

LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DISPENSATEUR DE CREDIT

Par Philippe Pétel

Agrégé des facultés de droit

1. La question de la responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit ne se posait guère il y a cinquante ans en droit français ¹. En un demi-siècle, elle a été consacrée et elle est devenue une question de droit foisonnante, nourrie par une jurisprudence abondante et obéissant à des principes énoncés par la loi ².

Trois idées pour résumer la question.

2. La responsabilité du banquier dispensateur de crédit se rencontre, essentiellement, dans deux types de situations : quand le banquier ne prête pas assez ou lorsqu'il prête trop.

Le droit français n'ayant jamais été jusqu'à reconnaître un « droit au crédit », la première formule de ce raccourci vise, en réalité, la **rupture abusive d'un crédit préalablement consenti**. Lorsque le crédit est une entreprise, cette faute peut avoir des conséquences catastrophiques si elle prive l'entreprise de trésorerie et la place en situation de cessation des paiements car elle est, alors, vouée à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, donc bien souvent à la disparition ou à la cession forcée.

Trop prêter, c'est consentir un **crédit inopportun** : parce qu'il est inadapté aux capacités financières du crédit, de sorte que la défaillance de celui-ci est probable, voire inéluctable ; ou parce que la situation du crédit est déjà irrémédiablement compromise, de sorte que le concours du banquier permet de maintenir à flot une entreprise qui devrait cesser immédiatement son activité pour ne pas aggraver son passif.

3. Ces comportements peuvent nuire à trois types de victimes.

Le crédit, est la victime de premier rang. Il invoquera la responsabilité contractuelle du banquier avec lequel il est lié par le contrat de crédit.

Vient ensuite **la caution**. Dans la pratique française des affaires, le cautionnement est une garantie très fréquente. La plupart des dirigeants de petites sociétés sont cautions de leur société. On fait aussi largement appel à la garantie des proches, en particulier du conjoint. Ici encore, la responsabilité sera de nature contractuelle puisque la caution est liée au banquier par le contrat de cautionnement.

¹ J. Stoufflet, L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers ? : JCP G 1965, I, 1881

² Pour approfondir les questions évoquées dans cette brève intervention, on partira avec fruit de l'étude très complète de D. Legeais : Juris-cl. Banque crédit bourse, fasc.500

Les tiers victimes de la défaillance du crédit, enfin, invoqueront la responsabilité délictuelle du banquier. La situation se rencontre lorsque le crédit est une entreprise. Le fait de provoquer sa défaillance par une rupture abusive ou de la retarder par un soutien abusif cause un préjudice aux fournisseurs et aux divers partenaires du crédit : l'impayé dont ils sont victimes a été provoqué ou aggravé par la faute du banquier. Il faut observer que l'action de ces tierces victimes se présente sous un jour particulier. Par hypothèse, ils se trouvent réunis en une collectivité dans le cadre d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. A la tête de cette collectivité se trouve donc un mandataire de justice, professionnel spécialisé, qui a qualité pour agir en leur nom et qui a l'habitude d'affronter les banques. Ce qui explique que les actions délictuelles des tiers contre les banques soient devenues récurrentes à partir des années 1980.

4. Ajoutons, enfin, une dernière donnée essentielle sur cette question. Celle-ci est dominée par **des impératifs contradictoires**, qui obligent le législateur et les tribunaux à chercher un juste équilibre, toujours difficile à atteindre.

Il en est ainsi des impératifs d'ordre juridique. La responsabilité du banquier dans l'octroi et la rupture du crédit se justifie par le devoir général de vigilance qui a toujours été un principe fondamental du droit bancaire ³ et qui comporte d'autres applications plus spécifiques, telles que l'obligation de surveiller l'affectation des fonds dans certaines opérations de crédit. Or ce devoir de vigilance se heurte à un autre principe qui est le devoir de non ingérence du banquier dans les affaires de son client ⁴. Il convient donc de rechercher une juste mesure entre ces deux devoirs qui peuvent emporter des conséquences contradictoires.

On retrouve la même contradiction lorsqu'on évoque les impératifs d'ordre économique qui dominant la question. Depuis longtemps, et notamment lors de chaque réforme du droit des entreprises en difficulté, les pouvoirs publics dénoncent la frilosité des banques, à qui l'on reproche de ne pas financer suffisamment les petites entreprises et les entreprises en difficulté. Or si l'on souhaite encourager l'audace, il est malvenu de sanctionner les prises de risques par un régime de responsabilité trop accueillant au reproche de soutien abusif.

