



**AVIS DE Mme GUÉGUEN,  
PREMIÈRE AVOCATE GÉNÉRALE**

**Arrêt n° 92 du 25 janvier 2023 – Chambre commerciale, financière et économique**

**Pourvoi n° 20-12.811**

**Décision attaquée : Cour d'appel de Colmar, 27 mars 2019**

**M. [N] [G]**

**C/**

**Mme [E][D] épouse [S]**

**La Caisse de Crédit mutuel Mulhouse Saint Antoine**

---

La conférence, qui a choisi de renvoyer l'examen de ce pourvoi en formation de section, a très clairement exprimé la question dont elle souhaitait qu'il soit débattu :

***“déterminer le point de départ du délai de prescription de l'action du débiteur principal dirigée contre le prêteur pour manquement de ce dernier à son obligation de mise en garde”.***

Nul besoin de revenir sur le détail des faits et de la procédure parfaitement exposé par le rapporteur, un simple rappel des éléments clés suffira pour introduire le cheminement de la réponse à la question posée.

Deux frères, MM. [N] et [U] [G], qui souhaitaient créer un music-hall en province, ont constitué à cet effet en 2007 une société, la SAS Prodiv, dont le capital était détenu par l'intermédiaire de deux sociétés dont ils possédaient respectivement l'essentiel du capital, et par une autre SAS, détenue par Mme [S], à laquelle a été confiée la présidence de Prodiv, compte tenu de sa connaissance du monde des affaires.

A l'occasion d'une augmentation de capital supportée par la SAS détenue par Mme [S], celle-ci est devenue actionnaire majoritaire de la SA Prodiv, mais face à la persistance des besoins en financement de cette dernière, la Caisse de Crédit Mutuel de Mulhouse

Saint Antoine (la banque) a accepté de consentir à MM. [N] et [U] [G] un prêt de 200 000 euros, le 13 novembre 2008. Ce prêt dont le remboursement était garanti par des hypothèques sur des immeubles appartenant à chacun des deux frères, avait, selon l'acte notarié le prévoyant, l'objet suivant : “ *PRET PERSONNEL “DIRIGEANTS” pour apport en compte courant STE PRODIV* ” (soulignement ajouté). Il était prévu que le capital serait amorti en une seule fois le 31 octobre 2010, alors que les intérêts et la cotisation d'assurance étaient payables le dernier jour de chaque mois.

Le capital prêté n'ayant pas été remboursé à la banque et la société Prodiv ayant été placée en liquidation judiciaire, la banque a prononcé la déchéance du terme et l'exigibilité immédiate des sommes dues et saisi le juge de l'exécution pour obtenir la vente forcée de l'immeuble de M. [N] [G], demande à laquelle il a été fait droit avec confirmation par la cour d'appel de Colmar en janvier 2013.

M. [N] [G] a alors assigné la banque en lui reprochant d'avoir manqué à ses obligations, ainsi que Mme [S] pour immixtion fautive dans la conclusion du prêt.

Ses demandes ayant été jugées irrecevables par la cour d'appel, M. [N] [G] a formé un pourvoi par lequel il critique :

- dans un premier moyen, le fait que la cour d'appel ait déclaré irrecevable et subsidiairement mal fondée son action contre la banque,
- dans un deuxième moyen, en trois branches, la déclaration d'irrecevabilité de son action contre la banque en raison de la prescription de celle-ci,
- dans un troisième moyen, en deux branches, la déclaration d'irrecevabilité de son action contre Mme [S].

**Seul le deuxième moyen, en lien avec la question posée par la conférence, retiendra l'attention, et plus précisément sa première branche qui :**

- **fait valoir que la prescription de l'action en responsabilité contre la banque pour manquement à son devoir de mise en garde court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il s'est révélé à la victime,**
- **et soutient qu'en déclarant son action irrecevable comme prescrite, au regard de la date de conclusion du prêt litigieux, sans rechercher, comme elle y était invitée, la date de réalisation du dommage ou à laquelle le dommage avait été révélé à Monsieur [G], la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 2224 du code civil.**

Il convient de rappeler qu'avant même l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, et la rédaction de l'article 2224 du code civil<sup>1</sup> qui en est résultée, la Cour de cassation retenait que “ *la prescription d'une action en responsabilité court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en*

---

<sup>1</sup> Article 2224 du code civil : “ *Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer.* ”

*avait pas eu précédemment connaissance* ” (Com., 28 mars 2006, pourvoi n°04-15.506 ; Com., 17 février 2009, pourvoi n° 08-10.191 ; 1re Civ., 9 juillet 2009, pourvoi n° 08-10.820, Bull. 2009, I, n° 172).

