d'application spécifique, qui peut se croiser, ils ont de commun ce trait lié à la généralité de l'obligation. L'information est due en raison de la qualité des parties en présence et non de leur niveau réel de connaissance. Ainsi, le dirigeant caution d'une société peut se prévaloir de la méconnaissance de l'article L. 313-22[619] puisqu'il est une personne physique qui garantie les dettes d'une personne physique auprès d'un établissement de crédit[620]. La solution est constamment rappelée en jurisprudence[621]. Nous en contestons la pertinence. Celui qui possède déjà le contenu de sa prestation à recevoir n'a plus à le recevoir. La caution, de par sa qualité, est sensé connaître le montant de la dette garantie. Si une présomption d'ignorance existe au profit de l'emprunteur qui contracte pour ses besoins personnels, il nous semble équitable de penser qu'il existe au contraire une présomption, même simple, de connaissance de l'information pour celui qui gère la société garantie. **En pareil cas, il nous est possible de considérer que le banquier n'a pas à informer la caution.**

2) L'obligation d'information malgré l'absence d'asymétrie d'information

439. Il s'agit ici des situations dans lesquelles les deux parties ont un même niveau de connaissance du risque lié aux opérations que réalise le client du banquier. Si l'on a précédemment étudié les hypothèses où les parties connaissaient le contenu de l'information avant la conclusion du contrat, il est question maintenant du cas de l'ignorance partagée de cette information. Il y a donc une « symétrie négative d'information », le banquier et son client ignorant l'information. Le principe est que l'on ne pourrait pas reprocher au banquier de ne pas avoir transmis une information qu'il ignore légitimement**.** Ainsi l'emprunteur ne peut se prévaloir de l'inobservation du devoir de mise en garde du banquier lorsqu'il a caché à ce dernier des informations démontrant que sa solvabilité conduit à refuser le prêt[622]. Ce principe

[619] CA Paris, 19 juin 1991, Banque 1991, p. 867, obs. J.-L. RIVES-LANGE.
[620] Article L. 313-22 *in fine*.
[621] Cass. com., 25 mai 1993, Bull. civ. IV, n° 203 ; JCP éd. E 1993, pan. 804 ; JCP éd. E 1993, I, 302, n° 19, obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET ; Cass. civ. 1ère, 27 févr. 1996, Bull. civ. I, n° 109.
[622] Cass. civ. 1ère, 30 oct. 2007, Bull. civ. I, n° 330 ; D. 2007, AJ, p. 2871, obs. V. AVENA-ROBARDET ; D. 2008, p. 256, note M. BAZIN ; D. 2008, chron., p. 645, obs. M. CRETON ; JCP éd. E 2007, p. 2576, note D.

s'impose même lorsqu'il existe, à la charge du banquier, une obligation de s'informer, comme c'est le cas pour le devoir de mise en garde[623]. **L'ignorance légitime du banquier doit donc se définir comme toutes les informations qui ne sont pas en sa possession et qu'il ne peut récolter par une recherche avec les seuls moyens dont il dispose[624].** Ainsi, ne peut-il se faire juge de la sincérité de son client. Certes malaisé à déterminer[625], le degré de diligence et de prudence du banquier trouve sa limite dans la fraude du partenaire de celui-ci[626].

440. Toutefois nous pouvons relever des hypothèses dans lesquelles le banquier qui ne connaît pas l'information peut voir sa responsabilité mise en cause.
En matière de chèque falsifié, le tireur et le tiré ignorent que le titre a été modifié. Pourtant, le banquier a, dans certains cas, l'obligation d'informer son client de l'existence de l'irrégularité du titre.

441. Ainsi, M. VEZIAN[627] expose la règle de principe : « *partant de l'idée que le banquier ne peut avoir la compétence d'un expert en écritures et qu'il n'a d'ailleurs pas le temps de procéder à des vérifications trop minutieuses, la jurisprudence et la doctrine jugent constamment que celui-ci ne commet pas de faute lorsqu'il paye un chèque qui a l'apparence de la régularité.* » Si la falsification n'est pas apparente, le banquier est présumé ignorer légitimement le caractère frauduleux de l'opération. Il n'existe donc pas ici de présomption simple de faute à l'encontre du banquier comme c'est le cas pour le chèque faux dès l'origine[628]. Toutefois, une falsification apparente impose au tiré de ne pas payer le titre et d'en informer le tireur. Une obligation d'information est donc imposée alors que le banquier

---

LEGEAIS ; RDI 2008, p. 35, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN ; Dr. et patr. mars 2008, p. 81, obs. M. MATTOUT et A. PRUM ; RTD com. 2008, p. 163, obs. D. LEGEAIS.

[623] Sur les composantes du devoir de mise en garde, V. *infra* n° 497 ; R. ROUTIER, *Obligations et responsabilité du banquier, Dalloz Référence*, 2ème éd., 2008, p. 519, n° 362.21.

[624] Parmi ces moyens, nous citerons les moyens directs, le questionnement du client, et d'autres indirects, la consultation de fichiers comme le FICP ou le FIBEN.

[625] H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6ème éd., Montchrestien 1965, n° 515-4.

[626] Ce mécanisme paraît trouver une explication dans l'adage « Fraus omnia corrumpit ». Nous nous autoriserons à remarquer que cet adage n'est pas pour autant suffisant à justifier le principe selon lequel le banquier n'a pas transmettre une information qu'il ne connaît légitimement pas. En effet, la maxime n'est apparue qu'au XIXème siècle et fut exprimée en latin pour acquérir une autorité usurpée. V. J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, le principe fraus omnia corrumpit*, Dalloz, 1957, p. 55. Nous préférerons fonder ce principe sur le bon sens, l'on ne peut en effet demander à un débiteur de s'exécuter si l'objet de sa prestation n'existe pas. L'inexistence de l'objet étant ici l'information qu'il ne peut connaître par les moyens dont il dispose. Le bon sens peut d'ailleurs apparaître comme une norme juridique, en vertu de l'hypothèse de non-droit du doyen CARBONNIER. V. en ce sens, J. CARBONNIER, *Flexible Droit*, LGDJ, 2001, p 25.

[627] J. VEZIAN, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, th. Montpellier, Litec, 1983, n° 356.

[628] Cass. com., 9 juill. 1996, Bull. civ. IV, n° 202.

peut ne pas connaître l'irrégularité formelle du titre même, pour le cas où l'appréciation de cette irrégularité est malaisée. La solution est justifiée au regard du devoir de vigilance qui pèse sur le banquier. Nous approuvons cette solution. Au contraire, dans le cas du chèque contrefait, faux dès l'origine, le jurisprudence ne fait pas preuve d'autant de mansuétudes et considère et présume le banquier fautif qui paie le titre sans informer le titulaire du compte débité sur le bien-fondé de l'opération. L'on avance qu'en sa qualité de dépositaire des fonds, le banquier a une obligation de remise des fonds qu'au seul propriétaire de ceux-ci ou à une personne désignée par lui[629].

442. Cette obligation s'analyse en une obligation de résultat[630]. Nous pensons que cette solution, qui doit être finalement approuvée, n'en est pas moins malcommode. En pratique, il nous paraît plus difficile de relever l'irrégularité d'un chèque contrefait que d'un chèque falsifié. Concrètement, le chèque contrefait n'est pas censé comporter des ratures ou des mentions effacées, seule sa signature est fausse, et si elle est crédible, le banquier n'a aucune raison de refuser le paiement. Pourtant il devra restituer les fonds au titulaire de la formule de chèque s'il paie. Cette dualité de régime selon que le chèque est faux dès l'origine ou non est, selon nous, contestable. Si le banquier doit vérifier la régularité formelle du chèque en comparant sa signature à celle apposée sur la convention de compte, en théorie, alors il peut détecter dans les deux cas la fraude et il n'y a pas lieu d'alourdir sa responsabilité dans un cas et non dans l'autre.

§ 2 - Les hypothèses dans lesquelles l'information n'est insuffisante

443. Il arrive que la protection accordée par le droit positif au client de la banque ne soit pas suffisante du fait l'imprécision des textes. Nous en trouverons notamment illustrations en matière de cautionnement.

Lorsque, après avoir souscrit son engagement, il peut arriver que le débiteur garanti souhaite apporter des modifications dans sa relation avec son créancier, lesquelles sont justifiées par ses besoins, et entraînent une aggravation de la situation de la caution. Il convient d'étudier dans quels cas cette dernière est protégée. Si une modification du contrat initial liant le débiteur principal et son créancier est décidée, cette modification nécessite que

[629] Article 1239 et 1937 du Code civil.
[630] Cass. com., 9 juill. 1996, précité.

la caution donne son accord et qu'elle soit préalablement informée du projet envisagé par les parties.

A) L'information de la caution en cas de modification des éléments ayant déterminé son consentement

444. La question qui se pose est de savoir si le banquier doit préalablement prévenir la caution lorsque la relation contractuelle qui lie celui-ci avec le débiteur change. Un auteur répond en disant que les éléments qui ont pour effet de modifier les conditions en considération desquelles la caution s'est engagée ne peuvent être modifiées sans l'accord de ce dernier[631]. Nous doutons de la généralité du propos. Pour invalider ce propos, nous retiendrons la jurisprudence qui se fonde sur la notion de cause pour refuser à la caution, épouse du débiteur principal, de se dédire de son engagement lorsqu'elle divorce de ce dernier[632]. La solution est identique lorsque le cautionnement a été donné au profit d'un débiteur dirigeant qui a ensuite quitté ses fonctions[633]. ***Il convient toutefois de remarquer la caution est protégée lorsque les conditions en considération desquelles elle contracte intègre le champ contractuel.*** Ainsi est-ce le cas lorsque l'affectation du crédit est stipulée dans le contrat principal et que le débiteur l'impute la dette à une autre affectation[634]. La cause n'est pas le seul fondement qui justifie que la caution puisse se prévaloir du changement des conditions du contrat principal. Quant à l'étendue de la dette garantie, l'article 2290 du Code civil dispose que le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur ni être contracté sous des dispositions plus onéreuses. Ce principe qui rappelle que le cautionnement est un engagement accessoire à la dette du débiteur tendrait à prouver que le créancier et son débiteur puissent étendre le montant de la dette garantie sans que la caution ne puisse opposer l'absence de consentement sur cette aggravation de sa situation. Ceci est vrai lorsque le cautionnement est conclu sans limites du montant, quand il est *omnibus*. A l'inverse, pour les cautionnements limités à certaines dettes ou plafonnés, une aggravation de la dette principale du débiteur au-delà du plafond du cautionnement n'emporte modification du contrat de cautionnement qu'avec l'accord de la caution. La force obligatoire des conventions justifie

[631] F. BOUCARD, *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, précité, n° 281, p. 252, qui affirme que « *les initiatives prises par le créancier et le débiteur principal ne peuvent avoir pour effet de modifier les conditions en considérations desquelles la cautions s'est engagée* ».
[632] Cass. com., 24 juin 1969, JCP éd. G 1970, II, 16221, obs. M. PRIEUR ; Cass. com., 19 janv. 1981, JCP éd. G 1981, IV, p. 114.
[633] Cass. com ., 8 nov. 1972, D. 1973, jur., p. 753, note Ph. MALAURIE.
[634] Cass. civ. 1ère, 17 nov. 1998, n° 96-19.274 ; Cass. com., 2 mars 2005, n° 04-11.677 ; RD bancaire et fin. 2006, p. 17.

cette solution. Il en sera toujours ainsi pour les cautions personnes physiques[635]. Au vu de ces exemples, il serait permis de penser que la caution doit être informée des modifications affectant le contrat principal quand ces ***modifications touchent des éléments intégrés dans le champ contractuel de l'acte conclu par la caution***. C'est le cas d'une évolution du montant de la dette garantie ou de la disparition de la cause subjective de l'engagement de la caution quand les parties en ont fait une condition déterminante de cet engagement de la caution.

445. Cependant la jurisprudence semble dessiner un tout autre modèle. Ainsi, quand le l'obligation du débiteur est soumise à une condition suspensive et qu'il y renonce, la jurisprudence impose que le banquier informe la caution de l'existence de cette condition et récolte son consentement, sans quoi la renonciation qui rend certaine l'opération garantie est inopposable à la caution[636]. Pareillement si le débiteur souscrit une assurance de groupe pour prévenir le risque de non remboursement d'un emprunt, le banquier doit informer la caution pour le cas où le débiteur principal ne paierait plus les primes d'assurance[637]. Il en va de même si l'assureur refuse de garantir le prêt cautionné[638].

Nous pensons que ce qui fonde l'obligation d'information du banquier lors de la modification des conditions dans lesquelles la caution s'est engagée réside plutôt dans l'aggravation de la situation de celle-ci.

446. Dans ce cas, qu'en est-il de l'évolution de la solvabilité du débiteur principal ? La caution doit-elle être informée ? La jurisprudence penche pour la négative[639], le banquier n'a pas à informer la caution de la situation du débiteur. Nous regrettons cette solution. La caution peut n'avoir aucun moyen de connaître cette situation alors que le banquier est censé la connaître, et il n'est pas douteux de dire que cette information est précieuse pour la caution qui peut ainsi prévoir d'être appelé en garantie et mobiliser les fonds nécessaires. L'évolution de la situation du débiteur, si elle est sans incidence au moment de l'engagement, est utile lors de l'exécution du contrat de cautionnement en ce que la caution qui a connaissance de la

---

[635] L'article L. 341-2 du Code de la consommation vient en effet limiter le cautionnement donné par une personne physique au profit d'un créancier professionnel à hauteur d'un montant limité. Il n'existe donc plus de cautionnement omnibus pour les personnes physiques.

[636] Cass. civ. 1ère, 29 avril 1997, Bull. civ. I, n° 133 ; JCP éd. G 1998, II, 22893, note M. BILLIAU ; RD bancaire et bourse 1997, 170, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD.

[637] Cass. civ. 1ère, 27 juin 1995, Bull. civ. I, n° 281 ; RD bancaire et bourse 1996, 12, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD.

[638] Paris, 7 juill. 1995.

[639] Cass. com., 7 avril 1992, Bull. civ. IV, n° 168 ; Rev. des sociétés 1993, p. 722, note D. LEGEAIS ; JCP éd. G 1993, n° 9-10, p. 89, note Y. PICOD.

solvabilité du débiteur saura, au préalable, qu'il peut être appelé en garantie. Sachant cela, il pourra prendre toute disposition pour satisfaire le créancier. Or l'utilité de l'information est un critère de l'obligation d'information[640]. Pour cette raison, nous pensons que le créancier doit informer la caution de l'évolution défavorable de la situation du débiteur principal. Le critère de l'aggravation de l'engagement de la caution, que ce soit quant au montant ou quant à la probabilité de devoir payer au lieu et place du débiteur, justifierait cette solution. **Pour assurer une protection satisfaisante de la caution, nous proposons d'informer la caution de la situation du débiteur principal, mais uniquement pour le cas où celle-ci serait obérée.**

447. Rien ne paraît, à nos yeux, contrevenir à une telle solution. D'une part, la loi impose, par les articles L. 313-22 du Code monétaire et financier, L. 341-6 du Code de la consommation et 2293 du Code civil, une obligation d'information périodique sur le montant de la dette garantie et les accessoires. Nous pensons que le montant de cette dette et le caractère obéré de la situation du débiteur principal sont liés, voire même communs. En effet, si l'information annuelle indique que la dette est en très forte augmentation, autant considérer que ce débiteur est en mauvaise posture, ce qui sera souvent le cas si c'est une personne physique, et il n'y aurait alors aucune différence à considérer que l'information porte sur le caractère irrémédiablement compromis de sa situation. La connaissance légitime qu'en a le banquier, et l'utilité de l'information pour la caution conduisent à ce que l'information soit transmise.

---

[640] M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1992, p. 197 ; F. BOUCARD, *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, PUAM, 2002, n° 100, p. 106, lequel emploie davantage le terme de « pertinence » au lieu et place d' « utilité ». Il affirme à ce sujet que « *la transmission de l'information n'est obligatoire que si elle produit un effet chez le destinataire, ce qui revient à dire que l'information à transmettre doit être pertinente. La pertinence de l'information est une condition d'existence de l'obligation d'information, aussi bien droit commun qu'en droit bancaire.* » A nos yeux, la terminologie employée par M. FABRE-MAGNAN est préférable. Même si ces deux notions sont similaires, l'idée d'utilité revêt un caractère plus objectif que celui de la pertinence. En effet, la pertinence se réfère à une appréciation de la part du créancier quant à l'intérêt de l'information. La pertinence impose un jugement de valeur, comme ce qui est juste, équilibré, rationnel, opportun ou judicieux. L'utilité, au contraire, a une incidence plus mécanique en ce qu'elle touche un élément même de la chose, et exclut toute appréciation morale. La pertinence a donc une connotation finaliste qui touche à l'adéquation de la chose aux mobiles recherchés par la partie alors que l'utilité adopte une approche fonctionnelle en s'intéressant à son caractère propre de l'information indépendamment de la personne qui en est créancier. Nous retiendrons par conséquent le terme d' « utilité ». Pour une illustration de ce critère, l'on se référera à la loi MURCEF instaurant l'information du banquier avant tout rejet de chèque de l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier. Le contenu de cette information est davantage utile que pertinent. C'est au tireur négligent d'apprécier s'il doit régulariser ou non sa situation. Par contre, l'information est réellement utile en ce qu'elle permet d'éviter la sanction de l'interdiction bancaire.

448. D'autre part, la loi prévoit déjà un mécanisme d'information au profit de la caution personne physique, par le biais de l'article L. 341-1 du Code de la consommation, lorsque le débiteur est à l'origine d'un incident de paiement non régularisé[641]. L'information n'est due que lorsque le créancier peut décider d'actionner la caution, au moment où le débiteur vient à être défaillant s'il ne régularise pas sa situation. L'obligation d'information de l'article L. 341-1 perd donc son caractère pertinent lorsque le créancier décide d'appeler en garantie la caution dès le premier incident non régularisé. Nous pensons alors que l'information doit avoir lieu plus tôt, avant que le débiteur ne soit défaillant, quand le banquier peut légitimement penser que son débiteur aura des difficultés à honorer son engagement. Pour ces raisons, nous pensons que la caution mérite une information sur l'évolution de la situation du débiteur principal, laquelle se justifie au regard du critère que nous avons avancé, l'aggravation de la situation de la caution qu'entraîne la modification des conditions dans lesquelles elle s'est engagée. Nous pensons que ce critère est pertinent. En effet, il autorise à penser que le banquier doit informer si le débiteur voit sa dette croître alors que ses facultés ne lui permettent pas d'y répondre. L'information n'est justement utile que si la caution voit son engagement s'alourdir. En pratique, l'on pourrait opposer que le créancier ne connaît pas toujours l'évolution de la situation de son débiteur et n'a donc pas à transmettre une information qu'il ignore légitimement. C'est le cas du bailleur qui exigerait une garantie au preneur. Nous avions en effet relevé que l'on peut exiger une telle obligation à l'encontre de celui qui ignore légitimement l'information. Concrètement, ce n'est pas au bailleur de vérifier l'évolution de la solvabilité du preneur, c'est à la caution d'y prendre garde dès qu'elle s'engage à garantir ce débiteur. Nous répondrons, à l'inverse, qu'il est des cas dans lesquels le créancier est censé connaître, de par sa position, l'évolution de la solvabilité de la personne garantie. Est-ce le cas ainsi des établissements de crédits, et spécifiquement du banquier. En pareille hypothèse, l'information répond aux critères propres à fonder une obligation de la transmettre. Elle est utile pour la caution[642] et le débiteur de cette

[641] Article 102 de la loi n° 98-657 du 29 juill. 1998 relative à la lutte contre les exclusions. L'article L. 511-42 du Code de commerce prévoit un mécanisme similaire pour le porteur de la lettre de change. En effet, le porteur doit informer son endosseur du défaut de paiement ou d'acceptation dans les quatre jours ouvrables qui suivent le jour du protêt ou celui de la présentation de l'effet. Le texte précise que lorsqu'un signataire de la lettre doit être informé, le même avis doit être donné à son avaliseur. V. pour une illustration jurisprudentielle de ce texte, Paris, 11 févr. 1977, D. 1977, IR, p. 427, obs. A. HONORAT ; M. CABRILLAC, *La lettre de change dans la jurisprudence,* coll. Recueil systématique de jurisprudence commentée, Librairies techniques, 2ème éd., 1978, p. 143.

[642] V. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1992, p. 135 et 197, précité. Cet auteur, dans sa recherche des critères de l'obligation d'information avance l'utilité de l'information. Nous approuvons ce critère et nous l'avions confirmé lorsque nous relevions que la caution qui connaît déjà l'information, quand elle est dirigeante de sa société débitrice, n'a

information doit légitimement la connaître. ***C'est pourquoi nous proposons de restreindre l'obligation d'information sur la solvabilité du débiteur principal aux seuls créanciers professionnels du crédit.***

449. Dans tous les autres cas, c'est à la caution de s'informer de la solvabilité du débiteur qu'elle garantit. Nous justifierons ce propos par l'existence d'un devoir de vigilance à la charge de la caution qui le conduit à surveiller l'évolution de sa situation. La majorité de la doctrine penche pour l'existence d'un tel devoir[643]. Certes la doctrine exprime cette règle de manière générale et n'entrevoit aucune exception. Selon elle, le créancier n'a jamais à informer la caution sur la solvabilité du débiteur. Nous nous autoriserons alors à y glisser l'exception que nous avons pu relever concernant le cas du créancier banquier du débiteur.

450. Nous pouvons relever enfin un autre cas dans lequel le client du banquier ne semble pas assez protégé par l'obligation d'information. Précisément, nous montrerons qu'en cas de refus d'exécuter un ordre de paiement, le client doit bénéficier d'une obligation d'information à la charge du banquier concernant ce refus.

B) L'absence d'une information générale en cas de refus de paiement par le banquier

451. La loi MURCEF a instauré, à l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier, une obligation d'information lors de la présentation au banquier tiré d'un chèque sans provision d'un montant supérieur ou égal à quinze euros, laquelle a pour objet de prévenir le tireur avant de rejeter le chèque impayé. Cette obligation ne vaut que pour les seuls chèques, et exclut les cas de refus de paiement par un effet de commerce, un avis de prélèvement ou

---

pas à bénéficier de l'obligation d'information annuelle de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier. V. *supra* n° 438.
En ce sens, celui qui sait déjà ne peut se prévaloir de l'utilité d'une chose qu'il possède déjà. Connaissance et utilité sont donc, selon nous, connexes. Le créancier d'une information utile n'en a donc pas encore pris connaissance.

[643] P. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, 4ème éd., 2008, n° 417, p. 385 ; Ch. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, th. Litec, 1979, n° 371 ; D. LEGEAIS, *Sûretés et droit du crédit*, LGDJ, 5ème éd., 2006, n° 268, p. 141 ; M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *Droit des sûretés*, Litec, 8ème éd., 2007, n° 272, p. 220 ; P. MALAURIE et L. AYNES, *Droit du crédit*, Cujas, 2ème éd., 1988, n° 294, p. 107 ; L.-M. MARTIN, *L'information de la caution,* in *Mélanges offerts à M. DE JUGLART*, p. 155 ; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, 3ème éd., n° 703, p. 356 ; M. BANDRAC, obs. sous Paris, 6 avr. 1992, RTD civ. 1992, p. 606 ; Rép. min. n° 26965, JOAN Q du 22 janv. 1996, p. 392 ; P. CROCQ, *Les développements récentes de l'obligation d'information de la caution, Mélanges M. CABRILLAC*, p. 349 ; P. CROCQ, *L'obligation d'information annuelle de la caution et la loi relative à la lutte contre les exclusions : chronique de difficultés jurisprudentielles à venir*, RTD civ. 1998, p. 955.

par carte de paiement. Ce refus est lourd de conséquence pour le client : il n'éteindra pas la dette que ce dernier peut avoir envers le tiers bénéficiaire, et la confiance qui existe entre les parties peut disparaître au point de compromettre la situation du client qui ne pourrait plus poursuivre son activité, notamment lorsque celle-ci ne dépend que d'un ou deux partenaires. Nous pensons à la relation entre le franchiseur et son franchisé, le distributeur et son fournisseur exclusif ou encore l'entreprise et ses sous-traitants. Dans cette relation, le banquier n'est pas partie, et par l'existence du devoir de non-immixtion, n'a pas à s'y intéresser. L'on ne pourrait donc pas fonder une obligation d'information sur l'élément tiré de la relation entre le client et son contractant. Pourtant il est permis de s'interroger sur le fait de savoir si cette obligation n'est pas de nature à protéger le client du banquier alors que la loi ne prévoit aucune disposition en ce sens. Concrètement, le banquier qui refuse un paiement est susceptible de causer à son client un préjudice dont il ignore la nature et l'étendue. Afin d'éviter ce préjudice, nous pensons que le banquier doit informer son client du paiement qu'il compte refuser, à l'image de l'information en cas de chèque sans provision. Nous avancerons trois justifications à cet effet.

452. Tout d'abord, les conditions d'existence de l'obligation sont présentes, à savoir l'ignorance légitime de l'information par le créancier de l'obligation et l'utilité de l'information. Le client est certes censé surveiller l'évolution du solde de son compte et lire les relevés bancaires qu'il reçoit périodiquement. Toutefois, des raisons pratiques expliquent qu'il peut ne peut connaître ce solde avec précision : les opérations qui sont réalisées entre la consultation de celui-ci et l'opération litigieuse, les délais de présentation des chèques antérieurement émis, la perception de frais de gestion par le banquier, le retard avec lequel les opérations apparaissent sur le relevé du client…Il peut donc ignorer légitimement l'insuffisance de la provision quand le paiement est réalisé. Au contraire, le banquier est censé connaître cet état, puisque c'est lui qui réalise les opérations pour le compte de son client. L'outil informatique lui indique que le solde devient débiteur, sans qu'il ait à réaliser un effort pour cette recherche. Dans certains cas donc, seul le banquier connaîtra avec exactitude la situation litigieuse du titulaire du compte. Enfin, l'information de cette situation est utile pour le client, elle lui permet d'une part de régulariser celle-ci auprès du banquier, et d'autre d'honorer son engagement de payer le tiers. Par l'existence de ces deux éléments, nous jugeons que les critères de l'obligation d'information sont réunis, ce qui autoriserait le client à se prévaloir d'une information au moment où il réalise un paiement quand le banquier s'apprête à le refuser pour insuffisance de provision.

Ensuite, le client est fondamentalement dans la même situation quand la banque refuse de payer un paiement, qu'il s'agisse d'un chèque ou d'un autre moyen de paiement. Certes, la sanction spécifique du chèque émis sans provision singularise le cas de ce titre impayé, toutefois, pour le client, et au regard des conséquences vis-à-vis ses partenaires contractuels, nous pensons que la nature du paiement n'a pas d'incidence sur le créancier insatisfait qui ne recouvre pas sa créance. Le risque est toujours la disparition de la confiance entre les parties et la compromission de l'activité du débiteur à l'origine de l'ordre de paiement.

Enfin, le client lésé par le refus par le banquier de payer le bénéficiaire ne peut contester le comportement du teneur de compte qu'après ce refus. Il n'existe pas de mécanisme préventif par lequel le débiteur peut éviter le choix arbitraire de la banque. S'il est vrai qu'il est toujours possible de discuter le bien-fondé de sa décision au contentieux, le client sera hésitera à engager un procès onéreux si le refus porte sur des montants peu élevés. Concrètement, il peut se trouver démuni à l'égard du banquier en ce qu'il ne bénéficiera d'aucune protection[644]. Comme le remarque un auteur[645], cet état a pour conséquence qu'il n'existe pas de jurisprudence tranchant la question de l'obligation d'information avant le refus de paiement qu'oppose le banquier au créancier.

453. Pourtant, certains auteurs ne semblent pas opposés à la reconnaissance d'une telle obligation. Le professeur PETEL[646], dans sa thèse relative aux obligations du mandataire, a démontré que le mandataire doit informer le mandant d'un « *fait majeur indépendant de sa volonté* ». Précisément, selon cet auteur, l'absence de provision est un cas de fait majeur que le banquier doit porter à la connaissance de son client dont ils doivent tous deux en déterminer l'issue, soit que la banque accepte une facilité de caisse, soit que le client crédite son compte du montant de la provision. De la même manière, M. GRUA[647] avance que « *l'absence de provision constitue une de ces anomalies qui obligent le banquier à en référer à son client avant de payer, car le banquier doit craindre une erreur éventuelle de celui-ci.* » Ce dernier argument ne semble toutefois pas de nature à justifier l'existence d'une obligation d'information. A notre sens, ce n'est pas tant l'erreur possible du client qui doit contraindre le banquier à l'informer, c'est davantage le non-respect de son obligation d'exécuter les ordres

[644] Ni la loi ne le protège, ni les tribunaux pour de sommes peu importantes en vertu des adages *de minimus non curat praetor* et *minimus non curat lex*. Pour une illustration de ce comportement du débiteur qui choisit l'inaction à la revendication, V. S. GJIDARA, *L'endettement et le droit privé*, th. LDGJ, Bibliothèque de droit privé, 1999, t. 316, n° 204.
[645] F. BOUCARD, *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, précité, n° 343, p. 294.
[646] Ph. PETEL, *Les obligations du mandataire*, th. Paris, Litec, 1988, n° 399, p. 254.
[647] F. GRUA, *Les contrats de base de la pratique bancaire*, Litec, 2000, n° 230.

du mandant. En effet, avant de refuser de s'exécuter, il paraît préférable pour le mandataire d'informer celui-ci que l'ordre donné ne peut être exécuté faute de provision. **A notre avis, ce n'est pas au mandataire de se faire juge de l'opportunité de ne pas procéder au paiement. L'obligation d'information sur l'absence de solde suffisant en cas de paiement par instrument de paiement pourrait se fonder sur le devoir de vigilance.**

454. En effet, il est admis que la banque est tenue de s'assurer que les opérations qu'on lui demande de traiter ne présentent pas d'anomalie[648]. En présence d'une anomalie, le banquier doit tout mettre en œuvre pour que son client ne subisse pas de préjudice. Si le refus d'exécuter l'opération est envisageable, nous pensons que c'est surtout l'information de cette anomalie au client qui est de nature à lui éviter un préjudice. Ainsi les professeurs GAVALDA et STOUFFLET enseignent qu'une simple information ou un conseil donné à la personne dont les intérêts sont menacés suffit à satisfaire cet impératif de protection[649]. Se fondant sur ce devoir, il est vraisemblablement possible de rechercher la responsabilité du banquier qui refuse de payer. Nous pouvons fonder cette responsabilité sur le devoir de vigilance qui répond à un impératif de protections des intérêts du client et des tiers. ***Ce devoir ne nous paraît pleinement satisfait que lorsque le client est informé que son paiement est litigieux conformément à l'obligation, qu'impose l'article 1993 du Code civil, du mandataire de rendre compte de sa gestion au mandant.*** En effet, nous pensons que cette bonne gestion du mandat implique d'informer le mandant de toute anomalie que le mandataire peut relever facilement. En est-il ainsi de l'insuffisance de provision. Les députés ont d'ailleurs déjà évoqué cette information lors de la rédaction d'une proposition de loi, jamais inscrite à l'ordre du jour à l'Assemblée nationale, qui tend à imposer aux établissements bancaires de traiter à l'amiable avec leurs clients tout litige lié à l'insuffisance de provision quand celle-ci est inférieure à la somme de 150 euros[650]. Cela permettrait, en outre, d'unifier le régime applicable à l'insuffisance de provision en le modelant sur la protection offerte par l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier.

---

[648] J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, 6ème édition, 1995, p. 155 ; F.-J. CREDOT, *Le principe de non-ingérence et le devoir de vigilance, état de la jurisprudence avant la loi nouvelle*, participation au colloque organisé le 25 oct. 1990, par l'ANJB et les revues Banque et Banque et Droit, sur le blanchiment de l'argent, Banque, 1990, n° HS, p. 17.
Pour une illustration jurisprudentielle de ce devoir, V. Cass. com., 8 févr. 1993, Bull. civ. IV, n° 51, p. 44.
[649] Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, Droit bancaire, LexisNexis Litec, 7ème éd., 2008, n° 189.
[650] Proposition n° 3368 de M. P.-A. WILTZER, déposée le 20 février 1997 et renvoyée à la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république.

CONCLUSION DU CHAPITRE

455. Nous avons montré qu'il existe un certain type d'obligations d'obligation d'information qui pour trait commun de n'avoir pour autre finalité que de porter à la connaissance du cocontractant diverses informations portant, indifféremment, sur le droit ou sur le fait[651]. Certaines sont des éléments constitutifs du *négocium*[652], ainsi est-ce le cas des mentions que doivent comporter l'offre préalable pour le prêt à la consommation ou le prêt immobilier. D'autres y sont étrangères, et préviennent la survenance d'un préjudice pour le client du banquier. Nous pensons notamment à l'information due avant le rejet d'un chèque pour insuffisance de provision. Soit que les obligations d'information s'illustrent au moment de la formation du contrat pour protéger le consentement, soit qu'elles surviennent lors de son exécution pour éviter que le client du banquier ne commette une faute de nature contractuelle, ou qu'il ne subisse un préjudice, même lorsqu'il est l'auteur d'une faute. L'obligation d'information a donc un caractère polymorphe et poursuit diverses finalités. Sur ce dernier point, l'obligation d'information aurait une nouvelle fonction jamais systématisée encore, celle de protéger le client contre sa propre faute. Si cela protection participe de la bonne exécution du contrat[653], elle s'illustre surtout l'existence d'une nouvelle catégorie qui a pour finalité de protéger le client qu'il soit victime ou auteur d'une faute. Nous avons notamment illustré ce catégorie avec les obligations d'information lorsque le chèque est apocryphe ou sans provision. Toutefois, le souci de protection auquel répondent ces obligations d'information n'est pas toujours atteint, pour des raisons tenant au caractère exhaustif du contenu de l'information. A force de trop dire, l'on finit par ne rien dire de clair, l'information spécifique devenant, noyée parmi les autres, finalement générale. Au contraire, cette protection a pu apparaître comme indue, au regard des critères de l'obligation. Celui qui est en créancier ne connaît pas l'information. Pourtant, de par la généralité, nécessaire si l'on que la protection ne soit pas restreinte, celui qui sait sera protégé au même titre que celui qui ne sait pas. Ainsi en sera-t-il du dirigeant caution de sa société. L'on en vient donc à considérer que

---

[651] V. en ce sens, A. BILLIAU-LEPAGE, *Le paradoxe du formalisme informatif, Études de droit de la consommation,* in *Liber amicorum Jean CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2004, p. 610.

[652] L. AYNES, *Formalisme et prévention, Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982, n° 6, p. 63.

[653] Il nous paraît en effet naturel de penser que si le contractant commet une faute, son cocontractant ne peut avoir eu satisfaction au terme de l'exécution du contrat puisque, souvent, la faute résultera de la non-exécution de la prestation attendue par ce dernier. C'est le cas de l'emprunteur qui ne pourra rembourser les échéances dues au prêteur. A cet égard, la faute contreviendra à la bonne exécution du contrat et se rapproche du critère découvert par M. FABRE-MAGNAN. V. la distinction déjà évoquée des critères de cet auteur, M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, précité, n° 281, p. 234.

la protection puisse être accordée en considération de la personne qui en est créancière, ce que la jurisprudence admet sans problème avec la distinction averti et non-averti. C'est l'hypothèse d'une protection appréciée in concreto, en considération du niveau de compétence du contractant qui postule la connaissance ou l'ignorance légitime de l'information.

CHAPITRE II

LES OBLIGATIONS D'INFORMATION, TECHNIQUE DE PROTECTION APPRECIEE *IN CONCRETO*

456. Le législateur consumériste illustre le caractère abstrait de la protection par le biais de l'obligation d'information mise en place indépendant de la partie. Si l'on retient les critères de l'obligation relevés précédemment, le créancier de l'obligation est censé ne pas connaître le contenu de l'information, à l'inverse du débiteur, ce qui justifierait que ce dernier doive la transmettre au premier. Le client ne sait rien, le banquier sait tout et peut tout. En pareil cas, l'information est due au créancier. Mais nous avons montré que cette technique était quelque peu limitée quand la loi instaurait une présomption de non-connaissance de l'information en référence à la qualité de la partie. Ainsi est-ce le cas de du dirigeant caution de sa société pour l'information annuelle[654]. Pour pallier à cet inconvénient, il est possible de relever, au sein de la jurisprudence l'instauration d'une protection par l'obligation d'information fondée sur des critères spécifiques quant au champ d'application. Ce n'est plus l'emprunteur, la caution ou l'investisseur qui sont protégés, ce sont les personnes, parmi ceux-là, n'ont effectivement pas connaissance de l'information, que cela soit en raison de leur compétence, de leur expérience, de la nature de l'activité pour laquelle ils contractent, ou tout autre élément de fait de nature à légitimer leur ignorance. Nous étudierons donc l'existence et le développement de telles techniques que nous qualifions de protection *in concreto* en ce qu'elles intègrent, pour leur application, des éléments de fait, tenant à l'objet du contrat en cause, ou aux qualités propres de la personne qui contracte (**Section I**). Il conviendra de préciser la portée et de systématiser ces techniques (**Section II**), lesquelles illustrent un mouvement de rationalisation qui s'inscrit dans la matière bancaire et qui singularise celle-ci de la pensée consumériste. Si, pour le législateur consumériste, le postulat est que le consommateur ou l'emprunteur ne savent rien, la jurisprudence considère au contraire qu'il y a d'une part l'emprunteur qui sait, et n'a pas besoin de protection spécifique, et d'autre part l'emprunteur qui ne sait pas, lequel est protégé par des devoirs spécifiques dont fait notamment partie le devoir de mise en garde. Nous montrerons que ce schéma, dupliquable, est répétable pour tout cocontractant d'un professionnel, et qu'il dépasse même la matière

[654] CA Paris, 19 juin 1991, Banque 1991, p. 867, obs. J.-L. RIVES-LANGE.

bancaire, signe que le juge trouve, dans un domaine, un mécanisme qu'il peut adapter à d'autres domaines lorsque celui-ci apporte protection et commodité. Seul celui qui ne sait pas mérite de savoir.

SECTION I

L'EXISTENCE ET LE DEVELOPPEMENT DES OBLIGATIONS INFORMATIVES COMME TECHNIQUES DE PROTECTION *IN CONCRETO*

457. A l'origine découvertes lors du contentieux qui opposent le client reprochant à son banquier de ne pas l'avoir informé sur les risques de l'opération qu'il réalise (§ 1), les techniques de protection fondée sur une appréciation des qualités personnelles du contractant par le banquier ont été systématisées par la jurisprudence, et ont vu leur champ d'application s'élargir (§ 2).

§ 1 - L'EXISTENCE DES TECHNIQUES DE PROTECTION INFORMATIVE APPRECIEE *IN CONCRETO*

458. La protection du client du banquier, fondée sur une appréciation de sa situation personnelle, par le biais du devoir de mise en garde, apparaît spécifique en ce qu'elle s'intercale entre les obligations d'information *stricto sensu* et le devoir de conseil. Cette particularité distingue la mise en garde des autres obligations et justifie la jurisprudence qui instaure cette protection au profit du client au regard du devoir de non-immixtion (A). Cela nous amène par conséquent à préciser cette notion de mise en garde, et à en définir le régime (B).

A) L'instauration d'une protection spécifique par le devoir de mise en garde

459. L'étude de la jurisprudence récente relative à la responsabilité du banquier témoigne du développement d'un type d'obligation d'information spécifique, le devoir de mise en garde, lequel a pour finalité d'attirer l'attention du client sur les risques de l'opération qu'il projette de réaliser[655]. Conditionné à la qualité de profane de la partie[656] et à la nature de

[655] Pour des illustrations de la finalité du devoir de mise en garde, V. notamment Cass. civ 1ère, 12 juill. 2006, n° 05-12.699, Bull. civ. I, n° 398 ; Contrats conc. consom. 2007, comm. n° 38, p. 48, note G. RAYMOND et Cass.

l'opération en cause[657], ce devoir de mise en garde impose une appréciation *in concreto* de la situation du client de la banque. De surcroît, la jurisprudence n'impose aucun formalisme spécifique dans l'exécution de cette obligation, de sorte qu' l'information peut être transmise oralement.

460. Les illustrations légales de la mise en garde -. Cette protection informelle et appréciée en fonction de la situation du client se retrouve aussi dans la loi. En effet, de manière similaire, le législateur semble adopter la même démarche, comme l'illustre la loi n° 2005-1564 du 15 décembre 2005 relative aux obligations des intermédiaires en assurance. L'article L. 520-1 II, 2° du Code des assurances dispose en effet que le banquier doit « *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. Ces précisions, qui reposent en particulier sur les éléments d'information communiqués par le souscripteur éventuel, sont adaptées à la complexité du contrat d'assurance proposé.* » Procédant de la même logique en matière d'obligation pesant sur le prestation d'investissement financier, l'article L. 533-12 II du Code monétaire et financier, modifié par l'ordonnance n° 2007-544 du 12 avril 2007, dispose que « *les prestataires de services d'investissement communiquent à leurs clients, notamment leurs clients potentiels, les informations leur permettant raisonnablement de comprendre la nature du service d'investissement et du type spécifique d'instrument financier proposé ainsi que les risques y afférents, afin que les clients soient en mesure de prendre leurs décisions d'investissement en connaissance de cause* ».

461. Le développement prétorien de la mise en garde -. Ces dispositions législatives suffisent à illustrer, pour le législateur, la protection dont le client, en ces matières, est créancier. Le banquier doit offrir et savoir quelle prestation est adaptée au client, il lui incombe dès lors de s'informer avant de l'informer. Une rapide compulsion des recueils de jurisprudence tend à faire penser, au premier abord, que la jurisprudence découvrit depuis peu une nouvelle obligation pesant sur le banquier, laquelle consiste à alerter son client lorsque les risques liées à la réalisation de l'opération qu'il désire entreprendre lui semblent

---

mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104, n° 06-11.673 ; Lexbase hebdo éd. priv. gén. 12 juill. 2007, n° N7831BBN, note R. ROUTIER ; D. 2007, p. 1950, obs. V. AVENA-ROBARDET et p. 2081, note S. PIEDELIEVRE ; JCP éd. G 2007, actu. n° 324, obs. B. PARANCE et JCP éd. G 2007, II, 10146, note A. GOURIO.

[656] Ainsi en est-il en matière de crédit où le caractère averti ou non de l'emprunteur est déterminant. V. en ce sens Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2005, précité.

[657] A titre d'illustration, Cass. com., 19 sept. 2006, précité, qui ne retient un tel devoir que pour les opérations à risques.

trop importants. En effet, la Première Chambre civile, réunie en formation plénière, a pour la première fois, en matière de crédit, utilisé le terme de « mise en garde » par trois arrêts du 12 juillet 2005[658], en matière d'emprunt. Techniquement, ces arrêts s'inspirent de la solution de l'arrêt Méneteau de la Chambre Commerciale[659] qui conditionne l'obligation d'information due à l'emprunteur à l'ignorance par celui-ci des conséquences dommageables du prêt qu'il sollicite sur sa situation financière personnelle.

462. Ainsi, par cet arrêt Méneteau du 11 mai 1999, un emprunteur ne peut reprocher à la banque de ne pas l'avoir conseillé lorsque le prêt demandé était excessif au regard de sa situation personnelle déjà obérée, sauf lorsque celui-ci prétend que « la banque aurait eu sur la fragilité de sa situation financière des informations qu'eux-mêmes auraient ignorées ». En définitive, par cette solution, la responsabilité du banquier ne saurait être recherchée que lorsque ce dernier en sait plus que le débiteur lui-même sur sa situation. Au sein de la jurisprudence commerciale, la preuve de l'ignorance par l'emprunteur nous apparaît diabolique, nous peinons à imaginer des hypothèses dans lesquelles le dirigeant connaîtrait moins la situation de l'entreprise qu'il gère que le prêteur. Reprise et unifiée par la Première Chambre, cette solution prend au contraire tout son sens. Un emprunteur averti ne saurait faire grief à la banque de lui avoir accordé un prêt qu'il a lui-même sollicité, dès lorsqu'il ne prétend pas que celle-ci avait eu sur sa situation financière des renseignements que lui-même avait ignorés[660]. Ce faisait, la responsabilité du prêteur ne saurait être engagée[661].

463. A l'inverse, le banquier qui aurait consenti, sans vérifier les capacités financières d'un emprunteur non-averti, un emprunt excessif au regard de ses facultés contributives manque à son devoir de mise en garde[662]. Bien que récents, ces arrêts ne sont toutefois pas la première pierre d'un édifice qui fonde une obligation à la charge du banquier

---

[658] Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2005, n° 03-10.770, n° 02-13.155 et n° 03-10.921, D. 2005, AJ, p. 2276, obs. X. DELPECH, jur. p. 3094, note B. PARANCE, D. 2006, pan. p. 167, obs. D.-R. MARTIN et H. SYNVET ; Banque, n° 673, oct. 2005, p. 94, note J.-L. GUILLOT, M. BOCCARA SEGAL ; JCP éd. G 2005, II, 10140, note A. GOURIO ; JCP éd. E 2005, p. 1359, note D. LEGEAIS ; Banque et Droit 2005, n° 104, p. 80, obs. T. BONNEAU ; RLDC 2005, n° 21, p. 15, note S. PIEDELIEVRE ; RD banc. Fin. sept.-oct. 2005, p. 20, obs. D. LEGEAIS, nov.-déc. 2005, p. 14, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; RCA n° 10/2005, p. 22 ; BRDA 2005, n° 20, p. 11 ; Dr. et patr. 2005, n° 143, p. 98, obs. J.-P. MATTOUT et A. PRUM ; Dr. et patr. 2006, n° 145, p. 123, obs. L. AYNES et P. DUPICHOT ; RTD com. 2005, p. 829, obs. D. LEGEAIS ; LPA 2006, n° 204, p. 8, note C. BOISMAIN ; RD immo. 2006, p. 123, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN.

[659] Cass. com., 11 mai 1999, n° 96-16.088, BNP c/ Epx Meneteau, Bull. civ. IV, n° 95 ; M.-C. PINIOT, RJDA juin 1999, p. 495 ; D. 1999, IR, p. 155 ; JCP éd. E 1999, p. 1731, note D. LEGEAIS ; RLDA 2000, n° 24, p. 8, note D. GIBIRILA ; RD bancaire et bourse 1999, p. 184, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD.

[660] Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2005, n° 03-10.770, précité.

[661] Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2005, n° 02-13.155, précité.

[662] Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2005, n° 03-10.921, précité.

sur l'ignorance de son contractant. Au contraire, et précisément en matière d'emprunt, la Première Chambre civile, dans un arrêt remarqué du 27 juin 1995[663], instaura un devoir de conseil au profit du client emprunteur qui pèse sur la banque qui consent à celui-ci un prêt dont les charges sont excessives au regard de la modicité des ressources de l'emprunteur, sans le mettre en garde sur l'importance de l'endettement résultant de l'octroi de ce prêt. Novateur, cet arrêt impose le respect d'une obligation de conseil, en sus du formalisme information étudié précédemment qu'impose le Code de la consommation. Il constitue même en matière d'emprunt le premier précédent aux arrêts de juillet 2005 qui conditionne une protection de l'emprunteur en rapport avec sa situation financière personnelle. Précisément, c'est cette situation que doit d'abord découvrir le banquier, et l'appréhender au regard du prêt demandé. Si nous savons que le banquier, en vertu de devoir de non-immixtion auquel il est astreint, ne doit-il pas se faire juge de l'opportunité de l'emprunt sollicité, doit-il cependant informer son client si celui-ci court un risque trop grand de non-remboursement de ce concours. L'attendu de l'arrêt est très clair en ce sens : « *la présentation d'une offre préalable conforme aux exigences de l'article 5 de la loi du 13 juillet 1979 ne dispense pas l'établissement de crédit de son devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur, en particulier lorsqu'il apparaît à ce professionnel que les charges du prêt sont excessives par rapport à la modicité des ressources du consommateur* ».

464. Si la règle paraît identique aux arrêts de 2005, la terminologie, elle, semble hésitante. « Conseil », « mise en garde », telles sont les termes employés par la Cour de cassation pour désigner l'information que doit le banquier sur les conséquences du contrat conclu par et pour son client. **A dire vrai, ces arrêts ont de commun d'informer le client de l'existence d'un risque dont la réalisation apparaît, aux yeux du professionnel, comme inéluctable, ou à tout le moins fort vraisemblable.** De ce point de vue, il nous possible de trouver traces de ce raisonnement dans d'autres domaines que celui du droit du crédit. Aussi loin que l'on puisse remonter, selon nous, l'origine du devoir de mise en garde est à rechercher dans un arrêt du 28 octobre 1974[664]. L'espèce touche à la matière de l'investissement sur les opérations spéculatives, lorsque l'investisseur reproche au banquier, à

[663] Cass. civ. 1ère, 27 juin 1995, n° 92-19-212, Bull. civ. I, n° 287 ; D. 1995, n° 43, p. 621, note S. PIEDELIEVRE ; Defrénois 1995, p. 1416, obs. D. MAZEAUD ; JCP éd. E 1996, II, 772, note D. LEGEAIS ; RTD com. 1996, p. 100, obs. M. CABRILLAC ; RTD civ. 1996, p. 384, obs. J. MESTRE ; LPA 1996, n° 144, p. 26, note D. ARLIE ; E. SCHOLASTIQUE, *Les devoirs du banquier dispensateur de crédit au consommateur*, Defrénois, 1996, n° 11, p. 689.

[664] Cass. com., 28 octobre 1974, n° 72-14.397, Sebag c/ Banque populaire du Var, Bull. civ. IV, n° 264 ; D. 1976, jur. p. 373, note T. DECAMME ; JCP éd. G 1976, II, 18251, note M. BOITARD.

la suite du préjudice né de l'obligation pour celui-ci de liquider ses positions, de ne pas l'avoir prévenu de l'importance d'avoir constitué une couverture. L'attendu de l'arrêt approuve la Cour d'appel d'avoir retenu la responsabilité de la banque de ne pas avoir « *renseigné suffisamment comme elle en avait le devoir, sur les risques qu'il encourait* » à la suite des opérations que cet investisseur a réalisé sans couverture. Si la Cour de cassation ne nomme pas cette obligation sous le vocable de « mise en garde », cette obligation est d'ailleurs innomée dans l'arrêt, nous pouvons toutefois reconnaître les mêmes éléments qui fondent le devoir qu'impose la Première Chambre au banquier par les trois arrêts du 12 juillet 2005. Tout d'abord, le banquier comme le prêteur doit prendre en compte la situation personnelle de son client. Cela conduit le prêteur à déterminer les facultés contributives de l'emprunteur et le prestataire de services d'investissement à savoir l'investissement est couvert. Ensuite, le prêteur et le prestataire apprécient le risque de défaillance du contractant, qui prend la forme du non-remboursement des fonds prêtés ou de la liquidation des positions que détient l'investisseur. Enfin, la Haute juridiction impose au banquier dans les deux cas d'informer son client de l'existence de ce risque.

Le mécanisme instauré par ces arrêts relèverait alors de l'obligation d'information. Il s'agirait d'une obligation d'information particulière laquelle ne trouve plus son fondement dans une norme abstraire, mais dans la prise en compte d'une situation de fait qui relève de l'espèce et qui ne pourrait être transposée à l'identique pour tous les clients du banquier. Comme nous le préciserons ultérieurement, l'information est due à certains emprunteurs ou certains investisseurs, mais pas à tous.

465. Il existerait alors une différence profonde de nature entre cette obligation d'informer le contractant sur les risques et l'obligation d'information qui existe dans la loi, notamment au sein du Code de la consommation pour les contrats de prêt, laquelle est fondée, de manière abstraite et générale, à raison de la matière ou à raison de la qualité de la partie, indépendamment de sa situation propre. Pour illustrer de manière liminaire cette distinction, il convient de relire l'article L. 313-2 du Code de la consommation qui prévoit la mention du taux effectif global que doit comporter l'offre préalable et qui sont transmise à l'emprunteur. Cette disposition a ceci de particulier qu'elle prend soin de transmettre à l'emprunteur une information capitale puisqu'elle lui permet de déterminer le coût réel du crédit. D'une part, cela devrait lui permettre d'apprécier, au regard de ses revenus, la facilité de remboursement du prêt, et donc le risque pris, et d'autre part cette information est due dès que l'emprunteur rentre dans le champ d'application des dispositions relatives au crédit à la consommation ou

au crédit immobilier. L'information qu'impose la jurisprudence par le biais de la mise en garde est au contraire une obligation appréciée in concreto. Même relevant du champ d'application précité, l'emprunteur n'en est pas pour autant créancier s'il était capable d'évaluer lui-même le risque d'endettement lié à la conclusion du prêt, c'est-à-dire s'il était, nous le reverrons en détail, averti au sens de la jurisprudence. Ce second type d'information, d'origine prétorienne, cumulerait alors deux caractéristiques propres. D'une part, il se rapprocherait d'une catégorie d'obligations d'information que nous avons précédemment découvert, celle tendant à éviter un préjudice que la victime a elle-même fait naître en choisissant de contracter alors qu'elle ne pourrait pas honorer sa prestation. D'autre part, il aurait un domaine d'application pragmatique, et ne serait par conséquent protégé que celui qui ignore légitimement le risque[665].

466. Historiquement, le terme « mise en garde » paraît être né d'une divergence au sein de la Cour de la cassation. Si le mécanisme existait déjà au préalable, pour l'emprunteur[666] sous le vocable « devoir de conseil », ou pour l'investisseur[667] sous la forme elliptique d'une obligation pour le banquier « *de renseigner sur les risques* », la Cour de cassation n'avait pas encore unifié ces obligations sous un même et unique vocable. D'autre part, toutes les Chambres ne retenaient pas la même position concernant cette information que doit le contractant à son client. En effet, par l'arrêt du 11 mai 1999[668], la Chambre commerciale ne retenait la responsabilité du prêteur pour octroi abusif de crédit que si l'emprunteur n'eut démontré que son prêteur avait des informations sur sa situation financière que lui-même eut ignorées. Cette position sembla bien malcommode pour l'emprunteur professionnel, car comment peut-on démontrer que le banquier en sait plus que soi-même sur sa propre affaire ? Or la Chambre commerciale traitant des litiges relatifs aux prêts consentis aux entreprises, il s'avère que la preuve de cette information non-connue de l'emprunteur se révèle impossible.

467. Cette position, contestable, fut pourtant réaffirmée[669] bien qu'elle eut été divergente de celle de la première Chambre qui ne conditionne pas le devoir du conseil du

[665] Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2005, n° 03-10.921, précité, qui considère que le devoir de mise en garde ne vaut que pour celui qui ne peut entrevoir, au moment de la conclusion, tout comme le banquier lui-même, l'existence d'un risque de non-remboursement du prêt.
[666] Cass. civ. 1ère, 27 juin 1995, précité.
[667] Cass. com., 28 oct. 1974, précité.
[668] Cass. com., 11 mai 1999
[669] Cass. com., 26 mars 2002, Epx Thiery c/ BRED, JCP éd. E, n° 22, 30 mai 2002, 852, note A. GOURIO.

banquier à la méconnaissance par l'emprunteur d'informations dont seul le prêteur disposait. Précisément, si la Chambre commerciale a introduit le critère de la méconnaissance par l'emprunteur de l'information connue du seul banquier, ce qui conduit à ne protéger que celui qui ne sait réellement pas, ***l'arrêt du 27 juin 1995 impose un devoir général de conseil qui n'est aucunement conditionné par l'état de connaissance de l'emprunteur, ce qui conduit à penser que ce devoir était toujours du à ce dernier***. Nous justifierons notre argument relatif au caractère général de cette obligation en nous référant à l'attendu de principe lequel pose en principe que l'établissement de crédit a un « *devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur, en particulier lorsqu'il apparaît à ce professionnel que les charges du prêt sont excessives par rapport à la modicité des ressources du consommateur* ». L'adverbe « notamment » nous invite à penser que le devoir de conseil existe même pour le cas où les charges nées de l'emprunt ne semble pas excessives. Cette solution emporte deux critiques majeures. La première est que l'emprunteur qui a parfaitement connaissance de toutes les informations nécessaires à appréhender le risque de non-remboursement est protégé. Il suffit que le risque qu'il avait pourtant accepté en connaissance de cause survienne pour qu'il puisse engager la responsabilité d'un banquier qui ne pouvait mieux que lui-même appréhender ce risque.

468. Cette solution contrevient dès lors au principe que nous avions relevé avec le professeur FABRE-MAGNAN, qui commande que l'information n'est due qu'à celui qui ne la connait pas[670]. La seconde remarque réside dans le fait qu'instaurer un devoir de conseil s'accommode mal du devoir de non-immixtion auquel est astreint le banquier. Le principe de non-immixtion désigne précisément l'interdiction faite à la banque de s'ingérer dans les affaires de son client. Souvent utilisé par les tribunaux, ceux-ci ne se prononcent pourtant qu'exceptionnellement sur la nature de ce principe[671]. La jurisprudence le fonde tantôt sur le respect de la vie privée[672], tantôt sur le respect de la liberté contractuelle du client[673], tantôt sur la responsabilité civile[674]. Une doctrine autorisée, et la majorité des auteurs, y voient un fondement tiré du secret des affaires et du secret bancaire[675]. Comme le formule le professeur

---

[670] V. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1992, p. 135 et 197.
[671] Ainsi, M. GRUA fait-il le même constat, V. F. GRUA, *Les contrats de base de la pratique bancaire*, Litec, 2000, n° 52.
[672] Cass. civ. 1ère, 19 déc. 1995, Bull. civ. I, n° 479, p. 331 ; Dr. et patr. avr. 1996, p. 63, obs. A. BENABENT.
[673] Cass. com., 27 avr. 1982, Bull. civ. IV, n° 139, p. 123 ; D. 1982, som. com., p. 413, obs. M. VASSEUR.
[674] Cass. civ. 1ère, 8 févr. 1983, Bull. civ. I, n° 51, p. 44.
[675] J. VEZIAN, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, FNDE, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 3ème éd. 1983, préf. M. CABRILLAC, n° 83, p. 54 ; J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, 6ème éd., n° 171 ; J.-F. CREDOT, *Le principe de non-ingérence et le devoir de vigilance – état de la jurisprudence avant la loi nouvelle*, participation au colloque organisé le 25 oct. 1990 par l'ANJB et les

GAVALDA[676], le devoir de non-immixtion « *s'arc-boute sur le secret des affaires et le secret bancaire* ». Concrètement, cela implique que le banquier ne puisse pas s'immiscer dans les affaires de son client, lesquelles peuvent nécessiter le secret surtout si ses concurrents sont amenés à traiter avec le même banquier. D'autres auteurs ont avancé un autre fondement. Ainsi, M. CREDOT[677] invoquent les articles 9 du Code civil et 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, relatifs au respect de la vie privée[678]. A notre sens, il convient davantage de retenir le secret des affaires que le secret bancaire. En effet, le secret bancaire implique que le banquier ait déjà connaissance de l'information et qu'il s'abstienne de la diffuser à des tiers. Or, ici la non-immixtion sous-entend que ce même banquier n'ait pas connaissance des affaires de son client, le secret bancaire ne peut donc pas fonder ce devoir de non-immixtion. C'est pourquoi nous avancerons que seul le secret des affaires est de nature à justifier ce devoir, comme l'affirme justement M. VEZIAN[679].

469. Le devoir de non-ingérence comme limite à la protection du client -. Dans ses rapports avec les obligations d'information, cela a pour conséquence pour la banque de ne pouvoir s'immiscer dans les affaires de son client, et précisément, de juger l'opportunité des choix de ce dernier, et à tout le moins, de l'influencer dans sa prise de décision quant à la manière de gérer ses affaires. En ce sens, l'obligation de conseil paraît contrevenir à ce principe de non-immixtion, lorsque le banquier doit non seulement transmettre une information à son client, mais aussi émettre un avis sur sa situation et l'inciter à suivre cet avis[680]. Les tribunaux le rappellent d'ailleurs quand ils reprochent à la banque d'inciter son contractant à choisir la restructuration d'ensemble de son domaine agricole plutôt que sa modernisation progressive, cette incitation excédant les limites de sa mission[681]. Nous justifierons cette solution au regard d'un des droits de la personnalité, le droit de propriété. L'article 544 du Code civil dispose que le droit de jouir des choses dont on est propriétaire est

---

revues Banque et Banque et droit, sur le blanchiment de l'argent, Banque, 1990, n° spécial hors série, p. 17 et s. ; Ch. GAVALDA, note sous Cass. com., 25 avr. 1967, JCP éd. G 1967, II, 15306.

[676] Cass. com., 25 avr. 1967, précité.

[677] J.-F. CREDOT, *Le principe de non-ingérence et le devoir de vigilance – état de la jurisprudence avant la loi nouvelle*, précité ;

[678] L'article 8 de la Convention dispose que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique…* »

[679] M. VEZIAN, *op. cit.*, n° 83, p. 54.

[680] En ce sens, F. BOUCARD, *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, PUAM, 2002, n° 144, p. 149.

[681] Limoges, 1ère Chambre civile, 20 mars 1995, Juris-data n° 040838.

absolu et constitue un attribut de la personnalité[682]. S'immisçant dans la gestion des affaires de son client, le banquier risquerait au surplus, si c'est une personne morale, de se voir reprocher d'avoir agi en qualité de dirigeant de fait lorsque les créanciers du client chercheront la responsabilité du dirigeant en cas d'insuffisance d'actif, cela même si la loi du 25 janvier 1985 a supprimé la présomption de faute du dirigeant[683]. Toutefois l'antithétisme supposé entre le devoir de conseil et le principe de non-immixtion n'est pas absolu. Ainsi le banquier n'est-il astreint à ne pas s'immiscer seulement pour les activités strictement privées du client, ce que confirme M. BOUCARD[684]. Il peut cependant être avancé que ce n'est pas tant la nature de l'activité en cause qui importe pour fixer les limites de la non-ingérence, mais davantage le fait que le banquier soit tiers au contrat qui lie son client à un cocontractant.

470. L'éviction du devoir de non-ingérence lorsque l'information porte sur la situation financière du client -. En définitive, il convient de considérer que la relation entre le client et ses cocontractants est étrangère à la relation avec le banquier : d'une part chaque fois que le banquier interviendra dans une relation contractuelle liant son client avec un tiers, le banquier devra s'abstenir d'apprécier l'éventualité de conclure l'opération finale avec ce tiers. Tout au plus peut-il, ou doit-il lorsqu'il est astreint à un devoir de mise en garde ou de conseil, veiller à orienter la décision de son client au regard de sa seule situation financière, ce qui confine le conseil dans la sphère étroite de la relation bancaire à l'exclusion de toute autre considération née du contrat principal conclu avec le tiers.

471. Le fondement de la non-ingérence -. Ainsi, la jurisprudence, par un arrêt du 27 juin 1995 précédemment mentionné, a pu instaurer un devoir de conseil lors de l'octroi d'un prêt au profit d'un emprunteur, lequel oblige le prêteur à avertir ce dernier lorsque le prêt paraît excessif au regard des revenus de l'emprunteur. Nul doute que le prêteur est d'autant partie à l'opération qu'il pâtit du non-remboursement des échéances. Son intervention est alors justifiée par la sauvegarde de leurs intérêts communs. A l'inverse, lorsque le banquier est étranger à la relation contractuelle liant son client avec un tiers, il nous semble qu'il lui faille respecter le devoir de non-immixtion. **Pour résumer notre propos, l'on peut avancer que la non-ingérence s'impose chaque toutes les fois que le banquier n'est pas partie à la relation contractuelle qui lie son client et lorsque le conseil que peut offrir le banquier**

[682] Le professeur CORNU rappelle d'ailleurs que ce droit est « *un droit primordial de la personnalité* », G. CORNU, Droit civil, *introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, 12ème éd., 2005, n° 496.
[683] Sur cette question, V. J. VEZIAN, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, précité, n° 238.
[684] V. F. BOUCARD, *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, PUAM, 2002, n° 144, p. 150.

porte sur une prestation qui ne concerne pas exclusivement ce dernier à son client. A cet égard, le principe de non-ingérence n'a pas pour vocation à favoriser les intérêts du client en toute situation, mais seulement à les ménager lorsque le conseil porte exclusivement sur une opération qui lie le client à son seul banquier. C'est cela qui explique que la banque peut orienter le choix du client lorsqu'un prêt apparaît peu adapté à ce dernier[685], et doit rester silencieux sur l'opportunité de réaliser l'opération principale financée par ce concours[686].

472. En matière de prêt, l'obligation de conseil ne saurait donc être exclue par principe, contrairement à ce qu'affirment de nombreux auteurs[687]. Rien n'invite à cette exclusion puisque le banquier est bien partie à l'opération de crédit, étant lui-même le prêteur. Pourtant, procédant d'une unification des positions entre les Chambres, la Cour de cassation[688] a abandonné le recours à la notion de « conseil » pour utiliser dorénavant le vocable de « mise en garde ». Or, si la mise en garde suppose, comme nous le reverrons, la prise en compte de la qualité d'averti ou non de l'emprunteur, cela implique que le banquier doive se renseigner sur les affaires de son client. Ainsi devra-t-il notamment savoir si ce dernier a déjà eu, par le passé, l'occasion de réaliser l'opération qu'il souhaite présentement entreprendre. Peut-on penser qu'en pareil cas, que le banquier puisse se réfugier derrière le devoir de non-immixtion pour s'abstraire de cette recherche ? Cela reviendrait à considérer que le devoir de non-immixtion empêcherait le banquier de se renseigner. Nous ne le pensons pas, contrairement à des auteurs[689] qui avancent que la non-ingérence entre en conflit avec les « *obligations d'informer assorties d'une obligation de se renseigner* ». Si cela s'avérait vrai, le devoir de mise en garde serait battu en brèche par le devoir de non-ingérence.

473. En somme, le devoir de non-immixtion ne peut expliquer à lui seul l'évolution du vocable employé par la Haute juridiction. Nous sommes d'avis que ce changement ne

---

[685] Cass. civ. 1ère, 27 juin 1995, précité.

[686] A titre d'illustration, V. Cass. com., 27 avr. 1982, Bull. civ. IV, n° 139 ; D. 1982, somm. p. 413, obs. M. VASSEUR, pour une banquier à qui il fut reproché d'apprécier l'opportunité de réaliser une opération.

[687] En effet, sous couvert du respect au principe de non-ingérence, il est souvent exposé que l'existence d'un devoir de conseil de l'emprunteur est contestable. V. en ce sens, J. LASSERRE CAPDEVILLE, *Que reste-t-il au XXIème siècle du devoir de non-ingérence du banquier ?*, Banque et droit 2005, p. 11 et s., D. LEGEAIS, JCP éd. E 2007, 1375 ; M. MEKKI, *La singularité du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit*, RD bancaire et fin., nov. 2007, n° 27, p. 79 et J.-F. RIFFARD, *Eclairages sur les obligations du banquier en matière d'assurance couvrant la défaillance de l'emprunteur*, Colloque sur le devoir de mise en garde du 29 mars 2007 de la faculté de droit de Clermont-Ferrand (EA 982), dont les actes sont publiés, RD bancaire et fin., nov. 2007, n° 30, p. 07, spécialement n° 34, p. 101.

[688] Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2005, n° 03-10.770, n° 02-13.155 et n° 03-10.921, précité.

[689] J.-F. CLEMENT, *Le banquier, vecteurs d'informations*, RTD com. 1997, p. 203 ; F. BOUCARD, *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, PUAM, 2002, n° 146, p. 151.

trouve *fondamentalement* pas sa source dans l'existence d'un principe de non-immixtion, pas plus que le devoir de conseil s'oppose de manière *absolue* à ce principe, compte tenu de la distinction évoquée, relative à la place du banquier dans la relation. Selon, l'éviction de la notion de « conseil » au profit de la notion de « mise en garde » satisfait plutôt à un souci de rigueur. Il nous est permis de penser que le contenu de cette obligation ne concordait pas avec la dénomination retenue par la Cour de cassation dans l'arrêt du 27 juin 1995. Cela conduit dès lors à se pencher sur le contenu du devoir de mise en garde.

B) La définition du devoir de mise en garde

474. Mettre en garde suppose d'avertir, avertir contre un risque, un danger. A cet égard, il a pour trait commun avec le devoir de vigilance d'informer le client d'une anomalie pouvant conduire à un préjudice pour ce dernier. Toutefois, alors que le devoir de vigilance se cantonne à « *détecter les anomalies et irrégularités manifestes* »[690], le devoir de mise en garde procède d'une analyse approfondie de la situation de client et vise à l'avertir d'un risque d'endettement anormalement élevé lorsque le banquier réalise avec ce dernier une opération constituant un engagement personnel. Quand le devoir de vigilance permet d'engager la responsabilité pour une faute commise par le banquier tenant à une irrégularité de forme, le devoir de mise en garde permet de rechercher sa responsabilité lorsque l'irrégularité touche au fond : l'engagement du client est disproportionné au regard de ses facultés contributives.

475. Distinction entre mise en garde, conseil et information -. Pour autant, si le banquier doit informer son client du caractère inadapté de l'engagement souscrit, il ne s'agit pas pour autant d'orienter le choix de celui-ci en l'incitant à se tourner vers la conclusion d'une opération spécifique. La mise en garde ne relève donc pas du devoir de conseil.

476. Au contraire, elle s'apparente davantage en une transmission d'information, de sorte qu'il pourrait alors être possible d'y voir une simple obligation d'information sur les risques liés à l'opération que souhaite réaliser le client. Toutefois, il convient de distinguer la mise en garde de la simple information. La distinction ne porte pas tant sur l'intensité du devoir lui-même, mais davantage sur le contenu de l'information transmise. En effet, l'obligation d'information porte sur un fait objectif, touchant à l'objet du contrat, de nature à

[690] *Répertoire droit commercial*, Dalloz, 2006, V. Banques et établissement de crédit, Principes généraux, n° 179.

permettre la maturation du consentement du contractant. Si elle peut être due à raison de la qualité de la partie, ainsi-est-ce le cas des dispositions relatives au crédit à la consommation qui ne vise que l'emprunteur non-professionnel, elle n'est pas pour autant conditionnée par la situation personnelle de cet emprunteur. En ce sens, l'obligation d'information est générale : précisément, le contenu de l'information n'est donc pas commandé par une appréciation factuelle, au cas par cas, de la situation propre du créancier de cette obligation.

477. Il en va tout autrement de la mise en garde. Ainsi, la jurisprudence conditionne la mise en œuvre de ce devoir de mise en garde à deux critères, le premier tenant à la nature de l'opération en cause et le second relevant de la qualité de la personne créancière de ce devoir. Cette règle paraît tenir dans une jurisprudence[691], partagée par la Chambre commerciale[692], et réaffirmée[693]. Le périmètre de l'obligation peut alors être défini. Il tient à deux critères, l'un qui a trait au caractère averti ou non du client du banquier, l'autre aux risques liés à l'opération planifiée (a). Une fois les critères de mise en œuvre de cette obligation définie, il convient d'en définir la teneur (b) et la portée (c).

a) les critères de mise en œuvre du devoir de mise en garde

478. Sous l'empire de la jurisprudence de la Première Chambre civile du 27 juin 1995[694], la responsabilité du banquier pouvait être recherchée sur le fondement d'un manquement au devoir de conseil en cas de dissymétrie d'information. C'est spécifiquement le cas lorsque la banque ne révèle pas à son client que l'engagement née d'un contrat de crédit souscrit par ce dernier dépasse ses facultés contributives. Il n'est pas fait grand cas par cet arrêt de la qualité du client, de sorte que le devoir de conseil s'imposa au banquier que ce dernier eut connaissance du risque d'endettement tout comme le professionnel du crédit ou pas. **Pour la Première Chambre civile, si le devoir de conseil est dû au client quand**

---

[691] Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2005, n° 03-10.921, précité.
[692] Cass. com., 3 mai 2006, n° 02-11.121, Bull. civ. IV, n° 101 et 102 ; D. 2006, p. 1445, note X. DELPECH ; D. 2006, n° 23, p. 1618 et s., note J. FRANCOIS ; JCP éd. E 2006, 1890, note D. LEGEAIS ; Gaz. Pal. 28 juin 2006, p. 5, note S. PIEDELIEVRE ; Contrats conc. consom. juill. 2006, p. 37, n° 108, note G. RAYMOND ; RD immo 2006, p. 294, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN ; D. 2007, p. 753, obs. D.-R. MARTIN ; RLDC juill.-août 2006, p. 36, note G. MARRAUD DES GROTTES ; RD bancaire et fin. juill.-août 2006, n° 128, p. 12, note F.-J. CREDOT et H. SAMIN ; RGDA 2006, p. 737, note J. KULLMAN ; D. CHEMIN-BOMBEN, *Devoir de mise en garde du banquier : un arrêt ça va trois…bonjour les débats !*, RLDA sept. 2006, p. 34.
Cass. com., 20 juin 2006, Bull. civ. IV, n° 145.
[693] Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, D. 2007, act., p. 1950, note V. AVENA-ROBARDET ; D. 2007, jur., p. 2082-2084, note S. PIEDELIEVRE.
[694] Cass. civ. 1ère, 27 juin 1995, précité.

l'engagement de celui-ci est excessif, c'est que la dissymétrie d'information est toujours présumée. D'une certaine manière, cette présomption se rattache à la qualité d'emprunteur non-professionnel, lequel voit ses affaires jugées devant la Chambre Civile.

479. Cette solution qui généralise la protection de l'emprunteur par le biais du devoir de conseil est contestable. Elle autorise le client qui a connaissance du caractère excessif de son engagement à rechercher la responsabilité du prêteur quand ce dernier ne l'informe pas d'une donnée dont il avait déjà en sa possession. Cet alourdissement des obligations du banquier est critiquable. A cet égard, il a été démontré par le professeur FABRE-MAGNAN que le seul celui qui ignore légitimement l'information à transmettre peut en être créancier[695]. C'est enfin ce que la jurisprudence Méneteau de la Chambre Commerciale consacre quand elle conditionne l'action de l'emprunteur à la preuve d'informations détenues par le prêteur sur sa solvabilité qu'il ignore lui-même : l'action est fondée à partir du moment où le banquier savait ce que le client n'était pas à même de savoir, c'est-à-dire que son engagement était dès l'origine disproportionné. C'est le critère du non-averti découvert par la jurisprudence.

480. Le critère tenant à la qualité de la personne, le critère de non-averti -. Sous l'empire des nouveaux arrêts mettant en avant le critère du non-averti comme l'un des critères d'application du devoir de mise en garde, la jurisprudence calque le régime de ce devoir sur celui de l'obligation d'information tel que l'a formulé l'éminent professeur précité. Ainsi, les fameux arrêts du 12 juillet 2005, confortés par ceux de la Chambre commerciale du 3 mai 2006, enseignent que le contractant du banquier n'est créancier de ce devoir de mise en garde qu'il est considéré comme « non-averti[696] ». Le qualificatif « averti » est définie par le Littré comme celui qui informé, prévenu. Etre averti relèverait de la prévenance. L'emprunteur averti, au sens commun, serait donc celui qui est au fait de l'existence du risque de défaillance dans l'exécution de ses obligations. Les obligations d'informations, objectives par essence, qu'offre le Code de la consommation à cet emprunteur ne suffisent-elles pas à le renseigner sur les charges du crédit qu'il sollicite ? Pareillement, le bon sens ne lui permet-il pas d'évaluer ce coût au regard de ses facultés de remboursement ? L'opération, simple, se

[695] M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, précité, p. 135 et 197.

[696] L'expression « profane » a pour étymologie le mot latin « profanus » de *pro*, en avant, et *fanum*, temple, ce qui se traduirait par celui qui est devant le temple. Cette connotation religieuse invite plutôt à lui préférer le terme de « non-averti » qui est plus neutre, même si moins mélodieux pour l'oreille. V. ainsi Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, précité. Toutefois, l'on observer certaines « résistances terminologiques » de la part de la Cour de cassation qui retient encore aujourd'hui le terme de profane. Pour une illustration, V. Cass. civ 1ère , 24 mars 2009, n° 08-10.183.

limiterait à une soustraction de ce qu'il doit tous les mois à ce qu'il reçoit au titre de ses revenus. Malheureusement, comme nous l'avions mentionné lors de nos développements sur les inconvénients d'une transmission massive d'information[697], le client est souvent noyé sous le volume des mentions obligatoires, si bien qu'il ne pourrait plus, s'il est peu ou pas aguerri à la matière bancaire, déceler l'information pertinente propre à lui ouvrir les yeux sur les risques de non-remboursement d'un prêt qu'il a lui-même demandé. En définitive, le retour à la raison, que visait l'information précontractuelle, resterait un vœu pieux. Concrètement, cela s'est traduit par une augmentation des dépôts de dossiers de surendettement, passant de 142 000 en 1999 à 165 000 en 2003 pour arriver à plus de 188 000 en 2008, et par une augmentation des créances douteuses nées des crédits non-affectées[698]. Au rang des non-avertis, la jurisprudence place les emprunteurs inexpérimentés ou novices[699]. Le critère central de distinction entre l'averti et le non-averti ne repose donc pas forcément sur l'existence d'une dissymétrie d'information entre le banquier et son client : ainsi un arrêt de la Chambre commerciale du 20 juin 2006 impose aux juges du fond de rechercher si le prêt consenti était excessif au regard des capacités du client du banquier, « *peu important que les emprunteurs, profanes, aient disposé des mêmes informations que la banque*[700] ». **Certes souvent l'asymétrie d'information témoigne du caractère profane du client mais ce n'est pas, selon nous, le critère fondamental du caractère non-averti. Nous pensons qu'il repose plutôt sur tous les éléments qui conduisent le client à ne pas pouvoir apprécier la pleine portée de son engagement, ainsi que l'existence d'un risque spécifique qui lui est lié**.

481. Doit donc être informé celui qui ignorait légitimement le risque que son cocontractant, le banquier, était à même de connaitre. En définitive, la distinction repose avant tout sur ce critère, et non sur une dichotomie entre professionnel et non-professionnel[701]. Ainsi, le professionnel peut-il être créancier du devoir de mise en garde, comme l'affirme la Cour de cassation par un important arrêt du 29 juin 2007 de la Chambre mixte[702]. Cet arrêt conduit alors à dissocier le devoir de mise en garde du droit commun de l'obligation

[697] V. *supra* n° 351.
[698] http://www.banque-france.fr/fr/supervi/telechar/supervi_banc/racb2003-le-credit-a-la-consommation.pdf.
[699] Cass. com., 14 mars 2006, n° 04-17336.
[700] Cass. com. 20 juin 2006, n° 04-14.114, Bull. civ. IV, n° 145 ; D. 2006, AJ, p. 1887, obs. X. DELPECH ; RTD com. 2006, p. 645, obs. D. LEGEAIS ; JCP éd. E 2006, n° 36, p. 1466, note D. LEGEAIS ; JCP éd. G 2006, II, 10122, note A. GOURIO ; RD bancaire et fin. 2006, n° 191, obs. F.-J. CREDOT et T. SAMIN ; Banque et Droit sept.-oct. 2006, n° 50, obs. T. BONNEAU ; RJDA 2006, n° 1258.
[701] En ce sens, sur l'autonomie de la qualité d'averti avec la qualité de professionnel, V.
[702] V. pour le cas d'un agriculteur, V. Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, D. 2007, act., p. 1950, note V. AVENA-ROBARDET ; D. 2007, jur., p. 2082-2084, note S. PIEDELIEVRE ; Resp. civ. et assur. 2007, étude 15, spéc. n° 8 ; JCP éd. G 2007, II, 10146, note A. GOURIO ; JCP éd. E 2007, 2105, obs. D. LEGEAIS.

d'information. Si cette dernière répond à des critères tenant à l'activité du créancier de l'information, le devoir de mise, au sens de la jurisprudence, pose le principe suivant : ***il ne repose pas sur le professionnel une présomption irréfragable de connaissance de l'information***[703]. Pourtant la position inverse ne doit pourtant pas être immédiatement rejetée. Si la nature professionnelle de l'activité de l'emprunteur ne suffit, à elle seule, à en faire un emprunteur averti, elle fournit aux juges du fond un indice précieux qui avec d'autres, rejoindra un faisceau d'indices suffisamment lumineux pour déterminer s'il est averti ou non. Les éléments de qualification du caractère d'averti sont alors multiples. Doit-on ainsi prendre en compte la situation socioprofessionnelle, l'expérience du contractant, l'âge, son niveau d'études ou tout autre élément de nature à appréhender sa capacité à connaître la portée de ses engagements, et spécifiquement l'existence d'un risque grave et disproportionné. C'est pourquoi un dirigeant inexpérimenté pourra être vu comme un non-averti[704] alors qu'un ancien comptable expérimenté ne pourra bénéficier du devoir de mise en garde[705] : le critère de l'averti est donc de celui des qualités liées à la connaissance, à l'expérience ou tout élément permettant d'appréhender les risques[706] liés à l'opération que le contractant moyen saurait percevoir en totalité. Le critère de la compétence et de l'expérience semble être celui qui imprime le mieux au client le caractère d'averti, indifféremment de sa situation professionnelle. La Cour de cassation a pu censurer un arrêt d'appel qui avait présumé averti un associé conjoint du dirigeant sans pour autant démontrer en quoi il était averti[707]. Si la fonction occupée par le client est un indice, elle ne suffit donc pas à elle seule à déterminer le caractère averti ou non de celui-ci.

482. Le critère tenant à la nature de l'opération -. Les critères régissant l'exigibilité du devoir de mise en garde tiennent aussi à l'opération en cause. L'arrêt fondateur du 27 juin 1995[708] de la Première Chambre civile de la Cour de cassation qui a décidé que manque à son devoir de conseil l'établissement de crédit qui consent un prêt dont les charges

---

[703] *contra*, V. la position de Monsieur le Premier Avocat Général M. MEYNIAL, 1ère av. gén., avis, p. 22 : www.courdecassation.fr, qui postule qu'en professionnel, le client est sensé connaître les risques de l'opération qu'il entreprend. Cela suppose qu'il existe une présomption de connaissance de l'information, qu'il pourrait combattre en apportant la preuve de son ignorance légitime. Malheureusement, cela ne nous paraît pas pouvoir être applicable, puisque c'est souvent le banquier qui détient les informations concernant son client, il serait alors facile pour celui-ci de les utiliser contre son client, de sorte que ce dernier ne puisse jamais prouver qu'il ne connaissait pas les risques de l'opération escomptée.

[704] Cass. com., 12 déc. 2006, n° 03-20.176, Bull. civ. IV, n° 243 ; JCP éd. E 2007, 1310, note D. LEGEAIS ; RTD com. 2007, p. 214, obs. D. LEGEAIS.

[705] Cass. com. 8 janv. 2008, n° 06-17.659 ; JCP éd. G 2008, II, 10055, note A. GOURIO.

[706] J. DJOUDI et F. BOUCARD, *La protection de l'emprunteur profane*, D. 2008, chron. p. 500.

[707] Cass. com., 3 févr. 2009, n° 07-19.778 ; JCP éd. E, 26 mars 2009, 1305, p. 10, note D. LEGEAIS.

[708] Cass. civ. 1ère, 27 juin 1995, précité.

sont excessives au regard de la modicité des ressources de l'emprunteur, sans mettre en garde cet emprunteur sur l'importance de l'endettement résultant de l'octroi de ce prêt. La protection du client sur le fondement de la mise en garde n'existe alors que pour le cas où l'engagement de ce dernier apparaît comme disproportionné. Par l'un des trois arrêts du 12 juillet 2005[709] dégageant clairement la notion de « mise en garde », la Cour de cassation affirme pareillement que « *manque à son devoir de mise en garde, la banque qui, n'ayant pas vérifié les capacités financières d'emprunteurs profanes, accorde à ceux-ci un prêt excessif au regard de leurs facultés contributives* ». Cet attendu renseigne sur l'objet de la mise en garde et paraît indiquer ce sur quoi porte elle porte : le caractère excessif de l'emprunt sollicité au regard des capacités financières de l'emprunteur, lequel entraine un risque de surendettement pour ce dernier.

483. La précision du critère tenant à l'opération en cause -. Il est toutefois permis de s'interroger si c'est le caractère excessif de l'engagement lui-même qui est sanctionné ou simplement le risque d'endettement lourd qui en découle. Ainsi, doit-on pour autant faire de cette disproportion le critère de la mise en garde ? Une réponse positive conduit à penser que ce devoir n'est plus imposé au banquier dès lors que l'engagement n'est pas excessif, quand bien même l'emprunteur est non-averti. La jurisprudence a pu apparaître quelque peu divisée sur la question. Un arrêt de Cour d'appel décida qu'un emprunteur n'était pas fondé à bénéficier de la mise en garde dès lors que l'opération ne comportait aucun risque puisque le concours n'était pas disproportion au regard de ses capacités. Ce qui concourra à la censure par un arrêt de la Chambre commerciale du 11 décembre 2007[710]. L'interprétation qui fut donnée de cet arrêt par un auteur[711] est que l'obligation contractuelle vaut même pour le cas où l'engagement n'est pas excessif. Le devoir de mise en garde s'imposerait dès lors que l'emprunteur risque de se retrouver dans une situation dans laquelle il ne pourrait plus honorer son engagement : en l'occurrence, elle aurait portée sur les risques du recours au crédit relais durant la période de crise immobilière de 1991-1996[712].

[709] Cass. civ. 1ère, 12 juillet 2005, n° 03-10.921, précité.
[710] Cass. com., 11 déc. 2007, n° 05-20.665 ; RTD com. 2008, p. 163, obs. D. LEGEAIS.
[711] D. LEGEAIS, obs. sous arrêt précité.
[712] Le prix réel moyen du m² est passé de 4500 euros en 1991 à moins de 3000 en 1996, de sorte que la vente du bien immobilier de l'emprunteur à un faible prix a diminué ses ressources pour honorer le prêt conclu pour l'achat d'un nouveau bien. En l'espèce pourtant, l'engagement n'était pas, au jour de l'engagement, disproportionné eu égard à ses facultés contributives.

484. Une partie de la doctrine ne semble pas en accord avec cette solution[713]. Deux auteurs résument fort bien le point de vue de la doctrine en affirmant qu' « *en principe, seule la défaillance provoquée par le caractère excessif du crédit peut donner lieu à une action en responsabilité contre la banque*[714] ». La logique conduit à cette solution : la mise en garde suppose qu'il y ait un objet contre lequel mettre en garde : l'excès et/ou le risque. Comme le résume en définitive le professeur CAUSSE, « *la mise en garde est par définition et nature plus précise que le conseil : elle est liée à un risque, soit à un point singulier, ce qui lui permet d'être plus intense*[715] ». L'on ne saurait être plus clair.

485. Le caractère polymorphe du risque sur lequel porte la mise en garde -. A l'étude de la jurisprudence, ce risque semble polymorphe et ne réside pas uniquement que dans le caractère excessif de l'emprunt. La nature de l'opération semble aussi commander l'application du devoir de mise en garde dès lors que celle-ci est spécifiquement complexe ou par nature risquée[716]. C'est le cas pour le crédit documentaire[717], le crédit-bail[718]. L'arrêt du 11 décembre 2007 n'est alors peut être pas aussi en contradiction avec la doctrine qu'il y paraît. En l'espèce en effet, il s'agissait d'un crédit-relais, si bien que l'on peut penser que la Haute juridiction considère que la mise en garde est due au regard de l'opération en cause qui, par sa nature, présente un risque. En effet, dans un contexte de marché baissier de l'immobilier, la pratique du crédit-relais peut être en effet vue comme dangereuse en ce qu'elle oblige l'emprunteur a vendre à bas prix, ce qui vient s'imputer négativement sur le remboursement, de telle sorte que le montant encore à payer au banquier est plus important que dans les prévisions des parties. Il nous est alors tout à fait possible de donner une interprétation de l'arrêt précité de 2007 dans les termes qui suivent : l'opération du crédit-relais est une opération particulièrement risquée pour l'emprunteur, ce qui impose aux juges du fond de vérifier si la banque a mis en garde ce dernier contre le risque de non-

---

[713] V. notamment J. DJOUDI et F. BOUCARD, *La protection de l'emprunteur profane*, précité, p. 500.
[714] J. DJOUDI et F. BOUCARD, *op. cit.*, n° 5.
[715] H. CAUSSE, *Le devoir de mise en garde du banquier, La mise en garde, le mis en garde*, Colloque sur le devoir de mise en garde du 29 mars 2007 de la faculté de droit de Clermont-Ferrand (EA 982) ; RD bancaire et fin., nov. 2007, n° 25, p. 75, n° 12.
[716] L'on retrouve alors ici le schéma qui existe en matière de protection de l'investisseur, avec l'arrêt Buon du 5 nov. 1991, quand l'opération réalisée comporte un risque.
[717] Cass. com., 4 juill. 2006, Bull. civ. IV, n° 157 ; RTD com. 2006, p. 899, obs. D. LEGEAIS ; D. 2006, AJ, p. 2309, obs. X. DELPECH. La Haute juridiction juge que l'emprunteur qui connaît les mécanismes du crédit-documentaire ne peut bénéficier du devoir de mise en garde. *A contrario*, l'emprunteur profane en la matière en bénéficie.
[718] Cass. com., 20 sept. 2005, Bull. civ. IV, n° 176 ; JCP éd. E 2006, 1145, note D. LEGEAIS ; D. 2005, AJ, p. 2588, obs. X. DELPECH ; D. 2006, pan. p. 2863, obs. P. CROCQ ; RTD com. 2005, p. 822, obs. D. LEGEAIS.

remboursement[719]. Si l'opération de crédit n'est pas risquée ou que l'engagement n'est pas excessif, alors la mise en garde n'a pas lieu d'être.

