



Par Jean-Christophe Bouchard,
avocat associé,



et Philippe Gianviti,
avocat, NMW

La banque n'est pas tenue d'une obligation de conseil ou de mise en garde sur les risques de l'opération qu'elle finance

Dans un arrêt du 5 décembre 2018 (NP, n° 17-17.257), la chambre commerciale de la Cour de cassation affirme à nouveau que les banques ne sont pas tenues d'une obligation générale de conseil ou de mise en garde sur les risques de l'opération qu'elles financent.

Il est souvent soutenu que les banques sont tenues d'une obligation de conseil et de mise en garde vis-à-vis de leur clientèle.

Ce n'est pourtant pas la solution retenue dans cet arrêt de la Cour de cassation, chambre commerciale, du 5 décembre 2018 se rapportant à une opération de crédit. Dans cette

qualité, d'une obligation de conseil envers l'emprunteur, sauf si elle en a pris l'engagement, ni d'une obligation de mise en garde sur les risques de l'opération financée».

Cet arrêt paraît s'inscrire en retrait par rapport à des décisions de la première chambre civile (Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005, Bull. civ. 2005, I, n° 326, n° 03-10.115) et de l'Assemblée plé-

nière (Cass. ass. plén, 2 mars 2007, Bull. civ. 2007, AP, n° 4, n° 06-15.267) qui retenaient une obligation d'éclairer (plus forte que la simple obligation d'information) l'emprunteur souscripteur d'une assurance garantie ou une obligation de mettre en garde l'emprun-

Dans cette affaire, les emprunteurs avaient contracté un prêt en vue de financer l'installation d'un matériel photovoltaïque et la cour d'appel avait considéré que la banque aurait dû alerter les emprunteurs sur les risques de leur projet.

affaire, les emprunteurs avaient contracté un prêt en vue de financer l'installation d'un matériel photovoltaïque.

La cour d'appel avait considéré que la banque aurait dû alerter les emprunteurs sur les risques de leur projet. La Cour de cassation en décide autrement et censure l'arrêt d'appel aux motifs que «la banque dispensatrice de crédit, qui n'a pas à s'immiscer dans les affaires de son client pour apprécier l'opportunité des opérations auxquelles il procède, n'est pas tenue, en cette seule

teur recourant à l'emprunt plutôt qu'à son épargne personnelle déposée auprès de la banque. La chambre mixte de la Cour de cassation, par deux arrêts du 29 juin 2007 (pourvois n° 06-11.673 et 05-21.104), avait, quant à elle, confirmé «l'existence d'une obligation de mise en garde pesant sur la banque à l'égard des emprunteurs non avertis» (communiqué de la Cour de cassation accompagnant les deux arrêts).

En réalité, ce retrait n'en est pas vraiment un.

Ainsi que le souligne le rapport 2009 de la Cour de cassation, il existe en effet une forme d'opposition au sein de la Cour de cassation entre la première chambre civile, soucieuse de protéger les emprunteurs non avertis, et la chambre commerciale qui ne retient pas d'obligation générale de conseil à la charge des banquiers.

Dans le domaine des services d'investissement, la chambre commerciale de la Cour de cassation adopte une position très proche de celle qui est la sienne en matière d'emprunts. Elle affirme en effet que le «banquier prestataire de services d'investissement n'est pas, en cette seule qualité, tenu d'une obligation de conseil à l'égard de son client» (Cass. com., 20 juin 2018, F-P+B, n° 17-11.473) tout en apportant immédiatement à ce principe, une subtile nuance qui peut cependant

avoir d'importantes conséquences pour le banquier. Elle ajoute en effet que le banquier «est tenu, lorsque à la demande de celui-ci [le client] ou spontanément, il [le banquier] lui recommande un service ou un produit et lui prodigue ainsi un conseil, de le faire avec pertinence, prudence et loyauté, en s'enquérant de ses connaissances, de son expérience en matière d'investissement, ainsi que de sa situation financière et de ses objectifs, afin que l'instrument financier conseillé soit adapté».

La nuance ainsi apportée par la chambre commerciale dans le domaine des services d'investissement trouve son origine dans les dispositions mêmes du Code monétaire et financier. En effet selon l'article D. 321-1 de ce code, la fourniture de recommandations personnalisées est un service de conseil en investissement. Or, les prestataires de services d'investissement autres que les sociétés de gestion de portefeuille doivent recueillir certaines informations de leurs clients «de manière à pouvoir leur recom-

mander les services d'investissement et les instruments financiers adéquats et adaptés à leur tolérance au risque et à leur capacité à subir des pertes» (art. L. 533-13 du Code monétaire et financier). Il n'est pas rare qu'une entreprise, à l'occasion d'un crédit qu'elle sollicite, soit conduite à souscrire des instruments financiers de couverture, comme des contrats d'échange (swaps), contre le risque de variation de taux de change (si le crédit est en devises étrangères) ou le risque de variation de taux d'intérêt (si le

Si la banque propose à un euro souscrire des instruments financiers de sa propre initiative ou si elle en a recommandé certains, elle sera alors tenue d'une obligation de conseil sur la pertinence de ces instruments et l'étendue de son conseil devra être adaptée au degré des «connaissances» et d'«expérience» de l'entreprise cliente.

taux du crédit est variable). Si la banque les lui a proposés de sa propre initiative ou si elle en a recommandé certains, elle sera alors tenue d'une obligation de conseil sur la pertinence de ces instruments et l'étendue de son conseil devra être adaptée au degré des «connaissances» et d'«expérience» de l'entreprise cliente. On voit que la question de l'obligation de conseil et de mise en garde du banquier ne se prête pas à une réponse synthétique et intangible. L'étendue de l'obligation dépend non seulement de l'opération sous-jacente réalisée entre la banque et son client (crédit ou service d'investissement), du degré de connaissance et d'expérience du client mais aussi des circonstances particulières qui peuvent affecter l'opération elle-même, avec ce paramètre d'incertitude supplémentaire propre au fonctionnement de l'institution judiciaire qui résulte de la différence d'approches entre la chambre commerciale et la première chambre civile de la Cour de cassation. ■