

PA200810405

Petites affiches, 23 mai 2008 n° 104, P. 12 - Tous droits réservés

Droit bancaire

L'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit confirmée par les décisions de la Cour de cassation

Grégory Damy

Docteur en droit

Avocat

Professeur associé à l'Université de Nice Sophia-Antipolis

CREDECO/CNRS

(Cass. ch. mixte, 29 juin 2007 ; 2 espèces)

Les obligations de conseil et de mise en garde du banquier dispensateur de crédit n'étaient pas clairement définies du fait d'une divergence entre les chambres commerciales et civiles de la Cour de cassation. Par les arrêts du 29 juin 2007, la chambre mixte a définitivement délimité l'étendue de l'obligation du banquier. Ainsi, il est tenu d'informer le débiteur des risques afférents à son endettement et de lui proposer un produit adapté à ses capacités financières. Enfin, la qualité de débiteur profane est appréciée **in concreto** ce qui permet une protection accrue du coemprunteur du débiteur averti.

Banquier. Obligation de mise en garde. Distinction créancier profane/créancier averti. Confirmation par les arrêts de la chambre mixte de la Cour de cassation.

1^{re} espèce :

Cass. ch. mixte, 29 juin 2007 :

Régine X, épouse Y c/ Société Union bancaire du Nord

(pourvoi n° 06-11.673)

La Cour :

(...)

Sur le moyen unique :

Vu l'article 1147 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que par acte du 30 janvier 1989, l'Union bancaire du Nord (la banque) a consenti aux époux X (les coemprunteurs) un prêt afin d'acquérir

un fonds de commerce ; qu'à la suite d'échéances impayées, la déchéance du terme ayant été prononcée, la banque a déclaré sa créance au passif de la liquidation judiciaire de M. X et a été autorisée à pratiquer une saisie des rémunérations de M^{me} X en paiement des sommes restant dues ; que celle-ci s'est prévalué d'un manquement de la banque à son obligation d'information des risques qu'elle avait pu encourir alors qu'elle était institutrice et n'avait jamais eu d'activité artisanale ou commerciale ;

Attendu que pour rejeter la demande en dommages-intérêts présentée par M^{me} X, l'arrêt retient que les coemprunteurs étaient en mesure d'appréhender, compte tenu de l'expérience professionnelle de M. X, 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 et ne possédait pas d'informations que ceux-ci auraient ignorées, n'avait ni devoir de conseil, ni devoir d'information envers eux ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans préciser si M^{me} X était non avertie 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 banque justifiait avoir satisfait à cette obligation à raison des capacités financières de M^{me} X et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

Par ces motifs :

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 28 juin 2005, entre les parties, par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, autrement composée ;

Condamne la banque aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, rejette la demande de la banque et la condamne à payer à M^{me} X la somme de 2.000 € ;

(...)

2^e espèce :

Cass. ch. mixte, 29 juin 2007 :

Époux X c/ Société Caisse régionale de Crédit agricole mutuel Centre-Est

(pourvoi n° 05-21.104)

La Cour :

(...)

Sur le moyen unique :

Vu l'article 1147 du Code civil ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la Caisse régionale de crédit agricole mutuel Centre-Est (la caisse) a consenti à M. X pour les besoins de son exploitation agricole, entre 1987 et 1988, puis entre 1996 et 1999, seize prêts ; que des échéances étant demeurées impayées, la caisse a assigné en paiement M. X qui a invoqué un manquement du prêteur à ses obligations ;

Attendu que pour écarter ses prétentions, l'arrêt retient que la caisse avait accepté les dossiers de crédit après avoir examiné les éléments comptables de l'exploitation et l'état du patrimoine de M. X, dont il ressortait que ce dernier était, au 30 juin 1998, propriétaire d'un cheptel d'une valeur dépassant le montant total des emprunts, qu'il était acquis que les trois prêts octroyés en 1987 et 1988 avaient été régulièrement remboursés jusqu'en 2000 et 2001 et qu'en dépit de la multiplicité des crédits accordés entre 1997 et 1998 qui n'était pas significative dès lors qu'elle résultait du choix des parties de ne financer qu'une seule opération par contrat, il n'était pas démontré que le taux d'endettement de M. X qui avait d'ailleurs baissé, ait jamais été excessif, l'entreprise n'étant pas en situation financière difficile, que M. X ne rapporte 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 ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans préciser si M. X 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, 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 ;

