

Précisions utiles sur l'obligation de mise en garde du banquier

Jérôme Lasserre Capdeville, Maître de conférences à l'Université de Strasbourg

1 - « *Encore l'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit !* », se dira probablement le lecteur à la vue du thème de cette note. Il est vrai que cette obligation, dégagée historiquement par l'arrêt *Jauleski* du 12 juillet 2005 (1), fait l'objet d'un contentieux abondant de la part de la Cour de cassation, auquel la doctrine a donné un certain écho. Ainsi, pour ne citer que les douze derniers mois écoulés, ce ne sont pas moins de sept arrêts relatifs à cette question qui ont fait l'objet de commentaires (2). Devant une telle masse de travaux doctrinaux, nous pourrions penser tout savoir sur cette obligation venue succéder au devoir de conseil du banquier. Cela serait probablement le cas si la Haute juridiction avait cherché, dès 2005, à donner un contenu clair, stable et certain à cette obligation. Or force est de constater qu'il en a été différemment dans les faits. L'arrêt étudié est donc loin d'être inutile de par les solutions qu'il prévoit.

2 - En l'espèce, un établissement de crédit avait consenti, par acte notarié du 23 octobre 2001, un prêt de 76 224 € à M. et Mme Hoareau, ayant pour objet un crédit de trésorerie. Par la suite, estimant que la banque n'aurait pas dû leur octroyer un tel crédit sans les mettre en garde sur les risques de l'opération, le couple l'avait assignée en réparation de leur préjudice. La cour d'appel de Rennes les déboutait cependant de leur action par un arrêt du 11 janvier 2008. Les époux Hoareau formaient alors un pourvoi en cassation. Ils reprochaient à la cour d'appel, qui avait reconnu leur qualité d'emprunteurs non avertis, d'une part, de ne pas avoir vérifié si l'obligation de mise en garde avait été respectée et, d'autre part, de ne pas avoir recherché si l'établissement de crédit avait « *procédé à une vérification sérieuse des capacités financières réelles des emprunteurs sans s'en tenir au seul montant de leur salaire* ».

3 - Le pourvoi des époux est rejeté par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 7 juillet 2009 (3). La Haute juridiction souligne que, après avoir constaté que les mensualités du prêt s'élevaient à 1 510, 41 €, l'arrêt de la cour d'appel avait relevé que le couple emprunteur était propriétaire d'un bien immobilier et que les revenus de M. Hoareau avaient été portés au 1er septembre 2001 à 3 811 € mensuels alors que ceux de son épouse étaient de 1 226 €. Les juges d'appel avaient noté, également, que c'était le licenciement économique de M. Hoareau, survenu en octobre 2002, et son divorce intervenu postérieurement qui étaient à l'origine de leurs difficultés financières. Dès lors, pour la Cour de cassation, ces constatations faisaient apparaître « *qu'à la date de la conclusion du contrat, le crédit était adapté au regard des capacités financières des emprunteurs et du risque de l'endettement né de l'octroi de ce prêt* ». Il en résultait, dès lors, que la banque « *en l'absence d'un tel risque, n'était pas tenue à l'égard de ceux-ci d'un devoir de mise en garde* », et que, par conséquent, la cour d'appel avait légalement justifié sa décision.

4 - Cet arrêt est particulièrement riche. Il témoigne non seulement du fait que le banquier n'est pas tenu au respect de son obligation de mise en garde à défaut de risque du crédit (I), mais donne également des précisions utiles quant au moment où ce risque doit être apprécié (II).

I - Une obligation conditionnée par la présence d'un risque

5 - M. et Mme Hoareau reprochaient à l'établissement de crédit en question de ne pas avoir respecté son obligation de mise en garde à leur égard, alors qu'ils présentaient la qualité d'emprunteurs non avertis. Pour mémoire, l'obligation de mise en garde est définie comme le devoir pour le professionnel d'attirer l'attention de son cocontractant sur un aspect négatif du contrat ou de la chose objet du contrat (4). Ainsi, en matière de crédit, le banquier devra

informer son client sur les dangers de l'opération projetée, c'est-à-dire le risque de ne pas pouvoir faire face aux échéances en raison de revenus et d'un patrimoine insuffisants. Or, en la matière, la qualité de « *non avertis* », non contestée en l'espèce ni par la cour d'appel ni par la Cour de cassation, présente une importance particulière. En effet, il découle de l'ensemble des arrêts rendus jusqu'ici que seul l'emprunteur qualifié de non averti, ou de profane (5), c'est-à-dire étant vu comme insuffisamment familiarisé avec l'opération passée, est créancier de cette obligation de mise en garde (6). L'emprunteur averti, quant à lui, ne bénéficie d'une telle « *information renforcée* » que dans un cas particulier, et qui ne s'est jamais présenté à ce jour à notre connaissance sur le fondement de l'obligation de mise en garde (7) : lorsque le banquier détient des informations sur sa situation financière et sur les risques encourus que lui-même ignore (8).