5. Ces observations générales étant faites, on se bornera à résumer les apports essentiels de la jurisprudence et de la loi à la question de la responsabilité du banquier dispensateur de crédit.

³ D.Legeais, Opérations de crédit, Lexisnexis, n°552

⁴ J.Lassere-Capdeville, Que reste-t-il au XXIème siècle du devoir de non-ingérence du banquier ? Banque et droit mars-avril 2005, p.11

I / L'apport de la jurisprudence

6. Il est considérable. Au demeurant, la matière est d'origine prétorienne.

Il fut un temps où il paraissait incongru de reprocher au banquier d'avoir fait ce que lui demandait son client : lui prêter de l'argent. Ce sont les tribunaux qui ont franchi le pas en imposant l'idée que le banquier doit faire preuve de discernement dans l'octroi du crédit afin de ne pas créer une apparence de solvabilité conduisant à aggraver le passif d'une entreprise en difficulté. On l'a justifiée par le fait que « *la banque crée et véhicule une valeur qui n'est pas une marchandise comme les autres : la monnaie. C'est le sang de l'économie. Les actes et les abstentions du banquier ont, de ce fait, des conséquences sans commune mesure avec les comportements des autres agents économiques* »⁵.

Ainsi s'est forgée, à partir des années 1980, une jurisprudence condamnant **le soutien abusif d'une entreprise en difficulté**⁶: octroi de crédit à une entreprise qui est déjà en situation irrémédiablement compromise ou octroi d'un crédit ruineux, qui affecte la rentabilité de l'entreprise au point de rendre sa défaillance inéluctable. Cette trouvaille a donné lieu à des procès retentissants qui ont assuré son succès. Mais elle a aussi provoqué l'indignation du monde bancaire, malgré un encadrement assez raisonnable des solutions pratiques par la Cour de cassation, qui a souvent réfréné les ardeurs de certaines juridictions du fond⁷.

Après le flux est venu le reflux. On verra que le législateur a limité de manière drastique les possibilités d'action en responsabilité pour soutien abusif. Au point que cette première création prétorienne relève plus, aujourd'hui, de l'histoire du droit que du droit positif.

7. Une autre création prétorienne plus récente a connu un succès analogue qui demeure aujourd'hui : le devoir de mise en garde.

La responsabilité pour soutien abusif est une arme forgée au service des créanciers impayés d'une entreprise soumise à une procédure d'insolvabilité. Le chef d'entreprise est rarement en mesure de s'en prévaloir lui-même, en critiquant un soutien qu'il a sollicité du banquier. En outre, ce dispositif est inadapté au cas de l'emprunteur non professionnel.

La jurisprudence a donc complété l'arsenal des moyens juridiques à faire valoir contre le banquier qui prête trop en inventant **le devoir de mise en garde**⁸.

L'innovation est inspirée du régime des placements financiers. Ces derniers étant des produits à risques, celui qui les commercialise doit mettre en garde l'investisseur contre ces risques. Ce

⁵ J.Stoufflet, Devoirs et responsabilité du banquier à l'occasion de la distribution du crédit, Rapport aux journées de droit bancaire de l'Université de Paris I, 10 et 11 février 1977, p.23

⁶ G.A.Likillimba, Le soutien d'une entreprise en difficulté, Litec, 2^eéd., 2001

⁷ J.Stoufflet, Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit, Mélanges Michel Cabrillac, 1999, p.517

⁸ Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2005, n° 03-10921 : JCP E 2005, 1359, obs. D.Legeais ; JCP G 2005, II, 10140, note A. Gourio ; Banque oct. 2005, p. 95, note J.-L. Guillot et M. Boccara ; Dr et patrimoine déc. 2005, 100, obs. J.P.Mattout et A.Prüm

devoir s'apprécie différemment selon les compétences de l'investisseur et la nature du produit. Il est aujourd'hui bien connu des banquiers qui, pour s'y conformer, déterminent le profil de leurs clients en fonction de leurs compétences. De la même manière, il est désormais admis que le banquier dispensateur de crédit doit attirer l'attention de son client sur les risques de l'opération de crédit envisagée.