Par ces motifs :

Casse et annule, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 15 septembre 2005 par la Cour d'appel de Dijon ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Dijon, autrement composée ;

Condamne la caisse aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, rejette la demande de la caisse et la condamne à payer à M. X la somme de 2.000 € ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

(...)

NOTE

Grégory DAMY

Docteur en droit Avocat à la Cour Chargé de cours en Master à l'Université de Nice-Sophia-Antipolis

Le banquier étant avant tout un commerçant, l'octroi de crédit est de l'essence même de son activité car il s'enrichit en prêtant.

Le banquier est alors partagé entre sa volonté légitime de développer son commerce et le devoir de conseiller à ses clients de renoncer à une opération inappropriée. Il peut s'agir ici d'une sorte de « conflit d'intérêts » _ au sens large _ car il n'y a pas de conflit entre les intérêts de deux clients, mais entre l'intérêt du client et son intérêt personnel.

Il s'agit donc plutôt d'une obligation de loyauté envers le client : être loyal en ne l'engageant pas dans un emprunt uniquement pour gagner de l'argent à son détriment !

Les clients invoquent fréquemment le manquement du banquier au « devoir de conseil » pour ne pas être tenus par leurs obligations. S'il est possible à un client de reprocher à son banquier de ne pas lui accorder de crédit et de compromettre ainsi son affaire ou son achat, il est plus fréquent en pratique de chercher à mettre en cause la responsabilité civile d'une banque qui a consenti un prêt à une entreprise ou à un particulier en invoquant une violation du « devoir de conseil ».

Lors de l'octroi de prêts, le banquier est avant tout redevable d'une « obligation de conseil » vis-à-vis de l'emprunteur mais il est également tenu d'informer les cautions qui interviennent en tant que garantes.

Au-delà de l'information au sens strict qui est la délivrance neutre et objective des éléments permettant au cocontractant de s'engager en connaissance de cause ⁽¹⁾, la jurisprudence a progressivement imposé au banquier des obligations dont l'objet est plus précis et différent. Il s'agit des obligations de mise en garde et de conseil que la Cour de cassation distingue désormais nettement ⁽²⁾. L'obligation de mise en garde est une sorte d'obligation d'information centrée sur un aspect négatif du contrat, un risque présenté par celui-ci tandis que le devoir de conseil consiste à orienter la décision du cocontractant en opportunité ⁽³⁾, à le guider dans ses choix en l'incitant à agir au mieux de ses intérêts ⁽⁴⁾.

En pratique, l'expression « devoir de conseil » est souvent comprise largement et elle englobe les obligations de mise en garde et de conseil.

Pendant une décennie, la première chambre civile et la chambre commerciale se sont opposées sur la question de la responsabilité des dispensateurs de crédit pour octroi d'un crédit jugé excessif par rapport aux capacités de remboursement de l'emprunteur.

Dès 1995, la première chambre civile de la Cour de cassation imposa au banquier de se soumettre à un devoir de conseil. Celui-ci consistait à « mettre en garde » les emprunteurs sur l'importance de l'endettement lié aux prêts souscrits.

Manquait donc à son obligation de conseil et ce même dans l'hypothèse où les emprunteurs connaissaient parfaitement les risques qu'ils encourraient pour en avoir été informés par un autre établissement de crédit, le banquier qui accordait un crédit excessif.

La portée de ce devoir et même la qualification retenue étaient alors controversées. Certains auteurs ont en effet qualifié le devoir de conseil consacré par la première chambre civile de « devoir négatif », devoir qui s'analysait en réalité en une « mise en garde ».