Enfin *le risque peut prendre la forme de la perte de chance de ne pas contracter*, et donc d'éviter un préjudice, quand la mise en garde aurait permis justement d'alerter le client : un arrêt du 20 octobre 2009 vient à cet effet étoffer les formes que peut prendre le risque[720].

486. La prééminence du critère du risque -. Les arrêts les plus récents tendent à conforter ce propos. Par un arrêt du 18 février 2009[721], la Première Chambre civile de la Cour de cassation affirme que « *faute d'avoir mis la cour d'appel en mesure de constater l'existence d'un risque d'endettement qui serait né de l'octroi de la somme prêtée,* [l'emprunteur] *n'est pas fondée à lui reprocher d'avoir omis de procéder à une recherche que l'argumentation développée devant elle n'appelait pas* ». Alors que la cassation porte non sur le fond du droit mais sur un défaut de moyen à hauteur d'appel, la Cour de cassation vient rappeler au fond que le risque d'endettement est un lié la mise en garde : sans risque cette dernière ne s'impose plus. **Le critère du risque est donc un des critères de la mise en garde, que ce risque naisse de l'excès de l'engagement ou de l'opération elle-même. S'il existe un critère lié à la qualité de non-averti du client du banquier, il en existe un spécifique, lié au caractère risqué de l'opération.**

b) le contenu du devoir de mise en garde

487. Le contenu du devoir de mise en garde apparaît comme multiple : l'on y voit souvent deux obligations le composant[722], voire trois[723] : l'obligation de s'informer sur les

---

[719] Le crédit-relais rejoint donc la catégorie des crédits à risque précités.
[720] Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-20.274, Dalloz actu. 26 oct. 2009, obs.
[721] Cass. civ. 18 févr. 2009, n° 08-11.221 ; D. 2009, chron. p. 756, obs. C. CRETON ; RDI 2009, p. 235, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN.
[722] M. MEKKI, *La singularité du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit*, RD bancaire et fin. nov. 2007, n° 27, p. 79, spécialement p. 84, n° 21.
[723] V. ainsi R. ROUTIER, *Obligations et responsabilité du banquier, Dalloz Référence*, 2ème éd., 2008, p. 519, n° 362.21 qui voit en plus l'obligation de consentir un crédit adapté aux besoins du client, contra. J. FRANCOIS, obs. sous Cass. civ. 1ère, 21 févr. 2006, Bull. civ. I, n° 91, p. 86 ; Banque et droit, n° 108, juill.-août 2006, n° 62, obs. T. BONNEAU ; JCP éd. E 2006, 1522, note D. LEGEAIS qui affirme que « *le crédit, même excessif, peut être accordé à la condition que le client ait été alerté et qu'il ait accepté le risque* » ; RTD com. 2006, p. 462, obs. D. LEGEAIS ; RD bancaire et fin. n° 4, juill.-août 2006, n° 12, obs. F.-J. CREDOT et T. SAMIN ; Cass. civ. 1ère, 13 févr. 2007, Banque et droit, n° 113, mai-juin 2007, n° 41, obs. T. BONNEAU.
V. aussi E. SCHOLASTISQUE, *Les devoirs du banquier dispensateur de crédit au consommateur*, Defrénois 1996, p. 689 ; D. MAZEAUD, obs. sous Cass. civ. 1ère, 27 juin 1995, précité, Defrénois 1995, p. 1416 ; D. LEGEAIS, note sous même arrêt, JCP éd. E 1996, II, p. 772 ; A. GOURIO, *Le prêteur est-il réellement tenu d'une obligation de conseil envers le particulier emprunteur ?*, RD bancaire, janv.-févr. 2001, p. 52

capacités financières de l'emprunteur[724] et l'obligation de l'alerter lorsqu'un risque existe, même si ce l'engagement n'est pas disproportionné. L'obligation pour le banquier de s'informer relève de l'évidence, puisque la protection par le devoir de mise en garde ne vaut que pour l'emprunteur non-averti : ce faisant, le banquier doit apprécier la situation de client, et se renseigner est une nécessité lorsque ce dernier ne lui a pas donné toutes les informations nécessaires afin de réaliser cette appréciation. Cette obligation de se renseigner s'illustre aussi en matière de crédit ruineux par lequel le dispensateur de crédit doit consentir à fournir un soutien adapté aux capacités financières de son client[725]. L'obligation de se renseigner implique donc de rechercher deux types d'informer : la situation financière de l'emprunteur en vue de fournir un crédit non excessif et l'expérience et les connaissances de celui-ci pour déterminer s'il est averti ou non.

488. Ces deux éléments déterminent ensuite le comportement à tenir pour le banquier, soit qu'il considère que l'emprunteur est averti et en ce cas, il a toutes les qualités pour apprécier la portée de l'engagement qui née du concours qu'il demande, soit il doit attirer son attention sur le risque lié au caractère excessif de cet engagement ou lié à n'importe quel risque inhérent à l'opération pour le cas où cet emprunteur est jugé non-averti. D'après la jurisprudence, cette mise en garde est due, outre eu égard des charges nées du prêt[726], au regard « *des capacités financières de l'emprunteur et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts*[727] » dès lors que le prêt est excède les capacités de ce dernier[728]. M. ROUTIER nous explique que ces deux conditions sont cumulatives[729]. La jurisprudence entérine ce propos par un arrêt de la Première Chambre du 18 septembre 2008[730] qui confirme que le banquier ne doit pas se contenter d'un avertissement relatif aux charges du prêt, mais doit concerner aussi les capacités financières du client ainsi que le risque d'endettement né de l'octroi du prêt. Un auteur juge ces exigences lourdes[731] et invite à penser que le banquier, à

---

[724] P. JOURDAIN, *Le devoir de «se» renseigner, Contribution à l'étude de l'obligation de renseignement*, D. 1983, chron. p. 139 ; J. BERNARD DE SAINT AFRIQUE, *Du devoir de conseil*, Defrénois 1995, p. 913-926, spécifiquement p. 916 : « *Il s'agit pour le débiteur du devoir de conseil de s'informer et d'effectuer toutes investigations nécessaires pour connaître parfaitement la situation de celui auquel le conseil est destiné* ».
[725] Cass. com., 22 sept. 2005, BRDA 2005, n° 22, p. 9 ; Cass. civ. 1ère, 8 juin 2004, n° 02-12.185, Bull. civ. I, n° 166, p. 138 ; RTD com. 2004, p. 581, obs. D. LEGEAIS.
[726] Cass. com., 20 juin 2006, précité.
[727] Cass. mixte, 29 juin 2007, précité.
[728] Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2006, n° 04-13.192, Bull. civ. IV, n° 397.
[729] R. ROUTIER, *op. cit.*, p. 520, n° 362.21 ; R. ROUTIER, *Consécration et problématique de l'obligation de mise en garde de l'emprunteur non averti*, RD bancaire et fin., nov. 2007, p. 85, spécifiquement. n° 13.
[730] Cass. civ. 1ère, 18 sept. 2008, D. 2008, p. 2343 ; RTD com. 2008 p. 830 ; JCP éd. G 2008, actu. 586, obs. L. DUMOULIN.
[731] R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 14.

qui l'on impose de trop méticuleuses recherches sur son client, risque de l'échauder et de le décourager à emprunteur. Toutefois, il convient de reconnaître que l'existence d'un risque est polymorphe : il peut résider dans le caractère trop limité des revenus de l'emprunteur, dans celui de son patrimoine ou dans la nature complexe de l'opération en cause[732], de telle sorte que nous ne pouvons qu'approuver la ligne tracée par la Haute juridiction qui impose une mise en garde exhaustive sur les risques pour le client. En effet, il n'existe pas de mise en garde type, chaque opération contient un risque spécifique qui est porté, au cas par cas, à la connaissance de l'emprunteur par sa banque. La jurisprudence a parfaitement témoigné de l'appréciation de ce risque circonstancié, spécifique à la situation du client, par un arrêt du 2 mars 2007[733], dans lequel l'Assemblée plénière affirma, en matière d'assurance, que « *le banquier* (…) *est tenu de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur* », et ce devoir s'impose à chacun des banquiers même si l'emprunteur a été mis en garde par l'un deux[734]. Pareillement, l'article 27 du projet de loi relatif au crédit aux consommateurs[735] témoigne de cette exigence : « avant la conclusion d'un contrat [le banquier] précise les exigences et les besoins [du client] ainsi que les raisons qui motivent le conseil quant à un contrat déterminé. Ces précisions, qui reposent en particulier sur les éléments d'information communiqués par la personne physique concernant sa situation (…) sont adaptés à la complexité du contrat ». Il convient donc de reconnaître la pertinence de la jurisprudence qui retient une conception étendue de l'objet de la mise en garde.

489. Il apparaît dès lors que la mise en garde n'est pas un devoir de conseil. Un renseignement est « une information objective»[736], une information « à l'état brut »[737]. Le devoir de conseil porte certes sur une information, mais cette information vise à orienter le choix du cocontractant au regard de sa situation personnelle. S'il est vrai qu'à cet égard le devoir de mise en garde se rapproche du conseil par la prise de la situation personnelle, et vise à ajuster le contenu de l'information eu égard à sa situation, le devoir de mise en garde n'a pas la même finalité. Alors que le conseil est destiné à orienter le choix de son créancier, la mise en garde ne l'informe que sur l'existence d'un risque susceptible d'influencer le choix de celui-ci. La mise en garde ne tend qu'à la prise de connaissance d'un risque par son créancier,

[732] L'on pensera par exemple au crédit-bail, au crédit documentaire ou au crédit relais qui peuvent contenir en eux-mêmes le germe de la dangerosité.
[733] Cass. Ass. plén., 2 mars 2007, précité.
[734] Cass. civ. 22 janv. 2009, n° 07-19.867.
[735] Projet de loi n° 4340 du 14 nov. 2006 retiré par le gouvernement en date du 30 janv. 2007. Cet article restera donc un vœu pieu.
[736] Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 2007, n° 777.
[737] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2008, n° 455.

alors que l'obligation de conseil implique quant à elle une incitation à prendre un comportement suggéré par le débiteur du conseil. La mise en garde apparaît donc comme une obligation hybride, respectueuse du devoir de non-immixtion[738]. Le devoir de mise en garde va aussi plus loin que le devoir de vigilance qui n'impose d'informer le client qu'en cas d'anomalie apparente[739]. En effet, le banquier doit rechercher au-delà de l'apparence la situation réelle de l'emprunteur, laquelle peut masquer l'inadéquation du prêt demandé notamment lorsque ce dernier a déjà un emprunt dans une autre banque et ne dévoile pas cet élément crucial. A notre sens, si la mise en garde n'incite pas, comme le conseil, à adopter un comportement spécifique dicté par le banquier, elle dépasse la stricte limite de la vérification de l'apparence. M. BOUCARD, citant les grands auteurs, nous expose que la vérification des anomalies strictement apparentes constitue la limite de la non-immixtion[740]. **Il ne paraît pas impossible d'affirmer le devoir de mise en garde réduit les frontières de la non-immixtion puisque celui-ci suppose une recherche de la situation du client, ce qui conduit à ne pas s'arrêter à la seule apparence de proportionnalité du concours aux capacités financières de celui-ci**[741].

c) le domaine d'application du devoir de mise en garde

490. L'étude du régime des obligations d'information nous enjoint à penser avec le professeur FABRE-MAGNAN que l'information sur le risque n'est du qu'à celui qui l'ignore légitimement. *A fortiori*, le devoir de mise en garde semble être conditionné par des éléments liés à la personne même du créancier de ce devoir. En effet, d'une part ce dernier ne bénéficie pas à celui qui sait, et d'autre part, il ne s'impose que lorsqu'existe un risque spécifique pour son créancier. Il est permis de s'interroger ainsi sur les domaines concernés par ce devoir. La

[738] F. BOUCARD, *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, PUAM, 2002, n° 147, p. 151, qui prend l'exemple du devoir de vigilance qui ne s'oppose pas au principe de non-immixtion.
[739] J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, 6ème édition, 1995, p. 155 ; J. VEZIAN, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, FNDE, Bibl. de droit de l'entreprise, 3ème éd. 1983, préf. M. CABRILLAC, n° 82, p. 54 ; *Répertoire droit commercial*, Dalloz, 2006, V. Banques et établissement de crédit, Principes généraux, n° 179.
[740] F. BOUCARD, *op. cit.*, n° 148, p. 153.
[741] Nous nous autorisons, avec la plus grande prudence, et une pointe d'audace, à avancer que la mise en garde n'est alors pas si aussi respectueuse du principe de non-immixtion qu'on l'entend souvent dire. V. ainsi J. DANIEL, *Le devoir de mise en garde du banquier*, LPA, 18 févr. 2008, n° 35, p. 5, spécifiquement n° 9. Si le banquier n'incite pas à l'action, ou à l'inaction, il regarde au-delà de ce que l'œil extérieur peut voir chez dans les affaires du client. La disproportion du concours constitue selon nous une anomalie, elle est souvent plus discrète et masquée que la simple demande d'un prêt dont le montant est le multiple du revenu de l'emprunteur. La Cour de cassation impose au banquier d'ailleurs à cet égard de vérifier non seulement les charges du prêt, mais aussi les capacités financières et le risque d'endettement trop important qui peut résulter de multiples facteurs qui ne se révèlent qu'après un examen approfondie de la situation du client. V. Cass. mixte, 29 juin 2007, précité.

jurisprudence dresse ainsi les matières dans lesquels le banquier est astreint à un tel devoir. Il existe en matière d'investissement pour les produits à risque[742], en matière d'obligation de couverture sur le service à règlement différé quand l'investisseur peut se prévaloir de l'absence de cette couverture[743]. A notre sens, cette dernière hypothèse est à rapprocher de la mise en garde puisque, en l'espèce, la Haute juridiction reprocha au banquier de ne pas avoir exécuté une obligation contractuelle de couverture au profit de l'investisseur. Concrètement, cela conduit le banquier à informer ce dernier sur l'absence de cette couverture et ses conséquences, ce qui revient à le mettre en garde contre celles-ci. Enfin, ce devoir concerne aussi l'emprunteur quant au risque d'endettement[744], protège aussi cet emprunteur qui prend une assurance conséquemment au prêt lorsque le banquier doit l'informer sur les conséquences découlant de l'absence ou les limites d'une assurance de groupe[745]. Ce devoir s'étend enfin à la caution[746]. Il est permis de s'interroger sur le point de savoir si c'est le cautionnement qui est visé ou bien toute sûreté. Une lecture extensive de la solution de la Cour de cassation conduirait à intégrer dans le domaine de la mise en garde toutes les sûretés, tant réelles que personnelles. Cette lecture aurait l'avantage de protéger de manière quasi absolue le garant mais aurait l'inconvénient d'alourdir considérablement le devoir de mise en garde. Nous ne pensons pas qu'il faille privilégier une telle lecture. Par un arrêt du 7 mai

---

[742] Témoignant de l'obligation du banquier d'informer l'investisseur des risques liés à l'opération spéculative qu'il entreprend, V. Cass. com., 5 nov. 1991, Buon c/ Sté coopérative e Banque Populaire de Bretagne, JCP éd. E 1992, pan. 84, obs. C. GAVALDA ; JCP éd. E 1992, I, 158, n° 40, obs. C. GAVALDA et J. STOUFFLET ; Bull. Joly Bourse 1993, § 56, p. 292, note F. PELTIER.
Illustrant l'exécution de cette obligation par la seule remise d'une notice dans laquelle sont mentionnés ces risques, V. Cass. com., 19 sept. 2006, n° 05-15.304, Bull. civ. IV, n° 187 ; n° 05-15.305, n° 05-15.343, Bull. civ. IV, n° 185 ; n° 05-15.344, Bull. civ. IV, n° 186 ; n° 05-15.522 ; D. 2006, AJ, p. 2395, obs. X. DELPECH ; D. 2007, p. 761, obs. H. SYNVET ; D. 2007, pan. 2418, obs. B. LE BARS et S. THOASSET-PIERRE ; RTD com. 2006, p. 970, obs. M. STORCK ; JCP éd. G 2006, II, 10201, note A. GOURIO et JPG éd. E 2006, 2697, p. 2035, n° 40, obs. N. MATHEY ; RTD civ. 2007, 103 ; obs. J. MESTRE et B. FAGES ; JCP éd. E 2007, 1111, note A. GOURIO ; Dr. sociétés 2007, comm. 13, note T. BONNEAU ; Bull. Joly Bourse 2007, p. 62, note I. RIASSETTO ; RTD com. 2008, 145, obs. M. STORCK.
contra. Cass. com., 24 juin 2008, jugeant insuffisante la seule notice faisant état des risques, dès lors que la brochure publicitaire, n'évoquant pas ceux-ci, vient assombrir la clarté de la notice remise à l'AMF.

[743] Cass. com, 26 février 2008, n° 07-10.761, D. 2008, AJ, p. 776, obs. X. DELPECH ; D. 2008, pan. p. 1238, obs. M.-L. BELAVAL, I. ORSINI et R. SALOMON ; JCP éd. E 2008, I, n° 129 ; JCP éd. E, 1768, n° 33, chron. J. STOUFFLET et N. MATHEY ; Banque et Droit mars-avr. 2008, 24, obs. H. DE VAUPLANE, J.-J. DAIGRE ; RD bancaire et fin. mai-juin 2008, 51, obs. A.-C. MULLER ; Dr. et patr. sept. 2008, p. 94, obs. J.-P. MATTOUT et A. PRUM.

[744] Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2005, précité.

[745] Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267, Bull AP, n° 4 ; D. 2007, p. 863, obs. V. AVENA-ROBARDET et p. 985, note S. PIEDELIEVRE ; JCP éd. G 2007, IV, 1716, note A. GOURIO ; JCP éd. G 2007, II, 10098, note A. GOURIO ; JCP éd. G 2007, I, 158, note P. SIMLER et Ph. DELEBECQUE ; JCP éd. E 2007, p. 1375, note D. LEGEAIS ; Gaz. Pal. 7 et 8 mars 2007, n° 66 et 67, p. 20 ; Lexbase hebdo éd. privé. gén. 19 avril 2007, n° 6716BAY, note R. ROUTIER.

[746] Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-19.315, Bull. civ. IV, n° 103 ; Gaz. Pal. 28 juin 2006, p. 5, note S. PIEDELIEVRE ; RLDC juill.-août 2006, p. 36, note G. MARRAUD DES GROTTES ; RD banc. fin. juill.-août 2006, p. 16, note D. LEGEAIS.

2008, la Première Chambre civile a pu juger que le « cautionnement réel » ne pouvait pas être disproportionné[747]. Or s'il n'existe pas de disproportion de l'engagement, il n'existe pas de risque pour le garant. Il ne saurait donc y avoir de mise en garde au profit du constituant d'un « cautionnement réel ». C'est ce que la Cour de cassation semble consacrer[748] en affirmant que le devoir de mise en garde n'est pu du dans le cas du cautionnement réel.

491. L'éviction de l'alerte lorsque l'engagement du client n'est pas personnel -. Cet arrêt est doublement intéressant puisqu'il permet de préciser le domaine de la mise en garde. Depuis un arrêt de Chambre mixte en date du 2 décembre 2005[749], l'on sait que le « cautionnement réel » n'est pas une sûreté personnelle parce qu'elle n'implique aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui. Il est alors permis de penser que pour toutes les sûretés qui n'impliquent pas un engagement personnel ne peuvent être disproportionné, en tant qu'elles sont limitées au bien mis en garanti[750]. **Le devoir de mise en garde, en matière de garantie, ne vaudrait donc que pour le cas des sûretés personnelles**.

492. Les autres fondements d'une action en responsabilité du constituant -. Les constituants de sûreté réelle ne sont cependant pas sans protection dans le cas où la garantie serait sans proportion avec la dette garantie. Déjà, les articles 2444 et 2445 du Code civil organisent une réduction judiciaire de l'hypothèque lorsque la sûreté s'avère excessive au regard du montant de la dette garantie. De surcroit, l'article 22 de la loi du 9 juillet 1991 affirme que l'exécution de la garantie ne peut « *excéder ce qui se révèle nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation* ». Pareillement, l'article 259 du 31 juillet 1992 autorise le débiteur à demander au juge la limitation des effets de la garantie lorsque la valeur des biens grevés est manifestement supérieure au montant des sommes garanties. Enfin, dans le même ordre d'idée, en matière de saisie immobilière, le nouvel article 2192 alinéa 2 du code civil, issu de l'ordonnance n° 2006-461 du 21 avril 2006 réformant la saisie immobilière, prévoit que le créancier qui a procédé à la saisie d'un immeuble de son débiteur ne peut engager la

[747] Cass. civ. 1ère, 7 mai 2008, D. 2008, jur. p. 2036, note S. PIEDELIEVRE ; RTD civ. 2008, p. 700, obs. P. CROCQ ; Banque et droit, juill.-août 2008. 41, obs. F. JACOB ; RLDC 2008/50, n° 3027, obs. J. MARRAUD DES GROTTES.
[748] Cass. com., 24 mars 2009, n° 08-13.034, D. 2009, actu. p. 943, obs. V. AVENA-ROBARDET ; La lettre Omnidroit, 8 avr. 2009, p. 8.
[749] Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, Bull. civ. n° 7, Bulletin d'information de la Cour de cassation 15 janv. 2006, rapp. FOULQUIE, concl. J. SAINTE-ROSE ; D. 2006, jur. p. 729, concl. J. SAINTE-ROSE, note L. AYNES ; D. 2006, AJ, p. 61, obs. V. AVENA-ROBARDET ; D. 2006, pan. p. 1420, obs. J.-J. LAMOULAND et D. VIGNEAU ; AJ famille 2006, p. 113, obs. P. HILT ; RTD civ. 2006, p. 357, obs. B. VAREILLE ; RTD civ. 2006, p. 594, obs. P. CROCQ.
[750] Cass. com., 7 mai 2008, précité, spécialement pour le cas de l'hypothèse.

saisie d'un autre immeuble qu'en cas d'insuffisance du bien déjà poursuivi. Le créancier ne saurait donc pratiquer la saisie de plusieurs immeubles si l'un suffit pour le désintéresser.

493. En dehors de ces textes spéciaux, nous pensons que le garant peut invoquer un fondement tiré du droit commun, qui réside dans la théorie de l'abus de droit. Déjà un arrêt a pu juger qu'une inscription hypothécaire n'était pas abusive dès lors qu'une saisie préalable n'avait pas pu satisfaire en totalité le créancier[751]. A contrario, il serait permis de penser que cette inscription serait abusive quand la saisie avait été suffisante pour obtenir remboursement de l'intégralité de la dette[752]. La théorie de l'abus de droit devrait pouvoir jouer dans ce cas, en particulier si l'on retient une conception restrictive de l'abus, caractérisée par l'intention de nuire. L'intention de nuire pourrait être présumée dès lors que le créancier cause un préjudice au débiteur sans en retirer une quelconque utilité[753]. En définitive, l'existence d'une disproportion entre le montant de la créance garantie et la valeur de la chose, assiette de la sûreté, peut constituer un abus de droit ou révéler la mauvaise foi du créancier. Elle est susceptible d'être à ce titre condamnée.

494. Conclusion sur le domaine d'application du devoir de mise en garde -. De toutes les techniques qu'usent le législateur ou le juge pour la protection du client du banquier, et concernant celles qui informent, la mise en garde a un place toute particulière. Elle est d'une nature hybride, a des effets contraignants sur le dispensateur de crédit qui doit procéder à des recherches exhaustives de la situation de son client, et constitue une technique de protection pertinente en ce qu'elle n'informe ce dernier que sur des points qu'il est sensé, de par sa qualité de non-averti, ne pas savoir et qui sont pertinents dans l'appréciation par celui-ci de sa situation et du comportement à tenir. De toutes les obligations destinées à transmettre une information, la mise en garde paraît donc être celle qui illustre parfaitement les critères de l'obligation d'information qu'a découvert Madame FABRE-MAGNAN : l'utilité de l'information pour le créancier ainsi que l'ignorance légitime par ce dernier du

[751] Cass. civ. 2ème, 4 avr. 1962, Bull. civ. II, n° 372, cité par J. MESTRE, *Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance*, in Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD, Dalloz Sirey, 1985, n° 42, p. 459.
[752] V. en ce sens, J. SOUHAMI, *Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles*, RTD civ. 2008, p. 27, spécialement n° 46.
[753] V. pour une application prétorienne de ce propos, Pau, 15 févr. 1973, JCP éd. G 1973, II, 17584, obs. J. B. V. S. PESENTI. Une même solution a pu être retenue en matière de droit de rétention, V. Grenoble, 11 juin 1970, D. 1971, somm. p. 115. Un auteur se prononce également en faveur de la présomption de l'intention de nuire quand le créancier cause un préjudice au débiteur et ne retire aucun intérêt à l'inscription d'une sûreté supplémentaire, V. S. PESENTI, *Le principe de proportionnalité en droit des sûretés*, LPA 11 mars 2004, p. 30, n° 35.

contenu de l'information à transmettre par le débiteur de l'obligation. Cela ne doit cependant pas conduire à une assimilation du devoir de mise en garde à une obligation d'information. L'information renseigne sur un fait objectif, abstrait et indépendant de la situation de son créancier alors que la mise en garde se destine à alerter compte tenu de la sa situation personnelle : ***les deux obligations sont alors autonomes***. Comme le précise fort justement la Cour de cassation dans son Rapport annuel pour 2005, le devoir de mise en garde « *n'épuise pas nécessairement les obligations auxquelles un banquier peut être tenu à l'occasion d'une opération de crédit* »[754], et notamment l'obligation d'information. Cette solution procède aussi d'une sorte d'évidence : en effet, mettre en garde le client n'exonère pas le banquier de respecter les obligations légales d'informations issues du Code de la consommation. Au demeurant, il n'y a alors aucune raison de penser qu'il en aille différemment pour toutes les autres obligations d'information tirées du droit commun aux termes de l'article 1147 du Code civil.

495. Le caractère autonome du devoir de mise en garde autorise donc le juge à l'invoquer, indépendamment de l'existence d'autres obligations, qu'il s'agisse d'une obligation d'information ou du devoir de conseil.

§ 2 - LA GENERALISATION DE LA PROTECTION PAR LA MISE EN GARDE

496. Le banquier n'a pas attendu les arrêts du 12 juillet 2005 pour mettre en garde son client contre les risques de ce dernier encourt lors de l'exécution des contrats qui lient les deux protagonistes. En matière d'investissement, un précédent existe[755], ce qui donna lieu au singulier arrêt Buon qui cristallisa[756] le contentieux en affirmant que « *quelles que soient les relations contractuelles entre un client et sa banque, celle-ci a le devoir de l'informer, à l'origine des relations contractuelles, des risques encourus dans les opérations spéculatives*

[754] *Rapp. annuel Cour de cassation 2005*, IV, activités économiques , commerciales et financières, obs. sur la responsabilité du banquier dispensateur de crédit.
[755] Cass. com., 28 oct. 1974, précité.
[756] Ce qui ne manqua pas de faire trébucher de nombreux plaideurs devant les tribunaux, V. pour illustration, Cass. com., 24 oct. 2000, n° 98-18.267 ; RD bancaire et fin. 2001, n° 33, obs. M.-A. FRISON-ROCHE, M. GERMAIN, J.-C. MARIN et C. PENICHON ; Cass. com., 9 avr. 1996, n° 94-11.323, Bull. civ. IV, n° 115 ; D. 1998, somm. p. 65, obs. I. BON-GARCIN ; D. Affaires 1996, p. 606 ; LPA 26 juin 1996, p. 29, note C. DUCOULOUX-FAVARD ; RD bancaire 1996, n° 177, obs. M. GERMIN et M.-A. FRISON-ROCHE.

sur les marchés à terme, hors le cas où il en a la connaissance[757] ». Le droit financier a donc servi de matrice à l'extension du devoir de mise en garde au domaine bancaire, en s'étendant notamment en matière de crédit[758], en matière d'assurance de groupe[759].

497. L'extension du devoir de mise en garde -. Mais pas seulement. En effet, dans un arrêt de la Troisième Chambre civile en date du 10 octobre 2007, la Haute juridiction, à propos d'un litige relatif au droit de la construction, confirme que le constructeur a une obligation de mise en garde au profit du maître de l'ouvrage et précise le régime de cette mise en garde. Ainsi si la jurisprudence a déjà pu décider que l'acceptation délibérée des risques par le maître de l'ouvrage est une cause d'exonération autonome de la responsabilité du constructeur, elle suppose que le maître de l'ouvrage ait pris le risque de manière délibérée et consciente[760] ce qui implique qu'il a été clairement informé des risques inhérents à sa décision[761]. A tout le moins, le mécanisme de cette mise en garde est similaire à celle du banquier. Cela apparaît encore plus clairement dans l'arrêt du 10 octobre 2007 qui affirme que l'acceptation délibérée des risques s'apprécie en fonction de la qualité respective des parties, ce qui conduit le maître de l'ouvrage « averti » à ne pouvoir invoquer le manquement à la mise en garde du constructeur. La protection des parties par le biais de l'alerte du maitre de l'ouvrage est donc directement calquée sur la protection l'investisseur qui existait depuis déjà plus de trente années.

498. C'est encore le cas sur le terrain de la responsabilité médicale pour le médecin qui n'a effectué aucune mise en garde vis à vis des anesthésistes sur la situation particulière de la patiente à traiter, lorsque la Chambre criminelle de la Cour de cassation décide qu' « *il appartient au médecin de prouver qu'il a donné à la personne qu'il soigne une information loyale, claire et appropriée sur le traitement proposé et les risques prévisibles qu'il comporte*[762] ». La parallèle avec la jurisprudence sur l'assurance de groupe est ici remarquable : l'on retrouve ici l'exigence d'une information appropriée, adaptée à la situation

[757] Cass. com., 5 nov. 1991, Buon c/ Sté coopérative e Banque Populaire de Bretagne, JCP éd. E 1992, pan. 84, obs. C. GAVALDA ; JCP éd. E 1992, I, 158, n° 40, obs. C. GAVALDA et J. STOUFFLET ; Bull. Joly Bourse 1993, § 56, p. 292, note F. PELTIER.
[758] Cass. civ. 1ère, 12 juillet 2005, précité. Cass. com., 3 mai 2006, précité.
[759] Cass. Ass. plén., 2 mars 2007, précité.
[760] Cass. civ. 3ème, 20 mars 2002, RD immo. 2002, p. 236, obs. Ph. MALINVAUD.
[761] Cass. civ. 3ème, 3 mars 2004, RD immo. 2004, p. 304, obs. Ph. MALINVAUD ; Cass. civ. 3ème, 25 mai 2005, RD immo. 2005, p. 337, obs. Ph. MALINVAUD.
[762] Cass. crim., 5 juin 2007, n° 06-86.331, Bull. crim., n° 152 ; RSC 2008, p. 78, obs. Y. MAYAUD.

du cocontractant. Il ne fait aucun doute que la politique de la Haute juridiction s'oriente vers une prise en compte généralisée des risques et impose une obligation d'alerte.

499. L'on trouve encore une illustration de la prise en compte du critère du risque comme déclencheur d'une obligation d'information, spécifiquement en matière de vente, quand la chose vendue. Classiquement, l'on admet que l'information que doit le vendeur étant une information objective, elle n'a pas à être fournie lorsque celle-ci est connue de tous[763] : il n'existerait alors pas de devoir spécifique de mise en garde de l'acheteur quand ce sur quoi porte la mise en garde est notoire. Cependant il semble que la jurisprudence abandonne ce principe en matière de vente et renforce l'information sur les risques du produit vendu dont l'acheteur est créancier, en calquant l'information sur la mise en gard***e***. Ainsi par un arrêt du 14 mai 2009[764], la Première Chambre civile de la Cour de cassation a approuvé le juge d'Appel d'avoir déduit un manquement du vendeur professionnel à son obligation d'information du fait que l'acheteur n'avait ni connaissance ni conscience qu'en achetant un animal domestique il s'exposait à un risque de maladie. Les éléments de la mise en garde semblent être ici présents : la maladie constitue l'existence d'un risque, l'acheteur l'ignore puisqu'il est « profane » en la matière, même si le risque est notoire, ce qui enjoint à considérer que le vendeur est astreint à une obligation d'information portant sur le risque. Il semble donc possible de penser qu'un parallèle puisse être réalisé entre le devoir de mise en garde que connaît le banquier et l'obligation d'information pesant sur le vendeur d'une chose qui présente un risque pour l'acheteur.

500. A notre sens, il s'agit d'une uniformisation de l'obligation d'information pesant sur les professionnels. Surtout, quel que soit le domaine, les termes utilisés par la Cour de cassation sont d'ailleurs révélateurs : elle tend à abandonner la référence au « conseil[765] », quelque soit le domaine du litige, pour y substituer la notion de « mise en garde[766] », qui se dévoile sous le couvert de l'existence du « risque ». La jurisprudence semble reprendre à

[763] V. ainsi Cass. civ. 3ème, 6 mars 2002, RTD civ. 2003, p. 81, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RGDA 2002, p. 386 obs. L. MAYAUX.
[764] Cass. civ. 1ère, 14 mai 2009, FS-P+B, n° 08-16.395, Dalloz actu. 2009 du 28 mai 2009, note I. GALLMEISTER
[765] Expression que l'on retrouve pour l'emprunteur, V. Cass. civ. 1ère, 27 juin 1995, précité ; pour le patient du médecin, V. Cass. civ. 1ère, 9 mai 1983, n° 82-12.227, Bull. civ. I, n° 140.
[766] Cass. com., 12 juill. 2005, précité, pour l'emprunteur ; Cass. civ. 3ème, 20 mars 2002, précité, pour le maître de l'ouvrage ; Cass. crim., 5 juin 2007 pour le patient.

l'identique le même schéma dessiné par un auteur[767] : **l'alerte est due quand l'information est utile, l'utilité prenant la manifestation de l'information du risque à éviter, et ignorée de son créancier, c'est-à-dire quand il est profane et ne pouvait pas légitimement connaître l'existence d'un risque**. **En définitive, il apparaît que les critères définis par Madame FABRE-MAGNAN pour l'obligation d'information soient transposables pour le devoir de mise en garde**. Ces éléments nous conduisent à apprécier alors la pertinence de cette technique de protection du client du banquier.

[767] M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1992, p. 135 et 197.

SECTION II

LA PARTINENCE DES OBLIGATIONS INFORMATIVES COMME TECHNIQUES DE PROTECTION *IN CONCRETO*

501. Les techniques de protection qui est mis en œuvre par la jurisprudence par l'information du client ont des spécificités propres, ce qui permet d'apprécier leur pertinence. Elles permettent de ne protéger que celui qui ignore légitimement l'information à transmettre (§ 1). Celles-ci ne doivent toutefois pas masquer les difficultés de mise en œuvre de ces techniques d'information *in concreto* (§ 2).

§ 1 - LA PERTINENCE DES TECHNIQUES DE PROTECTION IN CONCRETO AU REGARD DU CRITERE DE L'OBLIGATION D'INFORMATION

502. Nous avons pu montrer que la spécificité des techniques d'information appréciée *in concreto*, à travers la mise en garde notamment, a conduit le juge à ne protéger que celui qui ignore une information déterminante de nature à éviter la survenance d'un préjudice pour le client. Elles évitent de recourir à des schémas prédéfinis que peut retenir le législateur quand il conditionne le bénéfice des obligations d'information à raison de critères généraux pour nommer la partie. Ainsi les obligations d'information en matière d'emprunt immobilier valent pour l'emprunteur personne physique ou morale qui emprunte pour ses besoins personnels[768]. Au regard du critère de l'utilité de l'information pour le créancier, il est possible d'admettre qu'informer tous les emprunteurs qui répondent aux conditions fixés par les articles L. 312-2 et L. 312-3 du Code de la consommation ne permet pas de répondre à ce critère de l'utilité : parmi les emprunteurs, certains n'ont aucune connaissance préalable des informations transmises. A l'inverse, d'autres peuvent déjà les connaître. Ce sera le cas, aux termes de la l'article 25-I de la loi du 3 janvier 2008 devenu L. 312-8 alinéa 6 du Code monétaire et financier, de la modification des conditions d'obtention du prêt à taux fixe lorsque cette modification n'a pas pour objet d'aggraver les obligations de l'emprunteur, de sorte que le formalisme que constitue la remise d'une nouvelle offre préalable n'a plus pour fondement la protection des intérêts de cet emprunteur. En pareil cas, ce formalisme ne

[768] Articles L. 312-2 et L. 312-3 du Code de la consommation.

justifie donc plus. Il en irait aussi ainsi du cas dans lequel la modification porte sur un élément des conditions d'obtention du prêt et dont l'emprunteur aurait déjà connaissance : ce sera le cas lorsque le prêt sera garanti par un cautionnement et qu'une caution est substituée à une autre. Il ne fait pas de doute que cet élément est constitutif d'une des conditions pour le prêteur du financement de son client, et que ce dernier en a connaissance, ce qui enjoint à penser que là encore la remise d'une offre préalable ne se justifie pas.

503. Pour ces hypothèses, l'on peut légitimement douteur du fait que la transmission de certaines informations s'impose, puisque les connaissant déjà, cette transmission paraîtrait inutile. La jurisprudence a d'ailleurs déjà pu illustrer les hypothèses dans lesquelles l'information n'est pas due au client qui connaît le contenu de l'information, que cela soit avec le critère dégagé par l'arrêt Méneteau[769], ou avec celui de les arrêts relatifs à la mise en garde : pour ces arrêts, « *la connaissance chasse l'information* ». Contrairement aux obligations d'informer qui ne tiennent pas compte de l'état de connaissance réelle du créancier de l'information, ce que finalement l'article L. 312-8 du Code de la consommation illustre en matière de crédit immobilier, les obligations d'information reposant sur un devoir d'alerte du client sur l'existence d'un risque, la mise en garde au sens de la jurisprudence[770], procède d'une tout autre technique. En ce sens, la protection appréciée *in concreto* par le devoir d'information de celui qui ignore les risques du contrat auquel il est parti consacre deux théories : elle consacre tout d'abord le critère de l'utilité découvert par Madame FABRE-MAGNAN en ce qu'elle conditionne la mise en garde au fait d'être non-averti[771], c'est-à-dire au fait d'ignorer légitimement l'information que le banquier doit transmettre. Enfin, elle consacre la catégorie que nous avons découverte des obligations d'information qui évitent la réalisation d'un préjudice dont la victime est l'auteur[772]. Tout comme le banquier doit informer le tireur du chèque sans provision pour lui éviter la sanction de l'interdit bancaire, ce même banquier devra informer le profane qui risque d'être lésé pour avoir voulu réaliser une opération inadaptée à sa situation financière.

---

[769] Ce critère qui est celui de l'ignorance d'information sur sa propre situation dont la banque avait connaissance, servit pour refuser aux professionnels cautions le bénéfice du devoir de conseil lorsque la situation de l'entreprise garantie est obérée, V. Cass. com., 26 mars 2002, précité.

[770] Il convient aussi de remarquer que la mise en garde peut s'imposer quand elle n'est pas explicitement dénommée, V. ainsi Cass. Ass. plén., 2 mars 2007, précité, qui impose au banquier d'alerter le souscripteur d'une assurance de groupe pour les cas où ce dernier n'est pas couvert. Les juges n'évoquent nullement le terme de « mise en garde », pourtant c'est bien d'alerte dont il s'agit.

[771] V. ainsi *supra* n° 448.

[772] V. *supra* n° 384 sur nos développements relatifs à ce nouvelle catégorie d'obligations d'information.

504. Relativement à la consécration du critère de l'utilité, le choix d'une protection du client appréciée *in concreto* évince le postulat retenu par le législateur consumériste selon lequel le professionnel est sensé tout savoir et le consommateur ne rien savoir[773]. Cette protection permet d'assurer le plus justement possible la symétrie de l'information : ce seront protégés que ceux qui sont en situation réelle d'infériorité de connaissance. En pratique, cela à cet avantage pour la banque qu'une fois connue la situation personnelle du client, au regard de son expérience, de sa compétence et, résiduellement, de sa situation professionnelle, les relations contractuelles seront placées soit sous le sceau de la célérité, quand ce client est averti, soit sous le sceau de la prudence quand il est profane. Il existe donc une relative sécurité juridique pour le banquier qui n'a plus à craindre une mise en jeu de sa responsabilité pour manquement à un devoir d'alerter dès lors qu'il a établi, de manière sérieuse, que son cocontractant est un averti. Pour le professionnel, enfin, c'est la possibilité de pouvoir prévoir *a priori* les obligations qu'il devra exécuter selon la qualité du client avec qui il contracte, cela conduit alors à une rationalisation du comportement du banquier, qui n'informera que lorsque l'information est utile et pourra ainsi trouver une substantielle économie dans la formation du personnel et dans le coût que l'exécution de la mise en garde engendre. Pour le client, de son coté, cette technique de protection mise en œuvre par les tribunaux apparaît comme un appel à la responsabilisation : il ne peut justifier ses choix erronés derrière le masque trop facile de la bêtise, en prétendant qu'il n'avait pas conscience des risques alors qu'il était à même de les percevoir.

505. Enfin les techniques de protection, quand elles sont conditionnées à l'état de connaissance réelle du créancier de cette protection, évitent le recours à la *summa divisio* « professionnel - non-professionnel » que connaît le législateur consumériste. Il s'agit ici de ne plus recourir à des présomptions d'ignorance fondées sur la qualification liée à l'activité professionnelle du contractant, comme pour les techniques de protection du consentement qui s'apprécient *in abstracto* que nous avons pu présenter[774]. Ces dernières peuvent être vues comme trop générales quand elles protègent celui qui peut déjà connaître l'information à transmettre. Toutefois, mettre en œuvre cette protection *in concreto* n'est pas poser des difficultés tenant aux critères qui la conditionnent.

[773] Pour une analyse détaillée de ce postulat, V. nos propos, *infra* n° 738.
[774] V. *infra*. n° 515. Pour une illustration des critiques que l'on peut formuler en l'encontre de ces techniques, V. *infra* n° 736, 738.

§ 2 - LES DIFFICULTES DE LA MISE EN ŒUVRE DES TECHNIQUES DE PROTECTION *IN CONCRETO*

506. Deux grandes remarques doivent nous conduire à relativiser la pertinence de ces techniques de protection. La première remarque est relative est au choix des critères retenus pour conditionner la protection du client. En effet, nous montrerons qu'il est difficile pour le banquier de déterminer si son client a droit ou pas au bénéfice du devoir de mise en garde, ce que la jurisprudence tend à démontrer (A). Enfin, il nous semble que ces difficultés sont de nature à alourdir les obligations du banquier, puisque ce dernier devra se livrer à une analyse minutieuse de la situation personnelle de son client, ce qui tend à réduire l'avantage procuré par le fait que l'obligation de mise en garde n'est pas une obligation dont tous les clients sont créanciers (B).

A) La difficulté de déterminer les critères pertinents de protection

507. Mettre en œuvre une technique de protection appréciée *in concreto* suppose que l'on doive étudier le cas d'espèce au terme duquel le client du banquier devient créancier d'une obligation d'information spécifique. La jurisprudence a pu mettre en avant une série de critères tenant à la personne qui en est créancière. Ainsi, prenant l'illustration du devoir de mise en garde, la jurisprudence a dégagé, pour déterminer si le client est averti ou non, les critères de l'expérience du client[775], de la connaissance des mécanismes de l'opération qu'il souhaite réaliser, de la compétence qu'il possède grâce à son activité professionnelle[776], de la compétence d'un tiers, en tant qu'assistance[777], dont il a pu bénéficier, de sa situation professionnelle.

508. La difficulté d'apprécier les critères concourant à la détermination du caractère averti -. De tous les éléments précités, aucune hiérarchie n'existe parmi tous ces critères et l'on peut penser qu'il ne s'agit alors que de faisceaux d'indices destiné à déterminer

[775] Cass. com., 9 déc. 2008, n° 07-18.719, arrêt au terme duquel l'expérience d'un investisseur suffit à le considérer averti.
[776] Montrant que ce critère est un indice mais ne suffit pas à déterminer par lui seul la solution, V. Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, précité.
[777] Cass. civ. 1ère, 13 nov. 2008, n° 07-15.172 et n° 07-15.958, RD bancaire et fin. 2009, n° 9, obs. A. CERLES.

le caractère averti de client. La Cour de cassation exerce à cet égard un contrôle et n'hésite pas à censurer au fond des arrêts qui se fondent sur des critères sommaires : ainsi est-ce le cas de cet arrêt du 3 février 2009 qui censure un arrêt d'appel qui a pu juger de la qualité d'avertie d'une caution en retenant que ce dernier était associé et concubine d'un dirigeant, ce dont elle déduisit que ce garant pouvait s'engager en toute connaissance de cause puisqu'il connaissait la situation exacte du débiteur principal[778]. Cette solution témoigne du contrôle opéré par la Cour de cassation, et illustre la manière dont les juges doivent motiver leur décision de considérer le client comme averti ou non. Ce faisant, c'est le banquier qui doit aussi procéder à une recherche minutieuse de tous les éléments pouvant déterminer cette qualité. Dans un souci de prévisibilité juridique, les solutions prétoriennes sont de nature à faciliter le travail du service juridique des banques…ou pas ! Or ici, la difficulté de qualification du client paraît malaisée, et le risque d'un contentieux fondée sur l'exigibilité du devoir de mise en garde probable. Au sein des services juridiques des banques, en l'absence de critères de l'averti fixés par le législateur ou la Haute juridiction, le risque nous paraît être celui de la difficulté d'appréciation des éléments qui concourent à la détermination de la situation du client.

509. La détermination du caractère averti pour le cas du client assisté -. Cette question revêt un intérêt particulier piquant, tant les solutions ne paraissent *a priori*, pas acquises. Ainsi, pour la Chambre commerciale de la Cour de cassation, la situation professionnelle exercée par le client n'est pas déterminante puisque qu'être associé et concubin du dirigeant n'est pas de nature à imprimer *de facto* la qualification d'averti[779]. Pour autant, il apparaît que la solution change lorsque le client a été conseillé par son conjoint qui exerçait une activité de cadre supérieur dans l'établissement prêteur[780]. S'il est vrai que l'activité professionnelle du client a pu déjà faire l'objet de toutes les attentions par la jurisprudence qui a clairement affirmé sa position dans l'arrêt de la Chambre mixte du 29 juin 2007, il en tout autrement de la situation du client conseillé par un averti. Il se produirait en cas une sorte contagion du caractère averti au client qui, bénéficiant des conseils d'un spécialiste, ne pourrait ignorer l'existence de risques liés à la réalisation de l'opération contractuelle. Le banquier serait alors fort logiquement dispensé de le mettre en garde. Ce raisonnement trouverait sa justification car le bon sens commanderait à penser que l'origine

[778] Cass. com., 3 févr. 2009, n° 07-19.778 ; JCP éd. E, 26 mars 2009, 1305, p. 10, note D. LEGEAIS.
[779] Cass. com., 3 févr. 2009, précité.
[780] Cass. com., 3 mai 2006, n° 02-11.211, précité. V. aussi Cass. com., 12 nov. 2008, n° 07-15.949 ; JCP éd. E 2009, 1305, note D. LEGEAIS ; RD bancaire et fin. 2009, comm. 9, obs. A. CERLES ; V. Dalloz actualité, 19 déc. 2008.

de la connaissance par le client des risques de l'opération importe peu, du moment que ce client *a bénéficié* ou *a pu bénéficier* du conseil avisé du tiers[781].

510. Pourtant cette solution posée par la Chambre commerciale ne convainc guère. Les raisons de douter sont multiples, tant pratiques que théoriques. D'une part, tout d'abord, rien n'indique en pratique que l'assistance d'un tiers soit effective et qu'elle porte ses fruits auprès du client. Pour le cas où ce dernier subirait un préjudice du fait de l'acceptation d'un engagement disproportionné, il ne pourrait alors se retourner que contre le tiers qui l'assiste en démontrant que le conseil était mal adapté ou simplement inexistant[782], du moins si incombe à celui-ci un devoir contractuel de conseil. Si l'assistant n'est pas lié contractuellement au client, comme c'est le cas pour le conjoint qui intervient durant la phase de conclusion du contrat liant client et banquier, l'assisté n'a aucun recours. A notre sens, cette absence de recours ne se justifie pas : si l'on considère le droit de la responsabilité contractuelle[783] comme la contrepartie dont bénéficie un contractant inexpérimenté qui accepte un risque dont le banquier a parfaite connaissance, il semble illégitime de penser que le client puisse accepter un tel risque sans pouvoir avoir de recours en cas préjudice. Il s'agit d'une question de réparation de ce préjudice. En outre, seul le banquier est partie au contrat qui lie son client, il ne peut espérer qu'un tiers, l'assistant, remplisse à son compte son devoir d'alerte pour le cas où l'opération apparaîtrait comme risquée.

511. Sur le plan théorique, il est permis de douter de la solution posée par la Chambre commerciale puisque l'unité, sur cette question de l'assistance du client par un averti, n'est pas réalisée au sein de la Cour de cassation. Un arrêt de la Première Chambre civile a pu approuver des juges du fond qui ont considéré qu'un professionnel du droit doit être vu comme un averti dans un contrat de prêt dès lors qu'il est assisté de conseils spécialisés en la

[781] D'ailleurs, pareillement, la responsabilité du banquier pour soutien abusif ne peut-elle pas être recherchée dès lors que le prêteur avait pu connaître la situation désespérée de l'entreprise ? La Chambre commerciale postule donc une présomption de connaissance du risque, dès que le conseil en a lui-même connaissance. Pour reprendre la très juste formule d'un auteur, M. ROUTIER, « *un client averti en vaut deux* ».

[782] Le fondement de l'action est alors contractuel. Toutefois le conseil du client, débiteur du devoir de conseil, ne s'engage pas à ce que ce dernier suive ses recommandations, de sorte qu'il ne pèse sur lui qu'une obligation de moyen : tout faire pour renseigner le client. Par conséquent, c'est à celui qui allègue avoir été mal conseillé de prouver que la substance de l'information était inadaptée. V. Ph. LE TOURNEAU, *Responsabilité civile professionnelle*, Dalloz Référence, 2ème éd., 2005, n° 3.11 ; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2006-2007, n° 3355.

[783] Responsabilité qui permet d'engager le banquier en cas d'inexécution d'une obligation tirée de l'article 1147 du Code civil.

matière du crédit[784]. Il est toutefois difficile de dire au travers de cet arrêt si c'est l'activité professionnelle ou l'assistance, voire les deux, qui a motivé la solution au fond. La jurisprudence la plus récente postule que « *le fait de bénéficier de soi-disant conseils spécialisés ne dispensait en aucune manière la banque de son devoir de mise en garde*[785] ». Trois remarques sont à formuler.

512. Tout d'abord, la Première Chambre semble donc calquer sa jurisprudence sur celle applicable aux cofidéjusseurs. Ainsi, la Chambre mixte a déjà pu par le passé censurer l'arrêt d'une cour d'appel qui rejeté la demande formée par deux co-emprunteurs, dont l'un était averti, sans préciser si chacun des co-emprunteurs avait la qualité d'emprunteur non averti[786]. Le principe est que si l'un des emprunteurs est averti, cela n'implique nullement que l'autre le soit. Dans le cas de l'assistance du client, le raisonnement semble être le même : le fait que celui qui assiste connaisse les risques n'implique pas que le client en ai tout autant conscience. En second lieu, le devoir qui pèse sur le banquier de s'informer sur l'expérience client, impose de vérifier l'expérience de ce client[787]. Cette appréciation porte bien sur la personne du client, et non sur celle de son conseil. Il semble alors logique de rechercher le caractère averti ou profane du client sans se soucier de celui qui l'assiste[788]. Enfin, dernièrement, la solution de l'arrêt du 30 avril 2009 rendue par la Première Chambre s'inscrit dans celle applicable aux professionnels soumis au devoir de conseil : ainsi, en matière de devoir de conseil du notaire, la jurisprudence considère que celui-ci ne peut s'affranchir de leur obligation d'information par la présence aux côtés du client d'un autre notaire ou d'un conseiller personnel[789]. Il n'existe aucune raison pour qu'il en aille autrement pour le banquier. Le professionnel astreint à une obligation contractuelle ne peut pas s'en départir au motif qu'un tiers l'exécute à sa place. En effet, c'est à celui qui est tenu d'une telle obligation de rapporter la preuve de l'exécution de celle-ci[790].

---

[784] V. spécifiquement, la caution, professionnel du droit, qui bénéficie d'une assistance lors de la signature du contrat, Cass. civ. 1ère, 13 nov. 2008, précité

[785] Cass. civ. 1ère, 30 avr. 2009, n° 07-18.334 ; D. 2009, actualité du 7 mai 2009.

[786] Ch. mixte, 29 juin 2007, précité.

[787] V. par exemple cet arrêt qui évalue la qualité d'un dirigeant de société au regard de son expérience et décide qu'il doit être regardé comme profane parce qu'il vient juste de prendre ses fonctions, Cass. com., 9 déc. 2008, n° 07-17.426.

[788] Au surplus, il nous apparaît même qu'une recherche portant sur les compétences de l'assistant équivaudrait à une perte de temps inutile pour le banquier. Si comme le sous-entend la Chambre commerciale, un averti en vaut deux, que le banquier démontre alors en quoi celui-ci est averti…puisque cela ne peut découler de la seule qualité de professionnel, même dans le domaine qui est l'objet du contrat conclu par le client.

[789] Cass. civ. 3ème, 28 nov. 2007, Bull civ. III, n° 213.

[790] Cass. civ. 1ère, 25 févr. 1997, Bull. civ. I, n° 75 ; Defrénois 1997, p. 751, obs. J.-L. AUBERT ; Gaz. Pal. 1997, 1, p. 22, rapp. P. SARGOS.

513. Conclusion sur la difficulté d'apprécier tous les éléments concourant à la détermination du caractère averti -. Fondamentalement, la question du traitement de l'emprunteur assisté d'un averti n'est qu'une des nombreuses hypothèses dans lesquelles la qualification du client peut devenir complexe. La multitude des critères retenus par le juge pour déterminer le caractère averti d'une personne, ainsi que les fluctuations dans l'appréciation de ces critères au regard de l'opération en cause[791], sont de nature à créer une incertitude au moment où le client décidera avec son conseil de l'éventualité de rechercher la responsabilité de la banque. Aussi, pour le banquier lui-même, dans un souci de sécurité juridique, pour éviter un inutile contentieux, nous pensons que le contrôle qu'opère la Haute juridiction sur la qualification d'averti est insuffisant, et que la Cour régulatrice devrait faire de la notion d'averti une notion de droit. Il suffirait ainsi de quelques critères cumulatifs pour tarir le contentieux relatif aux incertitudes que la qualification d'averti engendre. Pour les services juridiques des banques, ce serait assurer la sécurité juridique et éviter le coût du contentieux, lequel diminuerait les dépenses liées au « risque juridique » au sein de l'entreprise. Enfin, cela évite au banquier une recherche minutieuse dans la qualification de son client, qui est de nature à alourdir encore l'exécution du devoir de mise en garde.

B) L'alourdissement des obligations du banquier

514. Nous l'avions mentionné, le devoir de mise en garde se décompose dans l'obligation d'alerte et le devoir de se renseigner sur la situation personnelle du client. En l'absence de critères prédéterminés, le banquier paraît astreint à une recherche exhaustive de tout critère utile afin de savoir si son client est averti ou non. Il lui importe alors de déterminer des éléments faciles à identifier, sa situation professionnelle, ses revenus, l'existence de contrats déjà conclus auparavant dont l'objet est identique à l'objet du contrat actuel[792] mais aussi des éléments plus difficiles à mettre en lumière, comme l'expérience que le client aurait pu acquérir dans la passé, le fait de bénéficier des conseils d'un expert ou d'un averti, le lien qui peut unir le client et cet expert, etc.

[791] Ainsi, il semble évident que l'expérience du client ne peut être appréciée pareillement quand il s'agit d'emprunt à la consommation ou s'il est question d'investissement dans des produits à risques.
[792] Ainsi l'existence de ces contrats permettra de déterminer l'expérience dans le domaine en cause.

515. En définitive, pour la banque, l'intérêt est de justifier la qualification d'averti, ce qui exclut au profit de la banque le devoir de mise en garde. Au surplus, l'on ne doit pas penser que cette recherche n'intervient qu'au moment de la formation du contrat. Ainsi, il apparaît qu'en cas de litige, le client reprochera soudainement à son banquier le manquement à une obligation contractuelle d'information sur les risques qui ont provoqués la survenance du préjudice pour celui-ci. Ce sera alors postérieurement que l'établissement devra démontrer que le client était bien un averti et que l'information ne s'imposait pas. ***Selon nous, cette recherche est de nature à alourdir les obligations précontractuelles du banquier avant la conclusion du contrat quand ce dernier détermine la qualité du client, mais aussi après la conclusion du contrat quand il souhaitera échapper à la mise en jeu de sa responsabilité contractuelle***. C'est pourquoi nous appelons, comme a pu le fait le professeur LEGEAIS[793], à ce que la Cour de cassation donne aux banquiers une définition précise des critères de l'averti en en faisant une *notion de droit*.

CONCLUSION DU CHAPITRE

516. L'étude des techniques de protection du client, appréciée *in concreto*, conduisent à un curieux paradoxe : la volonté de protéger les créanciers de l'obligation d'information uniquement lorsque celles-ci se révèlent *utiles*, c'est-à-dire quand le client l'ignore ou ne peut que l'ignorer, conduit à une mise en œuvre contestable de ces techniques : voulant éviter le grief d'être trop général, le mécanisme peut se révéler imprécis quand, faute de détermination précise des critères pertinents, ses bénéficiaires deviennent difficiles à déterminer. Pourtant, du point de vue de l'efficience économique, il nous apparaît que réserver la protection par l'obligation d'information du client aux seuls cas dans lesquels l'information est jugée utile permet d'assurer une certaine fluidité des affaires, tout en protégeant le client quand il s'avère qu'il ne peut connaître lui-même le contenu de l'information transmise. C'est-à-dire quand, profane, il ne peut apprécier les risques inhérents à l'opération qu'il projette de réaliser par l'intermédiaire de son banquier.

[793] V. note D. LEGEAIS sous Cass. com., 3 févr. 2009, JCP éd. E 2009, I, 1305.

CONCLUSION DU TITRE

517. L'étude de la protection du consentement du client a su montrer que les obligations d'informations traditionnelles, qui visent une catégorie spécifique de contractant sans égard à leur état de connaissance de l'information, protègent le client de manière générale. Même pour le cas où l'information est peu pertinente à son encontre dans la mesure où il en a déjà connaissance. Le banquier en est débiteur quel que soit le créancier dès lors que ce dernier répond aux critères fixés par le législateur : ainsi est-ce le cas notamment de l'emprunteur ou de la caution personne physique aux termes même de la loi. Pour autant, l'étude a permis de révéler que ces obligations légales ne répondaient pas aux critères de l'obligation d'information tels que les a systématisés M. FABRE-MAGNAN. A l'inverse, la protection du client qui lui fait bénéficier de la transmission d'une information sur les risques relève de toutes autres techniques : ces dernières tiennent compte de l'état de connaissance de l'information par leur créancier, et sont par conséquent appréciées *in concreto* par les tribunaux.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

518. La distinction entre la protection informative appréciée *in abstracto* et celle appréciée *in concreto* est d'autant plus manifeste que la jurisprudence s'évertue à restreindre le bénéfice de la seconde aux seuls clients du banquier qui ignorent légitimement le contenu de l'information à transmettre. Ce conditionnement des techniques informatives protectrices se justifie au regard du caractère trop général de la technique de protection légale qui ne subordonne l'information qu'à un critère tenant à la personne. Ainsi, la personne physique qui emprunte pour ses besoins non-professionnels est protégée par les dispositions des articles L. 311-1 et suivants du Code de la consommation relatifs au crédit à la consommation, et spécifiquement par l'article L. 311-9-1 qui le rend créancier d'une obligation d'information sur les éléments de l'offre de prêt qui figurent dans l'offre préalable. L'étude de ces techniques nous a permis de relever deux points.

519. Tout d'abord, nous avons toutefois pu démontrer que le caractère général de ces techniques conduit à protéger celui qui connaît déjà la teneur de l'information à transmettre. Ce faisant, et au regard du critère proposé par le professeur FABRE-MAGNAN, ne doit être informé que celui qui ignore légitimement. Ce postulat nous conduit à proposer une restriction du domaine des obligations d'information, tant d'origine prétorienne que légale, lorsque le client est sensé savoir ce qui lui sera transmis par le banquier. Ainsi, et à titre d'illustration, nous ne doutons pas que le bénéfice de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier puisse être exclue pour le dirigeant caution de sa société.

520. Enfin, l'étude de ces techniques que nous avons pu qualifier de « techniques appréciées *in abstracto* », c'est-à-dire sans prise en compte de la situation personnelle du bénéficiaire de ces techniques, a pu révéler l'existence d'une **nouvelle catégorie d'obligations d'information destinées à éviter la survenue d'un préjudice alors que l'auteur de la faute lui-même est le bénéficiaire de ces obligations**. Originales, ces obligations d'information renversent le principe pourtant reconnu « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ». Pourtant, alors que ce serait là un cas légitime d'exclusion de la protection, il conviendra d'affirmer que les parties ont tout intérêt à éviter la survenue de ce préjudice qui contreviendrait à leurs intérêts respectifs. Pour autant, qu'elle que soit la manière dont l'information est mise en œuvre au profit du client, il est remarquable de

considérer que la finalité de la protection est l'éviction d'un risque, celui de non-satisfaction du contractant. Que cela soit suite à un risque de pertes financières comme pour le cas de l'investisseur, de non remboursement du crédit pour l'emprunteur, ou encore, et plus généralement, d'endettement aggravé comme en témoigne les règles relatives à l'engagement disproportionné de la caution, aux termes de l'article L. 341-5 du Code de la consommation.
Au vrai, la protection du client aurait aussi attrait aux techniques visant à protéger celui-ci contre le risque de disproportion de son engagement.

DEUXIEME PARTIE

LES TECHNIQUES DE PROTECTION DU CLIENT FONDEES SUR L'EQUILIBRE CONTRACTUEL

521. A partir des années 1980, la logique première des banques qui fut jusque là le financement de l'économie a laissé la place à une logique de marchés. Le modèle de marché est ainsi devenu le modèle prégnant dans le développement de l'économie[794]. Le développement des instruments financiers, comme peuvent en témoigner les notions de « *mobiliérisation* » et de « titrisation » qui ont dématérialisé une partie de ces instruments, a permis de faciliter les flux financiers. L'intervention du banquier, en tant que prestataire de services d'investissement, a mis à la portée du client ces instruments complexes dont la commercialisation se résuma[795] souvent à une proposition de gestion patrimoniale au terme de laquelle le client décidait du risque suivant son degré de hardiesse. Le développement concomitant de la « bancassurance » illustre l'élargissement des domaines dans lequel le client a l'occasion de contracter directement avec sa banque, ce qui engendre une complexification des services proposés. Le client a plus de choix, profite davantage de la concurrence, mais peut pâtir de la technicité qui entoure les produits proposés. La difficulté réside alors pour ce dernier dans le fait pour ce dernier d'apprécier la portée de son engagement contractuel. Ainsi, le contrat de prêt d'argent n'existe plus en tant que contrat homogène, et une multitude de contrat de prêt se sont affirmés comme il existe autant de variétés différentes de prêt : soit que l'objet est divers : prêts immobilier, à la consommation, relais, étudiant, à taux zéro, etc., soit que la détermination du coût du crédit est spécifique : taux fixe, taux variable, etc. Au vrai, il existe autant de contrat que la liberté contractuelle le permet. Sans une information claire, le contenu de l'obligation du client peut se révéler bien plus large que ce qu'il entendait devoir à son cocontractant. L'idée est protéger ce client contre l'excès, non pas que le banquier profite de cette technicité des contrats, mais plutôt que le client n'ait pas toujours la lucidité nécessaire pour apprécier ce à quoi il s'engage[796].

---

[794] M.-A. FRISON-ROCHE, *Le modèle de marché,* Archives de philosophie du droit, t. 40, Dalloz, 1995, p. 226 ; H. DE VAUPLANE, *La notion de marché*, RD bancaire et bourse 1993, p. 62 ; D. PLIHON, *Les banques, nouveaux enjeux, nouvelles stratégies*, Documentation française, 1998, p. 49.

[795] Nous employons volontairement le passé simple puisque le législateur est venu tenter de briser ce schéma en instaurant aux termes de l'article L. 533-12 du Code monétaire et financier, modifié par l'ordonnance n° 2007-544 du 12 avr. 2007, une obligation d'information l'investisseur sur « *la nature du service d'investissement et du type spécifique d'instrument financier proposé ainsi que les risques y afférents, afin que les clients soient en mesure de prendre leurs décisions d'investissement en connaissance de cause* ». L'ancien article L. 533-4 5°, issu de la loi n° 96-597 du 2 juill. 1996 était à cet égard moins pointilleuse et n'imposait au PSI que de « *communiquer, d'une manière appropriée, les informations utiles dans le cadre des négociations avec leurs clients* », ce qui, de par la généralité de la formulation, n'obligerait nullement révéler les risques qui peuvent influencer le choix de l'investisseur…sauf à faire application prétorienne du devoir de mise en garde lorsque l'opération est une opération spéculative. Dorénavant, nous pensons que la commercialisation de produits financiers ne peut plus se résumer en un simple choix dans le mode de gestion des actifs du client.

[796] Loin de blâmer le fournisseur de crédit, plus généralement le banquier, il s'agit de protéger le client contre sa propre irresponsabilité.

522. Spécifiquement, C'est de disproportion dont il est ici question : il convient alors d'étudier les techniques qui permettent de protéger le client contre un engagement excessif qu'il aurait tout de même souscrit, par le fait de négligence, ou plus souvent, de son ignorance. Fondamentalement, les techniques que nous évoquerons sont liées sont liées au *contenu contractuel*.

Notre démonstration consistera à montrer l'existence et le développement d'une technique générale de protection qui vise à assurer l'équilibre au sein du contrat, spécifique au droit bancaire. Si le législateur semble déjà connaître de telles techniques, notamment comme l'illustre l'article 341-4 du Code de la consommation relatif à la disproportion du contrat de cautionnement, nous montrerons qu'il se développe en droit bancaire un principe général de proportionnalité, qui tend à se développer dans la plupart des activités bancaires.

Nous tenterons de présenter une ébauche de régime de ce principe, et de montrer son articulation avec les divers régimes de responsabilité du banquier : il sera donc question de démontrer que l'équilibre des prestations constitue la teneur d'une protection contractuelle du client (**Titre I**). Nous démontrerons enfin qu'il existe deux régimes distincts de protection contre le déséquilibre : l'un fondé sur une sanction mécanique de la disproportion[797], l'autre protégeant le client par le biais d'une information spécifique sur l'existence d'un déséquilibre[798], avant la conclusion de l'acte.

Il sera enfin question d'apprécier la portée de cette protection du client contre la disproportion de son engagement, ce qui mènera à démontrer en quoi les critères retenus par le législateur pour apprécier la disproportion sont malcommodes (**Titre II**).

[797] Ainsi l'article L. 341-4 du Code de la consommation sanctionne l'engagement déséquilibré de la caution personne physique de manière mécanique, quand il apparaît au juge que l'étendue de l'engagement est manifestement plus important que ses capacités financières.

[798] Cette information spécifique sur l'existence d'un déséquilibre, est la même que celle portant sur les risques que prend l'investisseur non-averti avec des opérations spéculatives, l'emprunteur quand son engagement est trop important, V. nos propos sur l'élément central de la notion de mise en garde qui porte sur un unique objet, le risque, *infra* n° 650.

TITRE I

LE PRINCIPE DE LA PROTECTION PAR L'EQUILIBRE CONTRACTUEL

523. Il a été justement écrit que « *les batailles de l'affaire DREYFUS ont montré les impasses de la modération quand les principes sur lesquels est fondé le vouloir-vivre ensemble sont bafoués*[799] ». Parmi ces principes, fut-il question du procès équitable. L'idée est celle du juste, qui contrairement à l'image de la balance de la justice, n'est pas la recherche du juste milieu. Ainsi, ARISTOTE, dans son traité *Les politiques*[800] nous offre une définition de ce qu'il faut entendre par le mot « juste » : « *vivre en effet ne lui suffit pas : vivre bien, s'épanouir, suppose encore de vivre dans une communauté de justice, qui le reconnaîtra à sa valeur en lui donnant ce qui lui revient* ». L'idée de justice suppose donc l'existence d'une contrepartie dont l'homme est créancier en échange de son adhésion à la société politique et à sa soumission aux règles de celles-ci.

524. L'on retrouve cette idée dans des écrits plus récents. Ainsi, Michel VILLEY écrit que « *le droit est l'art du partage*[801] ». Confronter ce propos avec la maxime de FOUILLEE, « *qui dit contractuel dit juste* », signifierait que le contrat est un moyen de partage. Or l'évidence conduit à soutenir la position inverse. Mu par ses propres intérêts, le contractant a intérêt à retirer tout le profit qu'il peut de la convention qui le lie à son partenaire. Même si cela doit passer par la lésion des intérêts de ce dernier. C'est pourquoi l'employeur tentera de rémunérer le moins possible son salarié, le vendeur de rechercher le prix de vente le plus haut ou l'assureur d'évincer des hypothèses prévus dans la police le cas d'un assuré qui désire profiter du contrat qu'il a souscrit. En définitive, le contrat résulterait plus d'une lutte d'intérêts contradictoires cherchant à s'entendre que du réel espace de partage des avantages découlant de la conclusion de l'acte. En sens, si consensus il y a, ce n'est qu'au prix d'une lutte entre parties d'égale force.

525. Si une partie semble plus forte, alors l'idée du juste semble se dissiper et l'intervention de la puissance publique paraît inéluctable pour rétablir la justice, la partie faible ne pouvant assurer elle-même la satisfaction de ses intérêts. Ainsi, illustre cet état de

---

[799] M. WINOCK, *Le siècle des intellectuels*, Seuil, 1997, p. 64.
[800] P. PELLEGRIN, ARISTOTE, *Les Politiques*. Paris, G. F., 1993.
[801] M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1986, T. 1, n° 39 et n° 41.

fait l'article L. 420-2 alinéa 2 du Code de commerce qui prohibe, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, toute exploitation abusive par une entreprise de l'état de dépendance économique dans laquelle se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur. D'une autre manière encore, l'article L. 132-1 du Code de la consommation dispose que sont abusives les clauses qui ont pour objet, dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels, de créer au détriment du non-professionnel un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat.

526. Ces illustrations tendent à prouver que l'idée d'équilibre, économique ou juridique, n'est pas de l'essence du contrat. Si parfois, cet équilibre y semble régner, c'est davantage en raison des parties qui, d'égales forces, s'équilibrent qu'en raison de l'instrument contractuel. Il paraît nécessaire de recherche un certain équilibre, lorsque le jeu des forces en présence n'y parvient pas. Cet équilibre prendra la forme de l'équilibre des prestations contractuelles : l'idée est que l'exécution du contrat ne soit pas rendue trop lourde pour l'une des parties au profit de l'autre. Cette idée n'est pas nouvelle, et le droit commun sanctionne déjà pécuniairement le contractant qui s'engagerait en connaissance de cause à réaliser une prestation impossible à exécuter[802]. Pourtant, cette recherche de l'équilibre contractuel peut faire l'objet de réticences, tant au moment de la formation du contrat, qu'au stade de son exécution. Abstrait de ces réticences, il apparaît dès lors qu'un principe de proportionnalité puisse exister, que ce soit en droit commun, et spécifiquement dans le droit régissant l'activité du banquier (**Chapitre I**). Il conviendra d'apprécier enfin la mise en œuvre de ce principe de proportionnalité en droit bancaire (**Chapitre II**).

[802] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2008, n° 299.

CHAPITRE I

L'EXISTENCE DE MECANISMES D'EQUILIBRE DES PRESTATIONS

527. Postuler l'existence d'un principe de proportionnalité des prestations au sein du contrat n'est pas du ressort de l'évidence[803]. Si le droit commun semble, ici et là, connaître d'une telle technique pour assurer la protection de la partie dite « faible »[804], cela n'autorise toutefois pas à démontrer l'existence de ce principe. Bien que des arguments d'ordre pratique puissent justifier cette existence, il demeure que son admission sur le plan conceptuel soit malaisée. Pourtant le principe paraît nécessaire (Section I), l'étude du droit bancaire semble bien témoigner, malgré les réticences, de l'instauration d'un tel (Section II).

[803] Au contraire, les publicistes voient le principe de proportionnalité comme une évidence. Ainsi pour reprendre un auteur, cette idée est « simple, en plus d'être évidente, permanente et… normale », M. GUIBAL, *De la proportionnalité*, AJDA, oct. 1978, p. 477. Effectivement, très tôt la jurisprudence administrative a admis, par l'arrêt Benjamin, l'existence d'un tel mécanisme en imposant à la puissance publique le respect d'une juste proportion entre des mesures destinées à assurer le maintien de l'ordre et la liberté de réunion, CE, 19 mai 1933, Rec. Lebon, p. 541.

[804] L'on peut citer notamment ce qui apparaît comme être l'exemple le plus criant, tiré d'un droit spécial, et qui touche à la protection du consommateur en matière de déséquilibre des obligations des parties, par le biais de la sanction des clauses abusives. V. contra, R. MARTY, *De l'absence partielle de cause de l'obligation et de son rôle dans les contrats à titre onéreux*, th. Paris II, 1995, qui rajoute à la notion de cause une sonorité économique : doit alors être pris en compte un équilibre économique des prestations.

SECTION I

LA RECONNAISSANCE CONTESTEE D'UN PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE

528. Un mouvement de « renouvellement du droit des contrats » semble se mettre en œuvre, abandonnant pour partie le dogme de l'autonomie de la volonté et embrassant comme idéal une théorie générale du contrat enrichie de principes nouveaux, déjà en germe dans certaines dispositions spéciales[805]. L'évolution s'opérerait alors non pas par opposition aux principes anciens mais par adjonction de nouveaux, dont l'édiction résulterait d'un sage consensus entre libéralisme et interventionnisme. Pour arriver à cette fin, deux conceptions seraient envisageables. La première commanderait à faire que les parties soient placées dans un environnement contractuel leur permettant de jouir de toute leur liberté et de leur pleine responsabilité. En ce sens, partisan du libéralisme, le juge n'aurait qu'un rôle marginal et le point d'orge de cette conception serait l'assurance de l'intégrité du consentement de la partie. Une fois renseignée sur l'entière portée de son engagement, la partie pourrait être à même de savoir où sont ses intérêts, si elle doit contracter, ou si elle ne le doit pas. C'est donc ici une analyse individualiste qui est privilégiée. Doit-on ranger dans cette conception les obligations d'informations, qu'elles soient appréciées *in abstracto*, comme les obligations d'information issues du Code de la consommation, ou au contraire *in concreto*, comme c'est le cas du devoir de mise en garde. Nous avons toutefois pu démontrer que ces obligations d'information peuvent se révéler insuffisantes, notamment quand, par leur nombre ou leur caractère exhaustif, elles perdent de leur pertinence[806].

529. La seconde conception, plus interventionniste, postule que la protection du consentement est insuffisante et que seule l'instauration d'un comportement contractuel type permettrait une protection efficace des intérêts de la partie dite « faible ». De cette conception, peut-on ranger certaines prohibitions, prétoriennes ou légales, de comportement du contractant. Ainsi citera-t-on la prohibition de l'abus de dépendance économiques déjà évoquée, ou celle des clauses abusives. Il en ressort un principe que certains auteurs nomment

---

[805] M. CABRILLAC, *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, Mélanges MARTY, 1978, p. 235, et spéc. p. 245 ; Ph. JESTAZ, *L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945, L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées SAVATIER 1985, p. 117, et spéc. p. 135 ; Ph. REMY, *Droit des contrats : questions, positions, propositions, Le droit contemporain des contrats*, 1987, p. 271 ; A. BELLOIR, *Théorie générale des contrats spéciaux*, th. Paris II, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, n° 383, 2003, p. 377.
[806] V. *supra.* n° 317.

un « *principe d'égalité contractuelle*»[807], d'autres « *principe d'équilibre contractuel* »[808], d'autres encore « *principe de proportionnalité* »[809], d'autres enfin « *principe général sanctionnant l'excès* »[810]. Bien que polymorphe, ce principe semble revêtir une fonction unitaire, celle de lutter contre la disproportion des prestations des parties. En définitive, il ne s'agirait pas tant d'égaliser la charge de ces prestations, mais plutôt d'éviter que l'une des ces prestations ne soit démesurément plus lourde à assumer que celle de son cocontractant. Cependant, bien que plaisante, cette conception n'est pas exempte de critiques (§ 1). Pourtant l'instauration d'un principe de proportionnalité des engagements contractuels s'avère nécessaire (§ 2).

§ 1 - LES OBSTACLES A LA RECONNAISSANCE D'UN PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE

530. Deux séries de remarques remettent en doute l'existence d'un principe de proportionnalité au sein du contrat. Les premières ont trait à la philosophie d'inspiration libérale entourant le droit des obligations (A), les secondes concernent les difficultés d'ordre pratique à admettre ce principe (B).

A) Les obstacles d'ordre théorique

531. Il serait possible d'envisager l'existence d'un principe général de proportionnalité au sein du contrat, si l'on se référait à quelques jurisprudences qui n'hésitent pas à retenir ce principe pour assurer la protection des parties. Ainsi, les juridictions administratives[811], le droit administratif[812], le droit constitutionnel, le droit européen[813], le

[807] C. THIBIERGE-GUELFUCCI, RTD civ. 1997, p. 378 ; D. BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, th. Paris II, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, n° 320, 1999.
[808] L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, th. Orléans, Bibliothèque de droit privé, n° 366, 2002.
[809] S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé*, Bibliothèque de droit privé, n° 335, 2000 ; *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, LPA, 30 septembre 1998.
[810] D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, th. Paris II, Bibliothèque de droit privé, n° 432, 2005, n° 419, p. 319.
[811] J.-P. COSTA, *Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, AJDA, 1988, p. 434.
[812] CE, 19 mai 1933, précité.
[813] Le droit européen, par le biais de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, commande ainsi de ne pas fixer de caution pénale disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi de prohibition d'une marchandise interdite sur le territoire anglais. V. en ce sens, CEDH, 5 mai 1995, Air Canada et CEHD. Est aussi astreinte à cette exigence de proportionnalité la loi française qui, pour lutter contre la fraude fiscale, met en avant un droit de préemption lors de la vente d'un immeuble alors que d'autres mesures plus respectueuses du droit de propriété existent, CEDH, 22 sept. 1994, Hentrich c/ France pou ; aussi, concernant une détention préventive

droit communautaire[814] ou le droit pénal[815] connaissent un tel mécanisme. Le désormais célèbre arrêt Macron de la Chambre Commerciale, en date du 17 juin 1997, en est aussi une parfaite illustration[816]. Pour la première fois, la Cour de cassation reconnut l'exigence d'une proportionnalité des garanties demandées à la caution en rapport avec son patrimoine et ses revenus. Pareillement, la même Chambre ajouta une nouvelle condition de validité des clauses de non-concurrence, en les subordonnant au respect d'une proportionnalité entre les restrictions apportées à la liberté du commerce et de l'industrie et le but poursuivi par l'entreprise qui impose de telles clauses[817].

532. Les difficultés de retenir un principe de proportionnalité des prestations contractuelles -. Toutefois, ces illustrations ne permettent pas de postuler l'existence d'un principe général d'équilibre. Ainsi, le droit commun montre, avec la lésion, que des réticences à admettre celui-ci sont présentes. La lésion, à la différence de l'imprévision, est un vice de formation du contrat qui suppose un déséquilibre originel des prestations. Uniquement prise en compte dans les contrats à titre onéreux, la lésion n'est retenue qu'exceptionnellement, et que dans certains cas. Précisément, le caractère aléatoire de la convention conduit à évincer la possibilité pour le contractant d'invoquer ce vice[818], conformément à l'adage « *l'aléa chasse la lésion* ». Aux termes de l'article 1118 du Code civil, « *la lésion ne vicie les conventions que dans certaines contrats et à l'égard de certaines personnes* ». Sont visés les mineurs non émancipés, en vertu de l'adage *minor resituitur non tanquam minor sed tanquam laesus*[819], et les majeurs et mineurs émancipés en matière de partage et de vente d'immeuble[820], comme le disposent les articles 887 et 1674 du Code civil. Certes, des extensions du domaine de la

---

dont la durée ne doit pas excéder de ce qui nécessaire, G. COHEN-JONATHAN, Juris-Cl. Europe, fasc. 6520, n° 91.

[814] S. NERI, *Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour relative au droit communautaire agricole*, RTD eur. 1981, p. 652 ; Ch. GAVALDA et G. PARLEANI, *Traité de droit communautaire des affaires*, Litec, 1992, n° 52-10 et 53-3 ; pour une application jurisprudentielle, V. CJCE, 13 mai 1997, Europe, juill. 1997, p. 11.

[815] Sur l'exigence de proportionnalité des mesures répressives en rapport avec la finalité recherchée, V. Cons. const., 13 août 1993, déc. n° 93-325 D.C., Rec. p. 224, § 22, 25, 60, décision relative à la maîtrise de l'immigration.

[816] Cass. com., 17 juin 1997, JCP éd. E 1997, II, 1007, note D. LEGEAIS ; RTD civ. 1998, p. 101, obs. J. MESTRE et p. 157, obs. P. CROCQ ; D. 1998, jur. p.206, note J. CASEY.

[817] Cass. com., 4 janv. 1994, D. 1995, p. 260, note Y. SERRA ; RTD civ. 1994, p. 349, obs. J. MESTRE.

[818] J. DEPREZ, *La lésion dans les contrats aléatoires*, RTD civ. 1955, p. 1 ; N. ARAUD, *La rescision pour cause de lésion dans les contrats aléatoires*, th. Toulouse, 1941 ; J.-L. MOURALIS, *La notion d'aléa et les actes juridiques aléatoires*, th. Grenoble, 1968.

[819] Le mineur est restitué, non parce qu'il est mineur, mais parce qu'il est lésé. V. H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4ème éd., 1999, n° 228.

[820] Conformément à l'adage *res mobilis, res vilis*.

lésion ont été consacrées, tant par la loi[821] que par la jurisprudence[822]. Toutefois, la prise en compte de cette lésion n'est pas une solution de principe[823], comme le rappelle l'article 1118 du Code civil, ce à quoi la Cour de cassation fait écho en affirmant que les juges du fond ne sauraient se faire « *ministres de l'équité* »[824] et refuse de l'appliquer tant au contrat de travail[825] qu'aux cessions de parts sociales[826].

533. D'autres arguments peuvent en outre être retenus pour justifier cette position hostile à l'existence d'un principe général d'équilibre. Il est avancé que remettre en cause une convention au motif de l'existence d'une inégalité des prestations ouvre la voie à des contestations qui ruinent la sécurité juridique[827]. Un auteur autorisé, tentant de résumer la critique formulée à l'encontre d'une généralisation du principe de proportionnalité affirme que « *la nullité pour lésion, eu égard à la difficulté d'une mesure objective des valeurs, encouragerait tous les détournements, saperait la confiance dans les contrats conclus, multiplierait les procès et poserait au juge des problèmes insolubles*[828] ». L'argument enjoindrait alors les parties à renforcer la confiance qu'ils ont dans le contrat et les inciterait à davantage de vigilance. Malheureusement, pour les contrats d'adhésion, cette invitation resterait lettre morte, une partie au moins ne pouvant décider du contenu contractuel.

534. Enfin, sur quel fondement doit-on apprécier la disproportion ? S'agit-il d'une recherche de l'égalité des obligations de chaque partie ? Si la traduction matérielle de la lésion s'exprime sur le terrain évaluable de la valeur d'une chose, il semble autrement moins aisé de déterminer une disproportion d'ordre juridique. Ce n'est en effet pas parce qu'une partie doit assumer des obligations plus lourdes que son cocontractant qu'elle n'en retire pas pour autant un avantage à conclure un contrat déséquilibré. Si l'acte lui est tout de même profitable, existe-t-il une raison de le remettre en cause ? SALEILLES écrivait que « *le contrat doit*

---

[821] Peut-on citer par exemple la loi du 16 juill. 1971 relative aux opérations de construction ou l'article 1844-1 du Code civil qui prohibe les clauses léonines.
[822] L'exemple le plus frappant est relatif à celui de l'indétermination du prix, par l'arrêt du 1er déc. 1995 de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, qui sanctionne l'abus dans la fixation par le fournisseur du prix des prestations fournies à son partenaire commercial en application d'un contrat cadre. L'on trouvera aussi dans la jurisprudence des illustrations moins générales, comme notamment le pouvoir conféré aux juges du fond de réduire les honoraires des avocats, V. Cass. civ. 1ère, 3 mars 1998, Defrénois 1998, p. 734, obs. J.-L. AUBERT.
[823] Au contraire, le droit allemand fait une place large à la proportionnalité en l'intégrant comme principe général du droit des obligations, V. art. 138 du BGB, et de manière analogue, art. 38 du Code suisse des obligations.
[824] Cass. civ., 17 mai 1832, Sirey 1832, 1, p. 849.
[825] Cass. civ., 20 déc. 1952, DP 1953, 1, p. 95.
[826] CA Paris, 11 oct. 1984, Defrénois 1985, art. 33523, n° 5, obs. A. HONORAT ; RTD civ. 1985, p. 726, obs. J. MESTRE.
[827] S. SCHINDLER-VIGUIE, *La notion de juste prix en droit positif français*, th. Paris II, 1993, p. 361.
[828] H. BATTIFOL, *Philosophie du droit*, 4ème éd., 1970, p. 108.

reposer sur la justice et non la justice sur le contrat[829] ». Si le propos emporte l'adhésion, il convient de préciser toutefois que *la justice reste un mobile tout à fait étranger pour les parties*. A nos yeux, ils ne contractent pas parce que la convention est juste, mais parce qu'ils y retirent un avantage.

535. Au surplus, cette idée de justice sous-entendrait que les prestations sont comparables, donc évaluables. Cela nous semble difficile, voire périlleux. Si cette évaluation des prestations est aisée pour des choses matérielles, il en va tout autrement lorsque la prestation reçue en contrepartie du paiement d'un prix concerne une tâche de nature intellectuelle ou s'apparente en un service. La jurisprudence conforte nos doutes concernant l'éventualité de l'admission d'une disproportion relative au paiement d'un service, spécifiquement un service bancaire. Par un arrêt de la Chambre Commerciale du 30 juin 2004[830], la Cour de cassation désapprouve des juges du fond d'avoir considéré une augmentation importante du prix de location d'un coffre en banque comme abusive, le client ayant la possibilité de résilier le contrat s'il juge l'opération peu rentable. Solution libérale, elle privilégie la liberté contractuelle et évince une conception plus sociale du contrat[831] et démontre, par un certain paradoxe, que la protection des intérêts de la partie contre toute inégalité contractuelle ne résulte pas forcément de la lutte contre la disproportion des prestations mais peut être assurée par la liberté contractuelle et la concurrence. En l'espèce, l'abus ne réside alors pas tant dans la fixation unilatérale par le banquier du prix du service que dans les modalités de sa fixation, le client n'est nullement contraint d'accepter le nouveau tarif et dispose d'un temps suffisant pour trouver un autre établissement bancaire.

