

## Précisions sur les devoirs du banquier intervenant en matière d'investissement locatif

Issu de Gazette du Palais - 14/11/2013 - n° 318  
ID : GPL153v7

**Auteur(s):**

- Jérôme Lasserre Capdeville, maître de conférences HDR à l'université de Strasbourg

La banque ayant, d'une part, proposé et personnalisé l'investissement locatif litigieux dont la nature était manifestement inadaptée à la situation des bénéficiaires, et, d'autre part, assorti son offre de prêt de longue durée d'un taux variable accentuant les risques d'une opération périlleuse, la cour d'appel en a exactement déduit que la banque avait manqué, tant à son devoir d'information et de conseil au titre de l'investissement locatif, qu'à son devoir de mise en garde au titre de l'octroi du prêt.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 sept. 2013, n° [12-15897](#), ECLI:FR:CCASS:2013:C100944, Caisse régionale de Crédit agricole mutuel d'Aquitaine c/ ép. X, D (rejet pourvoi c/ CA Bordeaux, 30 janv. 2012), M. Charruault, prés. ; SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Didier et Pinet, SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, av.

Depuis la reconnaissance prétorienne d'un devoir de mise en garde à la charge du banquier au bénéfice de l'emprunteur ou de la caution non-avertis, ou encore en faveur de l'investisseur lorsque l'investissement projeté présente un caractère spéculatif, on pouvait penser que l'obligation de conseil avait totalement disparu de la jurisprudence « bancaire ». Tel n'est pourtant pas le cas. Une décision du 11 septembre 2013 vient ainsi nous démontrer qu'il en reste encore une application en présence de montages inadaptés à la situation des investisseurs.

Les époux X avaient souscrit un prêt auprès de la caisse régionale A. afin de financer l'acquisition d'un bien immobilier destiné à la location et leur permettant de réaliser une opération de défiscalisation. Cette opération avait donné lieu à une étude personnalisée élaborée par une entreprise extérieure, la société C. Cependant, s'estimant victimes d'un préjudice consécutif à ce montage financier, les époux X avaient assigné la banque et la société C. en réparation. La banque avait alors été condamnée par la cour d'appel de Bordeaux à payer au couple des dommages-intérêts pour avoir manqué à ses devoirs de conseil et de mise en garde<sup>1</sup>. Elle avait, par conséquent, formé un pourvoi en cassation par l'intermédiaire duquel elle contestait l'engagement de sa responsabilité.

La Cour de cassation rejette ce pourvoi par sa décision du 11 septembre 2013<sup>2</sup>. Son dispositif est toutefois des plus brefs : « Mais attendu qu'ayant relevé, par motifs propres et adoptés, sans se contredire, que la banque avait, d'une part, proposé et personnalisé l'investissement locatif litigieux dont la nature était manifestement inadaptée à la situation des époux X, d'autre part, assorti son offre

de prêt de longue durée d'un taux variable accentuant les risques d'une opération périlleuse, la cour d'appel en a exactement déduit que la banque avait manqué tant à son devoir d'information et de conseil au titre de l'investissement locatif, qu'à son devoir de mise en garde au titre de l'octroi du prêt, ces différents manquements ayant causé un préjudice constitutif d'une perte de chance que la cour d'appel a souverainement fixé à un montant inférieur au préjudice global des époux X, justifiant ainsi légalement sa décision ».

Malgré ce caractère concis, et son absence de publication au *Bulletin civil*, cette décision attire immanquablement l'attention, de par ses précisions utiles à propos du devoir de mise en garde à la charge du banquier dispensateur de crédit (I), mais aussi en raison de la solution qu'elle pose à l'égard du devoir de conseil (II). Cette dernière suscite, d'ailleurs, des interrogations tant elle pourrait se révéler sévère pour le banquier intervenant en matière d'investissement.

## I – Précisions à propos du devoir de mise en garde

Depuis une décision de principe de la première chambre civile de la Cour de cassation du 12 juillet 2005<sup>3</sup>, la jurisprudence met, à la charge du banquier dispensateur de crédit, le devoir d'informer l'emprunteur non-averti des risques de l'opération projetée. On parle, traditionnellement, de « mise en garde » du client. Ce devoir, fréquemment étudié par la doctrine<sup>4</sup>, donne lieu à une jurisprudence particulièrement abondante<sup>5</sup>.

