

Emprunteur non averti et responsabilité bancaire

Stéphane Piedelièvre, Professeur à l'Université de Paris 12

Le droit de la responsabilité bancaire donne le sentiment d'être une sorte de laboratoire dans lequel les magistrats recherchent l'alchimie. Pour ce faire, ils disposent d'un certain nombre de bases, obligation d'information, devoir de conseil, obligation de mise en garde, consommateur, professionnel, caractère profane, caractère averti, pour composer la meilleure formule. Jusqu'à présent, le renouvellement des arrêts paraît indiquer qu'ils ne l'ont pas encore trouvée. Par deux arrêts du 29 juin 2007, une Chambre mixte de la Cour de cassation semble avoir essayé un nouvel assemblage.

Dans la première espèce, un établissement de crédit avait octroyé pour les besoins de son exploitation agricole, entre 1987 et 1988, puis entre 1996 et 1999, seize prêts. Le prêteur avait assigné en paiement l'emprunteur. Ce dernier s'était prévalu d'un manquement de l'établissement de crédit à son obligation de conseil et d'information. Les juges du second degré ont rejeté sa demande aux motifs notamment qu'il ne rapportait pas la preuve que les crédits auraient été disproportionnés par rapport à la capacité financière de l'exploitation agricole et que l'établissement bancaire qui consent un prêt n'est débiteur d'aucune obligation à l'égard du professionnel emprunteur.

Dans la seconde espèce, une banque avait consenti aux époux Fusco un prêt afin d'acquérir un fonds de commerce. A la suite d'échéances impayées, la déchéance du terme a été prononcée ; la banque a déclaré sa créance au passif de la liquidation judiciaire de M. Fusco. Elle a également été autorisée à pratiquer une saisie des rémunérations de Mme Fusco en paiement des sommes restant dues. Cette dernière s'est prévalu d'un manquement de la banque à son obligation d'information des risques qu'elle avait pu encourir, car elle était institutrice et elle n'avait jamais eu d'activité artisanale ou commerciale. Là encore, la prétention n'est pas admise aux motifs que les coemprunteurs étaient en mesure d'appréhender, compte tenu de l'expérience professionnelle de M. Fusco, la nature et les risques de l'opération qu'ils envisageaient et que la banque qui n'avait pas à s'immiscer dans les affaires de ses clients.

Au visa de l'article 1147 du code civil, ces deux décisions sont cassées aux motifs qu'ils n'avaient pas recherché si M. Forest (ou Mme Fusco) était un emprunteur 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, l'établissement de crédit prêteur 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.

Ces décisions présentent le mérite d'achever le rapprochement en cette matière de la première Chambre civile et de la Chambre commerciale (Civ. 1re, 12 juill. 2005, D., 2005. AJ. 2276, obs. X. Delpech, et Jur. 3094, note B. Parance ; RD imm. 2006. 123, obs. H. Heugas-Darraspen ; RTD com. 2005. 820, obs. D. Legeais ; JCP E 2005. 1359, note D. Legeais ; JCP 2005. II. 10140, note A. Gourio ; Banque, oct. 2005. 95, obs. J.-L. Guillot et E. Boccara ; *adde* S. Piedelièvre, Nouvelles variations sur la responsabilité du banquier dispensateur de crédit, RLDC, nov. 2005. 15 ; Com. 3 mai 2006, D. 2006. AJ. 1445, obs. X. Delpech, et Jur. 1618, note J. François ; RD imm. 2006. 294, obs. H. Heugas-Darraspen ; RTD civ. 2007. 103, obs. J. Mestre et B. Fages ; JCP E 2005. 996, note D. Legeais ; JCP 2005. II. 10122, note A. Gourio). Pourtant, la solution adoptée n'emporte pas la conviction, aussi bien sur la notion d'emprunteur averti (I) que sur celle de mise en garde (II), car la Cour de cassation a utilisé des critères trop imprécis et trop fluctuants pour donner un résultat satisfaisant.

I - La Cour de cassation, reprenant une distinction issue du droit boursier, opère une dissociation entre la situation de l'emprunteur averti et celle de l'emprunteur non averti. Ce nouveau critère, éminemment subjectif et sujet à discussion en raison de son imprécision, suscite des interrogations de nature probatoire.

Pendant longtemps, la distinction essentielle en matière de responsabilité bancaire pour octroi de crédit était celle effectuée entre le professionnel et le non-professionnel. On se trouvait en présence d'un critère en grande partie objectif, puisqu'il suffisait de vérifier la profession de l'emprunteur pour que l'établissement de crédit soit tenu ou non d'un devoir de conseil. Le fait qu'une personne réputée non-professionnelle ait bénéficié de compétences personnelles ne modifiait en rien l'obligation du banquier, ce qui était parfois excessif et ce qui donnait parfois une prime à la mauvaise foi. Le législateur utilise également cette distinction en matière de crédit, notamment avec les lois de protection des consommateurs.