Invitée à se prononcer à nouveau, la première chambre civile approuva une cour d'appel ayant retenu la responsabilité d'un établissement de crédit qui avait accordé un crédit excessif et qui avait justifié la solution par un manquement au devoir de mise en garde ⁽⁵⁾.

Cependant, l'arrêt pouvait faire l'objet d'interprétations divergentes.

L'examen de la jurisprudence montre que les juridictions du fond distinguaient difficilement les différents fondements possibles de la responsabilité de l'établissement de crédit. Beaucoup de décisions invoquaient le manquement au devoir de conseil et d'information ou de renseignement.

La chambre commerciale avait de son côté, exclu expressément l'existence d'un tel devoir ⁽⁶⁾ décidant que le banquier, dispensateur de crédit, n'était « débiteur daucune obligation de conseil envers son client ».

Ainsi, la chambre commerciale dénialait au banquier un quelconque devoir de conseil ou de mise en garde envers son client et justifiait cette position par le devoir de non-ingérence du banquier dans les affaires de son client.

Toutefois, par trois arrêts rendus le 11 mai 1999 ⁽⁷⁾, la chambre commerciale de la Cour de cassation opéra une distinction entre emprunteur profane et averti. C'est ainsi que, sans revenir sur sa jurisprudence antérieure, la chambre commerciale estima que le devoir de conseil se justifiait à l'égard des personnes ne disposant pas d'informations suffisantes et qui ne seraient pas compétentes pour les exploiter utilement. Ainsi se dégagea le principe de la symétrie des informations sur la situation de l'emprunteur : le banquier qui n'a pas de devoir de conseil envers son client engage seulement sa responsabilité en accordant un prêt dépassant les capacités financières de l'emprunteur alors qu'il avait sur la situation de l'emprunteur des informations que celui-ci ignorait.

La clarification de la jurisprudence fut opérée par quatre arrêts de principe rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation le 12 juillet 2005 ⁽⁸⁾, complétés par deux arrêts postérieurs du 2 novembre 2005 et du 21 février 2006. La première chambre civile affina sa doctrine en introduisant une distinction entre caution ou emprunteur averti et profane, instaurant un régime de responsabilité propre à chaque catégorie. Lorsque la responsabilité du banquier est recherchée par une caution ou un emprunteur averti, la première chambre adopte la jurisprudence de la chambre commerciale : la caution ou l'emprunteur ne peut rechercher la

responsabilité de la banque que si cette dernière ne lui a pas transmis une information que lui (ou elle)-même ignorait.

L'emprunteur ou la caution profane peut quant à lui (ou elle) se prévaloir d'un manquement du banquier à son devoir de mise en garde.

À la suite de la prise de position de la première chambre civile, il s'avérait nécessaire que la chambre commerciale prenne position à son tour.

Implicitement par trois arrêts du 3 mai 2006 [\(9\)](#), la chambre commerciale admis l'existence d'un devoir de mise en garde de la banque au bénéfice des emprunteurs ou cautions profanes dont la situation personnelle justifie une protection particulière.

Enfin, par deux arrêts rendus le 29 juin 2007 en chambre mixte, la Cour de cassation a confirmé l'existence d'une obligation de mise en garde pesant sur la banque à l'égard des cautions ou emprunteurs non avertis [\(10\)](#).

Dans la première espèce, une institutrice, assignée en paiement des échéances impayées d'un prêt qu'elle avait souscrit avec son époux pour l'ouverture du restaurant de ce dernier, se prévalait d'un manquement de la banque à son obligation d'information quant aux risques qu'elle avait encourus alors qu'elle ne pouvait être considérée comme un emprunteur averti. Mais la Cour d'appel avait jugé que, compte tenu de l'expérience professionnelle de l'époux, les coemprunteurs étaient en mesure d'appréhender les risques de l'opération et que la banque n'avait aucune obligation de conseil ou d'information envers eux.