Concrètement, il impose au prêteur un certain nombre d'obligations successives. Celui-ci va ainsi devoir : vérifier si le crédit consenti ne présente pas un risque pour l'emprunteur et, notamment, celui de ne pas pouvoir faire face aux échéances ; puis, en présence d'un tel risque, relever la qualité d'averti ou de non-averti de l'emprunteur<sup>6</sup> ; enfin, si la qualité de non-averti du client est avérée, attirer l'attention de ce dernier sur ces mêmes risques, c'est-à-dire l'alerter afin qu'il puisse accepter (ou refuser) l'offre de crédit en pleine connaissance de cause. Ce n'est donc que dans ce cas, si le devoir n'a pas été respecté, que le banquier sera susceptible de voir sa responsabilité civile engagée.

L'appréciation du risque est donc ici essentielle, car c'est la première phase de l'obligation pesant sur le prêteur. Du coup, une question simple se pose : qu'est-ce que le « risque » en la matière ? D'une façon générale, on estime que c'est le risque de non-remboursement en raison de la trop lourde charge du crédit comparé à la capacité financière de l'emprunteur. Le banquier devra donc analyser si le crédit n'est pas trop important pour l'emprunteur. Traditionnellement, une comparaison est faite entre les revenus de ce dernier et les échéances du prêt. Une règle non écrite est amenée fréquemment à jouer : si ces dernières sont inférieures à 30 % des revenus de l'intéressé, on estime que le crédit n'est pas risqué<sup>7</sup>. On parle ici de *ratio* d'endettement. Bien entendu, le risque du crédit s'apprécie aussi à la vue du patrimoine de l'intéressé<sup>8</sup>.

Mais ce n'est pas tout. À plusieurs reprises, les magistrats ont également retenu le risque en présence d'un crédit présentant, par sa seule nature, un danger particulier. Cela a été, par exemple, le cas avec le crédit *in fine*<sup>9</sup>.

Or, l'arrêt étudié confirme cette solution. En l'occurrence, nous étions en présence d'une « offre de prêt de longue durée » (20 ans) à « taux variable ». Sa présence accentuait d'ailleurs pour les magistrats les « risques d'une opération périlleuse ». Or, le manquement au devoir de mise en garde était confirmé par la Cour de cassation sans qu'il soit fait mention du taux d'endettement de l'intéressé. Dès lors, dans ce cas encore, c'est bien la nature intrinsèquement risquée du crédit qui est prise en considération par les magistrats devant en apprécier le danger.

L'intérêt de la décision étudiée à propos du devoir de mise en garde ne s'arrête, en outre, pas là. Elle vient également rappeler que la sanction applicable à l'engagement de la responsabilité civile du prêteur pour violation du devoir de mise en garde est la perte de chance, et plus particulièrement la perte d'une chance de ne pas souscrire le prêt litigieux<sup>10</sup>. Il découle de cette règle que l'indemnisation d'un tel préjudice ne peut être égale à la valeur de la chance perdue<sup>11</sup>. Dès lors, en

l'occurrence, la cour d'appel de Bordeaux avait, pour la haute juridiction, « souverainement fixé un montant inférieur au préjudice global des époux X ».

La décision étudiée est, par conséquent, difficilement contestable à propos du devoir de mise en garde à la charge du banquier dispensateur de crédit. Les interrogations sont, en revanche, plus nombreuses à propos du devoir de conseil que l'arrêt fait peser sur le banquier intervenu dans une opération d'investissement locatif<sup>12</sup>.

## II – Affirmations à propos du devoir de conseil

Le devoir de conseil peut être défini comme celui qui impose au professionnel, outre d'informer son partenaire, de lui faire part de son opinion quant à l'opportunité d'effectuer l'opération en question<sup>13</sup>. Le conseil suppose alors une appréciation de nature à orienter directement la décision de l'autre partie<sup>14</sup>. Il se distingue en cela de l'obligation d'information en ce qu'il incite à opérer certains choix sur « de vagues critères d'opportunités »<sup>15</sup>, alors que l'obligation d'information repose sur des critères objectifs et précis.