6 - La question qui se posait était alors la suivante : l'emprunteur non averti ou profane peut-il prétendre au respect d'une telle obligation en toutes circonstances ? Certaines décisions de la Cour de cassation ont paru l'admettre. Citons, notamment, un arrêt rendu par la chambre commerciale le 11 décembre 2007 (9). En l'espèce, les juges du fond avaient relevé que les prêts en question « *n'avaient rien d'excessif ni d'imprudent au moment où ils avaient été accordés* », et que les difficultés rencontrées dans la vente d'un appartement et le licenciement de l'emprunteur étaient les véritables causes de son incapacité à rembourser. Or, contre toute attente, la Cour de cassation cassait cet arrêt, aux motifs qu'en se déterminant de la sorte « *sans préciser si l'emprunteur 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 des contrats de prêt, la banque justifiait avoir satisfait à cette obligation au regard 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* ». Une solution comparable avait, en outre, été dégagée quelques mois auparavant par la chambre mixte de la Cour de cassation (10). Il ressortait, dès lors, de l'ensemble de ces arrêts que, pour la Haute juridiction, c'était avant tout la qualité de non averti de l'emprunteur qui conditionnait l'obligation pour le banquier de le mettre en garde s'il venait à constater, dans un second temps, l'existence d'un risque d'endettement né de l'octroi du prêt en question.

7 - Mais cette solution n'est-elle pas contraire à la définition même de l'obligation de mise en garde ? Selon nous, une réponse positive s'impose. En effet, comment informer un emprunteur des risques de l'opération si cette dernière ne présente justement aucun danger ? Il paraît difficilement concevable de le mettre en garde du risque de ne pas pouvoir faire face aux échéances du crédit si ses revenus ou son patrimoine sont nettement supérieurs à ces mêmes échéances. Ainsi, on le voit, l'obligation en question semble plutôt impliquer, à titre préalable, l'existence d'un tel risque. A défaut de ce dernier, elle ne peut pas jouer. En conséquence, on ne doit pas pouvoir reprocher à un banquier de ne pas l'avoir respectée dans de telles circonstances.

8 - Une évolution de la jurisprudence paraissait donc nécessaire. Celle-ci transparissait néanmoins dans deux arrêts rendus très récemment par la première chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation.

Tout d'abord, il convient de citer une décision de la première chambre civile du 18 février 2009 (11). En l'espèce, une personne ayant emprunté une somme d'argent avait été déboutée de son action en responsabilité « *faute d'avoir mis la cour d'appel en mesure de constater l'existence d'un risque d'endettement qui serait né de l'octroi de la somme prêtée* ». Ainsi, le débat ne portait que sur la seule existence du risque du crédit, lequel ne paraissait pas présent à la vue des informations communiquées par l'intéressée à l'établissement de crédit. Il découlait, dès lors, de cet arrêt que, en l'absence de difficulté apparente pour faire face au remboursement demandé, la banque, comme les magistrats par la suite n'avaient plus à s'interroger sur la qualité de non avertie de l'emprunteuse. Cette qualité paraît donc secondaire par rapport à l'existence d'un risque.

Cette solution se retrouvait encore plus nettement dans un arrêt de la chambre commerciale du 12 mai 2009 (12). En l'espèce, les magistrats de la Haute juridiction déclaraient, après avoir constaté l'absence de disproportion de l'ouverture de crédit, « *qu'en l'état de ces*

*constatations et appréciations, la cour d'appel a légalement justifié sa décision, peu important qu'elle n'ait pas précisé qu'elle considérait X... comme un emprunteur non averti ».*

Ces deux arrêts laissaient donc à penser que la Cour de cassation avait pour intention de faire évoluer sa méthode de raisonnement pour apprécier un éventuel manquement à l'obligation de mise en garde, la juridiction saisie devant commencer par examiner le risque de surendettement. Cette évolution était cependant loin d'être certaine. Tout d'abord, l'arrêt de la première chambre civile ne posait pas clairement cette solution. De plus, et surtout, il avait été suivi par d'autres décisions déclarant à nouveau que la qualification d'emprunteur non averti était un préalable obligatoire (13). Enfin, la décision du 12 mai 2009, pourtant très explicite, n'avait fait l'objet d'aucune diffusion.