536. Enfin, cet arrêt du 30 juin 2004 semble appuyer l'idée selon laquelle il n'existe pas de principe général de disproportion. Certes, l'arrêt d'Assemblée plénière du 1er décembre 1995 instaure un mécanisme de sanction de l'abus, lors de la fixation du prix, mais nous pensons que ce mécanisme ne peut être généralisé. En effet, sanctionner l'abus dans la fixation du prix n'a d'intérêt que parce que le cocontractant ne peut se défaire de la relation contractuelle dans laquelle il est. Il s'agit de contrats cadres dont la sortie impose souvent des

---

[829] R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique allemand*, 1901, p. 351.
[830] Cass. com., 30 juin 2004, D. 2004, p. 2150, obs. V. AVENA-ROBARDET.
[831] V. notamment Ch. JAMIN, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, Le contrat au début du XXIème siècle*, Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001 ; D. MAZEAUD, Loyauté, *solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à F. TERRE, Dalloz 1999.

coûts que le partenaire est incapable de supporter[832], il est donc enfermé dans la relation, et cette situation justifie que l'on sanctionne le comportement de celui qui abuserait de cet état de dépendance pour imposer des conditions contractuelles qui léserait le cocontractant. Il nous apparaît alors que la solution dégagée par l'arrêt d'Assemblée plénière, concernant la sanction de l'abus, ne puisse être généralisée à tous les contrats[833].

B) Les obstacles d'ordre pratique

537. Aux fins d'être un vecteur d'équilibre et de justice contractuelle effectif, le contrôle de proportionnalité s'expose cependant à deux séries de griefs, le premier tenant à des considérations appréciées au stade de la formation du contrat, la seconde au moment de son exécution. Ainsi les juges éprouvent une certaine réticence à se référer directement à l'idée de proportionnalité, préférant retenir un visa fondé sur d'autres règles (1). En second lieu, c'est surtout le caractère instable et imprévisible de ce mécanisme au moment de l'exécution du contrat qui est mis en exergue par la jurisprudence (2).

1° Les obstacles à la reconnaissance de la proportionnalité au stade de la formation du contrat

538. L'hésitation à retenir l'existence d'une théorie de la proportionnalité au rang des principes fondamentaux du droit des contrats est exprimée, au regard des critiques que l'on peut formuler à l'encontre du principe même de proportionnalité (a). C'est pourquoi les tribunaux paraissent enclins à ne pas retenir facilement ce principe en matière bancaire (b).

---

[832] Ainsi, l'on prendra en exemple dans les contrats de fourniture de boissons l'installation couteuse par le fournisseur de matériels nécessaires à l'activité. Rompre le contrat impose la restitution de ceux-ci et est rendue difficile voire impossible du fait du coût des travaux que le cocontractant devra supporter pour extraire ces matériels.

[833] A nos yeux, cette solution n'est justifiée que pour les hypothèses dans lesquelles le prix ne peut être fixé au moment de la formation du contrat, ce qui vise alors tous les contrats de distribution. En outre, la question centrale, au cœur de l'arrêt, n'était pas celle de l'existence ou non d'une fixation du prix abusive du prix, mais bien celle de l'application de l'article 1129 du Code civil aux contrats aux termes desquels le prix n'était pas fixé *ab initio*. Il devient donc périlleux de vouloir généraliser la solution à tous les contrats. V. aussi J. HUET, *Critique de la jurisprudence de l'Assemblée plénière sur l'indétermination du prix*, Mélanges A. SAYAG, Litec, 1997, p. 311.

a) les insuffisances structurelles et substantielles

539. L'idée est que le principe de proportionnalité ne se suffirait pas à lui-même, et que s'il semble être parfois retenu par le juge, c'est par le soutien d'un autre support conceptuel. Par le recours à la notion de la cause de l'obligation, le juge s'assure que le contractant reçoit bien la prestation attendue de son cocontractant. C'est pourquoi, celui qui s'exécutera sans recevoir la contrepartie qu'il attendait, pourra obtenir la nullité du contrat pour absence de cause. Ainsi sera-ce le cas du client du banquier qui paie pour un service qu'il n'obtient pas, ou plus communément du vendeur si le prix est dérisoire. Ici, ce n'est donc pas tant la disproportion qui est sanctionnée, mais l'absence totale de contrepartie. Il ne faut alors pas confondre absence de cause et défaut d'équivalence des prestations. L'obligation d'une partie est causée dès lors qu'elle reçoit une contrepartie réelle, quand bien même celle-ci est inférieure en valeur à la première[834]. La justification réside dans le fait que la lésion n'est pas une cause générale de nullité des contrats.

540. Glissant vers un mouvement, contesté[835], de « subjectivisation de la cause »[836], la Cour de cassation semble adopter une approche économique du contrat, et affirme notamment dans un attendu[837] qu' « *est nul pour absence de cause le contrat (…), dès lors que l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible, situation démontrant l'absence de contrepartie réelle.* » Cette affirmation conduit à deux remarques. La première réside dans la prise en compte d'une évaluation économique des prestations par la Haute juridiction. Sur ce point, en passant par le concept de la lésion, il n'aurait pas été possible de protéger le contractant qui reçoit moins. Techniquement, les juges ont choisi le recours à la notion de cause subjective, qui répond à la question de savoir quelle est l'utilité du contrat pour ce contractant, pour sanctionner cette disproportion. Or la Haute juridiction, constatant que l'économie du contrat n'est pas profitable à toutes les parties, en conclut que la contrepartie attendue est absente. Outre le fait que ce raisonnement procède d'une confusion, volontaire, des concepts, la contrepartie existe, même si l'exécution de la convention n'est pas

[834] V. Cass. civ. 1ère, 4 oct. 1965, Bull. civ. I, n° 507, p. 381 ; Cass. com., 30 juin 2004, précité.
[835] V. en ce sens, Y. LEQUETTE, *Bilan des solidarismes contractuels*, Mélanges P. DIDIER, Economica, 2008, p. 247.
[836] Pour des illustrations, Cass. civ. 1ère, 3 juill. 1996, Bull. civ. I, n° 286 ; D. 1997, p. 500, note M. REIGNE ; JCP éd. G 1997, I, 4015, n° 4, obs. F. LABARTHE ; Defrénois 1996, n° 1015, obs. Ph. DELEBECQUE ; RTD civ. 1996, p. 903, obs. J. MESTRE ; RTD com. 1997, p. 308, obs. B. BOULOC. V. aussi J. MOURY, *L'économie du contrat : une notion inopportune*, D. 2000, p. 382.
[837] Cass. civ. 1ère, 3 juill. 1996, précité.

économiquement rentable, cet arrêt démontre, et c'est là notre seconde remarque, que la sanction de la disproportion est réalisée au soutien de la notion de cause.

541. Une intervention du juge fondée sur des motifs autre que celui tiré de la disproportion -. Comme le note le professeur MAZEAUD[838], le juge « *décide de rééquilibrer le contrat motive sa décision en se fondant sur un autre support conceptuel* ». Le principe de proportionnalité ne se suffirait donc pas à lui-même. Pourtant, la même Chambre de la Cour de cassation, dans un arrêt à peine antérieur, décida que la vente d'un bijou pour un prix cinq fois inférieur à sa valeur réelle n'était pas nulle pour absence de cause[839]. A l'inverse, dans l'arrêt Macron précité[840], il fut retenu la disproportion alors que le contractant caution, professionnel, subissait un déséquilibre entre ses facultés contributives et son engagement nettement moins important que le quintuple. Là encore, les juges retiennent un fondement spécifique, la bonne foi et l'existence d'une faute, pour sanctionner le banquier qui demande une garantie disproportionnée. Dans l'arrêt Macron, le fondement de la censure des juges du fond résidait dans l'application de l'article 1134 alinéa 3. La disproportion serait alors la traduction d'une faute de nature contractuelle qui résulterait de la violation de l'équilibre général du contrat, fondé tantôt sur l'absence de la cause, tantôt sur l'absence de bonne foi.
Les réticences à admettre un principe d'équilibre sont aussi à rechercher dans le caractère sélectif de ce principe, lequel tend à démontre qu'il n'existerait pas de principe général.

b) les illustrations de la réticence à reconnaître le principe d'équilibre contractuel

542. Tout déséquilibre significatif affectant le contrat au stade de l'exécution n'emporte pas pour autant son rééquilibrage -. Les clauses abusives fournissent un exemple patent. D'une part, elles ne visent que les consommateurs, personnes physiques au sens de la directive 93/13/CE[841], et par extension les professionnels quand l'objet du contrat litigieux n'a pas de rapport direct avec leur activité professionnelle[842]. Et d'autre part, le

[838] D. MAZEAUD, *Le principe de proportionnalité et la formation du contrat*, *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, LPA, 30 septembre 1998, p. 18, n° 19.
[839] Cass. civ. 1ère, 4 juill. 1995, RTD civ. 1995, p. 881, obs. J. MESTRE.
[840] Cass. com., 17 juin 1997, précité.
[841] CJCE 22 nov. 2001, aff. C-541/99: JCP 2002. II. 10047, note G. PAISANT ; D. 2002, AJ, 90, note C. RONDEY ; D. 2002, som. p. 2929, obs. J.-L. PIZZIO ; Contrats conc. consom. 2002, n° 18, note G. RAYMOND ; LPA 22 mai 2002, note C. NOURISSAT ; RTD civ. 2002, p. 291, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RTD civ. 2002, p. 397, obs. J. RAYNARD.
[842] Cass. civ. 1ère, 24 janv. 1995, Bull. civ. I, n° 54 ; D. 1995, p. 327, note G. PAISANT ; D. 1995, som. p. 229, obs. Ph DELEBECQUE ; D. 1995, p. 310, obs. J.-L. PIZZIO ; JCP éd. G 1995, I, 3893, n° 28, obs. G. VINEY ; Contrats conc. consom. 1995, n° 84, note L. LEVENEUR.

déséquilibre sanctionné ne concerne que celui des droits et obligations au sein du contrat. Précisément, une clause ne sera abusive que si l'exécution du contrat est rendue manifestement plus difficile pour l'une des parties du fait de l'existence d'obligations plus lourdes à assumer. Le déséquilibre n'est donc pas un déséquilibre économique des prestations. Ainsi, la vente pour un prix nettement au dessus de la valeur de la chose vendue ne pourra être sanctionnée par le jeu de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Pareillement la lésion sera exclue en dehors des cas retenus par l'article 1118 du Code civil et par la jurisprudence. ***En définitive, il existe alors nombre de cas pour lesquels la disproportion ne sera pas sanctionnée, ce dont nous pouvons tirer comme conclusion qu'il n'existe pas a priori, au rang des principes généraux du droit des contrats***[843]***, de principe général de proportionnalité***. Le caractère discriminatoire des cas dans lesquels le déséquilibre est retenu nous inciterait en effet à refuser de qualifier de « général » le principe d'équilibre contractuel.

543. Enfin, il semble que le recours à certaines notions pour justifier les cas de sanctions de disproportion retenues par le juge conduit à douter de l'existence d'un réel principe. Ainsi, la Cour de cassation, au sujet des clauses de dédit, refuse de corriger le dédit, manifestement excessif, fixé en contrepartie d'un droit conventionnel de repentir. Cette solution est opérée en distinguant clairement cette clause et la clause pénale pour laquelle seul le juge peut la modérer en vertu de l'article 1152 alinéa 2 du Code civil[844]. De surcroit, la lutte contre la disproportion au sein du contrat, en matière de fourniture de crédit par le banquier, est de nature à conforter l'idée selon laquelle le principe de l'équilibre contractuel ne se suffit pas à lui-même. Lors de l'octroi de crédit aux particuliers, l'endettement excessif de ces derniers peut engager la responsabilité du banquier prêteur dans les conditions fixées par la jurisprudence[845]. Ainsi sera-ce le cas lorsqu'il ne s'est pas acquitté de son devoir de mise en garde[846] et de l'alerter sur l'existence d'un risque d'endettement quand l'engagement est excessif.

---

[843] Aux nombres desquels figurent notamment la bonne foi, la loyauté contractuelle, et plus récemment découvert, le principe de cohérence, V. D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préface de H. MUIR-WATT, PUAM, 2001.

[844] Cass. civ. 3ème, 9 janv. 1991, D. 1991, p. 481, note G. PAISANT ; Cass. com., 2 avril 1996, D. 1996, som. com., p. 329, obs. D. MAZEAUD.

[845] Cet endettement sera jugé excessif en particulier lorsque le montant des mensualités du prêt et celui des revenus du prêteur sont déséquilibrés, en ce sens que ses revenus sont insuffisants pour rembourser les échéances. V. Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2006, Bull. civ. I, n° 398, p. 343 ; JCP éd E 2007, 1079, note A. LE GOFF.

[846] Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2005, n° 03-10.770, n° 02-13.155 et n° 03-10.921, D. 2005, AJ, p. 2276, obs. X. DELPECH, jur. p. 3094, note B. PARANCE, D. 2006, pan. p. 167, obs. D.-R. MARTIN et H. SYNVET ; Banque, n° 673, oct. 2005, p. 94, note J.-L. GUILLOT, M. BOCCARA SEGAL ; JCP éd. G 2005, II, 10140, note A. GOURIO ; JCP éd. E 2005, p. 1359, note D. LEGEAIS ; Banque et Droit 2005, n° 104, p. 80, obs. T.

Il est intéressant de remarquer que la disproportion du concours financier ne semble pas en elle-même reprochée au banquier. En effet, c'est avant tout sur le fondement d'un manquement à une obligation d'information spécifique sur les risques que les juges sanctionnent le comportement du banquier. La disproportion n'est alors qu'une manifestation de ce risque d'endettement, *ce qui implique que la sanction du banquier est davantage fondée sur le manque à l'information relatif à la disproportion que sur la disproportion elle-même*. Cela d'autant le prêteur semble avoir la possibilité d'octroyer un crédit excessif à l'emprunteur dès lors qu'il a mis en garde ce dernier[847]. ***Il pourrait alors être soutenu que si un principe général d'équilibre contractuel existe, alors le banquier devrait être contraint de refuser de financier son client. Or ce n'est pas le cas et cela donne à penser que ce principe n'existe donc pas***.

544. La prise en compte du déséquilibre pour le débiteur en difficulté comme exception -. L'étude du droit positif sur le principe d'irresponsabilité du fournisseur de crédit à une entreprise en difficulté tend à démontrait que le principe de proportionnalité ne saurait être érigée en principe général. Ainsi, aux termes de l'article L. 650-1 du Code de commerce, il est affirmé 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.*(…) ». Si un principe d'irresponsabilité du prêteur est posé, celui-ci ne cède que dans un cas spécifique de disproportion, celle des garanties consenties au regard du montant de la dette, et non au regard des capacités du garant. ***La prise en compte de***

BONNEAU ; RLDC 2005, n° 21, p. 15, note S. PIEDELIEVRE ; RD banc. Fin. sept.-oct. 2005, p. 20, obs. D. LEGEAIS, nov.-déc. 2005, p. 14, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; RCA n° 10/2005, p. 22 ; BRDA 2005, n° 20, p. 11 ; Dr. et patr. 2005, n° 143, p. 98, obs. J.-P. MATTOUT et A. PRUM ; Dr. et patr. 2006, n° 145, p. 123, obs. L. AYNES et P. DUPICHOT ; RTD com. 2005, p. 829, obs. D. LEGEAIS ; LPA 2006, n° 204, p. 8, note C. BOISMAIN ; RD immo. 2006, p. 123, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN. Cela impose d'une part de déterminer si l'emprunteur est averti ou non, et dans le cas contraire, de vérifier la capacité financière de son client : V. ainsi,Cass. civ. 1ère, 2 nov. 2005, Bull. civ. I, n° 397, p. 331 ; Banque et droit, n° 107, mai-juin 2006, n° 83, obs. T. BONNEAU ; RTD com. 2006, p. 171, obs. D. LEGEAIS.

[847] V. en ce sens les observations de quelques auteurs qui s'étonnent qu'un crédit puisse « *être légitime, tout en étant insupportable pour l'emprunteur, du seul fait que la banque a attiré l'attention de ce dernier sur ce point* », V. D. 2006, p. 1618, obs. J. FRANCOIS sous Cass. civ. 1ère, 21 févr. 2006, Bull. civ. I, n° 91, p. 86 ; Banque et droit, n° 108, juill.-août 2006, n° 62, obs. T. BONNEAU ; JCP éd. E 2006, 1522, note D. LEGEAIS ; RTD com. 2006, p. 462, obs. D. LEGEAIS ; RD bancaire et fin. n° 4, juill.-août 2006, n° 12, obs. F.-J. CREDOT et T. SAMIN ; Cass. civ. 1ère, 13 févr. 2007, Banque et droit, n° 113, mai-juin 2007, n° 41, obs. T. BONNEAU.
V. aussi E. SCHOLASTISQUE, *Les devoirs du banquier dispensateur de crédit au consommateur*, Defrénois 1996, p. 689 ; D. MAZEAUD, obs. sous Cass. civ. 1ère, 27 juin 1995, précité, Defrénois 1995, p. 1416 ; D. LEGEAIS, note sous même arrêt, JCP éd. E 1996, II, p. 772 ; A. GOURIO, *Le prêteur est-il réellement tenu d'une obligation de conseil envers le particulier emprunteur ?*, RD bancaire, janv.-févr. 2001, p. 52.

cette exigence de proportionnalité relève de l'exception, ce qui évince toute idée de principe général.

Cela apparaît enfin pareillement en lorsque la jurisprudence retient deux fondements différents pour sanctionner le banquier au cours de l'opération de crédit.

545. La remise en cause du principe au regard du fondement de sanction de la disproportion -. La responsabilité du banquier pour soutien abusif s'exprime au travers de ce que la pratique connaît sous le vocable de « *soutien abusif* ». C'est l'hypothèse de l'octroi par le prêteur d'une somme dont les échéances de remboursement sera bien supérieures aux capacités du crédité.

546. Les tribunaux retiennent tantôt cette hypothèse de responsabilité sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, tant sur le manquement à un devoir de mise en garde au moment de la conclusion du contrat quand le client est créancier du devoir de mise en garde. Pourtant, dans ce dernier cas de figure, s'il s'avère que la Cour de cassation sanctionne le banquier chaque fois qu'il fait courir à son client un risque d'endettement né de l'octroi d'un engagement sans commun mesure avec ses capacités financières[848], il semble paradoxal de constater que c'est sur le fondement de l'obligation d'information, par la mise en garde, que le banquier est sanctionné quand l'engagement de son client est disproportionné. La sanction pour disproportion de l'engagement du débiteur repose-t-il sur la responsabilité délictuelle ? Voire contractuelle quand le visa est celui de l'article 1147 ?

A l'évidence, l'on peut douter de l'existence d'un principe général quand le fondement retenu pour l'invoquer est mouvant.

546. Le mécanisme de protection résiderait donc davantage dans l'information que dans l'impératif de proportionnalité -. Au surplus, si un tel principe de proportionnalité existe, alors il apparaîtrait illogique de permettre au banquier de créditer le client une fois que ce dernier est averti du risque aggravé d'endettement né de cet octroi[849]

[848] V. ainsi la position très clairement adoptée par la Haute juridiction qui considère que le prêteur ne peut être responsable à l'égard de l'emprunteur que pour le cas où un risque d'endettement existe, Cass. civ. 18 févr. 2009, n° 08-11.221 ; D. 2009, chron. p. 645, obs. C. CRETON. Contra. Cass. com., 11 déc. 2007, RTD com. p. 163, obs. D. LEGEAIS. Concrètement, ce risque d'endettement naîtra souvent du caractère excessif de l'emprunt pour les capacités contributives de l'emprunteur.
[849] Cass. civ. 1ère, 21 févr. 2006, précité.

547. Pourtant, si l'on veut protéger l'emprunteur, il conviendrait de désapprouver la possibilité qu'a ce dernier d'être financé en dépit du risque élevé de non-remboursement auquel il est exposé. Pour fonder ce propos, l'on peut s'appuyer sur l'idée de prêt responsable que défend le législateur européen[850]. L'idée est que tout prêteur ne trouve aucun intérêt au surendettement de son client, les crédits non remboursés constituant toujours des pertes, lesquelles induisent une augmentation des taux d'intérêts. La mutualisation des risques, qui compensent ces pertes avec les bénéfices réalisés auprès des bons payeurs n'est cependant pas sans influence pour le prêteur. En effet, si le risque est amoindri, les taux augmentent du fait des défaillances pourtant compensées, et la banque perd en compétitivité, les clients préférant un autre établissement aux taux inférieur. Afin de maintenir une rentabilité suffisante, les banques élargissent alors leur clientèle, au risque de devoir contracter avec des clients dont le *scoring* laisse entrevoir que le prêteur prend un risque plus important qu'avec une clientèle « choisie ». En définitive, à terme, ni le banquier, ni l'emprunteur, n'ont intérêts à aboutir à l'état de surendettement de ce dernier.

548. La réforme du crédit à la consommation ne change d'ailleurs pas la question de la possibilité de créditer un client au risque de provoquer sa défaillance. Et cela alors que la directive n° 2008/48/CE du Parlement et du Conseil en date du 23 avril 2008, relative aux contrats de crédit aux consommateurs, met en avant l'idée du crédit responsable. Précisément, l'article 8 de la directive impose au prêteur d'évaluer la solvabilité de l'emprunteur, ce qui permet de déterminer, comme le dispose l'article 6, si le prêt sollicité est adapté aux besoins et la situation financière de celui-ci.

549. En définitive, comme le mentionne fort justement un auteur[851], c'est bien le devoir de mise en garde que connaissent les juridictions nationales qui est repris, puisque le texte rajoute qu'aux termes de l'article 5, le créancier doit informer l'emprunteur sur les « *conséquences d'un défaut de paiement* » [852] et le risque d'endettement aggravé encouru par ce dernier.

---

[850] Prop. de Dir. COM/2002/0443, 11 sept. 2002 relative à l'harmonisation des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit aux consommateurs, JOUE E n° 331, 31 déc. 2002, p. 200.
[851] V. D. LEGEAIS, *Directive crédit aux consommateurs*, RTD com. 2008, p. 395.
[852] Art. 5-6 de la directive.

550. Au sein des considérants du texte, exposant les motifs du législateur, cette exigence est rappelée par l'intérêt de « *l'information et l'éducation des consommateurs* », lequel passe par des « *mises en garde sur les risques du défaut de paiement ou du surendettement*[853] ». Pourtant, aucune norme contraignante n'est formulée expressément quant au comportement à tenir par le banquier à la suite de cette mise en garde, mais il reste possible d'interpréter le texte. Seule la volonté du législateur européen peut être décelée, quand il vise à ce que « *les prêteurs ne soient pas amenés à octroyer des prêts de manière irresponsable ou à accorder des crédits sans évaluation préalable de la solvabilité*[854] ». Sans disposition contraignante visant le choix que doit prendre le prêteur, nous pensons que la liberté contractuelle autorisera le prêteur à consentir un engagement excessif dès lors que le client a été alerté.

551. L'on perçoit alors mal comment réaliser l'objectif de protection si l'emprunteur reçoit tout de même le concours attendu alors que celui-ci est disproportionné au regard de ses facultés de remboursement.

552. Au demeurant, il serait difficile de concevoir que le banquier doive refuser de consentir un tel prêt -. Déjà, dès lors que le client a été informé du risque par la banque, rien ne dit que lui consentir un concours déséquilibré soit constitutif d'une faute. Si postérieurement à la conclusion du contrat, sa situation vient à s'améliorer et que ses capacités financières croissent, toute idée de disproportion disparaît, de telle sorte que l'emprunteur n'est exposé à aucun préjudice

553. Enfin, pour les entreprises, nous savons qu'il est admis par la jurisprudence ne retient la responsabilité du prêteur que pour le cas dans lequel la banque connaissait ou aurait du connaître la situation obérée de l'entreprise. Ce qui sous-entend que le banquier n'est responsable s'il consent un concours disproportionné quand il ne pouvait pas savoir que l'entreprise était en situation obérée. Par conséquent le client serait mal fondé à invoquer le fait que le créancier l'ait crédité.

554. Il existe donc des cas où un emprunteur peut demander un concours disproportionné sans pouvoir engager la responsabilité du prêteur. *Comment dès lors parler*

[853] Considérant n° 26.
[854] Considérant n° 26.

de principe général de proportionnalité en droit bancaire quand le prêteur pourrait s'en abstraira dans les deux cas précédents, sans engager sa responsabilité ? Le caractère général d'un principe impliquerait que celui-ci s'impose *inconditionnellement*, qu'elle que soit l'hypothèse.

555. Il en va ainsi de tous les principes généraux du droit des contrats. C'est notamment le cas de la bonne foi qui s'impose entre professionnels[855]. Celle-ci est toujours due indépendamment du fait qu'une partie ait conscience de la mauvaise foi de son cocontractant. C'est ce qu'a rappelé la Cour de cassation[856], dans une espèce, en jugeant que « *manque à son obligation de bonne foi l'assureur qui, dans un contrat d'assurance-vie multi supports, supprime unilatéralement certains supports pour préserver ses seuls intérêts et priver l'assuré de la possibilité de placer des fonds sur les supports les plus performants, faisant ainsi perdre tout intérêt à la clause d'arbitrage à cours connu* ». Il importe donc peu en définitive que l'autre partie ait connaissance de cette mauvaise foi.

556. *Dans le cas de la disproportion, si l'on suit la même logique, même averti du risque d'endettement, le banquier ne pourrait pas créditer le client, eu égard au principe de proportionnalité. Pourtant, en pratique, c'est l'inverse que l'on peut constater*. Il n'existe donc pas de sanction mécanique de la disproportion, au seul motif que l'engagement est arithmétiquement excessif. C'est ce que l'on peut constater dans l'hypothèse du crédit ruineux.

557. L'évanescence d'un principe de proportionnalité pour le cas du crédit ruineux- . Le crédit ruineux est celui dont le coût est « *insupportable pour l'équilibre de la trésorerie de la société et incompatible pour elle avec toute rentabilité* »[857]. Il peut donc alors

---

[855] Ainsi, en matière de contrat de distribution, lorsque les difficultés du cocontractant sont dues à un déséquilibre financier initial de la convention, le distributeur manque à son obligation de bonne foi, V. Cass. civ. 1ère, 16 mars 2004, Bull. civ. I, n° 86 ; D. 2004, p. 1754, note D. MAZEAUD ; JCP éd E. 2004, p. 737, note M.-M. RENARD-PAYEN ; RLDC 2004/6, n° 222, note D. HOUTCIEFF ; LPA 28 juin 2004, note C. GAVOTY et O. EDWARDS ; RTD civ. 2004, p. 290, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

[856] Cass. civ. 2ème, 8 nov. 2007, JCP éd. G 2008, II, 10034, note L. GRYNBAUM. Cet arrêt est notamment publié au Rapport Annuel de la Cour de cassation 2007, note 10 bis, sous l'art. 1135.

[857] V. en ce sens, Cass. com., 24 sept. 2003, Bull. civ. IV, n° 136, p. 155 ; Banque et droit, n° 93, janv.-févr. 2004, n° 56, obs. T. BONNEAU ; D. 2003, AJ, p. 2568 ; Cass. com., 22 mars 2005, Bull. civ. IV, n° 67, p. 70 ; Banque et droit, n° 102, juill.-août 2005, n° 71, obs. T. BONNEAU ; D. 2005, AJ, p. 1020, note A. LIENHARD ; RTD com. 2005, p. 578, obs. D. LEGEAIS ; C. LABORDE, *De la responsabilité des banques en matière de crédit aux entreprises en difficultés*, LPA, n° 5, 12 janv. 1994, p. 34 ; F.-D. POITRINAL, *Responsabilité des banques pour soutien abusif*, Dr. et patr. 1994, n° 15, p.38 ; J. STOUFFLET, *Retour sur la*

être reproché au banquier un concours financier trop lourd à assumer quand bien même l'entreprise serait *in bonis*. A l'inverse, le crédit abusif est celui qui prolonge l'activité d'une entreprise dont la situation est désespérée et que le banquier a accordé le crédit en connaissance de cette situation[858]. La distinction entre ces cas de faute réside alors dans la situation de l'entreprise au moment de l'octroi du crédit[859]. Dans un cas, c'est le soutien, ruineux, qui entraîne la défaillance du débiteur. Dans l'autre, le soutien abusif l'aggrave. Cette mise en jeu de la responsabilité de nature objective, reposant sur l'évaluation arithmétique du montant du prêt à la situation financière du crédité, a toutefois été limitée, tant par la jurisprudence que par le législateur.

Tout d'abord, la jurisprudence encadre strictement la responsabilité du créditeur en l'encadrant dans les règles relatives à la responsabilité pour faute : le banquier doit avoir été négligent. *Le principe est l'excès n'est sanctionné que si le prêteur avait connaissance de la situation de l'entreprise ou, du moins, pouvait la connaître*[860]. C'est notamment le cas si doute vient à l'esprit du banquier sur la situation réelle de l'entreprise et qu'il aurait dû faire preuve de vigilance[861]. C'est encore le cas lorsque le banquier connaît les facultés contributives de son client[862].

L'existence d'un principe de proportionnalité est donc balayée dès lors que le prêteur avait des raisons légitimes d'ignorer le caractère excessif de l'engagement pris par son client.

558. L'évanescence d'un principe de proportionnalité pour le cas des procédures collectives -. En dernier lieu, l'étude du droit positif illustre la difficulté de retenir un principe général d'équilibre des prestations, en matière de procédures collectives, tant à l'égard de l'emprunteur que de sa caution. Le législateur, conscient des conséquences d'une multiplication du contentieux dans le cas du soutien aux entreprises en difficultés, est venu limiter les hypothèses de responsabilités du dispensateur de crédit. Par la loi du 26 juillet

---

responsabilité du banquier donneur de crédit, Mélanges CABRILLAC, Dalloz-Litec, 1999, p.517 ; I. URBAIN-PARLEANI, *L'octroi abusif de crédit*, RD bancaire et fin. nov.-déc. 2002, n° 365.

[858] V. Cass. com., 26 avr. 1994, n° 92-15.533, RD bancaire et bourse 1995, p. 14, n° 4, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD.

[859] Confirmant l'autonomie du soutien abusif par rapport au soutien ruineux, V. J. MOURY, *La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L. 650-1 du code de commerce*, D. 2006, p. 1743, n° 10 ; T. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 7ème éd., 2007, n° 737, p. 556.

[860] Cass. com., 19 avr. 2005, n° 03-12.879, Gaz. Pal. 2005, p. 2294, obs. M. MOUTIER ; Cass. com., 22 mars 2005, n° 03-12.922, Bull. civ. IV, n° 67 ; D. 2005, p. 1020, obs. A. LIENHARD ; RTD com. 2005, p. 578, obs. D. LEGEAIS, RJDA 2005, p. 743 ; Cass. com., 22 mars 2005, n° 02-20.678, Bull. civ. IV, n° 68 ; Cass. com., 24 sept. 2003, n° 00-19.067, Banque et droit 2004, n° 93, p. 56, obs. T. BONNEAU.

[861] Cass. com., 18 janv. 1994, n° 91-15.279, BRDA 1994, n° 4, p. 10.

[862] V. ainsi la position de la Chambre commerciale, Cass. com., 17 mars 2004, n° 01-15.969 ; JCP éd. E 2005, 782, p. 868, n° 32, obs. J. STOUFFLET.

2005, l'insertion de l'article L. 650-1 au sein du Code de commerce[863], vient poser le principe de l'irresponsabilité du prêteur pour les cas de fournitures de crédit aux entreprises. L'article dispose précisément 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* (…) ». Cette disposition est éloquente : au delà de l'existence d'un principe d'irresponsabilité du prêteur lors de l'octroi d'un concours à une entreprise en difficulté, seuls trois cas de responsabilités sont désormais envisageable. Spécifiquement à la qualification de soutien abusif, cette hypothèse de responsabilité semble évincée de sorte que toute idée de proportionnalité entre le montant du concours et la situation du débiteur ait, *a priori* et hormis le cas de la fraude, disparue.

559. Pour autant toute idée de disproportion n'a pas disparue, et reste conditionnée à la preuve de la connaissance par le banquier du caractère excessif de l'engagement qu'il accepte. Ainsi, l'hypothèse du crédit ruineux ne semble pas visée par le texte qui, de par son situation dans le Code de commerce, au Titre cinquième du Livre sixième consacré aux difficultés des entreprises, laisse penser que l'article L. 650-1 ne joue que pour le cas des entreprises en situation de cessation des paiements[864]. L'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 confirme ce fait en disposant que ce texte ne vaut que pour le cas d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire déjà ouverte. Or l'hypothèse du crédit ruineux concerne les entreprises encore *in bonis* au moment de l'octroi du prêt, si bien que l'on peut douter l'article L. 650-1 s'applique à cette hypothèse : l'établissement de crédit ne pourra donc pas opposer l'irresponsabilité de principe à un débiteur qui est mené à la cessation des paiements par le poids d'un concours financier trop lourd onéreux.

---

[863] Loi n° 2005-845 du 26 juill. 2005, JO 27 juill. 2005, p. 12187.

[864] En ce sens, et se rapprochant de cette solution, J. MOURY, *La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L. 650-1 du code de commerce*, précité, p. 1743, n° 8.
contra. T. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 7ème éd., 2007, n° 737, p. 557, jugeant que si le texte a pour finalité le financement de l'entreprise en difficulté, ce qui vise donc le cas du soutien abusif, il vise aussi l'hypothèse du crédit ruineux. Nous reviendrons en détail sur ce point, mais à titre liminaire, nous jugeons pertinent de nous ranger du coté du professeur MOURY. En effet, le crédit ruineux, nous l'avons montré, est autonome du crédit abusif, et sa sanction est fondée sur un fondement spécifique, celui du manquement du banquier à son devoir de bonne foi. Spécifiquement, le prêteur fait conclure à son client une convention si déséquilibrée qu'elle fait perdre pour celui-ci tout intérêt au profit du banquier. En ce sens, le crédit ruineux se rapprocherait de l'abus dans la fixation du prix par le vendeur, V. Cass. civ. 1ère, 16 mars 2004, précité, au sujet du contrat de distribution déséquilibré qui est sanctionné sous le visa de l'art. 1134-3. Dès lors nous ne pouvons pas concevoir qu'une disposition législative puisse en écarter une autre, d'autant plus que l'exigence de bonne foi est un principe général de droit des contrats. Nous en concluons donc que l'art. 650-1 ne vise que le cas du soutien abusif.

560. Conclusion sur l'existence d'un principe de proportionnalité au stade de la formation du contrat -. Nous venons de démontrer qu'il n'est pas évident qu'existe un principe de proportionnalité en droit bancaire. Nous montrerons qu'un pareil constat est susceptible d'être réalisé au moment de l'exécution du contrat.

2) Les obstacles à la reconnaissance de la proportionnalité au stade de l'exécution du contrat

561. Si l'on s'en tient à cette idée sommaire selon laquelle la proportionnalité désignerait une exigence d'adéquation, l'on est tenté de voir la mise en œuvre de cette exigence dans différentes hypothèses touchant à l'exécution du contrat. C'est le cas en matière de clause pénale, avec l'article 1152 du Code civil, dans le domaine de la fixation abusive du prix, depuis les arrêts d'Assemblée plénière du 1er décembre 1995, de l'exigence d'une contrepartie financière, dans l'exécution des clauses de non-concurrence, dans le cas de la l'appréciation de la lésion au jour de la vente, en droit administratif avec la révision pour imprévision depuis l'arrêt *Gaz de Bordeaux* en 1916, en matière de vente sur le fondement de l'obligation de délivrance quand l'acheteur reçoit moins que ce qui était convenu, en matière bancaire dans l'évaluation du lien de causalité entre le concours alloué et le préjudice subi par l'emprunteur dans l'hypothèse du crédit ruineux. L'on en trouve enfin encore une illustration en matière de cautionnement avec l'article 341-4 du Code de la consommation lorsque l'évaluation du caractère disproportionné de la garantie est faite au moment de l'appel en garantie. En définitive, une approche empirique du principe d'équilibre contractuel semblerait démontrer l'existence foisonnante de la proportionnalité, même si ce n'est pas sous cette dénomination qu'elle est présentée. Au contraire, elle regrouperait en son sein tout un ensemble de termes sous lesquels, notamment l'abus, l'équité, la bonne foi, la lésion, l'existence d'une contrepartie, etc. cette proportionnalité se drape.

562. Toutefois, en dépit de cette diversité, l'intrusion de ce principe en droit des contrats peut sembler contestable : entre le respect de la parole né de la force obligatoire et le souci de protection des parties, le principe de proportionnalité au moment de l'exécution du contrat est susceptible de deux griefs majeurs : l'instabilité du contrat et le caractère imprévisible des cas de sanctions de déséquilibre contractuel.

a) le caractère instable de la proportionnalité

563. « *Le déséquilibre, c'est précisément l'aléa du contrat* » écrit Ripert[865]. Manifestant son opposition, avec véhémence, à un droit de révision contractuel au profit du contractant lésé, justifié sur l'existence d'un déséquilibre au sein du contrat, cet auteur conclut qu'un tel principe général aboutirait sur une instabilité contractuelle. En effet, une révision constante, au nom de l'équité et de la justice, conduirait les parties à devoir constamment réécrire leur accord, ce qui instaure, au stade de l'exécution, un mécanisme proche de la *punktation*. Séduisante, cette idée n'est cependant pas acceptable. Elle risque de faire peser la détermination contractuelle des volontés sur le pouvoir judiciaire quand les parties ne s'accordent pas sur le contenu du contrat, comme c'est le cas pour l'hypothèse de la réfaction[866]. Plus encore, ce serait accepter la possibilité d'une révision pour imprévision au motif que le contrat devient déséquilibré durant la phase de son exécution. Refusée en droit français[867], les principes Unidroit[868] l'admettent en posant le principe de l'intangibilité de la convention avant d'admettre, pour les parties, « *l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances survenu postérieurement à la conclusion du contrat* ». Le droit du commerce international ne connaît-il d'ailleurs pas ce mécanisme avec les clauses de « hardship » ? Selon, les risques liés à la révision du contrat, qui résident dans l'instabilité contractuelle pour les parties, suffisent à eux-seuls à refuser le cas d'une révision générale pour disproportion des prestations contractuelles. A cet égard, il convient de faire preuve de sagesse et de tirer les leçons que le droit allemand a pu nous offrir en matière d'inexécution contractuelle.

564. Ainsi, celui-ci opère un rapprochement entre l'inexécution volontaire due à un changement des circonstances ayant présidé à la conclusion du contrat et une inexécution fortuite par force majeure, qui relève ici de la théorie des risques. D'un rapprochement, le droit allemand semble réaliser une confusion puisqu'il va jusqu'à rechercher l'absence d'utilité du contrat (Zweckvereitelung) pour la partie pour qualifier l'impossibilité d'exécuter

---

[865] G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4ème éd., 1949, n° 85, p. 152.
[866] K. DE LA ASUNCION PLANES, *La réfaction du contrat*, préface d'Y. PICOD, th. Perpignan, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2006, n° 476. Cet auteur fonde d'ailleurs, principalement mais pas uniquement, la réfaction sur l'existence d'un déséquilibre contractuel.
[867] Cass. civ., 6 mars 1876, Canal de Craponne, D. 1876, I, p. 193, A. GIBOULOT.
[868] Art. 2.117-2, V. en ce sens, J. RAYNARD, *Les « Principes du droit européen du contrat » : une lex mercatoria à la mode européenne*, RTD civ. 1998, p. 1006.

son engagement (Geschäftsgrundlage)[869]. En définitive, et concrètement, il suffirait que le contractant ne retire plus d'intérêt à prolonger la relation pour qu'il puisse la modifier. Ce serait sacrifier ainsi la vigueur contractuelle au bon vouloir du contractant, paroxysme de l'instabilité. Conceptuellement, se rapprochant de la *punktation*, ce serait décaler la phase de l'accord des volontés au moment de l'exécution du contrat. Il y aurait alors dissociation entre la force obligation du contrat de l'accord de volontés, ce qui est un non-sens puisque la premier découle du second. L'on aurait donc peine à imaginer que le contrat n'ait plus de force contraignante, faute pour les parties de s'entendre pour l'avenir[870].

b) le caractère imprévisible de la sanction du déséquilibre contractuel

565. Une critique de l'application d'un principe de proportionnalité au contrat réside dans le risque d'imprévisibilité qui en découle. Si la liberté contractuelle implique la liberté d'agréer ou non à un contenu objectif, y compris pour les contrats d'adhésion, elle implique aussi le choix d'être lésé. Comme le précise un auteur[871], « *l'équivalence des libertés est considérée comme suffisante ; l'équivalence des prestations ne compte pas* ». Si le propos paraît désuet, voire erroné, l'on rappellera que plusieurs solutions du droit positif réalisent cette solution et retiennent la validité de contrats en l'apparence déséquilibré. Ainsi, l'article 1118 du Code civil refuse d'admettre la lésion comme cause générale d'annulation des contrats. La doctrine opposée à une révision pour déséquilibre contractuel conforte ce point de vue et affirme que « *l'équivalence dans ce droit est l'équivalence voulue par les parties et non pas l'équivalence matérielle. La notion d'équivalence est surprenante dans un droit qui n'admet pas la révision des conventions et conçoit l'équivalence dans les contrats comme l'équivalence voulue par les parties contractantes*[872] ». C'est aussi ce que juge la Cour de cassation au sujet du prix lésionnaire. Ainsi, un contrat de vente avec prix manifestement trop bas est par principe valable. Ce n'est que dans le cas du vil prix qu'il sera sanctionné, du fait de l'absence totale de contrepartie pour le vendeur, privant ainsi de cause son obligation. La liberté contractuelle n'impose donc pas l'équilibre des prestations, elle rejette simplement l'absence de toute contrepartie, autre que celles visibles dans les actes à titre gratuits. Ce serait alors la volonté des parties qui légitimerait l'existence de la disproportion. *Pour les contrats*

[869] S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé*, précité, n° 958 ; S. LE GAC-PECH, *Rompre son contrat*, RTD civ. 2005, p. 223.
[870] Ce serait enfin faire mentir l'adage « *le contrat est une emprise sur l'avenir* ».
[871] D. ANDRONESCO, *L'inégalité des prestations dans les contrats*, th. Paris, 1922, p. 53.
[872] M.-M. EL-GAMMAL, *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques*, th. Paris, 1953, n° 221 et 224.

de bienfaisance, la justification de ce déséquilibre réside dans l'intention libérale du créancier[873]*, ce qui valide de tel contrat. Dans les contrats aléatoires, la disproportion se trouve légitimée par l'acceptation de l'aléa par les parties*[874]*, ce qui s'exprime selon l'adage, « l'aléa chasse la lésion ».*

566. L'aléa exclut-il pour autant tout contrôle ? Le droit du cautionnement brouille le postulat classique qui existe entre aléa et lésion. Pour le cautionnement de dette déterminée, par l'arrêt Macron du 17 juin 1997 précité, le juge impose au créancier un devoir de proportionnalité entre le patrimoine de l'appelé en garantie et l'étendue des dettes cautionnées. La caution connaît par avance l'étendue de son engagement : aucun aléa n'existe alors *a priori*, si bien que le contrôle de l'excès est possible. A l'inverse, pour le cas du cautionnement omnibus, c'est-à-dire celui de dettes non déterminées au moment de la conclusion du contrat[875], un risque de surendettement imprévisible existe. En effet, la caution ne sait pas, au moment de la conclusion du contrat, quelle sera l'étendue de son engagement. Un aléa existe pour le cas du cautionnement omnibus, celui de devoir plus que ce que la caution n'aurait pensé devoir. Ce fait devrait alors éluder tout contrôle de proportionnalité.

567. L'imprévisibilité du contrôle en matière de garantie -. Cependant, cela ne semble pas être le cas : un mécanisme de proportionnalité s'applique, y compris lorsque l'engagement de la caution est assorti d'un aléa. Si le jeu de l'article L. 341-4 du Code de la consommation ne vaut pas pour le cautionnement omnibus[876], l'article L. 650-1 du Code de commerce fait de la disproportion de la garantie au regard du montant des dettes un cas de responsabilité du banquier. L'aléa est alors un élément indépendant de tout contrôle de

---

[873] Ch. FREYA, *Le prix de vente symbolique*, D. 1997, chron. p. 51, n° 1 ; Cass. civ. 1ère, 6 janv. 1969, Bull. civ. I, n° 8, au terme de cet arrêt, la modicité du prix trouvait sa cause dans l'intention libérale du vendeur à l'égard de l'acheteur.

[874] J.-M. DE BERMOND DE VAULX, *La détermination du prix dans les contrats de vente*, JCP éd. G 1973, I, 2567, n° 6 : « *le déséquilibre des prestations peut ne plus être subi, mais au contraire, recherché par les parties lorsque l'avantage qu'elles espèrent obtenir dépend d'un événement incertain auquel elles subordonnent leurs chances de gain ou de pertes* ». Pour une illustration, V. Cass. civ. 3ème, 9 févr. 1977, Bull. civ. III, n° 70 ; Cass. civ. 1ère, 12 oct. 1977, Bull. civ. I, n° 367 ; Cass. civ. 1ère, 26 avr. 1988, Bull. civ. I, n° 121.

[875] Cette hypothèse est d'ailleurs remise en cause pour les personnes physiques depuis la loi n° 2003-721 du 1 août 2003, devenue l'article L. 341-2 du Code de la consommation lequel dispose que la caution personne physique d'un créancier professionnel doit mentionner sur l'acte le principal et les intérêts. Cette disposition semble limiter la possibilité pour le créancier de demander un cautionnement omnibus à une personne physique, la sanction du défaut de ces mentions étant la nullité de l'acte.

[876] L'article L. 341-5 ne peut s'appliquer au cautionnement de dettes indéterminées puisque seule la personne physique peut bénéficier de cette disposition. Or l'article l'article L. 341-2 impose que celle-ci précise le montant garanti...ce qui lui interdit de souscrire un cautionnement omnibus.

proportionnalité sur lequel il n'a pas d'emprise : Proportionnalité n'est pas lésion et il devient difficile de l'exclure au seul motif que l'engagement est aléatoire.

Enfin, cette imprévisibilité de la sanction de l'excès ne tient pas seulement à l'existence même du contrôle de l'excès, mais réside aussi dans l'évaluation de ce dernier. Il apparaît difficile pour les parties, au moment de la conclusion du contrat, de prévoir dans quels cas une correction de la prestation par le juge est possible, notamment en raison de l'appréciation souveraine des juges sur le quantum de la disproportion. Un auteur[877], recherchant les critères de l'équilibre contractuel, propose de déterminer le moment à partir duquel il doit y avoir correction de l'engagement excessif : cet auteur expose que « *l'équilibre contractuel existe quand d'une part sur le plan quantitatif, un constat de réciprocité ou de commutativité a pu être observé et d'autre part sur le plan qualitatif, il apparaît une équivalence ou une proportionnalité entre l'ensemble de ces droits, obligations et prestations*[878] ». Ces critères, certes précis, sont à nos yeux difficiles à appréhender *a priori*. La manière dont le juge manie le pouvoir de révision du contrat, avec circonstances, notamment en matière de cautionnement, illustre parfaitement cette difficulté de déterminer les cas dans lesquels l'engagement sera jugé excessif : l'appréciation personnelle du juge s'y oppose. Il convient alors de préciser ce que l'on entend par « excessif ».

568. Le besoin de limiter la sanction aux seuls cas d'engagement manifestement excessifs, comme instrument de prévisibilité -. Le professeur MOLFESSIS enseigne que « *toute disproportion ne saurait être prise en considération. Celle-ci doit être, selon les cas, manifeste, excessive…*[879] ». C'est cette idée que confirme le législateur aux termes de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, lequel dispose qu'un « *créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation.* »

Le même schéma est retenu, spécifiquement au cautionnement des crédits à la consommation et immobiliers, à l'article L. 313-10[880] du même Code qui dispose qu' « *un*

---

[877] L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, th. Orléans, Bibliothèque de droit privé, n° 366, 2002, n° 325, p. 217.
[878] L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, précité, n° 358, p. 238.
[879] N. MOLFESSIS, *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, LPA, 30 septembre 1998, p. 30, n° 26.
[880] Modifié par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, art. 81-V qui élargie le domaine d'application en visant les organismes mentionnés à l'art. L. 511-6 du Code monétaire et financier.

établissement de crédit «ou un organisme mentionné au 5 de l'article L. 511-6 du code monétaire et financier» ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement d'une opération de crédit relevant des chapitres Ier ou II du présent titre, conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation. » Cette exigence du caractère manifeste du déséquilibre doit être précisée. Bien qu'il s'agisse d'une question de fait, la jurisprudence fournit des illustrations de cet excès. Ainsi a-t-il est jugé disproportionnés des engagements de 120 000 francs pour 1900 de revenus[881], de 150 000 pour aucuns revenus[882], 20 millions de francs pour 37 550 avec un patrimoine de 4 millions[883], 137 000 pour 10000[884]. Plus sévèrement encore pour le banquier, des revenus et un patrimoine équivalents à 50% de l'engagement d'une caution ont conduit à juger cet engagement disproportionné[885]. Au contraire, des mensualités de remboursement de moins de 8000 francs avec un chiffre d'affaires mensuel de plus de 200 000 n'ont pas été de nature à sanctionner la disproportion[886]. Malgré la grande diversité de ces situations, un seuil d'un certain ordre de grandeur peut être trouvé. Il nous semble que la disproportion n'est jamais sanctionnée quand le ratio revenu mensuel+patrimoine sur le montant des dettes garanties est inférieur à un tiers.

569. L'influence de la qualité des parties sur la prévisibilité de l'excès -. Il n'en reste pas moins que le contrôle opéré par le juge ne se résume finalement plus en une simple opération arithmétique entre l'engagement d'un coté et le patrimoine et les revenus de l'autre. En effet, calquant son raisonnement sur le modèle du devoir de mise en garde qui impose une recherche de la qualité de profane ou non des parties, le juge paraît être sensibilisé par les caractéristiques liées à la personne de la caution dans son appréciation du déséquilibre[887]. Ainsi, si la caution est considérée comme un profane, le juge semble retenir plus facilement la disproportion de l'engagement. Comme le formule justement un auteur[888], il y a une « *appréciation ratione personae de la disproportion* ». Ce faisant, ce souci de justice apporte

[881] CA Paris, 27 nov. 1998, JCP éd. E 1999, p. 615, n° 5, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE.
[882] Cass. com., 21 juin 2005, RD bancaire et fin. sept.-oct. 2005, p. 20, obs. D. LEGEAIS.
[883] Cass. civ. 1ère, 17 juin 1997, précité.
[884] Cass. civ. 1ère, 22 oct. 1996, Bull. civ. I, n° 362 ; D. 1997, somm. p. 166, obs. L. AYNES ; JCP éd. G 1997, I, 3991, obs. Ph SIMLER et Ph. DELEBECQUE ; RTD civ. 1997, p. 189, obs. P. CROCQ.
[885] Paris, 30 janv. 1996, D. Affaires 1996, p. 229.
[886] Cass. com., 14 nov. 2000.
[887] Pour une illustration, au sujet d'un dirigeant caution, sans expérience commerciale, reconverti dans un domaine qu'il ne connaît pas, jugé de « profane », V. CA Caen, 20 juin 2002, RD bancaire et fin. sept.-oct. 2002, p. 255, obs. LEGEAIS ; BICC 2002, n° 1233 au
[888] G. MARRAUD DES GROTTES, note sous Cass. com., 17 déc. 2003, RLDC 2004, n° 2, p. 28.

un peu plus au caractère imprévisible du contrôle de proportionnalité, il nous semble que *la jurisprudence, qui étudie la situation de la caution, opère un basculement d'une appréciation objective vers une appréciation subjective de la disproportion*. C'est d'ailleurs ce vers quoi le législateur semble s'orienter, au travers des propositions du groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, qui invite à ce que le principe d'équilibre ne soit retenu que pour les personnes physiques non-professionnelles[889]. Nous regrettons que soit prise en compte cette notion dont le vœu, louable, est d'offrir davantage de prévisibilité au prix d'un retour à un certain dogmatisme que nous pointions du doigt lors de nos développements sur l'obligation d'information[890] : comme nous l'écrivions, la qualité de professionnel ne présuppose en rien de l'état de connaissance de la partie. Pour autant, et malgré tous les arguments tendant à relativiser l'existence d'un principe de proportionnalité en droit bancaire, il s'avère que celui-ci s'avère nécessaire, compte tenu de la finalité sociale du contrat[891].

§ 2 - L'UTILITE DU CONTROLE DE PROPORTIONNALITE

570. Le concept de proportionnalité ne paraît pas pourvoir émerger sans risquer de heurter l'autonomie de la volonté et de porter atteinte à la substance même du contrat accepté par les parties et à sa finalité qui est de sécuriser la relations entre celles-ci. Devant ces risques qui peuvent nuire à la cohérence de la théorie générale des obligations, il existe néanmoins des impératifs au regard desquels l'instauration d'un principe de proportionnalité s'avère nécessaire. S'éloignant du dogme de la théorie classique du contrat, nous avancerons justement que le principe d'équilibre au sein du contrat permet à ce dernier de retrouver une certaine vigueur. En effet, on peut penser que, plus qu'un instrument de justice et d'équité, le contrat dont les prestations sont équilibrées est un instrument de satisfaction du contractant. La finalité du contrat est alors d'être utile aux parties. L'utilité serait même de l'essence du contrat, même si cela ne se traduit pas de manière économique mesurable : ainsi est-ce le cas de *l'animus donandi* dans la donation.

571. Que l'on défende une conception sociale du contrat, comme c'est le cas pour les tenants du solidarisme contractuel, ou que l'on lui préfère une conception plus libérale, voire

[889] Rapp. du groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, 28 mars 2006, p. 6 et 7.
[890] V. *supra*. n° 317.
[891] Le terme « social » renvoie, dans une optique « solidariste », à l'idée de justice contractuelle, et à travers un prisme libéral, à l'idée d'utilité du contrat pour les parties. Quel que soit l'angle choisi, le contrat est alors appréhendé comme un instrument de satisfaction des intérêts privés.

égoïste, faisait primer la recherche de la satisfaction des ses propres intérêts, le contrat a vocation à être utile aux cocontractants. A cet égard, nous pensons alors que le principe de proportionnalité s'inscrit dans cette recherche de « l'utilité contractuelle » (B). Ce qui suppose tout d'abord une remise en cause du caractère immuable du contrat (A).

A) La proportionnalité justifiée par la remise en cause du caractère immuable du contrat

572. La conclusion du contrat semble graver dans le marbre la volonté que les parties semblent avoir voulu permanente et immuable. Avoir voulu, c'est vouloir jusqu'à l'extinction de la convention. Ainsi, l'emprunteur conclut un contrat de prêt qu'il décide d'honorer jusqu'au complet remboursement des échéances. S'il défaille, le prêteur le contraindra à s'exécuter, et le fera par l'intermédiaire d'une garantie, cautionnement, hypothèque, nantissement, etc. La volonté aurait donc ce caractère que l'on prête aux choses éternelles d'être immuable[892]. De façon pragmatique, au contraire, une certaine souplesse se révèle nécessaire pour assurer au contrat une utilité pour les parties, en ce sens que le caractère définitif de la volition n'est plus synonyme de sécurité juridique. Si une partie contracte pour retirer un avantage de la convention, il ne pourrait plus pertinent de parler de cette sécurité juridique si l'avantage, en cours d'exécution, et à plus forte raison dès la formation, vient à disparaître. *La sécurité ne s'entend-elle pas de la nécessité d'assurer à chacun ce qu'il attendait de recevoir ?* Nous pouvons retenir deux arguments de nature à remettre en cause le caractère immuable du contrat.

1° La nécessité d'une proportionnalité fondée sur le caractère évolutif du contrat

573. Le caractère évolutif du contrat -. Le temps n'est pas linéaire, la volonté d'hier ne préfigure pas de la volonté de demain. Au sujet de la prise en compte du temps par le droit, un auteur écrit que « *l'insuffisance de cette conception absolue et passive éclate dans tous les secteurs, sous l'effort de la pensée moderne, qui fait apparaître les aspects protéiformes de la réalité, où se découvrent, à la fois la variabilité du temps et sa liaison*

[892] Le contrat n'est pas la seule terre d'élection de cette croyance que la volonté est figée. La littérature, de manière prosaïque, nous en donne une illustration : « *Courent les années, le temps de l'âme est immuable* », V. E. CLOUTIER, *Croisière*, Ottawa, Cercle du livre de France, 1963.

intime aux phénomènes qu'il supporte[893] ». La pratique des prêts à taux variables en est le patent exemple. S'extirpant des limites posées par l'article 1129 du Code civil[894], la clause de variation du taux de l'intérêt n'est plus invalidée par la jurisprudence[895], à condition qu'elle soit fondée sur un critère objectif[896] et qu'elle figure sur les relevés périodiques de compte, même si la variation est automatique[897]. De la même manière, au sujet de l'information de l'emprunteur au cours de l'exécution du contrat, la Directive n° 2008/48/CE du 23 avril 2008[898], relative aux contrats de crédit aux consommateurs, confirme la prise en compte de l'évolution du contrat de prêt au cours de son exécution, et dispose que « *des informations sur le taux débiteur devraient être fournies au consommateur aussi bien lors de la phase précontractuelle qu'au moment de la conclusion du contrat de crédit. Pendant la durée du contrat, le consommateur devrait, en outre, être informé de toute modification du taux variable et de l'adaptation des paiements qui en résulte* ». Le caractère variable du taux de l'usure, un taux excessif, a donc une incidence sur le contenu de la prestation de l'emprunteur : pour être applicable, le nouveau taux doit être communiqué.

574. Le caractère muable du contrat la mutabilité du contrat ne concerne pas uniquement un élément antérieurement déjà connu de la partie, mais touche aussi à des éléments du *negotium* non encore fixées *ab initio*[899]. Les clauses d'indexation ou les dettes de valeur sont, à l'image du taux variable dans le prêt, des témoins pertinents de l'intérêt de faire

---

[893] P. HEBRAUD, *Observations sur la notion du temps dans le droit civil,* in *Etudes offertes à P. KAYSER*, t. II, 1979, p. 3, n° 3.

[894] Cass. Ass. plén., 1er déc. 1995, D. 1996, p. 13, concl. JEOL, note L. AYNES ; JCP éd. G 1996, II, 22565, concl. JEOL, note J. GHESTIN ; JCP éd. E 1996, II, 776, note L. LEVENEUR ; LPA, 27 déc. 1995, note M. BUREAU et N. MOLFESSIS ; RD bancaire 1996, n° 46, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; RTD civ. 1996, p. 153, obs. J. MESTRE.

[895] V. Cass. com., 9 juill. 1996, JCP éd. E 1996, II, p. 861, note J. STOUFFLET ; D. 1996, IR, p. 191 ; RTD com. 1996, p. 699, obs. M. CABRILLAC ; pour une illustration de la jurisprudence antérieure, V. Cass. civ., 9 févr. 1994, RD bancaire et bourse 1994, p. 128 ; D. 1994, p. 605, note L. CASAUX.

[896] En l'occurrence, le taux de base est un critère de fixation objectif, indépendant de la volonté du banquier, V. en ce sens, Commission des clauses abusives, avis n° 04-02 et n° 04-03, 27 mai et 24 juin 2004, relatif à des contrats de compte permanent. Le raisonnement reprend celui des arrêts du 1er déc. 1995 qui autorise la fixation du prix en référence à des éléments extrinsèques au contrat, qui ne dépendent pas de la volonté des parties.

[897] Cass. civ. 1ère, 19 oct. 2004, JCP éd. E 2004, p. 1862, avis de l'avocat général CAVARROC ; RTD com. 2005, p. 152, note M. CABRILLAC ; Banque juin 2005, n° 670, p. 83, note J.-L. GUILLOT et M. BOCCARA SEGAL ; D. 2004, somm. p. 2932, obs. V. AVENA-ROBARDET.

[898] Considérant n° 32, Directive n° 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008, concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil, JOUE L 133 du 22 mai 2008 ; D. LEGEAIS, *Directive crédit à la consommation* , RTD com. 2008, p. 395 ; S. GOSSOU, *Directive relative aux crédits à la consommation: impacts sur les assurances emprunteurs* , Banque et droit juill.-août 2008, n° 39 ; G. RAYMOND, JCP éd. G 2008, I, 215 ; G. RAYMOND, *Directive 2008/48/CE: premières approches*, Contrats conc. consom. 2008, étude n° 9 ; A. RAYNOUARD, *Harmonisation maximale laissant subsister des différences nationales*, RJ com. 2008, p. 300 ; A. GOURIO, JCP éd E. 2008, n° 36, p. 13 ; S. PIEDELIEVRE, *Directive du 23 avr. 2008 sur le crédit aux consommateurs*, D. 2008, p. 2614.

[899] La jurisprudence sur l'indétermination du prix nous en donne une illustration brillante. La fixation peut être unilatérale et encore inconnue au moment de la formation du contrat.

évoluer le *quantum* des prestations du contractant. Ainsi, cette notion de dette de valeur autorise, pour assurer la stabilité de la valeur de la chose, à réévaluer le montant de cette au jour de son exécution, tout comme le banquier fera varier le montant des intérêts en fonction du loyer de l'argent. Le législateur reconnaît explicitement ce principe de « valorisme » au sujet de la révision des rentes viagères, des loyers civils ou commerciaux[900], etc. Si le droit prend en comte l'évolution de la valeur de la monnaie, alors il est possible qu'il retienne aussi celle de l'étendue d'une obligation contractuelle. Cette prestation contractuelle est d'ailleurs aisément évaluable en argent, ce que le Code civil admet en disposant que « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur*[901] ». Pour les obligations de donner, cette évaluation est alors celle de la chose elle-même quand le débiteur s'exécute en équivalent. Il apparaît alors que le caractère muable du contrat s'exprime au travers de l'évolution de la valeur monétaire de l'obligation contractuelle.

575. Le caractère muable du contrat peut encore être trouvé dans l'idée d'une remise en cause du caractère figé de l'accord des parties réside dans l'évolution même de la notion de contrat. Souvent, il est de ces images d'Epinal que l'on retrouve aussi à l'étude de l'acte juridique, lesquelles présentent le contrat comme soit un instrument de sécurité juridique, fiable mais rigide, soit comme un outil de justice contractuelle, souple mais imprévisible. Un regard nuancé nous invite à une toute autre analyse. Selon DEMOGUE, « *le contrat qui est une chose vivante ne peut être absolument rigide. Vivre c'est se transformer en restant dans une certaine direction générale* »[902]. LARTIGOLLE, dans des termes différents, exprime la même idée : « *il baigne dans ce monde extrêmement vivant, fluctuant, de l'ensemble de l'économie* »[903].

576. Cette pensée contemporaine trouve écho chez les auteurs modernes, chez MM. ROUHETTE et VASSEUR notamment[904], pour qui le contrat est conçu de manière

---

[900] L. BOYER, *A propos des clauses d'indexation : du nominalisme monétaire à la justice contractuelle, Mélanges dédiés à G. MARTY*, 1978, p. 96, n° 8.
[901] Art. 1142 du Code civil.
[902] R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. 3, 1931, n° 637.
[903] J. LARTIGOLLE, *Justice commutative et droit positif*, th. Bordeaux, 1957, p. 109.
[904] M. VASSEUR, *Un nouvel essor du concept contractuel, Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle*, RTD civ. 1964, p. 11, n° 5 ; G. ROUHETTE, *The New Social Contract*, JDI 1983, p. 961.

dynamique, s'inscrivant dans le temps, et destiné à évoluer[905]. Ce qui est défendu, c'est une véritable analyse symbiotique, où l'environnement est pris en considération[906].

577. La finalité du caractère muable du contrat -. Au surplus, l'idée d'une évolution contractuelle peut assurer la bonne exécution des obligations. L'idée est que la mutabilité du contrat renforcera du contractant en évitant que la charge née de l'engagement de son cocontractant ne soit trop lourde à assumer. Nous pouvons transcrire concrètement ce raisonnement au cas du soutien abusif. Dans cette hypothèse, et pour les litiges pour lesquels l'article L. 650-1 du Code de commerce n'est pas applicable, nous rappellerons que le banquier, qui accompagne l'entreprise en difficulté, engage sa responsabilité dès lors qu'au jour de la conclusion du prêt, il savait ou pouvait savoir que l'emprunteur n'avait déjà la possibilité de se redresser[907]. Dans ce cas, la disproportion est appréciée au moment de la formation du contrat[908]. Au contraire, aux termes de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, le caractère disproportionné de l'engagement de la caution doit être apprécié aussi au moment de l'appel en garantie : l'engagement, excessif *ab initio*, peut cesser de l'être en cours d'exécution du contrat. L'on retrouve donc parfaitement ici ce concept de « contrat dynamique » retenu par MM. ROUHETTE et VASSEUR. La prise en compte du caractère muable du contrat répond donc au caractère variable de l'excès : ce qui fut disproportionné autrefois peut ne plus l'être au cours du temps, et inversement. La protection du client du client ne s'apprécie alors plus exclusivement au moment de la formation de l'acte.

578. Précisément, l'adaptation du contenu du contrat serait alors la seule voie de faire régner l'équilibre des prestations. Malheureusement, cela conduit cette vision du contrat défendue par les deux auteurs a un écueil. ***Le caractère muable du contrat n'autorise pas à***

---

[905] V. notamment pour un développement des théories de l'évolution du contrat, I.-R. MACNEIL, *The New Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale Univer. Press, 1980.

[906] L. DIKOFF, *L'évolution de la notion de contrat,* in *Etudes de droit civil à la mémoire de H. CAPITANT*, 1939, p. 210 et 211 ; C. THIBIERGE, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD civ. 1997, p. 364, n° 9 ; F. TERRE, *Le contrat à la fin du XX*^{ème} *siècle*, Revue des sciences morales et politiques 1995, p. 307 à 314 qui parle de « *dépersonnalisation du contrat* ».

[907] Pour l'arrêt de référence qui pose clairement le principe de la recherche par le juge, rétrospectivement, de la situation déjà désespérée du débiteur, laquelle était connue ou aurait du être connue du prêteur, V. Cass. com., 18 mai 1993, n° 91-16.600, LPA 25 févr. 1994, p. 17, note D. GIBIRILA ; Cass. com., 25 févr. 1992, n° 90-14.981, Quot. jur. 2 avr. 1992, n° 27, p. 2 ; Cass. com., 19 avr. 2005, n° 03-12.879, Gaz. Pal. 2005, p. 2294, obs. C. REGNAUT-MOUTIER ; Cass. com., 22 mars 2005, n° 03-12.922, Bull. civ. IV, n° 67 ; D. 2005, p. 1020, obs. A. LIENHARD ; RTD com. 2005, p. 578, obs. D. LEGEAIS ; RJDA 2005, p. 743 ; Cass. com., 22 mars 2005, n° 02-20.678, Bull. civ. IV, n° 68 ; Cass. com., 24 sept. 2003, n° 00-19.067, Banque et droit 2004, n° 93, p. 56, obs. T. BONNEAU.

[908] Cass. com., 1er févr. 1994, n° 91-19.430, Bull. civ. IV, n° 39, p. 31 ; JCP éd. E 1995, I, p. 228, n° 465, obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET.

penser que la proportionnalité est toujours, hormis hypothèse légale, sanctionnable en cours d'exécution du contrat : le droit français ne reconnait pas la révision pour imprévision[909]. La nécessité de prendre en considération un principe de proportionnalité contractuelle ne peut donc se justifier par la seule remise en cause du caractère immuable du contrat[910] qui fonde l'imprévision. Cette muabilité du contrat ne peut donc pas expliquer à elle-seule l'exigence de proportionnalité en droit bancaire. En ce sens, il permit de trouver un autre soutien à celle-ci dans l'idée que la lutte contre la disproportion permet la réception de la contrepartie attendue par la partie de la part de son cocontractant.

2° la nécessité d'une proportionnalité fondée sur l'attente légitime du créancier de l'obligation

Il convient de déterminer en quoi l'attente légitime fonde les règles sanctionnant la disproportion, tant au regard du montant de l'engagement (a) que de la situation personnelle du débiteur (b).

a) l'attente légitime du créancier relative au quantum de l'obligation

579. Dans une thèse consacrée aux contrats de crédits à la consommation, un auteur expose l'idée que ce qui fonde la force obligatoire du contrat, c'est la « *volonté rationnelle* » de l'emprunteur[911]. Au contraire, nous pensons que la modification des termes du contrat, par l'exigence de proportionnalité qui réajuste *a posteriori* le quantum de l'obligation[912], ne peut se fonder sur la volonté rationnelle.

580. En effet, le contractant ne s'engage pas toujours en parfaite connaissance de cause. Pensant pouvoir honorer sa prestation, il s'avère que la charge est finalement trop lourde et que l'espérance d'exécuter pleinement ses obligations est ruiné par une évaluation trop optimiste de ses capacités. En définitive, et dans ce cas, ***c'est n'est pas un engagement rationnel, exprimé et soutenu par l'autonomie de la volonté, qui fonde la force obligation, c'est bien l'espoir de pouvoir honorer ses prestations***.

---

[909] Cass. civ., 6 mars 1876, précité.
[910] contra. L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, précité, n° 169, p. 122.
[911] N. CHARDIN, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, th. LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1988, n° 324 à 328.
[912] Nous en trouvons des illustrations avec la réduction de l'engagement disproportionné de la caution, V. Cass. civ. 1ère, 17 juin 1997, précité.

581. Des auteurs autorisés confirment cette vision en justifiant la force obligatoire du contrat par l'attente légitime du créancier[913]. Le doyen CARBONNIER avance pareillement cette idée, à l'étude comparative avec le droit anglo-saxon et la théorie des *expectations* selon laquelle le créancier a droit à ce à quoi il pouvait raisonnablement s'attendre[914]. Par conséquent, le débiteur ne serait engagé que dans cette mesure. *Cette attente légitime expliquerait qu'en raison de sa situation financière, le créancier puisse subir le fait que le débiteur soit libéré, en partie ou totalement, de ses obligations*. Ainsi serait-ce le cas du surendettement avec l'effacement des dettes, de la réduction du cautionnement disproportionné, de l'interdiction des paiements du débiteur en matière de procédures collectives, et de manière plus discrète, des dispositions relatives aux clauses abusives.

582. ***Cela semble aussi influencer le comportement du créancier. Ce serait, selon nous, le cas du banquier prêteur qui, contraint d'évaluer la situation de l'emprunteur pour déterminer si ce dernier est créancier du devoir de mise en garde, détermine ainsi ce à quoi il peut espérer prétendre relativement à l'étendue de l'engagement de son client, compte de la situation financière du client***. En ce sens, l'attente légitime pourrait être alors vue comme un des fondements du soutien fautif : le banquier doit mettre en garde son client dès lors que l'engagement de ce dernier dépasse l'attente légitime de la prestation offerte au client par le banquier qui ne peut raisonnablement pas espérer que l'emprunteur puisse exécuter son engagement. ***S'abstrayant de cette recherche du « raisonnable », la responsabilité du banquier serait recherchée pour ne pas avoir déterminé ce jusqu'à quoi il pouvait espérer du client***. Nous appuierons notre propos sur le cas de la clause pénale, citée par le doyen CARBONNIER. Celle-ci étant excessive, le créancier doit s'attendre à ce que le débiteur ne puisse verser son montant, si bien que la révision judiciaire est alors fondée sur ce que ce créancier pouvait espérer réellement du débiteur[915]. Cette attente du créancier n'est pas seulement fondée sur une idée de déséquilibre arithmétique entre la prestation à recevoir et les facultés contributives du client. Elle repose aussi sur sa situation personnelle.

---

[913] Notamment, J. GHESTIN, Traité *de droit civil, La formation du contrat*, 3ème éd., n° 191 ; P. ANCEL, *Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes*, Colloque Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, Dr. et patr. mars 1998, p. 89 ; H. LECUYER, *Le contrat, acte de prévision*, *in* L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. TERRE, Dalloz, 1999, p. 651.

[914] J. CARBONNIER, Introduction, L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées R. SAVATIER, 24 et 25 oct. 1985, p. 35.

[915] J. CARBONNIER, Introduction, L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées R. SAVATIER, 24 et 25 oct. 1985, précité, p. 35.

b) l'attente légitime du créancier compte tenu de la personne du client

583. La jurisprudence avait coutume de se référer traditionnellement au ratio d'endettement pratiqué par les banques elles-mêmes. Par un arrêt du 4 juillet 1995[916], la Première Chambre civile de la Cour de cassation affirma que la légèreté blâmable du banquier qui consent un concours disproportionné est caractérisée au regard du seul usage, « *reconnu et pratiqué par tout le système bancaire, en matière de prêt aux particuliers, selon lequel l'endettement ne doit pas dépasser le tiers des ressources de l'emprunteur* ». La Cour de cassation retenait *ipso facto* la responsabilité du prêteur dans tous les cas où le montant du prêt dépassait les capacités financières de l'emprunteur[917]. C'est donc le fait pour le créancier de demander un engagement qui dépasse le montant de l'engagement au terme duquel il peut espérer que le client satisfasse à ses obligations, qui fonde la mise en œuvre des techniques protégeant ce client contre l'engagement disproportionné. Pour autant, cette sanction n'est plus uniquement fondée sur une comparaison arithmétique de la prestation et des capacités contributives du client. L'état de connaissance de ce dernier est pris en compte.

En ce sens, l'attente légitime du créancier est aussi commandée par la situation non-financière du client, précisément son degré de compétence eu égard à l'objet du contrat. Lorsque celui-ci est qualifié d'averti, le banquier pourra plus facilement exiger davantage de celui-ci que s'il avait à faire avec un client profane. L'averti ne peut se prévaloir de l'excès de son engagement sur le fondement d'une obligation d'alerte le client sur cet excès. Il n'a que la voie de la responsabilité délictuelle par le soutien abusif quand le profane fonde son action sur la responsabilité contractuelle au terme de la mise en garde.

584. La qualité de la personne influence en second lieu ce à quoi le créancier peut espérer au terme de l'exécution par le débiteur de ses obligations, spécifiquement en raison de l'ignorance d'une information sur sa solvabilité détenue par le banquier. C'est précisément le cas de la jurisprudence Méneteau quand l'emprunteur ne rapporte pas la preuve que son banquier avait sur sa situation des informations que ce dernier ignorait lui-même. Ce qui a invité la Haute juridiction a réfuté toute idée de disproportion, même où le ratio d'endettement

[916] Cass. civ. 1ère, 4 juill. 1995, n° 93-16.822 ; RD bancaire et bourse 1996, p. 52, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD.
[917] Cass. civ. 1ère, 8 juin 1994, JCP éd. E. 1995, II, p. 652, note D. LEGEAIS ; Droit banc. 1994, n° 173, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; RTD com. 1995, p. 170, obs. M. CABRILLAC ; Cass. civ. 1ère, 27 juin 1995 ; RTD civ. 1996, p. 384, obs J. MESTRE ; RTD com. 1996, p. 100, obs. M. CABRILLAC.

s'élevait à quatre-vingt pourcent[918], ce qui dépasse de loin les ratios pratiqués couramment[919]. L'attente légitime qu'a le créancier ne repose alors pas seulement sur une évaluation mathématique des prestations. Nous en trouvons une dernière illustration en matière de procédures collectives.

585. L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur a en dernier lieu une influence sur l'attente légitime du créancier. L'article L. 650-1 du Code de commerce dispose que le prêteur ne peut voir sa responsabilité engagée pour les préjudices subis du fait des concours alloués. Seuls trois exceptions existent, la fraude du prêteur, l'immixtion dans les affaires du débiteur et la prise de garanties disproportionnées. Hormis ces trois exceptions, un concours disproportionné ne peut donc être suffisant à lui-seul pour engager la responsabilité du banquier. Un engagement excessif ne saurait alors conduire automatiquement le client à pouvoir se prévaloir de la faute du banquier pour ce seul fait.

Peut-on toutefois assimiler le fait de d'accepter un engagement trop lourd en connaissance de cause à l'hypothèse légale de la fraude ? Le simple excès suffirait alors à éluder le principe d'irresponsabilité du banquier donneur de crédit. D'une part, la fraude supposerait que le banquier tire profit de la situation de son client au détriment des autres créanciers, ce qui reste à démontrer et s'assimilerait à la *fraus creditorium*[920]. D'autre part, cela serait contreproductif et irait à l'encontre des raisons pour lesquelles l'article L. 650-1 a été voté. La volonté du législateur est bien de favoriser le soutien aux entreprises en difficultés en limitant le spectre de la responsabilité pour soutien abusif[921]. Pour ces raisons, nous pensons que l'hypothèse du soutien abusif ne peut être vue comme une fraude au sens de l'article L. 650-1.

586. Cela nous enjoint à confirmer qu'en dehors des trois cas visés par l'article, ***la responsabilité pour le caractère excessif de l'engagement demandé par le banquier ne peut donc être retenue dans le cadre d'une procédure collective de l'emprunteur.*** C'est bien que la sanction de la disproportion varie selon la situation personnelle de l'emprunteur : il

[918] Cass. com., 24 sept. 2002, n° 01-10.304 ; Banque et droit janv.-févr. 2004, p. 61, obs. J.-L. GUILLOT.
[919] Le fameux tiers.
[920] La *fraus creditorium* est la fraude par laquelle la collusion frauduleuse entre l'emprunteur et sa banquier conduit à privilégier cette dernière au détriment des autres créanciers.
[921] C'est pour cette raison qu'une quatrième exception de responsabilité tenant à la fourniture de crédit par un banquier qui connaissait la situation désespérée de l'entreprise n'a pas été retenue devant les sénateurs. V. Avis n° 355, 26 mai 2005 de Ph. MARINI, fait au nom de la Commission des Finances, amendement n° 204, non retenu lors de la séance du 30 juin 2005 par le Sénat.

convient de déterminer dans quel cas le banquier pourra créditer son banquier au-delà de toute attente de remboursement, sans engager sa responsabilité.

587. Ainsi, si l'entreprise n'est plus *in bonis* au moment de l'octroi du prêt, et qu'une procédure est ouverte à son encontre, l'établissement prêteur bénéficie de l'irresponsabilité de principe. Au contraire, si ce même débiteur est encore *in bonis*, la banque pourra répondre de la disproportion de l'engagement de son client selon les modalités fixées par la jurisprudence sur le crédit ruineux. Enfin, pour le cas où l'entreprise ne serait plus *in bonis*, mais que la procédure n'est pas encore ouverte, les termes de l'article L. 650-1, modifié par l'ordonnance du 18 décembre 2008 semble exclure l'irresponsabilité du banquier. Il est en effet ajouté que la disposition vaut « *lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte…* », ce qui limite le bénéfice de l'article aux procédures déjà ouvertes, même si le banquier peut jouer sur la date d'ouverture de la procédure[922].

588. Ces propos confortent l'idée selon laquelle l'évaluation de la disproportion doit être réalisée au regard de la situation du client. L'attente légitime du créancier est donc à géométrie variable : quand il attendra plus que ce qu'il sait pouvoir espérer de son client, la situation du client modulera la rigueur avec laquelle la disproportion sera sanctionnée. Tantôt la sanction de l'excès sera évincée quand l'article L. 650-1 trouve à s'appliquer ou quand les conditions de sanction du banquier posées par la jurisprudence ne sont pas retenues[923]. Tantôt l'excès sera sanctionné, *ipso facto* comme dans le cas du crédit ruineux, ou eu égard à l'état de connaissance du client quand il est profane.

589. ***L'attente légitime est alors le fondement de l'exigence de proportionnalité, non plus au sens d'équilibre entre la prestation offerte et la contrepartie reçue, mais au sens d'équilibre entre contrepartie reçue et contrepartie raisonnable à attendre au regard de la situation du débiteur***.

---

[922] Précisément, si dès la cessation des paiements qui emporte ouverture de la procédure, il semble pertinent de remarquer que les deux dates ne sont pas pour autant toujours identiques. D'une part, le débiteur a quarante-cinq jours pour déclaration sa situation au tribunal, et d'autre part le juge peut, en vertu de l'article L. 631-8 du Code de commerce, fixer la date de la cessation des paiements à une date autre que celle de l'ouverture de la procédure. La conséquence en sera, que pendant l'intervalle entre la cessation des paiements et l'ouverture de la procédure, si la date de cette dernière est reportée par le tribunal, le banquier ne pourra bénéficier de l'irresponsabilité de principe de l'article L. 650-1.

[923] C'est par exemple le cas du prêteur averti qui ne peut rapporter la preuve que le banquier en savait plus sur ses propres affaires que lui-même, en application de la jurisprudence Méneteau.

590. Enfin, l'exigence de proportionnalité répond à un besoin de souplesse contractuelle, lorsque le contenu de la prestation évolue et que l'engagement excessif dès l'origine devient cesse de l'être au moment où le client exécute sa prestation. La loi confirme la prise en compte de caractère évolutif de la prestation, notamment en matière de cautionnement donné par une personne physique. Ainsi l'article L. 341-4 du Code de la consommation qu' « *un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation* ».

Le caractère nécessaire du contrôle de prestation ne trouve pas seulement sa justification dans le caractère variable du contenu des prestations. En effet, il est possible d'apprécier la correction du déséquilibre contractuel en matière bancaire sur l'idée que le contrat doit conserver un intérêt pour le cocontractant : le coût d'exécution d'une prestation doit être inférieur à l'avantage reçu en contrepartie.

B) La nécessite de la proportionnalité fondée sur le caractère utile du contrat

591. Il n'est plus ici l'objet de démontrer la possibilité d'assurer un principe d'équilibre contractuel, mais il s'agit de montrer la fonction de ce principe. L'idée de départ consiste à prendre en considération la cause finale du contrat. A notre sens, quelque soit le contrat, elle est la même. Ainsi, que cela soit un contrat de prêt, un contrat de cautionnement, un contrat de service bancaire, un contrat de service financier conclu avec un prestataire de service d'investissement ou tout autre contrat qui relève ou non de la matière bancaire, *le but toujours recherché par la partie est la satisfaction de ses intérêts*. Le contrat de donation procède même d'une pareille finalité, celle de la satisfaction de l'*animus donandi*. En définitive, tout contrat doit être utile à son auteur. GOUNOT, dans sa thèse, résume très bien cette idée : « *le contrat n'est qu'un instrument de la vie sociale, le moyen naturel de la satisfaction réciproque des besoins humains. C'est de la fonction pratique qu'il remplit dans le monde que résulte sa force obligatoire.*[924] » A la réflexion, si c'est le caractère satisfactoire du contrat qui lui imprime son caractère normatif, comme le rappelle le professeur GHESTIN[925], alors en l'absence de satisfaction opérée par celui-ci, il est permis de

[924] E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, th. Dijon, 1912, p. 351.
[925] J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3ème éd., n° 225.

s'interroger sur sa force obligatoire. Une obligation réciproque qui ne procure aucune satisfaction à son créancier, même si elle est mue par l'intention libérale, ne serait donc pas contraignante. La théorie des clauses abusives semble accréditer cette idée, la clause qui provoque un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations d'une partie enjoint à la réputer non-écrite. Elle existe virtuellement mais ne produit aucun effet[926]. Le principe de proportionnalité tendrait à éviter que, déséquilibré, le contrat n'ait plus d'utilité pour le contractant. Privé de l'avantage attendu, ce dernier, s'il l'avait su, n'aurait alors pas contracté. Ainsi, sa volonté ne peut être pleinement rationnelle, et il peut conclure un contrat qu'il pensait, à tort et dès l'origine, équilibré. « L'utilité contractuelle », à travers la sanction de la disproportion, permet alors, *a posteriori*, de corriger l'irrationalité des choix des cocontractants.

592. Cette idée n'est d'ailleurs pas nouvelle. Une partie importante de la doctrine considère en effet l'importance du rôle de l'échange dans le contrat. Ce dernier traduit une relation économique entre les parties, avant d'être un simple échange des consentements. En droit romain spécifiquement, il est relevé que « la cause de l'obligation (…) apparaît plus souvent située dans l'utilité que dans le consentement[927] ». Par conséquent, l'idée qui entoure la notion de contrat serait la notion d'échange[928]. Cette vision se rapproche de la notion d'entreprise qui est la formalisation juridique, par l'accord de volontés, de la relation économique et financière qu'entretient l'entreprise avec ses partenaires[929]. Pareillement, cette approche est retenue en droit comparé, notamment sous l'égide de POSNER[930], lequel envisage le « *contract* » comme un échange économique et non comme un échange de volontés. L'idée fondamentale est que l'homme est un être rationnel qui recherche à maximiser son utilité, par le biais du contrat. Dans sa thèse, le professeur GRYNBAUM en conclut que « *le juge est habilité à procéder à l'adaptation de certains contrats en raison de l'impossibilité pour l'une des parties de les exécuter. Il paraît difficilement concevable que tout contractant puisse remettre en cause ses engagements. C'est pourquoi le législateur a, en*

[926] Art. 132-1 alinéa 5 du Code de la consommation, pour une illustration en matière de déchéance du droit aux intérêts, V. Cass. civ. 1ère, 23 nov. 2004, Bull. civ. I, n° 287 ; D. 2005. 443, note J.-P. TRICOIT ; D. 2004. AJ, p. 3217 ; RDC 2005, p. 732, obs. D. FENOUILLET. D. 2005, Chron. p. 2222, obs. X. LAGARDE.
[927] M. VILLEY, *Préface historique à l'étude des notions de contrat*, in *Archives de philosophie du droit*, 1968, t. 13, sur les notions du contrat, p. 8.
[928] Citant CONNAN et DOMAT, V. J.-M. POUGHON, *Histoire doctrinal de l'échange*, LGDJ, 1987, n° 138.
[929] J. PAILLUSSEAU, *Les contrats d'affaires*, in *Le droit contemporain des contrats, Bilan et perspectives*, sous la direction de L. CADIET, Litec, 1985, p. 172, n° 7.
[930] R.-A. POSNER, Economic Analysis of Law, 3ème éd., Boston, Little Brown, 1986.

premier lieu, exigé l'apparition d'un déséquilibre »[931]. Toutefois, encore faut-il que le débiteur ne soit pas « *directement responsable de ses difficultés* »[932]. Nous en trouvons une illustration pertinente au regard du devoir de mise en garde. Si le banquier commet une faute pour ne pas avoir averti son client quand le prêt lui paraît disproportionné au regard des facultés de ce dernier, sa responsabilité ne peut être recherchée quand le client omet de mentionner à l'établissement prêteur l'existence de prêt en cours[933]. Il nous semble donc que la protection du client par la sanction de la disproportion de son engagement soit conditionnée par l'exigence de sa bonne foi de l'article L. 1134 alinéa 3 du Code civil. C'est ainsi que les tribunaux retiennent la responsabilité du fournisseur de crédit au titre du soutien abusif lorsque ce dernier ne pouvait ignorer que l'engagement était excessif au regard des finances du débiteur[934].

593. Le principe d'équilibre contractuel représente certes un outil d'équité, voire de justice contractuelle, mais il est avant tout, et surtout, un élément de l'*instrumentum* destiné à assurer la transcription concrète et matérielle de la volonté du cocontractant. Dans les contrats avec le banquier, c'est utilité prend principalement une connotation économique. Trop lourd à honorer financièrement, le contrat de prêt, de cautionnement ou plus généralement tout contrat conclu avec le banquier, ne présente guère plus d'intérêt à ses yeux. L'exigence de proportionnalité se justifie donc au regard du souci d'effectivité de l'accord de volontés. Loin de fragiliser la sécurité juridique, elle assurerait au contraire la cohérence du contrat telle qu'elle a été vraiment voulue par les parties. A cet effet, il ne paraît donc plus déraisonnable de l'intégrer potentiellement au rang des principes généraux du droit des contrats. Ainsi, nous pourrions proposer, comme le souligne le professeur AYNES, une nouvelle rédaction de l'article 1134 du Code civil lequel disposerait que : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.*
Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise et lorsqu'un déséquilibre excessif prive le contrat de toute cohérence ou de tout intérêt pour l'un des cocontractants.
Elles doivent être exécutées de bonne foi »[935].

---

[931] L. GRYNBAUM, *Le contrat contingent, L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, th. Paris II, 1998, n° 276.
[932] L. GRYNBAUM, *op. cit.*, n° 276.
[933] Cass. civ. 1ère, 30 oct. 2007, Bull. civ. I, n°330, précité.
[934] V. notamment, Cass. com., 27 mai 2008, n° 07-13.393.
[935] D. MAZEAUD, *La réduction des obligations contractuelles*, Colloque *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, Dr. et patr. mars 1998, p. 68.

594. La démonstration a conduit à la nécessité d'introduire un principe d'équilibre contractuel en droit. Nous avons pu relever que le droit bancaire ne pouvait pas par nature éluder un tel mécanisme au motif que cette branche du droit commercial ne pouvait tolérer tout impératif d'équité ou de justice. Au contraire, il a été précisé que l'intérêt que le banquier pouvait tirer de la convention résidait aussi dans la bonne exécution des obligations par son client. D'une part, ce banquier engagerait sa responsabilité s'il tirait un avantage indu de la convention, au détriment de son client[936]. D'autre part, il nous est possible de démontrer l'existence d'un principe de proportionnalité spécifique à la matière bancaire.