La doctrine<sup>16</sup> a pu constater que ce devoir de conseil avait quasiment disparu aujourd'hui. Son domaine d'application se limiterait désormais à deux hypothèses particulières. Il en irait ainsi, d'une part, en matière de financement par le prêteur d'une maison individuelle avec fourniture de plan dans la mesure où le Code de la construction et de l'habitation met des obligations de vérification à la charge du prêteur<sup>17</sup>. Nous ne sommes pas convaincus, quant à nous, par cette hypothèse qui concerne plus une obligation de contrôle à la charge du professionnel, qu'un véritable conseil. D'autre part, une seconde hypothèse se retrouverait en présence de technique de financement inapproprié<sup>18</sup>.

La jurisprudence rendue ces derniers mois témoigne du fait que ce serait, plus particulièrement, en matière de « montages » que l'obligation de conseil aurait encore vocation à jouer<sup>19</sup>. Cependant, force est de constater que l'incertitude règne en ce domaine. Ainsi, par plusieurs décisions récentes, les magistrats ont eu l'occasion de se prononcer en la matière en se fondant, soit sur le devoir de conseil<sup>20</sup>, soit sur le devoir d'information<sup>21</sup>, soit, enfin, sur celui de mise en garde<sup>22</sup> ! Difficile alors d'y voir clair...

Néanmoins, on peut se demander si, en cette année 2013, les magistrats de la Cour de cassation n'ont pas souhaité poser une solution en la matière, reposant uniquement sur le devoir de conseil. Une première manifestation de cette jurisprudence peut être observée à travers une décision de la chambre commerciale du 8 janvier 2013<sup>23</sup>. En l'espèce, une banque, en liaison avec une agence immobilière appartenant au même groupe, avait financé l'acquisition de deux logements situés dans un projet de rénovation d'un monument historique, ouvrant droit à un avantage de défiscalisation, après que l'agence précitée eut fourni aux emprunteurs une plaquette sur le projet, et deux études personnalisées mettant en évidence l'économie d'impôt à réaliser et le montant du gain à terme. Cependant, ce projet ne s'étant pas déroulé comme prévu (surcoût des travaux à hauteur de 37 % du coût initial et redressement fiscal des emprunteurs), la banque et l'agence immobilière avaient été condamnées *in solidum* à réparer le préjudice subi par les intéressés. L'établissement de crédit et la société avaient manqué, pour les juges, « à leur devoir d'information et de conseil, en les privant de la possibilité d'évaluer, en toute connaissance de cause, l'adéquation de l'opération proposée à leur situation et à leur attente ».

L'arrêt étudié constitue alors une nouvelle application de cette jurisprudence. Les faits portaient, nous l'avons vu, sur un financement tendant à l'acquisition d'un bien immobilier destiné à la location, afin de réaliser une opération de défiscalisation. Or, pour les juges du fond, la banque avait « proposé et personnalisé l'investissement locatif litigieux dont la nature était manifestement inadaptée à la situation des époux X ». La Cour de cassation estime, quant à elle, qu'ils avaient exactement déduit que la banque avait manqué à son devoir d'information et de conseil au titre de l'investissement

locatif<sup>24</sup>.

Cette solution appelle plusieurs observations. D'une part, elle témoigne du fait que les magistrats veulent effectivement se fonder sur le devoir de conseil, même s'ils continuent de l'accompagner du devoir d'information. La dissociation entre eux n'est d'ailleurs pas très claire. D'autre part, on peut percevoir ici une rigueur particulière de la part des magistrats : la banque avait-elle effectivement « proposé et personnalisé » l'investissement locatif en question ? Cela est affirmé, mais aucunement démontré. On peut regretter le manque de précisions sur ce point. De quoi les juges déduisaient-ils cette affirmation ? Il serait utile de le savoir, car en matière de montage financier, lorsque la banque n'a pas été mandatée aux fins d'expertiser le montage, il n'est traditionnellement pas possible d'engager sa responsabilité<sup>25</sup>.

