

RTD Civ.

RTD Civ. 2007 p.779

Le devoir de mise en garde du banquier dispensateur d'un crédit excessif

(Cass., ch. mixte, 29 juin 2007, *Forest c/ CRCAM Centre-Est*, n° 05-21.104, P+B+ R+I, *Fusco c/ Union bancaire du Nord*, n° 06-11.673, P+B+R+I, D. 2007. 2081, note S. Piedelièvre [📄](#) et 1950, obs. V. Avena-Robardet [📄](#) ; JCP 2007. II. 10146, note A. Gourio ; RCA2007. études 15, par S. Hocquet-Berg ; RLDC 2007. 2726, chron. B. Parance)

Patrice Jourdain, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

La responsabilité du banquier dispensateur de crédit a connu ces dernières années une évolution remarquable que l'on pourrait résumer ainsi : rapprochement des jurisprudences des première chambre civile et chambre commerciale de la Cour de cassation dans le sens de la mise à la charge du banquier d'une obligation de mise en garde au profit de l'emprunteur profane.

Rappelons très schématiquement que, jusqu'à une époque récente, le principe de non-immixtion du banquier dans les affaires de son client excluait toute obligation de conseil ou de mise en garde, seule une obligation d'information, entendue strictement, était imposée notamment dans le cadre du crédit à la consommation ou du crédit immobilier. C'est seulement depuis une douzaine d'années que la Cour de cassation a commencé à faire évoluer sa jurisprudence.

Après des arrêts annonciateurs dans les années 1990 (Civ. 1^{re}, 8 juin 1994, Bull. civ. I, n° 206 ; 27 juin 1995, Bull. civ. I, n° 277), la première chambre civile, distinguant nettement la situation de l'emprunteur « profane » de celle de l'emprunteur « averti », avait fini par mettre à la charge de la banque un devoir de *mise en garde* au profit de l'emprunteur profane s'il apparaissait que le prêt était excessif par rapport à ses facultés contributives (Civ. 1^{re}, 12 juill. 2005, Bull. civ. I, n° 324 à 327 ; D. 2005. 2276, note X. Delpech et 3084, note B. Parance [📄](#) ; JCP 2005. II. 10140, note A. Gourio). L'emprunteur averti ne bénéficiait pas de la même protection et ne pouvait rechercher la responsabilité de la banque qu'en cas d'asymétrie d'information, c'est-à-dire lorsque, par suite de circonstances exceptionnelles, le banquier avait connaissance d'informations sur la situation financière de l'emprunteur que celui-ci ignorait et qui laissaient supposer qu'il ne pourrait pas rembourser. C'est d'ailleurs seulement dans de telles circonstances que la chambre commerciale, quant à elle, acceptait que fût engagée la responsabilité des banques pour l'octroi de crédits excessifs, c'est-à-dire dépassant les capacités financières de l'emprunteur, sans distinguer selon la qualité de profane ou de professionnel de l'emprunteur (V. par ex., Com. 24 sept. 2003, Bull. civ. IV, n° 137).

Mais, par trois arrêts du 3 mai 2006 (Bull. civ. IV, n° 101 à 103 ; D. 2006. 1445, note X. Delpech et 1618, note J. François [📄](#) ; JCP 2006. II. 10122, note A. Gourio), la chambre commerciale amorça un rapprochement avec la jurisprudence de la première chambre civile. Elle admit en effet l'existence d'un devoir de mise en garde des banques, tout en posant des critères restrictifs pour que soit engagée leur responsabilité (disproportion entre prêt et faculté des emprunteurs ; qualité ou situation de l'emprunteur). Par la suite, le rapprochement s'est confirmé et accentué (V., sur ce rapprochement, G. Viney, obs. RDC 2007. 300), la première chambre mettant systématiquement en oeuvre la distinction entre emprunteur profane et emprunteur averti (Civ. 1^{re}, 21 févr. 2006, D. 2006. 1618, note J. François, préc. ; 27 juin 2006, Bull. civ. I, n° 331 ; RCA2006. comm. 296 ; 12 juill. 2006, Bull. civ. I, n° 397 et 398 ; RCA2006. comm. 344 ; 13 févr. 2007, Bull. civ. I, n° 59), tandis que la chambre commerciale imposait, en présence d'emprunteurs profanes, la recherche d'une proportion entre remboursements et capacités financières et cela même en l'absence d'asymétrie d'informations (Com. 20 juin 2006, Bull. civ. I, n° 145 ; RCA2006. comm. 296 ; 4 juill. 2006 Bull. civ. IV, n° 157 ; D. 2006. 2309, note X. Delpech [📄](#) ; 6 févr. 2007, Bull. civ. IV, n° 18). Quoique en des termes moins nets, c'est bien encore la distinction entre entrepreneurs avertis et emprunteurs profanes qui était mise en oeuvre.