Comme en matière de placements financiers, ce devoir est réservé à ceux qui en ont besoin, c'est-à-dire les emprunteurs et les cautions « non avertis ». La formule désigne celui qui ne dispose pas des compétences nécessaires pour apprécier le contenu, la portée et les risques liés aux concours consentis⁹ : elle s'applique souvent à des non professionnels (consommateur, conjoint ou proche souscrivant un engagement de caution), mais peut aussi s'appliquer à des professionnels ou des dirigeants de personnes morales (dirigeant inexpérimenté, petite entreprise, coopérative, petite commune)¹⁰.

La mise en garde s'impose en présence d'un crédit excessif, c'est-à-dire un crédit engendrant un risque de surendettement au regard des capacités financières de l'emprunteur, c'est-à-dire de son patrimoine et de ses revenus (pour un particulier) ou de la rentabilité attendue de l'opération (pour une entreprise)¹¹.

Il s'agit d'un devoir d'information et, plus précisément, d'alerte : la faute éventuelle du banquier ne réside pas dans l'octroi du crédit mais dans le fait de ne pas avoir attiré l'attention du crédit sur le danger de l'opération. Corrélativement, le dommage réparable n'est pas l'insolvabilité et ses conséquences éventuelles ; c'est la perte d'une chance de ne pas contracter¹². Ce qui laisse au juge un large pouvoir d'appréciation.

II / L'apport de la loi

8. Au législateur, on doit aussi deux interventions décisives en la matière. Décisives et concises, puisqu'elles tiennent, à chaque fois, en un texte assez bref.

9. La loi dite « bancaire » du 24 janvier 1984, tout d'abord, a encadré **la rupture des concours aux entreprises** dans son article 60 (devenu C.mon.fin., art.L.313-12).

Ce texte impose deux contraintes au banquier qui exerce son droit de rompre unilatéralement un crédit à durée indéterminée : une notification écrite et un préavis minimal de 60 jours. Une loi postérieure a ajouté une troisième contrainte en obligeant le banquier à motiver la rupture, sur demande de l'entreprise concernée.

Ce cadre légal très précis laisse, néanmoins, la place à quelques contentieux.

⁹ Cass. 1re civ., 28 nov. 2012, n° 11-26477

¹⁰ V. la jurisprudence citée par D.Legeais, op.cit., n°669 et s.

¹¹ Cass. 1^{ère} civ. 18 février 2009, n° 08-11221 : Banque et droit 2009, n° 127, p. 10, note E. Bazin. V. plus généralement D.Legeais, op.cit., n°650 et s.

¹² Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-20274 : JCP E 2009, 2053, note D. Legeais, D. 2009, p. 2971, note D. Houtcieff.

En effet, l'exigence de préavis (mais non de notification) est écartée par la loi en cas de comportement gravement répréhensible du débiteur (c'est-à-dire un comportement de nature à ruiner la confiance du banquier en son client) ¹³ ou si la situation de celui-ci s'avère irrémédiablement compromise (auquel cas l'octroi d'un préavis risquerait d'être tenu pour un soutien abusif).

Ce sont, évidemment, des situations dont l'appréciation peut donner lieu à litige.

10. La deuxième intervention décisive du législateur résulte de la loi dite « de sauvegarde des entreprises » du 26 juillet 2005, dernière en date des grandes réformes du droit de la « faillite ».

La question récurrente de la « frilosité » des banques ayant été mise sur le tapis dans les débats relatifs aux procédures préventives (mandat *ad hoc*, conciliation), les parlementaires ont résolu de s'attaquer à l'une des racines supposées du problème : la jurisprudence sur le soutien abusif. D'où un nouvel article L.650-1 introduit dans le Code de commerce, au sein du livre 6 régissant les procédures de traitement des difficultés des entreprises :

« Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci ».

On voit que ce texte va très loin puisqu'il institue **un principe d'irresponsabilité** qui, au demeurant, ne s'applique pas seulement aux banques mais à tous les créanciers. Il va si loin que la question de sa conformité au bloc de constitutionnalité a été posée. Le Conseil constitutionnel n'a pas censuré le texte, estimant qu'il est permis au législateur, *« en certaines matières, pour un motif d'intérêt général, d'aménager les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée »* ¹⁴.