Précisément, il convient d'en montrer les manifestations, et de déterminer les critères d'application.

[936] V. ainsi la position de la jurisprudence à l'égard des litiges relatifs aux frais bancaires. Il a ainsi pu être jugé que si le coût d'un service n'est pas de nature en lui-même à caractériser une faute du banquier, il n'est pas moins que son montant ne doit pas être disproportionné au regard du service rendu. V. TGI Niort, 9 janv. 2006 ; R. ROUTIER, *Multiplication des frais et commissions de banque : vers la reconnaissance de l'abus et d'un « barattage passif » ?*, D. 2006, chron. p. 985.

SECTION II

LA PROTECTION DU CLIENT PAR L'EXIGENCE DE PROPORTIONNALITE EN DROIT BANCAIRE

595. Si les justifications à l'émergence d'un principe de proportionnalité au sein de la relation entre le banquier et son client ont été exposées, la jurisprudence, puis le législateur, n'ont pas attendu pour retenir ce principe au soutien de leur souci de protection du client de la banque. En effet, et quelque soit le domaine dans lequel intervient ce principe, il nous est possible de relever, soit en filigrane, soit ostensiblement, les cas dans lesquels l'équilibre contractuel est retenu comme instrument de protection. A l'image de ce que la doctrine a déjà pu imaginer[937], nous pensons qu'il existerait alors un principe général de proportionnalité en droit bancaire (§ 1). Systématisant le régime de cette proportionnalité, il deviendrait dès lors possible de déterminer le critère d'application de cette protection (§ 2).

§ 1 - L'EXISTENCE D'UN PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE EN DROIT BANCAIRE

596. Les manifestations d'un principe de proportionnalité en droit bancaire se font sentir dans deux domaines principaux, en matière de crédit (A), et dans le domaine des garanties consenties lors de l'octroi de crédit (B).

A) Le principe de proportionnalité en droit du crédit

597. La jurisprudence rechigne à retenir la sanction du banquier au motif de la disproportion pour tout motif. Ainsi est-ce le cas de cet arrêt du 30 juin 2004 dans lequel

[937] Ainsi, M. FABRE-MAGNAN a pu inviter à l'élaboration d'une règle s'apparentant en un principe de proportionnalité, laquelle conduit à la nullité du contrat lorsque « *consciemment le créancier a laissé son cocontractant assumer une obligation excessive pour lui* », V. M. FABRE-MAGNAN, JCP éd. G 1999, I, 114, n° 6. Cette règle, qui reprend le mécanisme de l'article L. 313-10 du Code de la consommation, puise sa source dans les règles relatives à l'impossibilité d'exécuter son obligation. A l'origine, le contractant qui s'engage à accomplir une prestation impossible à exécuter engage sa responsabilité et est débiteur de dommages et intérêts au profit du cocontractant qui n'a pas reçu la contrepartie attendue, comme le dispose l'article 1142 du Code civil relatif à la sanction de l'inexécution des obligations de faire. Critiquée par la doctrine, cette solution a pour conséquence de sanctionner celui qui, par dépendance ou subordination, peut être contraint d'accepter un engagement disproportionné, et n'est donc pas une solution juste.

l'augmentation soudaine et significative du montant de la location d'un coffre-fort n'a pas été considérée excessive par les juges du fond[938]. Le nouveau du tarif, faisant l'objet d'une information bien avant le renouvellement du contrat de location, n'était nullement imposé au client, lequel pouvait trouver une solution de substitution. Calqué sur les règles relatives à la rupture de crédit, avec le préavis de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier, le comportement du banquier est exempt de faute en ce qu'il préserve la liberté pour le client d'adhérer ou non au nouveau tarif, voire à changer de prestataire de services. Toutefois en l'espèce, le client, ne manifestant pas sa volonté de ne pas renouveler le contrat, s'est prévalu de la disproportion du tarif pratiqué…sans succès puisque ce dernier y a tacitement adhéré.

598. En matière d'emprunt, la jurisprudence paraît au contraire plus sévère à l'encontre du prêteur. La responsabilité du banquier pour disproportion lors de l'octroi de crédit ne paraît pas, à l'inverse du cautionnement avec l'article L. 341-4 du Code de la consommation, reposer sur une disposition spécifique. Ainsi, le fondement retenu est tantôt celui de la responsabilité délictuelle de l'article 1382 du Code civil pour le concours fautif, tantôt la responsabilité contractuelle quand l'emprunteur, non-averti, était créancier d'un devoir de mise en garde. Concernant ces deux fondements, la jurisprudence est foisonnante[939]. Il existerait donc un régime dualiste de la responsabilité du banquier pour crédit disproportionné, conditionné à la qualité de la personne de l'emprunteur. Il convient dès lors de distinguer les deux cas, suivant que le prêteur commet une faute de nature délictuelle (a) ou contractuelle (b).

1° la disproportion du crédit, faute délictuelle

599. En cas de concours fautif, il importe de distinguer entre le soutien abusif et le crédit ruineux. Si les deux cas sont différents, ils ont en commun le crédit alloué à une

[938] Cass. com., 30 juin 2004, D. 2004, p. 2150, obs. V. AVENA-ROBARDET.

[939] V. notamment visant la responsabilité délictuelle, Cass. com., 5 mars 1996, Bull. civ. IV, n° 70 ; RTD com. 1996, p. 507, obs. M. CABRILLAC ; Cass. com., 30 octobre 2007, Bull. civ. IV, n° 230 ; RTD com. 2008, p. 191 ; Cass. com., 30 sept. 2008, n° 07-17.384. Au contraire, retenant la responsabilité contractuelle pour les non-avertis, V. Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2005, n° 03-10.770, n° 02-13.155 et n° 03-10.921, D. 2005, AJ, p. 2276, obs. X. DELPECH, jur. p. 3094, note B. PARANCE, D. 2006, pan. p. 167, obs. D.-R. MARTIN et H. SYNVET ; Banque, n° 673, oct. 2005, p. 94, note J.-L. GUILLOT, M. BOCCARA SEGAL ; JCP éd. G 2005, II, 10140, note A. GOURIO ; JCP éd. E 2005, p. 1359, note D. LEGEAIS ; Banque et Droit 2005, n° 104, p. 80, obs. T. BONNEAU ; RLDC 2005, n° 21, p. 15, note S. PIEDELIEVRE ; RD banc. Fin. sept.-oct. 2005, p. 20, obs. D. LEGEAIS, nov.-déc. 2005, p. 14, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; RCA n° 10/2005, p. 22 ; BRDA 2005, n° 20, p. 11 ; Dr. et patr. 2005, n° 143, p. 98, obs. J.-P. MATTOUT et A. PRUM ; Dr. et patr. 2006, n° 145, p. 123, obs. L. AYNES et P. DUPICHOT ; RTD com. 2005, p. 829, obs. D. LEGEAIS ; LPA 2006, n° 204, p. 8, note C. BOISMAIN ; RD immo. 2006, p. 123, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN.

entreprise, crédit au terme duquel celle-ci n'est pas mesure de le rembourser. La distinction s'opère en fonction du moment où l'entreprise est en situation désespérée. Le crédit abusif est le crédit que le banquier consent à une entreprise en situation de difficulté, lorsque le prêteur sait ou aurait du savoir qu'elle est irrémédiablement compromise[940]. Au sens de situation compromise, il convient d'entendre le cas de l'entreprise dont l'issue est sans espoir. En ce sens, des difficultés passagères[941], même graves, ou la cessation des paiements[942] ne caractérisent pas une telle situation. Diverses hypothèses réalisent le crédit abusif mais toutes ont pour trait commun que l'octroi a lieu lorsque la situation du débiteur est déjà obérée. C'est cette caractéristique qui différencie nettement le soutien abusif du crédit ruineux. En effet, dans le cas du crédit ruineux, les charges nées de l'engagement sont insurmontables pour les finances de l'emprunteur[943]. Comme le formule la Cour de cassation, le crédit ruineux est celui qui doit « nécessairement provoquer une croissance continue et insurmontable de ses charges financières[944] ». ***La responsabilité pour crédit ruineux peut être retenue à l'encontre du banquier indépendamment d'une situation irrémédiablement compromise de l'entreprise créditée, ce dont il ressort que ce cas de responsabilité fait l'objet d'une qualification distincte du soutien abusif***[945].

600. Dans les deux cas, le fondement est un fondement délictuel. Nous avons déjà pu avancer que la disproportion n'est pas sanctionnable pour elle-même, et qu'elle suivait le régime de la responsabilité pour faute, ce qui enjoint celui qui se prévaut de l'excès à prouver que les conditions fixées par la jurisprudence sont remplies. Pour autant le fait que la faute

---

[940] Cass. com., 26 avr. 1994, n° 92-15.533, RD bancaire et bourse 1995, p. 14, n° 4, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; JCP éd. E 2003, p. 396, obs. J. STOUFFLET ; Cass. com., 19 avr. 2005, n° 03-12.879, Gaz. Pal. 2005, p. 2294, obs. C. REGNAUT-MOUTIER ; Cass. com., 22 mars 2005, n° 03-12.922, Bull. civ. IV, n° 67, D. 2005, p. 1020, obs. A. LIENHARD ; RTD com. 2005, p. 578, obs. D. LEGEAIS ; RJDA 2005, p. 743.

[941] Cass. com., 17 mars 2004, n° 01-15.969 ; Cass. com., 19 janv. 1983, n° 81-14.808, Bull. civ. IV, n° 22, p. 16 ; RTD com. 1983, p. 592, n° 4, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE.

[942] Cass. com., 23 oct. 2001, n° 97-14.439, Actu. proc. coll. 2001, n° 20, n° 268 ; Cass. com., 9 mai 2001, n° 98-21.015, RJDA 2001, n° 10, n° 1019, p. 879 ; CA Versailles, 22 avr. 2003, n° 3686, RJDA 2003, n° 10, n° 993, p. 873.

[943] Cass. com., 24 sept. 2003, Bull. civ. IV, n° 136 ; Banque et droit, n° 93, janv.-févr. 2004, p. 56, obs. T. BONNEAU ; D. 2003, AJ, p. 2568.

[944] Cass. com., 22 mars 2005, Banque et droit, n° 102, juill-août 2005, p. 71, obs. T. BONNEAU ; D. 2005, AJ, p. 1020, obs. A. LIENHARD.

[945] V. en ce sens, Cass. com., 26 mars 2002, Banque et droit, sept.-oct. 2002, p. 47, obs. T. BONNEAU ; Cass. com., 24 sept. 2003 et Cass. com., 22 mars 2005, précités ; Confirmant l'autonomie du soutien abusif par rapport au soutien ruineux, V. J. MOURY, *La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L. 650-1 du code de commerce*, D. 2006, p. 1743, n° 10 ; T. BONNEAU, Droit bancaire, Montchrestien, 7ème éd., 2007, n° 737, p. 556 ; C. FREYRIA, *La responsabilité du banquier dispensateur de crédit dans l'actualité juridique*, RD bancaire 1987, p. 80.

délictuelle puisse résulter de l'octroi d'un concours disproportionné illustre l'existence d'un principe d'équilibre des prestations contractuelles.

601. Hormis l'hypothèse du soutien abusif, qui concerne principalement les entreprises, il convient de s'interroger sur ce qu'il en est des personnes physiques n'agissant pas les besoins d'une activité professionnelle. Alors que la jurisprudence s'exprime beaucoup ces dernières années sur le terrain de la responsabilité contractuelle au visa de l'article 1147 du Code civil, il est possible de relever des cas dans lesquels les tribunaux retiennent le fondement délictuel à l'égard de ces personnes.

Ainsi fut-ce le cas d'un banquier jugé responsable d'avoir consenti un concours avec légèreté à un syndicat de copropriétaires, lequel préjudiciait aux tiers[946]. A notre sens, les cas de responsabilités fondées sur une faute de nature délictuelle, dans les affaires intéressant des non-professionnels et leur prêteur, tend à devenir minoritaires. Ainsi, la Cour de cassation lui préfère une protection de l'emprunteur issue de la responsabilité du banquier fondée sur un manquement à une obligation contractuelle.

2° la disproportion du crédit, faute contractuelle

602. Par les arrêts du 12 juillet 2005[947], la Première Chambre civile de la Cour de cassation affine le régime de responsabilité du banquier prêteur à l'égard des emprunteurs. Abandonnant le devoir de conseil qui pesait autrefois sur la banque[948], et restreignant le nouveau devoir de mise en garde aux seuls emprunteurs profanes[949], le régime de responsabilité ainsi rénové témoigne de l'influence de la qualité de la partie dans la lutte

[946] TGI Evry, 5 nov. 1992, Gaz. Pal. 17-19 janv. 1993, p. 20, note P. DUPUIS ; RD bancaire et bourse 1993, p. 75, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD.
[947] Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2005, n° 03-10.770, n° 02-13.155 et n° 03-10.921, précités.
[948] Cass. civ. 1ère, 27 juin 1995, Bull. civ. I, n° 287 ; D. 1995, n° 43, p. 621, note S. PIEDELIEVRE ; Defrénois 1995, p. 1416, obs. D. MAZEAUD ; JCP éd. E 1996, II, 772, note D. LEGEAIS ; RTD com. 1996, p. 100, obs. M. CABRILLAC ; RTD civ. 1996, p. 384, obs. J. MESTRE ; LPA 1996, n° 144, p. 26, note D. ARLIE ; E. SCHOLASTIQUE, *Les devoirs du banquier dispensateur de crédit au consommateur*, Defrénois, 1996, n° 11, p. 689.
[949] Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2005, n° 03-10.770, précité ; Cass. com., 3 mai 2006, n° 02-11.121, Bull. civ. IV, n° 101 et 102 ; D. 2006, p. 1445, note X. DELPECH ; D. 2006, n° 23, p. 1618 et s., note J. FRANCOIS ; JCP éd. E 2006, 1890, note D. LEGEAIS ; Gaz. Pal. 28 juin 2006, p. 5, note S. PIEDELIEVRE ; Contrats conc. consom. juill. 2006, p. 37, n° 108, note G. RAYMOND ; RD immo 2006, p. 294, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN ; D. 2007, p. 753, obs. D.-R. MARTIN ; RLDC juill.-août 2006, p. 36, note G. MARRAUD DES GROTTES ; RD bancaire et fin. juill.-août 2006, n° 128, p. 12, note F.-J. CREDOT et H. SAMIN ; RGDA 2006, p. 737, note J. KULLMAN ; D. CHEMIN-BOMBEN, *Devoir de mise en garde du banquier : un arrêt ça va trois…bonjour les débats !*, RLDA sept. 2006, p. 34 ; Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, D. 2007, act. p. 1950, note V. AVENA-ROBARDET ; D. 2007, jur., p. 2082-2084, note S. PIEDELIEVRE ; Resp. civ. et assur. 2007, étude 15, spéc. n° 8 ; JCP éd. G 2007, II, 10146, note A. GOURIO ; JCP éd. E 2007, 2105, obs. D. LEGEAIS.

contre la disproportion des concours. La protection de l'emprunteur est désormais alternative. Les divergences passées entre la Chambre Commerciale et Financière et la Première Chambre civile se fondaient sur le caractère commercial ou non du litige. Devant la Chambre commerciale, l'emprunteur n'était protégé contre la disproportion que s'il prouvait que le prêteur avait eu sur sa situation des informations que lui même aurait ignorées[950]. Devant la Première Chambre civile, l'inexécution d'un devoir de conseil sur le caractère déséquilibré de l'opération sollicité engageait la responsabilité de ce prêteur. En définitive, le premier régime visait les professionnels, le second les non-professionnels. Désormais, le non-averti, celui qui n'a pas l'expérience ou les connaissances dans le domaine du crédit, engagera la responsabilité du banquier si ce dernier ne l'a pas informé des risques de défaillance nées de l'octroi du concours. S'il est un emprunteur averti, celui qui sait, a l'expérience ou la compétence pour apprécier toute la portée de son engagement, n'est au contraire plus créancier de ce devoir. La seule protection que lui reconnaît alors la jurisprudence réside dans la jurisprudence Méneteau, laquelle conditionne la faute à la preuve de la connaissance par le prêteur d'informations sur la solvabilité de l'emprunteur qu'il ignore lui-même[951]. L'emprunteur non-averti est donc doublement protégé : il peut fonder son action soit sur le droit commun, principalement sur le crédit ruineux[952], soit sur l'inobservation du devoir de mise en garde du banquier. En pratique, il est toutefois plus aisé de jouer sur le terrain contractuel, puisque l'inexécution de l'obligation suffit à caractériser la faute. Toutefois, au cas où le client ne réunit pas les conditions pour bénéficier de l'obligation contractuelle protectrice, il convient de penser que le fondement délictuel d'une action en responsabilité, quoi que plus complexe à mettre en œuvre, reste le dernier recours.

603. Si l'existence de la sanction de la disproportion de l'engagement contractuel trouve application en matière de prêt, il semble qu'il se soit étendu au domaine connexe de la prise de garantie par le prêteur. A l'inverse du cas de la disproportion en matière de crédit où la jurisprudence forgea le régime applicable à ce déséquilibre, c'est le législateur qui pris l'initiative de se fonder sur le principe d'équilibre contractuel pour sanctionner le banquier

[950] Cass. com., 11 mai 1999, n° 96-16.088.
[951] Pour une illustration, V. Cass. com., 12 déc.2006, Bull. civ. IV, n° 243 ; JCP éd. E 2007, 1310, note D. LEGEAIS ; RTD com. 2007, p. 214, obs. D. LEGEAIS ; RD immo. 2007, p. 270, obs. obs. H. HEUGAS-DARRASPEN ; RTD com. 2007, p. 214, obs. D. LEGEAIS.
[952] Pour une illustration du crédit ruineux avec un emprunteur non-averti, V. Cass. civ. 1ère, 8 juin 1994, n° 92-16.142, Bull. civ. I, n° 206, p. 150, JCP éd. E 1995, II, p. 25, n° 652, obs. D. LEGEAIS ; RD bancaire et bourse 1994, p. 173, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD.

faisait supporter à la caution un risque anormal d'endettement quand l'étendue de l'engagement de ce dernier est manifestement plus important que son propre patrimoine.

B) Le principe de proportionnalité dans le domaine des garanties

604. Le droit du cautionnement a pour axiome un certain parallélisme : ce que doit la caution n'est jamais supérieur à ce que doit le débiteur. C'est le caractère accessoire du cautionnement tel qu'il est disposé à l'article 2290 du Code civil. Le banquier, s'il ne peut pas demander plus que le montant du prêt, peut demander moins. Toutefois, en pratique, il n'y a pas intérêt, il est intéressant de faire tenir la garantie sur une seule tête que sur plusieurs. Une seule action sera suffisante pour compenser la défaillance de l'emprunteur, cela évite donc au banquier de multiplier les appels en garantie. Malheureusement, si cette caution a des capacités financières plus faibles que l'emprunteur, le risque est que l'appel en garantie reste vain, la caution ne pouvant honorer son engagement en totalité. Pour éviter un gaspillage de garantie, la tentation de demander une sûreté lourde au regard des capacités du garant est forte. Incidemment, l'attrait du contrat de cautionnement passe aussi par son efficience, trop de garanties pour une seule dette rend cette sûreté évidemment peu compétitive au regard des sûretés réelles. Indéniablement, l'inconvénient de cette politique réside dans le risque pour la caution de devoir supporter plus qu'elle ne le peut. Pour pallier à cet inconvénient, tout d'abord dans le prêt à la consommation et le prêt immobilier, le législateur est venu poser un principe de disproportion de l'engagement de la caution au regard de ses capacités (a). Puis la jurisprudence, au travers de la mise en garde, a instauré, à l'image de ce qui existe en matière de crédit, un principe fondé sur la responsabilité contractuelle.

1° Le principe de proportionnalité en matière de cautionnement fondé sur des règles spéciales

605. Les règles relatives aux consommateurs -. L'article L. 313-10 du Code de la consommation, issu de la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, modifiée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 portant réforme des sûretés personnelles et la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, dispose que « *un établissement de crédit ou un organisme mentionné au 5 de l'article L. 511-6 du code monétaire et financier ne peut se prévaloir d'un*

contrat de cautionnement d'une opération de crédit relevant des chapitres Ier ou IIème du présent titre, 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 ».

606. Le texte ne vise que le prêt à consommation et le prêt immobilier. Cette spécificité n'étonne guère quand l'on pense que le crédit à la consommation est souvent conclu par des emprunteurs cautionnés par des garants aux revenus modestes et à l'expérience dans ce domaine restreinte : il peut sembler que l'interdiction de se prévaloir d'une garantie excessive aux capacités contributives de la caution soit alors justifiée par l'inexpérience tant de l'emprunteur que de la caution.

607. Les règles relatives aux professionnels cautions -. Qu'en est-il toutefois des professionnels cautions ? Peuvent-ils bénéficier de ce texte ? Le fait que cet article soit intégré dans un Chapitre III nommé *Dispositions communes aux Chapitre Ier et II* renseigne sur son domaine d'application : celui-ci est donc identique à celui régissant les dispositions relatives au crédit à la consommation et au crédit immobilier. Il convient donc de se référer au domaine d'application des Chapitres Ier et II pour déterminer si la caution professionnelle peut bénéficier du texte. L'article L. 311-3 exclut le crédit destinés à financer les besoins d'une activité professionnelle. Pour le crédit immobilier, l'article L. 312-1 dispose quant à lui que les dispositions relatives audit crédit sont applicables aux contrats visant à l'acquisition, la construction, la réparation, l'amélioration ou l'entretien d'un immeuble à usage d'habitation ou à usage mixte professionnel et d'habitation, ainsi que l'achat du terrain sur lequel doit être édifié un tel immeuble. Cependant, l'article L. 312-3 exclut du champ d'application les crédits destinés à financier une activité professionnelle. En définitive, il apparaît que le professionnel caution ne pourra alors pas invoquer le bénéfice de l'article L. 313-10. Contrairement à la jurisprudence relative aux clauses abusives, l'exclusion est fondée sur la nature de l'activité et non sur la personnalité de celui qui s'engage[953]. Ainsi, l'emprunteur, dirigeant caution de son entreprise, ne peut être fondé à invoquer l'article L. 313-10 du Code de la consommation, puisque son engagement en tant qu'emprunteur ne peut bénéficier des dispositions du Chapitre Ier. Toutefois, la jurisprudence s'avère protectrice de ses intérêts, et si le législateur

[953] Cass. civ. 1ère, 8 juill. 1997 ; D. Affaires 1997, p. 1319 ; RD bancaire 1997, n° 163, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; BRDA 1997, n° 15/17, p. 11.

exclut l'emprunteur professionnel des dispositions des Chapitres Ier et IIème, ce n'est qu'à la suite d'une stipulation expresse de la nature de l'activité de cet emprunteur dans l'acte de prêt[954]. C'est pourquoi il est permis de penser que le professionnel peut se prévaloir de l'article L. 313-10 si le contrat de prêt conclu par l'entreprise que cautionne son dirigeant ne fait pas état de la destination contractuelle des fonds consentis. Ce faisant c'est l'ancienne jurisprudence de la Haute juridiction qui est remise en cause[955], cette dernière déterminant la destination contractuelle au regard de la volonté des parties et par le *instrumentum* lui-même. Les professionnels ne sont donc plus exclus par défaut en raison de la nature de l'activité. Toutefois, nous objecterons que les cas dans lesquels le prêteur omet de préciser la destination contractuelle du prêt ne peuvent résulter que d'une erreur grave commise par le banquier.

608. Pour les dirigeants cautions, en dehors de cette hypothèse exceptionnelle d'application de l'article L. 313-10, la jurisprudence a oscillé entre deux tentations : une protection très large de la caution et une protection plus restreinte de celui-ci. Par un arrêt Macron du 17 juin 1997[956], la Chambre commerciale sanctionna toute disproportion du cautionnement consenti par un dirigeant par la réduction de son engagement, quelque soit la qualité de ce dirigeant. Limitant la portée de cet arrêt, la Cour de cassation, par des arrêts du 26 mars[957] et 8 octobre 2002[958], jugea que le banquier n'engage sa responsabilité que s'il avait eu des informations sur la solvabilité de la caution qu'elle-même aurait ignorées. Par conséquent, le caractère disproportionné de l'engagement ne pouvait être invoqué qu'en cette hypothèse. Selon les termes de la Haute juridiction[959], les cautions « *n'ayant jamais prétendu*

---

[954] Cass. civ. 1ère, 27 mai 2003 ; JCP éd. G 2004, II, 10050, note M. BONNET ; Contrats conc. consom. 2003, n° 170, obs. G. RAYMOND ; Banque et Droit sept.-oct. 2003, n° 74, obs. T. BONNEAU ; RJDA 2003, n° 1232 ; Procédures 2003, n° 259, obs. H. CROZE ; Cass. civ 1ère, 20 déc. 2007, Bull. civ. I, n° 395 ; D. 2008, AJ, p. 220 ; RTD com. 2008, p. 407, obs. B. BOULOC ; RD immo 2008, p. 265, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN ; JCP éd. E 2008, n° 24, p. 19, obs. A. SALGUEIRO ; RJDA 2008, n° 448 ; Cass. civ. 1ère, 22 mai 2008, RJDA 2008, n° 943.

[955] Pour une illustration de cette jurisprudence qui déterminait la destination contractuelle en référence à l'accord de volontés, V. Cass. civ. 1ère, 18 déc. 2001, Bull. civ. I, n° 323 ; RTD com. 2002, p.354, obs. M. CABRILLAC.

[956] Cass. com., 17 juin 1997, JCP éd. E 1997, II, 1007, note D. LEGEAIS ; RTD civ. 1998, p. 101, obs. J. MESTRE et p. 157, obs. P. CROCQ ; D. 1998, jur. p.206, note J. CASEY.

[957] Cass. com., 26 mars 2002, Bull. civ. IV, n° 57 ; JCP éd. G 2002, IV, 1828 ; D. 2002, p. 1341, note A. LIENHARD ; RTD civ. 2002, p. 507, note J. MESTRE et B. FAGES ; RTD com. 2002, p. 523, obs. M. CABRILLAC, JCP éd. E 2002, p. 852, note A. GOURIO ; RJDA 2002, p. 797, n° 941 ; Banque magazine 2002, n° 637, p. 76, obs. J.-L. GUILLOT ; Cass. com., 14 janv. 2003, n° 01-00.023.

[958] Cass. com., 8 oct. 2002, Bull. civ. IV, n° 136 ; RD immo. 2003, p. 84, obs. J.-M. BERLY ; RD immo. 2003, p. 164, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN ; D. 2003, p. 414, obs. C. KOERING ; RTD civ. 2003, p. 125, obs. P. CROCQ ; RTD com. 2003, p. 151, obs. D. LEGEAIS ; JCP éd. G 2003, II, 10017, note Y. PICOD ; RD bancaire et fin. 2002, n° 231, obs. D. LEGEAIS ; Banque et Droit janv.-févr. 2003, n° 52, obs. F. JACOB ; Bull. Joly 2003, p. 133, note M. DEVEZE ; Contrats conc. consom. 2003, n° 20, obs. L. LEVENEUR ; RJ com. 2003, p. 267, note D. POHE ; RJDA 2003, n° 439.

[959] Cass. com., 8 oct. 2002, précité.

ni démontré que la banque envers laquelle ils avaient souscrit cette garantie, aurait eu sur leurs revenus, leurs patrimoines et leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération immobilière entreprise par la société, des informations qu'eux-mêmes auraient ignorées, ne sont pas fondées à rechercher la responsabilité de cette banque en raison d'une disproportion entre le montant de leur engagement et leur capacité financière. »

609. A la suite de cet arrêt, réaffirmé[960], il existait donc un régime dualiste pour la caution personne physique d'une entreprise. Soit qu'elle était dirigeant et la jurisprudence Nahoum s'appliquait, soit qu'elle ne l'était pas et en ce cas, la jurisprudence leur était plus favorable. Dans ce dernier cas, et pour les engagements litigieux non encore soumis à l'article L. 341-4 du Code de la consommation, la jurisprudence réduisait ces engagements disproportionnés, en application de la jurisprudence Macron, *lorsque la caution n'exerçait aucune responsabilité dans la société emprunteuse*[961], ou *lorsque qu'elle ne retire aucun avantage financier de l'opération escomptée par cette société*[962]. L'application alternative soit de la jurisprudence Nahoum, soit de la jurisprudence Macron paraissait dès lors conditionnée au niveau d'expertise de la caution dans l'affaire en cause. A notre avis, c'est une prémisse de la qualification de caution avertie ou non-avertie, retenue postérieurement par la Chambre commerciale. En effet, derrière le critère de la qualité de dirigeant de la société, que la Cour opposa à celle de tiers à la gestion de celle-ci, ce qui fut le cas du conjoint ayant une participation très minoritaire[963], se dresse le caractère averti ou non averti de la caution. C'est cette même qualification que la Haute juridiction retiendra dans l'arrêt du 3 mai 2006 de la Chambre commerciale.

610. La difficulté pour la caution d'invoquer la disproportion après l'arrêt Nahoum -. Toutefois, il nous faut reconnaître que la preuve de la connaissance par le banquier d'éléments non connus de la caution elle-même sur sa propre situation relève quelque peu de la gageure. Comme le souligna un auteur[964], la charge de cette preuve s'avère « *diabolique* », car il est hautement improbable que le banquier puisse en savoir plus que la

[960] Cass. com., 4 févr. 2003, D. 2003, som. p. 1284 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Survie du principe de proportionnalité après l'arrêt Nahoum*, JCP éd. E 2004, n° 3, p. 76.
[961] Cass. com., 21 juin 2005, n° 04-13.678 ; RD bancaire et fin. sept.-oct. 2005, p. 20, note D. LEGEAIS.
[962] Cass. com., 21 juin 2005, n° 03-15.109 ; RD bancaire et fin. nov.-déc. 2005, note D. LEGEAIS.
[963] CA Paris, 27 sept. 1996, RD bancaire et bourse 1997, p. 114, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD.
[964] D. HOUTCIEFF, *Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi pour l'initiative économique*, JCP éd. G 2003, I, 163, spécialement n° 25 en évoquant le principe retenu par l'arrêt Méneteau en matière de crédit.

caution sur ses propres affaires quand elle est dirigeante de la société emprunteuse. Le risque est que le banquier ne puisse jamais être inquiété pour avoir demandé un cautionnement disproportionné au dirigeant.

611. L'amélioration de la situation du professionnel caution -. Elargissant le domaine d'application du principe d'équilibre contractuel au contrat de cautionnement, le législateur, par la loi du 1er août 2003[965], est venu instaurer l'article L. 341-4 du Code de la consommation qui dispose qu' « *un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation* ». La méthodologie retenue est identique à celle employée pour la rédaction de l'article L. 313-10 du même code. La disproportion s'apprécie au moment de la conclusion de l'acte, et lors de l'appel en garantie si la caution est en mesure, à la suite de l'accroissement de son revenu ou de son patrimoine, d'honorer son engagement. Pareillement, le créancier ne peut se prévaloir de l'engagement disproportionné dans les deux dispositions. Toutefois, une différence réside à la lecture de celles-ci. Le domaine d'application de l'article L. 341-4 n'est plus défini *ratione materiae* mais seulement *ratione personae*. Le texte vise tous les cautionnements consenti à un créancier professionnel par une personne physique, quelque soit l'objet du contrat principal. Il s'agit alors d'une approche subjective de la protection de la caution[966]. En pratique, *la rédaction autorise à ce que le dirigeant caution, personne physique, puisse invoquer le texte*, et l'opposer au banquier, créancier professionnel, qui lui demanderait d'honorer un engagement qui se révèle être disproportionné[967]. Le domaine d'application de la protection est donc très large.

612. Aussi, nous pensons que ce texte profitera tout autant aux professionnels qu'aux consommateurs, aux cautions d'un prêt professionnel tout autant qu'aux cautions d'un prêt à

---

[965] Loi n° 2003-721 du 1er août 2003, publiée au JO le 5 août 2003, p. 13449.

[966] *contra*. Y. PICOD qui parle d'approche objective en opposition à la conception subjective, fondée sur la bonne foi. Au contraire, nous pensons que l'approche du législateur, pour la loi du 1er août 2003, est indéniablement subjective puisqu'elle se fonde *uniquement* sur la qualité des parties et non sur l'objet du contrat. V. Y. PICOD, *Proportionnalité et cautionnement, le mythe de Sisyphe*, Etudes de droit de la consommation - Liber amicorum Jean CALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, p. 847, n° 9.

[967] V. ainsi Cass. com., 27 nov. 2007, n° 06-19.164, affirme qu'en vertu de l'adage *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, il n'y a pas lieu de distinguer suivant que la personne physique est dirigeant ou non. Au soutien de notre propos, V. Y. PICOD, *op. cit.*, p. 848, n° 10. Ce n'est d'ailleurs pas inédit. V. en ce sens l'application de l'art. 313-22 du Code monétaire et financier, relatif à l'information annuelle de la caution, au dirigeant de société, Cass. com., 25 mai 1993, Bull. civ. IV, n° 203 ; JCP éd. G 1993, II, 22147, note H. CROZE.

usage personnel. En effet, le domaine d'application de l'article L. 313-10 suffit à considérer qu'il vise toutes les personnes exclues des dispositions du Chapitre I et II du Titre I relatif au crédit, les professionnels, ce qui conduit à affirmer que ceux-ci se prévaudront de l'article L. 341-4. Il n'est alors pas impossible de penser que ce seront surtout les cautions de prêts à destination professionnelle qui invoqueront la disposition de la loi de 2003. Nous relèverons l'incohérence d'un texte figurant dans le Code de la consommation et qui profitera à ceux pour qui ce Code leur est *a priori* étranger. Il aurait été alors plus orthodoxe d'insérer cette disposition dans le Code civil. Cependant, cela aurait eu pour effet d'insérer dans le droit commun, un véritable principe de proportionnalité, certes limité au cautionnement, mais qui constitue une porte ouverte à l'élargissement de ce principe à tout le droit des obligations. Les raisons du refus d'insérer les dispositions des articles L. 341-1 et suivants dans le Code civil tiennent vraisemblablement plus à un souci de prudence du législateur qu'à celui de l'orthodoxie juridique[968].

613. La protection des cautions en cas de redressement du débiteur principal -. L'étude du droit positif confirme l'existence d'un principe de proportionnalité applicable aux entreprises en difficultés, spécifiquement au profit de la caution d'une telle entreprise.
, lequel fut codifié de manière cohérente dans le Code de commerce. Fruit de nombreux débats parlementaires, à l'initiative de MM. CARREZ et MARINI[969], la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, modifiée par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, vient ajouter un article L. 650-1 du Code de commerce qui dispose 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.*
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. »

614. La spécificité des règles de protection en cas de redressement du débiteur principal -. La rupture avec les dispositions consuméristes est frappante. Tout d'abord, le principe de proportionnalité est confirmé, non pas sous forme de principe, mais sous forme

[968] En ce sens qu'ouvrir la porte à la proportionnalité, au sein du Code civil, même pour un domaine restreint à certaines personnes et à certains contrats, raviverait, à notre sens, le débat sur le solidarisme contractuel.
[969] Projet de loi n° 2249 relatif à la confiance et la modernisation de l'économie, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 avril 2005.

d'exception. Si le texte pose en principe l'irresponsabilité du prêteur pour les préjudices consentis aux entreprises en difficultés, cette protection du banquier cède dans trois cas : la fraude, l'immixtion caractérisée et la disproportion des garanties prises en contrepartie du concours financier. Nous reviendrons sur ces exceptions[970]. Si ce principe de proportionnalité est confirmée, le référentiel avec lequel apprécié ce déséquilibre n'est toutefois plus le même que celui retenu à l'article L. 341-4. Si les deux articles du Code de la consommation l'apprécient au regard de la situation patrimoniale de la caution, le texte nouveau retient comme référentiel le montant du prêt consenti. Si dans le premier cas, c'est la protection du patrimoine de la caution qui est visée, dans le second, c'est un souci d'efficience de la garantie qui est privilégié. ***En effet, l'idée est que la garantie ne doit pas être ni insuffisante, ce qui lèse le créancier, ni superflue, ce qui nuit à la caution et réalise un gaspillage de garantie***.

615. La manière d'apprécier le caractère excessif de la garantie est donc différente suivant que l'entreprise qui bénéficie d'une garantie consentie par une personne physique est en difficulté ou pas. Alors que la disproportion s'apprécie au regard du patrimoine de la caution aux termes de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, cette appréciation porte sur le montant de la dette garantie comme le dispose l'article L. 650-1 du Code de commerce, quand une procédure est ouverte à l'encontre du débiteur. Pour le cas spécifique de l'entreprise en difficulté, la responsabilité du banquier sera double : fondée d'une part sur l'excès de l'engagement de la caution compte tenu de son patrimoine, puis sur ce même excès au regard de la dette garantie.

Toutefois ce cumul ne survient que pour le cas où une caution personne physique garantit les dettes d'une entreprise faisant l'objet d'une procédure collective ouvertes après le 1er janvier 2006[971].

616. *L'on doit par conséquent en conclure, qu'en dehors du cas des procédures collectives, la caution personne physique pourra invoquer une disproportion seulement au regard de sa seule situation patrimoniale, conformément aux dispositions de l'article L. 341-4 du Code de la consommation*. Cette solution nous invite alors à conseiller au banquier de

[970] V. *infra*. n° 691, 694.
[971] Cass. com., 8 janv. 2008 ; Gaz. Pal. 27 et 29 avr. 2008, p. 31, obs. R. ROUTIER ; Versailles, 15 déc. 2005, Bulletin d'information de la Cour de cassation 2006, n° 1238 ; D. 2006, AJ, p. 1601, obs. A. LIENHARD. L'ordonnance du 18 décembre 2008, réformant la loi de 2005, confirme cette solution en conditionnant l'application de l'article L. 650-1 au cas dans lequel une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est déjà ouverte

redoubler de prudence lors de l'octroi d'un concours ou lors de la constitution d'une sûreté personnelle. Cela d'autant plus qu'il doit se conformer aux exigences de la jurisprudence en matière d'obligation contractuelle, relative au devoir de mise en garde qui profite à la caution.

2° Le principe de proportionnalité en matière de cautionnement fondée sur la responsabilité contractuelle

Il convient de présenter le développement d'une responsabilité contractuelle du banquier pour excès de l'engagement de la caution (a), avant de présenter son régime (b).

a) le développement de la responsabilité contractuelle du banquier fondé sur l'excès de l'engagement du garant

617. Les juges semblent au moins autant perméables que le législateur a l'influence de l'équité concernant le *quantum* des obligations des parties. En témoigne cet arrêt de la Chambre commerciale en date du 3 mars 1987 qui se fonda sur l'ancien article 2018 du Code civil pour sanctionner un banquier lorsque le garant accepté par ce créancier ne disposait pas d'un bien suffisant au regard de l'étendue de son obligation[972]. Toutefois, la Cour a toujours considéré que cette règle ne pouvait être invoquée par la caution pour se soustraire à ses engagements[973], de sorte que l'application de l'article 2018 ne pouvait valoir réduction ou annulation du contrat de cautionnement disproportionné. Ce n'est qu'à partir de l'arrêt Macron que l'excès de l'engagement du garant fut sanctionné par la réduction de son engagement au montant de ce que l'avaliste était en mesure de payer[974]. Le principe de proportionnalité du cautionnement était ainsi posé.

Limitant toutefois la portée de la sanction de l'engagement excessif, un arrêt Nahoum[975] précisa le régime applicable aux cautions[976] : seules les cautions désintéressées à la dette sont protégées contre la disproportion de leur engagement au regard de leurs facultés

[972] Cass. com., 3 mars 1987, Bull. civ. IV, n° 58.
[973] Cass. civ. 1ère, 7 juin 1988, Bull. civ. I, n° 173.
[974] Cass. com., 17 juin 1997, JCP éd. E 1997, II, 1007, note D. LEGEAIS ; RTD civ. 1998, p. 101, obs. J. MESTRE et p. 157, obs. P. CROCQ ; D. 1998, jur. p.206, note J. CASEY.
[975] Cass. com., 8 oct. 2002, Bull. civ. IV, n° 136 ; RD immo. 2003, p. 84, obs. J.-M. BERLY ; RD immo. 2003, p. 164, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN ; D. 2003, p. 414, obs. C. KOERING ; RTD civ. 2003, p. 125, obs. P. CROCQ ; RTD com. 2003, p. 151, obs. D. LEGEAIS ; JCP éd. G 2003, II, 10017, note Y. PICOD ; RD bancaire et fin. 2002, n° 231, obs. D. LEGEAIS ; Banque et Droit janv.-févr. 2003, n° 52, obs. F. JACOB ; Bull. Joly 2003, p. 133, note M. DEVEZE ; Contrats conc. consom. 2003, n° 20, obs. L. LEVENEUR ; RJ com. 2003, p. 267, note D. POHE ; RJDA 2003, n° 439.
[976] Cass. com., 9 juill. 2003.

contributives. Pour les autres cautions, dirigeant et personne intéressée à la dette, aucun recours n'était envisageable avant que le législateur ne vienne instaurer un article L. 341-4 du Code de la consommation[977] qui prévoit que le créancier professionnel ne peut se prévaloir de l'engagement excessif conclu par une personne physique, eu égard à ses patrimoine et revenus.

618. Quid des personnes morales ? Quid des créanciers non-professionnels ? Pour ceux-là, les dispositions du Code de la consommation sont inapplicables. La loi du 1er août 2003, ne protégeant que les personnes physiques, postulent qu'elles sont seules à bénéficier de la protection au terme de laquelle le créancier ne peut exiger un cautionnement disproportionné aux capacités contributives de son client caution. *Toutefois, nous pensons que le critère d'application de la protection ne peut se résumer à la simple qualité de personne physique de la personne*. Il est des personnes physiques expérimentées, d'autres non, il est des dirigeants éclairés, d'autres novices, comme il est des personnes morales inexpérimentées ne sont que le reflet du peu d'expérience des hommes qui les composent. Il semble alors que le critère de la personne physique retenu par le législateur ne soit pas le plus pertinent. La jurisprudence est alors destinée à évoluer, tant le champ d'application protection de la sanction de la disproportion, que sur celui du fondement de cette responsabilité du créancier.

619. La protection de la caution par l'obligation contractuelle de mettre en garde celle-ci contre l'engagement excessif -. A cet égard, compte tenu du critère qui fonde la protection de la caution, la jurisprudence semble avoir renouvelé le régime prétorienne de la disproportion du cautionnement. Par l'un des trois arrêts du 3 mai 2006, la Chambre commerciale a pu retenir, en l'espèce, que c'est « *eu égard à son âge lors de l'engagement litigieux, à sa situation d'étudiante et à la modicité de son patrimoine,* [que] *l'engagement souscrit par* [la caution]*, qui n'exerçait aucune fonction de direction, ni aucune responsabilité au sein de la* [société pouvait être] *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*[978] ». Manifestement, cet arrêt est novateur. Tout d'abord, il témoigne de l'alignement de la Chambre commerciale sur la position de la Première Chambre civile, en matière de devoir de mise en garde au profit des emprunteurs non-avertis. Enfin, et surtout, il retranscrit,

[977] Article issu de la loi n° 2003-721 du 1 août 2003, publié au JO du 5 août 2003.
[978] Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-19.315, Bull. civ. IV, n° 103 ; Gaz. Pal. 28 juin 2006, p. 5, note S. PIEDELIEVRE ; RLDC juill.-août 2006, p. 36, note G. MARRAUD DES GROTTES ; RD bancaire et fin. juill.-août 2006, p. 16, note D. LEGEAIS.

à l'image de crédit, ce devoir au cas du cautionnement. Il convient donc de présenter cette innovation, eu égard à trois questions. Qui sont les personnes concernées ? Quelle est la responsabilité du créancier ? Quelles sont les sanctions du défaut de mise en garde ?

b) le régime de la responsabilité contractuelle fondée sur l'excès en matière de cautionnement

620. Contrairement à l'article L. 341-4 du Code de la consommation qui instaure un mécanisme de protection de la caution à toutes les personnes physiques, la Haute jurisprudence conditionne la protection prudentielle contre la disproportion, par le biais de la mise en garde, aux seules personnes non-averties. Le critère déjà étudié de l' « averti » est celui de la personne qui, en raison de son âge[979], de sa compétence[980], de son expérience[981], plus généralement de sa situation personnelle[982], est en mesure de déterminer pleinement la portée de son engagement dans le contrat en cause. C'est pourquoi la jurisprudence impose aux juges du fond de rechercher si, compte tenu de son implication dans l'activité commerciale de la société cautionnée, la caution détient toutes les informations utiles lui permettant d'apprécier la portée de ses engagements[983]. Si tel est le cas, alors elle sera considérée comme une caution avertie.

621. La question de la détermination du caractère averti de la caution se pose toutefois avec d'autant plus de difficultés quand le banquier est face à plus d'une personne, soit qu'il agisse de cofidéjusseurs, soit que la caution ait dans son entourage proche une personne averti qui peut l'assister.

622. La situation des cofidéjusseurs -. Qu'en est-il des cofidéjusseurs ? Cette question se pose avec la même acuité que pour le cas des co-emprunteurs. Il est alors lieu de savoir si la qualification d'averti de l'une des cautions emporte la même qualification pour l'autre. Pour la Cour de cassation, le banquier est débiteur du devoir de mise en garde à

[979] Pour un étudiant, jeune, qualité de non-averti, V. Cass. com., 3 mai 2006, précité.
[980] Pour un homme d'affaire avisé, jugé compétent et par conséquent averti, V. Cass. com., 7 juin 2006, RTD com. 2006, p. 647, note D. LEGEAIS.
[981] Pour un associé fondateur, intéressé au fonctionnement de la société, expérimenté, V. Cass. com., 13 févr. 2007, Bull. civ. IV, n° 31 ; D. 2007, p. 652, obs. V. AVENA-ROBARDET ; Bull. Joly 2007, p. 711, note J.-F. BARBIERI.
[982] Ainsi, si un dirigeant sera souvent considéré comme averti, il peut, en raison de circonstances particulières être vu comme un non-averti.
[983] Cass. civ. 1ère, 27 févr. 2007, n° 05-12.262.

l'égard du co-emprunteur profane[984], il est donc permis en penser que l'appréciation du caractère averti chez les cofidéjusseurs se fait aussi de manière autonome. En raisonnant par analogie, et en tenant compte du fait que la catégorie des avertis est homogène quelque soit la nature de l'opération litigieuse, nous nous autorisons à penser que ***le caractère averti de la caution est donc le même que celui de l'emprunteur, sauf que le domaine de la compétence n'a plus le même objet puisque l'objet même du contrat est différent. Le banquier doit enfin apprécier ce caractère chez chacun des cofidéjusseurs***.

623. La situation des cautions assistées -. Si chacun des cofidéjusseurs doit faire l'objet d'une appréciation propre, comme pour le cas des co-emprunteurs, il convient de s'interroger sur la qualification du client du banquier quand celui-ci bénéficie de l'assistance d'un expert, souvent professionnel dans le secteur similaire à celui à l'objet du contrat. Concrètement il sera question de savoir si une caution peut être qualifiée d'avertie quand elle dispose de l'assistance d'un tiers au fait des opérations bancaires. Il convient tout d'abord de rappeler, comme pour le cas du crédit, que le caractère professionnel de la caution[985] est par principe indifférente sur la qualification d'averti. ***Même si ce caractère oriente le juge vers une qualification, il n'est pas suffisant à lui seul pour la retenir***. Il en va différemment en cas d'assistance de la caution par un averti. Ainsi, si un professionnel du droit, caution de société, n'est pas par nature un averti, le même professionnel qui, dans son activité, est assisté de conseils spécialisés perd le caractère de non-averti[986]. L'existence d'une assistance ou d'un conseil qui pourrait informer la caution est donc de nature à lui conférer la qualité d'averti. Ainsi en va-t-il de la caution, conjoint d'un dirigeant. Pour une espèce similaire, intéressant le domaine du crédit, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir privé un emprunteur de la possibilité d'invoquer le devoir de mise en garde, au motif qu'il avait bénéficié des conseils de conjoint, cadre supérieur dans la banque créancière, pour la réalisation de l'opération, et que ce conjoint avait toute compétence pour apprécier les obligations contractuelles par rapports aux capacités financières du ménage[987]. *A contrario*, à défaut d'assistance, le conjoint aurait été vu comme non-averti. En définitive, en raisonnant par analogie, que cela soit pour le cas des cofidéjusseurs et des co-emprunteurs, il est possible

[984] Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, D. 2007, act. p. 1950, note V. AVENA-ROBARDET ; D. 2007, jur., p. 2082-2084, note S. PIEDELIEVRE ; Resp. civ. et assur. 2007, étude 15, spéc. n° 8 ; JCP éd. G 2007, II, 10146, note A. GOURIO ; JCP éd. E 2007, 2105, obs. D. LEGEAIS.
[985] La solution est la même, *a priori*, que pour l'emprunteur, V. Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, précité.
[986] Cass. civ. 1ère, 13 nov. 2008, n° 07-15.172 et n° 07-15.958.
[987] Cass. com., 3 mai 2006, n° 02-11.211, Bull. civ. IV, n° 101, RLDA 2006/8, n° 437 ; JCP éd. E 2006, n° 1890, note D. LEGEAIS ; D. 2006, p. 1445, obs. X. DELPECH ; JCP éd. G 2006, II, n° 10122, note A. GOURIO.

de poser le principe suivant : ***peu importe le caractère professionnel ou non du client du banquier, celui-ci pourra invoquer le caractère excessif de son engagement sur le fondement du devoir de mise en garde dès lors qu'il n'a pas bénéficié de l'expérience d'une personne expérimentée, au fait des affaires du de ce client***. Cette solution apparaît comme inverse à celle retenue en droit commun au sujet des obligations de conseil[988].

624. Qu'en est-il si la caution, pouvant solliciter l'expérience d'une personne avertie, n'en profite pas ? Faut-il pour autant assimiler le fait qu'elle *aurait pu savoir* au fait qu'elle *savait* ? La réponse, à première vue, et faute d'arrêts sur la question, n'est pas du ressort de l'évidence. Si l'on considère que, dans l'arrêt du 29 juin 2007, des co-emprunteurs ont fait l'objet d'une qualification différente alors qu'ils sont en couple, cela nous invite à penser que l'épouse, institutrice, aurait eu tout le loisir de s'informer sur l'opération et de bénéficier de l'expérience de son mari commerçant. Pourtant c'est bien le caractère de non-averti qui a été retenu pour celle-ci. L'on ne doit donc considérer le co-emprunteur ou le cofidéjusseur comme averti que lorsqu'il a *effectivement* profité de l'expérience et des compétences du codébiteur[989]. Comme le souligne la jurisprudence, le fait d'être en relation étroite avec le gérant, ce qui est le cas de conjoints, ne suffit pas à établir que la caution était avertie et disposait d'information sur la société cautionnée[990].

625. Le domaine d'application de la protection jurisprudentielle est donc large. A cet égard, il est plus étendu que celui offert par les dispositions des articles L. 313-10 et L. 341-4 du Code de la consommation. Il existe donc des cas dans lesquels la caution est doublement protégée. Cet état n'est pas de nature à être regretté, d'autant que le fondement de la responsabilité du créancier est différent dans les deux cas.

626. Le régime spécifique de la protection contractuelle de la caution contre la disproportion de son engagement -. La protection de la caution contre les engagements disproportionnés qu'instaure la jurisprudence est novatrice à plus d'un titre. Le mécanisme de

---

[988] contra. Cass. civ. 1ère, 10 févr. 1995, Bull. civ. I, n° 312 ; D. 1995, p. 195 ; V. aussi en matière de devoir de conseil de l'avocat, Cass. civ. 1ère, 29 avr. 1997, Bull. civ. I, n° 132; JCP éd. G 1997, II, 22948, note D.-R. MARTIN. Ceci illustre un des différences qui existe entre la mise en garde et le conseil.

[989] V. pour une illustration de caution épouse du gérant de la société garantie, pouvant se prévaloir du devoir de mise en garde, Cass. com., 6 févr. 2007, Bull. civ. IV, n° 18; D. 2007, AJ, p. 575, obs. V. AVENA-ROBARDET ; LPA 6 août 2007, note D. HOUTCIEFF ; RTD civ. 2007, p. 372, obs. P. CROCQ ; RLDC avr. 2007, p. 33, obs. G. MARRAUD DES GROTTES.

[990] Cass. com., 13 févr. 2007, n° 05.16.728, Contrats conc. consom. 2007, n° 137, obs. G. RAYMOND ; LPA 25 sept. 2008, obs. V. CADORET.

protection mise en œuvre a, contrairement aux dispositions légales, un caractère préventif. L'information vise à éviter l'excès alors que l'article 341-4 du Code de la consommation s'attache à le résorber en sanctionnant le créancier *a posteriori*.

627. Le devoir de mise en garde apparaît comme une obligation autonome[991], qui se superpose aux autres, et notamment à l'obligation d'information que prévoient les dispositions du Code de la consommation pour le crédit à la consommation et le crédit immobilier ou celles relatives au formalisme de l'acte de cautionnement énumérées par le Code civil. Le respect de celles-ci ne dispense donc pas le banquier de son devoir de mise en garde. Comportant en son sein l'obligation de se renseigner sur son cocontractant, sur sa situation financière, et l'obligation d'alerte qui consiste à informer la caution sur l'insuffisance de son patrimoine et de ses revenus au regard de l'étendue des dettes qu'il désire cautionner. Ce faisant, la finalité est d'éviter que la caution ne s'engage à assumer une charge qu'il ne pourra honorer. Concrètement, il s'agit d'éviter que le créancier ne lui fasse souscrire un cautionnement disproportionné. L'approche est donc préventive. Comme la jurisprudence l'a évoqué au sujet de l'emprunteur[992], le créancier doit veiller à ce que la caution consente à un engagement adapté[993].

628. La spécificité de la sanction du banquier-. Il convient d'étudier la sanction de la disproportion de l'engagement de la caution, qui est différente lorsque la caution est protégée par la responsabilité délictuelle que par le fondement délictuel.

629. En matière de sanction de disproportion de l'engagement sur le fondement délictuel, et aux termes des articles L. 313-10 et L. 341-4 du Code de la consommation, la sanction ne semble pas être la nullité de l'engagement de la caution mais son inopposabilité[994]. L'expression « *ne peut se prévaloir* » est à notre sens mal choisie. Si le législateur a d'excellentes raisons pour « parler comme tout le monde », il n'en demeure pas moins que la terminologie révèle l'imprécision de la formule. Comme le formule le professeur

---

[991] Rapp. annuel de la Cour de cassation 2005, IV, activités économiques, commerciales et financières, obs. sur la responsabilité du banquier dispensateur de crédit.
[992] Cass. civ. 1ère, 21 févr. 2006, n° 02-19.066, Bull. civ. I, n° 91 ; JCP éd. E 2006, p. 611, note D. LEGEAIS ; JCP éd. E 2006, 1850, p. 963, n° 36, obs. L. DUMOULIN ; RLDA 2006/5, n° 256 ; D. 2006, jur. p. 1618, obs. J. FRANCOIS.
[993] Cass. civ. 1ère, 21 févr. 2006, n° 02-19.066, Bull. civ. I, n° 91 ; JCP éd. E 2006, p. 611, note D. LEGEAIS ; JCP éd. E 2006, 1850, p. 963, n° 36, obs. L. DUMOULIN ; RLDA 2006/5, n° 256 ; D. 2006, jur. p. 1618, obs. J. FRANCOIS.
[994] V. en ce sens, Ch. ATIAS, *Propos sur l'article L. 341-4 du code de la consommation*, D. 2003, p. 2620, n° 14.

ATIAS, « *il est peut-être vain et déraisonnable de rechercher sous une expression simple et vague autre chose que l'image dont elle est porteuse*[995] ». Il conviendrait donc d'exclure la nullité, ce qui sous-entendrait que la caution ne puisse alors pas demander la mainlevée de son engagement.

630. Il conviendrait plutôt de parler d'inopposabilité, voire d' « inopposabilité temporaire ». En effet, les dispositions légales posent l'exception d'un retour à meilleure fortune, lorsque au moment d'être appelé, l'engagement de la caution, n'est plus disproportionné au regard de ses revenus et son patrimoine. La paralysie du droit du créancier est donc temporaire…mais peut être permanente si ce retour à meilleure fortune ne survient jamais ! Comme l'enseigne la doctrine, nullité et inopposabilité convergent en ce qu'elles résultent d'une imperfection contemporaine à la formation de l'acte juridique[996], en cas d'inopposabilité, l'irrégularité de l'acte n'affecte pas les relations entre les parties en ce sens que seuls les tiers ou certains d'entre eux pourront l'ignorer. Afin de pouvoir se prévaloir du cautionnement demandé, le créancier doit s'assurer que l'engagement n'est pas disproportionné, ce qui implique qu'il doive s'informer, tout comme dans le cadre de l'application du devoir de mise en garde, sur la situation de la caution[997].

631. Avant de pouvoir mettre en œuvre cette sanction de l'inopposabilité, il convient auparavant pour la caution de satisfaire aux exigences relatives à la preuve de la faute du créancier à l'égard de la caution.

632. Traditionnellement, la jurisprudence, en matière d'obligation d'information ou de conseil, a toujours décidé que la charge incombait au cocontractant du banquier[998], si bien que le régime était identique si la caution invoquait les articles précités : la jurisprudence fait

---

[995] Ch. ATIAS, *op. cit.*, n° 5.

[996] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2008, n° 82 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Sirey-Université, 13ème éd., 2008, n° 322 ; D. BASTIAN, Essai *d'une théorie générale de l'inopposabilité*, th. Paris, 1929.

[997] Paris, 2 avr. 2002, Contrats conc. consom.2002, n° 165, obs. G. RAYMOND.

[998] Cass. civ. 1ère, 25 février 1997, Bull. civ. I, n° 75 ; D. 1997, som. p. 319, obs. J. PENNEAU ; Gaz. Pal. 1997, 1, 274, rapp. P. SARGOS, note B. GUIGUE ; Defrénois 1997, p. 751, obs. J.-L. AUBERT ; LPA 16 juillet 1997, note A. DORSNER-DOLIVET ; RTD civ. 1997, p. 434, obs. P. JOURDAIN ; RTD civ. 1997, p. 924 obs. J. MESTRE ; JCP éd. G 1997, I, 4025, n° 7, obs. G. VINEY ; Contrats conc. consom. 1997, chron. n° 5, L. LEVENEUR ; H. CAPITANT, F. TERRE, et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, Dalloz, 11ème éd., 2000, n° 13 : c'est au professionnel tenu légalement ou contractuellement d'une obligation particulière d'information de prouver qu'il avait informé son client. V. par exemple, Cass. civ. 1ère, 15 mai 2002, Bull. civ. I, n° 132 ; Cass. civ. 1ère, 29 avril 1997, Bull. civ. I, n° 132, pour l'avocat ; Cass. civ. 1ère, 3 février 1998, Bull. civ. I, n° 44, pour le notaire.

supporter la charge de la preuve de la disproportion sur les épaules de la caution[999] qui invoque une faute délictuelle du banquier. Cette solution se justifie par le fait que l'obligation de conseil apparaît être une obligation de moyen[1000], de sorte que c'est au client au prouver une faute du banquier.

Toutefois, quand il s'agit de mettre en garde contre le risque d'endettement née d'un engagement de cautionner excessif, l'information porte sur un élément objectif, la disproportion, dont l'appréciation est limitée : il y a disproportion ou il n'y a pas disproportion. Si c'est le cas, l'information doit être transmise. Il ne serait alors pas douteux de penser que le devoir de mise en garde est une obligation de résultat, il n'y aurait ici plus le caractère aléatoire que l'on trouve en matière de conseil[1001]. En effet, il ne s'agit plus ici d'inciter le client à tenir un comportement défini qui doit normalement amener à une finalité par avance déterminée, mais davantage à informer sur un état de fait objectif, indépendamment de savoir si l'information transmise va influencer les choix du client. Ce serait enfin une obligation de résultat puisque la mise en garde vise un résultat précis : informer purement et simplement, et non plus s'assurer que le conseil sera suivi.

633. ***Pourtant, si l'on est considère que le devoir d'alerte sur le risque de disproportion est une obligation de résultat[1002], il est remarquable de constater que le régime de la preuve de cette obligation diverge du régime applicable à la preuve des obligations de résultat.*** En effet, le client qui souhaite engager la responsabilité de son banquier pour le cas de la disproportion de son engagement n'aura même pas à prouver que celui-ci a été alerté du caractère excessif de cet engagement puisque la Haute juridiction fait peser sur le banquier la charge de la preuve de la mise en garde[1003]. A cet égard, même si cette preuve peut se faire par tout moyen, il est probable que l'écrit soit privilégié et ne doit pas s'apparenter en un simple document pré-rédigé. Ainsi, il convient d'inciter le banquier à préciser clairement par écrit que les obligations de s'informer sur la situation de la caution et d'alerter ont bien été exécutées[1004].

---

[999] Pour une illustration visant l'article L. 313-10, V. Cass. com. 2 oct. 2007, RJDA 2008, n° 85 ; pour une décision relative à la preuve concernant l'article L. 341-4, V. Paris, 7 déc. 2007 et Paris, 25 janv. 2008, RD bancaire et fin. 2008, n° 77, obs. D. LEGEAIS.

[1000] F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil*, *Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2008, n° 591 b.

[1001] F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 591 a.

[1002] V. en ce sens R. ROUTIER, *Obligations et responsabilité du banquier*, Dalloz Référence, 2ème éd., 2008, n° 362.33

[1003] Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, précité.

[1004] M. MEKKI, *La singularité du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit*, Colloque sur le devoir de mise en garde du 29 mars 2007 de la faculté de droit de Clermont-Ferrand (EA 982), dont les actes sont publiés, RD bancaire et fin., nov. 2007, p. 84, n° 20.

Alors que c'est au banquier de prouver qu'il a bien alerté son client, il n'en demeure pas moins que c'est à ce dernier de prouver qu'il existe effectivement une disproportion entre son engagement et ses facultés de paiement. En ce sens, la preuve de l'excès incombe toujours au client, qu'il s'agisse de la mise en garde ou que la caution invoque l'article L. 341-4 du Code de la consommation[1005]. Il s'agit là d'une application de l'article 9 du Code de procédure civile qui dispose qu' « *incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ».

Il existe bien un principe de responsabilité fondé sur la responsabilité du banquier, tantôt contractuelle, tantôt délictuelle.

§ 2 - LA RECHERCHE DU CRITERE D'APPLICATION DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE EN DROIT BANCAIRE

634. La recherche d'un critère de proportionnalité nous invite à déterminer dans quel cas la sanction de la disproportion est encourue. En d'autres termes, il convient de trouver quel est l'élément déclencheur de la protection. L'intérêt d'un tel critère, outre le fait d'introduire dans la relation entre le banquier et son client un mécanisme protecteur de ce dernier, réside surtout dans la prévisibilité de la sanction pour le créancier qu'offre une technique que lui-même peut appréhender au stade de la formation du contrat. Procédant de la sécurité juridique, alliée à une prise en compte des intérêts de la partie qui risque économiquement le plus[1006]. Pour déterminer précisément ce critère, l'étude des dispositions législatives, mais aussi de la jurisprudence, est de nature à circonscrire ce critère. Ainsi, la législation sur les clauses abusives et la position de la Haute juridiction sur le déséquilibre de l'engagement du cocontractant du banquier nous permettent de dresser les critères de la disproportion (A). Nous montrerons toutefois que les critères relevés sont lacunaires et incitent à en trouver un autre, celui du *risque anormal*, que la jurisprudence sur le devoir de mise en garde met en avant (B). En définitive, il nous sera alors envisageable de proposer le critère de la technique de protection du client par le biais de la proportionnalité contractuelle, critère que nous jugeons pertinent.

[1005] Pour une illustration du régime de la preuve concernant l'article L. 313-10, V. Cass. com. 2 oct. 2007, RJDA 2008, n° 85 ; pour une décision relative à la preuve concernant l'article L. 341-4, V. Paris, 7 déc. 2007 et Paris, 25 janv. 2008, RD bancaire et fin. 2008, n° 77, obs. D. LEGEAIS

[1006] Il n'est qu'à penser au risque de surendettement de l'emprunteur ou de la caution au terme d'un engagement manifestement disproportionné au regard de ses capacités financières.

A) Les critères non retenus de la proportionnalité au sein du contrat

635. A lui seul, l'équilibre n'est pas un critère. Pareillement, la disproportion n'est pas non plus un critère. Ce ne sont soit que des états de fait appréciés arithmétiquement, soit des objectifs que visent les parties au moment de l'engagement. Ainsi, le caractère disproportionné d'un service que rend le banquier au regard du prix proposé n'est pas à lui seul sanctionnable. En dehors des cas spécifiques de la lésion, il n'est pas fait obstacle à ce que le créancier demande un prix démesuré pour un bien ou un service rendu. En matière bancaire, la Cour de cassation a déjà eu à le rappeler dans un arrêt du 30 juin 2004[1007] dans lequel le client ne pouvait reprocher à son banquier d'avoir drastiquement augmenté le tarif d'une location de coffre-fort. Le fait que la réalisation de la prestation paraisse excessivement lourde au regard de la contrepartie attendue n'est donc pas sanctionnée pour ce seul déséquilibre. Dans son versant « positif », il est des cas où le déséquilibre apparaît au contraire comme désirable, elle consiste alors en la recherche d'une relation contractuelle, où chaque partie tire le maximum de bénéfices qu'il peut en retirer pour le coût le plus faible. L'analyse économique parlerait d'efficience. Le droit lui préfère le terme de « cause » quand il sanctionne l'absence totale de contrepartie. Pourtant il rechigne à prendre en compte le caractère inéquitable des prestations de chacun, lorsqu'une partie ne retire guère d'avantages à contracter, et cela du moment que la contrepartie existe réellement. Si la partie qui se prétend lésée ne tire pas satisfaction de l'exécution du contrat, le juge parlera alors de « cause subjective » et l'on restera méfiant à l'égard de cette notion qui apporte avec elle le risque de l'insécurité juridique[1008]. Les critères de sanction de la disproportion sont donc à rechercher ailleurs, et se dessinent dans les situations où le déséquilibre est sanctionné. Le postulat est que l'étude des différentes hypothèses de déséquilibre au sein du contrat révélera un critère commun d'application. Précisément, à l'intérieur du contrat qui lie le banquier à son client, il convient de déterminer le ou les critères de la technique de protection que le législateur tout d'abord, puis les juges ensuite, ont mis en place. Pour le premier, il s'agit de la législation sur les clauses abusives et de celle sur la disproportion du cautionnement (1). Pour les seconds, il sera pertinent de déterminer le critère d'application du mécanisme retenu par la jurisprudence relatif au crédit abusif et à l'obligation de mise (2).

[1007] Cass. com., 30 juin 2004, D. 2004, p. 2150, obs. V. AVENA-ROBARDET.
[1008] V. en ce sens, J. MOURY, *Une embarrassante notion : l'économie du contrat*, D. 2000, chron. p. 382.

636. L'étude de ces situations dans laquelle la disproportion est sanctionnée nous montrera les critères que l'on peut découvrir. Cependant si ceux-ci ne paraissent pas tous pertinents, il en est un qui pourrait servir de critère systématique pour fonder la sanction du déséquilibre, celui du risque anormal que le banquier fait courir à son client.

637. L'étude de la lutte contre le déséquilibre sur le terrain des clauses abusives (1°), ainsi que sur celui du cautionnement disproportionné (2°), renseigne sur certains critères que nous relèverons, même si ceux-ci ne semblent pas pouvoir fonder, de manière générale, les cas dans lesquels la disproportion peut être retenue.

1° les critères tirés de la législation sur les clauses abusives

638. Une étude approfondie des principales dispositions législatives nous invite à retenir deux notions dans lesquelles l'idée de disproportion existe, et est sanctionnée. Au terme de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, le législateur répute non-écrite toute clause qui ferait naître dans les relations contractuelles entre un professionnel et un non-professionnel, au détriment de ce dernier, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Le caractère volontairement imprécis de cette disposition pousse à croire que le domaine d'application du texte englobe les contrats que le client passe avec son banquier. Le domaine du crédit en est un exempt frappant[1009]. La jurisprudence fournit nombre d'illustrations relatives au crédit à la consommation[1010], à la convention de compte[1011], au droit du chèque[1012], à la carte bancaire[1013], au crédit-bail[1014] ou même à la matière boursière[1015].

[1009] P. LOKIEC, *Clauses abusives et crédit à la consommation*, RD bancaire et fin. 2004, n° 221.

[1010] Pour une clause dont le caractère abusif stipule que la délivrance de l'information prévue par l'art. L. 311-9 du même code sera établie par la production de l'enregistrement informatique de l'envoi, en ce qu'elle inverse la charge de la preuve au détriment du consommateur, V. Cass. civ. 1ère, 1er févr. 2005, Bull. civ. I, n° 60 ; D. 2005, AJ, p. 640, obs. V. AVENA-ROBARDET ; Contrats conc. consom. 2005, n° 99, note G. RAYMOND ; RTD civ. 2005, p. 393, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RDC 2005, p. 719, obs. D. FENOUILLET. Pour une clause permettant au prêteur de suspendre ou de résilier unilatéralement le contrat de crédit permanent en cas de décès ou de perte totale et irrémédiable d'autonomie de l'un des deux emprunteurs, V. TI Rennes, 7 mai 2007, RJDA 2007, n° 1289. Pour une clause jugée abusive qui prévoit *l'augmentation du montant du crédit initial sans acceptation par l'emprunteur d'une nouvelle offre de crédit*, V. Cass., avis, 10 juill. 2006, Bull. civ. n° 6; Bull. d'information de la Cour de cassation, 1er nov. 2006, p. 36, rapp. M. RICHARD, obs. M. PETIT ; D. 2006, AJ, p. 2313, obs. V. AVENA-ROBARDET ; RTD com. 2006, p. 894, obs. D. LEGEAIS ; JCP éd. E 2006, n° 35, p. 1427; Contrats conc. consom. 2006, n° 210, obs. G. RAYMOND ; Banque et Droit nov.-déc. 2006, n° 26, obs. T. BONNEAU ; RJDA 2007, n° 199 ; Dr. et patr. mars 2007, p. 101, obs. J.-P. MATTOUT et A. PRUM ; RLDA oct. 2006, n° 43, obs. S. POURTAU. Il est intéressant de noter que cet avis a précédemment fait l'objet d'un arrêt, passé inaperçu, qui posa le principe, V. Cass. civ. 1ère, 24 janv. 2006, inédit, n° 04-14.748.

[1011] Pour une clause fixant le montant des frais bancaires, son caractère abusif doit être établi en fonction de l'équilibre général des prestations réciproques, et une clause prévoyant une pénalité trop forte par rapport aux

639. Le domaine d'application des clauses abusives prend d'autant plus d'ampleur que le professionnel peut l'invoquer s'il justifie que son domaine d'activité n'a pas un rapport direct avec l'objet du contrat[1016]. Il paraît donc impossible de nier l'influence du mécanisme des clauses abusives en droit bancaire, et à plus forte raison, son existence. La loi du 10 janvier 1978 a tout d'abord proposé une définition contestable[1017] de ces clauses abusives en disposant que ce sont celles qui « *apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif* ». D'une part, cette définition met en avant le caractère redondant[1018] du critère de l'abus de puissance économique et du critère de l'avantage excessif. D'autre part, cet avantage excessif n'exclut pas que cet excès soit économique, ce

---

services rendus par le professionnel est en conséquence prohibée. D'une part, la clause est abusive si les clients de la banque ne sont pas en mesure de contrôler la légitimité et la régularité des prélèvements qu'ils subissent. D'autre part, le banquier ne doit pas laisser les frais et commissions s'accumuler à l'excès sans agir. V. TGI Niort, 9 janv. 2006, D. 2006, p. 985, obs. R. ROUTIER ; TGI Paris, 13 sept. 2006, RJDA 2007, n° 105 ; Banque et Droit juill.-août 2007, n° 56, obs. J.-L. GUILLOT. Est jugée également abusive la clause de date de valeur incluse dans les conditions contractuelles proposées par les banques, mais seulement pour les opérations autres que l'encaissement des chèques déposés ou le paiement de chèques étrangers ou les opérations en devises, puisque la banque perçoit alors des intérêts qui ne sont justifiés par aucune contrepartie, V. TGI Paris, 18 mai 2004, D. 2004, p. 2288, note A. BOUJEKA.

[1012] Pour une illustration de clauses abusives en matière de délivrance de chéquier et d'opposition au paiement de chèque. Ainsi la clause qui stipule que l'établissement de crédit peut à tout moment demander au titulaire la restitution de chéquier et qui reste muette sur les modalités de restitution, lesquelles sont à la seule discrétion du banquier, est considérée comme abusive. V. TGI Paris, 9 nov. 2005, D. 2006, AJ, p. 295, obs. V. AVENA-ROBARDET ; RJDA 2006, n° 469.

[1013] La clause qui prévoit la possibilité pour une banque de modifier unilatéralement le contrat de carte bancaire, dès lors que ces modifications sont annoncées clairement aux clients, et qu'il est stipulé qu'elles ne produiront effet qu'à l'issue d'un délai raisonnable et suffisant pour que le porteur puisse renoncer au bénéfice de ce contrat s'il ne souhaite pas se voir imposer ces modifications, n'est pas abusive. T. com. Paris, 2 sept. 1997, Banque et Droit, janv.-févr. 1998, p. 41, obs. J.-L. GUILLOT. V. aussi Recommandations de la commission des clauses abusives n° 94-02 relative aux contrats porteurs des cartes de paiement assorties ou non d'un crédit.

[1014] La clause d'un contrat de crédit-bail faisant supporter au locataire la perte, même par cas fortuit, du matériel loué n'est pas abusive, Cass. civ. 1ère, 17 nov. 1998, Bull. civ. I, n° 322; Contrats conc. consom. 1999, n° 21, note L. LEVENEUR.

[1015] Une clause portant exonération de responsabilité qui figure dans un contrat de gestion de portefeuille de valeurs mobilières n'est pas abusive lors qu'elle ne dispense pas le mandataire de mettre en œuvre tous les moyens pour assurer une gestion efficace des fonds qui lui sont remis. V. Paris, 23 sept. 1993, D. 1994. somm. p. 213, obs. Ph. DELEBECQUE ; D. 1995, somm. p. 199, obs. I. BON-GARCIN ; RD bancaire et bourse 1994, n° 79, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; RTD com. 1994, p. 87, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE.

[1016] Cass. civ. 1ère, 24 janv. 1995, Bull. civ. I, n° 54 ; D. 1995, p. 327, note G. PAISANT ; D. 1995, somm. p. 229, obs. Ph. DELEBECQUE ; D. 1995, somm. p. 310, obs. J.-P. PIZZIO ; JCP éd. G 1995, I, 3893, n° 28, obs. G. VINEY ; Contrats conc. consom. 1995, n° 84, note L. LEVENEUR.

[1017] V. S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé*, Bibliothèque de droit privé, n° 335, 2000, p. 83, n° 170.

[1018] Cass. civ. 1ère, 6 janv. 1994, Bull. civ. I, n° 8 ; Ph. DELEBECQUE, Où *est donc passée la liberté contractuelle ?*, D. 1994, som. com. p. 209 et Defrénois 1994, art. 35845, p. 821, n° 75 ; JCP éd. G 1994, II, 22237, note G. PAISANT ; G. VINEY, *Clause pénale et clause abusive*, JCP éd. G 1994, I, 3773, n° 25 ; E. AGOSTINI, *De l'autonomie de la sauvegarde de justice*, D. 1994, p. 235 ; RTD civ. 1994, p. 175, obs. R. PERROT ; RTD civ. 1994, p. 601, obs. J. MESTRE ; RTD com. 1994, p. 540, obs. B. BOULOC, Dr. et patr. avr. 1994, p. 57, obs. P. CHAUVEL ; LPA 1994, n° 82, p. 21, note E. BAZIN ; JCP éd. E 1994, I, 382, obs. P. ANTONMATTEI.

dont il ressort que la législation sur les clauses abusives empièterait sur le domaine de la lésion. Le législateur est intervenu à nouveau pour circonscrire la nature de cet excès. Par la loi n° 95-96 du 1er février 1995[1019], devenu l'article L. 132-1 du Code de la consommation, désormais, « *dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ». D'une manière similaire, l'article 3 de la Directive communautaire sur les clauses abusives qui vise « *les contrats n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle* (…) *lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur, un déséquilibre signification entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat* ». Eludant la référence à la bonne foi et aux contrats d'adhésion, le critère que retient le législateur pour caractériser la disproportion est le *déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties*. Il convient donc de s'interroger sur le sens à donner de cette formulation.

640. Si le domaine de ce déséquilibre paraît large, il est toutefois circonscrit. Ainsi, la sanction du déséquilibre par la législation sur les clauses abusives n'a pas vocation à remédier aux situations de lésion que le droit commun ne prend pas en compte[1020]. Précisément, l'incompatibilité du déséquilibre excessif de la clause abusive avec la lésion se justifie par la volonté de restreindre les cas de sanction de lésion[1021]. Par contre, elle n'est pas exclue en présence d'une clause pénale déséquilibrée[1022], ni en cas de clause de fixation de prix[1023], ce

---

[1019] Loi qui transpose la Directive CEE 93/13 du 5 avr. 1993, JCP éd. E 1993, III, 66199 ; RTD eur. 1994, p. 120 ; G. PAISANT, *Proposition pour une réforme du droit des clauses abusives*, JCP éd. E, 1994, I, 3772 ; M. TROCHU, *Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, D. 1993, p. 315.

[1020] B. STARCK, *Droit civil, Obligations*, t. 2, Le contrat, 6ème éd. par H. ROLAND et L. BOYER, 1998, n° 748.

[1021] La lésion n'est en effet pas une cause générale de nullité des conventions. Toutefois il est permis de s'interroger sur la pertinence de cette incompatibilité qui ne serait pas si absolue que cela. En effet, la sanction de clause jugé abusive réside dans le fait qu'elle est réputée non-écrite. Un auteur, J. KULLMAN, tente d'expliquer cette incompatibilité. Selon cet auteur, l'incompatibilité du régime des clauses abusives avec le régime de la lésion tient en ce que le fait de réputer non écrite une clause s'apparente en une variété de nullité. V. J. KULLMAN, *Clauses réputées non écrites*, D. 1993, p. 59 ; V. COTTEREAU, *La clause réputée non écrite*, JCP éd. G 1993, I, 3691. Nous doutons de cette assimilation à la nullité. Si une clause abusive concerne un élément essentiel du contrat, quid ? Si une clause visant un tel élément vient être annulée, si par exemple le prix demandé pour une chose mobilière est vil ou au contraire démesuré, la nullité conduit à la nullité de l'opération toute entière, V. Cass. req., 1er mai 1911, DP 1911, 1, p. 353, note M.-F. PLANIOL. Si réputer cette clause non écrite conduit à remettre en cause, alors c'est l'application du régime des clauses abusives conduit à dépasser le cadre de la simple sanction de la clause que prévoit l'art. L. 132-1.

[1022] Cass. civ. 1ère, 6 janv. 1994, précité ; A. SINAY-CYTERMAN, *Clauses pénales et clauses abusives : vers un rapprochement*, in *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, Droit des affaires 1991, p. 169.

qui nous enjoint à comparer le « déséquilibre manifeste » de l'article L. 132-1 du Code de la consommation avec « manifestement excessif de la clause » pénale. Par la loi n° 85-1097 du 11 octobre 1985, révisant celle du 9 juillet 1975, le législateur a instauré la possibilité pour le juge de corriger la clause pénale manifestement excessive ou autre dérisoire. Cette notion d'excès, avec celle du déséquilibre significatif reflètent une idée de démesure importante sans donner davantage de précision sur le type de déséquilibre sanctionné. L'on serait contraint d'y voir dans les deux cas appellations d'une seule et même situation, celle de la disproportion.

641. Toutefois, la lecture attentive de l'article L. 132-1 révèle qu'il s'agit d'une disproportion d'ordre juridique, le texte vise en effet le déséquilibre des droits et des obligations des parties.

642. Précisément, le déséquilibre qu'évoque le législateur a trait au contenu contractuel entendu comme le contenu obligationnel, peu importe que la teneur concrète de ce contenu. Ainsi ce contenu déséquilibré est polymorphe, il peut revêtir la forme de l'exécution d'une modalité particulière de l'obligation du client du banquier[1024], du paiement d'un prix pour un service rendu par le banquier[1025] ou même d'un mécanisme contractuel valide alourdi pour la circonstance[1026]. *La clause abusive n'est alors qu'un creuset, qui accueille des obligations diverses, qui ont toute pour finalité d'alourdir de manière significative l'étendue des obligations du débiteur de sorte que la contrepartie soit inéquitable*. Le juge doit donc procéder à une variété de calcul coût/avantage juridique. L'idée qui apparaît alors au grand jour serait que le déséquilibre des clauses abusives *fait perdre toute cohérence au contrat*, entraîne pour le débiteur la perte d'un intérêt à contracter tellement l'avantage reçu est faible au regard de la charge à supporter en contrepartie. Ce faisant, la notion de cause ne serait pas tout à fait étrangère à la notion de clause abusive. Comme le formule très justement un auteur,

---

[1023] Pour une illustration du caractère abusif d'une clause de modification de prix sans référence à des critères objectifs dans un contrat, V. Aix-en-Provence, 18 sept. 1995, Contrats conc. consom. 1995, n° 190, obs. G. RAYMOND.

[1024] Par exemple, une clause régissant la responsabilité du porteur quant à l'utilisation de sa carte de paiement, V. Douai, 19 févr. 1998, Contrats conc. consom. 1998, n° 120, note G. RAYMOND ; Il en va de même si une clause stipule que l'établissement de crédit peut à tout moment demander au titulaire la restitution de chéquier, de manière arbitraire et sans préciser les modalités de cette restitution, V. TGI Paris, 9 nov. 2005, précité.

[1025] Pour une illustration relative à des frais de tenue de compte, Paris, 17 déc. 1990, D. 1991, p. 350, note D.-R. MARTIN. En l'espèce, une clause d'un contrat d'ouverture de compte bancaire prévoyant que le défaut de contestation des relevés vaut approbation tacite des opérations qu'ils retracent n'est pas applicable aux frais de gestion du compte fut jugée abusive.

[1026] Ainsi la clause dite de « déchéance par contagion » qui permet au banquier, à l'occasion de la défaillance de l'emprunteur dans le remboursement d'un prêt personnel de moindre importance, de se prévaloir de la déchéance du terme de tous les prêts immobiliers régulièrement payés est considérée abusive, Montpellier, 7 juin 2007, JCP éd. G 2007, IV, 3305.

« *le déséquilibre significatif est caractérisé de diverses manières puisque le caractère abusif vient du défaut de commutativité entre les obligations réciproques* »[1027]. Ce défaut de commutativité serait alors le critère de la disproportion.

643. Cependant, nous ne sommes pas convaincus par ce critère et nous ne pensons pas qu'il soit pertinent en ce sens qu'il ne peut expliquer tous les cas de sanctions de disproportions. Ainsi, en matière de crédit, lorsque le banquier engage sa responsabilité pour soutien abusif, il ne nous semble en effet pas pertinent de dire que la disproportion a pour origine un défaut de commutativité. En ce sens, le critère de la commutativité ne prend pas en considération les risques de surendettement que le crédit rend démesuré. A cet égard, ce critère ne s'intéresse qu'aux obligations elles-mêmes et non aux conséquences de celles-ci pour la partie. La jurisprudence sur le cautionnement disproportionné, à la suite de l'arrêt Macron, rend bien compte de cet état. Les engagements sanctionnés ne divergent pas fondamentalement des engagements valables. Contractuellement, ces contrats sont équitables proportionnés, le prêteur s'engage à prêter, et l'emprunteur à rembourser. Ce dernier ne subit alors, en terme d'obligation, pas de déséquilibre au regard de ce que le créancier lui doit. La disproportion pourtant sanctionnée résulte ici plus d'une approche arithmétique, le déséquilibre naît alors non pas du droit qu'à le créancier à l'encontre du débiteur, mais des ses conséquences pour ce débiteur. Pour ces raisons nous pensons que le critère de la commutativité n'est pas pertinent.

2° les critères tirés de la législation sur le cautionnement disproportionné

644. L'article L. 313-10 et L. 341-4 du Code de la consommation ont cette spécificité d'avoir un élément en commun avec la jurisprudence qui fonde la responsabilité du banquier créditeur sur une faute de nature délictuelle[1028]. Précisément, le critère retenu par le législateur semble être celui de la disproportion économique. L'expression « manifestement disproportionné à ses biens et revenus » tend à justifier notre propos. Le critère économique relevé divergence totalement de celui découvert précédemment lors de l'étude des clauses abusives et il est permis de comprendre alors la difficulté de trouver un critère unitaire. En

[1027] S. LE GAC-PECH, *op. cit.*, n° 213, p. 96.
[1028] Nous évoquons ici les arrêts Macron et Nahoum, mais aussi tous les arrêts et décisions se calquant sur le même schéma de responsabilité délictuelle. La jurisprudence, plus proche de nous dans le temps, relative au devoir de mise en garde ne rentre donc pas dans l'objet de notre propos, puisque celle-ci a un fondement contractuel.

effet, pour les clauses abusives, le critère du déséquilibre tenait à l'absence de commutativité, c'est dire par conséquent que ce déséquilibre s'apprécie *inter partes*, au regard des obligations de chacun. Pour le cautionnement disproportionné, au contraire, l'apprécie se fait au sein de la seule partie qui invoque la disproportion, entre l'étendue de son engagement eu égard à ses capacités financières. En vérité, c'est exactement la même appréciation qui est réalisée pour le soutien abusif, au travers de la jurisprudence[1029], quand le juge évalue le caractère déséquilibré du concours avec les capacités de l'entreprise. A cet égard, le cas du crédit ruineux est en plus explicite : comme le formule la Haute juridiction, les charges du crédit ruineux sont celles qui sont insupportables pour les finances de l'entreprise[1030] et incompatibles avec toute idée de rentabilité[1031]. ***Il existerait alors deux types de disproportion, celles appréciées au regard de ce que doit l'autre partie par rapport à sa propre prestation, comme dans le cas des clauses abusives, et celles appréciées au regard de sa capacité à exécuter sa propre prestation, indépendamment de la personne du cocontractant***.

645. Pour autant cette distinction n'est pas étanche, et des situations composites existent. C'est le cas de l'article L. 650-1 du Code de commerce[1032] qui retient la responsabilité du créancier notamment lorsque le cautionnement donnée est démesuré par rapport au montant du prêt. L'appréciation du caractère déséquilibré est ici spécifique : ***il fonde le débiteur à rechercher la responsabilité du prêteur lorsque l'engagement d'un tiers, la caution, se révèle manifestement excessive à l'engagement de débiteur***. A notre connaissance, cette manière d'apprécier le déséquilibre est inédite. Elle cumule une appréciation économique du déséquilibre et est réalisée, non plus *inter partes*, mais dans l'optique d'une relation à trois, où la caution est pourtant tiers à l'égard du contrat de prêt.

646. Au surplus, l'étude de l'article L. 650-1 confirme que l'appréciation que porte le juge n'est pas une appréciation juridique, mais économique, se fondant sur la comparaison du montant du concours à l'étendue de la garantie. L'étendue du contrôle n'est alors pas le même. Aussi, contrairement au déséquilibre de crédit fautif, l'appréciation fondée sur le

[1029] V. notamment qui illustre clairement le caractère déséquilibré du crédit au regard de la situation désespérée du crédité, Cass. com., 26 avril 1994, n° 92-15.533, RD bancaire et bourse 1995, p. 14, n° 4, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD.
[1030] Cass. com., 26 mars 2002, n° 99-19.839 ; Cass. com., 22 mars 2005, Bull. civ. IV, n° 67, p. 70 ; Banque et droit, n° 102, juill.-août 2005, n° 71, obs. T. BONNEAU ; D. 2005, AJ, p. 1020, note A. LIENHARD ; RTD com. 2005, p. 578, obs. D. LEGEAIS.
[1031] Cass. com., 17 mars 2004, n° 00-19.067, JCP éd. E 2005, 782, p. 868, n° 32, obs. J. STOUFFLET.
[1032] L. 650-1 du Code de commerce, issu de l'art. 126 de la loi n° 2005-845 du 26 juill. 2005.

caractère inéquitable de la clause abusive ne fait pas l'objet d'une prise en compte spécifique d'une obligation, mais plutôt d'une appréciation générale de l'équilibre du contrat. Spécifiquement à l'article L. 132-1 du Code de consommation, l'évaluation qui est faite des droits et des obligations impose de prendre en considération l'économie générale du contrat. Une clause n'est donc abusive que si c'est le contrat tout entier qui devient déséquilibré à l'encontre du client du banquier. Pour appuyer notre propos, nous rappellerons en effet que le législateur prend soin de parler de déséquilibre entre les droits et les obligations des parties, ce qui sous-entend qu'une clause ne peut être abusive à elle-seule si elle ne crée pas ce déséquilibre au sein du contrat. C'est ce que la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, dans son article 86-I, démontre parfaitement. Cette texte dispose qu'un « décret pris dans les mêmes conditions détermine des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'*équilibre du contrat*, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives au sens du premier alinéa ». Le législateur confirme donc la manière dont le juge doit apprécier la clause, au regard du contrat dans son ensemble, sur le strict terrain de la commutativité des droits et obligations des parties.