Restaient à résoudre diverses questions comme la définition de ces catégories d'emprunteurs ou encore la charge de la preuve de l'obligation de mise en garde et de son exécution, qui justifiaient la réunion d'une chambre mixte.

Par deux arrêts du 29 juin 2007, cette formation a cherché non seulement à assurer l'unité de jurisprudence au sein de la Cour de cassation mais encore à préciser le domaine et l'étendue du devoir de mise en garde des banques lors de l'octroi d'un crédit.

Dans la première affaire (n° 05-21.104), un agriculteur avait souscrit divers prêts auprès de sa banque, une caisse de crédit agricole. A la suite d'échéances impayées, cette dernière avait assigné l'emprunteur en paiement. Il s'y opposa en invoquant le manquement de la banque à ses obligations. Une cour d'appel avait rejeté cette demande aux motifs habituels tirés de l'absence de disproportion des prêts par rapport aux capacités financières de l'emprunteur et de la non-ingérence de la banque dans les affaires des clients. Son arrêt est cassé au visa de l'article 1147 du code civil : « *en se déterminant ainsi, sans préciser si M. X... était non averti et, dans l'affirmative, si, conformément au devoir de mise en garde auquel elle était tenue à son égard lors de la conclusion du contrat, la caisse justifiait avoir satisfait à cette obligation à raison des capacités financières de l'emprunteur et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ».

Dans la seconde espèce (n° 05-11.673), c'est une institutrice qui avait souscrit un prêt avec son époux pour l'achat d'un fonds de commerce et qui, assignée en paiement des échéances de prêt, invoquait en défense le manquement de la banque à son obligation de mise en garde. Une cour d'appel condamna cependant les emprunteurs en retenant notamment que l'institutrice n'était pas ignorante du monde des affaires et que la banque, qui n'avait pas à s'immiscer dans les affaires de ses clients, aurait pu avoir, sur les capacités de remboursement des emprunteurs et sur les risques de l'opération financée, des informations que, par suite de circonstances exceptionnelles ils auraient ignorées. En bref, c'est essentiellement au devoir de non-immixtion de la banque et à l'absence de preuve d'une asymétrie d'informations que les juges du second degré s'étaient référés. L'arrêt est également cassé avec un motif semblable à celui de l'autre décision.

C'est ainsi que la Cour de cassation consacre le devoir de mise en garde de la banque au profit de l'emprunteur profane - ou plutôt « non averti » -, et cela même en l'absence d'asymétrie d'informations. Ce faisant elle achève le rapprochement amorcé antérieurement par la Cour de cassation et confirme les acquis de la jurisprudence récente sans toutefois résoudre toutes les difficultés.

• L'apport des arrêts concerne essentiellement le domaine de l'obligation de mise en garde. On remarquera que la chambre mixte ne reprend pas la référence à l'emprunteur profane - par opposition à l'emprunteur averti - que l'on trouvait dans les arrêts antérieurs. Elle préfère viser l'emprunteur *non averti*, sans doute pour mieux marquer l'exclusion de toute référence à la qualité de l'emprunteur et en particulier aux notions plus objectives de professionnel et de non professionnel ou consommateur que le législateur utilise en matière de protection des consommateurs de crédit.

Contrairement à ce que suggérerait le premier avocat général Maynal dans son avis, les juges du fond ne pourront pas s'appuyer sur une présomption d'emprunteur averti à l'égard des professionnels ni sur une présomption d'emprunteur profane ou non averti envers les non professionnels ; ils devront rechercher d'évidence si l'emprunteur était ou non averti. Ainsi dans l'affaire ou l'emprunteur était agriculteur, c'est-à-dire professionnel, ils ont été sanctionnés pour n'avoir pas recherché s'il était ou non averti ; pour la Cour de cassation, les juges ne pouvaient dispenser la banque de son devoir de mise en garde sans s'assurer que l'agriculteur était averti. Mais inversement, un consommateur (non professionnel) pourrait être considéré comme averti. Car le critère - subjectif - mis en oeuvre semble être celui des connaissances dont il dispose effectivement en matière économique et financière pour lui permettre d'apprécier si le prêt est proportionné à ses facultés contributives, et non celui des compétences supposées par l'exercice d'une profession (V. aussi, S. Hocquet-Berg, article préc.). Si ce critère paraît plus juste que celui tiré de la qualité de professionnel ou de non-professionnel de l'emprunteur, il suscitera certainement, en raison de sa subjectivité, des difficultés d'application par les juges du fond et peut-être une certaine dose d'arbitraire, sans compter que la Cour de cassation pourra se montrer plus ou moins stricte dans son contrôle des motifs ou

de la qualification, ce qui pourrait réintroduire des divergences d'appréciation entre ses chambres (V. en ce sens, S. Piedelièvre, note préc.).