Il est vrai que l'irresponsabilité proclamée par ce texte n'est pas absolue. Il réserve trois situations (fraude, immixtion, disproportion des garanties) qui sont des cas d'ouverture permettant d'agir en responsabilité contre le créancier, pourvu que, par ailleurs, le caractère fautif de son comportement soit établi ¹⁵. Il n'en demeure pas moins que ce texte a eu l'effet qui en était escompté. Il a mis un frein au contentieux du soutien abusif. D'autant que les rares

¹³ V. J.L.Rives-Lange, La rupture immédiate d'un concours bancaire, in Mél. AEDBF-France, Revue Banque 1997, p.275

¹⁴ Cons. const., déc. n° 2005-522 DC, 22 juill. 2005 : JO 27 juill. 2005, p. 12225

¹⁵ C'est, du moins, l'interprétation qui a prévalu. Cass.com.27 mars 2012, n°10-20077 : JCPE 2012, 1274, note D.Legeais ; - 1373, n°14, obs.J.Stoufflet ; BJS 2012, p.493, obs. Ph.Pétel ; Gaz.pal.3-4 août 2012, p.16, obs.R.Routier ; JCPG 2012, 635, note S.Piedelièvre

actions fondées sur les cas d'ouverture prévus à l'article L.650-1 ne sont pas souvent couronnées de succès ¹⁶.

De ce fait, la question essentielle qui se pose aujourd'hui, en matière de responsabilité du banquier dispensateur de crédit, est celle du domaine de ce principe d'irresponsabilité. Cette question commande, en pratique, le succès de l'action. Les contentieux se sont concentrés sur ce point depuis 2005 ¹⁷.

Deux solutions importantes se dégagent parmi des dizaines d'autres.

Ce principe n'est pas réservé aux crédits consentis aux entreprises en difficulté. Il s'applique, par exemple, en cas de concours consentis au débiteur pour financer la création ou l'acquisition de son entreprise ¹⁸. On pouvait en douter compte tenu du contexte dans lequel ce principe a été affirmé. Néanmoins, le texte ne comporte ni ne suggère une telle distinction. Or il doit s'appliquer tel qu'il a été rédigé et non pas tel que l'ont (peut-être) imaginé ses rédacteurs.

Ce principe, en revanche, ne concerne pas le devoir de mise en garde du banquier à l'égard des emprunteurs et cautions non avertis ¹⁹. On pouvait, là aussi, hésiter car les situations se recourent : un crédit excessif oblige à mettre en garde un emprunteur non averti et peut constituer un soutien abusif. Néanmoins, la faute reprochée au banquier n'est pas, on l'a vu, l'octroi du crédit mais le défaut d'alerte. Le préjudice, également, est différent. On n'est donc pas en présence d'un « *préjudice subi du fait des concours consentis* ».

C'est dire que le contentieux né d'un crédit excessif n'est pas mort. Les avocats spécialisés en matière de responsabilité du banquier dispensateur de crédit ont encore du pain sur la planche.

¹⁶ A ce jour, un seul arrêt de la Cour de cassation en ce sens, à propos d'un fournisseur s'étant immiscé dans la gestion du débiteur : Cass.com.10 janvier 2018, n°16-10824 : RTDCom 2018, p.174, obs.D.Legeais ; BJE mai 2018, p.210, obs.T.Favario ; Rev.proc.coll.2018, comm. 128, obs.A. Martin-Serf.

¹⁷ De même que les synthèses doctrinales, bien précieuses. V. dernièrement A.Gouëzel, Gaz.pal.11 juin 2019, p.48.

¹⁸ Cass. com., 3 nov. 2015 : Gaz. Pal. 19 janv. 2016, p. 74, obs. R.Routier ; JCP E 2016, 1198, n° 12, obs. Ph.Pétel

¹⁹ Cass. com., 12 juill. 2017, n° 16-10.793 : JCP E 2017, 1688, n° 12, obs. A. Tehrani ; Rev. sociétés 2017, p. 527, obs. Ph.Roussel-Galle ; Rev. dr. bancaire et fin. sept.-oct. 2017, étude 20, obs.D. Robine ; RTD com. 2017, p. 669, obs.D. Legeais ; D. 2017, p. 2020 note Lasserre-Capdeville (pour la caution). Cass.com. 20 juin 2018, n° 16-27693 : BJE sept.2018, p.359, obs.T. Favario ; Rev.proc.coll.2018, comm.213, obs.A. Martin-Serf (pour l'emprunteur).