En outre, il faut rappeler qu'une société de conseil en investissement, la société C., était intervenue en l'espèce. Pouvait-on dès lors encore voir l'établissement de crédit comme débiteur d'une obligation de conseil ? On peut légitimement s'interroger. La décision de la cour d'appel de Bordeaux avait d'ailleurs reproché à la banque de ne pas avoir attiré l'attention du couple sur « le caractère aléatoire d'une opération reposant sur le remboursement d'un emprunt au moyen des revenus tirés de la location du bien acquis ». On peut être surpris par ce grief. Il fait inmanquablement penser au devoir de mise en garde<sup>26</sup>. Faut-il alors y voir une (nouvelle) mauvaise utilisation des notions de « conseil » et de « mise en garde » de la part des juges du fond ?

Au-delà de ces nombreuses incertitudes, que doit-on penser de la décision du 11 septembre 2013 ? Certes, elle ne fait pas l'objet d'une publication au *Bulletin civil*. Des auteurs ne manqueront certainement pas de la qualifier d'« arrêt d'espèce ». D'autres décisions seront utiles pour savoir ce qu'il en est exactement. Néanmoins, on ne saurait nier que la brièveté de son dispositif est, en l'état, particulièrement dangereuse pour le banquier intervenant dans une opération d'investissement impliquant un montage<sup>27</sup>. La première chambre civile n'a-t-elle pas, malencontreusement, ouvert la « boîte de Pandore » ?

Il serait dès lors heureux, afin d'éviter une succession de jurisprudences (peut-être contradictoires), que le législateur vienne clarifier une bonne fois pour toutes cette situation en prévoyant un cadre légal minimum au conseil en gestion de patrimoine, dont l'activité ne fait l'objet, pour l'heure, d'aucun texte spécifique<sup>28</sup>. Le droit y gagnerait incontestablement en clarté et en prévisibilité.

1 - [CA Bordeaux, 30 janv. 2012, n° 10/05742.](#)

2 - [Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 sept. 2013, n° 12-15897](#) : [LEDB nov. 2013, p. 7, n° 147](#), obs. R. Routier.

3 - [Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 juill. 2005, n° 03-10921](#) : *Bull. civ. I*, n° 327 ; *D.* 2005, p. 2276, obs. X. Delpech ; *RTD com.* 2005, p. 820, obs. D. Legeais ; *D.* 2005, p. 3094, note B. Parance ; *RDI*, n° 2, mars 2006, p. 123, obs. H. Heugas-Darraspen ; *JCP G* 2005, n° 41, 1875, note A. Gourio ; *Banque et Droit* 2005, n° 104, p. 80, obs. T. Bonneau. Cette jurisprudence fut rapidement confirmée par la chambre commerciale : [Cass. com., 3 mai 2006, n°s 04-15517](#), 02-11211 et 04-19315 ; *Bull. civ. IV*, n°s 101, 102 et 103 ; *Banque et droit* 2006, n° 108, p. 53, obs. N. Rontchevsky ; *D.* 2006, p. 1445, obs. X. Delpech, avant que la chambre mixte de la haute juridiction ne consacre une bonne fois pour toutes cette convergence des solutions – *Cass. mixte*, 29 juin 2007, n°s 05-21104 et 06-11673 ; *Bull. ch. mixte*, n°s 7 et 8 ; *D.* 2007, p. 2081, note S. Piedelièvre.

4 - V. par ex., J. Lasserre Capdeville et N. Bourdallé, « Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier » : *Banque et droit*, 2006, n° 107, p. 17 ; F. Boucard, « Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur et de sa caution : présentation didactique » : *RD bancaire et fin.* 2007, n° 5, p. 24 ; D. Gallois-Cochet, « Le devoir de mettre en garde le client » : *RLDA* 24/2008, p. 107 ; J. Daniel, « Le devoir de mise en garde du banquier » : [LPA 18 fevr. 2008, p. 5](#) ; E. Bazin, « Retour sur le devoir de mise en garde du prêteur » : *Banque et droit* 2010, n° 130, p. 23.