Pratiquement, l'absence toute présomption fondée sur la qualité de l'emprunteur conduit à faire peser la charge de la preuve de l'existence du devoir sur la banque : un emprunteur est présumé non averti (même s'il est professionnel) et c'est à la banque de prouver le contraire si elle veut s'exonérer de son devoir de mise en garde (*contra*, A. Gourio, note préc., qui estime que c'est l'emprunteur qui doit prouver qu'il est non averti et que le crédit présentait des risques). Tout au plus la qualité de professionnel sera-t-elle sans doute un indice de nature à faciliter la preuve - voir à présumer *en fait* ? - les connaissances et compétence de l'emprunteur en matière de crédit.

Enfin, il semble ressortir de l'un des arrêts (n° 05-11.673) qu'en cas d'emprunt fait par des époux, l'obligation de mise en garde profite au conjoint non averti d'un emprunteur expérimenté. L'affaire de l'institutrice le montre : alors que la cour d'appel avait retenu la compétence du mari pour débouter l'institutrice, la Cour de cassation estime qu'elle aurait dû préciser si l'épouse était avertie pour apprécier si la banque avait satisfait à son obligation.

• Quant au contenu du devoir de mise en garde, les arrêts fournissent là encore quelques précisions. La chambre mixte mentionne deux paramètres pour apprécier l'excès de crédit déclenchant l'obligation mise en garde : les capacités financières de l'emprunteur et les risques de l'endettement.

Ce faisant, la Cour de cassation reprend largement les acquis des arrêts antérieurs qui imposaient déjà à la banque de procéder à une comparaison entre d'une part les capacités contributives de l'emprunteur et d'autre part les risques découlant de l'endettement, le devoir d'« alerter » l'emprunteur sur ces risques ne s'actualisant qu'en cas de disproportion entre les capacités financières et l'importance de l'endettement (V., par ex. Com. 3 mai 2006, 3 arrêts, préc. ; Civ. 1^{re}, 12 juill. 2006, 2 arrêts, préc. ; 13 févr. 2007, préc.). Conformément à ce qui s'induisait de la jurisprudence antérieure, lorsqu'une telle disproportion apparaîtra le devoir du banquier pourra aller jusqu'à dissuader l'emprunteur de s'engager, mais non sans doute à refuser le prêt car il y aurait là une atteinte manifeste au devoir de non-immixtion de la banque. Pourtant, on a pertinemment estimé que, par le devoir de mise en garde, la Cour de cassation incitait les banques à refuser les crédits lorsque les risques de l'endettement paraissent trop élevés (S. Hocquet-Berg, préc.). Car s'il n'est pas une obligation, le refus de prêt est certainement une sage mesure de précaution pour la banque en même temps qu'une preuve de l'exécution du devoir de mise en garde.

Tel qu'elle est conçue, cette obligation de mise en garde se rapproche sensiblement du devoir de conseil en ce sens que le banquier devra se substituer à l'emprunteur pour apprécier l'opportunité du crédit en fonction des risques de non remboursement. Bien que le communiqué de la Cour de cassation relatif aux arrêts de la chambre mixte prétende que la première se distingue du second et qu'elle ne porte pas atteinte au devoir de non-ingérence du banquier, il a lieu de penser qu'à tout le moins l'obligation de mise en garde empiète sur le devoir de conseil et rogne le devoir de non-ingérence (V. aussi S. Piedelièvre, préc., qui critique l'obligation de mise en garde au bénéfice des emprunteurs non avertis).

Si l'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit sort plutôt renforcée de ces arrêts de chambre mixte, des questions restent en suspens. Outre celle de l'appréciation de la notion d'emprunteur non averti évoqué précédemment, la responsabilité des banques à l'égard des emprunteurs avertis n'est pas précisée. Elle devrait cependant se maintenir dans les hypothèses d'asymétrie d'informations. Mais ce sont aussi les conséquences du manquement à l'obligation de mise en garde qui suscitent des difficultés, et en particulier la question du préjudice réparable : perte d'une chance de ne pas emprunter ? de ne pas emprunter autant (excès d'endettement) ? A ces questions, il est vrai, les arrêts n'avaient pas à répondre.

Mots clés :

CONTRAT ET OBLIGATIONS * Responsabilité contractuelle * Obligation de conseil * Banque * Mise en garde * Crédit excessif