Dans la seconde espèce, l'emprunteur était un agriculteur qui avait souscrit une quinzaine de prêts. Des échéances étant demeurées impayées, la banque avait alors assigné en paiement l'emprunteur et sa mère, à titre de caution, lesquels s'étaient prévalués d'un manquement de la banque à son obligation de conseil et d'information. Les juges du fond avaient rejeté les demandes de l'emprunteur et de sa caution, aux motifs que la banque n'avait pas d'obligation de conseil à l'égard de l'emprunteur professionnel ou de sa caution et n'avait pas à s'immiscer dans les affaires de son client ou à procéder à des investigations sur sa solvabilité.

La Cour de cassation a censuré les juges du fond en soulignant qu'ils auraient dû préciser si les intéressés étaient des cautions ou emprunteurs non avertis et rechercher si cette qualité n'obligeait pas la banque à les mettre en garde à raison de leurs capacités financières et des risques de l'endettement nés de l'octroi des prêts en cause.

La Cour de cassation confirme ainsi l'existence d'une obligation de mise en garde pesant sur le banquier à l'égard des emprunteurs et cautions profanes **(I)**, qualité devant être appréciée **in concreto (II)**.

Ces arrêts furent l'occasion pour la Cour de cassation de rappeler, dans un communiqué publié sur son site, qu'une telle obligation de mise en garde « se distingue de l'obligation de conseil ».

I. La confirmation de l'obligation de mise en garde du banquier vis-à-vis des cautions et emprunteurs non avertis

Les arrêts rendus le 29 juin 2007 confirment le principe même de l'obligation de mise en garde posé par les arrêts de 2005 et 2006 en faveur des emprunteurs ou cautions profanes.

Quelle est la consistance de ce devoir (**A**) et sur qui pèse la charge de la preuve de son exécution par le banquier (**B**) ?

A. Le contenu du devoir de mise en garde

En l'absence de définition jurisprudentielle précise, certains auteurs classent le devoir de mise en garde à mi-chemin entre le devoir de conseil et le devoir d'information. À l'analyse de la jurisprudence, il faut en déduire que le devoir de mise en garde est plus contraignant pour le banquier que le devoir de vigilance ou celui d'information, mais l'est moins que le devoir de conseil, lequel est plus protecteur vis-à-vis de l'emprunteur ou de la caution.

Le devoir de mise en garde consiste pour le banquier à se renseigner sur la situation de son client afin d'attirer son attention sur les risques et aspects négatifs du prêt proposé.

1. L'obligation de se renseigner sur la situation des emprunteurs

Les arrêts rendus le 29 juin 2007 soulèvent la question de l'étendue de l'obligation de mise en garde du banquier. Celui-ci doit-il se renseigner sur la solvabilité de son client ?

Avant d'accorder un crédit à un emprunteur profane, le banquier doit respecter préalablement une obligation de se renseigner sur les capacités financières de l'emprunteur [\(11\)](#) et les vérifier [\(12\)](#). Il est ainsi jugé que l'établissement de crédit peut manquer à son devoir de mise en garde envers les emprunteurs profanes. La faute du banquier consiste en un manquement au devoir de se renseigner qui conduit à l'octroi d'un crédit dépassant les facultés financières de l'emprunteur.

Le prêteur doit donc se livrer à des investigations pour connaître la situation financière de l'emprunteur et apprécier la crédibilité du dossier présenté. Il doit également compléter le dossier en s'informant auprès de tiers.

Depuis un arrêt du 8 juin 2004, la première chambre civile de la Cour de cassation juge que la connaissance qu'a l'emprunteur sur sa situation, ne dispense pas le banquier de son devoir de mise en garde. Avant d'accorder un crédit à un emprunteur profane le banquier doit préalablement se renseigner sur ses capacités financières et les vérifier.

L'établissement de crédit peut être condamné pour manquement à son devoir de mise en garde, si le prêt consenti est disproportionné compte tenu des capacités de remboursement des emprunteurs.