647. La disproportion que l'on peut relever en matière de crédit et de garantie n'a alors pas le même objet, puisqu'il se fonde sur une appréciation d'ordre financière ou économique. Si le critère de la commutativité a été écarté, peut-on avancer celui du déséquilibre d'ordre économique ? S'il s'avère qu'une clause qui fait peser sur le débiteur le paiement du prix d'un service injustifié peut se révéler abusive[1033], toute clause qui porte sur le paiement du prix ou son adéquation au service rendu ou au bien vendu ne peut être sanctionnée sur le fondement de l'article L. 312-1. Ce dernier précise en effet que « l'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert[1034] ». Nous justifierons cette exclusion du critère économique par le fait que la législation sur les clauses abusives ne doit pas empiéter sur le domaine de la lésion, a un domaine d'application strict. ***Nous en concluons alors que le critère du déséquilibre économique ne peut être lui non plus vu comme le critère unique de la disproportion au sein du contrat puisqu'il reste étranger au déséquilibre que sanctionne le législateur consumériste avec les dispositions sur les clauses abusives. Ce critère ne peut donc être vu comme un critère unitaire***.

[1033] V. TGI Paris, 18 mai 2004, précité.
[1034] L. 132-1 alinéa 7.

648. Dans la pratique des tribunaux, les juges n'ont pas hésités à intégrer eux aussi le concept de proportionnalité dans le contrat, et particulièrement dans le contrat qui lie le banquier à son client. Initiant la prise en compte de ce déséquilibre, comme dans les arrêts sanctionnant le soutien abusif et ceux instaurant le devoir de mise en garde, ou reprenant une technique de protection déjà existante, au travers de l'arrêt Macron sur la disproportion du cautionnement, il est serait possible de rechercher au sein de la jurisprudence le critère de sanction de cette disproportion.

B) le critère pertinent de la disproportion dégagé du droit positif

649. Après l'exclusion du critère du « déséquilibre juridique », et de celui du « déséquilibre économique », que la loi met en avant, il convient de dégager le critère pertinent que nous pouvons dégager du droit positif (1°), ce qui conduit à la préciser (2°).

1° le critère du risque anormal comme critère de sanction du banquier

Il convient de présenter tout d'abord ce sur quoi porte la disproportion pour montrer en quoi elle a un caractère polymorphe (a). Cela permet par conséquent d'isoler le critère qui figure dans tous les cas dans lesquels l'excès est sanctionné en matière bancaire (b).

a) le caractère polymorphe de la disproportion

650. *Il apparaît que les hypothèses de disproportion révèlent à chaque fois le même critère, celui du risque aggravé pris par le client, qu'il s'agisse du crédit, du cautionnement, des opérations financières ou même de l'assurance groupe.*

651. La disproportion reposant sur la lourdeur de l'endettement du crédité -. L'étude de la jurisprudence la plus récente qui sanctionne le banquier, qui fait souscrite à son client un engagement disproportionné, sur le terrain du manquement à une obligation contractuelle, paraît renouveler l'analyse qui a été faite jusqu'à présent du déséquilibre contractuel. Que cela soit en matière d'emprunt[1035], de cautionnement[1036], ou

[1035] Cass. civ. 1ère, 27 juin 1995, pour le devoir de conseil, abandonné au profit du devoir de mise en garde, V. Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2005, précités.

d'investissement[1037], la jurisprudence paraît retenir le même schéma. Dans un arrêt du 27 juin 1995, la Première Chambre civile sanctionna des prêteurs pour ne pas avoir mis en garde les emprunteurs sur l'importance de l'endettement qui résulterait des prêts. Le même raisonnement est repris depuis les arrêts qui instaurent le devoir de mise en garde, avec l'obligation d'alerter du banquier. La terminologie montre que le vocabulaire du juge est varié mais vise la même obligation : la plupart du temps, c'est eu égard « *à la lourdeur de l'endettement né de l'octroi* » du concours[1038] que la mise en garde s'impose. Mais cela peut être aussi l'endettement qui « *excède les facultés contributives* » de l'emprunteur[1039] ou une « *alerte sur l'importance de risque* » d'endettement[1040], ou encore le fait que « *l'engagement de caution comporte nécessairement un risque*[1041] ». Cela peut être enfin au regard des « *charges du prêt mais aussi de leurs capacités financières et du risque de l'endettement né de l'octroi du prêt*[1042] », des « *conséquences de son engagement souscrit* (…) *qui accroissait le risque*[1043] », ou du fait d' « *éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur*[1044] » ou encore au regard de l'obligation du banquier « *renseigner suffisamment comme en elle avait le devoir sur les risques* [que l'investisseur] *encourait*[1045] ».

652. La disproportion reposant sur la lourdeur de l'appel en garantie -. La disproportion ne peut pas être sanctionnée lorsqu'il peut être reproché au créancier avoir consenti un « *engagement souscrit par* (la caution) *qui n'exerçait aucune fonction de*

[1036] Cass. civ. 3 mai 2006, précité.
[1037] Cass. com., 28 oct. 1974, Bull. civ. IV, n° 264 ; D. 1976, jur. p. 373, note T. DECAMME ; JCP éd G 1976, II, 18251, note M. BOITARD.
[1038] Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2006, n° 04-13..699, Bull civ. I, n° 398 ; Contrats conc. consom. 2007, comm. n° 38, p. 48, note G. RAYMOND.
[1039] Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2006, n° 04-13.192, Bull. civ. I, n° 397 ; JCP éd. E 2007, 1079, note A. LE GOFF ; D. BAKOUCHE, La responsabilité du banquier dispensateur de crédit, Lexbase éd. privée gén. 21 sept. 2006, n° N2932AL8.
[1040] Cass. civ. 1ère, 21 févr. 2006, n° 02-19.066, Bull. civ. I, n° 91 ; JCP éd. E 2006, p. 611, note D. LEGEAIS ; JCP éd. E 2006, 1850, p. 963, n° 36, obs. L. DUMOULIN ; RLDA 2006/5, n° 256 ; D. 2006, jur. p. 1618, obs. J. FRANCOIS.
[1041] Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-16.388
[1042] Cass. civ. 1ère, 19 sept. 2008, n° 07-17.270 ; JCP éd. G 2008, actu. p. 586, obs. L. DUMOULIN ; D. 2008, p. 2343, obs. V. AVENA-ROBARDET.
[1043] Cass. civ. 1ère, 19 déc. 2006, n° 04-14.487, Bull. civ. I, n° 556 ; D. 2007, p. 304, obs. I. GALLMEISTER.
[1044] Cas. Ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267, Bull. AP, n° 4 ; D. 2007, p. 863, obs. V. AVENA-ROBARDET ; D. 2007, p. 985, note S. PIEDELIEVRE ; JCP éd. G 2007, IV, 1716 ; JCP éd. G 2007, II, 10098, note A. GOURIO ; JCP éd. E 2007, p. 1375, note D. LEGEAIS ; Gaz. Pal. 7 et 8 mars 2007, n° 66 et 67, p. 20 ; Lexbase hebdo éd. privée gén. 19 avr. 2007, n° N671BAY, note R. ROUTIER.
[1045] Cass. com., 28 oct. 1974, précité ; et spécifiquement sur le fondement d'une obligation d'information, V. Cass. com., 5 nov. 1991, Bull. civ. IV, n° 327 ; D. 1991, IR, p. 269 ; RJDA 1/92, n° 68 ; Bull. Joly Bourse 1993, p. 292, note M. PELTIER. A cet égard, il semble que les termes que retient le juge soient aussi pris en compte par le législateur. Ainsi, l'art. L. 533-13, I, modifié par l'ord. n° 2007-544 du 12 avr. 2007 transposant la directive MIF du 21 avr. 2004, dispose que « la compétence professionnelle du client s'agissant de la maîtrise des opérations envisagées et des risques que ces opérations peuvent comporter ».

direction, ni aucune responsabilité au sein de la SCI (lorsque) *n'était pas hors de proportion avec ses facultés financières* »[1046]. De manière identique au cas de l'excès en matière d'emprunt, la disproportion est polymorphe et est relevée par le juge, qu'il s'agisse de la « *lourdeur de l'endettement* » [1047] ou de « *l'importance du risque d'endettement* » [1048]. Fondamentalement, la jurisprudence refuse au client la possibilité d'invoquer l'excès de son engagement lorsque le risque d'endettement est absent. Comme le formule la Première Chambre civile, « *faute d'avoir mis en mesure la cour d'appel en mesure de constater l'existence d'un risque d'endettement qui serait né de l'octroi de la somme prêtée,* [l'emprunteur] *n'est pas fondée à lui reprocher d'avoir omis* » la recherche du manquement à la mise en garde[1049].

653. La disproportion reposant sur la l'aggravation des pertes de l'investisseur -. La manifestation de la sanction de l'excès s'illustre pareillement quand le banquier agit en tant que prestataire de service d'investissement. La jurisprudence Buon, par l'arrêt du 5 novembre 1991, posa dans un attendu ciselé que « *quelles que soient les relations contractuelles entre un client et sa banque, celle-ci a le devoir de l'informer, à l'origine des relations contractuelles, des risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme, hors le cas où il en a la connaissance* ». Un auteur a longuement commenté cet attendu[1050]. *La responsabilité du banquier pour manquement à une obligation d'information ne peut être recherchée que lorsque l'opération est spéculative*, donc risquée. Ce qui est le cas sur les marchés à terme : comme le précise la Cour de cassation, « *le banquier teneur de compte de titres n'est pas tenu, en l'absence d'opérations spéculatives, à une obligation de mise en garde envers son client*» [1051] .

654. Position de la jurisprudence -. Précisément, cela concerne le domaine des marchés financiers. Si l'obligation de mise en garde portant sur les risques d'un investissement

---

[1046] Cass. com., 3 mai 2006 et Cass. com., 13 févr. 2007, précités.
[1047] Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2006, précité.
[1048] Cass. civ. 1ère, 21 févr. 2006, précité.
[1049] Cass. civ. 18 févr. 2009, n° 08-11.221 ; D. 2009, chron. obs. C. CRETON à paraître. Contra. Cass. com., 11 déc. 2007, RTD com. p. 163, obs. D. LEGEAIS, arrêt au terme duquel le commentateur de l'arrêt considère le devoir de mise en garde demeure quand bien même les prêts n'avaient rien d'excessif ni d'imprudent. Toutefois nous expliquons cette solution, contradictoire en l'apparence, sur la nature du crédit, un crédit-relais, qui est une opération par nature risquée si l'on considère le contexte baissier du marché au moment des faits.
[1050] H. CAUSSE, *Impertinences sur l'obligation d'information et la responsabilité de l'intermédiaire financier*, *Mélanges D. SCHMIDT*, Joly Editions, 2005, p. 147.
[1051] Cass. com., 14 déc. 2004, précité ; Cass. com., 5 févr. 2008, n° 06-21.513, Gaz. Pal. 5 avr. 2008, n° 96, p. 7, note V. FORTI.

spéculatif[1052] est affirmée depuis vingt, notamment pour les opérations à terme[1053], l'on peut penser qu'il en va autrement dans le cas d'un produit non spéculatif[1054] pour lequel la notice remise à l'investisseur suffit[1055]. L'absence de risque, quand le produit n'est pas spéculatif, ne permet donc pas de rechercher la responsabilité du banquier sur le fondement d'un manquement à une obligation d'information dès que la notice est remise. Cela ne sous-entend pourtant pas qu'il n'existe pas d'obligation d'information pour les produits non-spéculatifs. Au contraire, cette obligation existe bien et est satisfaite par la remise d'une notice qui expose clairement le risque de pertes financières[1056]. A l'inverse, pour les opérations spéculatives, c'est bien de mise en garde dont il est question, le banquier doit ne peut se suffire des documents remis à l'investisseur. En ce sens, la position de la Cour de cassation est très nette : « *le banquier teneur de compte de titres n'est pas tenu, en l'absence d'opérations spéculatives, à une obligation de mise en garde envers son client*» [1057] .

655. Position de la loi -. La loi ne déroge pas aux solutions prétoriennes, et illustre la prise en compte du risque de pertes comme critère de la disproportion de l'engagement de l'investisseur. Au sein du Code monétaire et financier, dans le Chapitre III, relatif aux prestataires de services d'investissement, le législateur, transposant la directive « MIF » du 21 avril 2004[1058], sous une Section V concernant les règles de bonnes conduites du PSI, vient clairement imposer un devoir de mise en garde pour lequel l'on retrouve deux composantes.

[1052] En référence à la jurisprudence Buon, V. sur l'obligation d'information, H. CAUSSE, *Impertinences sur l'obligation d'information et la responsabilité de l'intermédiaire financier*, *op. cit.*, ; N. BOURDALLE et J. LASSERRE-CAPDEVILLE, *Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier*, Banque et Droit, mai-juin 2006, p. 17 ; V. pour une confirmation jurisprudentielle plus récente, Cass. com., 14 déc. 2004, Bull. civ. IV, n° 222 ; D. 2004, somm. p. 2601, obs. Y. REINHAR et S. THOMASSET-PIERRE ; D. 2005, AJ, p. 360, obs. V. AVENA-ROBARDET ; JCP éd. G 2005, IV, 1257 ; Banque et droit mai-juin 2005, p. 49 ; RD bancaire et fin. sept.-oct. 2005, p. 11, note F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; LPA 17 janv. 2006, n° 12, p. 7, obs. E.C. ; Dr. sociétés mai 2005, n° 96, note T. BONNEAU.

[1053] Cass. com., 26 mars 2008, D. 2008, AJ, p. 1058, obs. X. DELPECH ; RD bancaire et fin. 2008, n° 90, obs. S. TORCK.

[1054] Cass. com., 19 juin 2007, Bull. civ. IV, n° 162 ; D. 2007, p. 1952, obs. X. DELPECH ; AJDI 2007, p. 759 ; RTD com. 2007, p. 815, obs. D. LEGEAIS ; JCP éd. E 2007, p. 2259, note T. BONNEAU.

[1055] Cass. com., 19 sept. 2006, n° 05-14.343, 05-14.344 et 05-15.304, Bull. civ. IV, n° 185, 186 et 187 ; D. 2006. AJ, p. 2395, obs. X. DELPECH ; D. 2007, pan. p. 2418, obs. B LE BARS et S. THOMASSET-PIERRE ; RTD civ. 2007, p. 103, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RTD com. 2006, p. 870, obs. M. STORCK ; JCP éd. E 2007, p. 111, note A. GOURIO ; Cass. com., 30 oct. 2007, n° 06-14.266, RTD com. 2008, p. 145, obs. M. STORCK.

[1056] Cass. com., 15 mai 2007, arrêt « Bénéfic II », RTD com. 2008, p. 145, obs. M. STORCK ; JCP éd. E 2007, n° 45, p. 13, obs. R. ROUTIER. Cette solution se justifie au regard de l'article 33 du règlement de la Commission des opérations de bourse n° 89-02 qui impose la mention « *des caractéristiques moins favorables et des risques inhérents aux options qui peuvent être le corollaire des avantages énoncés* » ; confirmé pat Cass. com., 30 oct. 2007, n° 06-14.266, RTD com. 2008, p. 145, obs. M. STORCK.

[1057] Cass. com., 14 déc. 2004, précité.

[1058] Ord. n° 2007-544 du 12 avr. 2007, relative au marchés d'instruments financiers, JO 13 avr. 2007, et rectificatif, JO, 19 mai 2007, transposant la Dir. 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil, 21 avr. 2004, concernant les marchés d'instruments financiers, JOUE L. 145, 30 avr. 2004, p.1 ; modifiée par Dir. 2006/31/CE du Parlement européen et du Conseil, 5 avr. 2006.

L'article L. 533-12, II, dispose que « *les prestataires de services d'investissement communiquent à leurs clients, notamment leurs clients potentiels, les informations leur permettant raisonnablement de comprendre la nature du service d'investissement et du type spécifique d'instrument financier proposé* ***ainsi que les risques y afférents****, afin que les clients soient en mesure de prendre leurs décisions d'investissement en connaissance de cause* ».

Ce que l'article L. 533-13 complète, en disposant à son tour que « *les prestataires de services d'investissement s'enquièrent auprès de leurs clients, notamment leurs clients potentiels, de leurs connaissances et de leur expérience en matière d'investissement, ainsi que de leur situation financière et de leurs objectifs d'investissement, de manière à pouvoir leur recommander les instruments financiers* ***adaptés*** *ou gérer leur portefeuille de manière* ***adaptée à leur situation*** ». Si cet impératif de fournir une prestation adaptée était déjà imposée par l'ancien article L. 533-4 alinéa 4, l'information sur les risques n'était cependant pas clairement mentionnée par la loi du 2 juillet 1996 qui ne faisait mention que de la transmission au client du prestataire des « *informations utiles* ». Une doctrine autorisée soutenait toutefois que parmi celles-ci, figurait déjà l'information sur le risque[1059].

L'ordonnance du 12 avril 2007 réaffirme le critère du risque en évoquant les deux l'obligation pour le banquier de s'information de la situation du client et de déterminer s'il est averti ou non, au travers de l'article L. 533-13, et l'obligation d'alerte qui vise à renseigner ce dernier de l'existence de ce risque, ce que prévoit l'article L. 533-12.

Au demeurant, cette prise en compte du risque se manifeste aussi, toujours dans le domaine boursier, relativement l'obligation de couverture.

656. La disproportion reposant sur l'omission d'exiger de la de l'investisseur une couverture -. En matière boursière, pour assurer la sécurité financière, la chambre de compensation exige des opérateurs, acheteurs et vendeurs, qu'ils versent lors de l'enregistrement de leur ordre un dépôt de garantie. Celle-ci procède quotidiennement à des appels de marges représentant l'écart entre le prix auquel l'opération a été réalisée et celui auquel l'opération inverse pourrait être effectuée. Si l'investisseur est potentiellement en perte au regard de la position qu'il a adopté, il devra régler un appel de marge. Si, au contraire, sa position affiche un gain potentiel, il sera crédité du montant correspondant et le dépôt de garantie se trouvera augmenté à due concurrence. La couverture est donc un instrument de garantie pour lutter contre l'instabilité des prix des produits financiers, en cas de baisse des

[1059] V. H. CAUSSE, *op. cit.*, p. 156, n° 17.

cours[1060]. Si la couverture est obligatoire, l'acheteur peut-il s'en prévaloir quand le prestataire ne lui a pas demandé qu'il en constitue une.

657. L'article 61 du décret du 7 octobre 1980, abrogé par le décret n° 99-254 du 17 mars 1988, interdisait le client de se prévaloir pareillement du défaut d'exigence préalable de couverture par l'intermédiaire. L'investisseur malchanceux ne peut donc pas reprocher à son banquier de ne pas lui avoir demandé de prendre une couverture pour le cas où le solde de son compte deviendrait débiteur. En pareille situation, le banquier teneur de comptes doit liquider *de facto* les positions ouvertes par le donneur d'ordre, même si ce dernier ignore être à découvert. Sur le fondement de cette ignorance, les plaideurs ont tenté, en vain[1061], de se prévaloir du manquement à une obligation d'information de la part du banquier, ce qui aurait pu être soutenu vu que le décret de 1980 est abrogé. Des auteurs ont d'ailleurs avancé ce fondement pour soutenir une position divergente de celle de la jurisprudence[1062]. Cependant, l'on avançait, pour ne pas retenir cet argument que l'impossibilité d'invoquer le manquement à l'exigence de couverture avait pour contrepartie l'existence d'une obligation d'information du profane sur les risques de l'opération[1063], de telle manière que l'investisseur est tout de même protégé. De plus la jurisprudence avançait constamment que l'obligation de couverture n'est destinée qu'à protéger le marché et non l'investisseur[1064].

658. Précisément, l'investisseur ne pouvait fonder la responsabilité du banquier sur la faute de ce dernier sur ne pas avoir exigé de couverture. Toutefois la jurisprudence parvenait néanmoins à retenir une responsabilité du professionnel, en rattachant à l'exigence de la couverture l'obligation d'information sur les risques encourus : au lieu de retenir une faute professionnelle consistant à ne pas exiger de couverture, peut se juxtaposer une faute contractuelle portant sur un manquement à l'obligation d'information du client. L'appel à

[1060] V. spécifiquement, A. COURET et H. LE NABASQUE, *Droit financier*, Dalloz, 1ère éd., 2008, n° 903 et suivants.

[1061] Cass. com., 5 nov. 1991, précité, 1er attendu. Tout en excluant un devoir de mise en garde pour l'investisseur averti qui réalise des opérations sur les marchés à terme, l'arrêt Buon posa aussi le principe de la persistance de l'art. 61 du décret du 7oct. 1980 pourtant abrogé. Confirmation, après une hésitation de l'arrêt Borja du 14 jan. 2003, par l'arrêt Vantrou, V. Cass. com., 8 juill. 2003, n° 00-18.941, précité.

[1062] M. STORCK, *La responsabilité encourue pour le défaut d'exigence de couverture d'opérations à terme*, D. 1992, chron. p. 71, spécialement p. 73 ; L. RUET, Joly Bourse, V. Ordre de bourse, p. 134, qui propose d'ériger la couverture en condition préalable d'acceptation des ordres. Selon lui, cela aurait l'avantage de remédier au contentieux né de la liquidation d'office des positions du donneur d'ordre.

[1063] B. VIGNERON, Quels *recours pour les épargnantes victimes des aléas de la Bourse ?*, Dr. et patr. janv. 1997, p. 48, cité par H. CAUSSE, *op. cit.*, p. p. 154, n° 12.

[1064] Cass. Com., 8 juill. 2003, n° 00-18.941, précité. Sur les règles destinées à protéger le marché, V. H. DE VAUPLANE, *Marchés financiers : Régulation, réglementation ou autoréglementation ?*, in *Le Code de commerce : 1807 - 2007*, Université Panthéon-Assas, Dalloz, 2007.

couverture étant alors perçu comme un moyen d'attirer l'attention du client sur les risques encourus, le défaut d'exigence de la couverture est une abstention qui peut constituer un manquement à l'obligation d'information, de nature à entraîner une responsabilité civile du professionnel à l'égard de clients inexpérimentés. En ce sens, l'information était liée à la couverture, et fondait la sanction de son absence[1065] : informé, le client ne pouvait exiger de couverture.

659. Par un arrêt du 26 février 2008[1066], la Chambre commerciale vient abandonner cette position traditionnelle en cassant un arrêt d'appel qui affirmait que l'obligation de couverture n'est édictée que dans l'intérêt de l'opérateur et le client ne peut invoquer le manquement à cette obligation pour engager la responsabilité de son banquier. Ce faisant, c'est sur toute une jurisprudence bien établie que la Haute juridiction revient[1067].

660. Désormais, le fait pour l'intermédiaire de ne pas exiger de couverture est constitutif d'une faute du fait qu'en vertu de l'article L. 533-4, le prestataire de services d'investissement « *est tenu d'exercer son activité avec la compétence, le soin et la diligence qui s'imposent, au mieux des intérêts de ses clients et de l'intégrité du marché, ainsi que de se conformer à toutes les réglementations applicables à l'exercice de son activité de manière à promouvoir au mieux les intérêts de son client et l'intégrité du marché* ». C'est sur ce fondement que la Haute juridiction considère désormais, à l'inverse de sa doctrine précédente, que l'obligation de couverture n'est pas seulement édictée dans l'intérêt de l'opérateur, mais également dans celui de son client, si bien que l'investisseur peut reprocher au prestataire de ne pas avoir exigé de couverture pour le cas où ce dernier devant liquider les positions de son client, ce dernier subirait des pertes financières.

[1065] J.-J. DAIGRE, *La responsabilité civile de l'intermédiaire financier en matière d'ordre de bourse et de couverture*, Banque et Droit mars 2000, n° 41 ; M. STORCK, *Du devoir d'alerte dans le droit des marchés financiers*, Mélanges SIMLER, Litec, 2006, p. 513 ; B. LE BARS, *Nouvelle évolution en matière d'obligation d'information de l'investisseur novice*, Bull. Joly Bourse 2005, n° 174.

[1066] Cass. com., 26 févr. 2008, n° 07-10.761 ; D. 2008, AJ, p. 776, obs. X. DELPECH ; D. 2008, pan. p. 1238, obs. Ph. BELAVAL, C. ORSINI et R. SALOMON ; JCP éd. E 2008, I, n° 129 ; JCP éd. E 2008, 1768, n° 33, chron. J. STOUFFLET, H. CAUSSE et N. MATHEY ; Banque et Droit mars-avr. 2008, n° 24, obs. de H. DE VAUPLANE et J.-J. DAIGRE ; RD bancaire et fin. mai-juin 2008, n° 51, obs. A.-C. MULLER ; Dr. et patr. sept. 2008, p. 94, obs. J.-P. MATTOUT et A. PRUM ; H. CAUSSE, Les Echos, 24 avr. 2008.

[1067] Jurisprudence établie dont les arrêts Buon et Vantrou étaient les porte-drapeaux, laquelle enjoignait à conclure qu'avant cet arrêt du 26 février 2008, l'obligation de couverture n'était édictée que dans l'intérêt du marché et non dans celui de l'investisseur.

661. Cette nouvelle solution trouve son fondement dans l'application de l'ancien article L. 533-4, la Chambre commerciale juge qu' « *est tenu d'exercer son activité avec la compétence, le soin et la diligence qui s'imposent, au mieux des intérêts de ses clients et de l'intégrité du marché, ainsi que de se conformer à toutes les réglementations applicables à l'exercice de son activité de manière à promouvoir au mieux les intérêts de son client et l'intégrité du marché* ». Pour la Cour de cassation, très clairement, ***l'obligation d'appeler la couverture est intégrée dans les règles de bonne conduite***, formulées par l'ancien article L. 533-4 du Code monétaire et financier, désormais insérées à l'article L. 533-11 et suivant après la transposition de la Directive MIF par l'ordonnance du 12 avril 2007.

662. Par cet arrêt du 26 février 2008, le prestataire de service peut voir sa responsabilité recherchée par l'acheteur lorsque l'absence de couverture lui fait courir le risque de subir des pertes financières dont la couverture aurait pu l'en prémunir. Il s'agit ici d'une nouvelle illustration du critère d'application de la sanction du banquier fondé sur une perte de chance d'éviter un préjudice : *le critère de l'aggravation du risque pour le client.*

663. La disproportion reposant sur l'aggravation du risque en cas d'incohérence de l'information -. La règle posée par la jurisprudence pour les opérations bancaires est la suivante : celui qui a conscience du risque aggravé de pertes financières n'a pas à être informé[1068]. L'idée est que l'information neutralise le risque anormal : conscient, le client ne contracte pas, ou contracte avec davantage de mesure. Ainsi, la jurisprudence est sévère à l'encontre du banquier lorsqu'il fait courir à son client des risques aggravés qui sont peuvent être neutralisés par l'information que ce dernier peut adresser à son client.

664. Il apparaît que les juges retiennent la responsabilité du banquier quand cette information est contradictoire. C'est notamment le cas d'un arrêt novateur du 24 juin 2008[1069], qui traite de la responsabilité du banquier en matière de fonds communs de placement. Techniquement, l'article 411-45-1 du Règlement général de l'Autorité des marchés financiers prévoit qu'un prospectus simplifié, la notice déposée à l'AMF en fait, doit être remis au

[1068] V. ainsi Cass. com., 14 déc. 2004, précité.

[1069] Cass. com., 24 juin 2008, n° 06-21.798, Bull. civ. IV, n° 127 ; Bulletin d'information de la Cour de cassation, 15 nov. 2008, n° 1701 ; D. 2008, p. 1892, note D. HOUTCIEFF ; D. 2008, p. 1892, obs. X. DELPECH ; RTD civ. 2008, p. 670, obs. B. FAGES ; RTD com. 2008, p. 590, obs. M. STORCK ; RLDC sept. 2008, n° 1797, p. 35 ; RDLA sept. 2008, n° 30, note S. PIEDELIEVRE ; Bull. Joly Bourse oct. 2008, n° 5, p. 398, note H. GUYADER ; JCP éd. G 2008, actu. 486, obs. M. ROUSILLE ; JCP éd. E 2008, II, 10160, obs. N. MATHEY ; RD bancaire et fin. juill.-août 2008, note H. CAUSSE.

client, préalablement, et « doit être structuré et rédigé de façon à pouvoir être compris facilement par un investisseur et doit donner une information transparente, complète et claire permettant à l'investisseur de prendre une décision sur son investissement en toute connaissance de cause ». Les prospectus simplifiés, encadrés par une réglementation précise, sont soumis à un formalisme pointilleux, ce qui donne rarement lieu à contestation. Toutefois, ceux-ci ne vendent pas.

665. L'outil de vente par excellence pour les OPCVM reste la publicité, qui prend la forme de brochures que le client peut trouver à loisir en agences. En l'espèce, le prospectus fut remis à un investisseur qui réalisa des opérations via le Fonds commun de placement Ecureuil Europe 2004 après avoir eu connaissance de la brochure publicitaire présentant cet OPCVM. La notice respectait scrupuleusement les impératifs réglementaires, alors que la publicité ventait les mérites du fonds sans en exposer les risques. Si jusqu'à présent, la Cour de cassation jugea que la remise de la notice suffit dès lors qu'elle fait état non seulement des avantages, mais aussi des risques, cela même si le document publicitaire n'évoque pas ces derniers. Il convient de rappeler la formule de l'un des trois arrêts Bénéfic : « *en se déterminant ainsi, par référence au seul document publicitaire et sans rechercher, comme elle y était invitée, si la notice d'information remise à* [l'investisseur] *faisait mention du risque* (…)*, la juridiction* (…) *n'a pas donné de base légale à sa décision*[1070] ». Par l'arrêt du 24 juin 2008, la Haute juridiction censure les juges du fond d'avoir uniquement tenu compte de la notice, qui renseigne sur les risques, quand le document publicitaire, lui, ne le fait pas. En pareil cas, il existe alors un risque de confusion pour le client, résidant dans la contradiction entre la notice et la publicité.

666. Le fondement de cet arrêt est à chercher à l'article 33 du Règlement COB n° 89-02, modifié par le règlement n° 98-04 alors applicable, qui dispose que « *la publicité concernant des OPCVM ou des compartiments doit être cohérente avec l'investissement proposé et mentionner, le cas échéant, les caractéristiques moins favorables et les risques inhérents aux options qui peuvent être le corollaire des avantages énoncés* ». Pour échapper à sa responsabilité, le comportement du banquier doit être le suivant : modifier le document publicitaire pour y intégrer les risques[1071] et pour les investisseurs déjà détenteurs du document « trompeur », les mettre en garde contre l'existence des risques de l'opération.

[1070] Cass. com., 19 sept. 2006, n° 05-14.344, précité.
[1071] Et prendre le risque que le produit soit moins attractif…

Un auteur fondement peut être trouvé dans les dispositions relatives à la publicité trompeuse réformées par la loi du 3 janvier 2008[1072] : ces dernières sanctionnent le professionnel lorsque la publicité n'informe pas le cocontractant sur « les résultats attendus » de l'utilisation du produit ou du bien vendu. Dans l'arrêt de la Chambre commerciale, en effet, la publicité ne faisait pas état du risque de pertes financières. Or celui-là est fait en quelque sorte partie des résultats, certes inattendus et indésirables, de la conclusion de l'opération boursière. Pour la Cour, *a contrario*, si la notice faisait état de ces résultats potentiels, la responsabilité du prestataire n'aurait pas été recherchée.

667. Est-ce à dire que la notice remise à l'investisseur ne suffit plus ? A lire l'arrêt *a contrario*, il est permis de penser qu'elle suffit à informer le client des risques si le document publicitaire est cohérent avec cette notice, c'est-à-dire si elle renseigne sur le danger de l'instrument financier. La doctrine la plus autorisée apparaît convergente sur la question[1073].

Par conséquence, relativement à l'étendue de l'obligation sur les risques, ***la Cour de cassation sanctionne le banquier qui, par le biais de la confusion opérée par les deux documents, fait courir à son client un risque aggravé qui a pour origine le défaut de clarté et de cohérence de l'information qui lui est transmise***.

668. Précisément, cette solution se destine à faire disparaître la confusion née de la brochure publicitaire « trompeuse ». ***A notre avis, ce n'est pas tant le document « trompeur » en lui-même qui fonde la responsabilité du banquier, mais davantage son inaction à résorber le doute***, lequel entraine une aggravation des risques de pertes financières quand le client réalise une opération sans prendre conscience de ces risques.

669. Pour autant, la protection de l'investisseur contre le risque aggravé de perte n'est pas totale : comme l'exprime clairement la jurisprudence, par un arrêt du 9 décembre

---

[1072] La loi n° 2008/03 du 3 janvier 2008 a renouvelé le droit applicable à la publicité. Désormais l'article L. 121-1-2° dispose que qu'une publicité est trompeuse lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur qui portent notamment sur « *les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation* ».Nous pensons qu'il en de même pour l'existence d'un risque qu'une partie ne dévoile paas à son cocontractant.

[1073] Pensant que la notice ne suffit plus uniquement en cas de confusion avec le document publicitaire, V. H. CAUSSE, note sous Cass. com., 24 juin 2008, n° 06-21.798 ; Bull. civ. IV, n° 127 ; RD bancaire et fin. juill.-août 2008, n° 17, p. 40, spécifiquement n° 7 : « *l'obligation d'information qui pèse sur ce professionnel ne peut être considérée comme remplie par la remise de la notice visée par la COB lorsque la publicité ne répond pas à ces exigences* » ; D. HOUTCIEFF, note sous arrêt précité, D. 2008, p. 2697, évoquant l'information que doit le banquier en l'absence de cohérence entre les deux documents ; M. STORCK, note sous arrêt précité, RTD com. 2008, p. 590 ; B. FAGES, note sous arrêt précité, RTD civ. 2008, p. 670, pour une lecture *a contrario* de l'arrêt.

2008, la banque n'est pas tenue d'informer son client sur les conséquences résultant de l'insuffisance de couverture dès lors que ce dernier dispose d'une expérience suffisante en matière financière[1074]. La prise en compte de l'excès est donc liée au fait que la prestation proposée par le banquier est inadéquate au regard de la situation du client.

670. La disproportion reposant sur l'omission de conseiller l'assuré au regard de sa situation -. En matière d'assurance liée au crédit, le Code des assurances prévoit une notice pour les assurances groupe remise à l'emprunteur, l'informant sur l'étendue de l'assurance souscrite pour compenser le risque de non remboursement du crédit.

La loi n° 2005-1564 du 15 décembre 2005 est venue retoucher le dispositif légal en imposant au banquier de préciser dans la notice le contenu des « droits et obligations de l'adhérent »[1075]. Pour les assurances souscrites pour un crédit à la consommation, l'article 311-12 du Code de la consommation prévoit que la notice doit pareillement préciser les risques couverts ceux qui en exclus[1076]. La jurisprudence insiste constamment sur cette obligation d'information visant les risques[1077].

671. Pour autant, la jurisprudence reste exigeante à l'égard du créancier qui connaît les limites de l'assurance qu'il propose. Ainsi, la formation plénière de la Cour de cassation a posé en principe que le banquier est tenu d'informer l'adhérent sur l'adéquation de l'assurance souscrite eu égard à sa situation personnelle, quand bien même la notice indique clairement l'étendue de l'assurance[1078]. *Il ne s'agit plus seulement de préciser ce qui est compris par l'assurance, mais tout ce qui est exclu compte de la situation personnelle du client.* ***Manifestement, la question de l'assurance groupe ce n'est plus une question tenant uniquement à l'information via la notice, il s'agit d'éviter la prise d'un risque de non couverture de l'adhérent que le banquier fait courir quand il ne renseigne pas cet adhérent sur les cas exclus de l'assurance***.

[1074] Cass. com., 9 déc. 2008, n° 07-18.719 ; Bull. Joly bourse janv. 2009, p. 57.
[1075] Article L. 132-5-3 al. 3 du Code des assurances.
[1076] Article L. 311-12 du Code de la consommation.
[1077] V. ainsi, Cass. civ. 1ère, 4 nov. 2003, n° 02-10.261.
[1078] V. Cass., ass. plén., 2 mars 2007, Bull. civ. n° 4 ; Bulletin d'information de la Cour de cassation du 15 mai 2007, rapp. O. RENARD-PAYEN ; D. 2007, p. 985, note S. PIEDELIEVRE ; D. 2007, AJ, p. 863, obs. V. AVENA-ROBARDET ; D. 2008, pan. p. 127, obs. H. GROUTEL ; D. 2008, pan. p. 880, obs. D.-R.MARTIN ; JCP éd. G 2007, II, 10098, note A. GOURIO ; JCP éd. G 2007, I, 158, n° 6, obs. Ph. SIMLER ; JCP éd. E 2007, 1375, note D. LEGEAIS ; RLDC 2007/39, n° 2556, note N. BICHERON ; RGDA 2007, p. 397, note J. KULLMANN ; LPA 10 mai 2007, note P. MARKHOFF ; LPA 25 mai 2007, note S. GOSSOU ; LPA 23 août 2007, note S. PRIGENT ; RDI 2007, p. 319, obs. L. GRYNBAUM ; RDC 2007, p. 750, obs. G. VINEY.

672. Ces exemples conduisent dès lors à préciser le critère que nous retenons de la disproportion dans les contrats entre le banquier et son client.

b) détermination du critère de la disproportion en droit bancaire

673. Le critère de la disproportion tenant du risque aggravé -. L'étude de toutes ces hypothèses a permis de relever le trait commun qui existe dans chaque cas de sanction de la disproportion. Celle-ci intervient chaque fois que le banquier fait courir un risque aggravé à son client, qu'il s'agisse d'un risque de perte financière ou d'un risque de subir un préjudice. ***Fondamentalement ce critère réside plus généralement dans le risque aggravé de perte de chance d'éviter un préjudice***. Comme le formule la Cour de cassation, l'omission de l'avertissement du banquier sur les risques liés à l'opération réalisée par son client s'analyse « en la perte d'une chance de ne pas contracter »[1079], ce qui lui aurait évité de subir un préjudice.

Il convient maintenant d'affiner ce critère à l'épreuve de la jurisprudence, ce qui invitera à le préciser.

2° la détermination du critère du risque aggravé en fonction de la situation du client

674. Le critère du risque aggravé que nous venons de dégager du droit positif, n'est pas indépendant de la situation personnelle dans laquelle se trouve le client. *Précisément, nous montrerons que dans deux cas, ce critère ne découlera pas sur la sanction du banquier* : c'est notamment le cas quand le client sait parfaitement qu'il contracte en connaissance de ce risque aggravé. C'est enfin le cas lorsque le client n'est exposé à aucun préjudice.

675. L'exclusion de la prise en compte du risque aggravé quand le client en est informé -. La sanction du banquier par la jurisprudence, lorsque le client invoque la disproportion de son engagement, n'es pas mécanique. Soit que ce dernier n'arrive pas à démontrer l'existence de l'excès[1080], soit qu'il n'est pas fondé à reprocher au banquier une information qu'il détenait lui-même quand cette information aurait permis d'éviter le

[1079] Cass. civ. 1ère, 20 oct. 2009, n° 08-20.272.
[1080] C'est ainsi le cas s'il se fonde son action sur un mécanisme délictuel et qu'il ne prouve pas que son engagement était disproportionné.

préjudice. Pour cette dernière hypothèse, nous illustrerons notre propos par la jurisprudence relative au devoir de mise en garde quand le client est jugé averti par les tribunaux.

Mais cela ne se limite pas aux seuls avertis. Ainsi en matière d'assurance groupe, la Cour de cassation a précisément reproché au banquier de ne pas avoir informé l'adhérent sur les cas exclus quand sa situation était justement un cas d'exclusion. *A contrario*, si cet adhérent avait conscience d'être dans un cas d'exclusion de l'assurance, les tribunaux n'auraient pas pu retenir la responsabilité du banquier. ***C'est donc que la connaissance du risque fait disparaître la sanction de ce risque aggravé de survenance du préjudice***. Le risque aggravé n'est donc sanctionné que si le client l'ignore.

676. C'est pourquoi la Cour de cassation décide que la demande de l'investisseur qui se prévaut du manquement à une information sur l'importance de souscrire une couverture ne peut aboutir quand celui-ci avait conscience d'être exposé au préjudice de pertes financières[1081].

677. Une même solution prévaut pour le cas de celui qui « pratique intensément les opérations à terme » [1082], de celui qui après « six années, et plusieurs centaines d'opérations sur le MONEP[1083], était devenu un opérateur particulièrement averti et très informé des mécanismes boursiers de ce marché (…) et des risques lui étaient inhérents » [1084], ou de celle qui, employée de banque, avait « une grande maîtrise des opérations boursières puisqu'elle jouait sur des bons de souscription d'actions »[1085].

678. L'exclusion de la prise en compte du risque aggravé en l'absence de préjudice -. Les techniques de protections du client, fondées sur la responsabilité contractuelles -dans le cas de la mise en garde-, sont aussi conditionnées à l'existence de l'évènement contre lequel ces techniques devaient protéger ce client. Comme le précise la Chambre commerciale, l'emprunteur ne saurait se prévaloir d'une faute de son banquier tenant à ne pas l'avoir alerté lorsque le risque d'endettement n'est pas prouvé. C'est ce qui est le cas quand il n'arrive à démontrer en quoi l'engagement était excessif eu égard à ses

[1081] Cass. com., 9 déc. 2008, n° 07-18.719 ; Bull. Joly bourse janv. 2009, p. 57.
[1082] Cass. com., 9 oct. 1996, n° 94-15.668.
[1083] devenu aujourd'hui Euronext Paris.
[1084] Cass. com., 14 déc. 2004, précité, Cass. com., 5 févr. 2008, n° 06-21.513, Gaz. Pal. 5 avr. 2008, n° 96, p. 7, note V. FORTI.
[1085] Cass. com., 18 févr. 1997, Bull. civ. IV, n° 51 ; JCP éd. E 1997, pan. n° 368.

revenus[1086]. C'est encore le cas lorsque les juges opposent à l'investisseur malchanceux que l'opération qu'il a réalisée était non spéculative[1087], notamment quand il s'agit de FCP[1088].

679. Le critère qui autorise le juge à sanction le banquier par le biais des techniques de protections visant l'équilibre des prestations a été défini avec précision : ***c'est celui du risque aggravé de subir pour le client un préjudice que ce dernier ignore légitimement.***

680. Comme le souligne un auteur, il s'agit d'une appréciation *in concreto* du risque[1089], fondée sur l'analyse de la situation personnelle du débiteur : la situation financière pour déterminer l'existence du préjudice ou l'état niveau d'expérience du client quand il s'agira d'apprécier si le risque de préjudice est ignoré par lui.

[1086] Cass. civ. 1ère, 18 févr. 2009, précité.
[1087] Cass. com., 14 déc. 2004, précité ; Cass. com., 5 févr. 2008, n° 06-21.513, Gaz. Pal. 5 avr. 2008, n° 96, p. 7, note V. FORTI, précités.
[1088] Parmi les opérations peu risquées sont visés les FCP « classiques », FCP monétaires, obligataires ou bien actions. Il en va autrement des FCP spécialisés sont en effet beaucoup plus risqués et s'adressent à des investisseurs avertis. Parmi ces instruments peut-on citer les FIP, les FCPI, et surtout les FCPR, Fonds Communs de Placement à Risques, qui sont investis pour au moins 50 % en titres de sociétés non cotées.
[1089] En ce sens, V. N. VOIDEY, *Le risque en droit civil*, th. Aix-Marseille, 2005, spécifiquement n° 284.

CONCLUSION DU CHAPITRE :

681. Le principe de proportionnalité, comme technique de protection du client, est polymorphe. *Que ce soit à travers la responsabilité délictuelle ou bien la responsabilité contractuelle, le critère qui permet de retenir la sanction du banquier sur le fondement de la disproportion est celui de l'aggravation du risque de préjudice pour le client*. Pour autant, les techniques de protections qui sont retenues, chaque fois que ce critère est présent, n'entraînent pas une sanction mécanique du banquier.

682. Lorsque le client n'ignore pas qu'il court un risque aggravé de subir un préjudice, ce dernier ne peut invoquer les techniques de protection fondées sur l'exigence de proportionnalité. Pareillement, chaque fois que le risque de subir ce préjudice disparaît, il n'est plus fondé à invoquer une faute du banquier : c'est le cas de la caution qui ne peut invoquer l'article L. 341-4 du Code de la consommation quand l'engagement n'est pas excessif eu égard à ses revenus.

Le mécanisme de lutte contre la disproportion, par le biais de l'information, est « *ainsi exclu en cas de risque « normal », c'est-à-dire intrinsèquement lié à l'opération réalisée et compréhensible par une personne raisonnable* » [1090].

Après avoir présenté le régime applicable aux techniques de protection du client visant à évincer la disproportion de son engagement contractuel, il convient d'apprécier leur mise en œuvre.

[1090] M. MEKKI, *La singularité du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit*, RD bancaire et fin., nov. 2007, p. 83, n° 15.

CHAPITRE II

LA MISE EN ŒUVRE DE TECHNIQUES VISANT L'EQUILIBRE DES PRESTATIONS

683. Le principe de proportionnalité est polymorphe. Son existence revêt tous les formes que le déséquilibre peut prendre. Malgré cette diversité, il existe une certaine unité dans la finalité que vise la sanction de ce déséquilibre. Toutefois la mise en œuvre de ce principe peut se heurter à un certain particularisme que revêtent certaines branches du droit des affaires. La sanction qui pèse sur le prêteur qui soutient l'activité d'un emprunteur en situation financière difficile ne doit pas pou autant le dissuader de fournir les crédits nécessaires à la survie de cet emprunteur. Le financement de l'entreprise au stade de l'ouverture d'une procédure collective illustre parfaitement la situation paradoxale du banquier qui engagera sa responsabilité tantôt pour rupture abusive s'il procède à celle-ci trop tôt[1091], tantôt pour soutien abusif s'il prolonge le concours trop longtemps[1092].

684. Cette approche contrastée de l'exigence de proportionnalité, que la jurisprudence relative au soutien abusif mettant en exergue, a conduit le législateur a dressé de nouveaux contours à la responsabilité du bailleur de fonds par la loi du 26 juillet 2005[1093]. Cette loi insère un nouvel article L. 650-1 du Code de commerce qui dispose désormais 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* ». Innovante cette disposition semble contrarier la mise en œuvre des techniques de proportionnalité du contenu contractuel.

Elle instaurerait une irresponsabilité de principe du banquier prêteur, à l'exception de trois cas, dont un qui se fonde sur un élément qui est extérieur à la relation entre le crédité et le créditeur : la garantie disproportionnée eu égard au montant de la dette garantie. Pour ce cas là, l'emprunteur pourra invoquer une faute du banquier à son encontre qui réside dans le

---

[1091] V. *supra* n° 157.
[1092] V. *supra* n° 542.
[1093] Loi n° 2005-845 du 26 juill. 2005, JO 27 juill. 2005, p. 12187 ; D. 2006, chron. p. 2916, obs. R. ROUTIER ; Gaz. Pal. 2005, doctr. p. 3012, obs. D. LEGEAIS ; JCP éd. E 2005, n° 42, p. 1747 ; RTD com. 2005, p. 818, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; RD bancaire et fin. 2005, n° 154 ; Rev. proc. coll. 2005, p. 386, obs. A. MARTIN-SERF ; D. 2006, chron. p. 69 ; Banque et Droit janv.-févr. 2006, n° 61, obs. T. BONNEAU.

gaspillage de garantie, ce qui diminue sa capacité à pouvoir demander un autre concours garantie lui aussi (Section I).

685. Pareillement, si le principe d'irresponsabilité du banquier existe pour le cas des procédures collectives, cela ne signifie pas que le crédité en difficulté ne bénéficie plus de techniques de protection fondées sur la proportionnalité de son engagement. En ce sens, malgré l'irresponsabilité de principe, la technique de protection fondée sur la sanction de l'excès persiste (Section II).

SECTION I

LA PROPORTIONNALITE COMME INSTRUMENT D'ADEQUATION DE LA SURETE A LA DETTE GARANTIE

686. Le nouveau dispositif issu de l'article L. 650-1 du Code de commerce, résidant dans la proportionnalité de l'étendue de la garantie par rapport à la dette, modifie radicalement le mécanisme de protection de la caution qu'instaurent déjà les articles L. 313-10 et 341-4 du Code de la consommation et les jurisprudences Macron et Nahoum. L'on aurait tort de penser qu'il ne s'agit ici que d'une disposition complétant le principe de proportionnalité du cautionnement déjà établi en prévoyant un principe de proportionnalité de la garantie pour le cas de l'entreprise en difficulté. Loin de seulement rajouter un principe d'équilibre des garanties, cette disposition se montre divergentes avec les dispositions consuméristes et les solutions prétoriennes déjà existantes, tant quant à la technique employée et la sanction retenue (§ 1), qu'au regard des conséquences qu'engendre une telle divergence sur l'étendue de la protection (§ 2).

§ 1 - LE CARACTERE SPECIFIQUE DE LA PROPORTIONNALITE AU SENS DE LA LOI DU 26 JUILLET 2005

687. Le principe de proportionnalité des garanties issu de la loi du 26 juillet 2005 se singularise de la proportionnalité déjà étudiée. La technique retenue diffère tant sur le terrain de la sanction encourue par le banquier (B) que sur l'objet de ce déséquilibre (A).

A) L'inadéquation de la sûreté aux concours garantis, une disproportion spécifique

688. Traditionnellement la disproportion sanctionnée, en matière de garantie, est celle de l'engagement de la caution eu égard à ses revenus et son patrimoine. La jurisprudence de la Cour de cassation l'a évoqué[1094], confirmé[1095], puis rappelé au sujet du devoir de mise en

[1094] Cass. com., 27 juin 1997, précité.

garde de la caution par le prêteur[1096]. L'article L. 650-1 du Code de commerce fait cas d'une hypothèse de sanction du banquier lorsque la garantie qu'il prend en contrepartie du concours financier est disproportionné à celui-ci. Si le mécanisme semble s'inspirer de la loi du 1er août 2003[1097], la technique diverge radicalement. Si l'article L. 341-4 du Code de la consommation établit une règle de proportion entre l'engagement du garant et ses capacités financières, l'article 126 de la loi du 26 juillet 2005 impose l'adéquation de cet engagement au prêt consenti, ce qui indique que la loi ne fait pas de la jurisprudence Macron une exception au principe d'irresponsabilité : *l'article L. 650-1 ne sanctionne donc pas le banquier quand l'engagement du garant est excessif à ses capacités financières*[1098].

689. Aussi, l'article a-t-il un champ d'application plus large que les dispositions consuméristes des articles L. 313-10 et 341-4, qui se restreint au cautionnement donné par les personnes physiques. Ainsi, le nouvel article n'exclut pas le garant personne morale, ce qui au regard de l'objet de la disposition, le financement des entreprises en difficultés n'étonnent pas. Le choix de ne pas se limiter au seul cautionnement s'explique pareillement par les formes multiples de garantie de l'entreprise. L'on pensera notamment aux nantissements ou lettres d'intention[1099]. L'article L. 650-1 ne permet enfin pas au garant de rechercher la responsabilité du banquier pour le cas où l'engagement qu'il souscrit est manifestement supérieur à son patrimoine et à ses revenus. L'article ne vise donc pas la protection du garant. Et si ce cas de disproportion ne figure pas parmi les exceptions au principe d'irresponsabilité du prêteur, il ne nous paraît pas pour autant que ce garant ne puisse pas rechercher sa responsabilité. C'est la question de l'incidence de la loi du 26 juillet 2005 sur la jurisprudence Macron. Une première lecture tendrait à faire penser que la jurisprudence Macron-Nahoum est remise en cause pour le cautionnement des dettes des entreprises en difficultés, ce qui sous entendrait que la caution peut se voir demandé un engagement disproportionné en ce cas. Toutefois, spécifiquement pour le cas des personnes physiques contractant avec un créancier

---

[1095] Cass. com., 8 oct. 2002, précité, quand bien même la portée de l'arrêt Macron fut limitée en excluant les dirigeants cautions qui ne font pas la preuve que le banquier en savait plus qu'eux-mêmes sur l'opération réalisée.

[1096] Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-19.315, précité.

[1097] Loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique, JO du 5 août 2003, p. 13449.

[1098] Il convient de remarquer enfin que le moment de l'appréciation de la disproportion n'est pas la même que celui de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, puisque le juge apprécie l'excès de l'article L. 650-1 au moment où la garantie est constitue alors que le législateur consumériste l'apprécie au moment de l'appel en garantie. En ce sens, V. F. PEROCHON, Entreprises *en difficultés, Instruments de paiement et de crédit*, LGDJ, 7ème éd., n° 82.

[1099] J. MOURY, *La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L. 650-1 du code de commerce*, D. 2006, p. 1743, n° 19.

professionnel, il en va autrement. L'article L. 341-4 du Code de la consommation dispose à cet égard que ce dernier ne peut se prévaloir de l'engagement disproportionné de la caution personne physique, si bien que l'articulation de cette disposition avec l'article L. 650-1 peut être traduit de la manière suivante : ***le garant ne peut pas rechercher la responsabilité du créancier pour disproportion de son engagement au regard de ses capacités financières, sauf pour le cas où il s'agit d'un cautionnement donné par une personne physique à un créancier professionnel.***

690. Concrètement, cela revient à rajouter une quatrième exception légale, fondée les cas dans lesquels l'article L. 341-4 du Code de la consommation ne joue plus. Cette articulation est protectrice des intérêts de la caution, puisqu'elle bénéficiera en pratique au dirigeant qui garantit les dettes de son entreprise, peu importe que celui-ci soit averti ou non, qu'il soit intéressé à la gestion du débiteur ou non.

691. L'article L. 650-1 ne conduit pas seulement à la protection directe du garant, comme dans le cas de la protection de la caution par application de l'article L. 341-4 du Code de la consommation. Il autorise aussi selon nous l'emprunteur à fonder une action en responsabilité contre le banquier sur le fondement de la disproportion. Lorsque ce dernier demande une garantie d'un montant nettement plus importante que la dette, le surplus de garantie ne pourra être utilisé par l'emprunteur pour demander un autre concours. Ce faisant, en gaspillant inutilement la sûreté, l'emprunteur subit un préjudice du fait de la diminution de sa capacité à emprunteur sous couvert de garantie. Or nous sommes certain que tout prêteur n'osera financer un crédité sans contrepartie pour le cas où celui-ci vient à défaillir. Par conséquent, chaque fois que la garantie sera disproportionnée, l'emprunteur sera lésé et le préjudice consistera dans la diminution de cette capacité dont le banquier est à l'origine. Nous pensons que ce mécanisme trouve son fondement dans la responsabilité délictuelle du prêteur. La responsabilité ne peut être en effet contractuelle, puisque le crédité lésé est un tiers au contrat de cautionnement déséquilibré. Il conviendra alors de prouver le préjudice, ainsi que le lien de causalité, ce qui ne semble guère difficile, le premier résultant d'une appréciation arithmétique par le calcul du surplus de garantie, alors que le second sera établi par le refus de prêt de la part du banquier, justifié par une insuffisance de garantie.

692. Incidemment, nous pensons que protection de la caution et celle du débiteur engendre une protection des autres créanciers de ceux-ci. Ainsi, ces autres créanciers peuvent

pâtir de la prise d'une garantie disproportionnée en épuisant les moyens patrimoniaux tant de la caution, que du débiteur principal. Pour le débiteur principal, du fait du gaspillage des sûretés, ce dernier pourra moins emprunter et de ce fait, le banquier détenteur de la garantie excessive diminuera le droit de gage général qu'ont les créanciers sur le patrimoine de ce débiteur. Pour la caution, il en ira de même avec ses propres créanciers pour lesquels le surplus de garantie, attribué au paiement de la dette du débiteur, ne pourra être utilisé par ces derniers. A notre sens, il est permis de s'interroger sur le fait de savoir s'il ne s'agit pas ici d'une consécration légale de la sanction de la fraude paulienne dont l'action est déclenchée par les créanciers du débiteur ou de la caution qui se voient lésés par l'épuisement du patrimoine de ceux-ci ? Un auteur l'avance prudemment[1100]. L'action paulienne se définit comme « *celle tendant, pour le créancier, à voir remettre en cause, à son égard, tout acte conclu par son débiteur, aux fins de diminuer les chances de recouvrement de la créance*[1101] ». Nous ne pensons pas que la présente hypothèse relève de la fraude paulienne, puisque ni le débiteur, ni la caution n'ont l'intention de nuire aux autres créanciers. Ces derniers sont davantage victimes de la garantie disproportionnée, au même titre que leurs autres créanciers, plutôt qu'acteurs de leur insolvabilité. Le concert frauduleux ne saurait être non plus retenu, en l'absence d'intention frauduleuse du débiteur ou de sa caution[1102], qui auraient accepté la garantie excessive dans l'unique but de diminuer leur patrimoine. A notre sens, le fondement de l'action intentée par les autres créanciers aboutit à un constat original : ***si, lors de la prise d'une garantie disproportionnée, le débiteur principal ou sa caution peuvent engager la responsabilité du banquier sur le fondement de la troisième exception prévue par l'article L. 650-1, les autres créanciers lésés se tourneront vers la première exception qui sanctionne la fraude du dispensateur de crédit. Ainsi, si l'exception de la garantie disproportionnée au concours protège les contractants du banquier, l'exception de la fraude protège les tiers***[1103]. Cette fraude aux droits des autres créanciers et de la procédure, par rupture du principe d'égalité, s'illustrera notamment en cas d'escompte d'effets de

[1100] D. VALETTE, *Quelles obligations pour le banquier dans le domaine du financement professionnel ?*, Colloque sur le devoir de mise en garde, RD bancaire et fin., nov. 2007, p. 94, n° 48.
[1101] *Répertoire droit civil*, Dalloz, 2006, V. action paulienne, n° 1.
[1102] Cass. civ. 17 juill. 1945, S. 1946,1, p. 14 ; Gaz. Pal. 1945, 2, p. 143 ; RTD civ. 1946, p. 36, obs. H. et L. MAZEAUD, qui conditionne le concert frauduleux à la preuve de l'intention frauduleuse du créancier et de son débiteur.
[1103] Dans tous les cas, la faute du banquier est de nature délictuelle, si bien que les tiers ne sont pas désavantagés par rapport au garant ou à l'emprunteur. V. P.-M. LE CORRE, *Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises*, D. 2005, chron. 2297, n° 63.

complaisance ou en cas de double mobilisation de créances[1104]. En définitive, il conviendra d'invoquer certaines exceptions à l'irresponsabilité de principe du dispensateur de crédit en fonction de la qualité du plaignant, ce qui incite à penser que l'exception de la fraude est le cas le plus vaste puisqu'il pourra sanctionner le banquier dans des situations exotiques : nous pensons notamment au prêteur qui appliquerait une politique de crédit ruineux cherchant à provoquer l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur dans le seul but de rechercher l'irresponsabilité de principe de l'article L. 650-1[1105].

693. Enfin, il convient de s'interroger sur l'étendue de la protection des contractants du banquier. Le texte vise « les garanties », si bien qu'il n'y a pas lieu de distinguer selon qu'il s'agit d'une sûreté réelle ou personnelle[1106]. Ainsi sont visés le gage avec dépossession[1107], la garantie autonome[1108], la lettre d'intention, la délégation, la promesse de porte-fort, le crédit-bail, les garanties négatives, comme la clause d'interdiction d'aliéner[1109], le droit de rétention – qui n'est pas une sûreté pour la jurisprudence[1110], ou encore la propriété-sûreté, comme la cession de créances par bordereau Dailly[1111]. Le domaine de protection est donc large, ce qui permet de sanctionner le banquier dans de nombreuses hypothèses.

B) La sanction spécifique du dispensateur de crédit après la loi du 26 juillet 2005

694. Outre les cas de responsabilités, la fraude et l'immixtion dans la gestion du débiteur, qui relèvent de la responsabilité délictuelle, le législateur fait grand cas de la disproportion des garanties pour laquelle il prévoit la sanction spécifique de la nullité. Concrètement, le juge doit sanctionner le banquier par la perte de garantie demandée, ce qui pose la question de la sanction de la disproportion. Pour la jurisprudence issue des arrêts

---

[1104] V. D. CARAMALLI, *Réforme du soutien abusif de crédit: le point de vue du praticien*, LPA 18 avr. 2005, p. 6 ; R. BONHOMME, précité, n° 13 ; J. MOURY, *La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L. 650-1 du code de commerce*, D. 2006, p. 1743, n° 14, qui envisage divers cas de fraude.

[1105] R. ROUTIER, *L'article L. 650-1 du code de commerce: un article «détonnant» pour le débiteur et «détonant» pour le contribuable*, D. 2006, chron. p. 2916.

[1106] V. sur la question de l'inscription d'une hypothèque rechargeable, dans les conditions prévues par l'Ord. du 23 mars 2006, pour un montant sensiblement supérieur à la créance, J.-L. VALLENS, *Les modifications apportées par l'ordonnance sur les sûretés au droit des procédures collectives*, RLDA 2006, n° 7, p. 75.

[1107] V. R. DAMMANN, *Banque et banquiers responsables*, in *Responsabilité et régulations économiques*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2007, p. 73, n° 206.

[1108] V. P. CROCQ, *La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés*, D. 2006, chron. p. 1306, n° 16.

[1109] V. D. LEGEAIS, *Les concours consentis à une entreprise en difficulté*, JCP éd. E 2005, n° 42, p. 1747.

[1110] V. P. CROCQ, précité, n° 16.

[1111] V. P. CROCQ, *Sûretés et proportionnalité*, Mélanges SIMLER, Litec-Dalloz, 2006, p. 291, n° 17 ; R. DAMMANN, *Banque et banquiers responsables*, précité, n° 205 ; R. BONHOMME, *La place des établissements de crédit dans les nouvelles procédures collectives*, Mélanges BOULOC, Dalloz, 2006, p. 59, n° 16.

Macron et Nahoum, la sanction applicable est celle de la réduction de l'engagement, en amputant la part excessive. A la différence de l'article L. 313-10 et L. 341-4 du Code de la consommation qui prévoit l'inopposabilité de l'engagement de la caution, l'article L. 650-1 du Code de commerce prévoit la nullité. La différence est que l'inopposabilité n'autorise pas le juge à annuler la garantie[1112]. La nature de cette nullité est selon la doctrine une nullité absolue[1113], si bien que tout intéressé pourra l'invoquer. Les motifs invoqués sont l'ordre public de direction dont relèverait la disposition du Code de commerce, et la référence par le Conseil constitutionnel à l'intérêt général en évoquant la loi du 26 juillet 2005[1114]. Toutefois, nous nous permettons de douteur du caractère absolu de la nullité. En effet, permettre à un créancier d'invoquer la disproportion de l'engagement d'un garant revient à lui permettre de prévaloir de la fraude d'une partie dans un contrat où il est tiers. Or cela correspond à la première exception légale relative à la fraude du dispensateur de crédit. Nous pensons que seuls les contractants du banquier peuvent alors invoquer le cas de la disproportion de la garantie, si bien que la nullité serait davantage une nullité relative. Enfin, si le Conseil constitutionnel évoque effectivement l'intérêt général, c'est au sujet des exceptions elles-mêmes et non au regard de la seule disproportion. Ce faisant, l'intérêt général est satisfait par la protection des contractants du banquier, par le biais de la troisième exception, et des tiers, via le mandataire, qui peuvent invoquer la fraude et l'immixtion du prêteur dans la gestion du débiteur.

695. Toutefois la sanction de la nullité des garanties ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine et n'est pas à notre avis la sanction la plus protectrice des intérêts des parties. L'on peut penser avec le professeur CROCQ que la sanction de la réduction de l'engagement des sûretés litigieuses aurait été préférable[1115], ce qui eût été conforme à la logique. En effet, comme l'a démontré un auteur, la sanction naturelle de l'excès réside dans la réduction et non dans la nullité[1116]. S'il existe un avantage en ce que la nullité emporte restitution des sommes

---

[1112] Cass. civ. 1ère, 22 oct. 1996, Bull. civ. I, n° 362 ; D. 1997, p. 515, note M. WACONGNE ; D. 1996, somm. p. 166, obs. L. AYNES ; RTD civ. 1997, p. 189, obs. P. CROCQ ; JCP éd G. 1997, II, 22826, note S. PIEDELIEVRE ; JCP éd. G 1996, I, 3991, p. 22, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE ; Contrats conc. consom. 1997, n° 11, obs. G. RAYMOND ; Cass. civ. 1ère, 29 oct. 2002 ; RJDA 2003, n° 191.
[1113] V. J. MOURY, précité, n° 32.
[1114] Décision n° 2005-522 DC, JO 27 juill., p. 12225, sur laquelle V. note R. ROUTIER, *De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises*, D. 2005, chron. p. 1478 ; Gaz. Pal. 9-10 sept. 2005, p. 33, n° 4 ; D. 2006, pan. p. 834, obs. V. OGIER-BERNAUD et C. SEVERINO.
[1115] V. P. CROCQ, *Réforme des procédures collectives et sort des créanciers munis de sûretés*, Dr. et patr. mars 2006, p. 90, spéc. p. 92.
[11161116] V. D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, n° 432, 2005, n° 282.

déjà versées, ce qui profite à la procédure lorsque le garant est dirigeant[1117], cette sanction ne nous paraît pas profiter au débiteur en difficulté puisque la remise en cause de la sûreté risque d'entraîner des réticences lors de l'octroi des concours financiers par un dispensateur hésitant à prêter sans garantie. Toutefois, il ne pourra pas possible de considérer que le prêteur puisse refuser de fournir les fonds promis au motif que la garantie soit nulle. Cette nullité est en effet la sanction qu'il encourt pour avoir demandé un engagement excessif, il doit alors supporter le prix de sa faute, ce qui se traduira par l'obligation de financer sans bénéficier de garantie. ***Cette situation n'est en définitive pas si défavorable car elle peut profiter à l'emprunteur qui pourra allouer à nouveau la garantie annulée pour obtenir un autre concours financier, dès lors que le créditeur prend soin de respecter le principe de proportionnalité***. La sanction du législateur trouve par conséquent, en cette hypothèse, une application originale et favorable à l'emprunteur, de telle manière que l'on nuancera les réticences émises par la doctrine.

696. Ces spécificités de l'article L. 650-1, au regard du principe de proportionnalité de l'engagement de la caution retenu par la jurisprudence ou le Code de la consommation, invite à appréhender ce principe comme un moyen un instrument de lutte contre le gaspillage du crédit.

§ 2 - LA PROPORTIONNALITE, INSTRUMENT DE LUTTE CONTRE LE GASPILLAGE DE CREDIT

697. Le principe de proportionnalité peut être favorable pour le banquier. C'est le cas lorsqu'il existe une sûreté suffisante, c'est-à-dire proportionnée par rapport au risque qu'il prend en créditant.

Pour autant, le professionnel du crédit ne bénéficie pas d'une protection générale issue de la loi, destinée à le protéger contre l'insuffisance des garanties qu'il exige. Certes quelques hypothèses existent ça et là[1118], cette protection est circonscrite à des cas énumérés par la loi

[1117] V. R. ROUTIER, *De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises*, D. 2005, chron. p. 1478, spécifiquement n° 16.

[1118] Est-ce le cas de l'ancien art. 2131 du Code civil qui autorise le créancier à poursuivre le remboursement ou obtenir un supplément d'hypothèque pour le cas où les biens hypothéqués subissent des dégradations. En va-t-il de même avec le nouvel art. 2420 issu de la réforme du 23 mars 2006 qui reprend cette disposition à l'identique. Le législateur nous donne d'autres illustrations de cette insuffisance de garantie avec l'art. 524-16 du Code de commerce qui vise le warrant pétrolier.

ou par la jurisprudence[1119]. Ainsi, en dehors de l'obligation générale de conservation pesant sur le constituant, il est de la seule responsabilité du créancier de ménager ses intérêts en veillant à obtenir une garantie suffisante.

A l'inverse, protégeant cette fois le crédité, l'article L. 650-1 du Code de commerce prend en compte la question des sûretés disproportionnées au montant prêté. Cela traduit aux termes de la loi la volonté de lutter contre le gaspillage de crédit qui préjudicierait à l'emprunteur dans une procédure collective (A). Partant, c'est le comportement du créancier qui est sanctionné. Ce comportement est constitutif d'une faute de nature délictuelle (B).

A) Un instrument de sanction du gaspillage du crédit en cas de garantie disproportionnée

698. Lutter contre les garanties excessives eu égard au montant de la dette soulève quelques réticences. En effet, au terme du décret n° 89-158 du 9 mars 1989 relatif à la titrisation[1120], l'article 9 prévoit que « *le fond communs de créances peut se couvrir contre le risque de défaillance des débiteur des créances qui lui sont cédées* (…) *par la cession au fonds d'un montant de créances excédant le montant des parts émises*. Il existe donc une hypothèse de disproportion légale de la garantie qui n'est pas sanctionnée.

D'autre part, l'on pourra avancer sans peine qu'existe un besoin d'anticiper les difficultés des débiteurs, en anticipant l'augmentation de la dette par la prise d'une garantie plus importante que la valeur d'origine de cette dette

Enfin, si la proposition de réforme du droit des sûretés souhaite insérer au Livre IV du Code civil consacré aux sûretés que la « *sûreté ne peut procurer au créancier aucun enrichissement* »[1121], cela n'est encore qu'au stade de la déclaration d'intention. **Aucun principe général n'invite alors à lutter contre les garanties excessives au regard du montant de la dette**.

Enfin, pour les sûretés personnelles qui ont le caractère accessoire de la dette garantie, le créancier ne peut jamais demander plus que ce que doit le débiteur, de telle manière que l'obligation de couverture de la caution, même plus vaste que l'obligation de payer de ce débiteur, reste virtuellement excessive.

[1119] V. P. CROCQ, *Sûretés et proportionnalité*, Mélanges SIMLER, Litec-Dalloz, 2006, p. 296, n° 11.
[1120] Disposition qui reste en vigueur après la réforme par l'ordonnance n° 2008-556 du 18 juin 2008, V. T. BONNEAU, *Réforme du cadre juridique des fonds communs de créances*, RD bancaire et fin. 2008, n° 4, p. 71
[1121] Rapp. du groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, 28 mars 2006.

699. Pourtant, la constitution d'une sûreté manifestement supérieure au montant du concours garanti peut occasionner un préjudice. Non pas pour la caution qui bénéficie du principe de l'accessoire, mais pour l'emprunteur qui voit le patrimoine de son garant se restreindre. En conséquence, c'est sa capacité à obtenir de nouveaux prêts qui est diminuée. Certes, pour les sûretés sans dépossession, le débiteur peut garantir le remboursement de dettes en constituant d'autres sûretés qui s'imputeront successivement sur le même bien. Mais ce n'est possible que si la valeur du bien est plus grande que celle de chacune des garanties. Concrètement, l'hypothèque rechargeable depuis l'ordonnance 26 mars 2006 serait une solution. Cependant, il reste de nombreux cas dans lesquels la disproportion de la garantie est préjudiciable à l'emprunteur, en matière de fiducie-sûreté (1) et de sûreté réelle (2).

1) L'hypothèse du gaspillage de crédit en matière de fiducie-sûreté

700. La fiducie, au titre de sûreté, fruit de la loi du 19 février 2007[1122], permet qu'un débiteur donne en garantie du paiement d'une dette un bien dont il ne sera plus propriétaire et n'en aura plus l'usage. Toutefois la valeur de ce bien peut être très largement supérieure à la valeur de la créance, de telle sorte que la sûreté, épuisée en une fois, entraînera un gaspillage de crédit du débiteur[1123]. Hormis l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure à l'encontre du débiteur, où l'article L. 650-1 autorise la sanction du créancier, nous pensons que la protection du client emprunteur n'est pas efficace et que le risque de manquer de crédit est réel. Dans une situation de difficulté passagère de l'entreprise, ce gaspillage de garantie peut être de nature à accélérer, voire provoquer, l'ouverture d'une procédure. En ce sens, la fiducie-sûreté s'avèrerait contreproductive. Comme le fait justement remarquer l'éminent professeur MALAURIE en évoquant la fiducie, « *autant elle peut être admirable comme de gestion, comme mode d'institution familiale, autant je crois qu'elle gaspille le crédit et risque d'étrangler les débiteurs quand elle devient un instrument de sûreté* »[1124]. Concrètement, les entreprises qui auront eu recours à la fiducie-sûreté pour se financer et qui n'auront plus d'actifs lorsqu'elles se trouveront en difficulté ne pourront espérer le secours d'une procédure

[1122] R. DAMMANN et G. PODEUR, *Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution ?*, D. 2007, p. chron. p. 1359. Loi réformée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, publiée au Journal officiel du 5 août, qui modifie le régime juridique de la fiducie.

[1123] V. arrivant à la même conclusion, P. ANCEL, *Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés*, rapport aux 16èmes entretiens de Nanterre, 17 et 18 mars 1989, JCP éd. G 1989, Cahiers du droit de l'entreprise n° 5, p. 3, spécialement p. 6 ; D. LEGEAIS, *Les garanties conventionnelles sur créance*, Droit des affaires et de l'entreprise, Economica, 1986, n° 600, p. 323.

[1124] Ph. MALAURIE, intervention in *La fiducie : une révolution dans notre droit ?*, colloque organisé par l'Institut de droit des affaires de Paris II, 8 juin 1990, Banque et droit, n° 15, janv.-févr. 1991, p. 11.

qui ne peut mener au rétablissement qu'à la condition que le débiteur puisse financer sa réorganisation, ce qui paraît compromis faute de garantie. En définitive, comme le précise un auteur[1125], le droit des procédures collectives risque de conduire l'entreprise à deux situations distinctes : soit le redressement pour les débiteurs que leurs créanciers n'auront pas encore abandonnés et pour lesquelles il sera possible de concevoir un plan de sauvetage, soit la liquidation qui permettra de réaliser les actifs restants, non appréhendés par les créanciers bénéficiaires de sûretés, et notamment de fiducies. Cette dernière solution est contreproductive.

C'est pourquoi pensons qu'il est souhaitable, comme le préconisait la Commission GRIMALDI, que soit généralisé le principe de la proportion des garanties aux concours consentis par le banquier, en dehors des procédures collectives. Nous proposons cette rédaction d'un nouvel article inséré au Livre IV du Code civil : « *La sûreté donné au créancier par un garant ne peut procurer aucun enrichissement à ce créancier. Si la valeur de la sûreté excède la valeur de la dette, la réalisation de cette sûreté, après appel du garant, conduit le créancier à reverser la part excédentaire à ce dernier sur le fondement de l'action de in rem verso* ».

701. Il convient désormais de montrer que le risque de gaspillage de crédit est aussi présent en matière de sûreté réelle.

2) Le risque de gaspillage de crédit en matière de sûreté réelle

702. Jusqu'à la récente réforme du droit des sûretés, la seule sûreté conventionnelle sans dépossession que connaissait le Code civil était l'hypothèque. En cette hypothèse, lorsque l'hypothèque est générale, celle-ci peut venir grever inutilement plusieurs biens appartenant au débiteur pour garantir une dette d'une valeur plus faible que celle des biens hypothéqués. C'est aussi le cas d'une dette d'un montant évalué lors de la prise de garantie et que cette dette se révèle en fait être moins étendue. Le législateur prend en considération ces cas de figures. D'une part, relativement à l'assiette de l'engagement du garant, le nouvel article 2444 du Code civil, anciennement l'article 2161, dispose, pour les hypothèques légales, que le cantonnement de celles-ci est possible par une demande judiciaire du débiteur quand la sûreté grève plusieurs biens immeubles et que « *la valeur d'un seul ou de quelques-*

[1125] F.-X. LUCAS, *Fiducie vs Sauvegarde*, D. 2008, p. 29.

uns d'entre eux excède une somme égale au double du montant des créances en capital et accessoires légaux, augmenté du tiers de ce montant ». D'autre part, aux termes du nouvel article 2445 du Code civil, et concernant l'étendue de l'engagement du garant, les inscriptions, prises d'après évaluation faite par le créancier des créances conditionnelles, éventuelles ou indéterminées dont le montant n'est pas fixé par la convention, peuvent être judiciairement réduites. L'idée est de sanctionner le créancier qui aurait procédé à une exagération, volontaire ou non, de l'évaluation des dettes de son débiteur. Ce mécanisme n'est pas nouveau[1126] et rappelle l'intervention du juge en matière de réduction de l'engagement disproportionné de la caution après la jurisprudence Macron, puisque l'évaluation qui est faite du caractère excessif de la garantie est laissée au juge[1127].

703. Il est enfin paradoxal de constater dans l'article 2444 que cette évaluation de la disproportion est fixée par le législateur avec un seuil prédéfini pour le cas de la réduction de l'assiette de l'hypothèque. Rien ne conduit à justifier une telle divergence entre l'article 2444 et l'article 2445. Un auteur justifie cette différence par le fait que dans le premier cas contrairement au second, le montant des dettes du débiteur est par avance connu[1128]. Cela engendre pourtant un risque d'insécurité juridique pour le débiteur, puisque ce dernier ne pourra avoir la certitude de savoir s'il peut espérer une réduction du montant de son engagement de garant. C'est pourquoi nous proposons à nouveau une modification législative, visant à uniformiser le mode de calcul de l'excès de garanti en choisissant un seuil fixe équivalent à un multiple de la dette.

704. En conclusion, il apparaît que le risque de gaspillage de crédit, par la disproportion du montant de la garantie au montant de la dette, est éludé par l'article L. 650-1 du Code de commerce. Ce qui n'est pas le cas pour la fiducie et de l'hypothèque, d'autant plus que le développement de la sûreté fiducie accroit ce risque de disproportion.

Ainsi, l'article 18 de la loi LME du 4 août 2008[1129], par l'extension du domaine des personnes pouvant constituer une fiducie, démocratise le recours à la fiducie en tant que sûreté. Cela est de nature à augmenter les cas dans lesquels les débiteurs risquent de ne plus pouvoir accéder au crédit, quand un gaspillage de sûreté est réalisé. Compte tenu de la

[1126] G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. DE LOYNES, *Du nantissement, des privilèges et hypothèques*, t. III, 1906, n° 1929, spécifiquement pour le cas de l'hypothèque.
[1127] Art. 2445 alinéa 2.
[1128] V. P. CROCQ, précité, p. 302, n° 21, qui avance aussi une justification historique, relative au décret du 4 janv. 1955.
[1129] L. DARGENT, *Réforme de la fiducie par la LME*, D. 2008, p. 2133.

fragilité cyclique de l'économie, le risque est celui de l'accroissement des défaillances d'entreprises, faute pour le débiteur de pouvoir trouver des garanties pour l'obtention d'un prêt. **Nous insistons alors sur l'importance de généraliser le principe de proportionnalité issu de l'article L. 650-1 à toutes les fiducies-sûretés et toutes les sûretés réelles**.

B) Le gaspillage de crédit conséquence du comportement abusif du créancier

705. L'adage « pas de crédit sans garantie » illustre le besoin qu'a le débiteur d'offrir une garantie en contrepartie de l'octroi de fonds par le créancier. Pour autant, il ne s'agit pas non plus pour ce dernier d'exiger une garantie dont la valeur serait bien supérieure à la valeur des fonds prêtés : le client serait à ne plus pouvoir emprunteur faute de garantie disponible.

Celui-ci peut-il rechercher la responsabilité du prêteur au seul motif que la sûreté n'est pas en adéquation avec la dette ? Il s'agit donc de savoir si la disproportion est sanctionnable en elle-même.

706. Pour la jurisprudence, le banquier ne peut être responsable du seul fait qu'un concours financier a été accordé quand les garanties demandées sont jugées excessives. La responsabilité du dispensateur de crédit pour disproportion à l'égard du crédité s'établie eu égard à ses facultés contributives, non en raison du montant plus faible de la dette garantie. C'est ce qui ressort d'un arrêt du 7 janvier 2004 rendu par la Chambre commerciale[1130]. **Il n'existe donc pas de sanction mécanique de la disproportion sur le fondement du gaspillage de crédit**. Cela se justifie pleinement, le créancier peut se ménager le risque de dévaluation d'un bien mis en garantie[1131], ce qui est par exemple le cas pour un bien immobilier avant l'éclatement d'une bulle spéculative. Cette liberté ne doit toutefois pas permettre au dispensateur de crédit d'ignorer les intérêts du débiteur peut voir être lésé qui se

---

[1130] Cass. com., 7 janv. 2004, Bull. civ. IV, n° 2 ; D. 2004, AJ, p. 345 ; JCP éd. E 2004, n° 10, p. 346 ; RTD com. 2004, p. 354, obs. D. LEGEAIS ; RD bancaire et fin. 2004, n° 110, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; RJDA 2004, n° 622.

[1131] V. sur le comportement du banquier qui a tendance à prendre des garanties plus étendues que le montant de la dette, S. PLAIS, *Réflexions sur le gage de compte d'instruments financiers en couverture d'opérations de dérivés de gré à gré*, Banque et droit, n° 87, 2003, p. 3, spécialement p. 7. D'ailleurs depuis l'ordonnance du 24 févr. 2005, le gage de compte d'instruments financiers constitue une solution pour le dispensateur de crédit. Il permet de prendre une garantie proportionnée au concours consenti, et élude ainsi la troisième exception de l'article L. 650-1, et enfin de l'adapter sans risquer la nullité de la période suspecte. V. en ce sens, D. ROBINE, *La réforme du gage de compte d'instruments financiers*, Bull. Joly Bourse juill.-août 2005, n° 113, p. 400, spécialement n° 15 ; J.-F. ADELLE, Le *régime du nantissement de compte d'instruments financiers se modernise*, Option finance 2005, n° 830, p. 34 ; P.-G. MARLY, *De quelques avatars du gage de compte d'instruments financiers*, Banque et droit, n° 103, 2005, p. 32 ; P. CROCQ, *La future réforme du droit français des sûretés réelles*, RLDC 2005/20, n° 829, spécialement p. 34 ; H. SYNVET, *Le nantissement des meubles incorporels*, Dr. et patr. 2005, n° 140, p. 64, spécialement p. 68.

trouve lésé par le comportement de son créancier. Sur quoi repose alors la responsabilité du banquier dans ce cas ?

L'article L. 650-1 du Code de commerce ajoute un nouveau de responsabilité du dispensateur de crédit du fait de l'inadéquation du montant de la garantie au montant de la dette. Mais rien n'est dit quant aux conditions dans lesquelles cette responsabilité est mise en œuvre.

L'étude du régime juridique des deux autres cas de responsabilités que prévoit le législateur donne un indice précieux sur ces conditions de responsabilité. Le cas de la fraude relève de la responsabilité délictuelle, puisqu'il faut prouver une faute du créancier. Cela consistera par exemple à créditer l'entreprise en difficulté dans le seul but de privilégier un de ses créanciers. Ce sera encore le fait de donner artificiellement une apparence de solvabilité afin de nuire aux tiers. Le cas de l'immixtion dans la gestion des affaires du débiteur relève aussi de la responsabilité délictuelle. Ce cas sera notamment constaté lorsque le banquier est devenu dirigeant de fait de l'entreprise en difficulté. Alors si deux des exceptions sont fondées sur l'article 1382 du Code civil, pourquoi en serait-il autrement de la disproportion de la garantie ?

C'est d'ailleurs en parfaite cohérence avec la jurisprudence qui considère que cette disproportion n'est pas sanctionnable en elle-même : nous sommes donc aussi dans un cas de responsabilité pour faute.

La lecture des débats parlementaires confirme cette solution. Ainsi, lors de la discussion du texte le 1er mars 2005 devant l'Assemblée nationale, le garde des Sceaux de l'époque, le Ministre PERBEN, affirma que « *cet amendement* (l'article L. 650-1) *précise la nature de la faute permettant la mise en jeu de la responsabilité. Il doit s'agir en quelque sorte d'une faute lourde et il faut renforcer la sécurité juridique pour faciliter le soutien aux activités économique (…) Cette faute lourde peut être constituée dans trois cas : la fraude (…) l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou la prise de garanties disproportionnées aux concours consentis* ».

Concrètement, le crédité ne peut alors rechercher la responsabilité du créancier que s'il prouve l'existence d'un préjudice, d'une faute et d'un lien de causalité. Le préjudice consiste selon nous dans la perte de chance d'être crédité à nouveau, à défaut de garantie à proposer. Ce point est déjà complexe à prouver : encore faut-il que le débiteur ait demandé un autre concours et que ce dernier lui soit refusé pour qu'il puisse invoquer l'existence d'un

préjudice[1132] ! Concernant la faute, la situation du débiteur n'est pas meilleure. En effet, le Ministre a précisé qu'il s'agissait d'une faute lourde. Comme l'évoque la Cour de cassation, « *la faute lourde s'entend d'une négligence d'une extrême gravité, confinant au dol et dénotant l'inaptitude du* (créancier), *maître de son action, à l'accomplissement de sa mission contractuelle* »[1133]. La preuve de la faute tiendra par conséquent à la preuve de l'intention de nuire du banquier, ce qui n'est évidemment pas aisé.

Au vrai, cette question de la preuve se pose avec la même acuité pour la disproportion du crédit eu égard aux capacités contributives du débiteur en difficulté.

[1132] Sur ce point, V. P.-M. LE CORRE, *La sanction des tiers : la question de la disproportion des garanties*, in *Séminaire sur les six premiers mois d'application de la loi du 26 juillet. 2005*, Cour de cassation, 23 juin 2006.
[1133] Cass. com., 28 juin 2005, n° 03-20.744.

SECTION II

LA PERSISTANCE DES TECHNIQUES DE PROPORTIONNALITE DU CREDIT EN CAS DE PROCEDURES COLLECTIVES

707. En matière de procédures collectives du débiteur, la sanction du soutien abusif constitue l'argument le plus convaincant pour inciter le banquier à ne plus créditer ce dernier. Il est en effet bien rare que la banque puisse justifier du fait qu'elle ne connaissait pas la situation obérée du débiteur. C'est d'autant plus improbable qu'aux termes de l'article R. 622-21 alinéa 1du Code de commerce, tous les créanciers connus sont avertis par le mandataire judiciaire dans les quinze jours de l'ouverture de la procédure. La banque est donc mal fondée à se dire ignorante de la situation de son débiteur dans la tourmente.

Le principe d'irresponsabilité du créancier fournisseur de crédit de l'article L. 650-1 procède donc à un réajustement de la rigueur avec laquelle les tribunaux pouvaient retenir la responsabilité du banquier.

Pour autant, cette irresponsabilité n'est pas totale, et l'on démontrera en quoi la protection du client par les techniques liées à la sanction du déséquilibre contractuel est persistante à la lettre même de l'article L. 650-1 du Code de commerce : la protection est alors fondée sur un texte spécial (§ 1). Cette persistance est encore palpable à l'étude du droit positif, puisque nous montrerons que l'irresponsabilité du principe n'est pas totale quand le client pour encore fonder une action contre l'excès de son engagement sur le terrain de la responsabilité civile (§ 2).

§ 1 - LA PERSISTANCE DES TECHNIQUES DE PROPORTIONNALITE AUX TERMES DE L'ARTICLE L. 650-1

708. L'article L. 650-1 du Code de commerce, s'il instaure un principe d'irresponsabilité du prêteur, ne doit pas pour autant être perçu comme un rempart contre l'action de l'emprunteur lésé par le comportement de son créditeur. Ainsi, l'irresponsabilité de ce dernier n'a en définitive qu'un domaine limité (A). Et sa responsabilité lors de l'octroi d'un concours peut être recherchée sur le fondement de l'exception de fraude qu'instaure la loi du 26 juillet 2005 (B).