L'adoption d'un critère subjectif, celui de la qualité de l'emprunteur, qui permet de tenir compte de son degré de connaissance, apparaît plus juste, du moins au premier abord, car la réalité sera sans doute en grande partie différente. Elle risque d'être source d'arbitraire, même si les juges du fond devront indiquer les éléments sur lesquels ils se fondent pour déterminer si l'emprunteur était averti ou profane. Un point est certain : le professionnel n'est pas nécessairement un emprunteur averti. A l'inverse, le simple consommateur pourrait être averti.

Cette grande latitude est démontrée par les circonstances de fait des deux arrêts du 29 juin 2007. Dans la première espèce, l'emprunteur était un agriculteur qui avait recouru aux emprunts à seize reprises pendant treize ans. Pendant longtemps, l'agriculteur a pu faire face à ses échéances. Il convient également de relever qu'il ne faisait pas l'objet d'une procédure collective. Les concours financiers ne paraissent pas avoir été inadaptés ou excessifs. L'affirmation du caractère non-averti démontre une certaine sévérité de la Haute juridiction. Dans la seconde espèce, une institutrice avait, avec son mari, souscrit un prêt dans le but d'ouvrir un restaurant exploité par l'époux. Ce dernier était peut être averti, mais pas son épouse. Le fonds de commerce a ultérieurement été mis en liquidation judiciaire.

De là, on peut en déduire, en cas de pluralité d'emprunteurs, que le fait que l'un d'entre eux soit un emprunteur averti n'implique pas nécessairement que l'autre le soit. Tous ne sont pas nécessairement placés dans la même situation. Malgré tout, il convient de remarquer que, dans la seconde espèce, les emprunteurs étaient mariés. La logique et le bon sens voudraient que l'emprunteur averti informe son conjoint des risques éventuels de l'opération de crédit. Si manquement il y a, il est plus dû au silence de l'époux qu'à celui de la banque prêteuse.

Malgré tout, il subsiste une légère incertitude. Les deux décisions du 29 juin 2007 se sont prononcées dans des hypothèses où les emprunteurs étaient des personnes physiques. Qu'en est-il pour les personnes morales ? Compte tenu de la généralité des motifs de la Cour de cassation, ceux-ci doivent leur être transposés.

L'inconvénient essentiel du recours à un critère subjectif tient à ce qu'il risque de conduire à une unité de façade. Il appartiendra aux juges du fonds de caractériser le caractère averti ou non de l'emprunteur. Mais par le biais du contrôle de qualification, les différentes chambres de la Cour de cassation pourront se montrer plus ou moins strictes. La prévisibilité des décisions en souffrira nécessairement, et ce d'autant plus que dans ces arrêts du 29 juin 2007 la Chambre mixte n'a posé aucun critère.

Les questions de preuve deviendront primordiales. Comme pour l'obligation d'information ou pour le devoir de conseil, il appartiendra au banquier de démontrer avoir respecté cette obligation (Civ. 1re, 25 févr. 1997, Bull. civ. I, n° 75 ; D. 1997. Somm. 319, note J. Penneau ; RTD civ. 1997. 434, obs. P. Jourdain ; *ibid.* 924, obs. J. Mestre ; GAJC, 11e éd., 2000, p. 67GACIV1120000008 ; LPA, 16 juill. 1997. 17, note A. Dorsner-Dolivet ; JCP 1997. I. 4025, obs. G. Viney ; Defrénois 1997. 751, obs. J.-L. Aubert). Cette solution favorise la partie faible. La preuve peut être faite par tous moyens, puisque l'on se trouve en présence d'un fait

juridique (Civ. 1re, 3 févr. 1998, Bull. civ. I, n° 44 ; RTD civ. 1998. 381, obs. P. Jourdain ; *ibid.* 1999. 83, obs. J. Mestre).

Dans son avis, Monsieur l'Avocat général Maynial avait proposé de tempérer le caractère subjectif du critère de l'emprunteur averti en recourant à la technique des présomptions (V. l'avis en ligne sur le site de la Cour de cassation). L'emprunteur professionnel serait présumé être averti et l'emprunteur profane serait présumé être non averti. Cette solution, sans doute la plus juste en fait et la plus réaliste en pratique, présente cependant l'inconvénient de réintroduire la distinction entre l'emprunteur professionnel et l'emprunteur profane, ce qui conduirait au final à poser quatre catégories : l'emprunteur professionnel averti, l'emprunteur professionnel non averti, l'emprunteur profane averti et l'emprunteur profane non averti.

Cette proposition n'a pas été reprise par la Chambre mixte. Le principe sera qu'*a priori* l'emprunteur n'est pas averti et qu'il doit bénéficier de l'obligation de mise en garde lors de la conclusion de la convention de crédit. La preuve du caractère averti s'effectuera par indices. Il n'existe pas d'indice-type. Mais on peut penser que la profession, la fréquence des opérations et le montant du crédit seront cependant prépondérants. Cette démonstration risque d'être difficile à effectuer comme le prouvent les circonstances de fait de la première espèce.

En cas d'emprunteur averti, les devoirs du banquier seront allégés puisqu'il ne sera plus tenu par une obligation de mise en garde. Il subsistera une obligation d'information dans l'hypothèse où le prêteur aurait eu connaissance d'informations ignorées par l'emprunteur. Mais, dans ce cas, la charge de la preuve pèsera sur ce dernier.