Bien que l'énoncé de ce principe soit uniforme au sein des chambres, s'agissant de la responsabilité bancaire, son interprétation n'était pas parfaitement identique à la 1<sup>ère</sup> chambre civile et à la chambre commerciale.

La 1<sup>ère</sup> chambre civile semblait en déduire que le point de départ de la prescription de l'action en responsabilité correspondait à l'apparition des premières difficultés de remboursement révélatrices du dommage :

*“ Mais attendu que la prescription d'une action en responsabilité court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance ; qu'après avoir rappelé que M. et Mme [W] faisaient grief à la banque de l'octroi du premier prêt malgré leur incapacité manifeste à faire face à son remboursement, du défaut de proposition à M. [W] d'une assurance perte d'emploi et de l'octroi du second prêt du 10 juillet 1991 en dépit du défaut de paiement des échéances de remboursement du premier, la cour d'appel a constaté que le caractère dommageable de ces faits s'était révélé à eux au plus tard en décembre 1993, avec les premières difficultés de remboursement qu'ils ont rencontrées; que c'est dès lors à juste titre que l'arrêt retient que les emprunteurs ne peuvent se prévaloir de la moins-value subie lors de la vente de l'immeuble à laquelle ils ont procédé en juillet 1996 afin de régler leur dette, exigible depuis deux ans, pour retarder d'autant le point de départ du délai de prescription applicable, et qu'il en déduit que l'action engagée le 11 juin 2004 est prescrite ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ; ”* (1re Civ., 9 juillet 2009, pourvoi n° 08-10.820, Bull. 2009, I, n° 172 - soulignement ajouté).

La chambre commerciale, au contraire, considérait que le dommage consistant en une perte de chance de ne pas contracter se manifestait dès l'octroi du crédit, de sorte que le point de départ de la prescription de l'action en responsabilité contre le banquier se situait à la date de conclusion de l'emprunt :

*“ Mais attendu que la prescription d'une action en responsabilité court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance ; que le dommage résultant d'un manquement à l'obligation de mise en garde consistant en une perte de chance de ne pas contracter se manifeste dès l'octroi des crédits ; qu'ayant ainsi retenu que l'inexécution alléguée s'était manifestée, à la date de conclusion des contrats, la cour d'appel en a exactement déduit que l'action engagée en février 2004 à l'encontre des banques par les consorts [X]était prescrite ; que le moyen n'est pas fondé ; ”* ( Com., 26 janvier 2010, pourvoi n° 08-18.354, Bull. 2010, IV, n° 21 - soulignement ajouté).

Ce faisant, comme le dit très bien votre rapporteur, la chambre commerciale superposait la date de réalisation et la date de manifestation du dommage, même si elle acceptait l'idée que l'emprunteur pouvait établir qu'il avait pu légitimement ignorer le dommage à la date de conclusion du contrat.

La chambre commerciale s'est cependant écartée de cette position lorsque l'action en responsabilité contre le banquier est exercée par une caution ou par un emprunteur de sommes remboursables *in fine* grâce à un adossement à un produit financier (Cf. Jurisprudences citées au rapport).

C'est dans ce dernier cas de figure, qu'en janvier 2020, dans le droit fil de sa jurisprudence du 13 février 2019 (Com., 13 février 2019, pourvoi n° X 17-14.785, publié, cité par votre rapporteur), la chambre s'est clairement exprimée sur le point de départ

du délai de prescription de l'action en réparation du dommage né du manquement d'une banque à son obligation de mise en garde :

*“ Vu l'article L. 110-4 du code de commerce ; / Attendu que pour statuer comme il fait, l'arrêt retient enfin que le dommage résultant du manquement d'un établissement de crédit à son obligation de mise en garde consiste en une perte de chance de ne pas contracter et se manifeste donc dès la conclusion du contrat de prêt ; / Qu'en statuant ainsi, alors que le dommage résultant du manquement d'une banque à son obligation de mettre en garde un emprunteur non averti sur le risque d'endettement excessif né de l'octroi d'un prêt consiste en la perte d'une chance d'éviter le risque qui s'est réalisé, ce risque étant que l'emprunteur ne soit pas en mesure de faire face au paiement des sommes exigibles au titre du prêt, **de sorte que le délai de prescription de l'action en indemnisation d'un tel dommage commence à courir, non à la date de conclusion du contrat de prêt, mais à la date d'exigibilité des sommes au paiement desquelles l'emprunteur n'est pas en mesure de faire face**, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; ”* (Com., 22 janvier 2020, pourvoi n° 17-20.819 - caractères gras et soulignement ajoutés).