A) Le domaine limité de l'irresponsabilité du banquier

709. La volonté du législateur, avec l'article L. 650-1 du Code de commerce, est d'éviter que le créancier prêteur, souvent voire toujours le banquier, sous le couperet de la responsabilité délictuelle, ne soit dissuadé de financer un débiteur en situation difficile. Précisément, la jurisprudence sanctionne le banquier qui, sachant ou devant savoir que l'emprunteur est situation irrémédiablement compromise, n'aurait pas du consentir le prêt demandé[1134], ce qui suffit à caractériser la faute du prêteur, soit qu'il donne une apparence trompeuse de solvabilité du débiteur[1135], soit qu'il se soit tout bonnement trompé dans son estimation de solvabilité[1136], soit qu'il ait décidé de fuir ses responsabilités[1137]. La faute est diverse mais résulte toujours du manquement à un devoir de discernement dans la conduite à tenir à l'égard de l'emprunteur. Face au risque de voir sa responsabilité encourue quand le degré de prudence du banquier est malaisé à déterminer[1138], l'irresponsabilité l'incite à soutenir son client en difficulté en vue de son redressement. Toutefois cette irresponsabilité n'a pas un domaine illimité, et la première limite est constituée par le champ d'application de la loi du 26 juillet 2005. L'insertion de l'article L. 650-1 dans le Livre Sixième « *Des difficultés des entreprises* » invite à penser que le principe de l'impunité du créancier ne vaut que pour le cas des procédures collectives déjà ouvertes. Nous le mentionnions précédemment[1139], et la doctrine confirme la solution[1140], même si des auteurs restent divisés

---

[1134] Cass. com., 30 oct. 2000, n° 97-21.154, Bull. civ. IV, n° 170 ; D. 2001, AJ, p. 231 ; Cass. com., 19 avr. 2005, n° 03-12.879, Gaz. Pal. 2005, p. 2294, obs. C. REGNAUT-MOUTIER.

[1135] Cass. com., 10 déc. 2003 ; D. 2004, AJ, p. 136, obs. X. DELPECH ; JCP éd. E 2004, n° 7, p. 282, note D. LEGEAIS ; JCP éd. G 2004. II. 10057, note A. BUGADA ; Gaz. Pal. 2004, p. 434, avis M. LAFORTUNE ; RTD com. 2004, p. 139, obs. D. LEGEAIS ; RD bancaire et fin. 2004, n° 109, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; Banque et Droit nov.-déc. 2004. 19, note G.-A. LIKILLIMBA ; Bull. Joly 2004, n° 491, note F.-X. LUCAS ; RJDA 2004, n° 595.

[1136] CA Paris, 15ème ch., sect. A, 15 janv. 2000 ; Gaz. Pal. 31 janv.-1er févr. 2001, somm., note H. VRAY ; CA Poitiers, 8 mars 1989, Banque 1989, p. 557, obs. J.-L. RIVES-LANGE.

[1137] Cass. com., 9 juill. 2002, n° 01-01.565, BRDA 2002, n° 18, p. 8.

[1138] Reconnaissant aussi que le choix du comportement du prêteur peut se révéler cornélien, V. H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6ème éd., Montchrestien, 1965, n° 515-4 ; R. ROUTIER, *Obligations et responsabilité du banquier, Dalloz Référence*, 2ème éd., 2008, p. 122, n° 122.25, qui reconnaît qu'au-delà des règles fixées par la jurisprudence, le doute sur le comportement à tenir est permis, et s'apprécie in abstracto au regard de la connaissance qu'à le banquier sur la situation de son client.

[1139] *supra* n° 542.

[1140] J. MOURY, *La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L. 650-1 du code de commerce*, précité, p. 1743, n° 8, qui exclut par conséquent le crédit ruineux du principe d'irresponsabilité ; D. VALETTE, *Quelles obligations pour le banquier dans le domaine du financement professionnel ?*, précité, p. 91, n° 5, qui évoque le « *dispositif exonérant les banques de leur responsabilité au titre des concours accordés à des entreprises rencontrant des difficultés* ».

sur la question[1141]. A l'égard de cette solution limitant le champ d'application de la loi, un auteur expose à juste titre que « *le dessein du législateur n'a pas été de régir avec ce texte la responsabilité des établissements financiers dans leur activité générale de fourniture de crédit mais, dans le cadre d'une réforme du droit des procédures collectives* » [1142].

710. La jurisprudence a récemment confirmé cette vue. Par un arrêt du 8 janvier 2008, la Chambre commerciale juge que la loi du 26 juillet 2005 n'est applicable qu'aux procédures ouvertes depuis le 1er janvier 2006[1143]. Cela sous entend que l'article 126 de la loi, devenu L. 650-1 du Code de commerce, ne vaut d'une part que pour les procédures collectives, ouvertes après cette date d'autre part.

711. C'est pourquoi nous pensons que le domaine de l'irresponsabilité du banquier est limité. Et il l'est d'autant plus que la loi prévoit des exceptions. Ainsi en va-t-il du cas de la fraude et de l'immixtion dans la gestion du débiteur par le banquier.

B) La limitation de l'irresponsabilité par l'exception de la fraude du banquier lors de l'octroi du concours

712. Parmi les trois exceptions, que prévoit la loi réformant les procédures collectives, la doctrine a souvent mis en avant l'exception de la fraude en justifiant du caractère général de cette exception au regard de l'adage *Fraus omnia corrumpit*[1144]. La fraude peut se définir comme un « acte accompli dans le dessein de préjudicier à des droits que l'on doit respecter[1145] ». Les travaux parlementaires nous permettent de confirmer cette analogie qui est faite entre la fraude de droit commun et la fraude visée par le Code de commerce. Ainsi, le rapporteur au Sénat, affirme que l'exception de la fraude a pour finalité « *d'éviter que des manœuvres ne soient exercées par le créancier qui consentirait une avance ou un crédit au débiteur dans un but autre que celui de maintenir l'activité de l'entreprise ou*

[1141] R. ROUTIER, *Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif. Commentaire de l'article L. 650-1 du code de commerce*, Gaz. Pal. 10 sept. 2005, p. 33, n° 10, qui pense que le domaine d'application va plus loin que celui des procédures collectives. D. ROBINE, précité, n° 19, qui affirme qu' « *il faut toutefois, bien sûr, admettre que le principe concerne les concours qui auraient été consentis antérieurement à l'ouverture de la procédure* », ce qui inclut l'hypothèse du crédit ruineux.
[1142] J. MOURY, *loc. cit.*, n° 8.
[1143] Cass. com., 8 janv. 2008, précité.
[1144] D. ROBINE, précité, n° 23.
[1145] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2005, p. 401.

d'assurer sa pérennité[1146] ». La jurisprudence a d'ailleurs déjà pu sanctionner le banquier sur un fondement similaire lorsque le concours financier n'avait pour but que de masquer la réalité de la situation du débiteur le temps de se dégager[1147].

713. La mise en œuvre de cette exception ne suppose-t-elle cependant pas que le créancier ait agi avec une intention frauduleuse ? Si la définition première de la fraude, c'est l'intention de nuire[1148], la jurisprudence a cependant élargi cette définition en considérant la fraude comme établie dès lors que son auteur a conscience du préjudice causé[1149]. La Cour de cassation le rappelle continuellement et l'a récemment rappelé en affirmant que « *la fraude paulienne résulte de la seule connaissance qu'a le débiteur du préjudice qu'il cause au créancier en se rendant insolvable ou en augmentant son insolvabilité* »[1150] . Au vu de cette jurisprudence établie, l'intention de nuire n'est plus indispensable. En ce sens, la fraude serait constituée par la simple connaissance du préjudice que le banquier cause à son client lors de l'octroi du crédit. Un auteur considère toutefois qu'il faille circonscrire la fraude à la preuve de l'intention de nuire[1151]. En vertu de cette doctrine autorisée, il conviendrait alors d'interpréter strictement l'exception de la fraude : le principe de l'irresponsabilité du créancier ne doit pas être qu'une simple déclaration d'intention, « *cadeau empoisonné* » selon l'expression d'un auteur[1152]. **A notre sens, il importe aussi de prouver l'intention de nuire, sans quoi l'irresponsabilité de l'article L. 650-1 n'aurait aucune portée**. Notre solution conduit par conséquent à revenir sur la jurisprudence qui considère que le banquier est responsable lorsqu'il avait connaissance ou aurait pu avoir connaissance de la situation désespérée de l'emprunteur[1153]. Il faudrait alors dorénavant prouver

---

[1146] V. J.-J. HYEST, Rapport n° 335 du 11 mai 2005, p. 441.
[1147] Cass. com., 5 déc. 1978, n° 76-10.054, Bull. civ. IV, n° 294, p. 241 ; JCP éd. G 1979, II, n° 19133, obs. J. STOUFFLET.
[1148] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2008, n° 1175.
[1149] Cass. civ., 18 déc. 1893, DP 1894, 1, p. 263 ; Cass. civ. 1ère, 13 mars 1973, Bull. civ. I, n° 92 ; JCP éd. G 1974, II, 17782, note J. GHESTIN.
[1150] Cass. civ. 1ère, 14 févr. 1995, Bull. civ. I, n° 79 ; D. 1996, jur. p. 391, note E. AGOSTINI ; RTD com. 1995, p. 421, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET.
[1151] D. LEGEAIS, *Les concours consentis à une entreprise en difficulté*, JCP éd. E 2005, n° 1510.
[1152] D. ROBINE, op. cit.
[1153] Cette jurisprudence est pourtant constamment rappelée, V. Cass. com., 19 avr. 2005, n° 03-12.879, Gaz. Pal. 2005, p. 2294, obs. M. MOUTIER ; Cass. com., 22 mars 2005, n° 03-12.922, Bull. civ. IV, n° 67 ; D. 2005, p. 1020, obs. A. LIENHARD ; RTD com. 2005, p. 578, obs. D. LEGEAIS, RJDA 2005, p. 743 ; Cass. com., 22 mars 2005, n° 02-20.678, Bull. civ. IV, n° 68 ; Cass. com., 24 sept. 2003, n° 00-19.067, Banque et droit 2004, n° 93, p. 56, obs. T. BONNEAU.

714. Si des auteurs reconnaissent qu'en l'absence de jurisprudence sur la question, l'heure est à la circonspection[1154], il est toutefois possible de trouver une solution d'équité. L'article L. 650-1 a un domaine d'application limité aux procédures collectives, ce qui ne vise que le soutien abusif d'une entreprise en situation désespérée, pour laquelle une procédure est ouverte. Le moment de l'ouverture de la procédure est le point d'orgue de la responsabilité du banquier. Ainsi, la jurisprudence sur le soutien abusif s'applique, ce qui ne fait pas disparaître la protection du client par le jeu de la responsabilité du créancier. A partir de la date d'ouverture de la procédure[1155], le créancier est à tour protégé, hormis les trois exceptions, contre une action en responsabilité intentée par son client. C'est, semble-t-il, une juste compensation de la prise de risques du banquier dans le redressement de l'entreprise.

715. Or, pour que l'article L. 650-1 soit efficace, et que le prêteur soit protégé, il ne convient pas de considérer que la fraude puisse être constatée par la simple preuve qu'il *avait connaissance* ou *aurait pu avoir connaissance* de la situation désespérée de l'emprunteur. Si tel était le cas, la disposition légale n'offrirait rien de plus par rapport au droit positif antérieur.

C'est pourquoi il convient de préciser ce que l'on entend par l'exception de fraude qu'instaure le législateur. **Pour que l'application de l'article L. 650-1 soit pertinente, il faut interpréter strictement la notion de fraude, si bien qu'il est opportun de réserver l'hypothèse de la fraude pour les seuls cas où l'intention de nuire est avérée**. C'est le cas dans lequel le banquier se prête à des procédés illicites pour financer une activité régulière[1156], lorsqu'il cherche à tromper les tiers, ou qu'il soutient une entreprise virtuellement en cessation des paiements dans le but de se faire rembourser prioritairement une partie de ses

---

[1154] D. ROBINE, précité, n° 25.

[1155] A ce sujet, l'incertitude sur la date d'ouverture est possible puisqu'une procédure de sauvegarde peut être ouverte lorsque la cessation des paiements n'est pas avérée. Ainsi, l'art. L. 620-1er alinéa 1er, depuis l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 déc. 2008, dispose qu' « il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter ». Pour le cas où la cessation des paiements est survenu, tout doute n'est pas pour autant levé, puisque le juge peut, par application de l'art. L. 631-8, décider que la date d'ouverture ne coïncide pas avec la date de la cessation des paiements, si bien que le créancier ne peut pas se fier à cette dernière date pour déterminer le moment à partir duquel l'irresponsabilité de l'article L. 650-1 prend effet.

[1156] C'est notamment le cas lorsqu'il accepte l'escompte d'effets fictifs ou de complaisance, V. Cass. com., 18 nov. 1997, n° 95-19.415, RJDA 1998, n° 3, n° 326 ; Cass. com., 9 juin 1987, n° 82-16.703, Bull. civ. IV, n° 135, p. 103 ; Gaz. Pal. 1987, 2, pan. p. 211. Peut-on encore citer le cas dans lequel il accepte de mobiliser sous forme de bordereau Dailly des factures qui ne correspondent à aucunes créances réelles, V. Cass. com., 15 juin 1999, n° 96-12.666, RD bancaire et bourse 1999, n° 75, p. 186, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD, ou celui dans lequel il met en circulation des traites de cavalerie, V. Ch. GAVALDA, *Crédits irréguliers dits parfois « crédits noirs »*, Mélanges CABRILLAC, p. 469.

concours au détriment des autres créanciers[1157]. **En définitive, la notion de fraude au sens de la loi du 26 juillet 2005 ne doit pas s'entendre au sens que donne la jurisprudence de la fraude paulienne, pour laquelle l'intention de nuire n'est plus nécessaire**[1158].

716. Il convient enfin de distinguer la responsabilité pour faute du banquier lorsqu'il a connaissance ou aurait pu avoir connaissance de la situation de son débiteur et la responsabilité qu'il encourt pour le cas de la fraude. Ce sont deux hypothèses bien distinctes. Si la jurisprudence n'exige plus l'intention de nuire pour caractériser la fraude, mais seulement le fait de porter préjudice à son cocontractant[1159], cela ne signifie pas que la faute du banquier qui connaisse la situation désespérée de son client puisse s'apparenter en une fraude. **A cet égard, nous avançons qu'une confusion est souvent faite entre la faute du banquier et la fraude du banquier**. Nous justifierons notre propos en affirmant que la jurisprudence retient la faute du prêteur même lorsque ce dernier n'a pas eu connaissance de la situation de l'emprunteur dès lors qu'il *aurait pu* la connaître. Comme en témoigne un arrêt du 22 mars 2005[1160], « *engage sa responsabilité à l'égard d'une entreprise la banque qui (…) apporte un soutien artificiel à une entreprise dont elle* ***connaissait ou aurait dû connaître, si elle s'était informée****, la situation irrémédiablement compromise* ». Or la fraude ne peut être caractérisée ici puisqu'elle suppose, au sens de la jurisprudence[1161], que le créancier ait, au moins, conscience de causer un préjudice à son débiteur, ou à autrui. La fraude ne peut donc pas être sanctionnée lorsque le créancier aurait dû savoir mais qu'il n'a pas su.

La fraude est donc une sanction d'un comportement intentionnel alors que la faute peut résulter d'un comportement inintentionnel quand le créancier a agi avec négligence.

717. En conclusion, il apparaît que la fraude de l'article L. 650-1 est spécifique, elle se distingue de la fraude paulienne en rétablissant le critère de l'intention de nuire, et de la faute du prêteur pour soutien abusif qui retient des critères différents, car plus vastes. Cette

---

[1157] Pour une illustration, V. Cass. com., 24 janv. 1995, RJDA 1995, n° 605.

[1158] L'intérêt de l'article L. 650-1 consiste justement à revenir sur cette jurisprudence, ce qui fonde d'ailleurs le principe de l'irresponsabilité du créancier en matière d'entreprises en difficultés. La doctrine penche aussi pour retenir la conception restrictive de la fraude, dans laquelle l'intention de nuire doit exister, pour interpréter la fraude de l'article du Code de commerce. V. pour une illustration, F. MACORIG-VENIER, *Le soutien abusif*, RLDA févr. 2008, n° 24, p. 119, spécifiquement p. 122. Cette auteur reconnaît que qu' « *admettre une telle interprétation* [extensive, celle de la jurisprudence] *ruinerait la modification opérée* [poser un principe d'irresponsabilité pour encourager le créancier à prêter sans s'exposer au soutien abusif] ».

[1159] Ce cocontractant qui est le créancier dans la fraude paulienne, et l'emprunteur dans le cas de la fraude du banquier dispensateur de crédit.

[1160] Cass. com., 22 mars 2005, précité.

[1161] Cass. civ. 1ère, 14 févr. 1995, précité.

singularité de la technique retenue, d'approche contestable au regard même de la notion de fraude[1162], couplée au domaine spécifique de la loi du 26 juillet 2005, nous enjoint à penser que cet article offre une protection résiduelle de l'emprunteur qui souscrit un engagement disproportionné lorsque les conditions d'application du texte sont réunies. A cet égard, le dispensateur de crédit verra sa responsabilité recherchée quand une procédure sera ouverte et que le banquier aura frauduleusement nuit à son débiteur pour ménager ses intérêts ou se sera immiscé dans les affaires de celui-ci[1163]. Hormis ces hypothèses où l'emprunteur se voit protégé, de manière résiduelle, il semble que cette protection soit dévolue pour majeure partie au droit commun.

§ 2 - LA PERSISTANCE DES TECHNIQUES DE PROPORTIONNALITE FONDEES SUR LA RESPONSABILITE CIVILE

718. La protection du client du banquier fondée sur la sanction de l'engagement disproportionné de celui-ci repose notamment, en matière de procédures collectives, sur la fraude du banquier. Or nous avons démontré qu'une faute de ce dernier n'est pas de nature à caractériser la fraude, de sorte que, pour inciter la banque à prêter sans risquer de se voir reproché ce soutien, la fraude se résume à certaines fautes que commet le banquier quand l'intention de nuire est manifeste. En ce sens, l'article L. 650-1 est une disposition spéciale comparé à la responsabilité délictuelle de droit commun. Pour les autres cas, le droit commun paraît avoir une place importante dans la lutte contre la disproportion du crédit, que cela soit avec le maintien de la jurisprudence relative au soutien fautif[1164] (A), ou la création prétorienne de la mise en garde dont il convient d'étudier l'articulation avec la loi du 26 juillet 2005 (B).

A) La persistance techniques de protection fondées sur la responsabilité délictuelle

[1162] En effet, pour que l'art. 650-1 du Code de commerce trouve sa légitimité au sein des règles déjà existantes sanctionnant le banquier, il faut retenir une conception restreinte de la notion de fraude, qui n'est pas analogue à celle que connaît le droit commun avec la fraude paulienne.

[1163] C'est le cas lorsque le créancier acquiert la qualité de dirigeant de fait en participant activement à la gestion du débiteur et en prenant seul des décisions importantes en ses lieu et place.

[1164] Sous cette appellation se dresse le soutien abusif, d'une entreprise en situation désespérée, et le crédit ruineux, qui entraîne le débiteur *in bonis* à la perte.

719. Pour une partie minoritaire de la doctrine[1165], le principe d'irresponsabilité du prêteur pourrait ne pas se limiter aux procédures collectives. Evoquant les différents cas de soutien fautif, un auteur soutient que le banquier serait ainsi protégé dans l'hypothèse du crédit ruineux parce que, bien que n'étant pas encore en situation désespérée, le débiteur est tout de même en position difficile[1166]. Le concours consenti pourrait précipiter plus facilement ce dernier dans l'état de cessation des paiements. Ce faisant, il conviendrait de protéger le créancier pour tous les crédits alloués avant l'ouverture de la procédure. Nous ne sommes pas certains de la pertinence de cette solution. Précisément, pour retenir la responsabilité du banquier dans l'un des trois cas de l'article L. 650-1, cela conduirait le juge à apprécier la décision de consentir le crédit eu égard aux éléments qui sont postérieurs à ce choix : parmi ceux-ci c'est le cas de la situation financière de l'entreprise. Or la jurisprudence considère que cette appréciation doit se faire au regard des capacités de l'emprunteur, au moment de l'octroi du crédit[1167].

Dans un souci de sécurité juridique, il ne paraît pas souhaitable de conditionner la responsabilité du banquier à la survenance d'un événement qu'il ne peut prévoir, l'ouverture d'une procédure.

Plus fondamentalement enfin, le crédit ruineux est le crédit consenti à un emprunteur *in bonis* au moment de son octroi, de telle sorte que l'idée de soutien aux entreprises en difficulté qui innerve la réforme est ici absente. La protection du banquier ne se justifie alors pas, cette protection de l'irresponsabilité est la contrepartie de la prise de risque du prêteur, or ici le risque n'existe puisque l'emprunteur n'est pas en situation désespérée. Au contraire l'on est en présence d'une faute qui réside dans le caractère excessif des charges de l'emprunt, la sanction est alors celle visant à reprocher au banquier la légèreté de son comportement.

Nous invitons donc à penser que l'irresponsabilité de la loi du 26 juillet 2005 ne doit pas profiter au fournisseur d'un crédit ruineux.

720. Une partie importante des solutions rendues par les tribunaux avant cette réforme reste donc encore en application. Il en va ainsi pour toute la jurisprudence qui sanctionne le banquier sur le fondement de la faute délictuelle. Nous appuyons notre argument sur de très récents arrêts de la Chambre commerciale qui continue de sanctionner le

---

[1165] R. ROUTIER, *Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif. Commentaire de l'article L. 650-1 du code de commerce*, précité, n° 10 ; D. ROBINE, précité, n° 19.
[1166] D. ROBINE, *op. cit.*, n° 19.
[1167] Cass. civ. 1ère, 8 juin 1994, n° 92-16.142, Bull. civ. I, n° 206, p. 150 ; JCP éd. E 1995, II, p. 25, n° 652, obs. D. LEGEAIS ; RD bancaire et bourse 1994, p. 173, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; Cass. com., 22 mai 2001, n° 97-21.460, RJDA 2001, n° 10, n° 1017, p. 877.

banquier sur le fondement du crédit abusif. Ainsi est-ce le cas d'un arrêt du 20 janvier 2009 qui rappelle l'exigence de prouver le lien de causalité entre la faute et le préjudice[1168]. L'on pourra encore citer cet arrêt du 9 décembre 2008 sur la prescription de l'action en responsabilité pour soutien abusif[1169]. La jurisprudence récente reste prolixe en la matière[1170].

La persistance des techniques de protection du client contre l'excès de son engagement peut être encore constatée sur le terrain de la responsabilité contractuelle.

B) La persistance techniques de protection fondées sur la responsabilité contractuelle

721. Si la situation irrémédiablement compromise de l'emprunteur se résume souvent à l'hypothèse du soutien abusif, celle-ci n'est pas la seule. En effet, depuis les arrêts relatifs à la mise en garde, le client profane du client se voit en mis en garde contre le risque d'endettement que son engagement disproportionné, au regard de ses capacités financières, est de nature à provoquer[1171]. Les hypothèses de responsabilité fondée sur le droit commun sont donc vastes. Si le devoir de mise en garde ne pose en lui-même plus de difficultés puisque le contenu de cette obligation de nature contractuelle a été étudié précédemment[1172], il n'en reste pas moins que son domaine d'application peut susciter quelques interrogations lorsqu'est apprécié l'articulation de ce devoir avec les règles issues de l'article L. 650-1 du Code de commerce. La question trouve un intérêt piquant dès lors que le débiteur qui fait l'objet d'une procédure collective, professionnel par essence, n'est pas pour autant exclu de la catégorie des non-avertis[1173].

L'emprunteur peut-il alors fonder la responsabilité du banquier à la fois sur le manquement d'une obligation contractuelle d'alerte, et à la fois sur le la faute délictuelle qui résulte du soutien abusif ?

La question est alors de savoir si l'irresponsabilité de plein droit de l'article du Code de commerce doit empêcher le client du banquier de se prévaloir de l'inexécution du devoir

---

[1168] Cass. com., 20 janv. 2009, n° 07-17.556, publié au Bulletin,
[1169] Cass. com., 9 déc. 2008, n° 07-16.736.
[1170] Cass. com., 30 sept. 2008, n° 07-17.384 ; D. 2008, AJ, p. 2596, obs. A. LIENHARD ; Actu. proc. coll. 2008, n° 263, obs. C. REGNAUT-MOUTIER ; JCP éd. E 2009, 1008, n° 17, obs. Ph. PETEL.
[1171] Sur les développements de ce devoir, V. *supra* n° 490.
[1172] Pour une analyse détaillée du contenu du devoir de mise en garde, V. *supra*. n° 487.
[1173] Sur l'indépendance, relative, de la catégorie des avertis et de la qualité de professionnel de l'emprunteur, V. Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, D. 2007, act. p. 1950, note V. AVENA-ROBARDET ; D. 2007, jur., p. 2082-2084, note S. PIEDELIEVRE ; Resp. civ. et assur. 2007, étude 15, spéc. n° 8 ; JCP éd. G 2007, II, 10146, note A. GOURIO ; JCP éd. E 2007, 2105, obs. D. LEGEAIS.

de mise en garde. En effet, si l'emprunteur peut invoquer la responsabilité contractuelle du banquier, cela serait de nature à élargir la protection du client, et de réduire conséquemment le domaine de l'irresponsabilité du créancier de la loi de 2005.

722. A l'étude l'article L. 650-1 du Code de commerce, nous savons que la responsabilité du banquier peut être engagée dans les trois cas prévues par le législateur. Hors ces trois cas, il n'est pas possible de fonder la responsabilité du banquier sur un autre fondement délictuel. Mais quid d'une action fondée sur la responsabilité contractuelle ? **Le législateur n'évoque, aux termes de l'article, que la responsabilité délictuelle, ce qui inviterait à penser que l'irresponsabilité ne concerne pas les cas de responsabilité contractuelle**.

723. Il convient pour justifier notre propos d'étudier les arguments susceptibles de nous être opposés. Il pourrait être opposé qu'au regard du principe *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, il n'y a pas lieu de distinguer selon que la nature de la responsabilité du banquier. Certes, pour autant, l'article L. 650-1 ne vise-t-il pas lui-même déjà que le cas de la responsabilité délictuelle ? La finalité de l'irresponsabilité est d'éviter le recours systématique à la notion de soutien abusif lorsque l'entreprise subit un préjudice suite au concours consenti. Toute idée de responsabilité contractuelle serait alors étrangère au principe d'irresponsabilité.

724. Conséquemment, dès lors que le débiteur intente une action sur un fondement autre que celui de l'article 1382 du Code civil, le banquier ne peut lui opposer le principe de l'article L. 650-1 du Code de commerce. C'est notamment sur le terrain de l'article 1147 que le crédité peut se fonder, comme pour le cas de la mise en garde quand l'entreprise peut être considérée comme non avertie.

725. En dernier lieu, il ne paraît pas possible d'enfermer une action du débiteur dans le cas de la fraude. L'idée est que le créancier pourrait invoquer que la fraude visée par l'article est une catégorie suffisamment vaste pour englober toute action en responsabilité autre que celle relevant des deux autres exceptions. Or comme le cas de la fraude suppose de prouver l'intention frauduleuse, le *consilium fraudis*[1174], dès lors que le crédité n'apporte pas

[1174] Le *consilium fraudis* est la conscience pour le créancier d'aggraver la situation de l'emprunteur, et de frauder aux droits d'autrui.

la preuve de l'élément intentionnel de la faute, l'action ne pourrait aboutir. Ainsi même si l'action est fondée sur la responsabilité contractuelle, il faudrait démontrer en quoi la faute a été sciemment commise.

Ce raisonnement ne peut toutefois convaincre. En effet, dès lors que l'obligation contractuelle violée repose sur une obligation de résultat, il importe peu de prouver que cette violation a un caractère intentionnelle ou pas. La faute sera présumée, et le banquier sanctionné au titre de la responsabilité sans faute. L'on ne peut donc enfermer le cas de la responsabilité contractuelle dans l'hypothèse de la fraude de l'article L. 650-1. **C'est donc un cas de responsabilité autonome**.

CONCLUSION DU CHAPITRE

726. La mise en œuvre des techniques de protection contre la disproportion de l'engagement montre que l'articulation entre les mesures visant à l'équilibre contractuel et le principe d'irresponsabilité du créancier issu de l'article L. 650-1 du Code de commerce n'a fait disparaître les cas dans lesquels le client pourra engager la responsabilité de son banquier quand il lui reprochera de lui avoir fait souscrire un engagement inadapté. Le domaine d'application des techniques de proportionnalité fondée sur la responsabilité civile reste donc vaste, qu'elle soit délictuelle ou contractuelle.

CONCLUSION DU TITRE I

727. L'existence de techniques de protection du client de la banque révèle l'instauration d'un principe d'équilibre des prestations. Ce principe s'articule autour de la responsabilité du banquier, autant délictuelle comme dans le cas du soutien abusif ou de la disproportion du cautionnement de l'article 341-4, que contractuelle avec la construction prétorienne du devoir de mise en garde.

728. Le critère d'application de ces techniques de protections réside spécifiquement dans l'existence d'un risque aggravé que le banquier fait subir à son client. Qu'il s'agisse d'un mécanisme de responsabilité pour faute ou bien que la faute soit toujours présumée, comme c'est le cas pour le cas de la mise en garde qui est une obligation de résultat, le risque aggravé est polymorphe : aggravation de l'endettement, aggravation des pertes financières, cas de non couverture de l'assurance pour un adhérent, le risque aggravé a toujours pour conséquence d'exposer le client à un préjudice. Or sans la faute du banquier, ce préjudice aurait été évité : d'une part parce que le professionnel aurait informé son client sur l'existe de ce risque, et d'autre part parce ce dernier aurait pris la décision de ne pas contracter, ce que l'on peut analyser comme une perte de chance d'éviter le préjudice.

729. Pour autant, le banquier n'est pas débiteur à l'égard de son client d'une obligation de résultat : il n'a pas à lui faire éviter coute que coute la survenance de ce préjudice. Tout au plus doit-il le mettre en situation de pouvoir l'éviter lui-même : il n'est pas question ici de conseil. Ainsi, lorsque le client a ou prend conscience du risque aggravé de préjudice qu'il prend, soit que le banquier l'a averti, soit qu'il est jugé averti, il ne peut se retourne contre sa banque sur un fondement contractuel. Pas plus qu'il ne le peut sur le fondement délictuel lorsqu'il n'est pas en mesure de prouver l'existence de la disproportion ou que le banquier apporte la preuve que lui-même ne savait pas que ce client prenait un risque du fait de sa situation personnelle. C'est notamment le cas en matière de soutien abusif.

730. La notion de risque aggravé doit enfin être entendue comme le risque de survenance d'un préjudice pour le client qui excède le risque légitimement attendu, avec une prudence moyenne, au terme de la réalisation d'une opération contractuelle. Les techniques de protection du client fondées sur l'équilibre des prestations contractuelles doivent maintenant être appréciées.

TITRE II

LA PORTEE DE LA PROTECTION PAR L'EQUILIBRE CONTRACTUEL

731. L'étude des techniques de protection visant à lutter contre la disproportion contractuelle a montré que la sanction de l'excès contenait en son sein les règles qui visent à assurer la protection du client, que ce soit sur un fondement délictuel ou contractuel.

La protection par le biais de la responsabilité contractuelle, qui s'illustre notamment par le devoir de conseil et d'information du banquier, semble donc lier la protection du consentement à l'exigence de proportionnalité. Il s'agit alors de techniques bien différentes à celles mettant en œuvre la responsabilité délictuelle du client. C'est par exemple le cas de la sanction du soutien abusif qui est une sanction objective en ce qu'elle ne tient pas compte de la personne du client : *l'engagement est disproportionné et le banquier n'aurait pas du accepter un tel engagement.*

Pourtant, nous sommes amené à penser, au regard du droit positif, que l'état de connaissance du client n'est pas sans influence sur la mise en œuvre de la responsabilité du banquier. Ainsi nous avions mentionné qu'aux termes de la jurisprudence Méneteau/Nahoum, le crédité et la caution ne pouvaient invoquer une faute dès lors qu'il était avéré qu'ils en savaient autant que le banquier sur leur propre situation. C'est en quelque sorte une application de l'adage « *Nemo auditur…* ». C'est selon nous un principe de référence du droit jurisprudentiel de la responsabilité bancaire en matière de disproportion.

Cependant, les dispositions légales retenant la technique de protection fondée sur l'équilibre contractuelle ne procèdent pas de la même logique, et évincent toute référence à l'état de connaissance par le débiteur du déséquilibre de son engagement contractuel. Précisément, l'on peut ainsi lire à l'article L. 341-4 du Code de la consommation que « *un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation* ». *Quid* si la caution sait que l'engagement qui lui est demandé est excessif, si bien qu'elle sait ne pas pouvoir honorer celui-ci ? Le banquier ne pourra s'en prévaloir, sans que la caution n'ait à redouter quoi que ce soit. Cette situation est contestable.

L'intention d'accepter en connaissance de cause doit légitimement faire supporter les risques sur le débiteur, non sur le créancier.

732. Nous démontrerons alors que les techniques légales de protection fondées sur la disproportion de l'engagement ont un champ d'application excessif : si le législateur, pour protéger le client, ne se fonde pas sur l'état de connaissance de l'excès par ce dernier, il retient pour délimiter le champ d'application de la protection des critères *ratione personae* que nous jugeons peu pertinents : les critères du « professionnel » et du « non professionnel ». Il eut été plus judicieux de retenir d'autres éléments, que nous présenterons, fondés sur l'état réel de connaissance du client (**Chapitre I**). A cet égard, les techniques légales de protection pourraient se rapprocher des techniques de protection issues de la jurisprudence fondées sur la responsabilité contractuelle.

Poursuivant ce raisonnement, nous affirmons que pour permettre de limiter la protection contre l'excès aux seuls clients ignorant réellement le déséquilibre, encore faut-il mettre ce dernier en mesure de comprendre la portée de son engagement. L'aléa doit pouvoir être apprécié dans toute son étendue par le cocontractant du banquier. C'est ainsi que l'on peut relever que se développe au sein de la matière bancaire des impératifs de transparence, et de cohérence, lesquels influencent le droit de la responsabilité bancaire (**Chapitre II**).

CHAPITRE I

LA REMISE EN CAUSE DES CRITERES LEGAUX DE PROTECTION CONTRE LA DISPROPORTION

733. Eu égard au principe selon lequel l'on ne peut invoquer sa propre turpitude, la jurisprudence en donne un exemple patent avec la prise en compte de l'état de connaissance du client, quand elle fait usage du devoir de mise en garde. Il en va différemment des techniques légales de protection contre la disproportion. Nous affirmons qu'elles retiennent des critères d'application qui sont contestables. Précisément, par leur caractère trop général, est protégé celui qui a conscience que son engagement est excessif : il ne devrait pourtant pas se prévaloir d'une faute du banquier qu'il aurait pu éviter en refusant de contracter (**Section I**). Afin d'éviter cette protection injustifiée du client, la limitation du champ d'application des techniques légales de protection peut s'opérer eu égard à l'état de connaissance du risque par le banquier (**Section II**).

SECTION I

LE CARACTERE CONTESTABLE DES CRITERES LEGAUX DE PROTECTION

734. Nous démontrerons en quoi les critères que retient le législateur pour protéger le client contre l'excès sont contestables (A). Il convient d'en expliquer la cause (B).

A) Les manifestations de la non-pertinence des critères retenus par le législateur

735. Dans l'optique de rechercher des critères pratiques auxquels conditionner la protection du client de la banque, le législateur a pu calquer ces critères sur ceux qui existaient déjà en matière consumériste. Ainsi est-ce le cas de la dichotomie « professionnel » et « non-professionnel » que l'on peut retrouver dans les règles relatives au crédit à la consommation. Ces qualifications sont ainsi retenues par le législateur aux termes de l'article L. 111-1 du Code de la consommation qui dispose que « *tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service* ». La généralité de cet article est suffisante à y intégrer la relation en la banque et leur clientèle, celle-ci réalisant pour leur compte des opérations relevant de la prestation de services : ainsi en va-t-il du dépôt d'argent, du mandat de payer un créancier, etc.

736. Pourtant les qualifications « professionnel » et « non-professionnel » paraissent brouillée tant les parties interviennent sous diverses dénomination, ce que ne manque pas de confirmer la lecture des dispositions relatives aux opérations de banque : emprunteur[1175], client[1176], consommateur[1177], investisseur, déposant[1178], etc.

Cette confusion se renforce lorsqu'au sein d'un même article du Code monétaire et financier il est mentionné le terme de « client » ou de « clientèle », et vise ensuite « *les*

[1175] V. par exemple l'art. L. 311-1 du Code de la consommation.
[1176] Citons par exemple l'art. L. 311-1 du Code monétaire et financier qui évoque la clientèle concernant les opérations de banque ou l'art. L. 312-1-1 relatif au compte de dépôt.
[1177] Qui est visé sous le vocable plus large de « non-professionnel » par l'art. L. 132-1 du Code de la consommation.
[1178] V. Art. L. 312-4 du Code monétaire et financier.

personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels »[1179]. Ce qui rappelle la définition du consommateur que retient la Cour de Justice des Communautés Européennes[1180], laquelle rentre aussi dans la définition plus large que donne le droit français du consommateur[1181]. A cet égard, la même personne peut se voir nommée différemment, ce qui fait que cette coexistence de critères hétéroclites n'incite pas la cohérence.

737. Au surplus, il apparaît que ces critères sont impropres à qualifier l'opération spécifique pour laquelle chaque terme est utilisé, puisque ceux-ci se confondent quelque soit les opérations. En effet, prenant l'illustration du crédit à la consommation, le cocontractant est à la fois emprunteur, client du banquier, consommateur et personne physique, si bien qu'il semble impossible de rattacher une de ces qualifications à l'opération en cause et aux règles attenantes. Il suffit de tirer exemple des dispositions du Code de la consommation relatives au crédit à la consommation : applique-t-on alors des règles protectrices consuméristes ou des règles de pur droit bancaire ? L'étiquette collée au client, tantôt emprunteur, tantôt consommateur n'y répond pas. Le bon sens commanderait de répondre qu'il s'agit des deux[1182].

738. Pourtant, la logique qui procède à l'activité bancaire est différente de celle qui préside au droit de la consommation : si ce dernier considère que « *le professionnel sait tout et peut tout, le consommateur ne sait rien et ne peut rien* »[1183], le droit bancaire est avant tout un droit de l'activité[1184] qui tire son unité du fait qu'il concerne « *un certain milieu social centré autour d'une technique ou d'une activité professionnelle* »[1185]. C'est selon cette même logique que le Code de commerce répute comme acte de commerce « toutes les opérations de banques publiques » aux termes de l'article L. 110-1. Pourtant, cela n'empêche pas le législateur de définir le champ d'application d'une activité en retenant des critères fondés non sur la nature

---

[1179] V. Art. L. 312-1-3 dans sa rédaction après les lois n° 2001-1168 du 11 déc. 2001 et n° 2008-3 du 3 janv. 2008.
[1180] CJCE 22 nov. 2001, aff. C-541/99 ; JCP éd. G 2002, II, 10047, note G. PAISANT ; D. 2002, AJ, p. 90, note C. RONDEY ; D. 2002, somm. p. 2929, obs. J.-L. PIZZIO ; Contrats conc. consom. 2002, n° 18, note G. RAYMOND ; LPA 22 mai 2002, note C. NOURISSAT ; RTD civ. 2002, p. 291, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RTD civ. 2002, p. 397, obs. J. RAYNARD ; RTD com. 2002, p. 404, obs. M. LUBY.
[1181] Pour une illustration de cette définition en jurisprudence, V. Cass. civ. 1ère, 15 déc. 1998 ; D. 2000, somm. p. 40, obs. J.-L. PIZZIO ; Contrats conc. consom. 1999, n° 80, obs. G. RAYMOND.
[1182] V. ainsi l'argument avisé et implacable du professeur CAUSSE qui répond que le client est tout à la fois emprunteur et consommateur, V. H. CAUSSE, *Droit de la consommation et droit bancaire : l'embrouille*, Agéfi 22 nov. 2003, p. 2.
[1183] H. CAUSSE, *op. cit.*, p. 2.
[1184] T. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 7 éd., 2007, n° 5, p. 7.
[1185] G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, t. 1 : introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 2ème éd. 1972, n° 44.

de l'activité, mais sur la qualité des personnes. C'est ainsi que le législateur évoque le client dans des dispositions sur la convention de compte : le caractère exhaustif des informations que doit comporter la convention[1186] donnent tout à penser qu'il s'agit là d'une application de l'article L. 111-1 du Code de la consommation.

739. Pareil mélange est opéré à l'article L. 312-1-2 I qui dispose qu' « *est interdite la vente ou offre de vente de produits ou de prestations de services groupés sauf lorsque les produits ou prestations de services inclus dans l'offre groupée peuvent être achetés individuellement ou lorsqu'ils sont indissociables* ». Cette disposition s'apparente à la prohibition des ventes ou des prestations « à la boule de neige » de l'article L. 122-6 du Code de la consommation.

La jurisprudence n'aide guère à la clarification et le recours au mélange des notions est courant : en témoigne cet arrêt de la Première Chambre civile 18 février 1997 qui emploie indifféremment les termes « emprunteur » et « consommateur » dans un litige relatif à l'application de la législation des clauses abusives au profit de l'emprunteur professionnel[1187].

Continuellement, la jurisprudence souligne cette confusion, sans l'épaissir, en rappelant des dispositions légales qui visent le consommateur : ainsi un arrêt du 5 février 2009[1188] illustre clairement cette tendance en matière de prêt à la consommation. Est ainsi évoqué dans le même arrêt tantôt l'emprunteur, tantôt le client, tantôt le consommateur, voire même le débiteur, pour évoquer la même personne.

Qui est-il au premier chef ? Un de ceux-ci ? Tous à la fois ? Chaque législation a sa terminologie propre qui renvoie à des schémas qui lui sont propres : la relation entre le banquier et son client n'est pas celle qui existe entre n'importe quel professionnel et consommateur.

740. L'application de dispositions à caractère consumériste, formaliste et pointilleuse par essence, a un coût pour le banquier en termes de procédures, de coût du contentieux, de formalisme et de formation pour l'information du client. Rien ne semble justifier une telle mise en œuvre de moyens alors que tous les clients n'ont bénéficieront pas utilement : il en est que le formalisme irrite, d'autres qui connaissent déjà ce que l'on va leur transmettre par écrit.

[1186] V. arrêté du 8 mars 2005, en son art. 1er.
[1187] Cass. civ. 1ère, 18 févr. 1997, n° 95-12.962 ; JCP éd. E 1998, n° 319, obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET.
[1188] Cass. civ. 1ère, 5 févr. 2009, n° 06-16.349.

741. La remise en cause des critères de détermination des parties en cas de disproportion de l'engagement -. La notion d'emprunteur n'est, à cet égard, pas une notion uniforme, encore moins descriptive : elle ne renseigne en rien sur l'aptitude du client à concevoir la pleine portée de son engagement.

En ce sens, c'est une notion neutre qui ne renseigne que sur la fonction que remplit ce client dans la relation. Alors que la notion de « client » conduit à étudier la relation sous un angle commercial, la notion d' « emprunteur » serait au contraire un « critère macroéconomique ». Il décrit la fonction que détient ce client dans l'échange économique avec le banquier. Les deux notions ne sont donc pas permutables.

Quant au « consommateur », il convient de distinguer. Le Code de la consommation envisage le consommateur chaque aux termes de règles protectrices qui insistent souvent sur les obligations d'informations dont il est créancier. Cela laisse à penser que le consommateur ignore toujours l'information à transmettre[1189]. Pourtant la définition que donne le langage courant a un tout autre sens. Ainsi le Littré nous précise que le consommateur est « *celui qui achète pour son usage, dit par opposition à producteur* » [1190], ce qui le définit sur un critère finaliste, satisfactoire. **L'on aurait alors tort de dégager de cette qualification de consommateur une quelconque information concernant le niveau de connaissance de ce client**. Cela n'autorise alors pas à pouvoir conditionner une protection sur le fondement d'une ignorance présumée.

742. Paradoxalement pourtant la jurisprudence remet ce postulat en cause quand elle fait bénéficier le professionnel des dispositions relations au consommateur. Ainsi, par un arrêt du 24 janvier 1995[1191], la Première Chambre civile de la Cour de cassation a permis au professionnel de bénéficier de la législation sur les clauses abusives réservées aux non-professionnels[1192] dès lors que le contrat qu'il a conclu a un rapport direct avec son activité professionnelle. La Haute juridiction admet donc que le cocontractant professionnel puisse souscrire un engagement dont les obligations sont disproportionnées au regard des droits conférés, de la même manière qu'un consommateur. **Il convient alors de reconnaître en définitive qu'au regard de l'autonomie de la volonté, le professionnel n'est pas plus**

[1189] Relevant ce postulat, erroné et dogmatique, V. H. CAUSSE, précité, qui résume parfaitement l'esprit du législateur consumériste, « *le professionnel sait tout et peut tout…* ».
[1190] *Dictionnaire de la langue française*, 1863, Hachette, réactualisé.
[1191] Cass. civ. 1ère, 24 janv. 1995, Bull. civ. I, n° 54 ; D. 1995, p. 327, note G. PAISANT ; D. 1995, somm. p. 229, obs. Ph. DELEBECQUE ; D. 1995, somm. p. 310, obs. J.-P. PIZZIO ; JCP éd. G 1995, I, 3893, n° 28, obs. G. VINEY ; Contrats conc. consom. 1995, n° 84, note L. LEVENEUR.
[1192] V. la rédaction de l'art. L. 132-1 du Code de la consommation qui prévoit que le domaine d'application est limité aux « contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs ».

rationnel dans ses choix que le consommateur. La distinction entre ces deux critères perd d'autant en pertinence. Pourtant la loi témoigne encore de cas dans lesquels la protection est conditionnée à un élément peu pertinent. Soit que la protection est conditionnée par la destination contractuelle, soit qu'il découle de la qualité de la personne indépendamment de l'utilité de la protection.

743. Ainsi, pour les personnes physiques garantissant un prêt immobilier ou un prêt à la consommation par le biais du cautionnement, l'article L. 313-10 du Code de la consommation pose le principe de la proportionnalité de l'engagement de la caution[1193]. La loi conditionne la protection au regard de la destination professionnelle ou non-professionnelle de l'engagement de la caution : c'est réintroduire le dualisme professionnel-consommateur.

744. Pareillement, à l'article 11 de la loi n° 2003-721 du 1er août 2003, transposée à l'article L. 341-4 du Code de la consommation, le législateur est revenu sur la jurisprudence qui excluait de la protection contre le caractère disproportionné de son engagement, la caution dirigeant. Alors que la jurisprudence se fondait sur une appréciation *in concreto* de la connaissance par la caution du risque d'endettement[1194], la loi retient un critère apprécié *in abstracto* : pour le législateur, il est pertinent que toute personne physique puisse invoquer l'excès de son engagement. Et quid alors de l'adage « *Nemo auditur…* » quand le dirigeant prend ce risque consciemment.

Paradoxalement, cette position est aussi un désaveu du dualisme entre professionnel et non professionnel que retient le législateur au sein du Code de la consommation[1195]. Le dirigeant caution est un professionnel. Pourtant il n'est pas exclu du mécanisme de protection contre l'excès. Au vrai, il ne semble pas que le dirigeant de société risque moins que la caution d'un emprunteur à la consommation. Si les revenus du dirigeant sont souvent à la mesure à la réussite de son entreprise, il n'en reste pas moins que les concours consentis à celle-ci sont souvent au moins aussi important que le patrimoine de ce dirigeant, sinon plus. Le risque d'endettement n'est donc pas moins important que pour le non-professionnel. C'est

[1193] V. *supra.* n° 568.
[1194] Cass. com., 8 oct. 2002, Bull. civ. IV, n° 136 ; RD immo. 2003, p. 84, obs. J.-M. BERLY ; RD immo. 2003, p. 164, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN ; D. 2003, p. 414, obs. C. KOERING ; RTD civ. 2003, p. 125, obs. P. CROCQ ; RTD com. 2003, p. 151, obs. D. LEGEAIS ; JCP éd. G 2003, II, 10017, note Y. PICOD ; RD bancaire et fin. 2002, n° 231, obs. D. LEGEAIS ; Banque et Droit janv.-févr. 2003, n° 52, obs. F. JACOB ; Bull. Joly 2003, p. 133, note M. DEVEZE ; Contrats conc. consom. 2003, n° 20, obs. L. LEVENEUR ; RJ com. 2003, p. 267, note D. POHE ; RJDA 2003, n° 439.
[1195] L'on pensera ainsi à la législation sur les clauses abusives.

donc reconnaître que le professionnel peut être placé dans la même situation que le non professionnel.

745. Il apparaît dorénavant que le recours aux critères traditionnels, emprunteur, client, consommateur, que retient pourtant le législateur pour conditionner les règles protectrices, est peu pertinent quand il s'agit d'apprécier la pertinence de ces critères : ces qualifications ne présument pas que la protection soit justifiée. Si la loi fait le constat de la situation défavorable dans laquelle peut se trouver le client du banquier, elle admet que la cause peut résider dans l'ignorance du client[1196], et instaure des mécanismes de protection du client via l'information sur le risque. Il est regrettable de constater que les critères retenus pour déterminer le champ d'application de ces dispositions ne soient en corrélation avec l'état d'ignorance réelle de client. **Si l'on appliquerait le critère de l'obligation d'information dégagé par le Professeur M. FABRE-MAGNAN[1197], l'on serait alors conduit à limiter la protection du législateur aux seuls clients qui ne connaissent pas la teneur de l'élément pour lequel la loi prévoit une technique de protection du client**. Comme nous l'avions mentionné, la notion de « consommateur », de « client », d' « emprunteur » ou d' « investisseur » est impropre à opérer cette limitation, ce qui nous amène à en expliquer la cause.

B) L'origine de la non-pertinence des critères de protection retenus

746. L'argument que nous souhaitons développer repose sur cette idée : l'on ne peut appliquer à des situations de fait des règles qui relève d'un autre domaine. C'est ici de technique législative dont il est question. Ainsi, si la loi reconnaît que le client du banquier souffre d'un manque d'informations qui l'empêche de pouvoir s'engager en connaissance de cause[1198], alors l'information qui est distillée au profit du client par le banquier ne doit cibler que le client ignorant. La critique que nous nous autorisons à formuler tient alors aux critères que retient la loi pour déterminer le champ d'application de la règle. Ainsi en va-t-il des critères de « consommateur » et de « professionnel » : le législateur dégage de la place occupée par le cocontractant dans le processus économique de production une présomption

[1196] Nous en trouvons exemples avec les règles de l'article L. 313-10 de la consommation sanctionnant la disproportion du cautionnement lorsque la caution n'a pas pleinement conscience que son engagement est excessif, de même que les dispositions du Titre 1er du Livre III du même Code sur le crédit, ou encore les règles relatives à la convention de compte de l'article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier.
[1197] V. *supra*. n° 358.
[1198] La finalité recherchée est donc l'effectivité de l'autonomie de la volonté.

d'ignorance ou de connaissance d'informations utiles pour apprécier la portée de son engagement. ***Pourtant ce critère n'a pas vocation à distinguer selon que la transmission de l'information est utile, quand le client l'ignore, ou inutile, quand il en a déjà connaissance***.

A l'inverse, la Cour de cassation fait preuve de pragmatisme au sujet des conditions dans lesquelles elle retient la responsabilité du banquier. Ainsi, elle a pu assimiler, par le recours à la notion de rapport direct, le professionnel au consommateur quand il s'avérait que celui-ci était dans le même état d'ignorance que lui[1199]. De la même manière, elle a pu considérer que le fait d'être professionnel n'impliquait pas d'être un client averti[1200] : c'est reconnaître que ce professionnel peut être, tout comme un non professionnel, ignorant.

747. Par conséquent, et *a contrario*, le non professionnel ne représente pas une catégorie homogène. En matière d'information, certains détiennent déjà ce que le banquier devra leur transmettre quand pour d'autres, cette information sera utile.

La non-pertinence des critères retenus par le législateur résulte donc de l'incapacité pour ces critères à distinguer entre ceux qui ont un besoin de protection et ceux qui peuvent s'en passer sans pour autant nuire à leur capacité à faire des choix contractuels rationnels[1201].

Prenant exemple de la responsabilité contractuelle du banquier sanctionnant l'excès de l'engagement, nous présenterons des critères d'applications pertinents qui excluent de toute protection contre le déséquilibre contractuel celui contracte en connaissance de cause.

[1199] Cass. Civ. 1ère, 24 janv. 1995, précité.
[1200] Cass. mixte, 29 juin 2007, précité.
[1201] Nous entendons ici « rationnel » au sens de « savoir tirer partie » ou « être juge de ses intérêts ». La raison conduit en effet à choisir le contrat qui procurera plus d'avantages que d'inconvénients, quand bien même l'avantage peut être non-économique. Ainsi en sera-t-il de la caution qui trouve un avantage à garantir les dettes du débiteur au nom de l'*intuitu personae*. La contrepartie n'est donc pas que matérielle ou financière. Il faut alors entendre cette notion d' « avantage » sous le prisme de l'utilitarisme : ce qui est utile ou souhaité par le cocontractant, même si cela constitue pour lui une charge. A cet égard, l'*animus donandi* procède de la même finalité.

SECTION II

LA NECESSITE DE RECHERCHER DES CRITERES PERTINENTS DE PROTECTION

748. Le mélange du Droit de l'activité bancaire avec le Droit de la consommation[1202] résulte de critères d'application du second droit qui se révèlent peu pertinents. La jurisprudence a montré la voie en découvrant un critère pertinent que l'on pourrait retenir pour l'application des règles du droit de la consommation (§ 1), même si ce critère n'est pas exempt de critiques (§ 2).

§ 1 - L'EMERGENCE DU CRITERE PERTINENT DE LA CONNAISSANCE DU RISQUE PAR LE CLIENT

749. L'arrêt Buon[1203] a contribué à l'émergence d'un critère encore naissant qui, selon nous, est pertinent relativement au champ d'application de règles protectrices de l'intérêt du client du banquier. L'attendu que nous rappelons[1204], met en avant le critère de la connaissance du cocontractant de la banque pour conditionner l'exigence d'une obligation d'information : ainsi le banquier informe le client sur risques d'une opération uniquement pour le cas où celui-ci les ignore. Nous avions montré que ce critère se recoupait avec le critère de l'ignorance légitime de l'information à transmettre du professeur FABRE-MAGNAN[1205]. Ce critère transcende le domaine dans lequel il est mis en œuvre[1206] et la qualité de la partie[1207] puisqu'il est lié à la capacité du client à apprécier la pleine portée de ses engagements. Il n'est donc pas cantonné au seul devoir de mise en garde qui n'est qu'une

---

[1202] Ce droit n'est cependant pas le droit du consommateur, puisque si son intitulé conduit à penser qu'il s'agit du droit applicable à l'activité de celui qui est en bout de chaîne économique, le consommateur final de biens ou de services, l'étude des règles qui le composent démontrent qu'il est plutôt le droit de l'« ignorant », c'est-à-dire de celui qui ne sait pas.

[1203] Cass. com., 5 nov. 1991, Buon c/ Sté coopérative e Banque Populaire de Bretagne, JCP éd. E 1992, pan. 84, obs. C. GAVALDA ; JCP éd. E 1992, I, 158, n° 40, obs. C. GAVALDA et J. STOUFFLET ; Bull. Joly Bourse 1993, § 56, p. 292, note F. PELTIER.

[1204] « *Quelles que soient les relations contractuelles entre un client et sa banque, celle-ci a le devoir de l'informer, à l'origine des relations contractuelles, des risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme, hors le cas où il en a la connaissance* ».

[1205] V. *supra.* n° 358.

[1206] Ainsi, la mise en garde, qui est une information sur les risques, vaut pour l'emprunt, l'investissement, le cautionnement…sans compter les autres domaines extra-bancaires dans lesquels il est reconnu, V. *supra.* n° 597.

[1207] Il peut bénéficier au professionnel, V. Cass. Mixte, 29 juin 2007, précité, ou au contraire être exclu pour un non-professionnel du moment qu'il est averti, V. Cass. com., 3 mai 2006, n° 02-11.211 pour l'emprunteur non-professionnel assisté de son conjoint au fait des contrats de prêt.

illustration de la mise en œuvre de ce critère. ***Ce critère, c'est celui de la connaissance de l'information sur le risque de disproportion par le client***[1208].

750. L'émergence d'un critère pertinent lié à la capacité du client d'apprécier les risques liés à l'opération -. L'émergence de ce critère permet enfin de rompre avec la généralité de la protection informative appréciée *in abstracto* que nous avons présentée[1209]. Ce caractère abstrait réside dans la protection à raison de la qualité de la partie, au sens « fonctionnel »[1210], c'est-à-dire au regard du rôle de celle-ci dans le contrat. Il n'est alors pas tenu de l'état de connaissance réel de la partie, ni du fait qu'elle ignore ou connaît l'élément sur lequel porte la protection. C'est ainsi que la loi sanctionne l'excès quand le client en avait une parfaite connaissance, ou qu'elle impose encore au banquier de transmettre une information déjà détenue par son cocontractant.

Toutefois l'on peut introduire l'idée qu'il existerait dans l'exécution des obligations du banquier une idée d'*efficience* qui résulte de la nature de l'activité en cause : l'activité bancaire est une activité commerciale[1211]. **Tout comme la pratique des affaires demande célérité, celle-ci devrait s'exprimer par le fait de ne pas exécuter des obligations dont le bénéfice pour le créancier est nul**.

Ainsi, la transmission d'une information à un coût pour la banque et le coût de transmission d'une information déjà connue est source de frais inutiles. La technique législative doit donc user d'efficience.

751. Il doit enfin être réalisé un équilibre entre les intérêts du client et ceux du banquier qui ne doit pas être astreint à devoir des informations qui ne n'ont pas de raison d'être dues. La protection peut être ainsi limités *ratione personae* mais élargie *ratione materiae*. C'est de cette manière que la Haute juridiction considère que l'alerte donnée sur le risque porte aussi bien sur les charges nées d'un prêt[1212], ou encore sur les capacités financières de l'emprunteur et des risques de l'endettement né de l'octroi de ce prêt[1213], les

[1208] Ce qu'on appelle aussi « averti » quand l'information porte sur les risques, autrement dit quand il s'agit de la mise en garde.
[1209] V. *supra.* n° 505.
[1210] Emprunteur, caution, investisseur…c'est-à-dire le rôle qu'endosse le cocontractant dans la relation contractuelle.
[1211] V. L. 110-1 du Code de commerce.
[1212] Cass. com., 20 juin 2006, Bull. civ. IV, n° 145.
[1213] Cass. mixte, 29 juin 2007, précité.

deux dernières étant d'ailleurs cumulatives[1214]. La mise en garde porte en définitive, et plus largement, sur tout risque pour le client[1215] : elle peut alors être la matrice qui fonde les dispositions protectrices de nature informative sur les risques de disproportion de l'engagement du client.

752. La pertinence de retenir un tel critère au sein des dispositions légales -. Il devient alors parfaitement possible d'envisager d'insérer le critère de connaissance de l'information par la partie, le critère de l'averti, dans les dispositions législatives qui protègent le client du banquier, sans pour autant nuire à l'effectivité de sa protection. Nous prendrons exemple de cette possibilité avec l'article L. 313-10 du Code de la consommation qui vise à empêcher, par la sanction de l'inefficacité[1216], que la caution personne physique ne souscrive un engagement disproportionné au regard de ses facultés lorsqu'elle garantit les dettes nées d'un prêt à la consommation ou d'un prêt immobilier. Pareillement l'article L. 341-4 du même code étend cette protection à toutes les cautions personnes physiques, quel que soit l'objet pour lequel le prêt est consenti. Ces dispositions retiennent toute notre attention : la technique du législateur s'emploie à la lutte contre la disproportion de l'engagement du garant mais diffère radicalement de la technique prétorienne relative à la disproportion en matière de crédit. Alors que les sanctions sont différentes, c'est surtout la mise en œuvre du dispositif protecteur qui diverge : si la loi conditionne l'application des articles précités aux qualités des parties, une personne physique contractant avec un professionnel, la Cour de cassation retient les critères de l'averti et du non-averti pour sanctionner le banquier qui n'a pas informé son client du caractère excessif du concours demandé par ce dernier.

753. Déjà, et relativement au choix du critère d'application, ces dispositions législatives ont fait l'objet de commentaires détaillés[1217], et ont été le théâtre de débat relatif à la pertinence du choix du critère de la « personne physique » : le professeur AYNES écrivit ainsi que « *si l'on croit protéger la personne physique, il faut le faire pour cette seule raison*

[1214] Cass. civ. 1ère, 18 sept. 2008, D. 2008, p. 2343 ; RTD com. 2008 p. 830 ; JCP éd. G 2008, actu. 586, obs. L. DUMOULIN.

[1215] Cass. Ass. plén.,2 mars 2007, n° 06-15.267, Bull AP, n° 4 ; D. 2007, p. 863, obs. V. AVENA-ROBARDET et p. 985, note S. PIEDELIEVRE ; JCP éd. G 2007, IV, 1716, note A. GOURIO ; JCP éd. G 2007,II, 10098, note A. GOURIO ; JCP éd. G 2007, I, 158, note P. SIMLER et Ph. DELEBECQUE ; JCP éd. E 2007, p. 1375, note D. LEGEAIS ; Gaz. Pal. 7 et 8 mars 2007, n° 66 et 67, p. 20 ; Lexbase hebdo éd. priv. gén. 19 avril 2007, n° 6716BAY, note R. ROUTIER.

[1216] Cette sanction ne vaut plus si, au moment de l'appel en garantie, le patrimoine du garant permet de faire face à l'engagement.

[1217] V. notamment parmi les études les plus récentes de ce texte ancien, D. BAKOUCHE, *La proportionnalité dans le cautionnement à l'épreuve de la loi et de la jurisprudence*, Contrats conc. consom. avr. 2004, n° 5, p. 7.

qu'elle est une personne physique, et abandonner toute référence à l'ancien clivage consommateur/professionnel[1218] ». Si l'on ne désire protéger que le cocontractant qui ignore légitimement l'information, alors il faut le faire avec le seul critère pertinent du « client averti » et réduire le critère de la personne physique qui nous semble imprécis.

754. L'intérêt d'uniformiser la protection du client du banquier quelque soit la qualité de la partie -. Enfin, et au surplus, les techniques de protection contre la disproportion ne sont pas homogènes. *Ainsi l'emprunteur averti peut souscrire un engagement disproportionné alors que son garant, aux termes de l'article L. 313-10 du Code de la consommation, sera toujours protégé contre l'excès, même pour le cas où il est averti.* L'on voit mal pourquoi il existerait une différence de traitement entre l'emprunteur et sa caution quand l'emprunteur averti peut souscrire un engagement excessif alors que le garant est protégé même pour le cas où il a une parfaitement connaissance des mécanismes du crédit. ***Nous jugeons cette différence de traitement injustifiée, d'autant plus que les risques de surendettement sont identiques pour tout deux***.

Nous invitons donc le législateur à calquer la protection des articles L. 313-10 et L. 341-4 du Code de la consommation sur le régime de la mise en garde instaurée par la jurisprudence, comme c'est le cas lorsque la caution ne peut se prévaloir de ces deux articles[1219]. Selon nous, l'existence de ces textes ne se justifie peut-être plus : quand bien même ils seraient abrogés, la caution resterait protégée par le devoir de mise en garde[1220], d'autant que les personnes physiques qui invoquent ces dispositions sembleraient être davantage des profanes que des avertis[1221].

[1218] L. AYNES, *La réforme du cautionnement par la loi Dutreil*, Dr. et patr. nov. 2003, p. 28, spécifiquement p. 30.

[1219] Cass. com., 3 mai 2006, n° 02-11.121, Bull. civ. IV, n° 101 et 102 ; D. 2006, p. 1445, note X. DELPECH ; D. 2006, n° 23, p. 1618 et s., note J. FRANCOIS ; JCP éd. E 2006, 1890, note D. LEGEAIS ; Gaz. Pal. 28 juin 2006, p. 5, note S. PIEDELIEVRE ; Contrats conc. consom. juill. 2006, p. 37, n° 108, note G. RAYMOND ; RD immo 2006, p. 294, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN ; D. 2007, p. 753, obs. D.-R. MARTIN ; RLDC juill.-août 2006, p. 36, note G. MARRAUD DES GROTTES ; RD bancaire et fin. juill.-août 2006, n° 128, p. 12, note F.-J. CREDOT et H. SAMIN ; RGDA 2006, p. 737, note J. KULLMAN ; D. CHEMIN-BOMBEN, *Devoir de mise en garde du banquier : un arrêt ça va trois…bonjour les débats !*, RLDA sept. 2006, p. 34.
Cass. com., 20 juin 2006, Bull. civ. IV, n° 145.

[1220] L'article L. 341-4 du Code de la consommation n'est qu'une disposition de circonstance, puisqu'elle était destinée à pallier la rigueur de la jurisprudence après l'arrêt Nahoum. Maintenant que la position de la Haute juridiction est plus clémente envers les cautions non-averties, l'article ne paraît plus s'imposer. Au-delà cette remarque, c'est surtout la technique législative qui est à reconsidérer lorsque le législateur se prête à un jeu du « chat et de la souris » avec la jurisprudence de la Cour de cassation. C'est d'ailleurs cette situation qui aboutit à l'empilement de règles redondantes qui se chevauchent que l'on peut parfois constater, voire regretter.

[1221] Le dirigeant caution a peut-être à y perdre, mais nous pensons qu'en tant sa qualité de dirigeant, il est à même de connaître sans peine la portée de son engagement.

755. Il est toutefois permis de s'interroger sur la pertinence des sanctions que prévoit le législateur. Si le juge décide de généraliser le critère de l'« averti » sur le terrain de l'application des articles précités, l'on peut légitimement se demander si l'inefficacité que la loi retient à l'encontre du banquier reste la sanction la plus adéquate. La connaissance qu'a la caution de l'excessivité de son engagement s'apprécie au moment de la conclusion de l'acte. Or l'inefficacité de cet engagement a un caractère permanent, qui peut s'estomper quand le patrimoine de la caution devient suffisant pour y faire face. Si l'on transpose totalement le mécanisme prétorien au cas du cautionnement, et que l'on impose au banquier d'informer le client sur la disproportion de sa prestation, alors il paraitrait bien sévère à son égard de conserver la sanction de l'inefficacité de la garantie : cela reviendrait à le sanctionner deux fois, une fois en application de la violation d'une obligation contractuelle sous le visa de l'article 1147 du Code civil, et une seconde fois en l'empêchant de se prévaloir de l'engagement du garant. Peut-on alors seulement exiger une information sur l'existence du risque et abandonner la sanction de l'inefficacité ? *A priori*, Rien n'empêcherait cette solution : la caution est mise en garde au moment de souscrire la garantie si la prestation est excessive au regard de ses capacités financières, et même dans le cas de la disproportion, son patrimoine peut évoluer de telle sorte qu'au moment de l'appel en garantie, l'excès ait disparu. Toutefois le mis en garde, profane par définition, ne peut apprécier l'évolution du risque qui est fonction de l'évolution future de son patrimoine. C'est alors à la banque de procéder à cette évaluation : la mise en garde lui impose en effet d'attirer l'attention de son client sur le risque d'endettement qui né du contrat souscrit[1222]. Cette solution ne paraît pas déraisonnable, c'est déjà ce qu'on impose au prêteur et au créancier de la caution personne morale quand elle est non-avertie. Il serait alors envisageable d'unifier les régimes de protection de la caution et de l'emprunteur sur le modèle qu'a créé la Cour de cassation. N'est-il toutefois pas de contrariété à cette transposition ?

§ 2 - LES RETICENCES A L'INSTAURATION DE CE NOUVEAU CRITERE

756. La mise en garde sur les risques ne vaut que pour le moment où elle est émise. Si les capacités financières du client se dégradent après la conclusion de l'acte, l'absence de mise en garde ne pourra être reprochée si le risque n'existait pas initialement. Au contraire, si

[1222] V. ainsi en matière de crédit, Cass. mixte, 29 juin 2007, précité.

ses capacités s'améliorent alors que l'excès était patent au moment de l'engagement, la mise en garde devient obsolète. En définitive, elle n'informe le client qu'au moment de la conclusion du contrat sur la probabilité de réussite, ou d'échec, de l'opération, ce qui ne l'empêche toutefois pas de s'engager pour le cas où le banquier l'aurait mis en garde. A cet égard, il peut être proposé deux solutions : soit imposer au créancier de demander une garantie non-excessive, soit de conserver la sanction légale de l'inefficacité de l'engagement. Opter pour la seconde solution impose d'abandonner l'obligation d'avertir sur le risque si l'on ne veut pas sanctionner deux fois le banquier. Il resterait alors l'obligation de demander un cautionnement adapté aux capacités du client. Cette exigence n'est cependant pas mise en œuvre pour le crédit[1223]. Ici encore, rien ne saurait justifier des obligations plus lourdes quand le banquier est créancier de la caution que lorsqu'il contracte avec l'emprunteur. Une solution de compromis semble s'imposer et consisterait alors à conserver les articles L. 313-10 et L. 341-4 dans leur état actuel avec la sanction de l'inefficacité de l'engagement, mais en limitant l'application de ces textes à l'emprunteur personne physique averti qui a toutes les capacités requises pour apprécier si son engagement est disproportionné.

757. Toutefois, restreinte la protection du législateur contre cautionnement disproportionné au seul client qui ignore légitimement conduit le banquier à devoir rechercher le niveau de compétence de son client, ainsi que son expérience dans le domaine du crédit. Toutefois il convient de reconnaître que le chemin est déjà parcouru à mi-course par le créancier qui, devant respecter le principe de proportionnalité, devra se renseigner chaque fois sur la situation financière de son client, ce qui enjoint à penser que l'évaluation des compétences de celui-ci sera rendue plus facile : la banque peut parfaitement, lors de l'étude des capacités contributives de la caution, rajouter celle de son niveau de connaissance, ce qui n'occasionne guère plus d'efforts. Cependant, cela engendre pour le créancier qui demande une garantie plus de diligence que la simple vérification que la caution est bien une personne physique, qui constitue le critère unique[1224] des articles précités. Toutefois la contrepartie de cette vérification approfondie de la situation du cocontractant résiderait dans la sécurité pour le banquier qui pourra se prévaloir de l'engagement de celui-ci en cas de défaillance de l'emprunteur. Nul doute que ce mécanisme parait équilibré au regard du souci de responsabilisation des clients et de l'impératif pour le prêteur de se constituer une sûreté

[1223] V. *supra* n° 543.
[1224] Avec celui de la qualité de créancier professionnel…ce qui ne pose en soi guère de difficultés puisque le créancier est presque toujours un établissement de crédit…ou l'un des organismes mentionnés à l'article L. 511-6 du Code monétaire et financier.

personnelle : l'effectivité de cette dernière incitera davantage le dispensateur de crédit à prêter et fera réfléchir les garants qui s'engagent à la légère.

CONCLUSION DU CHAPITRE

758. La recherche de critères pertinents aux termes desquels conditionner l'application du principe de proportionnalité peut conduire à un écueil : celui de devoir sacrifier la cohérence du mécanisme d'information portant sur l'existence d'un risque de disproportion au profit de l'effectivité de la protection. En effet, lorsque la protection du client du banquier prend la forme de la mise en garde sur le risque de surendettement que ce dernier court en souscrivant un engagement qui excède ses facultés financières, il convient de n'en faire bénéficier que le non-averti, conformément au critère de l'utilité qu'a proposé M. FABRE-MAGNAN : l'information sur le risque doit être utile en ce qu'elle est ignorée du client. Il en va toutefois autrement quand le législateur retient un critère général, l'emprunteur par exemple, pour appliquer une disposition protectrice en cas de disproportion, comme c'est le cas de l'article L. 313-10 du Code de la consommation. Pour une même protection contre le déséquilibre, il existerait alors deux séries de critères d'application des mécanismes protégeant le client : pour les mécanismes objectifs, sanctionnant la disproportion de façon mécanique, comme le prévoient les articles L. 313-10, L. 341-4 du Code de la consommation ou L. 650-1 du Code de commerce, le critère serait objectif et résiderait dans la nature de l'opération, emprunt, cautionnement, garantie, ou dans la qualité de la partie nommée, emprunteur, caution, garant. Au contraire, quand la protection se manifeste sous la forme d'une information sur cette disproportion, le critère retenu paraît plus subjectif et résiderait dans le fait que l'information soit utile, quand le client l'ignore légitimement.

759. La protection du client contre le déséquilibre de l'engagement qu'il peut souscrire, par le développement des obligations l'informant sur les risques de cet engagement et pesant sur le banquier, conduit selon nous à l'émergence d'un nouveau corpus de règles irriguant la relation contractuelle entre les parties et basé sur la transparence et la cohérence.

CHAPITRE II

LE DEVELOPPEMENT DE NOUVEAUX PRINCIPES ASSURANT LA PROPORTIONNALITE

760. L'élargissement des dispositions protectrices des intérêts du client du banquier, relatives au principe de proportionnalité, opéré tant par la loi[1225] que par le juge[1226], n'est pas seulement remarquable au regard des seules règles qu'ils instaurent. Au-delà de celles-ci, c'est l'émergence de nouveaux principes généraux qui se dessinent dans la relation contractuelle qui lie le banquier et son client. A cet égard, il nous possible de dégager deux principes majeurs qui s'illustrent à l'étude de la jurisprudence et de la politique du législateur en matière bancaire : le principe de cohérence (**Section I**) et le principe de transparence (**Section II**). Il convient en effet de partir de l'idée que le client fait des choix rationnels lorsque tout élément utile à permettre d'apprécier la portée de son engagement est à sa disposition. Il apparaît alors que toute erreur d'appréciation sur les risques inhérents aux opérations réalisées avec le banquier disparaît, ou à tout le moins s'estompe, lorsque ce client dispose d'un accès complet à l'information. Ce qui implique alors que les informations sur ces risques soient présentées par le banquier de manière cohérente, sous peine d'obscurcir la clarté de celles-ci. Cohérence et transparence sont par conséquent indivisibles.

[1225] Nous penserons aux articles L. 313-10 et L. 341-1, précités, concernant le droit du crédit.

[1226] Cet élargissement est réalisé par le biais du devoir de mise en garde qui protège aussi contre l'excès le professionnel, V. Cass. mixte, 29 juin 2007, précité, pour le crédit et Cass. com., 3 mai 2006, précité, pour le cautionnement.

SECTION I

L'INSTAURATION D'UN PRINCIPE DE COHERENCE CONTRACTUELLE EN MATIERE BANCAIRE

761. Après avoir présenté les illustrations de ce principe de cohérence (§ 1), il conviendra d'en préciser la teneur. Cela nous amènera à découvrir que ce principe révèle un nouveau visage : alors qu'on lui a pu définir la cohérence comme l'obligation pour le créancier de ne pas se contredire au détriment d'autrui, il apparaît qu'elle n'est plus seulement perçue comme la cohérence dont fait preuve le contractant. Le principe de cohérence devient alors l'instrument de l'équilibre général du contrat, le moyen d'assurer au client du banquier le fait de pouvoir tirer de la convention une utilité (§ 2).

§ 1 - LES MANIFESTATIONS DE L'EXISTENCE D'UN PRINCIPE DE COHERENCE AU SEIN DU CONTRAT

762. Les manifestations de ce principe peuvent être scindées entre les hypothèses dans lesquelles la cohérence s'illustre en protégeant le consentement (A), et celles qui touchent au contenu des prestations contractuelles (B).

A) Le principe de cohérence touchant au consentement : la cohérence précontractuelle

763. L'existence d'un principe de cohérence au stade de la formation du contrat conduit à soutenir l'idée que le banquier doit mettre son client en mesure de recevoir une information claire et non-trompeuse, de telle sorte qu'il puisse procéder à une évaluation des propositions contractuelles en toute connaissance de cause.

764. Transposant la Directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques déloyales[1227], la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au

[1227] L'Europe justifia cette directive en affirmant que « les pratiques déloyales conduisent à l'escroquerie des consommateurs et à la distorsion des marchés concurrentiels. Sur le marché européen, il ne peut y avoir de place pour les professionnels qui font pression sur les consommateurs, les intimident ou les induisent en erreur… », V.

service des consommateurs illustre le propos à l'étude de la modification de l'article L. 121-1 du Code de la consommation. En effet, son II dispose dorénavant qu'il y a infraction lorsque la pratique commerciale « *omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambigüe ou à contretemps une information substantielle ou lorsqu'elle n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte* ». Cette disposition est complétée par la définition de l'information substantielle : « *dans toute communication commerciale constituant une invitation à l'achat et» destinée au consommateur mentionnant le prix et les caractéristiques du bien ou du service proposé, sont considérées comme substantielles les informations suivantes : 1° Les caractéristiques principales du bien ou du service…* ».

765. La pratique commerciale que vise l'article L. 121-1 pourrait englober l'activité du banquier si l'on définit cette pratique à la lecture de la Directive, laquelle est définie comme « *toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la fourniture d'un produit aux consommateurs*[1228] ». Au sens de consommateur, la directive vise « *toute personne physique qui, pour les pratiques commerciales relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale*[1229] », ce qui exclut le professionnel et les personnes morales.

766. Pour autant, le droit français retient de son coté une conception plus larde du consommateur, ce qui nous enjoint à avancer que l'article L. 121-1 est applicable justement aux personnes morales et certainement aux professionnels dès lors que l'objet du contrat n'a pas un rapport direct avec leur activité[1230]. Il ne fait aucun doute que le caractère large de ces définitions permet d'englober la relation entre le banquier et son client, notamment vis-à-vis des éléments d'information que la banque lui transmet au stade précontractuel : ainsi en va-t-il des documents publicitaires. La loi du 3 janvier 2008 est donc applicable aux opérations

---

Communiqué de presse Europa, réf. IP/07/1915, 12 déc. 2007. V. aussi M. LUBY, *La directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales*, Europe 2005, chron. p. 10 ; J.-J. BIOLAY, *La nouvelle directive européenne relative aux pratiques déloyales : défense prioritaire du consommateur et pragmatisme*, Gaz. Pal. 9 et 10 nov. 2005, p. 3 ; G. RAYMOND, *Incidences possibles de la transposition de la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 sur le droit français de la consommation*, Contrats conc. consom. 2006, chron. p. 1 ; G. RAYMOND, *La modification au droit de la consommation apportée par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs*, JCP éd. E 2008, n° 12-13, 20 mars 2008, n° 1383, p. 17.

[1228] Article 2 d.

[1229] Article 2 a.

[1230] V. Cass. Civ. 1ère, 24 janv. 1995, précité.

bancaires réalisées avec les clients n'agissant pas pour des besoins professionnels. La récente jurisprudence de la Cour de cassation[1231], sur un fondement apparemment proche, qui rappelle les innovations issues de la loi du 3 janvier 2008, a pu déjà sanctionner le banquier qui proposait un document publicitaire dont la teneur pouvait prêter à confusion sur la nature risquée du produit proposé. En l'espèce, ce dernier faisait état du risque de perte financière dans le prospectus simplifié déposé auprès de l'Autorité des marchés financiers, comme l'impose l'article 411-45-1 de son Règlement général, mais pas le document publicitaire remis aux clients. Nous avons pu apprécier la teneur de cette décision et en exposer la portée, eu égard au critère du risque excessif ignoré par le client que nous avions pu dégager[1232]. Si le visa est celui de l'article 1147 du Code civil, qui fonde les obligations d'information contractuelles du banquier, il convient de remarquer que l'article 33, alinéa 2, du Règlement n° 89-02 de la Commission des opérations de bourse est aussi utilisé pour fonder la solution.

767. Le rapprochement des règles protectrices du client fondé sur l'idée de cohérence imposée au cocontractant -. Ainsi, au terme de cet article, « *la publicité concernant des OPCVM ou des compartiments doit être cohérente avec l'investissement proposé et mentionner, le cas échéant, les caractéristiques moins favorables et les risques inhérents aux options qui peuvent être le corollaire des avantages énoncés* ». Le rapprochement avec la loi Chatel du 3 janvier 2008 est remarquable : l'obligation de cohérence du Règlement de l'AMF trouve un écho dans la loi consumériste lorsque le législateur sanctionne le professionnel qui transmet une information « *de façon inintelligible, ambigüe* », ce qui se rapproche de l'ambigüité résultant de la transmission de deux documents qui ne présentent pas les mêmes caractéristiques. Plus étroitement encore, c'est désormais le nouvel article L. 533-12 du Code monétaire et financier, modifié par la transposition des directives n° 2004/39/CE et n° 2006/73/CE, dites marchés d'instruments financiers, qui autorise à pouvoir fonder la position de la Cour de cassation qui, par un arrêt du 24 juin 2008[1233], sanctionne le prestataire de service d'investissement quand il transmet un document publicitaire qui ne reprend pas les éléments relatifs aux pertes financières qui figurent dans le prospectus simplifié. Cet article dispose en effet que les informations, y compris à caractère

[1231] Cass. com., 24 juin 2008, n° 06-21.798, Bull. civ. IV, n° 127, précité.
[1232] V. *supra.* n° 678.
[1233] Cass. com., 24 juin 2008, n° 06-21.798, Bull. civ. IV, n° 127 ; Bulletin d'information de la Cour de cassation, 15 nov. 2008, n° 1701 ; D. 2008, p. 1892, note D. HOUTCIEFF ; D. 2008, p. 1892, obs. X. DELPECH ; RTD civ. 2008, p. 670, obs. B. FAGES ; RTD com. 2008, p. 590, obs. M. STORCK ; RLDC sept. 2008, n° 1797, p. 35 ; RDLA sept. 2008, n° 30, note S. PIEDELIEVRE ; Bull. Joly Bourse oct. 2008, n° 5, p. 398, note H. GUYADER ; JCP éd. G 2008, actu. 486, obs. M. ROUSILLE ; JCP éd. E 2008, II, 10160, obs. N. MATHEY ; RD bancaire et fin. juill.-août 2008, note H. CAUSSE.

promotionnel, adressés par un prestataire de services d'investissement à des clients, même potentiels, doivent présenter « *un contenu exact, clair et non trompeur* ». A notre sens, cette disposition trouvera un intérêt pratique évident en ce qu'elle réglemente la documentation commerciale des OPVCM, spécifiquement quant à la présentation aux clients de leurs performances[1234]. C'est en effet par celles-ci que la banque vante auprès des investisseurs les produits proposés.

768. La portée générale de l'obligation de cohérence -. A cet égard, les dispositions issues de la MIF se veulent générales et concernent tout type de documents. L'article L. 533-12 vise en effet « *les informations, y compris à caractère promotionnel* », si bien qu'il est permis de dire que toutes les informations transmises par le banquier doivent respecter les exigences de clarté, d'exactitude et de cohérence que ledit article impose. Pourtant, il apparaît à l'évidence que toutes ces informations n'ont pas le même objectif, ni ne présentent un degré de précision égal. Alors que le législateur national qui transpose la MIF ne prend pas en compte la spécificité de ces différents types de documents informatifs, la Directive européenne, dans son considérant 46, précise qu'il est nécessaire de procéder à une approche différenciée, en tenant compte de chaque type de document : ainsi, ne peut-on s'attendre à ce que le document publicitaire ne soit aussi précis et exhaustif que le prospectus simplifié. Il semble donc légitime de constater qu'un tel document, concis par nature et percutant par destination, ne puisse recéler les avantages et tous les inconvénients afférents au produit financier en cause. A l'inverse, il semble opportun d'exiger d'un maximum de transparence et de cohérence du prospectus qui détaille avec précision les caractéristiques du produit.

769. La critique du domaine large du principe de cohérence -. Ceci nous enjoint à émettre une remarque sur les dispositions nouvelles du Code monétaire et financier transposant la MIF : **nous pensons que le législateur a adopté la position la plus sévère à l'égard du PSI, et partant la moins réaliste : l'on ne peut exiger autant d'un document promotionnel que d'un prospectus simplifié. L'arrêt du 24 juin 2008, sanctionnant le banquier qui ne fait pas état des risques du produit dans la brochure publicitaire, encourt dès lors le même grief.**

[1234] En ce sens, V. aussi S. SAINT-PE, *La documentation commerciale des OPCVM à l'épreuve de la MIF*, Bull. Joly Bourse, janv.-févr. 2009, n° 12, p. 78.

770. L'étude des dispositions de l'article 314-13 du Règlement général de l'AMF semble devoir confirmer notre analyse. Aux termes de cet article, « *l'information doit fournir des données appropriées sur les performances passées couvrant les cinq dernières années ou toute la période depuis que l'instrument financier, l'indice financier ou le service d'investissement sont proposés ou existent si cette période est inférieure à cinq ans, ou une période plus longue, à l'initiative du prestataire de service d'investissement. Dans tous les cas, la période retenue doit être fondée sur des tranches complètes de douze mois* ». Cela conduit le banquier à délivrer une information exhaustive qui encourt le grief de ne pas être cohérente, car comment peut-on en même temps donner l'historique de performance depuis la création de l'OPCVM et retenir des tranches de douze mois pour fonder l'évaluation de ces performances ? A tout le moins la cohérence des ces dispositions ne survient qu'à chaque date anniversaire de l'instrument financier. Enfin, en application de l'article L. 533-12 du Code monétaire et financier et de l'arrêt du 24 juin 2008 de la Chambre commerciale, le banquier se voit imposé la transmission d'une brochure publicitaire qui renferme les conditions les moins favorables et les risques inhérents à l'instrument. Or comment assurer l'uniformité des documents transmis quand ceux-ci n'ont pas la même finalité ? De surcroit, comment peut-on attendre autant d'exhaustivité d'un document publicitaire que du prospectus simplifié. A l'évidence, le principe de cohérence du contenu de ces documents ne peut conduire à une telle sévérité pour le banquier, qui revient en définitive à sanctionner le *dolus bonus* publicitaire. En effet, il ne nous paraît pouvoir faire l'objet de doute qu'un document promotionnel n'ait pas pour finalité d'avertir sur les risques et n'a pas pour objet de les préciser dans le détail[1235].

771. Dans la commercialisation des OPCVM, un dernier écueil existe enfin, au regard de la cohérence des règles régissant l'information les concernant. Alors que l'article 314-13 du Règlement de l'AMF impose au PSI de donner un historique de performance de l'OPCVM depuis sa date de création, sous la forme *month to month*, et un résumé annuel de performance, *year to date*, il peut paraître difficile de vendre un produit âgé de moins d'un an

[1235] V. ainsi *Guide de bonnes pratiques pour la rédaction des documents commerciaux*, document AMF du 10 février 2009, http://www.amf-france.org/documents/general/8304_1.pdf.
Ce document précise que « *le document commercial d'un fonds action qui présente sommairement la gestion qui sera mise en œuvre en attirant l'attention de l'investisseur sur les risques qui y sont liés ne sera pas trompeur dans la mesure où la présentation sera équilibrée même si elle n'est pas exhaustive* ». A cet égard, l'AMF instaure un **principe d'équilibre de l'information** : l'article 314-11 dispose désormais que l'information « *est exacte et s'abstient en particulier de mettre l'accent sur les avantages potentiels d'un service d'investissement ou d'un instrument financier sans indiquer aussi, correctement et de façon très apparente, les risques éventuels correspondants* ». Concrètement, le document publicitaire, s'il n'a pas à être exhaustif, doit néanmoins indiquer les risques de perte liés à l'opération qui sont la contrepartie des avantages attendus par l'investisseur.

quand l'historique est maigre et la tranche annuelle non encore écoulée. C'est alors en contradiction avec la MIF qui impose des les informations soient complètes et détaillées. A défaut de références suffisantes dans le prospectus, il est permis de penser que le PSI pourra établir un document publicitaire avec une liberté certaine dans le choix des éléments qui y figurent.

772. Le besoin d'interpréter le principe de cohérence avec souplesse -. Nous pensons donc l'interprétation de l'article 314-13 du Règlement de l'AMF doivent faire l'objet d'une interprétation favorable au banquier, ce qui amène à tolérer que le PSI puisse présenter les performances passées d'un OPCVM sur des tranches incomplètes de douze mois, dès lors que ces indications conduisent à une amélioration de l'information, en vertu de l'article L. 533-12[1236]. Cet impératif se justifierait plus qu'il éviterait de contrevenir au principe de *level playing field* en brisant l'unité des différentes règlementations européennes sur les marchés financiers. Il convient donc d'apprécier avec indulgence la cohérence des articles L. 341-13 du Règlement et L. 533-12 du Code monétaire et financier si l'on souhaite que l'exigence de clarté des informations transmises ne reste pas lettre-morte. C'est pourquoi nous invitons à penser qu'un assouplissement de l'article 314-13 du Règlement de l'AMF est souhaitable et proposons une rédaction suivante pour le 2° : « *l'information doit fournir des données appropriées sur les performances passées couvrant les cinq dernières années ou toute la période depuis que l'instrument financier, l'indice financier ou le service d'investissement sont proposés ou existent si cette période est inférieure à cinq ans, ou une période plus longue, à l'initiative du prestataire de services d'investissement.* ***Dans tous les cas, la période retenue doit être fondée sur des tranches complètes de douze mois, sauf pour les instruments crées ou commercialisés depuis moins d'un an pour lesquels la période est mensuelle*** ».