II - L'objectif de l'obligation de mise en garde telle que prévu par ces deux arrêts du 29 juin 2007 est de prévenir les difficultés des emprunteurs. La Cour évoque expressément les capacités financières de l'emprunteur et les risques de l'endettement nés de l'octroi des prêts. On se trouve dans une situation qui évoque le principe de proportionnalité, tel que dégagé en matière de cautionnement, puisque l'on demande au banquier de ne pas conclure un contrat dépassant les capacités de remboursement de l'emprunteur car il conduit nécessairement à un endettement excessif qui conduira à ce que, tôt ou tard, il ne puisse plus supporter le poids de sa dette.

Il est nécessaire de situer cette obligation par rapport à l'obligation d'information et au devoir de conseil. Elle apparaît en quelque sorte comme l'ultime stade (du moins pour le moment) du devoir de protection désormais mis à la charge des établissements de crédit vis-à-vis de leurs clients. L'obligation d'information consiste dans la transmission de données de nature à éclairer le consentement de l'emprunteur. Le devoir de conseil oriente son consentement. L'obligation de mise en garde a pour objectif d'attirer l'attention du client sur l'opération projetée, principalement sur les risques prévisibles et non pas uniquement sur les risques théoriques. En réalité, depuis plusieurs années, on assiste à une disparition du devoir de conseil en matière de crédit qui a été absorbé par l'obligation de mise en garde.

Le devoir de mise en garde englobe nécessairement l'obligation d'information. Il faut également tenir compte du fait que certains emprunteurs bénéficient d'un système légal d'information prévu par le code de la consommation. Son existence ne dispense pas le banquier de son devoir de mise en garde (Civ. 1re, 27 juin 1995, Bull. civ. I, n° 287 ; D. 1995. Jur. 621, note S. Piedelièvre ; RTD civ. 1996. 384, obs. J. Mestre ; RTD com. 1996. 100, obs. M. Cabrillac ; Defrénois 1995. 1416, obs. D. Mazeaud ; JCP E 1996. II. 772, note D. Legeais ; *adde* E. Scholastique, Les devoirs du banquier dispensateur de crédit au consommateur : à propos d'un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, Defrénois 1998. 689).

La Cour de cassation refuse désormais de suivre l'argument des banquiers fondé sur le principe de non-ingérence qui leur impose de ne pas intervenir dans les affaires de leurs clients et notamment de ne pas apprécier l'opportunité des crédits qu'ils consentent. Pourtant, pendant de nombreuses années, la Chambre commerciale de la Cour de cassation l'avait admise (par ex. Com. 11 mai 1999, Bull. civ. IV, n° 95 ; D. 1999. IR. 155 ; RTD com. 1999. 733, obs. M. Cabrillac ; JCP E 1999. 1730, obs. M. Cabrillac). Cette position de la Cour de

cassation se justifie, tout du moins au plan théorique, par le fait que l'immixtion nécessite une action positive du banquier. Or, on a longtemps envisagé l'obligation de mise en garde « *comme un conseil négatif : un conseil de ne pas faire, accompagné de l'explication des dangers ou simplement des inconvénients encourus si ce conseil n'est pas suivi* » (M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information. Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, n° 477).

Malgré tout, au plan pratique, on assiste nécessairement à un recul de l'obligation de non-ingérence. La Cour impose aux banquiers de tenir compte de l'endettement né de l'octroi des crédits. Pour satisfaire à cette obligation vis-à-vis d'un professionnel, il devra impérativement, d'une manière plus ou moins directe, apprécier l'opportunité des crédits qui lui ont été demandés, ce qui débouche obligatoirement sur une forme d'immixtion.

En tout état de cause, la consécration d'une telle obligation n'emporte pas la conviction. On a justement pu faire valoir que l'opération de crédit ne présente pas de caractères de complexité et de risques comparables à ceux liés à des opérations spéculatives à terme, pour lesquels une responsabilité particulière du professionnel se justifie, tout du moins si l'on raisonne sur les hypothèses classiques de crédit (A. Gourio, note ss. Civ. 1re, 12 juill. 2005, préc.). L'idée qu'un emprunteur non averti ne connaît pas les dangers d'une opération de crédit n'est pas satisfaisante, aussi bien lorsque l'on est un professionnel exerçant depuis plusieurs années et ayant plusieurs fois recouru à des crédits que pour celui qui souhaite s'établir et qui ne peut prétendre ignorer prendre un risque. La banalisation actuelle des techniques de crédit ne peut conduire à poser un principe d'ignorance de leur danger.

Au final, le nouvel assemblage effectué par ces arrêts du 29 juin 2007 est peu satisfaisant. Se voulant unificateur, il laisse malgré tout la possibilité à chaque chambre d'effectuer son dosage comme elle l'entend. Il est en tout état de cause une illustration de la poussée de certaines idées consuméristes ; il est en le signe d'une aggravation, sans doute inopportune pour l'octroi du crédit, de la responsabilité du banquier.

Mots clés :

BANQUE * Responsabilité * Mise en garde * Emprunteur non averti * Emprunteur non professionnel * Institutrice