Elle a, à nouveau, repris cette solution dans un arrêt du 24 mars 2021 :

*“ Vu l'article L. 110-4 du code de commerce / (5.) Il résulte de ce texte que la prescription d'une action en responsabilité court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance. / (6.) Pour déclarer prescrite la demande d'indemnisation de la SCI, l'arrêt retient que par courrier en date du 20 novembre 2007, la banque a informé M. et Mme [V] de l'impossibilité de rembourser le capital dû in fine sans versements réguliers sur les contrats d'assurance-vie et en déduit qu'à cette date, la SCI a eu connaissance en la personne de son gérant du préjudice allégué. / (7.) En statuant ainsi, alors que le dommage invoqué par la SCI du fait du manquement de la banque à son obligation d'information consistait en la perte d'une chance d'éviter la réalisation du risque que, du fait d'une contre-performance des contrats d'assurance-vie souscrits par M. et Mme [V], leur rachat ne permette pas de rembourser le prêt, et que, peu important que la SCI ait été informée en cours d'exécution du contrat, de l'existence de ce risque, celui-ci n'avait pu se réaliser qu'au terme du prêt, soit le 5 janvier 2016, de sorte que l'action exercée le 26 septembre 2016 n'était pas prescrite, la cour d'appel a violé le texte susvisé.”* (Com., 24 mars 2021, pourvoi n° 19-20.697 - soulignement ajouté)

**Mais, malgré ces évolutions dans des hypothèses bien délimitées, la chambre commerciale n'a pas à ce jour invalidé clairement la position prise dans l'arrêt précité du 26 janvier 2010.**

**Or, depuis cette décision portant sur des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la réforme de la prescription en matière civile, l'article 2224 du code civil, qui s'applique pour la mise en oeuvre de la prescription prévue à l'article L. 110-4, I, du code de commerce<sup>2</sup>, énonce désormais : “ *Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer.* ”** (soulignement ajouté).

**C'est ainsi que par plusieurs arrêts rendus le 5 janvier dernier (pourvois n° 20-18.893; 19-24.436 ; 20-16.031; 20-16.350), la 1<sup>ère</sup> chambre civile a, au visa de cet article, clarifié sa jurisprudence sur le point de départ du délai de prescription des actions en responsabilité civile contre le banquier.**

---

<sup>2</sup> Article L. 110-4, I, du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, prévoit : « *Les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes.* »

S'agissant plus spécifiquement de l'action en responsabilité pour défaut de mise en garde, elle a décidé :

*“ Vu l'article 2224 du code civil : / (7.) **Il résulte de ce texte** que l'action en responsabilité de l'emprunteur non averti à l'encontre du prêteur au titre d'un manquement à son devoir de mise en garde se prescrit par cinq ans à compter du jour du premier incident de paiement, permettant à l'emprunteur d'appréhender l'existence et les conséquences éventuelles d'un tel manquement. / (8.) Pour déclarer prescrite la demande de dommages-intérêts, l'arrêt énonce que le délai de prescription court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance, que le dommage résultant d'un manquement au devoir de mise en garde se manifeste dès l'octroi du crédit, que le délai de prescription a commencé à courir dès la date de souscription du contrat, le 14 janvier 2013, et que la demande a été formulée pour la première fois le 8 février 2018. / (9.) En statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé.”*  
**(1<sup>re</sup> Civ., 5 janvier 2022, pourvoi n° 20-18.893, publication à venir au Bulletin - caractères gras et soulignement ajoutés).**

La 1<sup>ère</sup> chambre civile a, le même jour, rappelé que :

*“ (5.) **Le prêteur n'est tenu d'un devoir de mise en garde qu'à l'égard d'un emprunteur non averti.** / (6.) Après avoir relevé qu'à la date de la conclusion du prêt, l'emprunteur était associé majoritaire d'une société créée par lui en 2001 et ayant pour objet la transaction immobilière et était gérant d'une société civile immobilière ayant pour objet la location de terrains et autres biens immobiliers inscrite au registre du commerce depuis janvier 2000 et que l'exercice de ces fonctions lui avait permis d'acquérir une expérience professionnelle et une connaissance certaine du monde des affaires, la cour d'appel en a souverainement déduit que l'emprunteur était averti. / (7.) Dès lors, c'est à bon droit et sans avoir à procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante qu'elle a écarté le point de départ de la prescription invoqué par l'emprunteur et a ainsi légalement justifié sa décision.”* (1<sup>re</sup> Civ., 5 janvier 2022, pourvoi n° 19-24.436, publication à venir au Bulletin - caractères gras et soulignement ajoutés).