9 - Il est donc particulièrement heureux que l'arrêt du 7 juillet 2009, voué quant à lui à une publication au *Bulletin*, ait été rendu. Il permet ainsi de mettre un terme à une divergence en la matière. En effet, celui-ci, émanant de la chambre commerciale, vient, utilement et clairement, poser comme principe le fait que « *la banque, en l'absence d'un tel risque, n'[est] pas tenue à l'égard [de l'emprunteur] d'un devoir de mise en garde* ».

Ainsi, la mise en oeuvre de l'obligation de mise en garde implique chronologiquement plusieurs recherches. Tout d'abord, le crédit présente-t-il un risque pour l'emprunteur (14) ? En d'autres termes, y a-t-il un risque d'impossibilité pour le débiteur de supporter la charge de son remboursement ? Cette démonstration constitue donc un préalable essentiel. En cas de réponse positive, et seulement dans ce cas, le banquier devra se demander si l'intéressé peut être vu comme une personne avertie ou non en matière de crédit. Le manquement du professionnel ne sera jugé fautif que dans cette dernière hypothèse (15).

L'arrêt étudié est par conséquent, nous le voyons, particulièrement important. Il l'est d'autant plus qu'il nous renseigne également sur la question du moment d'appréciation du caractère éventuellement inadapté du prêt par rapport aux ressources de l'emprunteur.

II - Le moment d'appréciation du risque du crédit

10 - Les établissements de crédit encourent un risque du fait de l'éventuelle insolvabilité du débiteur. La restitution des fonds prêtés est bien évidemment menacée lorsque celui-ci connaît des difficultés financières. Dès lors, afin de limiter ces risques, les banques opèrent un certain nombre de recherches antérieurement à l'octroi d'un crédit afin d'en évaluer le risque. Tout d'abord, l'emprunteur est interrogé et doit produire diverses informations écrites permettant d'apprécier sa capacité financière. De plus, l'établissement s'informe à l'aide des documents dont la loi exige la publicité. Le registre du commerce et des sociétés et les documents comptables constituent ainsi une source d'informations particulièrement fiable, notamment lorsque les comptes ont été soumis au contrôle du commissaire aux comptes. En outre, la banque peut être amenée à consulter certains fichiers tenus par la Banque de France, comme celui des incidents de remboursement des crédits aux particuliers. Enfin, pour les crédits à usage professionnel de montant important, il arrive qu'un établissement de crédit demande à son client qu'il soit procédé à des investigations particulières, notamment par un cabinet d'audit (16).

11 - Mais ces recherches sont-elles illimitées ? Plus précisément, en présence d'informations crédibles, comme celles données par l'emprunteur (17), la banque est-elle dans l'obligation d'en vérifier scrupuleusement la véracité ? Les auteurs du pourvoi semblaient le soutenir. En l'espèce, les magistrats d'appel avaient constaté que M. Hoareau avait bénéficié d'une augmentation de salaire à partir du 1er septembre 2001 et que, en vertu de cette dernière, ses revenus mensuels étaient passés à 3 811 €. La cour d'appel en avait déduit l'absence de risque du crédit octroyé le 23 octobre 2001. Or, pour le couple Hoareau, la vérification ainsi à la charge de la banque lui imposait « *de procéder à de véritables recherches, sans pouvoir s'en tenir au seul montant de leur salaire* », et notamment de s'assurer que l'augmentation de salaire relevée n'était « *pas fictive mais réelle et pérenne* ». En fait, si l'on observe attentivement l'arrêt, il semble que les intéressés reprochaient plus précisément à l'établissement prêteur de ne pas avoir pris en considération le fait que les revenus en

question n'avaient pas été perçus bien longtemps par l'intéressé, celui-ci ayant été purement et simplement licencié en octobre 2002.

12 - La Cour de cassation répond à ce moyen en soulignant que les constatations et appréciations relevées par la cour d'appel faisaient « *apparaître qu'à la date de la conclusion, le crédit était adapté au regard des capacités financières des emprunteurs et du risque d'endettement né de l'octroi de ce prêt* ». Elle pose ainsi comme principe le fait que le caractère éventuellement inadapté d'un crédit par rapport à la capacité financière d'un emprunteur s'apprécie uniquement au moment de l'octroi du prêt. Toute évolution postérieure demeure sans incidence. Cette solution est de bon sens : un banquier n'est bien évidemment pas un voyant (18) et, de toutes les façons, c'est lors de la conclusion du contrat qu'il est débiteur de son obligation de mise en garde (19).