773. Le non respect du principe de cohérence, une infraction matérielle -. Enfin, relativement au principe de cohérence de l'information que doit le prestataire de service d'investissement, il est permis de s'interroger sur la nature de la faute de ce dernier qui fait pas état du risque de pertes financières dans le document publicitaire. L'on rappellera que la transmission d'un deux documents d'inégale valeur normative[1237] qui ne comportent pas les

[1236] V. ainsi S. SAINT-PE, *La documentation commerciale des OPCVM à l'épreuve de la MIF*, précité, p. 79.
[1237] L'inégalité normative de la publicité et du prospectus simplifié réside dans le fait que seul le dernier semble devoir être qualifié de « document contractuel ». Ainsi, classiquement, le document publicitaire ou promotionnel s'analyse en une simple invitation à pourparler dès lors que l'offre n'est pas cumulativement ferme et précise. V. pour plus de précision, F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, th. Paris I, éd. 1994, n° 136, p. 100.

mêmes informations sur les risques de l'instrument financier n'est pas de nature, pour les juges, à satisfaire à cette cohérence. Le parallèle opéré entre le visa de l'arrêt du 25 juin 2008 rendu par la Chambre commerciale et la loi du 3 janvier 2008 témoigne de la spécificité de ce principe de cohérence : pour sanctionner le banquier, il n'est pas besoin d'élément intentionnel. En ce sens, la seule divergence dans les informations transmises suffit à caractériser la faute, quand bien même le prestataire n'a pas conscience de tromper l'investisseur et que ce dernier n'est pas victime de la confusion qu'opérerait le document commerciale. **En définitive, le PSI est sanctionnable dès lors que l'information des documents n'est plus symétrique, même lorsque cela est sans effet sur le consentement du client du prestataire**[1238].

774. Pareil raisonnement est retenu dans le nouvel article L. 121-1 du Code de la consommation, aux termes duquel il y a infraction lorsque la pratique commerciale « *omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambigüe ou à contretemps une information*

Toutefois, cette inégalité normative des documents disparaît si l'on considère que la Haute juridiction a voulu que les premiers intègrent le champ contractuel, ce qui est tout à fait envisageable…mais risque de donner un sérieux coup de frein à la liberté d'élaboration de la maquette publicitaire. En effet, les juges du fond ont considéré que la publicité n'informe pas au sens où elle n'est pas un support d'information adéquat de nature à satisfaire l'obligation du banquier : en ce sens, seul le prospectus simplifié informe. En cassant l'arrêt d'Appel, il est possible de voir un signal fort de la Cour de cassation allant dans la prise en compte de ces documents dans l'information de l'investisseur. Cette solution nous semble parfaitement envisageable au regard de l'évolution de la position de la Haute juridiction. Alors que celle-ci tend à voir de plus en plus souvent dans le document publicitaire une offre de contracter, ferme et précise (V. notamment Cass. com., 17 juin 1999, Bull. civ. IV, n° 195 ; JCP éd. G 1998, I, 144, n° 8, obs. G. VINEY ; RTD civ. 1998, p. 364, obs. J. MESTRE), il n'est pas étonnant d'attendre de ce document qu'il satisfasse aux exigences de l'offre contractuelle concernant son caractère précis. Ainsi doit-il évoquer les éléments essentiels du produit, si bien que l'on peut penser que l'aléa financier contenu dans l'OPCVM peut s'analyser comme une caractéristique essentielle qu'il convient de transmettre au client du PSI. A cet endroit, l'arrêt du 24 juin 2008 ne serait pas si surprenant que cela et s'inscrirait dans le mouvement prudentiel qui fait de la publicité une *offre de contracter*. Toutefois, du point de la vue de la sanction, cet arrêt est à nos yeux novateur : alors que la jurisprudence a toujours « rétrogradé » le document en une simple invitation en pourparlers, le juge sanctionne ici le PSI quand il omet de mentionner une caractéristique essentielle qui est la contrepartie de l'avantage attendu. Plutôt que d'exclure la publicité du champ contractuel, la Haute juridiction l'intègre et impose au prestataire de rédiger ce document comme une offre ferme et précise de contracter. L'évolution de la position de la Cour est flagrante lorsqu'on compare cet arrêt à d'autres, plus anciens. Ainsi, auparavant, le Cour de cassation voyait une invitation à entrer en pourparler dans le document qui vantait les mérites d'un produit sans en présenter les caractéristiques essentielles, V. ainsi Cass. civ. 3ème, 17 juill. 1997, RJDA 1998 n° 6, p. 10 ; RTD civ. 1998, p. 363, obs. J. MESTRE. En intégrant la publicité dans le champ contractuel, les juges préfèrent sanctionner une mauvaise offre incomplète, qui ne respecte pas l'article 314-13 de surcroit, que laisser une invitation en pourparlers tromper ou opérer la confusion dans l'esprit de l'investisseur novice. En termes de protection, cette solution ne peut qu'être saluée. En termes de marketing et de liberté de création de la brochure promotionnelle, elle ne peut être que regrettée.

[1238] Un arrêt récent du sept. 2008 rendu par la Cour d'appel de Toulouse penche pour la même solution en exposant la solution suivante : les documents publicitaires accompagnant la diffusion d'OPCVM doivent être conçus de manière équilibrée. En s'abstenant de présenter les risques afférents à l'évolution de la bourse, ils ne répondent pas aux exigences d'une information complète et objective du produit financier proposé à la clientèle. V. ainsi CA Toulouse, 3 sept. 2008, 2ème ch. ; CA Paris, 29 janv. 2009, 15ème ch., Banque et droit mars-avr. 2009, p. 33, obs. J.-J ; DAIGRE et H. DE VAUPLANE. V. aussi de H. DE VAUPLANE et J.-P. BORNET, Droit des marchés financiers, 3ème éd., Litec, 2001, n° 989 et suivants.

substantielle ou lorsqu'elle n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte ». Toutefois, s'il est vrai que le législateur consumériste ne reprend pas explicitement la notion de « *cohérence* », nous pensons que ce principe s'inscrit en filigrane dans l'article derrière l'exigence du caractère univoque et intelligible des informations fournies par le professionnel : ce que le législateur impose, c'est la transmission d'informations cohérentes avec les caractéristiques propres du bien ou du service proposé.

775. C'est dans le même ordre idée que l'ancien article 33 du Règlement précité, devenu désormais l'article 411-50 du Règlement général de l'AMF, pose le principe de la cohérence de ses informations sans conditionner l'application du texte à la preuve d'une confusion opérée chez l'investisseur[1239]. L'on remarquera que le nouvel article L. 533-12 II du Code monétaire, après la transposition de la Directive MIF, confirme que « *les prestataires de services d'investissement communiquent à leurs clients, notamment leurs clients potentiels, les informations leur permettant raisonnablement de comprendre la nature du service d'investissement et du type spécifique d'instrument financier proposé ainsi que les risques y afférents, afin que les clients soient en mesure de prendre leurs décisions d'investissement en connaissance de cause* ». Le texte qui instaure une obligation d'information sur les caractéristiques du produit, et spécifiquement ses risques, concerne « *toutes les informations, y compris les communications à caractère promotionnel* » qui doivent présenter « *un contenu exact, clair et non trompeur* ».

776. Le caractère général de la disposition englobe donc la publicité, ce qui amène à conclure que des informations qui ne sont pas concordantes sont de nature à présenter un contenu peu clair, peut-être trompeur et ne mettent certainement pas le client en mesure de prendre sa décision en toute connaissance de cause lorsque les informations ne sont pas cohérentes. Il donc possible dans cette nouvelle disposition de voir la consécration d'un principe de cohérence, que l'on trouvait déjà dans l'article 33 du Règlement de la COB, qui, à l'image des infractions formelles, suppose le seul accomplissement d'un acte prohibé sans que le destinataire des informations n'ait à prouver, contrairement aux infractions matérielles, un quelconque dommage. Cette situation a pour fondement la nature contractuelle de l'obligation

[1239] Ce qui aurait pu permettre aux conseils du banquier d'exclure l'application de cet article pour le cas des clients avertis qui ne peuvent justifier d'une interférence dans leur prise de décision puisque, au fait des risques, il importe peu que la publicité omette de les mentionner. A notre avis, un pourvoi en cassation sur ce fondement mériterait tout de même d'être tenté.

de cohérence qui incombe au PSI. Nous justifions ce propos au regard du visa de l'article 1147 du Code civil sur lequel l'arrêt du 24 juin 2008 est rendu. ***La simple inexécution de cet impératif de cohérence suffira donc à caractériser la faute***.

777. Les implications du principe de cohérence sont multiples et ne paraissent pas seulement pouvoir se limiter à la matière de l'investissement, sous le couvert des articles du Règlement de l'AMF et du Code monétaire et financier précités. Nous craignons que des plaideurs astucieux se fondent sur le nouvel article L. 121-1 du Code de la consommation pour engager la responsabilité du banquier lorsque la brochure publicitaire qu'il transmet pour quelque produit que ce soit ne mentionne pas certaines informations relatives au produit[1240] quand ces derniers subissent un préjudice, même si cela leur est imputable[1241]. Le terme de « pratique commerciale » qui remplace celui de « publicité[1242] » permet un rapprochement avec l'article L. 110-1 du Code de commerce, de telle manière que toute activité commerciale pourrait être ciblée, et notamment exercée par le banquier au titre du « commerce de l'argent ». Cela autoriserait alors les emprunteurs à fonder la responsabilité du dispensateur de crédit au motif que le documentaire publicitaire ne fait pas état de la nécessité de prendre une assurance ou des risques spécifiques de l'opération alors même que le devoir de mise en garde serait écarté pour le cas où le client est jugé averti. Toutefois le contenu de l'offre de crédit étant régi par les articles L. 311-8 à L. 311-19 du Code de la consommation pour le crédit à la consommation et L. 312-7 à L. 312-12-2 pour le crédit immobilier, et L. 313-1 et suivants du Code monétaire et financier pour les autres crédits, il nous paraît difficile de concevoir que le

---

[1240] Ces informations ont un très vaste domaine, puisque l'article mentionne « *les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir: ses qualités substantielles, sa composition, ses accessoires, son origine, sa quantité, son mode et sa date de fabrication, les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou le service* ». Sous le terme « résultats attendus », peut-on entendre le fait que l'opération escomptée ne soit pas menée à bien ? Cela engloberait le risque d'endettement, le risque d'échec de l'opération, le risque de pertes…Concernant l'« usage », doit-on ici viser les modalités d'utilisation d'un prêt, la destination employée de ceux-ci ? Nous ne le pensons pas au regard du devoir de non-immixtion. Le domaine potentiel de ces informations est tout de même très vaste.

[1241] La seule omission d'une information jugée « substantielle » viendrait à pouvoir autoriser le plaideur à engager la responsabilité du professionnel même pour le cas où le préjudice subi par l'investisseur est imputable à lui-même. L'adage *Nemo auditur…* ne pourrait jouer alors en faveur du banquier. Ainsi serait-ce le cas lorsqu'il n'a pas dévoilé au PSI certaines informations relatives à sa situation personnelle, lesquelles auraient conduit ce dernier à dissuader son client d'investir dans le produit financier proposé ou demandé. A cet égard, la solution divergerait avec de celle acquise en matière de mise en garde quand le client du banquier est déloyal, V. ainsi Cass. civ. 1ère, 30 oct. 2007, Cass. civ. 1ère, 30 oct. 2007, Bull. civ. I, n° 330 ; D. 2007, AJ, p. 2871, obs. V. AVENA-ROBARDET ; D. 2008, p. 256, note M. BAZIN ; D. 2008, chron., p. 645, obs. M. CRETON ; JCP éd. E 2007, p. 2576, note D. LEGEAIS ; RDI 2008, p. 35, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN ; Dr. et patr. mars 2008, p. 81, obs. M. MATTOUT et A. PRUM ; RTD com. 2008, p. 163, obs. D. LEGEAIS.

[1242] Anc. art. L. 121-1 du Code de la consommation.

juge se fonderait sur l'article L. 121-1 précité alors que des textes spéciaux trouvent déjà à s'appliquer, en vertu de l'adage *lex specialis derogat legi generali*.

778. Ce n'est cependant pas les seules illustrations du principe de cohérence. Alors que celles-ci ont pour objet le consentement du client du banquier, d'autres visent le contenu des prestations contractuelles.

B) Le principe de cohérence touchant aux prestations : la cohérence contractuelle

779. Nous avions précédemment mentionné l'idée que la proportionnalité dans les contrats de l'activité bancaire pouvait s'expliquer notamment par l'existence d'un principe de cohérence[1243]. Il s'agit ici de démontrer cette idée. Précisément, l'activité bancaire n'est pas la seule à connaître un tel principe de cohérence. Ainsi, en matière d'obligation contractuelle, un auteur a pu brillamment démontrer que la solution de l'arrêt Chronopost qui interdisait le prestataire du même nom de se prévaloir d'une clause d'irresponsabilité en cas de non-livraison dans les temps, ce qui purgeait la cause de l'obligation du destinataire de tout contenu, s'analysait comme une illustration du principe de cohérence. Selon l'auteur, « *la clause qui limite sa responsabilité ne peut avoir d'application en ce qu'elle touche au comportement contradictoire du débiteur qui consisterait à faire obstacle à l'engagement qu'il a lui-même souscrit* »[1244]. Toutefois, le principe de cohérence, qui est illustré par l'exigence de proportionnalité, n'a pas le même objet que le principe de cohérence dont témoigne l'arrêt Chronopost. Alors que le second vise le comportement du cocontractant, le premier a pour objet le contenu de l'obligation. La cohérence est alors celle des prestations, au sens économique ou au sens de l'utilité du contrat. Ce principe répondrait à la question légitime que se pose le cocontractant : « est-ce raisonnable ? ». Il ne faut cependant pas lier ce principe à des connotations morales. En effet, le raisonnable suppose l'idée de rationalité, ce qui permet de juger si un contrat est économiquement viable pour la partie qui évalue le coût de l'exécution de ses obligations avec le montant des avantages reçus en contrepartie : le raisonnable peut donc parfaitement s'analyser sur le strict terrain arithmétique.

[1243] V. *supra* n° 570.
[1244] D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préface de H. MUIR-WATT, PUAM, 2001, t. 1, n° 477.

780. Ainsi est-ce le cas dans l'application de l'article L. 341-4 du Code de la consommation quand le caractère disproportionné est apprécié par le juge au regard des capacités de la caution. La sanction de l'excès peut s'expliquer par le caractère déraisonnable de l'engagement qui fait perdre à la convention toute cohérence puisque la caution ne pourra jamais honorer ses obligations. Pareille logique est retenue en matière de crédit avec la sanction du crédit ruineux pour l'emprunteur lorsque le concours consenti ne conduit plus à financer l'activité mais engendre le risque de sa cessation. La jurisprudence n'est pas insensible à la prise en compte de la finalité de l'opération et n'hésite pas à motiver la sanction du banquier sur le fondement de la perte d'intérêt tirée du contrat. C'est le cas lorsqu'elle relève que le crédit est alloué alors que le projet financé est dépourvu de viabilité économique[1245], quand la destination des fonds paraît irrationnelle[1246] ou même que le financement est jugé inopportun[1247]. Il n'est pas certain que ces solutions soient toutes en adéquation avec le respect du principe de non-immixtion, il a en effet admis que le banquier n'a pas à apprécier l'opportunité du financement demandé[1248].

781. Le plafonnement des frais en matière d'incident de paiement : un autre exemple de cohérence en cours d'exécution du contrat -. Il est possible de rechercher dans la loi d'autres illustrations de ce principe de cohérence contractuelle qui tend à éviter que la convention de perde son utilité pour le client du banquier. Le décret du 15 novembre 2007 définit les conditions d'application des dispositions de la loi n° 2007-290 du 5 mars 2007, et encadre les frais relatifs aux incidents bancaires. L'article 70-I de la loi modifie en effet les derniers termes de l'article L. 131-73 du Code monétaire et financier qui a désormais un domaine d'application plus vaste puisque le plafond des frais perçus par le tiré en cas de chèque sans provision, qui fixé par décret, n'est plus limité aux seuls titres dont le montant est inférieur à 50 euros : le plafond est donc généralisé. Ainsi, l'article D. 131-25 du même Code dispose désormais que pour les chèques d'un montant inférieur ou égal à 50 euros, le montant maximum des frais bancaires est de 30 euros. Pour les chèques dont le montant excède cette somme, les frais sont limités à 50 euros. Le chèque n'est pas le seul concerné, puisque l'article L. 312-1-1 est complété d'un III qui plafonne pareillement le montant des incidents de paiements autre que le rejet de chèque. Aux termes de l'article D. 312-4-1 doit être vu

[1245] Cass. com., 7 janv. 2004, n° 01-11.947, RLDA 2004, n° 71, p. 32 ; D. 2004, p. 345 ; Cass. com., 1er juill. 2003, n° 01-16.629, RTD com. 2003, p. 793, obs. D. LEGEAIS ; Cass. com., 20 nov. 2001, Bull. civ. IV, n° 186, p. 180, JCP éd. G 2002, IV, n° 1018, p. 50.
[1246] Cass. com., 2 mai 1983, n° 81-14.223, Bull. civ. IV, n° 127, p. 109.
[1247] CA Grenoble, 14 mai 1992, Gaz. Pal. 1995, 2, somm. p. 592.
[1248] Cass. com., 9 déc. 1997, n° 95-18.300, Bull. civ. IV, n° 328, p. 283 ; D. 1998, I.R., p. 35.

comme incident de paiement tout rejet d'un ordre de paiement reçu par le banquier du payeur en raison d'un défaut ou d'une insuffisance de provision : le champ d'application de ce plafond est donc large et vise notamment ce qui constitue un part non négligeable du contentieux, les frais de forçage. Ce même article dispose que les frais ne peuvent excéder 20 euros quelque soit la dénomination et la justification de ces sommes.

782. La cohérence contre l'excès du montant des frais, cohérence liée à l'utilité économique du contrat -. L'instauration de tels plafonds conduit à penser que le législateur désire sanctionner le comportement du banquier qui pratiquerait une politique de tarifications abusives. L'on retrouve enfin l'idée de proportionnalité, de telle sorte que le rejet d'un chèque ne soit jamais trop onéreux au regard du montant du chèque lui-même : cette proportionnalité conduit notamment, quand le chèque dépasse les 50 euros, à ce que les frais de son rejet ne puisse excéder son montant : l'idée d'excès est encore ici présente. L'on retrouve d'ailleurs les deux critères de l'excès qu'un auteur a pu mettre en lumière dans sa thèse consacrée à cette notion : le critère économique et le critère fonctionnel[1249]. Le premier critère réside dans la disproportion arithmétique des frais perçus au regard du montant du titre ou de l'opération rejetée, et le second s'illustre dans l'inutilité de l'opération pour le client au terme de laquelle il ne tire pas aucun avantage puisque le coût est bien supérieur au bénéfice reçu. Nous avions toutefois mentionné que tout excès n'est pas pour autant sanctionné, même si les deux critères sont présents. En effet, en matière de facturation de services bancaires, il a pu être jugé que le montant d'un service de location de coffre-fort ne relevait pas de l'abus, dès que le cocontractant pouvait résilier ce service avant que le tarif jugé prohibitif ne devienne applicable. Si l'on ne peut douter que l'excès existe, dès que l'on peut relever les deux critères dégagés par M. BAKOUCHE[1250], il ne nous semble pas que le contrat manque de cohérence : le tarif litigieux n'étant applicable que pour l'avenir, le client a la possibilité de dénoncer le contrat de location et de trouver une solution de substitution. Le principe de cohérence ne permet donc de sanctionner le cocontractant que pour le cas dans lequel le client est contraint de subir le comportement du banquier, ce qui est notamment le cas quand ce comportement est adopté une fois le client engagé contractuellement : c'est le cas de frais excessif pour rejet de paiement qui ne font perdre toute cohérence économique à la convention qu'au moment où

[1249] D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, th. Paris II, Bibliothèque de droit privé, n° 432, 2005, n° 78, p. 80 et n° 90, p. 88.

[1250] Le tarif s'avère disproportionné au regard du service rendu, ce qui peut s'apprécier à l'étude des tarifs des concurrents pour le même service, et fait perdre au client tout intérêt à contracter puisque le paiement pour ce service revêt, pour reprendre les termes de M. BAKOUCHE, un « *caractère économiquement déraisonnable* », V. D. BAJOUCHE, *op. cit.*, n° 96, p. 92.

ceux-ci sont facturés au client, ou de l'engagement de la caution qui deviendra disproportionné qu'au jour de l'appel en garantie. ***Le principe de cohérence du contenu des prestations contractuelles ne permet alors d'engager la responsabilité de la banque que si l'excès est déjà constaté ou réside en germe dans la convention***. Ce principe ne peut protéger celui qui se prévaut de l'excès lorsque la convention n'a pas encore force obligatoire, ce qui est le cas dans l'arrêt précité, ou quand le contrat n'est pas simplement pas encore formé.

783. Si le construit témoigne de l'instauration d'un principe général de cohérence contractuelle qui vise à assurer une utilité économique de la convention pour le client du banquier, le devenir laisse augurer de la prise en compte de ce principe avec le même attachement que par le passé. La notion de prêt responsable qui inspire la Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008[1251] semble suivre cet impératif de cohérence économique. L'article 8 de cette Directive impose en effet aux dispensateurs de crédit une obligation d'évaluation de la solvabilité du débiteur avant de consentir le prêt. L'étude des considérants renseigne sur la finalité d'une telle obligation : « *les États membres devraient prendre les mesures appropriées afin de promouvoir les pratiques responsables lors de toutes les phases de la relation de prêt, en tenant compte des caractéristiques particulières de leur marché du crédit. Ces mesures peuvent inclure, par exemple, l'information et l'éducation des consommateurs, y compris des mises en garde sur les risques du défaut de paiement ou du surendettement*[1252] ». Le droit français connaît déjà cet impératif sous avec la jurisprudence qui impose au prêteur de mettre en garde contre les risques liés à l'opération de prêt, notamment quand le patrimoine et les revenus de l'emprunteur ne lui permettent pas de faire face à ses obligations[1253].

784. Au final, il nous apparaît que ces techniques de protection fondées sur la cohérence générale du contrat, au travers de l'étude du caractère excessif ou non des obligations qui pèsent sur le client, nous enjoignent à distinguer ce principe de cohérence de celui qui prévaut au stade précontractuel quand le banquier ne peut se contredire au détriment de son cocontractant.

[1251] Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 relative au crédit aux consommateurs, JOUE, 25 mai 2008.
[1252] Considérant n° 26.
[1253] Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2005, et moins clairement, sous le vocable du devoir de conseil, Cass. civ. 1ère, 27 juin 1995. V. *supra.* n° 463.

§ 2 - L'EXISTENCE D'UNE DOUBLE FONCTION DU PRINCIPE DE COHERENCE : LA CONNAISSANCE DE L'ALEA ET L'UTILITE DU CONTRAT

785. Nos précédents propos ont pu dévoiler l'existence d'un principe de cohérence qui pouvait s'apprécier à deux moments différents : au stade précontractuel et une fois le contenu contractuel ayant acquis force obligatoire. Si le premier traduit comme M. HOUTCIEFF l'a démontré, une obligation contredire de ne pas se contredire[1254] (A), le second apparaît d'avantage comme un témoin de l'intérêt porté au principe d'économie du contrat (B).

A) Le principe de cohérence précontractuelle comme sanction du comportement incohérent du banquier

786. Apprécier la portée de son engagement est le postulat indispensable à la conclusion d'un contrat. Soit que cette appréciation est infaisable et a pour origine le cocontractant, cela pouvant justifier les règles relatives aux incapacités, soit que cette appréciation est partielle et a pour origine le cocontractant, et ce sont les mécanismes de sanction de ce dernier qui s'appliquent. Le dol ou les sanctions du manquement à des obligations d'information[1255] en sont les illustrations. Selon M. HOUTCIEFF, la « portée de l'engagement » doit être comprise comme *« la part d'aléa que recèle toute obligation »*[1256]. Nous portons un crédit certain à ce propos, et avions nous-mêmes expliqué cette notion à l'aune de la notion de risque pour le client du banquier[1257].

787. L'interdépendance entre cohérence et aléa contractuel -. Toutefois si M. HOUTCIEFF, prenant l'exemple de l'arrêt Chronopost, nous explique magistralement que le manque de cohérence du contenu contractuel, sanctionné, vient faire disparaître l'aléa pour le cocontractant[1258], *il nous est possible de montrer qu'à l'inverse, la contradiction du comportement du banquier peut aggraver l'aléa*, mais cette fois pour le client. Si la violation

[1254] D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 57 ; G. CANIVET, *La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français*, XVIème Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Brisbane 14-20 juillet 2002, évoquant ce principe comme un principe général du droit.
[1255] En est-il ainsi des sanctions prévues aux articles L. 311-33 à L. 311-36 du Code de la consommation pour les manquements aux obligations d'information légales en matière de contrat de prêt à la consommation.
[1256] D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 476.
[1257] V. *supra.* n° 759.
[1258] D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 478.

du principe de cohérence peut avantager une partie qui ne prend plus aucun risque à contracter, il est des cas dans lesquels le risque justement excessif pour l'autre partie. La jurisprudence fournit un exemple patent de ce principe de cohérence au stade où le contrat n'est pas encore formé, quand elle sanctionne le banquier prestataire de service d'investissement qui transmet des informations incohérentes : c'est le cas lorsque le document publicitaire ne fait pas état des risques qu'évoque le prospectus simplifié[1259], ce qui a pour conséquence de ne pas assez attirer l'attention de l'investisseur sur les risques de l'opération réalisée. A cet égard, la cohérence au stade précontractuelle, quand le banquier informe son client sur les caractéristiques de l'opération, que cela soit en matière d'investissement avec le prospectus simplifié, en matière d'assurance avec la remise de la notice, ou en matière de crédit avec le formalisme informatif que la loi impose, nous paraît se rattacher à l'exigence du caractère plein et entier de l'appréciation de la portée de l'engagement par le client. ***Comme l'illustre la jurisprudence dans de vastes domaines, plus l'engagement est contraignant, plus le débiteur est tenu de faire face à l'aléa et le maîtriser*** : c'est notamment le cas en matière de crédit lorsque qu'on impose au banquier de vérifier si l'emprunteur a véritablement conscience de l'aléa[1260], ou de s'assurer que « la caution sait quelles sont les conséquences juridiques de son engagement[1261] », ou encore impose au notaire d'éclairer les parties sur la portée de l'acte et les conséquences de leur engagement[1262]. La position actuelle des tribunaux confirme ces solutions, que ce soit en matière d'assurance de groupe pour l'emprunteur quand le banquier « est tenu de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur[1263] », et plus subtilement quand la Cour de cassation affirme qu'en l'absence d'opérations spéculatives, la banque n'est pas tenu d'un devoir de mise en garde à l'égard de l'investisseur, ce qui sous-entend que l'aléa est parfaitement compris de ce dernier[1264], ce qui n'est plus le cas quand les documents n'exposent pas des informations convergentes[1265]. Cette dernière solution illustre d'ailleurs parfaitement le principe de

[1259] Cass. com., 24 juin 2008, précité.
[1260] Paris, 30 janv. 1991, D. 1991, I.R., p. 59. Les juges ont pu affirmer que « *l'art. 17 de la loi du 13 juill. 1979 serait privé de toute sanction s'il pouvait être admis que ne soient pas connues alors les conditions auxquelles le prêt pourrait être consenti, l'éventuel acquéreur devant être rendu conscient de la portée de ses engagements pris afin d'éviter la signature hâtive et inconsidérée des contrats dont la portée ne peut être perçue par ce dernier* ».
[1261] Paris, 27 mars 1987, D. 1987, somm. p. 446, obs. L. AYNES.
[1262] Cass. civ. 1ère, 16 juin 1981, Gaz. Pal. 1982, 1, pan. p. 32.
[1263] Cass. mixte, 2 mars 2007, précité.
[1264] Cass. com., 19 sept. 2006, n° 05-14.343, 05-14.344 et 05-15.304, Bull. civ. IV, n° 185, 186 et 187 ; D. 2006. AJ, p. 2395, obs. X. DELPECH ; D. 2007, pan. p. 2418, obs. B LE BARS et S. THOMASSET-PIERRE ; RTD civ. 2007, p. 103, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; RTD com. 2006, p. 870, obs. M. STORCK ; JCP éd. E 2007, p. 111, note A. GOURIO ; Cass. com., 30 oct. 2007, n° 06-14.266, RTD com. 2008, p. 145, obs. M. STORCK.
[1265] Cass. com., 24 juin 2008, précité.

cohérence et l'interdiction de se contredire, en transmettant des informations divergentes, au détriment d'autrui, quand l'investisseur, qui peut être victime de confusion, n'a pas conscience de l'aléa de l'opération.

788. Il nous est cependant possible de dégager une nouvelle forme de cohérence, qui s'attache au contenu des prestations, et qui adopte une approche plus finaliste, et sanctionne le banquier lorsque le contrat ne devient économiquement plus utile pour le client.

B) Le principe de cohérence des prestations contractuelles comme sanction de l'inutilité économique du contrat

789. L'étude de la disproportion dont peut souffrir l'engagement du cocontractant de la banque nous a amené à montrer que les formes de cet excès sont variées et ont pour trait commun d'aggraver « le risque normal » que prend le client lors de l'exécution de ses obligations[1266]. Sous le prisme du principe de cohérence, le principe de proportionnalité ne devient que l'une des manifestations des outils retenus par le juge ou le législateur pour assurer au contrat une certaine utilité économique pour le client du banquier. Si les juges ont déjà pu se fonder sur la notion de cause subjective pour arriver à une telle fin[1267], il a été regrettable que ce fût sur une notion qui n'a pas vocation à intégrer le champ contractuel[1268].

790. La confusion opérée entre « existence de la contrepartie » et « utilité du contrat » -. Un auteur, M. SIMLER, utilise cette notion d'économie générale du contrat dans le commentaire[1269] qu'il fait de l'article 1161 du Code civil qui dispose que « *toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par rapport aux autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier* ». La définition qu'il donne de cette économie amène à la comprendre au sens « économie générale, esprit du contrat, finalité du contrat ». L'on entendra alors, à l'image de ce que M. DUPICHOT a pu écrire, l'article 1161 comme « *l'ensemble des manifestations de volontés liées entre elles par une stratégie*

[1266] V. *supra.* n° 650.
[1267] V. parmi tous les arrêts se fondant sur la cause, Cass. civ. 1ère, 3 juill. 1996, Bull. civ. I, n° 286 ; D. 1997, p. 500, note Ph. REIGNE ; JCP éd. G 1997, I, 4015, n° 4, obs. F. LABARTHE ; Defrénois 1996, p. 1015, obs. Ph. DELEBECQUE ; RTD civ. 1996, p. 903, obs. J. MESTRE.
[1268] Pour un résumé des critiques, V. J. MOURY, *Une embarrassante notion : l'économie du contrat*, D. 2000, p. 382.
[1269] Ph. SIMLER, *J.-Cl. Civil*, fasc. 10, n° 50 et n° 52.

contractuelle[1270] ». Ainsi, c'est l'intention des parties qu'il convient de prendre en compte, compte tenu du contexte et de l'économie du contrat voulue par elles. La jurisprudence a pu affirmer qu'une clause était indissociable du contrat puisque son éviction vidait de sens la convention[1271], ce qui confirme la prise en compte globale de l'opération par les tribunaux. Pour le client, l'économie voulue du contrat résidera dans l'obtention d'un service procurant dans un avantage financier[1272] ou matériel[1273]. Il semble que si le coût ou la contrepartie juridique que doit le client pour obtenir cet avantage est disproportionné au regard du bénéfice attendu, alors la convention ne produit plus l'effet attendu, même si la contrepartie existe. ***Pourtant l'on assimile souvent l'existence de l'obligation et l'existence de l'avantage reçu par les parties. Alors que la première incarne le droit qu'a le créancier envers son débiteur, la seconde réside dans l'effet concret que produit ce droit***.

791. Et c'est justement cet effet qui constitue l'attente légitime ou l'*obligation essentielle*. Comme a pu le démontrer M. PIMONT dans sa thèse vouée à l'économie du contrat[1274], il convient de distinguer l'obligation contractuelle, le support, du résultat de l'obligation, la contrepartie effective. Prenant l'exemple de l'arrêt Chronopost, cet auteur nous expose que l'*obligation essentielle* réside non pas dans la livraison de la chose, mais dans la célérité avec laquelle la chose est livrée. La doctrine a déjà pu confirmer ce mouvement d' « essentialisation » d'un élément accessoire au contrat[1275]. Afin de différencier l'obligation de l'avantage reçu, il convient d'évincer les notions d'objet ou de cause : l'objet n'est qu'un élément statique du contrat, qui ne permet pas l'appréciation globale de la convention[1276], alors que la cause n'est retenue dans son acception objective pour déterminer si une contrepartie de l'obligation existe, et ne vaut que pour les contrats synallagmatiques. M. JESTAZ écrit d'ailleurs que « *le dépôt à titre gratuit ne comporte aucune contrepartie, pourtant il implique une et même deux obligations fondamentales*[1277] ». M. PIMONT, dans sa thèse, invite à retenir l'élément subjectivement essentiel, qui émane de la déclaration de

---

[1270] J. DUPICHOT, *Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 et suivants du Code civil*, in *Etudes en l'honneur de J. FLOUR*, Defrénois, Paris, 1979, p. 195, n° 17.
[1271] Cass. com., 2 juill. 1991, Bull. civ. IV, n° 248.
[1272] Par exemple l'obtention d'un prêt, les bénéfices réalisés à la suite d'un placement, le crédit-bail, le PEL…
[1273] Citons notamment la location d'un coffre. le dépôt d'argent sur un compte, la fourniture d'un chéquier, le changement de devises…
[1274] S. PIMONT, *L'économie du contrat*, préf. de J. BEAUCHARD, th. Aix-Marseille, PUAM, 2004, n° 333.
[1275] V. J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, n° 248, 1970, n° 294, p. 270.
[1276] Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, th. Aix-Marseille, 1981, n° 165, p. 199.
[1277] G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, 2ème éd., Sirey, t. 2, par Ph. JESTAZ, 1989, n° 295.

volonté du contractant et présente une utilité fonctionnelle pour lui[1278], c'est-à-dire l'utilité sans laquelle ce dernier n'aurait pas contracté. Afin d'assurer cette utilité de l'acte pour le contractant, il importe donc que les prestations contractuelles forment un ensemble cohérent, si bien que c'est de cette cohérence que ressort l'*obligation essentielle*.

792. L'appréciation de l'utilité du contrat, au regard de la cohérence de son contenu obligationnel, n'est cependant pas monotype. ***L'utilité peut être appréciée sur un plan strictement arithmétique, quand le coût d'un service bancaire dissuade le client de contracter***[1279]***, ou purement juridique, quand l'exécution de l'obligation du client devient trop lourde à exécuter***[1280]. L'incidence de ces effets sur le contrat peut interférer avec d'autres règlementations spécifiques. Ainsi est-ce le cas du droit de la concurrence. L'on peut alors légitimement s'interroger sur l'intérêt de recourir à ces autres mécanismes, dans l'optique de protéger le client du banquier.

793. Le droit de la concurrence est un exemple patent dans lequel les choix des acteurs d'un secteur d'activité sont sanctionnés lorsqu'ils produisent un effet sur le marché qui ne participe pas au progrès économique : c'est notamment le cas des pratiques anticoncurrentielles qui ont notamment pour conséquences de « *faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse*[1281] ». Déjà, le Conseil de la concurrence a déjà pu sanctionner des pratiques anticoncurrentielles émanant des acteurs de l'activité bancaire, notamment pour des ententes en matière de carte de paiement[1282], sur le fondement de l'article L. 420-1 du Code de commerce, ou en matière de taux d'intérêt[1283]. Plus globalement, selon l'article L. 511-4 du Code monétaire et financier, les articles L. 420-1 à L. 420-4 du Code de s'appliquent également aux établissements de crédit pour leurs opérations de banque et leurs opérations

[1278] S. PIMONT, *op. cit.*, n° 342 et s.
[1279] V. à cet égard, la loi du 5 mars 2007 qui plafonne les frais bancaires relatifs au rejet de chèque. Le caractère inutile de la convention qui prévoirait des montant prohibitifs résiderait ici dans la dissuasion d'utiliser le service du paiement par chèque, que provoquerait ces tarifs.
[1280] Ce serait ainsi le cas de l'insertion de clauses abusives dans le contrat soumettant le remboursement anticipé à un préavis de trois mois, en contravention à l'art. L. 311-29 du Code de la consommation, qui ne prévoit pas de délai, V. TI Roubaix, 11 juin 2004: Contrats, conc. consom. 2004, n° 132, obs. G. RAYMOND, ou encore de la clause qui permet au banquier, en cas de défaillance de l'emprunteur dans le remboursement d'un prêt personnel de moindre importance, de se prévaloir de la déchéance du terme de tous les prêts régulièrement payés, Montpellier, 7 juin 2007, JCP éd. G 2007, IV, 3305.
[1281] Art. L. 420-1 2° du Code de commerce.
[1282] Pour une entente en matière de carte de paiement, V. Cons. conc. n° 88-D-37 du 11 oct. 1988, BOCC 15 oct. 1988 ; RTD com. 1989, p. 102, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE.
[1283] CJCE, 21 sept. 1988, aff. 267/86, Van Eyckse c/ Sté ASPA, Rec. CJCE 1988, p. 4769.

connexes définies à l'article L. 311-2. Toutefois, l'influence du droit de la concurrence au droit bancaire n'est pas totale, ce qui se justifie par la spécificité de l'activité. Ainsi, le client ne peut se fonder sur les règles relatives au refus de vente pour contester le refus d'être crédité, dès lors que ce refus est individuel[1284]. Au surplus, en matière d'entente, nous doutons de l'efficacité du droit de la concurrence comme instrument visant à assurer un certain équilibre des prestations contractuelles. S'il est vrai ainsi que les ententes et la position dominante est de nature à imposer aux clients des banquiers des tarifs dont le coût n'est justifié par aucunes nécessités techniques[1285], la protection des clients n'est qu'incidente. En effet, celle-ci est conditionnée à la preuve du comportement illicite des acteurs de l'activité bancaire et les conséquences de ces pratiques anticoncurrentielles sur l'économie générale du contrat n'est pas suffisante à elle-seule pour rendre applicable les sanctions prévues par le droit de la concurrence. ***Ces règles ne sont donc pas techniques de protection directe de l'économie du contrat***. Qu'en est-il du principe de transparence que nous pouvons pareillement découvrir à l'étude des règles protégeant le client.

[1284] Cass. civ. 1ère, 11 oct. 1994, n° 92-13.947, Bull. civ. I, n° 289 ; RD bancaire et bourse 1994, p. 259, obs. J.-F. CREDOT et Y. GERARD ; RTD com. 1995, p. 453, n° 2, obs. M. CABRILLAC.

[1285] V. notamment la position du Conseil de la concurrence jugeant que l'entente en matière de services bancaires par carte de paiement conduisait à une élévation artificielle du coût pour les clients, Cons. conc. n° 88-D-37 du 11 oct. 1988, précité. V. encore J.-C. ROCHET, *Analyse économique de la concurrence dans les réseaux de cartes de paiement*, RLC 2006, n° 7, p. 96.

SECTION II

L'EXISTENCE D'UN PRINCIPE DE TRANSPARENCE EN MATIERE BANCAIRE

794. La transparence semble faire avoir le vent en poupe. A défaut d'être un effet de mode, la transparence serait la réponse aux besoins que fait naître la société de l'information : tout peut se savoir. Le cocontractant a pris conscience que l'information pouvait, à tout le moins influencer son consentement, au pire le tromper. Le besoin de transparence est donc né de l'abus. Nous en trouvons une illustration frappante au regard des dispositions du droit des sociétés relatives aux « stock-options ». En effet, instauré en 1970[1286] au bénéfice des seuls salariés, le système des « stock-options » s'est trouvé, par les successives, étendu aux mandataires sociaux, qui ont ainsi pu accroître considérablement leurs rémunérations en se réservant de façon quasi exclusive l'attribution de ces bonus. La loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001, ainsi que celle sur la sécurité financière du 1er août 2003, sont venus imposer une certaine transparence en matière de rémunérations et de « stock-options » des mandataires sociaux[1287].

795. Le droit bancaire n'est cependant pas en reste. Pourtant en cette matière, la transparence se trouve confrontée à ce qui semble être une tentation humaine instinctive. En effet, l'homme semble apprécier l'opacité qui entoure sa personne, ses faits ou son patrimoine[1288]. Le droit, qui appréhende, régule ou consacre les comportements sociaux, ne pouvait donc pas ignorer ce besoin. Le secret bancaire semble d'ailleurs en faire partie. Cette notion paraît s'opposer à l'exigence de transparence qui semble être le postulat de la confiance qu'a le client envers les institutions bancaire. Toutefois, il convient cependant de distinguer suivant que le secret est nécessaire ou indésirable. A l'égard des tiers, il sera recherché par le client. A l'égard de la relation contractuelle qui le lie à sa banque, il sera évincé au possible : le client doit tout savoir, les tiers rester dans l'ignorance. Pourtant le développement du principe de transparence va conduire à un curieux paradoxe : alors qu'elle va renforcer la protection du client à l'intérieur du contrat avec le banquier (§ 1), elle va

[1286] Loi n° 70-1322 du 31 déc. 1970.
[1287] Pour un détail exhaustif des dispositions légales relatives à la transparence en matière de rémunération des dirigeants, V. V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, *Le mythe de la transparence en droit des sociétés*, D. 2004, p. 832.
[1288] P. KAYSER, préf. de H. MAZEAUD, *La protection de la vie privée par le droit*, Economica, 1995, 3ème éd., p. 1 ; J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 2001, 10ème éd., p. 320.

conduire à affaiblir sa position au profit des tiers avec une limitation relative du secret bancaire (§ 2).

§ 1 - LA TRANSPARENCE CONTRACTUELLE, INSTRUMENT DE PROTECTION DU CLIENT

796. Le devoir de loyauté, et avec l'exigence de transparence, en droit des affaires font l'objet d'une abondante littérature[1289]. Le droit des marchés financiers en est une illustration patente. Ainsi, l'arrêté du 4 janvier 2007, codifié dans le Règlement général de l'AMF, transpose en droit français la Directive « transparence » qui impose de nouvelles obligations d'information périodique aux sociétés dont les titres sont sur le marché réglementé[1290]. Spécifiquement à la matière bancaire, la loi MURCEF est venue refonder la relation entre la banque et son client sous l'égide de la transparence[1291] en matière de convention de compte[1292], jusqu'à la dernière loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 qui améliore cette transparence. Il apparaît que celle-ci semble s'imposer au sein de la relation bancaire (A), d'autant plus qu'elle est n'est pas une obligation à sens unique (B).

A) Le renforcement de l'exigence de transparence dans la relation bancaire

797. Si la relation bancaire paraît placée sous le sceau de la confidentialité, ce dont on ne peut douter au regard des obligations pesant sur le banquier qui visent à protéger le client vis-à-vis des tiers, il ne fait guère l'ombre d'un doute que la transparence s'impose au sein des relations entre la banque et son client. Les obligations d'information accompagnent

---

[1289] V. notamment colloque le colloque sur « *Le devoir de loyauté en droit des affaires* », organisé en 1999 par la Commission ouverte de droit commercial et économique du Barreau de Paris, Gaz. Pal. 5 déc. 2000, n° 340 ; J.-J. DAIGRE, *Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants*, in *Mélanges Pierre BEZARD*, Petites Affiches-Montchrestien, 2002, p. 79 ; H. LE NABASQUE, *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, RTD com., 1999, p. 273 ; J.-J. CAUSSAIN, *A propos du devoir de loyauté des dirigeants de société*, in *Mélanges B. MERCADAL*, Francis Lefèvre, 2002, p. 303.

[1290] Pour un descriptif des obligations d'information, V. D. 2007, p. 2418, obs. B. LE BARS et S. THOMASSET-PIERRE, spécifiquement I-E.

[1291] V. ainsi, spécifiquement aux dispositions touchant au droit bancaire, V. AVENA-ROBARDET, *MURCEF et autres : Nouveautés dans les relations banque-client*, D. 2002, p. 186 ; J.-J. DAIGRE, *Loi « MURCEF » et droit bancaire*, JCP éd. G 2002, I, n° 117 ; T. BONNEAU, *Des nouveautés bancaires et financières issues de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, JCP éd. E 2002, I, p. 118 ; R. BONHOMME, *Aspects bancaires de la loi Murcef du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, Banque et droit 2002, p. 3.

[1292] V. *supra* n° 282.

ce dernier tout au long de sa vie contractuelle, que cela soit dès l'ouverture d'un compte[1293], quand le banquier réalise une opération pour celui-ci[1294], ou quand la relation contractuelle prend fin[1295]. Toutefois ces informations apparaissent comme incomplètes aux yeux du législateur. Précisément, la suspicion entourant la fixation des frais bancaires, prétendument perçues comme abusifs aux yeux de l'opinion, n'est pas étrangère à l'instauration de nouvelles dispositions législatives visant à assurer une certaine transparence dans la manière dont le banquier fixe le prix de ses services[1296].

798. Ainsi la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 vient imposer de nouvelles obligations à la banque. Ainsi, celles-ci visent notamment à informer le client quant au montant des sommes perçues par le banquier dans le cadre de la gestion d'un compte de dépôt. L'article L. 312-1-1 II du Code de la consommation dispose à cet effet que « *dans les mêmes conditions, au cours du mois de janvier de chaque année, est porté à la connaissance des personnes physiques et des associations un document distinct récapitulant le total des sommes perçues par l'établissement de crédit au cours de l'année civile précédente au titre de produits ou services dont ces personnes bénéficient dans le cadre de la gestion de leur compte de dépôt, y compris les intérêts perçus au titre d'une position débitrice de celui-ci. Ce récapitulatif distingue, pour chaque catégorie de produits ou services liés à la gestion du compte de dépôt, le sous-total des frais perçus et le nombre de produits ou services correspondant* ». Le récapitulatif annuel doit donc être porté à la connaissance du client avant le 31 janvier de chaque année, et pour la première fois avant le 31 janvier 2009. Pareillement, l'article L. 312-8 est modifié, par l'ajout d'un 2° *bis* qui impose la transmission d'informations au moment de la conclusion d'un contrat de prêt à taux variable, que ce soit en accompagnant l'offre préalable de la remise d'une notice et d'un document d'information présentant une simulation

---

[1293] L'article L. 312-1-1 du Code monétaire dispose en effet que « *les établissements de crédit sont tenus d'informer leur clientèle et le public sur les conditions générales et tarifaires applicables aux opérations relatives à la gestion d'un compte de dépôt…* »

[1294] En matière de démarchage bancaire et financier, par l'alinéa 2 de l'article L. 341-11 du Code monétaire et financier : « *les démarcheurs communiquent à la personne démarchée, d'une façon claire et compréhensible, les informations qui lui sont utiles pour prendre sa décision* » ; en matière de prestation de service d'investissement, par l'article L. 533-11 : « (…) *les prestataires de services d'investissement agissent d'une manière honnête, loyale et professionnelle, servant au mieux les intérêts des clients* » ; en matière d'information des cautions, par l'article L. 313-22 : « *Les établissements de crédit* (…) *sont tenus au plus tard avant le 31 mars de chaque année de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre…* », etc.

[1295] V. ainsi l'obligation d'information pesant sur le banquier qui désire rompre un crédit à durée indéterminée, aux termes de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier qui impose la notification écrite de la rupture du concours à l'expiration d'un délai de préavis.

[1296] V. par exemple, la position d'un auteur, P. BOUTEILLER, *Les nouvelles mesures régissant les relations entre les établissements de crédit et leurs crédits*, RLDA févr. 2008, n° 24, p. 30.

de crédit, et en créant aux termes de l'article L. 312-14-2 une information annuelle relative aux sommes restant dues pour ce même contrat. Enfin, l'article L. 312-8 prévoit dans un nouveau paragraphe 4° *bis* que le banquier doit proposer dans l'offre préalable un contrat d'assurance spécifique, sauf si le prêteur exige l'adhésion à un contrat d'assurance collective dans les conditions fixées par la loi[1297].

799. Enfin, l'instauration de la transparence passe par la confiance. Et la confiance naît d'une relation saine entre le banquier et son client, notamment en cas de litige. Le développement de la médiation bancaire va assurément en ce sens. Les acteurs bancaires rappellent ainsi les progrès de cette relation depuis la loi bancaire de 1984, qui visent à prendre en compte le souci de protection du client, de même que la déjudiciarisation comme mode alternatif de règlement des litiges. Le président du Comité consultatif du Conseil national du crédit, M. CONSTANS, y voit notamment un vecteur d'amélioration de la qualité des services fournis au client[1298].

800. Toutes les tentatives d'instauration d'une médiation avaient jusque là échouées[1299]. L'explication proposée fut le coût de cette médiation, la banque trouvant plus rentable d'aller devant les tribunaux pour les quelques difficiles, alors que le médiateur interviendrait davantage, et est payé par la banque. Au surplus, le client peut toujours contester devant le juge judiciaire la décision du médiateur qui n'a aucune valeur juridictionnelle : la peur est donc celle de s'exposer à un double débours. Pourtant certains acteurs prirent l'initiative d'instaurer un tel mode règlement extrajudiciaire des litiges[1300]. Le législateur est venu entériner cette pratique par la loi MURCEF du 11 décembre 2001[1301] au sein du Code monétaire et financier, aux articles L. 312-1-3 et L. 312-1-4 qui fixe les modalités d'exercice du médiateur : l'accent est mis sur l'indépendance et la célérité. Le « Comité consultatif du secteur financier » veille à son indépendance en prenant connaissance

---

[1297] V. art. L. 312-9 du Code de la consommation.

[1298] V. E. CONSTANS, *Les progrès de la relation banques-consommateurs*, Banque magazine oct. 2004, n° 662, p. 33. Nous remarquerons ici encore le choix de l'auteur de parler indifféremment de « consommateurs » ou de « client », ce qui ne peut que renforcer la confusion des notions. Si le consommateur est toujours client du banquier, le client du banquier n'est pas pour autant consommateur ! V. ainsi nos propos relatifs aux critères retenus pour viser le cocontractant de la banque, *supra* n° 738.

[1299] Comité consultatif, avis du 31 mai 1994 sur « l'amélioration des procédures de règlement des litiges entre les établissements de crédit et leur clientèle », publié au Rapp. 1993-1994, p. 101.

[1300] V. ainsi la Société Générale qui nomma M. SCRIVENER en tant que médiateur en 1996, Lettre de la Société Générale n° 8, juin 1996, cité par R. ROUTIER, *Obligations et responsabilité du banquier, Dalloz Référence*, 2ème éd., 2008, p. 857, n° 811-31.

[1301] L. n° 2001-1168 du 11 déc. 2001 relative aux mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier.

de la manière dont le médiateur est rémunéré[1302], ce dernier se voit imposer par la loi un délai de deux mois pour trancher l'issue du litige. L'article 23 de la loi du 3 janvier 2008 a étendu le champ d'application de la médiation bancaire dont une part importante des litiges échappait à la compétence du médiateur. Le législateur donne désormais compétence à celui-ci pour proposer une solution aux litiges nés avec des personnes physiques n'agissant pas pour leurs activités professionnelles lorsque ces litiges sont relatifs aux contrats conclus dans le cadre des dispositions relatives aux opérations de banques, aux services d'investissement et services connexes, aux instruments financiers et produits d'épargne. Les litiges concernant le fonctionnement du compte de dépôt ou d'épargne, l'exécution des crédits à la consommation et des crédits immobiliers, les opérations sur instruments financiers peuvent donc maintenant faire l'objet d'une résolution extrajudiciaire. Si le domaine d'application de la médiation est large, ce qui est appréciable tant pour la banque que son client en leur évitant une issue conflictuelle qui ne pourra que détruire la relation de confiance, l'on remarquer que la technique législative choisit le recours à des notions consuméristes en réservant la médiation aux « personnes physiques n'agissant pas pour leurs besoins professionnels » : c'est reprendre la distinction professionnel et consommateur que nous avions déjà pu apprécier[1303].

801. La relation entre transparence et proportionnalité -. La transparence trouve enfin une dernière illustration sous le prisme de l'exigence de proportionnalité de l'engagement du client du banquier. Nous avions pu révéler les manifestations du principe de proportionnalité au sein de la relation bancaire[1304], les articles L. 312-10 ou L. 341-6 du Code de la consommation en sont des exemples. Cette forme de proportionnalité est indifférente de tout souci de transparence : le banquier doit demander un engagement raisonnable, et non pas informer son client.

802. Une autre forme de proportionnalité tend toutefois à imposer un devoir de transparence au profit du client, c'est notamment le cas du développement des obligations d'information ayant pour objet le risque pesant sur le client, lié à l'opération qu'il désire réaliser. Nous avions présenté le devoir de mise en garde comme l'obligation d'information dont est créancier le client et qui porte sur l'existence d'un danger pour l'exécution satisfaisante des obligations du client, que ce danger prenne la forme d'un engagement qui

[1302] L. n° 2003-706 du 1er août 2003, art. 46-V.
[1303] V. *supra* n° 278.
[1304] V. *supra* n° 597, 604, 688, 645, 647.

excède ses capacités financières, du caractère trop important des charges nées de cet engagement ou plus généralement tout risque d'endettement ou défaillance de celui-ci[1305]. Si une certaine transparence est assurée par les obligations d'informations portant sur les caractéristiques du service bancaire proposé[1306], nul doute que les inconvénients ou les risques n'ont pas intérêt à être révélé en ce qu'ils peuvent être des freins à l'engagement du client. Il en va de même pour toutes les informations, qui ne concernant pas seulement les caractéristiques du contrat mais aussi la situation du client, ne font l'objet d'aucune disposition légale, laquelle ne peut que, par son caractère générale, viser que l'opération elle-même[1307]. Dans certains contrats, le législateur a bien tenté d'imposer la transmission d'informations préjudicielles pour le client, au travers de la remise d'une notice[1308], mais la jurisprudence s'est évertuée à moduler la rigueur avec laquelle les obligations du banquier sont réputées exécutées, en admettant qu'une lecture a contrario de la notice renseigne sur le risque[1309], ou plus radicalement en réservant simplement l'information aux seules opérations à risques[1310]. L'instauration d'un devoir de mise en garde, tantôt d'origine prétorienne[1311], tantôt d'origine légale[1312], conduit donc à obliger la banque à informer le client sur le risque, si bien que cette exigence conduit à plus de transparence, le contractant pouvant apprécier

---

[1305] Pour une illustration du caractère complet sur lequel porte l'information en matière de crédit, V. Cass. civ. 1ère, 18 sept. 2008, D. 2008, p. 2343 ; RTD com. 2008 p. 830 ; JCP éd. G 2008, actu. 586, obs. L. DUMOULIN.

[1306] V. ainsi, les informations en matière de tarification bancaire, n° 286.

[1307] Nous devons toutefois admettre l'exception des articles L. 533-12 et L. 533-13 du Code monétaire et financier, modifié par l'ordonnance du 12 avr. 2007, qui impose au PSI d'informer l'investisseur sur les risques du produit proposé et de se renseigner sur sa situation personnelle afin de lui recommander le produit adapté à celle-ci.

[1308] Il en va notamment ainsi de l'article 33 bis du règlement n° 89-02 de la COB relatifs aux OPCVM, devenu l'article 411-53 du règlement général de l'AMF pour le prestataire de service d'investissement qui doit remettre une notice à son client qui doit lui communiquer les informations utiles afin de lui permettre de prendre une décision en toute connaissance de cause et la mettre en garde, le cas échéant, contre les risques encourus.

[1309] Cass. com., 19 sept. 2006, n° 05-15.304, Bull. civ. IV, n° 187 ; D. 2006, AJ, p. 2395, obs. X. DELPECH ; D. 2007, p. 761, obs. H. SYNVET ; D. 2007, pan. 2418, obs. B. LE BARS et S. THOASSET-PIERRE ; RTD com. 2006, p. 970, obs. M. STORCK ; JCP éd. G 2006, II, 10201, note A. GOURIO et JPG éd. E 2006, 2697, p. 2035, n° 40, obs. N. MATHEY ; RTD civ. 2007, 103 ; obs. J. MESTRE et B. FAGES ; JCP éd. E 2007, 1111, note A. GOURIO ; Dr. sociétés 2007, comm. 13, note T. BONNEAU ; Bull. Joly Bourse 2007, p. 62, note I. RIASSETTO ; RTD com. 2008, p. 145, obs. M. STORCK.

[1310] Cass. com., 14 déc. 2004, Bull. civ. IV, n° 222 ; D. 2004, somm. p. 2601, obs. Y. REINHAR et S. THOMASSET-PIERRE ; D. 2005, AJ, p. 360, obs. V. AVENA-ROBARDET ; JCP éd. G 2005, IV, 1257 ; Banque et droit mai-juin 2005, p. 49 ; RD bancaire et fin. sept.-oct. 2005, p. 11, note F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; LPA 17 janv. 2006, n° 12, p. 7, obs. E.C. ; Dr. sociétés mai 2005, n° 96, note T. BONNEAU ; Cass. civ. 18 févr. 2009, n° 08-11.221 ; D. 2009, chron. p. 756, obs. C. CRETON.

[1311] Au profit de l'investisseur, Cass. com., 5 nov. 1991, Bull. civ. IV, n° 327 ; D. 1991, IR, p. 269 ; RJDA 1/92, n° 68 ; Bull. Joly Bourse 1993, p. 292, note M. PELTIER ; au profit de l'emprunteur, Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2005, précité ; au profit de la caution, Cass. com., 3 mai 2006, précité.

[1312] Ainsi, l'article L. 533-12 II dispose que « *les prestataires de services d'investissement communiquent à leurs clients, notamment leurs clients potentiels, les informations leur permettant raisonnablement de comprendre la nature du service d'investissement et du type spécifique d'instrument financier proposé ainsi que les* ***risques*** *y afférents, afin que les clients soient en mesure de prendre leurs décisions d'investissement en connaissance de cause* ».

pleinement l'intérêt de s'engager au regard des bénéfices qu'il reçoit et des charges qu'il supporte. Alors qu'en l'absence d'une telle obligation, le cocontractant pouvait se réfugier sous la seule existence à son encontre d'une obligation d'information légale, laquelle n'informe que de façon générale et abstraite[1313], le devoir d'alerte se fonde sur la situation personnelle du client pour lui fournir une information qui coïncide avec la réalité des risques qu'il pèse sur lui. Si cette transparence profite au client, il s'avère que la jurisprudence impose qu'elle soit réciproque, de telle sorte que la banque en profite aussi.

B) L'exigence de réciprocité de la transparence dans la relation bancaire

803. Il peut apparaître paradoxal de parler de réciprocité dès lors que le banquier en sait souvent beaucoup plus que son client sur l'opération que ce dernier souhaite réaliser. Pourtant, la jurisprudence semble imposer une exigence de réciprocité à cette transparence, soit en protégeant le banquier contre l'opacité de l'information crée par son client, soit en imposant un devoir de se renseigner à la charge de la banque.

804. Concernant ce devoir, son existence semble relever de l'évidence. En effet, l'obligation de se renseigner sur la situation financière du client paraît être une nécessité de raison pour le banquier au regard de la responsabilité qu'il encourt en matière de soutien fautif. Pourtant si le terrain de la responsabilité délictuelle, ce devoir n'a jamais souffert d'être remis en cause, il en fut différemment sur le plan de la responsabilité contractuelle. Ainsi, spécifiquement au devoir de conseil, l'obligation de se renseigner sur la situation personnelle du client fut contrariée un temps par l'absence de dissymétrie d'information, lorsque l'emprunteur[1314] ou la caution[1315] ne rapportait pas la preuve que la banque eut su davantage que lui-même sur ses propres affaires. Généralisée par la jurisprudence quand le client est qualité de non-averti[1316], ou par des dispositions spéciales[1317], le devoir du banquier de se renseigner ne doit toutefois pas à nos yeux reposer exclusivement sur les épaules de la banque, et certains ont pu déjà réclamer un devoir d'information réciproque qui imposerait au

---

[1313] Ainsi est-ce le cas des articles L. 311-1 et suivants du Code de la consommation qui renseigne l'emprunteur sur les caractéristiques du contrat de prêt indépendamment de sa situation personnelle.
[1314] Cass. com., 11 mai 1999, précité, V. spécifiquement *supra* n° 554.
[1315] Cass. com., 8 oct. 2002, précité, V. spécifiquement *supra* n° 608.
[1316] A titre d'illustration, Cass. civ. 1ère, 12 juill. 2005, précité, en matière de prêt ; Cass. com., 5 nov. 1991, précité, en matière d'opération sur les marchés financiers.
[1317] V. ainsi L. 533-13 du Code monétaire et financier qui impose au PSI de s'enquérir de la situation personnelle et de l'expérience de l'investisseur.

client une obligation d'informer son cocontractant[1318]. Peut-on toutefois mettre à la charge du client un devoir d'informer le banquier sur sa situation personnelle ou son expérience alors que ce dernier peut éprouver quelques peines à savoir quelles informations sont pertinentes et doivent être transmises et lesquelles n'intéressent pas la banque : la raison conduit à penser que seul le professionnel est à même de savoir quelles informations celui-ci a besoin.

805. Cela ne signifie pas pour autant qu'il n'y ait pas de réciprocité et les tribunaux comme le législateur sanctionne le client lorsque ce dernier fait preuve de déloyauté contractuelle. Ainsi, l'article L. 113-8 du Code des assurances dispose que « (…) *le contrat d'assurance est nul en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré, quand cette réticence ou cette fausse déclaration change l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour l'assureur* (…) ». Pareillement, le Code de la consommation prévoit une hypothèse de déchéance du droit à bénéficier des mesures relatives au surendettement, aux termes de l'article L. 333-2, pour « *toute personne qui aura sciemment fait de fausses déclarations ou remis des documents inexacts en vue d'obtenir le bénéfice de la procédure de traitement de la situation de surendettement* ». Pour la Cour de cassation, cette déloyauté interdit à l'emprunteur de se prévaloir d'une obligation contractuelle de mise en garde dont il est pourtant créancier[1319].

806. Le fondement de transparence réciproque -. Techniquement, la réciprocité en matière de transparence bancaire est donc fondée le devoir général de bonne foi de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil. Il semble donc que soit adaptée le principe de transparence[1320] qui pèse sur chacune des parties, en fonction de sa qualité : au professionnel demande-t-on de se renseigner et au client de rien dissimuler. Un regard critique inviterait à penser que la transparence qui pèse sur les relations entre la banque et son client n'est que superficielle, apparente. En effet, ce ne serait qu'une transparence de surface, limitée à l'apparence des faits. En effet, la Haute juridiction, dans l'arrêt du 30 octobre 2007 précité, conditionne l'exemption du devoir de mise en garde à la seule « *déloyauté que le prêteur ne pouvait normalement déceler* ». Cette idée d'élément « normalement décelable » fut déjà utilisée par

[1318] V. en matière de services d'investissement, le plaidoyer en faveur d'une telle obligation, MM. BOSSIN, FAUGEROLAS, FERNANDEZ-BOLLO et TAUFFLIEB, *Le devoir de conseil du banquier en matière de produits dérivés*, D. Affaires 1998, p. 1578.
[1319] Cass. civ. 1ère, 30 oct. 2007, précité, V. *supra* n° 439.
[1320] Principe de transparence qu'un auteur a pu appeler « devoir de collaboration », V. D. LEGEAIS, note sous Cass. civ. 1ère, 30 oct. 2007, RTD com. 2008, p. 163. Derrière cette différence de vocable se cache toutefois la même idée : s'informer et ne pas retenir l'information. Nous privilégions toutefois le terme de « transparence » qui nous semble plus évocateur, et qui s'oppose à l'opacité lorsque des informations restent cachées du banquier.

la Chambre commerciale qui juge classiquement que le prêteur n'engage sa responsabilité pour soutien abusif que s'il connaissait ou pouvait connaître la situation désespérée de l'emprunteur[1321]. Cela se réfère à un comportement normalement vigilant, chargé de déceler par le banquier qu'un œil averti et prudent décèlerait. Le droit bancaire connaît d'autres hypothèses dans lesquelles le banquier peut se limiter à l'apparence, notamment en matière de chèque falsifié[1322], et celle-ci s'apprécie au regard de l'examen de la régularité de l'opération, opéré par un banquier normalement diligent[1323], et trouve sa limite dans le devoir de non-immixtion.

807. Le caractère insuffisant de la transparence au profit du banquier -. Sur le terrain de l'information, l'impératif de transparence n'est donc pas une obligation de résultat et se limite seulement à un examen attentif de la situation du client, ce qui impose de déceler ce qui est apparemment décelable. En la matière, il n'est pas impossible de penser que les tribunaux puissent se montrer relativement sévères avec le prêteur, celui-ci disposant de moyens de renseignements. Ainsi la consultation du FICP[1324] permet à ce dernier de se méfier dès lors que l'emprunteur a déjà connu au moins deux incidents de paiements dans le passé. A cet égard, et pour compléter ce dispositif, l'instauration d'un « fichier positif du crédit à la consommation » serait de nature à protéger la banque contre tout litige né d'un contrat autorisant un concours financier à un emprunteur qui n'y aurait pas eu droit normalement si le prêteur avait su que son client avait d'autres prêts en cours[1325]. Malgré les critiques formulées envers la création d'un tel fichier, ***nous pensons que son instauration permettrait d'éviter un inutile contentieux lorsque l'emprunteur rechercher la responsabilité du banquier envers qui il a pu faire preuve de déloyauté***.

808. Au surplus, la consultation de ce fichier, avant d'accorder un concours, ne paraît pas être une formalité lourde et simplifierait même la recherche des informations concernant

[1321] Cass. com., 24 sept. 2003, n° 00-19.067, Banque et droit 2004, n° 93, p. 56, obs. T. BONNEAU ; Cass. com., 22 mars 2005, n° 03-12.922, Bull. civ. IV, no 67 ; D. 2005, p. 1020, obs. A. LIENHARD ; RTD com. 2005, p. 578, obs. D. LEGEAIS ; RJDA 2005, p. 743 ; Cass. com., 22 mars 2005, n° 02-20.678, Bull. civ. IV, n° 68 ; Cass. com., 19 avr. 2005, n° 03-12.879, Gaz. Pal. 2005, p. 2294, obs. C. REGNAUT-MOUTIER.

[1322] Cass. com., 15 juin 1993, Bulletin d'information de la Cour de cassation 1er août 1993, n° 915 ; Cass. com., 13 févr. 1996, JCP éd. E 1996, pan. 515.

[1323] Ainsi en matière de chèque, V. Cass. com., 10 déc. 2003, n° 00-18.653, Bull. civ. IV, n° 200 ; D. 2004, AJ, p. 208.

[1324] Fichier national des Incidents de remboursement des Crédits aux Particuliers.

[1325] La CNIL s'est toutefois opposée à l'instauration d'un tel fichier au motif que le secret bancaire n'est pas respecté, et l'existence d'un motif légitime ne peut résider dans la volonté d'assainir le marché du crédit et limiter les risques de non-remboursement, V. rapp. Du 18 janv. 2005 et avis du 8 mars 2007, RTD com. 2007, p. 577, obs. D. LEGEAIS.

le client quand le banquier exécute son obligation de se renseigner. Dans le souci de protéger tous les emprunteurs, y compris professionnels, nous pensons que ce fichier peut se généraliser à tous les crédits consentis par les établissements de crédit. En effet, dans le cadre du soutien abusif à une entreprise, il est encore des cas dans lesquels le banquier peut consentir un prêt à un emprunteur qui n'y aurait raisonnablement pas droit dès lors que ce dernier est déjà débiteur d'autres concours et que le prêteur n'a aucun moyen d'en avoir connaissance[1326]. Pourtant si la responsabilité de ce dernier est écartée, le préjudice pour les parties n'en est pas moins manifeste : l'un risque la cessation des paiements et l'autre de perdre le montant de sa créance si la liquidation de la société ne suffit pas à satisfaire le banquier. ***Nous soutenons donc la nécessité d'instaurer un Fichier National du Crédit***, qui aurait un domaine plus large que celui d'un simple fichier des incidents de paiements.

809. Si le secret bancaire est avancé contre toute idée de création d'un tel fichier profitant aux banques, et indirectement aux clients, ce qui conduit à considérer que le secret fait obstacle à la transparence, il nous est paradoxalement possible de démontrer l'inverse : la transparence peut faire obstacle au secret bancaire. L'idée est que le banquier ne pourra retenir des informations confidentielles sur son client dès lors que l'impératif de transparence le justifie, que ce soit pour des raisons tirées de l'intérêt général, ou de l'intérêt privé.

§ 2 - LA TRANSPARENCE COMME LIMITATION DU SECRET BANCAIRE

810. Le professionnel, et notamment le banquier, illustrent cette prise compte du secret, spécifiquement du secret professionnel. Selon un auteur avisé, la notion de secret bancaire « *recouvre, en réalité, deux concepts distincts : une obligation de discrétion (…) et le secret professionnel du banquier*[1327] ». La loi n° 84-46 du 24 janvier 1984, aux termes de son article 57, devenu L. 511-33 du Code monétaire et financier dispose que « *tout membre d'un conseil d'administration et, selon le cas, d'un conseil de surveillance et toute personne qui à*

[1326] Si par exemple l'entreprise dissimule sa situation, par exemple en cas de dol de l'emprunteur, V. Cass. com., 8 oct. 2002, n° 01-01.200, Bull. civ. IV, n° 138, p. 154 ; JCP éd. G 2002, I, p. 2093 ; ou si l'entreprise fournit des comptes falsifiés, V. Cass. crim., 13 févr. 1997, n° 96-81.641, Bull. crim., n° 61, p. 198 ; JCP éd. E 1998, p. 265.
[1327] J. LASSERRE-CAPDEVILLE, *Le secret bancaire : étude de droit comparé France, Suisse, Luxembourg*, th. PUAM, 2006, n° 19. V. aussi le professeur BONNEAU qui définit le secret bancaire comme l'interdiction faite au banquier de révéler les informations confidentielles de son client, T. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 7ème éd., 2007, n° 412.

un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit ou d'un organisme mentionné au 5 de l'article L. 511-6 ou qui est employée par l'un de ceux-ci est tenu au secret professionnel », avant d'inclure une série d'exceptions lorsque la transmission des informations couvertes par le secret est nécessaire. L'étude ces exceptions conduit à penser que le domaine du secret bancaire tend à se rétrécir au nom du principe de transparence (B). Pourtant, la jurisprudence lui insuffle une certaine vigueur, de telle sorte que le pré carré du secret des affaires bancaires est défendu (A).

A) L'affirmation prétorienne du principe du secret bancaire

811. La mise en œuvre par les tribunaux des dispositions de l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier montre que le principe du secret bancaire reçoit une application stricte, tant dans le temps que dans l'espace. D'une part, ce principe s'impose toujours au banquier même après la résiliation du contrat conclu avec son client[1328], et ne cesse pas avec la disparition de la personne qui en bénéficie, s'étend donc aux personnes qui ont eu le pouvoir de faire fonctionner le compte[1329]. D'autre part il couvre toutes les informations autres que celles ayant un caractère factuel. Ainsi le banquier ne peut-il dévoiler que les informations générales relatives aux demandes de prêt, à ses modalités précises ou à la réponse motivée donnée par la banque en cas de refus de prêt. Il en va de même pour l'information à caractère générale sur la solvabilité du client[1330]. Comme a pu l'affirmer la Haute juridiction, ne seraient pas couvertes par le secret des indications objectives d'ordre général[1331]. Alors que la transmission d'informations est plus libre entre banquiers[1332], dans ses relations du banquier avec les tiers, le contentieux, qui se cristallise souvent sur l'information donnée sur la solvabilité du client et demandée par un de ses créanciers au banquier, montre que seule la transmission de renseignements autres que simplement commerciaux d'ordre général et économique est susceptible de ne pas engager la

[1328] Cass. civ. 1ère, 2 juin 1993, Bull. civ. I, n° 197.
[1329] Cass. com., 25 févr. 2003, Bull. civ. IV, n° 26 ; D. 2003, AJ, p. 1162, obs. V. AVENA-ROBARDET ; RTD com. 2003, p. 343, obs. D. LEGEAIS ; RTD civ. 2003, p. 477, obs. J. HAUSER ; JCP éd. G 2003, II, 10195, note E. AYISSI-MANGA ; RD bancaire et fin. 2003, n° 59, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; Banque et Droit mai-juin 2003, n° 56, obs. T. BONNEAU ; RJDA 2003, n° 756 ; Procédures 2003, n° 135, obs. R. PERROT.
[1330] Cass. com., 18 sept. 2007, BICC 15 déc. 2007, n° 2385 ; D. 2007, AJ, p. 2466, obs. X. DELPECH ; JCP éd. E 2007, n° 42, p. 11 ; RD bancaire et fin. 2007, n° 213, obs. F.-J. CREDOT et T. SAMIN ; Banque et Droit janv.-févr. 2008, n° 27, obs. T. BONNEAU ; RJDA 2008, n° 80 ; RLDA nov. 2007, p. 32, obs. D. CHEMIN-BOMBEN ; Dr. et patr. 2008, p. 74, obs. J.-P. MATTOUT et A. PRUM.
[1331] Cass. com., 5 févr. 1962, Banque 1962, p. 169 ; réaffirmé notamment par Paris, 6 févr. 1975, D. 1975, p. 318, note J. VEZIAN, Cass. com., 18 sept. 2007, précité.
[1332] V. notamment Cass. com., 9 janv. 1978, D. 1978, IR, p. 308, obs. M. VASSEUR.

responsabilité de la banque. Ainsi ne peut-elle informer les tiers du contenu du contrat de prêt qui renferme les données personnelles de l'emprunteur, notamment celles relatives à son dossier médical[1333] ou au secret de l'instruction[1334]. C'est encore le cas des informations figurant verso d'un chèque dont la transmission porte atteinte au secret bancaire dont bénéficie le tiers bénéficiaire du titre[1335]. Pour autant, si le principe du secret bancaire est fermement et constamment réaffirmé par la jurisprudence, il nous est possible de dresser un état des lieux plus nuancés, qui est marqué par la limitation de la portée de ce principe.

B) La limitation de la portée du secret bancaire comme manifestation de l'exigence de transparence

812. Les limites apportées au secret bancaire se sont forgées, principalement sous l'égide de la loi, résiduellement par le truchement des tribunaux, de sorte qu'elles témoignent de la prise en compte de l'exigence de transparence de l'activité bancaire, que cela soit au nom de l'intérêt général (1) ou au nom de l'intérêt privé (2).

1° Les limitations motivées par l'intérêt public

813. Si le principe est celui du droit à la discrétion du client dont le banquier est débiteur, ce droit n'est cependant pas absolu : au nom de l'intérêt général, l'administration et les organismes publics ou semi-publics peuvent bénéficier de l'information pourtant protégée. C'est principalement le cas des autorités de contrôle bancaire, de la justice pénale et de l'administration fiscale.

814. Si les banques participent à l'activité économique, en finançant pour partie l'économie, et exercent une activité de nature commerciale, lucrative, elles ne sont pas moins contrôlées pour autant : le législateur a prévu toute une série d'exceptions dans lesquelles le

[1333] V. Poitiers, 2 nov. 2005, BICC 2006, n° 1334, qui affirme que le secret professionnel du banquier est instauré dans le but de protéger les seuls intérêts de son client.
[1334] Cass. com. 10 déc. 2003, Bull. civ. IV, n° 201 ; D. 2004, AJ, p. 209, obs. X. DELPECH ; RTD com. 2004, p. 351, obs. D. LEGEAIS ; JCP éd. E 2004, n° 20-21, p. 812, obs. J. STOUFFLET ; Gaz. Pal. 2004, somm. p. 1995, obs. S. PIEDELIEVRE ; RD bancaire et fin. 2004, n° 56, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; RJDA 2004, n° 461.
[1335] Cass. com. 8 juill. 2003, Bull. civ. IV, n° 119 ; D. 2003, AJ, p. 2170, obs. V. AVENA-ROBARDET ; RTD com. 2003, p. 783, obs. M. CABRILLAC ; JCP éd. E 2004, n° 27, p. 1109, note D. GIBIRILA ; RD bancaire et fin. 2004, n° 5, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; Banque et Droit janv.-févr. 2004, p. 54, obs. T. BONNEAU ; LPA 15 janv. 2004, obs. E. C.; RJDA 2004, n° 210 ; Dr. et proc. 2004, n° 22, obs. M. SALATI.

banquier est contraint de révéler les données protégées. L'article L. 511-33 du Code monétaire et financier prévoit à cet égard, une limite générale au secret bancaire lorsque la transmission des informations nécessaire au travail des agences de notation et lorsque cette transmission est nécessaire aux personnes avec lesquelles le banquier traite. Sept types d'opérations sont visés[1336]. Le juge pénal peut également demander la levée du secret bancaire, l'alinéa 2 de l'article précité prévoit d'ailleurs cette hypothèse pour « *l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale* ». Les applications sont multiples.

815. Aux termes de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, le secret bancaire ne peut être opposé par le dirigeant de la banque aux juridictions pénales de droit commun ou aux juridictions pénales d'exception : la justification de ce texte réside dans la nécessité de l'administration d'une bonne justice, ce qui permet la communication d'informations utiles à la manifestation de la vérité, notamment quand la banque se trouve impliquée dans des relations d'affaires avec les auteurs de vols, d'abus de confiance, de blanchiment ou d'escroquerie, etc. La transmission peut avoir lieu aussi en dehors de toute poursuite judiciaire, ce qui est ainsi le cas en matière de blanchiment d'argent : à cet effet, l'ancien article L. 562-2 du Code monétaire et financier imposait au banquier de déclarer à un organisme spécifique, le TRACFIN[1337], les sommes inscrites dans ses « *livres qui pourraient provenir du trafic de stupéfiants, de la fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes, de la corruption ou d'activités criminelles organisées ou qui pourraient participer au financement du terrorisme* ». La loi, sous couvert de l'existence d'une suspicion, par l'article L. 562-2 issu de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, dite loi de nouvelles régulations économiques, étendit cette obligation aux opérations « *dont l'identité du donneur d'ordre ou du bénéficiaire reste douteuse* ». A notre sens, ces exceptions légales au secret bancaire sont destinées à s'élargir encore. En effet, suite à la transposition de la Directive n° 2005/60/CE du 26 octobre 2005, la loi n° 2008-776 du 4 août

[1336] Parmi celles-ci, sont visés par l'article L. 511-33 les opérations de crédit effectuées, directement ou indirectement, par un ou plusieurs établissements de crédit, les opérations sur instruments financiers, de garanties ou d'assurance destinées à la couverture d'un risque de crédit, les prises de participation ou de contrôle dans un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement, les cessions d'actifs ou de fonds de commerce ; les cessions ou transferts de créances ou de contrats, les contrats de prestations de services conclus avec un tiers en vue de lui confier des fonctions opérationnelles importantes, lors de l'étude ou l'élaboration de tout type de contrats ou d'opérations, dès lors que ces entités appartiennent au même groupe que l'auteur de la communication.

[1337] Le « Traitement du Renseignement et Action contre les Circuits FINanciers clandestins » est un organisme du ministère des finances français, crée en 1990, et chargé de la lutte contre le blanchiment d'argent.

2008[1338], relative à la modernisation de l'économie, a autorisé le gouvernement à transposer par ordonnance le texte communautaire.

816. Depuis l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009[1339] , le nouvel article L. 561-15, I du Code monétaire financier étend l'obligation de déclaration de toutes les sommes dont les banques « *savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participent au financement du terrorisme* ». Le II y intègre les sommes issues d'une possible fraude fiscale. La nouvelle position du législateur est intéressante et représente un choix de compromis : conditionner la déclaration au TRACFIN à la suspicion de revenus issus d'une activité passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an permet de ne pas faire supporter au banquier la charge d'une obligation de vérification de la source des revenus pour les activités délictuelles « mineures », d'autant que celles-ci portent souvent sur de petites sommes quand la détermination de leur origine n'est pas aisée. Pour autant, cela oblige le banquier à déterminer si l'activité est passible d'une peine de plus d'un an, ce qui fait de lui un ministre des sanctions pénales : ce dernier, pour déterminer si la privation de liberté est supérieure à un, doit pouvoir qualifier l'infraction supposée réalisée par son client. Quid en cas de mauvaise qualification laquelle ne l'enjoint pas à déclarer au TRACFIN quand il le devait ? Le risque est pour le banquier d'être sanctionné par la Commission nationale des sanctions, comme le disposent les articles L.561-37 à L. 561-44 du Code monétaire et financier. La tentation est donc de faire une déclaration systématique, ce qui se voudrait aux antipodes de la finalité du législateur. Ce choix de la déclaration systématique serait d'autant plus favorisé que le législateur instaure une irresponsabilité du déclarant quand la présomption d'infraction, déclarée de bonne foi, se révèle erronée : le client injustement soupçonné ne pourra rechercher la responsabilité de son banquier sur le terrain de la dénonciation calomnieuse, en vertu de l'article L. 561-22.

817. Une autre difficulté pour le déclarant réside enfin dans le soupçon que ce dernier peut avoir en matière de blanchiment quand il est issu du produit de la fraude fiscale. Il ne semble pas nécessaire pour le banquier de pouvoir retenir les éléments relatifs à la

[1338] X. DELPECH, *LME : lutte contre le blanchiment des capitaux*, D. 2008, p. 2277.
[1339] Ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, publiée au Journal officiel du 31 janvier 2009. V. D. 2009, actu. p. 284, *Blanchiment de capitaux et financement du terrorisme : nouvelle ordonnance* ; F. BONNARD, *Lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme : ce qui change pour le secteur bancaire et financier*, JCP éd. E 2009, 1273, p. 11.

présomption de fraude fiscale pour déclarer un possible blanchiment. D'une part, la déclaration des sommes ou opérations pouvant être issues d'une fraude fiscale déroge au droit commun de la déclaration de soupçon : celle-ci présente une spécificité procédurale. En vertu de l'article L. 228 du Livre des Procédures Fiscales, un avis de la Commission des infractions fiscales est nécessaire pour appuyer la recevabilité des soupçons relevés par les personnes assujetties à l'obligation de déclaration. D'autre part, il est admis par la jurisprudence que l'infraction de blanchiment apparaît être une infraction autonome de celle de fraude fiscale[1340]. Ainsi, si les sommes soupçonnées de blanchiment ont été obtenues par le biais de la fraude fiscale, concrètement, l'avis de la Commission précité n'aura pas à être requis. L'article L. 651-15, I consacre cette solution en prévoyant une déclaration spécifique, dérogatoire, pour le cas de la présomption de détention de fonds issus d'une fraude fiscale.

818. Cette ordonnance du 30 janvier 2009, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, vient aussi durcir un peu plus la position du législateur à l'égard du banquier. Par les articles L. 561-5[1341] et L. 561-6[1342] du Code monétaire et financier, une obligation de vigilance à l'égard du client est instaurée, et confirme l'existence d'une obligation pour le banquier d'identifier son client, que la législation antérieure connaissait déjà. Ces obligations peuvent être modulées en fonction du risque que présente le client, le produit ou la nature de la relation d'affaires.

[1340] Cass. crim., 20 févr. 2008, n° 07-82.977 ; JCP éd. E 2008, 1861, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; D. 2008, p. 1585 ; D. 2009, p. 123 ; RSC 2008, p. 607 ; RTD com. 2008, p. 879.

[1341] Art. L. 561-5 (Ord. no 2009-104 du 30 janv. 2009, art. 2) I. — Avant d'entrer en relation d'affaires avec leur client ou de l'assister dans la préparation ou la réalisation d'une transaction, les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 identifient leur client et, le cas échéant, le bénéficiaire effectif de la relation d'affaires par des moyens adaptés et vérifient ces éléments d'identification sur présentation de tout document écrit probant.

Elles identifient dans les mêmes conditions leurs clients occasionnels et, le cas échéant, le bénéficiaire effectif de la relation d'affaires, lorsqu'elles soupçonnent que l'opération pourrait participer au blanchiment des capitaux ou au financement du terrorisme ou, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, lorsque les opérations sont d'une certaine nature ou dépassent un certain montant.

II. — Par dérogation au I, lorsque le risque de blanchiment des capitaux ou de financement du terrorisme paraît faible et dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, il peut être procédé uniquement pendant l'établissement de la relation d'affaires à la vérification de l'identité du client et, le cas échéant, du bénéficiaire effectif.

III. — Les personnes mentionnées au 9° de l'article L. 561-2 satisfont à ces obligations en appliquant les mesures prévues à l'article L. 561-13.

IV. — Les conditions d'application des I et II du présent article sont précisées par décret en Conseil d'État.

[1342] Art. L. 561-6 (Ord. no 2009-104 du 30 janv. 2009, art. 2) Avant d'entrer en relation d'affaires avec un client, les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 recueillent les informations relatives à l'objet et à la nature de cette relation et tout autre élément d'information pertinent sur ce client.

Pendant toute sa durée et dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État, ces personnes exercent sur la relation d'affaires, dans la limite de leurs droits et obligations, une vigilance constante et pratiquent un examen attentif des opérations effectuées en veillant à ce qu'elles soient cohérentes avec la connaissance actualisée qu'elles ont de leur client.

819. Alors que le principe veut que la nature et l'objet de la relation d'affaires doivent être déterminés avant l'entrée en relation et faire l'objet d'un suivi régulier conformément à l'article L. 561-8, la présence ou l'absence de risque peut moduler cette rigueur[1343]. Concrètement, quand le risque de blanchiment apparaît faible, le banquier peut identifier son client son client postérieurement à l'entrée en relation. Au contraire, quand celui-ci semble élevé, il devra procéder à toute la prudence nécessaire pour identifier son client et rester vigilant quant aux opérations que ce dernier réalise. Pour le cas où le banquier ne pourrait répondre aux exigences des articles L. 561-5, II et L. 561-6, ce dernier doit refuser d'exécuter toute opération contrairement ce que son rôle de mandataire lui impose de faire, et peut même cesser toute relation avec ce client jugé douteux, comme l'y oblige l'article L. 561-8. Sur le plan de l'obligation de vigilance proprement dite, la Directive, au travers de l'article L. 561-7, I, semble alléger la charge de celle-ci en permettant à l'établissement financier d'externaliser sa mise en œuvre. Ainsi, un tiers pourra recueillir des informations sur les clients de l'établissement de crédit pour le compte de ce dernier, dans des conditions que fixe un décret à venir. L'avantage de cette faculté pour le banquier est la possibilité d'éviter une répétition des procédures de vérifications, qui entraînerait un retard dans l'exécution des ordres émis par le client. Sur le plan organisationnel, c'est enfin un avantage pour les établissements de crédit qui n'ont pas le personnel suffisant à la réalisation de la tâche d'identifier précisément chaque client. A cet égard, l'externalisation de cette tâche paraît pouvoir faciliter l'exécution de l'obligation d'identification, et partant de l'obligation de vigilance dès lors que le banquier sait avec précision qui est son client.

820. Enfin, l'article L. 561-7, II favorise la collaboration entre organismes financiers dans la réalisation de cette obligation de vigilance en les autorisant à communiquer les informations recueillies par elles. Cette coopération, effective quant à l'exigence d'identification, se révèle être selon nous une dérogation majeure au principe du secret bancaire et une application typique de la transparence de la relation bancaire. En effet, les autres, établissements pouvant recueillir des informations auprès de la banque du client, apparaissent comme tiers au contrat liant ce dernier à sa banque. Cette application du principe

[1343] V. spécifiquement le décret n° 2009-1087 du 2 sept. 2009, publié au JO du 4 sept. 2009, p. 14660, qui vient préciser les règles issues de l'ordonnance du 30 janv. 2009. Le décret apporte des critères permettant la détermination du niveau de risque de blanchiment, ce qui détermine au regard de cet élément l'étendue des obligations des personnes mentionnées à l'article L. 561-2 du Code monétaire et financier. Sur les critères retenus pour l'évaluation du risque, V. art. R. 561-1 et suivants du Code monétaire et financier. V. à ce sujet, C. CUTAJAR, *La prévention du blanchiment par l'approche fondée sur le risque après le décret du 2 septembre 2009*, JCP éd. G 2009, n° 42, n° 338, p. 46.

de transparence à la relation de confiance entre les deux parties est spécifique : il ne s'agit plus, comme nous l'avions évoqué, de transparence au sein de la relation contractuelle, mais d'une transparence qui bénéficie aux tiers. L'on pourra toutefois avancer l'idée selon laquelle le banquier qui sollicite des informations des informations auprès d'un confrère, sur la situation d'un client de celui-ci, n'est en définitive plus tout à fait un tiers puisque, s'il se renseigne, c'est soit que ce client est aussi client du demandeur de l'information, soit qu'il est destiné à le devenir. Pour autant, les informations détenues par l'établissement financier sont obtenues au sein de la relation contractuelle liant cet établissement et le client soupçonné. Il nous semble alors que le client qui demande ces informations soit étranger à cette relation teintée d'*intuitu personae*, ce qui enjoint à penser que l'obligation de vigilance, ainsi que celle d'identification du client, réalisées par le biais du recours aux autres établissements financiers constitue une autre illustration légale du principe de transparence.