5 - Pour des exemples récents remarquables, *CA Pau*, 5 fevr. 2013 : [LPA 19 juin 2013, p. 8](#), note J. Lasserre Capdeville – *CA Paris*, 4 juill. 2013 : [LEDB oct. 2013, p. 2, n° 9](#), obs. J. Lasserre Capdeville – [Cass. com., 17 sept. 2013, n° 12-21871](#) : [LEDB nov. 2013, p. 3, n° 10](#), obs. R. Routier.

6 -

Le devoir de mise en garde a pour caractéristique de s'appliquer, principalement, à l'emprunteur non-averti (dit aussi profane), c'est-à-dire l'emprunteur n'ayant pas de connaissances particulières en matière de crédit, et plus spécialement à l'égard du type de crédit consenti. Il convient de noter, cependant, que les magistrats reconnaissent également l'application du devoir de mise en garde au bénéfice de l'emprunteur averti dans un cas particulier : lorsque le banquier détient des informations sur la situation financière de son cocontractant et sur les risques encourus que lui-même ignore ([Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 juill. 2005, n° 03-10770](#), *Guigan* : Bull. civ. I, n° 325 ; D. 2005, p. 3094, note B. Parance - [Cass. com., 7 avr. 2009, n° 08-12192](#) : Bull. civ. IV, n° 54 ; JCP G 2009, n° 27, p. 27, note J. Lasserre Capdeville), c'est-à-dire une situation excessivement rare en pratique.

7 -

Ce n'est cependant pas automatique, CA Paris, 4 juill. 2013 : [LEDB oct. 2013, p. 2, n° 9](#), obs. J. Lasserre Capdeville.

8 -

[Cass. com., 27 nov. 2012, n° 11-19311](#).

9 -

Pour mémoire, il s'agit d'un prêt dans lequel l'emprunteur ne rembourse le capital qu'à la fin de l'opération, en une seule fois. Les mensualités ne comprennent, quant à elles, que des intérêts. Le crédit *in fine* est donc particulièrement dangereux car les emprunteurs ne peuvent pas toujours faire face à la dernière (et redoutable) échéance. Les magistrats retiennent alors assez facilement le devoir de mise en garde à la charge du prêteur en la matière - [Cass. com., 8 mars 2011, n° 10-11545](#) : [LEDB mai 2011, p. 2, n° 59](#), obs. J. Lasserre Capdeville - [CA Lyon, 4 déc. 2012, n° 11/06062](#).

10 -

[Cass. com., 26 janv. 2010, n° 08-20515](#) : Gaz. Pal. 5 mars 2010, p. 31, obs. B. Bury - [Cass. com., 26 janv. 2010, n° 08-18354](#) : D. 2010, act. jurisp. p. 578 obs. V. Avena-Robardet ; D. 2010, p. 934, obs. J. Lasserre Capdeville - [Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> juill. 2010, n° 09-16474](#) : LEDB oct. 2010, p. 4, obs. R. Routier.

11 -

[Cass. 2<sup>e</sup> civ., 9 avr. 2009, n° 08-15977](#) : Bull. civ. II, n° 98.

12 -

Il n'était pas question ici d'appliquer le devoir de mise en garde prévu en matière d'investissement, bien connu depuis l'arrêt *Buon* du 5 novembre 1991 ([Cass. com., 5 nov. 1991, n° 89-18005](#) : Bull. civ. IV, n° 327 ; BJB 1993, p. 292, note F. Peltier). En effet, ce dernier n'est admis que si les investissements projetés présentent un caractère spéculatif ([Cass. com., 10 déc. 1996, n° 94-16082](#) : Bull. civ. IV, n° 307 ; BJB 1997, p. 205, note H. de Vauplane - [Cass. com., 14 déc. 2004, n° 03-10099](#) : Bull. civ. IV, n° 222 ; D. 2005, act. jurisp. p. 360 - [Cass. com., 5 fevr. 2008, n° 06-21513](#) - [Cass. com., 23 juin 2009, n° 08-17424](#) - [CA Paris, 5 nov. 2010, n° 08/08688](#) ; [BJB 2011, p. 192, § 90](#), note J. Lasserre Capdeville). Or, tel n'était pas le cas, en l'espèce, puisque le prêt avait été consenti en vue de l'acquisition de biens immobiliers destinés à produire des revenus locatifs compensant la charge des crédits et offrant aux investisseurs une possibilité de défiscalisation. Il n'y avait donc pas de spéculation.