13 - Néanmoins, l'établissement de crédit n'aurait-il pas dû, tout de même, prendre en considération les circonstances entourant l'augmentation de salaire, et plus précisément le fait que cette augmentation avait été consentie par une filiale de la société dont les actions étaient cédées et dont le dirigeant commun était le cédant ? Selon nous, une réponse négative s'impose, même si la banque doit conserver sa liberté d'appréciation des documents communiqués (20). En effet, d'un point de vue juridique, le banquier demeure tenu à un devoir de non-ingérence, lui interdisant de s'immiscer dans les affaires de son client (21). Certes, la jurisprudence admet une levée de ce principe en présence d'« *anomalies apparentes* » (22), mais une information crédible, telle qu'une augmentation de salaire avérée, ne saurait constituer une telle anomalie. Il n'était, dès lors, pas possible, à notre sens, que l'établissement de crédit mène ses recherches plus loin qu'il ne l'avait fait. L'arrêt étudié était, par conséquent, à l'abri de toute critique également sur ce point.

#### **Mots clés :**

BANQUE \* Responsabilité \* Devoir de conseil \* Risque d'endettement \* Date d'appréciation

(1) Civ. 1re, 12 juill. 2005, Bull. civ. I, n° 327 ; D. 2005. Jur. 3094, note B. Parance, AJ. 2276, obs. X. Delpech ; RTD com. 2005. 820, obs. D. Legeais ; RDI 2006. 123, obs. H. Heugas-Darraspen ; Banque et Droit 2005, n° 104, p. 80, obs. T. Bonneau.

(2) Civ. 1re, 18 sept. 2008, D. 2008. AJ. 2343, obs. V. Avena-Robardet ; RTD com. 2008. 830, obs. D. Legeais ; Banque et Droit 2008, n° 122, p. 21, obs. T. Bonneau ; JCP E 2008. 2245, note D. Legeais ; 18 févr. 2009, D. 2009. AJ. 625, obs. V. Avena-Robardet, Chron. C. cass. 747, obs. C. Creton, et Jur. 1179, note J. Lasserre Capdeville ; RDI 2009. 235, obs. H. Heugas-Darraspen ; RTD com. 2009. 422, obs. D. Legeais ; JCP 2009. II. 10091, obs. A. Gourio ; *ibid.* E 2009. 1364, note S. Piedelièvre ; Com. 24 mars 2009, *ibid.* E 2009. 172 ; 7 avr. 2009, *ibid.* 2009. 77, note J. Lasserre Capdeville ; Civ. 1re, 30 avr. 2009, D. 2009. AJ. 1351, obs. V. Avena-Robardet ; JCP E 2009. 1583, note D. Legeais ; Com. 12 mai 2009, *ibid.* E 2009. 1700, note D. Legeais ; Civ. 1re, 25 juin 2009, *ibid.* E 2009. 1757. De même, concernant l'étendue du contrôle de la Cour de cassation en matière de qualification de caution avertie : Com. 3 févr. 2009, JCP E 2009. 1305, note D. Legeais. Par ailleurs, pour l'absence de mise en garde au profit du constituant pour autrui : Com. 24 mars 2009, D. 2009. AJ. 943, obs. V. Avena-Robardet, Jur. 1661, note N. Borga ; RTD com. 2009. 425, obs. D. Legeais .

(3) Lettre Omnidroit, 29 juill. 2009. 7, obs. X. Delpech.

(4) M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, n° 11 et 467.

(5) Si les arrêts les plus récents, à l'image de la décision étudiée, parlent d'emprunteur « *non averti* », les plus anciens évoquent le « *profane* ». Concernant les critères de qualification de l'emprunteur non averti, V. D. Legeais, obs. ss. Com. 11 déc. 2007, RTD com. 2008. 163 .

(6) L'emprunteur non averti peut indifféremment être un consommateur ou un professionnel : Com. 11 déc. 2007, RTD com. 2008. 163, obs. D. Legeais ; JCP E 2008. 1192, note D. Legeais ; *ibid.* 2008. II. 10055, note A. Gourio ; 8 janv. 2008, *ibid.* 2008. II. 10055, note A. Gourio ; Rouen, 2 juin 2009, Juris-Data, n° 004445.

(7) En revanche, sur le fondement de l'obligation de contracter de bonne foi, Com. 20 sept. 2005, D. 2005. AJ. 2588, obs. X. Delpéch, et Pan. 2855, obs. P. Crocq ; JCP E 2006. 1145, note D. Legeais.