821. Enfin, sur le plan technique, l'on pourra remarquer l'opposition entre la définition du blanchiment par la directive et la notion de blanchiment que connaît le droit pénal et qui reprise à l'ordonnance du 30 janvier 2009. Alors qu'à la lumière du texte communautaire, comme nous y invite l'article 1er § 2 c), de la directive du 26 octobre 2005, il convient d'entendre par blanchiment « *l'acquisition, la détention ou l'utilisation de biens en sachant, au moment de la réception de ces biens, qu'ils proviennent d'une activité criminelle ou d'une participation à une telle activité* ». Or en droit français, cette infraction est constitutive du recel de blanchiment, et non du blanchiment lui-même[1344]. Nous regrettons que l'ordonnance n'ait pas harmonisée la définition du blanchiment que donne le Code pénal à l'article 324-1 en y intégrant le recel[1345].

822. Enfin, fiscalement, l'administration dispose de moyens légaux de contrôle, parmi ceux-ci, le « droit de communication » occupe une place particulière. L'article L. 83 du Livre des procédures fiscales dispose que « *les administrations de l'Etat, des départements et des communes, les entreprises concédées ou contrôlées par l'Etat, les départements et les communes, ainsi que les établissements ou organismes de toute nature soumis au contrôle de l'autorité administrative, doivent communiquer à l'administration, sur sa demande, les*

[1344] L'article 324-1 du Code pénal dispose en effet que « *le blanchiment est le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect* ».

[1345] V. aussi J. LASSERRE-CAPDEVILLE, *L'évolution des obligations du banquier*, AJ pénal 2006, p. 433 ; C. CUTAJAR, *La lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme*, JCP éd. G 2007, act. 524 ; C. CUTAJAR, *Le blanchiment, une infraction générale, distincte et autonome*, D. 2008, p. 1585.

documents de service qu'ils détiennent sans pouvoir opposer le secret professionnel, y compris les données conservées et traitées par les opérateurs de communications électroniques dans le cadre de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques et les prestataires mentionnés aux articles aux 1 et 2 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ». Ce droit de communication est vaste, et l'absence de précision sur l'objet de cette obligation invite à penser qu'elle constitue un obstacle au secret bancaire. Ce droit de communication est encore étendu puisque l'administration, via le Fichier des comptes bancaires, la FICOBA, qui recense les ouvertures, modifications ou clôtures de comptes[1346].

823. Il apparaît en définitive que le recours à l'intérêt public offre, à la défaveur du client, un large panel de situations dans lesquelles le secret bancaire est limité. Il est enfin des cas où c'est un intérêt privé qui commandera à limiter la portée de ce devoir de confidentialité.

2) Les limitations du secret bancaire fondées sur l'intérêt privé

824. La position de la jurisprudence est claire : le banquier ne peut délivrer aux tiers que des informations à caractère commercial et général sur son client. Concrètement, cela se traduira par toutes les informations connues de la Place : état de cessation des paiements, impayés, etc. Toute autre demande sur des renseignements de nature confidentielle se verra opposer par le banquier une fin de non-recevoir. Il existe cependant des cas, outre la levée du secret décidée par le client lui-même[1347], dans lesquels le banquier sera contraint de révéler ces informations. La loi en donne deux exemples. Si aux termes de l'article L. 311-22 du Code monétaire et financier, le créancier doit informer annuellement la caution du montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant dus, les tribunaux ont pu considérer que qu'il s'agissait d'une exception au secret bancaire, ce dernier doit être opposé à toute personne autre que la caution[1348]. En effet, cette exception a pour origine la conciliation que réalise le législateur entre « *les exigences du secret bancaire et les devoirs*

[1346] Toutefois l'accès à ce fichier reste très limité puisque l'arrêté du 13 déc. 2007 fixe les personnes pouvant y accéder, c'est-à-dire les personnes titulaires du compte ou leur mandataire désigné ou les tiers autorisés par décision de justice ou par un texte de loi.
[1347] Cass. com., 11 avr. 1995, n° 92-20.985, Bull. civ. IV, n° 121 ; RD bancaire et bourse 1995, n° 145, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD.
[1348] CA Colmar, 7 juin 2007, JCP éd. G 2007, II, n° 10178, note Ph. SIMLER ; Banque et droit 2007, n° 116, p. 59, obs. N. RONTCHEVSKY.

contractuels de la Banque envers les cautions[1349] ». Il en va de même pour l'article L. 341-6 du Code de la consommation pour les contrats de garantie ne relevant pas du financement d'une entreprise. La doctrine valide d'autres hypothèses : ainsi l'article 724 du Code civil dispose que « *les héritiers désignés par la loi sont saisis de plein de droit des biens, droits et actions du défunt* ». Les auteurs n'ont pas tardé à y voir comme conséquence l'inopposabilité du secret bancaire aux héritiers réservataires[1350]. Le moment de la disparition de la personne semble être la limitation du secret bancaire la plus couramment appliquée : en matière de procédures collectives[1351], ou encore en matière de divorce[1352]. En matière d'héritiers non-réservataires, qu'en est-il ? Depuis la dernière réforme du droit des successions par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006[1353], sont visés les père et mère, les ascendants ordinaires ainsi que les collatéraux ordinaires et privilégiés. A défaut de n'être pas ciblés par la règle de la réserve héréditaire, nous pensons que ces héritiers pouvoir bénéficier de la dérogation au secret bancaire qui profite aux réservataires[1354]. Par un arrêt du 30 mai 2007[1355], la Chambre commerciale de la Cour de cassation vient toutefois limiter ce droit de communication dont bénéficient les héritiers réservataires en répondant à la question qui est de savoir si ceux-ci peuvent être renseignés sur l'identité du porteur de bons anonymes souscrits par le *de cujus*. Pour le banquier, la date de remboursement des bons et l'identité du porteur étaient des informations confidentielles. Par cet arrêt, la Haute juridiction apporte une nuance aux solutions qui limitent l'obligation de confidentialité.

825. Toutefois la limitation la plus remarquable du secret bancaire réside dans l'application de l'article 10 du Code civil par les tribunaux. Celui-ci dispose que « *chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. Celui qui sans motif légitime se soustrait à cette obligation* (…) *peut être contraint d'y satisfaire* ». Si les articles 11 et 142 du Code de procédure civile donnent déjà au juge le pouvoir d'ordonner

---

[1349] CA Colmar, précité.

[1350] T. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 7ème éd., 2007, n° 415 ; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, Droit bancaire, Litec, 2005, 6ème éd., n° 175-1. Confirmation prétorienne par TGI Paris, 12 janv. 2005. V. aussi, note M. CANDAS sous TGI Marseille, 26 févr. 1973, Gaz. Pal. 1973, 1, p. 348.

[1351] Anc. art. 19 de la loi du 25 janv. 1985, V. CA Paris, 30 mars 2006.

[1352] Art. 259-3 al. 2 du Code civil par lequel le juge chargé de la liquidation du régime matrimonial peut demander la levée du secret bancaire. Solution étendue au profit du notaire, CA Poitiers, 13 mars 2007.

[1353] Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, parue au JO n° 145 du 24 juin 2006.

[1354] En ce sens, J. LASSERRE-CAPDEVILLE, *Le secret bancaire en 2007*, RLDA févr. 2008, n° 1493, p. 101, spécialement n° 23 ; CA PAU, 15 mai 2006, JCP éd. G 2007, II, n° 10156, note J. LASSERRE-CAPDEVIILE.

[1355] Cass. com., 30 mai 2007, Bull. civ. IV, n° 144 ; D. 2007, AJ, p. 1722, obs. V. AVENA-ROBARDET ; JCP éd. E 2007, n° 31-34, p. 16 ; RD bancaire et fin. 2007, n° 138, obs. F.-J CREDOT et T. SAMIN ; Banque et Droit sept.-oct. 2007, n° 29, obs. T. BONNEAU ; RJDA 2007, n° 1004 ; Dr. et patr. nov. 2007, p. 69, obs. J.-P. MATTOUT et A. PRUM ; RLDA sept. 2007, n° 42, obs. D. CHEMIN-BOMBEN.

la transmission des pièces détenues par les parties au litige, l'article 10 du Code civil trouve une spécificité en ce que l'on ne peut contraindre une personne à s'exécuter dès lors qu'elle dispose d'un intérêt légitime à ne pas concourir à la manifestation de la vérité. Peut-on intégrer à ce motif légitime le secret bancaire ? La jurisprudence penche régulièrement pour l'affirmative en affirmant que « *le secret professionnel constitue un empêchement légitime opposable au juge civil*[1356] ». La même solution est étendue aux mesures d'instruction *in futurum*, ordonnées hors de tout procès[1357].

CONCLUSION DU CHAPITRE

826. Le développement des mécanismes d'information sur l'existence d'un risque de disproportion de l'engagement du client, comme technique de protection contre le déséquilibre, semble participer à l'émergence de nouveaux principes : celui de la cohérence par lequel le contrat doit avoir une utilité pour le contractant, et celui de transparence par lequel celui-ci peut apprécier toute la portée de ses engagements. Au vrai, si l'une permet au client de retirer un avantage économique de la convention, l'autre permet de déceler avec plus d'acuité les risques liés à l'opération réalisée, lesquels viennent amputer cet avantage en cas de préjudice. Ces deux principes semblent donc interdépendants :

[1356] Cass. com., 23 avr. 2003, n° 00-16.696, inédit ; Cass. com., 8 juill. 2003, n° 00-11.993, Banque et droit 2004, n° 93, p. 54, obs. T. BONNEAU ; Cass. com., 13 nov. 2003, n° 00-19.573 ; JCP éd. E 2004, 736, n° 2, obs. J. STOUFFLET ; Banque et droit 2004, n° 94, p. 57, obs. T. BONNEAU ; Cass. com., 25 janv. 2005, n° 03-14.693, Bull. civ. IV, n° 13 ; Banque et droit 2005, n° 101, p. 70, obs. T. BONNEAU ; RTD com 2005, p. 395, obs. D. LEGEAIS ; Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-18.368 ; Banque et droit 2007, n° 113, p. 38, obs. T. BONNEAU.

[1357] Cass. com., 16 janv. 2001, n° 98-11.744, Bull. civ. IV, n° 12 ; D. 2001, actu. jur. p. 545, note A. LIENHARD.

CONCLUSION DU TITRE

827. Notre démonstration a pu aboutir à démontrer que le caractère trop abstrait, objectif et impersonnel des critères retenus par le législateur pour protéger le client, tant au moment de la formation du contrat, qu'à celui de son exécution ne permet pas, selon nous, de conduire à une protection efficiente du client. Efficace certes, celle-ci conduit cependant à protéger ce dernier pour les cas dans lesquels elle ne se justifie pas totalement. Au regard des règles relatives à l'information au stade de la formation du contrat, nous avançons que cette information n'est due qu'à celui qui l'ignore légitimement. Or postuler que l'information est imposée au professionnel lorsque le client contracte pour ses besoins non-professionnels, comme le fait le législateur consumériste[1358] enjoint à formuler une présomption d'ignorance de l'information que rien ne justifie.

828. Pour ces raisons, nous pensons que les techniques d'information, applicables en matière de disproportion de l'engagement du client à l'égard de la banque, qui prennent la forme d'une mise en garde, retiennent des critères qui nous paraissent davantage pertinents. Ils illustrent une manière de protéger efficacement le client tout en ménageant la banque qui risque de pâtir d'un formalisme informatif lourd et contreproductif.

[1358] V. ainsi les obligations d'informations, lourdes, de l'art. L. 311-10 du Code de la consommation, qui sont imposées à l'établissement de crédit lorsque l'emprunteur répond aux exigences des art. L. 311-2 et L. 311-3.

CONCLUSION DE LA PARTIE

829. L'étude de la protection du client par le biais des techniques relatives au contenu des prestations démontre la teneur des techniques réside dans l'idée de proportionnalité des obligations contractuelles.

Il n'est pas toutefois pas question de fonder cet équilibre des prestations sur l'idée de juste, les relations bancaires se caractérisant avant tout par la liberté contractuelle. Il est plutôt question de faire en sorte que le contrat soit utile pour le client., et donc que l'engagement de ce dernier, tenant souvent en une prestation de nature économique, soit efficiente. La proportionnalité en matière de garantie comme sanction du gaspillage de crédit par le créancier en est l'exemple typique.

L'appréciation de cette disproportion portera précisément sur l'existence du risque aggravé que le banquier fait courir à son client, pour le cas où ce dernier n'en a pas légitimement connaissance. Nous avons en effet démontré que la situation personnelle du client avait une influence sur l'appréciation de cette disproportion. Partant, il serait injustifié de protéger le client contre le caractère excessif de sa prestation quand il pouvait lui-même éviter la réalisation d'un préjudice par la connaissance de ce risque aggravé.

Conquémment, et pour le banquier, les techniques de protection fondées sur l'équilibre des prestations caractérisent la faute qui entraînera la sanction de celui-ci. Ainsi, la sanction du banquier est fondée sur le caractère illégitime de son attente. Concrètement, cela doit être appréhendé comme l'équilibre entre la contrepartie exigée de son débiteur et la contrepartie qu'il est raisonnable d'attendre de lui, compte tenu de sa situation.

Afin de permettre une protection efficace du client contre la disproportion, les techniques de protection se fondent désormais sur sa capacité à permettre d'apprécier la pleine portée de son engagement. Ces techniques prennent la forme de la cohérence contractuelle qui s'attache à éviter que la prise en compte du déséquilibre contractuel, potentiel, ne soit rendue plus difficile par le comportement du banquier.

Il en va de même avec le principe de transparence lorsque le législateur et la jurisprudence impose un devoir de clarté imposé au banquier.

CONCLUSION GENERALE

830. L'analyse de la protection du client de la banque sous l'angle de la technique permet désormais de présenter les apports de l'étude de celles-ci. Nous présenterons ci-dessous les apports de notre réflexion.

Premier appport : Nous avons montré pu montrer que le consensualisme n'est plus seulement un modalité de formation des conventions, mais qu'il est aussi une technique de protection du cocontractant de la banque.
Le consensualisme n'est pas, contrairement à l'opinion communément admise, uniquement un danger pour le consentement de la partie qui s'oblige. Au contraire, elle permet au cocontractant de le rendre créancier de l'obligation réciproque dès l'échange des consentements, sans devoir attendre un événement ultérieur, comme c'est le cas avec la remise des fonds dans le contrat de prêt.

Deuxième apport : Par l'effet du consensualisme, l'emprunteur devient créancier des fonds promis. Il s'agit désormais d'un prêt de nature consensuelle quand le créancier est un professionnel du crédit. Pourtant, contrairement à ce qu'affirme la jurisprudence, nous affirmons que la cause de l'obligation de l'emprunteur ne réside pas dans la remise de la chose. Elle réside au contraire dans la mise à disposition de la chose. Ainsi, si les fonds prêtés ont une destination contractuelle qui ne permet à l'emprunteur de les utiliser utilement, alors l'obligation de celui-ci ne serait plus causée. C'est l'exemple du prêt destiné à financer une acquisition qui ne peut être réalisée et que le contrat de prêt n'est pas conclu sous condition résolutoire de formation du contrat principal.

Troisième apport : En matière de contrat de prêt à taux variable, la jurisprudence considère que qu'il n'est pas fait obligation au prêteur, en cas de stipulation de révision du taux d'intérêt originel selon l'évolution d'un indice objectif, d'informer l'emprunteur de la modification du TEG résultant d'une telle révision. Pourtant que rien n'indique le client ait connaissance du calcul de nouveau taux, nous affirmons donc que la révision du taux de l'article L. 313-8 du Code monétaire et financier devrait être toujours transmise par écrit au client.

Quatrième apport : Compte tenu du risque de gaspillage du crédit engendré par la constitution d'une fiducie-sûreté, nous pensons qu'il convient de généraliser la proportionnalité de la garantie à la dette de l'article L. 650-1 du Code de commerce.
Nous proposons donc de généraliser ce principe de proportionnalité par un nouvel article dont voici une rédaction possible :
« *La sûreté donné au créancier par un garant ne peut procurer aucun enrichissement à ce créancier. Si la valeur de la sûreté excède la valeur de la dette, la réalisation de cette sûreté, après appel du garant, conduit le créancier à reverser la part excédentaire à ce dernier sur le fondement de l'action de in rem verso* ».

Cinquième apport : L'article L. 131-73 du Code monétaire et financier prévoit une information du tireur lors d'un chèque émis sans provision. Cette obligation d'information constitue un type nouveau d'obligation d'information, destiné à éviter pour le tireur la survenance d'un préjudice qu'il a lui-même contribué à créer.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

AUBRY (Ch.) et RAU (Ch.), *Droit civil français*, t. 12, Preuve, prescription, 6ème éd., par P. ESMEIN, éd. Librairies techniques, 1958

BENABENT (A.), *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 6ème éd., 2004

BEUDANT (C.), *Cours de droit civil français*, t. 9, *Les contrats et les obligations*, avec le concours de LAGARDE (G.) et PERROT (R.), 2ème éd., Librairie Rousseau, Paris, 1953

BONNEAU (T.), *Droit bancaire*, Montchrestien, 7ème éd., 2007

BONNEAU (T.) et DRUMMOND (F.), *Droit des marchés financiers*, Economica, 2005

CABRILLAC (M.) et MOULY (Ch.), *Droit des sûretés*, Litec, 8ème éd., 2007

CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, 4e éd., Litec, 2004, n° 515, p. 288

CAPITANT (H.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, t. 2, 11ème éd. par TERRE (F.) et LEQUETTE (Y.), 2000

CALAIS-AULOY (J.) et STEINMETZ (F.), *Droit de la consommation*, 6ème éd., Dalloz, 2003

CARBONNIER (J.), *Les obligations*, Thémis droit privé, PUF, t. 4, 2004

CHRISTIANOS (V.) ET PICOD (Y.), Consommateur, *Rép. dr. communautaire*, V. « consommateur »

CORNU (G.), Droit civil, *introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien, 12ème éd., 2005

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2005

DAMMANN (R.), *Banque et banquiers responsables*, in *Responsabilité et régulations économiques*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2007, p. 73

ESCARRA (J.), *Principes de droit commercial*, Sirey, t. 6, 1936

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *L'acte juridique*, Droit civil, Sirey-Université, 12ème éd., 2006

DEMOGUE (R.), *Traité des obligations*, t. 3, 1931

DEMOLOMBE (Ch.), Cours de Code napoléon, t. XXV, *Traité des contrats et des obligations en général*, t. II, 1878

GAVALDA (Ch.) et STOUFFLET (J.), *Droit du crédit* ; t. 1 : les institutions, Litec 1990
GAVALDA (Ch.) et STOUFFLET (J.), *Droit bancaire*, Litec, 7ème éd., 2008

GHESTIN (J.), JAMIN (Ch). et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 4ème éd., 1999

GHESTIN (J.) et GOUBEAUX (G.), *Traité de droit civil*, *Introduction générale*, 4ème éd., avec le concours de FABRE-MAGNAN (M.), LGDJ, 1994

HUET (J.), *Les principaux contrats spéciaux*, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, 2ème éd. 2001

LEGEAIS (D.), *Sûretés et droit du crédit*, LGDJ, 5ème éd., 2006

MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Les obligations*, Droit civil, Defrénois, 3ème éd., 2007

MALAURIE (P.) et AYNES (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Defrénois, 3ème éd., 2007
MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Droit du crédit*, Cujas, 2ème éd., 1988

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil, t. 1 : introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 2ème éd. 1972

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil, Les obligations*, 2ème éd., Sirey, t. 2, par JESTAZ (Ph.), 1989

MOTULSKY (H.), *Droit processuel*, Montchrestien, 1973

PEROCHON (F.), Entreprises *en difficultés, Instruments de paiement et de crédit*, LGDJ, 7ème éd., n° 82

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, 2ème éd., par P. ESMEIN, LGDJ, 1952

PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, t. 2, 6ème éd., 1912

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, Obligations, avec le concours de ESMEIN (P.), RADOUANT (J.) et GABOLDE (G.), LGDJ, 1954

PIEDELIEVRE (S.), *Droit bancaire*, PUF Thémis, 2003

PIEDELIEVRE (S.), *Droit de la consommation*, Corpus droit privé sous la direction de N. MOLFESSIS, ECONOMICA, 2008

RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial*, LGDJ, 17ème éd., 2004, par DELEBECQUE (Ph.) et GERMAIN (M.), t. 2

RIVES-LANGE (J.-L.) et CONTAMINE-RAYNAUD (M.), *Droit bancaire*, 6ème édition, 1995

STARCK (B.), *Droit civil, Obligations*, t. 2, Le contrat, 6ème éd. par ROLAND (H.) et BOYER (L.), 1998

TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 10ème éd., 2008

MONOGRAPHIES

AYNES (L.), *Formalisme et prévention, Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982

BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et DE LOYNES (P.), *Du nantissement, des privilèges et hypothèques*, t. III, 1906

BATTIFOL (H.), *Philosophie du droit*, 4ème éd., 1970

BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et DE LOYNES (P.), *Du nantissement, des privilèges & hypothèques et de l'expropriation forcée*, Larose, t. 1er, 1895

BEHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.), *Traité des contrats*, sous la direction de J. GHESTIN, *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999

BERGEL (J.-L.), *Les ventes d'immeubles existants*, Litec 1983

CABRILLAC (M.), *La lettre de change dans la jurisprudence,* coll. Recueil systématique de jurisprudence commentée, Librairies techniques, 2ème éd., 1978

CARBONNIER (J.), *Flexible Droit*, LGDJ, 2001

CAYROL (N.), *Les actes ayant pour objet l'action en justice*, Economica, 2001

COLLARD-DUTILLEUL (F.), *Les contrats préparatoires à la vente à la vente d'immeuble*, Coll. Immobilier - Droit et gestion, Sirey, 1988

FALETTI (F.), *La vente à crédit des biens de consommation*, Litec, 1981

FADLALLAH (I.), *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982

FOUILLEE (A.), *La Science sociale contemporaine*, 1880

GAVALDA (Ch.) et PARLEANI (G.), *Traité de droit communautaire des affaires*, Litec, 1992

GENY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique*, LGDJ, 1954

GUILLOUARD (L.), *Traités du prêt, du dépôt & du séquestre*, DURAND (A.) et PEDRONE-LAURIEL Editeurs, 1892

GRUA (F.), *Les contrats de base de la pratique bancaire*, Litec, 2001

GRUA (F.), *Contrats bancaires*, Economica, 1990

LAGARDE (X.), *L'endettement des particuliers*, LGDJ, 2ème éd., 2003

LANDRY (B.), *Le consommateur européen : une notion éclatée, dans Vers un Code européen de la consommation*, Bruylant

MAZEAUD (H. et L.), TUNC (A.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6ème éd., Montchrestien 1965

Mélanges AEDBF-France III, Banque éditeur, 2001

POSNER (R.-A.), Economic Analysis of Law, 3ème éd., Boston, Little Brown, 1986

POUGHON (J.-M.), *Histoire doctrinal de l'échange*, LGDJ, 1987

PRUM (A.), LECLERCQ (P.) et MOURIER (M.), *Relations entreprises-banque*, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, 2003

REMY (Ph.), *Droit des contrats : questions, positions, propositions, Le droit contemporain des contrats*, 1987, p. 271

RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4ème éd., 1949

ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Adages du droit français*, Litec, 4ème éd., 1999

ROUTIER (R.), *Obligations et responsabilité du banquier, Dalloz Référence*, 2ème éd., 2008

SALEILLES (R.), *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, 1909

SANTACREU (M.), *La protection de l'emprunteur immobilier*, éd. Du Moniteur (Coll. Act. Juridique) 1982

SIMLER (Ph.), *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, 4ème éd., 2008

THOMASSET (C.), VANDERLINDEN (J.) et JESTAZ (Ph.), *François GENY, Mythe et réalités, 1899-1999, Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique*, éd. Y. Blais-Dalloz-Bruylant, 2000

VASSEUR (M.) et MARIN (X.), *Le chèque*, Sirey, 1969

DE VAUPLANE (H.) et BORNET (J.), *Droit des marchés financiers*, Litec, 2001

VILLEY (M.), *Philosophie du droit*, Dalloz, 1986, T. 1

THESES

ANDRONESCO (D.), *L'inégalité des prestations dans les contrats*, th. Paris, 1922

ARAUD (N.), *La rescision pour cause de lésion dans les contrats aléatoires*, th. Toulouse, 1941

ATTARD (J.), *Le contrat de prêt d'argent, contrat unilatéral ou contrat synallagmatique*, préface. P. DELEBECQUE, PUAM, 1999

AUBERT (J.-L.), *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, n° 248, 1970

AZEMA (J.), *La durée des contrats successifs*, th. LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1969

BAKOUCHE (D.), *L'excès en droit civil*, th. Paris II, Bibliothèque de droit privé, n° 432, 2005

BASTIAN (D.), Essai *d'une théorie générale de l'inopposabilité*, th. Paris, 1929

BELLOIR (A.), *Théorie générale des contrats spéciaux*, th. Paris II, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, n° 383, 2003

BENAC-SCHMIDT (F.), *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris I, éd. 1983

BERTHIAU (D.), *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, th. Paris II, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, n° 320, 1999

BLERY (C.), *L'efficacité substantielle des jugements civils*, préf. P. MAYER, th. LGDJ, 2000

BOUCARD (F.), *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, th. PUAM, 2002

BOYER (Y.), *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat*, th .Aix 1977

BROS (S.), *L'interdépendance contractuelle*, th. Paris II, 2001

BRUNEAU (Ch.), *La distinction entre les obligations monétaires et les obligations de en nature*, th. Paris II, 1974

CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, th. Paris 1923

CERMOLACCE (A.), *Cause et exécution du contrat*, th. Aix, PUAM éd. 2001

CHABAS (C.), *L'inexécution licite du contrat*, th. LGDJ, Bibliothèque de droit privé, n° 380, 2002

CHARDIN (N.), *Le contrat de consommation à crédit et l'autonomie de la volonté*, th. LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1988

CORGAS-BERNARD (Ch.), *la résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée*, sous la direction de C. JAMIN, th. Aix-Marseille, PUAM, 2006

DARTIGUELONGUE (B.), *L'ouverture de crédit*, th. Paris, 1938

DE LA ASUNCION PLANES (K.), *La réfaction du contrat*, préface d'Y. PICOD, th. Perpignan, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2006, n° 476

DELEBECQUE (Ph.), *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, th. Aix-Marseille, 1981

DJUVARA (T.), *Du prêt à intérêt*, th. Paris, 1868

EL-GAMMAL (M.-M.), *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques*, th. Paris, 1953

FIN-LANGER (L.), *L'équilibre contractuel*, th. Orléans, Bibliothèque de droit privé, n° 366, 2002

FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, th. LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1992

GINOSSAR (S.), *Droit réel, propriétés et créances : élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, th. LGDJ, 1960

GJIDARA (S.), *L'endettement et le droit privé*, th. LDGJ, Bibliothèque de droit privé, 1999, t. 316

GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, th. Dijon, 1912

GROSSER (P.), *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, th. Paris I, 2000, n° 204

GRYNBAUM (L.), *Le contrat contingent, L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, th. Paris II, 1998

HOUTCIEFF (D.), *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préface de H. MUIR-WATT, PUAM, 2001, t. 1

KAYSER (P.), préf. de MAZEAUD (H.), *La protection de la vie privée par le droit*, Economica, 1995, 3ème éd.

LABARTHE (F.), *La notion de document contractuel*, th. Paris I, éd. 1994

LAOUNI (Z.), Le juge et la résolution du contrat, th. Lille II, 2001, sous la direction de Ch. JAMIN

LARTIGOLLE (J.), *Justice commutative et droit positif*, th. Bordeaux, 1957

LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), *Le secret bancaire : étude de droit comparé France, Suisse, Luxembourg*, th. PUAM, 2006, n° 19

LEDAN (J.), *La notion d'investisseur en droit privé et en droit fiscal*, sous la direction de M. le Professeur CAUSSE, th. Reims, 2008

LE GAC-PECH (S.), *La proportionnalité en droit privé*, Bibliothèque de droit privé, n° 335, 2000

LIBCHABER (R.), *Recherches sur la monnaie en droit privé*, th. Paris I, 1992

MARTY (R.), *De l'absence partielle de cause de l'obligation et de son rôle dans les contrats à titre onéreux*, th. Paris II, 1995

MAYER (P.), *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, coll. Bibliothèque de droit international privé, th. préf. BATTIFOL, Dalloz, 1973

MOULY (Ch.), *Les causes d'extinction du cautionnement*, th. Litec, 1979

MOURALIS (J.-L.), *La notion d'aléa et les actes juridiques aléatoires*, th. Grenoble, 1968

NOBLOT (C.), *La qualité du contractant comme critère légal de protection : essai de méthodologie législative*, th. Paris XI, Bibliothèque de droit privé, n° 382, LGDJ, 2002

OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.), *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. Paris II, éd. 2002

OUTIN-ADAM (A.), *Essai d'une théorie des délais en droit privé, Contribution à l'étude de la mesure du temps par le droit*, th. Paris II, 1987

PETEL (Ph.), *Les obligations du mandataire*, th. Paris, Litec, 1988, n° 399

PIGACHE (Ch.), *Le mandat d'intérêt commun*, th. Paris V, 1991
PIMONT (S.), *L'économie du contrat*, préf. de J. BEAUCHARD, th. Aix-Marseille, PUAM, 2004

PUTMAN (E.), *La formation des créances*, th. Aix-en-Provence, 1987

SALEILLES (R.), *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, 1909

SCHINDLER-VIGUIE (S.), *La notion de juste prix en droit positif français*, th. Paris II, 1993

TAISNE (J.-J.), *La notion de condition dans les actes juridiques, Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, th. dactyl. Lille 1977

TALYANDE (J.), *Du prêt à intérêt en droit romain et en droit français,* th. Paris, 1867

THUILLIER (B.), *La représentation, étude de droit privé*, th. Paris X, éd. 1996

VALORY (S.), *La potestativité dans les rapports contractuels*, préface J. MESTRE, th. PUAM, 1999

VEZIAN (J.) , *La responsabilité du banquier en droit privé français*, th. Montpellier, Litec, FNDE, Bibliothèque de droit de l'entreprise, 3ème éd., 1983

VOIDEY (N.), *Le risque en droit civil*, th. Aix-Marseille, 2005

ARTICLES

ADELLE (J.-F.), Le *régime du nantissement de compte d'instruments financiers se modernise*, Option finance 2005, n° 830, p. 34

AGOSTINI (E.), *De l'autonomie de la sauvegarde de justice*, D. 1994, p. 235

AMRANI-MEKKI (S.), *Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ?*, JCP éd G 2008, I, 160

ANCEL (F.), *La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile*, Gaz. Pal., 11-12 juill. 2008

ANCEL (P.), *Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés*, rapport aux 16èmes entretiens de Nanterre, 17 et 18 mars 1989, JCP éd. G 1989, Cahiers du droit de l'entreprise n° 5, p. 3

ATIAS (Ch.), *Propos sur l'article L. 341-4 du code de la consommation*, D. 2003, p. 2620, n° 14

AVENA-ROBARDET (V.), *Réforme inopinée du cautionnement*, D. 2003, p. 2083

AVENA-ROBARDET (V.), *MURCEF et autres : Nouveautés dans les relations banque-client*, D. 2002, p. 186

AVENA-ROBARDET (V.), *Améliorations des relations entres les établissements de crédit et leurs clients*, D. 2005, p. 139

AVENA-ROBARDET (V.), *La situation irrémédiablement compromise du débiteur exploitée par la caution,* D. 2003, p. 2308.

AVENA-ROBARDET (V.), *Compensation : virement reçu le jour de l'ouverture d'une procédure collective*, D. 2007, p. 2464

AYNES (L.), *La réforme du cautionnement par la loi Dutreil*, Dr. et patr. nov. 2003, p. 28

AYNES (L.), *La condition d'obtention d'un prêt dans une promesse unilatérale de vente*, D. 1988, chron. p. 283

BAILLOD (R.), *Le droit de repentir*, RTD civ., 1984, p. 226

BANDRAC (M.) et CROCQ (P.), *L'obligation d'information annuelle de la caution et la loi relative à la lutte contre les exclusions : chronique de difficultés jurisprudentielles à venir !*, RTD civ. 1998, p. 955

BARON (M.), *Formules de promesse unilatérale de vente soumise à la loi du 13 juillet 1979*, Defrénois, 1981, art. 32747, p. 1265

BELOT (J.), *Compte de dépôt et compte courant en matière bancaire [de la dualité à l'unité]*, RJ com. 1985., p. 41

BENAC-SCHMIDT (F.), *La promesse unilatérale de vente*, D. 1990, chron. p. 8

BERGEL (J.-L.), *La condition suspensive de l'obtention des prêts immobiliers*, JCP éd. N 1988, I, p. 225

DE BERMOND DE VAULX (J.-M.), *La détermination du prix dans les contrats de vente*, JCP éd. G 1973, I, 2567

BERNARD DE SAINT AFRIQUE (J.), *Du devoir de conseil*, Defrénois 1995, p. 913-926

BIARDEAUD et Ph. FLORES (G.), *Information annuelle de la caution et article 2293 du code civil : mais où reste donc le contentieux ?*, D. 2007, p. 174

BILLIAU-LEPAGE (A.), *Le paradoxe du formalisme informatif, Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2004, p. 610

BIOLAY (J.-J.), *La nouvelle directive européenne relative aux pratiques déloyales : défense prioritaire du consommateur et pragmatisme*, Gaz. Pal. 9 et 10 nov. 2005, p. 3

BONHOMME (R.), *Aspects bancaires de la loi MURCEF du 11 décembre 2001*, Banque et droit, mars-avril 2002, p. 3

BONHOMME (R.), *Les aspects bancaires de la loi MURCEF*, Banque et Droit, n° 82, mars-avr. 2002, p. 3

BONHOMME (R.), *Aspects bancaires de la loi Murcef du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, Banque et droit 2002, p. 3

BONHOMME (R.), *La place des établissements de crédit dans les nouvelles procédures collectives*, Mélanges BOULOC, Dalloz, 2006, p. 59, n° 16

BONHOMME (R.), *Proposition díanalyse de l'effet de réglement des comptes bancaires*, PA, 21 juin 2001, p. 4

BONNARD (F.), *Lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme : ce qui change pour le secteur bancaire et financier*, JCP éd. E 2009, 1273, p. 11.

BONNEAU (T.), *Des nouveautés bancaires et financières issues de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, JCP éd. E 2002, 118

BONNEAU (T.), *Réforme du cadre juridique des fonds communs de créances*, RD bancaire et fin. 2008, n° 4, p. 71

BONNEAU (T.), *Des nouveautés bancaires et financières issues de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, JCP éd. E 2002, I, p. 118

BORYSEWICZ (M.), *Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats, Réflexions à propos de la loi n° 78-83 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur de produits et de services*, *Etudes P. KAYSER*, t. 1, p. 91

BOSSIN, FAUGEROLAS, FERNANDEZ-BOLLO et TAUFFLIEB, *Le devoir de conseil du banquier en matière de produits dérivés*, D. Affaires 1998, p. 1578

BOURDALLE (N.) et LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), *Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier*, Banque et Droit, mai-juin 2006, p. 17

BOUTEILLER (P.), Le *nouveau cadre juridique des relations entre les banques et leurs clients*, Contrats conc. consom. 2002, 4

BOUTEILLER (P.), *Les nouvelles mesures régissant les relations entre les établissements de crédit et leurs crédits*, RLDA févr. 2008, n° 24

BOUJEKA (A.), *Le délai de réflexion et le délai de rétractation*, RD bancaire 2004, p. 219

BOYER (L.), *A propos des clauses d'indexation : du nominalisme monétaire à la justice contractuelle,* in *Mélanges dédiés à G. MARTY*, 1978, p. 96

BRUN (P.), Le droit de revenir sur son engagement, Dr. et patr. 1998, p. 60

CABRILLAC (M.), *Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale*, in *Mélanges MARTY*, 1978, p. 235

CAFFET (M.-C.), *La nouvelle convention de compte*, Banque 2002, p. 24

CALAIS-AULOY (M.-Th.), *Fondement du lien juridique unissant vente et prêt dans le « prêt lié »*, JCP éd. E 1984, II, 14182

CANIVET (G.), *La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français*, XVIème Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Brisbane 14-20 juillet 2002

CAUSSAIN (J.-J.), *A propos du devoir de loyauté des dirigeants de société*, in *Mélanges B. MERCADAL*, Francis Lefèvre, 2002, p. 303

CAUSSE (H.), *Droit de la consommation et droit bancaire : l'embrouille*, AGEFI, 22 janv. 2002, p. 2

CAUSSE (H.), *Impertinences sur l'obligation d'information et la responsabilité de l'intermédiaire financier*, *Mélanges D. SCHMIDT*, Joly Editions, 2005, p. 147

CAUSSE (H.), *Le devoir de mise en garde du banquier, La mise en garde, le mis en garde*, Colloque sur le devoir de mise en garde du 29 mars 2007 de la faculté de droit de Clermont-Ferrand (EA 982) ; RD bancaire et fin. nov. 2007, n° 25, p. 74.

CAUSSE (H.), *L'obligation de restitution du banquier dépositaire peut-elle être payante*, RD bancaire et fin. 2003, p. 315.

CERLES (A.), *Incidences bancaires de la loi relative à la lutte contre les exclusions, incidences sur les cautionnements de personnes physiques*, Banque et droit n° 64, mars-avr. 1999, p. 3

CHVIKA (E.), *La responsabilité des intervenants dans le cadre d'une introduction en bourse, RD bancaire et fin. 2008*, sept-oct. 2008, n° 19, p. 12.

CHEMIN-BOMBEN (D.), *Devoir de mise en garde du banquier : un arrêt ça va trois…bonjour les débats !*, RLDA, sept. 2006, p. 34

CHRISTIANOS (V.), *Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs*, D. 1993, chron. 28.

CLEMENT (J.-F.), *Le banquier, vecteurs d'informations*, RTD com. 1997, p. 203

COHEN-JONATHAN (G.), Juris-Cl. Europe, fasc. 6520, n° 91

COMBESCURE (F.), *Existe-t-il des contrats réels en droit français ?*, Rev. crit. lég. et jur. 1903

CONSTANS (E.), *Les progrès de la relation banques-consommateurs*, Banque magazine oct. 2004, n° 662, p. 33

COSTA (J.-P.), *Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, AJDA, 1988, p. 434

COTTEREAU (V.), *La clause réputée non écrite*, JCP éd. G 1993, I, 3691

CREDOT (F.-J.), *Le principe de non-ingérence et le devoir de vigilance, état de la jurisprudence avant la loi nouvelle*, participation au colloque organisé le 25 octobre 1990, par l'ANJB et les revues Banque et Banque et Droit, sur le blanchiment de l'argent, Banque, 1990, n° HS, p. 17

CROCQ (P.), *Les développements récentes de l'obligation d'information de la caution, Mélanges M. CABRILLAC*, p. 349

CROCQ (P.), *L'obligation d'information annuelle de la caution et la loi relative à la lutte contre les exclusions : chronique de difficultés jurisprudentielles à venir*, RTD civ. 1998, p. 955

CROCQ (P.), *La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés*, D. 2006, chron. p. 1306

CROCQ (P.), *Sûretés et proportionnalité*, in *Mélanges SIMLER*, Dalloz-Litec, 2006, p. 291

CROCQ (P.), *La future réforme du droit français des sûretés réelles*, RLDC 2005/20, n° 829

CROCQ (P.), *Réforme des procédures collectives et sort des créanciers munis de sûretés*, Dr. et patr. mars 2006, p. 90

CUTAJAR (C.), *La lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme*, JCP éd. G 2007, act. 524

CUTAJAR (C.), *Les nouvelles obligations de la lutte anti-blanchiment après l'ordonnance du 30 janvier 2009*, Joly Bourse mars-avr. 2009, p. 88

CUTAJAR (C.), *Le blanchiment, une infraction générale, distincte et autonome*, D. 2008, p. 1585

CUTAJAR (C.), *La prévention du blanchiment par l'approche fondée sur le risque après le décret du 2 septembre 2009*, JCP éd. G 2009, n° 42, n° 338, p. 46

DAGOT (M.), *Vente d'immeuble et protection de l'acquéreur emprunteur (loi du 13 juillet 1979)*, JCP 1980, I, p. 39

DAIGRE (J.-J.), *L'information de l'investisseur sur les marchés spéculatifs*, RD bancaire et fin nov.-déc. 2002, p. 352

DAIGRE (J.-J.), *La responsabilité civile de l'intermédiaire financier en matière d'ordre de bourse et de couverture*, Banque et Droit mars 2000, n° 41

DAIGRE (J.-J.), *Le petit air anglais du devoir de loyauté des dirigeants*, in *Mélanges Pierre BEZARD*, Petites Affiches-Montchrestien, 2002, p. 79

DAIGRE (J.-J.), *Loi « MURCEF » et droit bancaire*, JCP éd. G 2002, I, n° 117

DAIGRE (J.-J.), *Loi MURCEF et droit bancaire*, JCP éd. G 2002, I, 117, p. 437

DAIGRE (J.-J.), *Loi MURCEF et droit bancaire*, JCP éd. G 2002, I, 117

DAMMANN (R.) et PODEUR (G.), *Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution ?*, D. 2007, p. chron. p. 1359

DANIEL (J.), *Le devoir de mise en garde du banquier*, LPA, 18 févr. 2008, n° 35, p. 5

DARGENT (L.), *Réforme de la fiducie par la LME*, D. 2008, p. 2133

DELEBECQUE (Ph.), Où *est donc passée la liberté contractuelle ?*, D. 1994, som. com. p. 209 et Defrénois 1994, art. 35845, p. 821

DELPECH (X.), *LME : lutte contre le blanchiment des capitaux*, D. 2008, p. 2277

DEPREZ (J.), *La lésion dans les contrats aléatoires*, RTD civ. 1955, p. 1

DESTRAZ (S.), *Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation*, Contrats, conc. consom. 2004, p. 7

DEROUIN (J.), *Pour une analyse « fonctionnelle » de la condition*, RTD civ. 1978, p. 1

DIDIER (P.), *Brèves notes sur le contrat d'organisation*, Mélanges F. TERRE, 1999, p. 636.

DIKOFF (L.), *L'évolution de la notion de contrat,* in *Etudes de droit civil à la mémoire de H. CAPITANT*, 1939, p. 210

DJOUDI (J.), *Les nullités dans les relations individuelles de travail*, D. 1995, p. 192

DONDERO (B.), *Les apports de loi MURCEF en matière de droit bancaire*, LPA 17 janv. 2002, p. 4 et LPA 18 janv. 2002, p. 4

DJOUDI (J.) et BOUCARD (F.), *La protection de l'emprunteur profane*, D. 2008, chron. p. 500

DUPICHOT (J.), *Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 et suivants du Code civil*, in *Etudes en l'honneur de J. FLOUR*, Defrénois, Paris, 1979, p. 195

FABRE-MAGNAN (M.), *Le mythe de l'obligation de donner*, RTD civ. 1996, p. 85

FABRE-MAGNAN (M.), *Propriété, patrimoine et lieu social*, RTD civ. 1997, p. 584

FERNANDEZ (J.-M.), *Contractualisation des conditions de facturation des services bancaires*, LPA 9 mai 1997

FERNANDEZ (J.-M.), *L'information annuelle des cautions : une obligation légale universalisée*, LPA 27 févr. 1998, n° 25, p. 9

FREYA (Ch.), *Le prix de vente symbolique*, D. 1997, chron. p. 51, n° 1

FREYRIA (C.), *La responsabilité du banquier dispensateur de crédit dans l'actualité juridique*, RD bancaire 1987, p. 80

FRISON-ROCHE (M.-A.), *Le modèle de marché,* Archives de philosophie du droit, t. 40, Dalloz, 1995, p. 226

GAVALDA (Ch.), *La protection de l'information des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédits*, D. 1878, chron. 189

GHESTIN (J.), *La cause de l'engagement de l'emprunteur depuis que certains prêts ne sont plus des contrats réels*, D. 2007, p. 50

GHESTIN (J.), *La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil*, Mélanges Weill, 1983, p. 243

GOSSOU (S.), *Directive relative aux crédits à la consommation: impacts sur les assurances emprunteurs*, Banque et droit juill.-août 2008, n° 39

GOURIO (A.), *Le prêteur est-il réellement tenu d'une obligation de conseil envers le particulier emprunteur ?*, RD bancaire, janv.-févr. 2001, p. 52

GRYNBAUM (F.), *Contrats entre absents : Les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation*, D. 2003, p. 1706

GRUA (F.), *Le dépôt de monnaie en banque*, D. 1998, chron. p. 259.

GRUA (F.), *Le prêt d'argent consensuel*, D. 2003, p. 1492

GUTMANN (D.), La *fonction sociale de la doctrine juridique, brèves réflexions à partir d'un ouvrage collectif sur Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, RTD civ. 2002, p. 455

HEBRAUD (P.), *Observations sur la notion du temps dans le droit civil,* in *Etudes offertes à P. KAYSER*, t. II, 1979, p. 3

D'HEROUVILLE (J.-G.), *La notion d'investisseur averti*, Banque et droit 1998, n° 57, p. 20

HOUTCIEFF (D.), *Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi pour l'initiative économique*, JCP éd. G 2003, I, 163

HUET (J.), *Critique de la jurisprudence de l'Assemblée plénière sur l'indétermination du prix*, Contribution aux mélanges en l'honneur d'Alain SAYAG, Litec 1997, p. 311

JAMIN (Ch.), *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, Le contrat au début du XXIème siècle*, in *Etudes offertes à J. GHESTIN*, LGDJ, 2001

JESTAZ (Ph.), *L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945, L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées SAVATIER 1985, p. 117

JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), *Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ?*, RTD civ. 1985, p. 3

JOURDAIN (P.), *Le devoir de «se» renseigner, Contribution à l'étude de l'obligation de renseignement*, D. 1983, chron. p. 139

KULLMAN (J.), *Clauses réputées non écrites*, D. 1993, p. 59

LABORDE (C.), *De la responsabilité des banques en matière de crédit aux entreprises en difficultés*, LPA, n° 5, 12 janv. 1994, p. 34

LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), *L'évolution des obligations du banquier*, AJ pénal 2006, p. 433

LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), *Le secret bancaire en 2007*, RLDA févr. 2008, n° 1493, p. 101

LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), *Que reste-t-il au XXIème siècle du devoir de non-ingérence du banquier ?*, Banque et droit 2005, p. 11

LASSERRE-CAPDEVILLE (J.), Les systèmes de règlements interbancaires, RLDA nov. 2006, p. 92

LE BARS (B.), Nouvelle évolution en matière d'obligation d'information de l'investisseur novice, Bull. Joly Bourse 2005, n° 174

LE CORRE (P.-M.), *Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises*, D. 2005, chron. 2297, n° 63

LE CORRE-BROLY (E.), *La faculté de résiliation de la caution au regard de l'article 48 de la loi du 1er mars 1984*, LPA 17 août 1998, p. 3

LEGEAIS (D.), *Directive crédit aux consommateurs*, RTD com. 2008, p. 395

LEGEAIS (D.), *Les concours consentis à une entreprise en difficulté*, JCP éd. E 2005, n° 42, p. 1747

LEGEAIS (D.), *Les garanties conventionnelles sur créance*, Droit des affaires et de l'entreprise, Economica, 1986, n° 600, p. 323

LEGEAIS (D.), *Directive crédit à la consommation*, RTD com. 2008, p. 395

LEGEAIS (D.), *L'obligation de l'emprunteur trouve sa cause dans l'obligation du préteur*, JCP éd. E 2008, 1964

LEQUETTE (Y.), *Bilan des solidarismes contractuels*, in *Mélanges P. DIDIER*, Economica, 2008, p. 247

LOKIEC (P.), *Clauses abusives et crédit à la consommation*, RD bancaire et fin. 2004, n° 221

LUBY (M.), *La directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales*, Europe 2005, chron. p. 10

LUCAS (F.-X.), *Fiducie vs Sauvegarde*, D. 2008, p. 29

MACNEIL (I.-R.), *The New Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale Univer. Press, 1980

MACORIG-VENIER (F.), *Le soutien abusif*, RLDA févr. 2008, n° 24, p. 119

MALAURIE (Ph.), intervention in *La fiducie : une révolution dans notre droit ?*, colloque organisé par l'Institut de droit des affaires de Paris II, 8 juin 1990, Banque et droit, n° 15, janv.-févr. 1991, p. 11

MARLY (P.-G.), *De quelques avatars du gage de compte d'instruments financiers*, Banque et droit, n° 103, 2005, p. 32

MATHEY (N.), *Les relations des banques avec leur clientèle : les conventions de compte*, Contrats, conc. consom. mai 2005, étude n° 5

MARTIN (D.-R.), *De l'ouverture de crédit*, RD bancaire et fin. mars-avr. 2004, n° 134

MARTIN (D.-R.), *Aspects juridiques du virement*, RD bancaire et bourse 1989, p. 149

MARTIN (L.-M.), *L'information de la caution,* in *Etudes réunies en l'honneur de Michel DE JUGLART*, LGDJ-Montchrestien, éd. Techniques, 1986, p. 155

MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.), Le mythe de la transparence en droit des sociétés, D. 2004, p. 832

MAUBRU (B.), *L'incident de paiement d'un chèque*, D. 1977, chron. p. 279

MAZEAUD (D.), *Le principe de proportionnalité et la formation du contrat*, *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, LPA, 30 septembre 1998, p. 18

MAZEAUD (D.), *La réduction des obligations contractuelles*, Colloque *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, Dr. et patr. mars 1998, p. 68

MAZEAUD (D.), Loyauté*, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? L'avenir du droit*, in *Mélanges en hommage à F. TERRE*, Dalloz 1999

MAZEAUD (D.), *La condition suspensive d'obtention d'un prêt immobilier à l'épreuve de la jurisprudence : vers un juste équilibre*, JCP éd. N 1993, doc. p. 347, n° 9

MEKKI (M.), *La singularité du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit*, RD bancaire et fin., nov. 2007, n° 27, p. 79

MESTRE (J.), *Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance*, in Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD, Dalloz Sirey, 1985, n° 42, p. 459

MESTRE (J.), RTD civ. 1999, p. 83.

MOLFESSIS (N.), *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat*, *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, LPA, 30 septembre 1998, p. 30, n° 26

MOUILLARD (M.), *Baisse des taux et renégociation des crédits immobiliers*, Banque juin 1997, p. 38

MOUILLARD (M.), *Immobilier, les renégociations continuent*, Banque Magazine févr. 1999, n° 36

MOULY (Ch.), *Le droit nouveau du crédit immobilier*, Actualités du droit de l'entreprise, sept. 1981, p. 8

MOURY (J.), *La responsabilité du fournisseur de "concours" dans le marc de l'article L. 650-1 du code de commerce*, D. 2006, p. 2883

MOURY (J.), *Une embarrassante notion : l'économie du contrat*, D. 2000, chron. p. 382

MOYSE (J.-M.) et NAVARRO (J.), *La jurisprudence et les conditions suspensives d'obtention des prêts*, JCP éd. E 1984, I, p. 66

LE NABASQUE (H.), *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, RTD com., 1999, p. 273

NAUDIN (E.), *Le silence du client à la réception des relevés de compte*, D. 2005 p. 579

NAJJAR (I.), *L'accord de principe*, D. 1991, chron. p. 10

NERI (S.), *Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour relative au droit communautaire agricole*, RTD eur. 1981, p. 652

NOSSEREAU (M.), *Le terme, modalité de l'obligation*, Dr. et patrimoine janv. 2000, p. 50

PAILLUSSEAU (J.), *Les contrats d'affaires*, in *Le droit contemporain des contrats, Bilan et perspectives*, sous la direction de L. CADIET, Litec, 1985, p. 172

PAISANT (G.), *Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi du 1er février 1995*, D. 1995, chron. p. 99

PAISANT (G.), *Proposition pour une réforme du droit des clauses abusives*, JCP éd. E, 1994, I, 3772

PESENTI (S.), *Le principe de proportionnalité en droit des sûretés*, LPA 11 mars 2004, p. 30, n° 35

PETEL-TEYSSIE (I.), *Information et protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit*, Juriscl. civ., art. 1905 à 1908, fasc. 6

PIEDELIEVRE (S.), *Directive du 23 avr. 2008 sur le crédit aux consommateurs*, D. 2008, p. 2614

PIEDELIEVRE (S.), *Les nouvelles relations contractuelles entre les banquiers et les consommateurs*, JCP éd. E 2005, 28 juill. 2005, n° 30, 1134

PIEDELIEVRE (S.), *Remarques sur la charte relative aux conventions de compte de dépôt*, RTD com. 2003, p. 467

PICOD (Y.), *La mention manuscrite de la caution à l'épreuve de la loi pour l'initiative économique*, Dr. et proc. 2004, p. 256

PICOD (Y.), *Proportionnalité et cautionnement, le mythe de Sisyphe*, in *Etudes de droit de la consommation - Liber amicorum Jean CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2004, p. 847

PIOTRAUT (J.-L.), *Le domaine d'application de l'obligation d'information annuelle des cautions*, JCP éd. N 1992, I, 243

PLAIS (S.), *Réflexions sur le gage de compte d'instruments financiers en couverture d'opérations de dérivés de gré à gré*, Banque et droit, n° 87, 2003, p. 3

PLIHON (D.), *Les banques, nouveaux enjeux, nouvelles stratégies*, Documentation française, 1998, p. 49

POITRINAL (F.-D.), *Responsabilité des banques pour soutien abusif*, Dr. et patr. 1994, n° 15, p.38

PRUM (A.), *De la distinction entre compte de dépôt et compte courant*, RD bancaire et fin. mai-juin 2003, n° 3, p. 153

RAFFRAY (J.-G.) et CORNILLE (P.), *L'obtention de prêt au sens de l'article 17 de la loi Scrivener*, JCP éd. N 1986, pratique, p. 593

RAYMOND (G.), *Crédit à la consommation*, Juriscl. Conc. consomm., fasc. 940

RAYMOND (G.), *Incidences possibles de la transposition de la directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 sur le droit français de la consommation*, Contrats conc. consom. 2006, chron. p. 1

RAYMOND (G.), *La modification au droit de la consommation apportée par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs*, JCP éd. E 2008, n° 12-13, 20 mars 2008, n° 1383, p. 17

RAYMOND (G.), *Directive 2008/48/CE: premières approches*, Contrats conc. consom. 2008, étude n° 9

RAYNARD (J.), *Les « Principes du droit européen du contrat » : une lex mercatoria à la mode européenne*, RTD civ. 1998, p. 1006

RAYNOUARD (A.), *Harmonisation maximale laissant subsister des différences nationales*, RJ com. 2008, p. 300

REMY (Ph.), *Droit des contrats : questions, positions et propositions*, in *Le droit du crédit au consommateur*, Litec, 1982, p. 547

RIFFARD (J.-F.), *Eclairages sur les obligations du banquier en matière d'assurance couvrant la défaillance de l'emprunteur*, Colloque sur le devoir de mise en garde du 29 mars 2007 de la faculté de droit de Clermont-Ferrand (EA 982), dont les actes sont publiés, RD bancaire et fin., nov. 2007, n° 29, p. 97

ROBINE (D.), *L'article L. 650-1 du Code de commerce : un « cadeau » empoisonné ?*, D. 2006, p. 69

ROBINE (D.), *La réforme du gage de compte d'instruments financiers*, Bull. Joly Bourse juill.-août 2005, n° 113, p. 400

ROCHET (J.-C.), *Analyse économique de la concurrence dans les réseaux de cartes de paiement*, RLC 2006, n° 7, p. 96J. ROCHFELD, *Les droits potestatifs accordés par le contrat*, Etudes offertes à J. GHESTIN, LGDJ, 2001, p. 747

ROUHETTE (G.), *The New Social Contract*, JDI 1983, p. 961

ROUTIER (R.), *Consécration et problématique de l'obligation de mise en garde de l'emprunteur non averti*, RD bancaire et fin. nov. 2007, p. 85

ROUTIER (R.), *De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises*, D. 2005, chron. p. 1478

ROUTIER (R.), *Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif. Commentaire de l'article L. 650-1 du code de commerce*, Gaz. Pal. 10 sept. 2005, p. 33

ROUTIER (R.), *L'article L. 650-1 du code de commerce: un article «détonnant» pour le débiteur et «détonant» pour le contribuable*, D. 2006, chron. p. 2916

ROUTIER (R.), *Multiplication des frais et commissions de banque : vers la reconnaissance de l'abus et d'un « barattage passif » ?*, D. 2006, chron. p. 985.

ROZES (L.), *Projets et accord de principes*, RTD com 1998, p. 506

RUET (L.), *Le silence : sa valeur juridique, sa durée, son aménagement conventionnel*, note sous Cass. com., 26 mars 1996, Bull. Joly Bourse 1996, n° 80, p. 514

SAMIN (T.), Les *aspects juridiques de la tarification des services bancaires*, Banque et droit, sept.-oct. 1999, p. 26

SAINT-PE (S.), *La documentation commerciale des OPCVM à l'épreuve de la MIF*, Bull. Joly Bourse, janv.-févr. 2009, n° 12, p. 78

SCHOLASTIQUE (E.), *Les devoirs du banquier dispensateur de crédit au consommateur*, Defrénois, 1996, n° 11, p. 689

SEIGNEUR (B.-E.), *Renforcement de l'information des cautions dans les dispositions de la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions*, LPA 7 mai 1999, n° 91, p. 12

SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.), *Survie du principe de proportionnalité après l'arrêt Nahoum*, JCP éd. E 2004, n° 3, p. 76

SINAY-CYTERMAN (A.), *Clauses pénales et clauses abusives : vers un rapprochement*, in *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ, Droit des affaires 1991, p. 169

SOUHAMI (J.), *Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles*, RTD civ. 2008, p. 27

STORCK (M.), *La responsabilité encourue pour le défaut d'exigence de couverture d'opérations à terme*, D. 1992, chron. p. 71

STORCK (M.), *Du devoir d'alerte dans le droit des marchés financiers*, Mélanges SIMLER, Litec, 2006, p. 513

STORCK (M.), *Le silence du client après réception d'un avis d'opéré portant sur des opérations de bourse*, RD bancaire et bourse 1992, p. 12

STORCK (M.), *Le silence du client après réception d'un avis d'opéré portant sur des opérations de bourse*, RD bancaire et bourse, janv.-févr. 1992, n° 29, p. 12

STORCK (M.), *Les obligations d'information, de conseil, et de mise en garde des prestataires de services d'investissement*, Joly Bourse, mai-juin 2007, p. 312

STOUFFLET (J.), *La protection du consommateur faisant appel au crédit*, Etudes de Lagrange, 1978

STOUFFLET (J.), *Propos non-conformistes sur la protection du consommateur emprunteur*, Mélanges GAVALDA, Dalloz, 2001

STOUFFLET (J.), *Nouvelles interventions législatives dans les relations entre les établissements de crédit et leurs clients*, RD bancaire et fin. 2002, p. 36

STOUFFLET (J.), *Nouvelles interventions législatives dans les relations entre les établissements de crédit et leurs clients, loi MURCEF du 11 décembre 2001. Loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne*, RD bancaire et fin. 2002, p. 36, n° 4.

STOUFFLET (J.), *Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit*, Mélanges CABRILLAC, Dalloz-Litec, 1999, p.517

STOUFFLET (J.), *L'évolution du droit bancaire et financier en France*, in *Synthèses de droit bancaire et financier*, Liber Amicorum André Bruyneel, Bruylant 2008, p. 575.

SYNVET (H.), *Le nantissement des meubles incorporels*, Dr. et patr. 2005, n° 140, p. 64

TERRE (F.), *Le contrat à la fin du XXème siècle*, Revue des sciences morales et politiques 1995, p. 307

TCHOTOURIAN (Y.), *L'engagement pris par l'emprunteur d'utiliser le crédit que la banque met à sa disposition constitue-t-il le nouveau critère de la distinction du prêt et de l'ouverture de crédit ?*, RJDA juill. 2004, p. 731

THIBIERGE (C.), *La protection des acquéreurs de logements qui recourent au crédit pour financer leur acquisition*, Defrénois 1980, art. 32254

THIBIERGE (C.), *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD civ. 1997, p. 364

THUILLIER (H.), Analyse de la loi n° 79-596 du 13 juill. 1979…, JCP 1979, prat., 724

TROCHU (M.), *Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*, D. 1993, p. 315

URBAIN-PARLEANI (I.), *L'octroi abusif de crédit*, RD bancaire et fin. nov.-déc. 2002, n° 365

VALETTE (D.), *Quelles obligations pour le banquier dans le domaine du financement professionnel ?*, Colloque sur le devoir de mise en garde, RD bancaire et fin., nov. 2007, p. 94, n° 48

VASSEUR (M.), *Un nouvel essor du concept contractuel, Les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle*, RTD civ. 1964, p. 11

VATINET (R.), *Le mutuus dissensus*, RTD civ. 1987, p. 252

DE VAUPLANE (H.), *Marchés financiers : Régulation, réglementation ou autoréglementation ?*, in *Le Code de commerce : 1807 - 2007*, Université Panthéon-Assas, Dalloz, 2007

DE VAUPLANE (H.), *La notion d'investisseur averti*, Bull. Joly Bourse 1995, p. 508

DE VAUPLANE (H.), *La notion de marché*, RD bancaire et bourse 1993, p. 62

VIGNERON (B.), Quels *recours pour les épargnantes victimes des aléas de la Bourse ?*, Dr. et patr. janv. 1997, p. 48

VILLEY (M.), *Préface historique à l'étude des notions de contrat*, in *Archives de philosophie du droit*, 1968, t. 13

VINEY (G.), *Clause pénale et clause abusive*, JCP éd. G 1994, I, 3773

INDEX ANALYTIQUE

Note : la référence est au paragraphe

A

Aléa, 563

Amortissement, 377

Apparence
-de crédit, 127

Assurance-crédit, 297,
-composition du TEG, 310
-mise en garde, 445

B

Bonne foi
-disproportion de l'engagement de l'emprunteur, 592
-disproportion de l'engagement de la caution, 629

Blanchiment
-déclaration, 815, 816

C

Cautionnement,
-disproportion, 605
-gaspillage de crédit, 698, 695, 692
-information de la caution, 438
-proportionnalité, 528, 641, 548, 626
-sanction de la disproportion, 628, 631

Chèque, 385
-émission sans provision, 386
-information du tireur, 387
-irrégularité formelle, 401
-titre contrefait, 399

Clause abusive, 150
-proportionnalité, 542
-rupture unilatérale conventionnelle, 151

Condition,198

-défaillante, 243
-effets,200
-légale, 206, 215
-potestative, 202, 203
-résolutoire, 212
-suspensive, 199
-validité, 201

Consentement, 169
-accord tacite du client, 340
-délai de réflexion, 181
-délai de rétraction, 186
-dédit, 173
-effets, 174, 183
-efficacité, 189
-élément déterminant, 444
-révocation, 169
-rétractation, 170
-rétractation légale, 173, 183
-silence, 289

Consommateur, 738

Contrat consensuel, 34
-acceptation, 38
-formation, 81
-effets, 46
-inexécution, 49
-preuve, 40

Contrat de prêt, 29, 34
-disproportion, 697
-emprunteur, 13, 38, 255, 456, 462, 480
-excès, 544
-informations, 279, 297

Contrat réel, 29, 36
-effets, 44, 50
-formation, 41
-inexécution, 48
-preuve, 39

Convention d'ouverture de compte, V. Formalisme
-modification contractuelle, 418

Créance
-anticipation, 49, 107, 109
-attente légitime, 579, 589

Crédit,
V. Contrat de prêt

Crédit ruineux, 599

D

Devoir de mise en garde, 460
-client assisté, 623
-client averti, 480
-critère, 478, 480, 482, 508
-cofidéjusseurs, 622
-contenu, 487
-définition, 474
-domaine d'application, 490
-distinctions, 475

Devoir de non-ingérence, 469
-définition, 450
-exceptions, 450
-fondement, 451

Droit de communication
-administration fiscale, 822

Droit de propriété
-condition suspensive, 114
-prêt d'argent, 46, 200

Droit personnel, 107

Droit réel, 107, 468

E

Echéancier d'amortissement, 577

Equilibre contractuel, 523, 683
V. Disporportion

Emprunteur,
V. Contrat de crédit

EURIBOR, 306

F

Faute contractuelle, 330
-client auteur, 384
-client victime, 387

Fiducie
Fiducie-sûreté, 700

Formalisme, 267
-champ d'application, 288
-chèque sans provision, 387, 451
-contrat de crédit à la consommation, 279, 297
-critère, 293
-informatif, 268
-instrumentum, 268
-ouverture de crédit, 282
-précontractuel, 275
-tarification bancaire, 286, 438
-services bancaires, 287, 331

Fraude, 400, 439, 544

I

Immuabilité du contrat, 572

Information
-champ d'application, 288
-chèque sans provision, 387, 451
-critère ratione personae, 293
-crédit à taux variable, 303, 381
-crédit à la consommation, 279, 297
-crédit immobilier, 373
-critère, 293
-informatif, 268
-précontractuel, 275
-ouverture de crédit, 282
-ouverture de compte, 282, 411
-tarification bancaire, 286, 348
-services bancaires, 287, 331
-tarification bancaire, 286, 348

Irresponsabilité du prêteur, 549, 610, 694
-limites, 709, 712, 721

Intuitus personae
-liberté de crédit, 97, 118

J

Justice contractuelle, 210

M

Mise en garde,
V. Devoir de mise en garde

N

Nullité
-formalisme, 268
-du contrat de prêt, 127, 374
-des intérêts stipulés, 298
-de la rupture de crédit, 144
-de la condition, 201
-pour absence de cause, 214
-du TEG, 334

O

Obligation
-exigibilité, 248
-exception d'inexécution, 252
-d'information, 24
-de renseignement, 24

Obligation de faire
-ouverture de crédit, 42

Obligation d'information
-de la caution, 353
-du débiteur en difficulté, 369
-de l'emprunteur à la consommation, 371
-de l'emprunteur immobilier, 373, 376
-échéancier d'amortissement, 377
-incident de paiement, 377, 451
-légale, 292, 353, 365
-preuve, 368
-obligation générale, 317
-services financiers, 315

Obligation de restitution
-nature, 62,
-cause, 67, 71

Obligation de couverture
-exigence, 659, 757

Obtention de prêt, 218, 221
-conformité de l'offre, 238
-définitions, 225, 230, 232, 245
-effets, 234

Ouverture de crédit, 35

P

Patrimoine
-disproportion, 743

Principe de cohérence, 762
-commercialisation d'OPCVM, 767
-contractuelle, 779, 781, 782
-portée, 768, 772
-précontractuelle, 763, 786
-sanction, 763, 786
Procédures collectives
-emprunteur, 558, 610, 694

Professionnel
-définition, 736, 738

Promesse de prêt, 35
-unilatérale à durée déterminée, 102
-unilatérale à durée indéterminée, 103
-synallagmatique,

Proportionnalité, 528, 541, 542, 544, 582, 595
-preuve, 545
-prêt, 597
-cautionnement, 604, 688
-débiteur en difficulté, 613, 624
-critères, 634, 560, 654, 735, 741
-contrat d'investissement, 655, 657
-sûreté réelle, 84

Publicité
-principe, 291, 765
-instruments financiers, 766
-services bancaires, 291

R

Rétractation, 169
V. Consentement

Réflexion, 181,
V. Consentement

Restitution,
V. Obligation de restitution

Refus abusif de crédit, 123
-faute, 131
-liberté contractuelle du banquier, 118, 121
Responsabilité contractuelle, 602, 617
V. Devoir de mise en garde
V. Obligation d'information

Responsabilité délictuelle, 545, 586, 599
V. Soutien fautif

Révision pour imprévision, 561

Risque
-critère, 508, 650, 680, 749

Rupture abusive de crédit
-contrat à durée déterminée, 140
-contrat à durée indéterminée, 144
-faute grave, 142
-notification, 155
-préavis, 149
-résiliation unilatérale, 142
-sanction, 157
-sanction spécifique, 160

S

Secret bancaire, 810
-limites, 812, 814
-principe, 815

Soutien fautif, 552, 719
-conditions, 553
-définition, 552

Surendettement, 480

-plan épargne logement, 124
-proportionnalité, 526

T

Tarification bancaire, 286
-cohérence économique du contrat, 782
-information, 454

Taux d'intérêt, 415
-taux variable, 303
-TEG, 298, V. TEG

Taux effectif global (TEG), 298
-contenu, 299
-détermination, 310
-modification unilatérale, 303
-relevé bancaire périodique, 305

Terme suspensif, 253

***Traditio*,**
V. Remise des fonds

Transparence, 794, 797
-appréciation, 807
-fondement, 806
-réciprocité de la transparence, 803

U

Utilité du contrat, 564, 591

V

Virement
-date de paiement, 112
-irrévocabilité, 112

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE……..……p. 9
INTRODUCTION……..p. 11

PREMIERE PARTIE - LES TECHNIQUES DE PROTECTION DU CONSENTEMENT DU CLIENT……p. 21

TITRE I - LA PROTECTION DU CLIENT PAR LE CONSENSUALISME……..p. 25

CHAPITRE I - LES TECHNIQUES DE PROTECTION VISANT A ANTICIPER LA PERFECTION DU CONTRAT……....p. 26

SECTION I - LA PROTECTION PAR LA FORMATION *SOLO CONSENSU* DU CONTRAT DE PRET……...p. 28

§ 1 - LA CONSECRATION PAR LE LEGISLATEUR DU CARACTERE CONSENSUEL DES PRETS A LA CONSOMMATION ET IMMOBILIER……...p. 29

A) Le consentement comme élément de formation du contrat de prêt……p. 29
1° L'éviction du rôle classique de la remise des fonds……p. 29
2° L'influence du consensualisme sur la preuve du contrat…….……p. 33
B) L'influence du consensualisme sur les obligations des parties……p. 34
1° l'influence du caractère consensuel du contrat de prêt au moment de la promesse de prêt…….……...p. 35
2° l'influence de la qualification de contrat consensuel sur la phase de naissance du prêt……p. 42

§ 2 - LA GENERALISATION DE LA NATURE CONSENSUELLE DU PRET….....p. 51
A) Une protection de l'emprunteur élargie par la jurisprudence……..p. 51
B) Le caractère discutable de la technique employée pour protéger l'emprunteur……..p. 57
1° L'imprécision de la rédaction de l'art. L. 311-15 du Code de la consommation…….p. 57
2° L'imperfection du régime unitaire du contrat de prêt……..p. 59

SECTION II - L'ANTICIPATION DE LA FORMATION DU CONTRAT DE PRET EN CAS DE COMPORTEMENT FAUTIF DU BANQUIER……...p. 67

§ 1 - L'ANTICIPATION FONDEE SUR LE REFUS ABUSIF DE CREDIT……...….p. 67
A) Le principe de la liberté de refuser de créditer……p. 67
B) L'obligation de créditer fondée sur le comportement fautif lors du refus de crédit….p. 71
1° Une obligation de remise des fonds fondée sur l'apparence……p. 72
2° Les hypothèses d'engagement de la responsabilité du banquier……..p. 73

§ 2 - L'ANTICIPATION FONDEE SUR LA RUPTURE ABUSIVE DE CREDIT……...p. 88
A) Les conditions de mise en responsabilité du banquier rompant un concours……..p. 78
B) La survivance du contrat lors de la rupture abusive de crédit…….……p. 88

CONCLUSION DU CHAPITRE…….....p. 93

CHAPITRE II - LES TECHNIQUES DE PROTECTION FAISANT OBSTACLE A LA PERFECTION OU A L'EFFICACITE DU CONTRAT……....p. 95

SECTION I - LA PROTECTION PAR LA REVOCATION DU CONSENTEMENT...…p. 96

§ 1 - LES TECHNIQUES DE RETRACTATION DU CONSENTEMENT……..….p. 96
A) La faculté de rétractation comme droit de se dédire……..p. 98
B) La faculté de rétractation comme instrument de réflexion ……....p. 102

§ 2 - L'APPRECIATION DES TECHNIQUES DE RETRACTATION DU CONSENTEMENT……p. 103
A) L'appréciation des techniques quant à leur cohérence……..p. 103
B) L'appréciation de l'efficacité des techniques de révocation……..p. 104

SECTION II - LA PROTECTION PAR LA SUSPENSION DE LA PERFECTION OU DE L'EFFICACITE DU CONTRAT……...p. 108

§ 1 - LES TECHNIQUES CONDITIONNANT LA PERFECTION DE L'ACTE……p. 108
A) L'existence de techniques retardant la perfection de l'acte……...p. 108
1° L'existence de l'obligation conditionnée à la survenance d'un événement……...p. 109
2° L'existence du contrat conditionnée à la survenance d'un événement……p. 111
a) en matière de crédit immobilier……..p. 111
b) en matière de crédit à la consommation……p. 115
B) La mise en œuvre des techniques visant à retarder la perfection de l'acte……p. 117
1° La recherche d'une définition de l'obtention de prêt…… p. 118
a) l'obtention au sens d'acceptation de l'offre……p. 120
b) l'obtention comme réception d'une offre de prêt conforme……...p. 122
c) la position de la Cour de cassation sur la notion d'obtention de prêt……p. 123
2° Le caractère relatif de la définition d'obtention du prêt par la jurisprudence……p. 125

§ 2 - LES TECHNIQUES CONDITIONNANT L'EFFICACITE DE L'ACTE……p. 131
A) Les techniques de suspension de l'exigibilité des obligations……...p. 131
B) L'appréciation de la mise en œuvre des techniques de suspension de l'exigibilité de l'obligation……..p. 137

CONCLUSION DU CHAPITRE……...p. 138

CONCLUSION DU TITRE I……p. 139

TITRE II - LA PROTECTION DU CONSENTEMENT DU CLIENT……..p. 140

CHAPITRE I - LE FORMALISME INFORMATIF, TECHNIQUE DE PROTECTION APPRECIE *IN ABSTRACTO*……..p. 142

SECTION I - L'EXISTENCE DU FORMALISME INFORMATIF EN TANT QUE TECHNIQUE DE PROTECTION……p. 145

§ 1 - L'EXISTENCE DU FORMALISME INFORMATIF AU MOMENT DE LA CONCLUSION DU CONTRAT……p. 145

A) Le formalisme informatif à l'occasion des opérations de clientèle……p. 146
1° Une protection rigoureuse du client par le formalisme……..……p. 146
2° L'appréciation du formalisme par la jurisprudence ……..……p. 156
B) Le formalisme informatif à l'occasion des services financiers……..p. 165

§ 2 - L'EXISTENCE DE L'INFORMATION AU MOMENT DE L'EXECUTION DU CONTRAT……..p. 172
A) L'obligation d'information tendant à éviter la commission d'une faute contractuelle……p. 174
1° L'information en matière d'opérations de clientèle……...p. 174
a) Le rôle joué par le silence lors de la réception du relevé bancaire…… p. 178
b) l'information préalable en matière de tarification de services bancaires……....p. 184
2° L'information lors de l'exécution des opérations de crédit……p. 187
a) l'information de la caution durant l'exécution du contrat de crédit……p. 187
b) l'information de l'emprunteur en cours d'exécution du contrat de crédit……..p. 198
B) Les obligations d'informations contractuelles permettant d'éviter un préjudice en cas de commission d'une faute……..p. 205
1° Le client du banquier auteur de la faute…… p. 205
a) L'information du banquier en cas de chèque sans provision……..p. 205
b) L'interprétation stricte de l'obligation d'informer en cas de défaut de provision……..p. 209
2° Le client du banquier victime d'une faute……..p. 212

SECTION II - LA PERTINENCE DE LA PROTECTION APPRECIEES *IN ABSTRACTO* FONDEES SUR L'INFORMATION……..p. 218

§ 1 - Les hypothèses dans lesquelles l'information est imprécise ou inadaptée……p. 218
A) Le caractère imprécis de l'obligation d'information…… p. 218
a) en matière de convention de compte…….. p. 219
b) L'imprécision des obligations d'information en cas de litiges avec le banquier……p. 224
B) Le caractère inadapté de certaines obligations d'information……p. 225
§ 2 : Les obligations d'information insuffisantes ou injustifiées……p. 227
A) La protection injustifiée……p. 227
1) L'obligation d'information malgré la connaissance de l'information par le client……p. 228
a) l'hypothèse du crédit à la consommation……p. 228
b) l'hypothèse de la renégociation du contrat de prêt immobilier……..p. 230
c) l'hypothèse du cautionnement……p. 233
2) L'obligation d'information malgré l'absence d'asymétrie d'information……..p. 233

§ 2 - Les hypothèses dans lesquelles l'information n'est insuffisante……p. 236
A) L'information de la caution en cas de modification des éléments ayant déterminé son consentement……...p. 237
B) L'absence d'une information générale en cas de refus de paiement par le banquier….p. 241

CONCLUSION DU CHAPITRE……...p. 245

CHAPITRE II - LES OBLIGATIONS D'INFORMATION, TECHNIQUES DE PROTECTION APPRECIEE *IN CONCRETO*……..……...p. 247

SECTION I - L'EXISTENCE ET LE DEVELOPPEMENT DES OBLIGATIONS INFORMATIVES COMME TECHNIQUES DE PROTECTION *IN CONCRETO*…….p. 249

§ 1 - L'EXISTENCE DES TECHNIQUES DE PROTECTION INFORMATIVE APPRECIEE *IN CONCRETO*……p. 249
A) L'instauration d'une protection spécifique par le devoir de mise en garde……...p. 249
B) La définition du devoir de mise en garde……...p. 259
a) les critères de mise en œuvre du devoir de mise en garde……..p. 260
b) le contenu du devoir de mise en garde……p. 266
c) le domaine d'application du devoir de mise en garde……p. 269

§ 2 - LA GENERALISATION DE LA PROTECTION PAR LA MISE EN GARDE…..p. 273

SECTION II - LA PARTINENCE DES OBLIGATIONS INFORMATIVES COMME TECHNIQUES DE PROTECTION *IN CONCRETO*……p. 277

§ 1 - LA PERTINENCE DES TECHNIQUES DE PROTECTION IN CONCRETO AU REGARD DU CRITERE DE L'OBLIGATION D'INFORMATION……...p. 277

§ 2 : LES DIFFICULTES DE LA MISE EN ŒUVRE DES TECHNIQUES DE PROTECTION *IN CONCRETO*……p. 280
A) La difficulté de déterminer les critères pertinents de protection ……...…p. 280
B) L'alourdissement des obligations du banquier ……...……...p. 284

CONCLUSION DU CHAPITRE……...p. 285

CONCLUSION DU TITRE……p. 286

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE……..p. 287

DEUXIEME PARTIE - LES TECHNIQUES DE PROTECTION DU CLIENT FONDEES SUR L'EQUILIBRE CONTRACTUEL …….....……....p. 289

TITRE I - LE PRINCIPE DE LA PROTECTION PAR L'EQUILIBRE CONTRACTUEL ……p. 292

CHAPITRE I - L'EXISTENCE DE MECANISMES D'EQUILIBRE DES PRESTATIONS……p. 294

SECTION I - LA RECONNAISSANCE CONTESTEE D'UN PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE……p. 295

§ 1 - LES OBSTACLES A LA RECONNAISSANCE D'UN PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE……p. 296
A) Les obstacles d'ordre théorique……p. 296
B) Les obstacles d'ordre pratique……...p. 300
1° Les obstacles à la reconnaissance de la proportionnalité au stade de la formation du contrat……p. 300
a) les insuffisances structurelles et substantielles……...p. 301

b) les illustrations de la réticence à reconnaître le principe d'équilibre contractuel……..p. 302
2° Les obstacles à la reconnaissance de la proportionnalité au stade de l'exécution du contrat……p. 311
a) le caractère instable du principe de proportionnalité……..p. 312
b) le caractère imprévisible du principe de proportionnalité……..p. 313

§ 2 - LE CARACTERE NECESSAIRE DU CONTROLE DE PROPORTIONNALITE……p. 317
A) La nécessité du principe fondée sur une remise en cause du caractère immuable du contrat……p. 318
1° La nécessité d'une proportionnalité fondée sur le caractère évolutif du contrat……p. 318
2° la nécessité d'une proportionnalité fondée sur l'attente légitime du créancier de l'obligation……..p. 322
a) l'attente légitime du créancier relative au quantum de l'obligation……p. 322
b) l'attente légitime du créancier compte tenu de la personne du client…….....p. 324

B) La nécessite de la proportionnalité fondée sur le caractère utile du contrat……..p. 327

SECTION II - LA PROTECTION DU CLIENT PAR L'EXIGENCE DE PROPORTIONNALITE EN DROIT BANCAIRE……p. 331

§ 1 - L'EXISTENCE D'UN PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE EN DROIT BANCAIRE……p. 331
A) Le principe de proportionnalité en droit du crédit……p. 331
1° la sanction de la disproportion du crédit fondée sur une faute délictuelle……p. 332
2°) la sanction de la disproportion du crédit fondée sur une faute contractuelle……p. 334
B) Le principe de proportionnalité dans le domaine des garanties……p. 336
1° Le principe de proportionnalité en matière de cautionnement fondé sur des règles spéciales……..p. 336
1° Le principe de proportionnalité en matière de cautionnement fondée sur la responsabilité contractuelle……p. 343
a) le développement de la responsabilité contractuelle du banquier fondé sur l'excès de l'engagement du garant……...p. 343
b) le régime de la responsabilité contractuelle fondée sur l'excès en matière de cautionnement……..p. 345

§ 2 - LA RECHERCHE DU CRITERE D'APPLICATION DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE EN DROIT BANCAIRE……p. 351
A) Les critères non retenus de la proportionnalité au sein du contrat……p. 352
1° les critères tirés de la législation sur les clauses abusives ……p. 353
2° les critères tirés de la législation sur le cautionnement disproportionné……p. 357
B) le critères pertinent de la disproportion dégagé du droit positif……...……..p. 360
1° le critère du risque anormal comme critère de sanction du banquier……..….p. 360
a) le caractère polymorphe de la disproportion……...p. 360
b) détermination du critère de la disproportion en droit bancaire……...p. 371
2° appréciation de la pertinence du critère du « risque anormal »……..p. 371

CONCLUSION DU CHAPITRE……....p. 374

CHAPITRE II - LA MISE EN ŒUVRE DE TECHNIQUES VISANT L'EQUILIBRE DES PRESTATIONS……p. 375

SECTION I - LA PROPORTIONNALITE COMME INSTRUMENT D'ADEQUATION DE LA SURETE A LA DETTE GARANTIE……..p. 377

§ 1 - LE CARACTERE SPECIFIQUE DE LA PROPORTIONNALITE AU SENS DE LA LOI DU 26 JUILLET 2005…….p. 377
A) L'inadéquation de la sûreté aux concours garantis, une disproportion spécifique …...p. 377
B) La sanction spécifique du dispensateur de crédit après la loi du 26 juillet 2005……...p. 381

§ 2 - LA PROPORTIONNALITE, INSTRUMENT DE LUTTE CONTRE LE GASPILLAGE DE CREDIT……p. 383
A) Un instrument de sanction du gaspillage de crédit en matière de garanties excessives……p. 384
1) L'hypothèse du gaspillage de crédit en matière de fiducie-sûreté……..p. 385
2) Le risque de gaspillage de crédit en matière de sûreté réelle…….….p. 386
B) Le gaspillage de crédit conséquence du comportement abusif du créancier……p. 388

SECTION II - LA PERSISTANCE DE LA PROTECTION DE L'EMPRUNTEUR CONTRE LA DISPROPORTION DU CREDIT……p. 391

§ 1 - UNE PROTECTION RESIDUELLE DE L'EMPRUNTEUR PAR L'ARTICLE L. 650-1……...p. 391
A) Le domaine limité de l'irresponsabilité du banquier……p. 392
B) La limitation de l'irresponsabilité par l'exception de la fraude du banquier lors de l'octroi du concours……p. 393

§ 2 - UNE PROTECTION VASTE DE L'EMPRUNTEUR PAR LE DROIT COMMUN…….....p. 397
A) La persistance de la jurisprudence relative au soutien fautif comme technique de protection contre la disproportion……p. 397
B) La protection contre la disproportion par le droit commun sur le fondement de l'article 1147 du Code civil après la loi du 26 juillet 2005……..p. 399

CONCLUSION DU CHAPITRE……..p. 401

CONCLUSION DU TITRE I……p. 402

TITRE II - LA PORTEE DE LA PROTECTION PAR L'EQUILIBRE CONTRACTUEL ……p. 403

CHAPITRE I - LA REMISE EN CAUSE DES CRITERES LEGAUX DE PROTECTION CONTRE LA DISPROPORTION……...…….....p. 405

SECTION I - LE CARACTERE CONTESTABLE DES CRITERES LEGAUX DE PROTECTION……p. 406
A) Les manifestations de la non-pertinence des critères retenus par le législateur...……p. 406
B) L'origine de la non-pertinence des critères de protection retenus……p. 411

SECTION II - LA NECESSITE DE RECHERCHER DES CRITERES DISCRIMINANTS……p. 413

§ 1 - L'EMERGENCE DU CRITERE PERTINENT DE LA CONNAISSANCE DU RISQUE PAR LE CLIENT……p. 413

§ 2 - LES RETICENCES A L'INSTAURATION DE CE NOUVEAU CRITERE ……..p. 417

CONCLUSION DU CHAPITRE……...p. 419

CHAPITRE II - LE DEVELOPPEMENT DE NOUVEAUX PRINCIPES ASSURANT LA PROPORTIONNALITE…….……...p. 420

SECTION I - L'INSTAURATION D'UN PRINCIPE DE COHERENCE CONTRACTUELLE EN MATIERE BANCAIRE……p. 421
§ 1 - LES MANIFESTATIONS DE L'EXISTENCE D'UN PRINCIPE DE COHERENCE AU SEIN DU CONTRAT……..p. 421
A) Le principe de cohérence touchant au consentement : la cohérence précontractuelle.....p. 421
B) Le principe de cohérence touchant aux prestations : la cohérence contractuelle……..p. 430

§ 2 - L'EXISTENCE D'UNE DOUBLE FONCTION DU PRINCIPE DE COHERENCE : LA CONNAISSANCE DE L'ALEA ET L'UTILITE DU CONTRAT……...p. 434
A) Le principe de cohérence précontractuelle comme sanction du comportement incohérent du banquier…….……p. 434
B) Le principe de cohérence des prestations contractuelles comme sanction de l'inutilité économique du contrat…….……p. 430

SECTION II - L'EXISTENCE D'UN PRINCIPE DE TRANSPARENCE EN MATIERE BANCAIRE…….……..p. 440
§ 1 - LA TRANSPARENCE CONTRACTUELLE, INSTRUMENT DE PROTECTION DU CLIENT…….……p. 441
A) Le renforcement de l'exigence de transparence dans la relation bancaire……p. 441
B) L'exigence de réciprocité de la transparence dans la relation bancaire…….p. 446

§ 2 - LA TRANSPARENCE COMME LIMITATION DU SECRET BANCAIRE.…….p. 449
A) L'affirmation prétorienne du principe du secret bancaire…….p. 450
B) La limitation de la portée du secret bancaire comme manifestation de l'exigence de transparence…….……...p. 451

1° Les limitations motivées par l'intérêt public…….……..……....p. 451
2° Les limitations du secret bancaire fondées sur l'intérêt privé…….……...p. 457

CONCLUSION DU CHAPITRE…….…….…….……p. 459

CONCLUSION DU TITRE…….…….…….…….……p. 460

CONCLUSION DE LA PARTIE…….…….…….……p. 461

CONCLUSION GENERALE…….p. 463

BIBLIOGRAPHIE…….p. 467

INDEX ANALYTIQUE…….....p. 493