13 -

J. Lasserre Capdeville et N. Bourdallé, « Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier » : Banque et droit 2006, n° 107, p. 18.

14 -

Sur cette obligation, R. Routier, *Obligations et responsabilités du banquier*, éd. Dalloz 2011, 3<sup>e</sup> éd., n°s 551 et s.

15 -

R. Routier, *op. cit.*, n° 551-11.

16 -

D. Legais, « Responsabilité du banquier fournisseur de crédit » : J.-Cl. Commercial, fasc. 346.

17 -

En effet, aux termes de l'article L. 231-10, alinéa 1<sup>er</sup>, du code, « aucun prêteur ne peut émettre une offre de prêt sans avoir vérifié que le contrat comporte celles des énonciations mentionnées à l'article L. 231-2 qui doivent y figurer au moment où l'acte lui est transmis et ne peut débloquer les fonds s'il n'a pas communication de l'attestation de garantie de livraison ».

18 -

L'auteur se fonde sur une décision de la Cour de cassation ayant toutefois écarté l'obligation à propos d'un crédit-relais consenti à un emprunteur expérimenté : [Cass. com., 18 mai 2005, n° 03-10508](#) : Bull. civ. IV, n° 106 ; RD bancaire et fin. 2005, n° 5, p. 13, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.

19 -

Il demeure cependant nécessaire de bien caractériser le lien de causalité entre les fautes de la banque dans l'exécution du schéma opérationnel et le préjudice invoqué : [Cass. com., 12 juill. 2011, n° 10-17830](#) : [LEDB oct. 2011, p. 1, n° 130](#), obs. R. Routier.

20 -

[CA Bordeaux, 20 fevr. 2012, n° 10/05741](#) : RD bancaire et fin. 2012, comm. 176, obs. F.-J. Crédot et T. Samin - [Cass. com., 30 oct. 2012, n° 11-21826](#) : RD bancaire et fin. 2013, comm. 44, obs. F.-J. Crédot et T. Samin.

21 -

[Cass. com., 10 juill. 2012, n° 11-11891](#) : RD bancaire et fin. 2012, comm. 176, obs. F.-J. Crédot et T. Samin.

22 -

[Cass. com., 10 juill. 2012, n° 11-10548](#) : RD bancaire et fin. 2012, comm. 176, obs. F.-J. Crédot et T. Samin.

23 -

[Cass. com., 8 janv. 2013, n° 11-19387](#) : RDI, n° 3, mars 2013, p. 146, note H. Heugas-Darraspen ; JCP E 2013, n° 21, 1304, obs. H. Causse.

24 -

La Cour de cassation estime que ce manquement est, à l'instar du non-respect au devoir de mise en garde, « constitutif d'une perte de chance ».

25 -

[Cass. com., 3 mai 2000, n° 97-11209](#) : R. Routier, *Obligations et responsabilités du banquier*, éd. Dalloz 2011, 3<sup>e</sup> éd., n° 552-16.

26 -

La même réflexion s'impose à la lecture de la décision [Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 janv. 2013, n° 11-19387](#) - V. *supra*.

27 -

Et ce, d'autant plus que c'est à celui qui est contractuellement tenu d'une obligation particulière de conseil de rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation, [Cass. com., 22 mars 2011, n° 10-13727](#).

28 -

Notons qu'a été enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale, le 13 juillet 2010, une proposition de loi visant à donner un statut à la profession de conseiller en gestion de patrimoine, présentée par M.-L. Giscard d'Estaing.

Issu de Gazette du Palais - 14/11/2013 - n° 318

ID : GPL153v7

Permalien : [lext.so/GPL153v7](http://lext.so/GPL153v7)

**Auteur(s) :**

- Jérôme Lasserre Capdeville, maître de conférences HDR à l'université de Strasbourg