(8) Civ. 1re, 12 juill. 2005, *Guigan*, Bull. civ. I, n° 325 ; D. 2005. AJ. 2276, et Jur. 3094, note B. Parance ; RDI 2006. 123, obs. H. Heugas-Darraspen ; RTD com. 2005. 820, obs. D. Legeais ; Com. 24 mars 2009, n° 08-10.183, Juris-Data, n° 047598 ; 7 avr. 2009, JCP 2009. 77, note J. Lasserre Capdeville.

(9) Com. 11 déc. 2007, n° 05-20.665, RTD com. 2008. 163, obs. D. Legeais ; Juris-Data, n° 041961.

(10) Cass., ch. mixte, 29 juin 2007, Bull. ch. mixte, n° 7 et 8 ; D. 2007. AJ. 1950, obs. V. Avena-Robardet, Jur. 2081, note S. Piedelièvre, et 2008. Pan. 871, obs. D.-R. Martin et H. Synvet ; RTD civ. 2007. 779, obs P. Jourdain ; RTD com. 2007. 579, obs. D. Legeais ; Banque et Droit 2007, n° 115, p. 31, obs. T. Bonneau ; JCP 2007. II. 10146, note A. Gourio ; *ibid.* E 2007. 2105, note D. Legeais.

(11) *V. supra*, note n° 2.

(12) Com. 12 mai 2009, n° 08-15.253, Juris-Data, n° 048271 ; JCP E 2009. 1700, note D. Legeais.

(13) C'est ainsi qu'un arrêt du 19 mars 2009 est venu, à nouveau, reprocher à une cour d'appel de s'être déterminée « *sans préciser si l'emprunteur était un emprunteur non averti et, dans l'affirmative, si, conformément au devoir de mis en garde auquel il était tenu à son égard lors de la conclusion du contrat, l'établissement de crédit justifiait avoir satisfait à cette obligation à raison des capacités financières de l'emprunteur et des risques de l'endettement né de l'octroi du prêt* » : Civ. 1re, 19 mars 2009, n° 08-10.880, Juris-Data, n° 047500 ; *V.*, dans le même sens, 30 avr. 2009, n° 08-13.870, *ibid.*, n° 047983.

(14) Mais ce risque s'apprécie-t-il de la même manière selon que l'emprunteur est averti ou non averti ? On peut légitimement s'interroger. Sur ce point, *V. D. Legais*, note ss. Com. 12 mai 2009, JCP E 2009. 1700.

(15) Hormis, bien entendu, si le banquier détient des informations sur la situation financière de l'emprunteur et sur les risques encourus que lui-même ignore. *V. supra*, n° 5.

(16) C. Gavalda et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, Litec, 2008, 7e éd., n° 497.

(17) Plusieurs arrêts ont ainsi refusé de retenir un manquement du banquier à son obligation de mise en garde dans des cas où les emprunteurs lui avaient menti, ou du moins avaient omis de lui révéler certaines informations : Civ. 1re, 30 oct. 2007, D. 2008. Jur. 256, note E. Bazin, et Chron. 638, obs. C. Creton ; RTD com. 2008. 163, obs. D. Legeais ; JCP E 2007. 2576, note D. Legeais ; 18 févr. 2009, préc. ; 25 juin 2009, n° 08-16.434, Juris-Data, n° 048757 ; JCP E 2009. 1757.

(18) X. Delpéch, obs. préc. ss. Com. 7 juill. 2009.

(19) Civ. 1re, 30 avr. 2009, n° 07-18.334, D. 2009. AJ. 1351, obs. V. Avena-Robardet ; Juris-Data, n° 047953 ; JCP E 2009. 1583, note D. Legeais ; 30 avr. 2009, n° 08-13.870, Juris-Data, n° 047983.

(20) Com. 11 déc. 2007, n° 05-21.234, RTD com. 2008. 163, obs. D. Legeais ; JCP E 2008.

1192, note D. Legeais ; Banque et Droit 2008, n° 118, p. 17, obs. T. Bonneau.

(21) J. Lasserre Capdeville, Que reste-t-il au XXI<sup>e</sup> du devoir de non-ingérence du banquier ?, Banque et Droit 2005, n° 100, p. 11 ; Com. 14 oct. 2008, RCA 2008. Comm. 365 ; TGI Lille, 20 févr. 2009, RD banc. fin. 2009. Comm. 113, obs. F.-J. Crédot et T. Samin.

(22) J. Lasserre Capdeville, art. préc., p. 13, n° 7 s. ; Com. 25 avr. 1967, JCP 1967. II. 15306, note C. Gavalda ; 3 janv. 1977, Bull. civ. IV, n° 2 ; 30 oct. 1984, *ibid.*, n° 285.