La première branche du deuxième moyen du pourvoi qui vous est aujourd'hui soumis vous offre donc la possibilité de mettre la jurisprudence de la chambre commerciale en harmonie avec les dispositions de l'article 2224 du code civil et avec la jurisprudence de la 1<sup>ère</sup> chambre civile, en cassant l'arrêt attaqué, qui a retenu la date de conclusion du prêt comme étant le point de départ du délai de prescription de l'action en responsabilité au titre d'un manquement à l'obligation de mise en garde due par le banquier.

Faut-il pour autant reprendre mot à mot la solution telle qu'exprimée par la 1<sup>ère</sup> chambre civile ?

Le souci d'harmonisation des décisions rendues par les différentes chambres de la Cour sur une question similaire devrait normalement conduire à répondre positivement à cette interrogation.

Toutefois, pour louable qu'il soit, ce souhait d'harmonisation ne doit pas conduire à paralyser les évolutions qui peuvent paraître utiles.

A cet égard, il convient d'observer que la 1<sup>ère</sup> chambre civile, qui rappelle dans un des arrêts précités du 5 janvier 2022 que le prêteur n'est tenu d'un devoir de mise en garde qu'à l'égard d'un emprunteur non averti, conserve néanmoins, de manière quelque peu redondante, l'usage de ce qualificatif pour l'emprunteur, lorsqu'elle traite, le même jour,

de l'action en responsabilité au titre d'un manquement au devoir de mise en garde.

Or, s'il faut assurément voir dans cette insistance la volonté de conserver la distinction entre emprunteur averti et emprunteur non averti, cette volonté peut légitimement être questionnée à la lumière de l'évolution récente du droit des sûretés (cf. Sur ce point: *La semaine juridique Entreprise et Affaires* n°27, 7 juillet 2022, 1243 “ *Banque-Clarifications au sujet de la computation du délai de prescription des actions en responsabilité civile contre le banquier - Commentaire par Akram Le Mejri*”).

En effet, l'article 2299 du code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, applicable à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2022, prévoit que “*Le créancier professionnel est tenu de mettre en garde **la caution personne physique** lorsque l'engagement du débiteur principal est inadapté aux capacités financières de ce dernier*” (gras ajouté).

Cet abandon de la référence à la qualification de caution avertie, qui est aussi étendu par l'article 2325 du même code à la sûreté réelle conventionnelle constituée par un tiers par renvoi à l'article 2299, interroge sur le bien fondé du maintien de cette référence pour l'emprunteur.

Certes, le maintien de la qualification “ d'emprunteur averti ou non averti ” permet d'éviter une forme de déresponsabilisation des emprunteurs qui ont parfaitement conscience de l'importance des engagements qu'ils prennent à l'égard du prêteur, et ne peuvent pas venir se plaindre utilement de ne pas avoir été mis en garde sur les risques qu'ils prenaient.

Mais à l'inverse, cela peut aussi déresponsabiliser le banquier qui, face à un emprunteur qu'il considère comme étant averti, ne se sent redevable d'aucune obligation de mise en garde et peut laisser l'emprunteur prendre des engagements trop importants, dès lors qu'il bénéficie de garanties émanant de tiers, par exemple, permettant d'avoir la quasi assurance d'être payé.

Or, ainsi que le rappelle l'article de doctrine précité, la distinction selon le caractère averti ou non de l'emprunteur “*est essentiellement casuistique...le consommateur n'étant pas nécessairement non averti et le professionnel n'étant pas présumé averti*”. Vous considérez d'ailleurs que cette qualification ressort de l'appréciation souveraine des juges du fond.

L'abandon du recours à cette qualification aurait un effet simplificateur bienvenu pour les prêteurs, en évitant de leur laisser la responsabilité de décider si leur cocontractant est ou non averti, avec un risque d'erreur d'appréciation pouvant avoir des conséquences financières non négligeables pour eux .

L'extension de l'obligation de mise en garde du banquier à l'égard de tous les emprunteurs “avertis ou non avertis” qui en résulterait aurait également le mérite de responsabiliser les deux parties au contrat de prêt en faisant disparaître tous les débats contentieux sur la qualification “d'averti ou non averti”

Au cas d'espèce, l'irrecevabilité pour cause de prescription opposée à l'action en responsabilité engagée par M. [N] [G] n'a pas laissé de place à un débat sur la qualification de l'emprunteur “averti ou non averti”, mais une cassation reprenant la formulation adoptée par la 1<sup>ère</sup> chambre civile réintroduirait à n'en pas douter cette question dans les débats devant la juridiction de renvoi.

**AVIS : Cassation sur la première branche du deuxième moyen.**