Les arrêts rendus le 29 juin 2007 par la chambre mixte de la Cour de cassation viennent confirmer cette obligation de mise en garde.

La chambre mixte confirme cette obligation de vérification des capacités financières des intéressés. Elle censure les juges du fond qui n'ont pas précisé si la banque a satisfait à son obligation « à raison des capacités financières de l'emprunteur et des risques de l'endettement nés de l'octroi des prêts ».

En pratique, le banquier doit, avant tout octroi de crédit à un client non averti, analyser la capacité financière du demandeur afin de déterminer ses facultés contributives. À l'issue de cette analyse, il peut se trouver confronté à trois situations différentes :

_ Si l'analyse démontre la possibilité pour le demandeur de rembourser le crédit sollicité : le banquier peut octroyer le crédit, sans engager sa responsabilité au titre d'un manquement au devoir de mise en garde.

Dans ce cas, le banquier a satisfait à son devoir de mise en garde en vérifiant les facultés contributives de l'emprunteur et en lui octroyant un crédit non excessif.

Le banquier devra bien évidemment conserver la preuve des déclarations de l'emprunteur sur la base desquelles il a procédé à la vérification de sa capacité financière.

_ Si l'analyse démontre que le crédit sollicité est à la limite de ce qui est raisonnable ou génère un lourd endettement et que le banquier décide tout de même d'octroyer le crédit, il devra alerter spécialement l'emprunteur sur les risques encourus, sous peine de voir engager sa responsabilité (cf. **supra**). Dans ce cas de figure, le crédit octroyé n'est pas insupportable pour l'emprunteur mais il est à la limite du supportable.

_ Si l'analyse démontre enfin l'impossibilité pour le demandeur de rembourser le crédit sollicité : le banquier doit, par prudence, refuser le crédit, sinon il risque d'engager sa responsabilité. Il s'agit ici d'avantage d'un devoir de prudence que d'un devoir de mise en garde.

Certains auteurs estiment cependant que l'obligation de mise en garde ne peut aller jusqu'au refus du crédit. Dès lors, le banquier qui a mis correctement son client en garde contre les risques d'un emprunt excessif au regard de ses ressources, ne devrait pas courir le risque de voir sa responsabilité engagée sur le fondement du devoir de mise en garde. En effet, le candidat accepte en pleine connaissance de cause les risques inhérents à l'opération de financement.

2. Le devoir d'alerte

Le devoir de mise en garde comprend aussi un devoir d'alerte sur les risques auquel l'emprunteur ou la caution s'expose en cas de crédit excessif.

Il a en effet été jugé que la faute du banquier pouvait consister en un manquement au devoir d'éclairer l'emprunteur sur les avantages et les inconvénients du crédit consenti.

Après avoir vérifié les capacités financières de son client, le banquier doit par conséquent alerter l'emprunteur ou la caution s'il s'aperçoit que le crédit sollicité est à la limite du raisonnable ou génère un lourd endettement.

Le devoir de mise en garde doit donc s'accompagner d'un devoir d'alerte sur les risques encourus de non-remboursement auquel l'emprunteur ou la caution s'expose en cas de crédit excessif et sur les conséquences pouvant en découler, notamment l'importance de l'endettement.

Dans une espèce qui lui était soumise, il n'était pas contesté que la banque n'avait pas manqué à son devoir de se renseigner. Cependant, la première chambre civile a reproché à la Cour d'appel « de ne pas avoir recherché si les époux emprunteurs pouvaient être considérés comme des emprunteurs avertis », et, dans la négative, « si la banque les avait alertés sur l'importance du risque encouru et avait ainsi rempli son devoir de mise en garde » [\(13\)](#).

Dans le premier arrêt du 29 juin 2007, M^{me} X prétend à l'appui de son pourvoi que la banque ne l'a pas alertée sur les risques encourus. Selon le moyen, auraient dû être pris en compte les résultats précédemment obtenus par les cédants, ainsi que l'absence de mention dans l'acte de vente des bénéfices réalisés lors du dernier exercice précédent la cession du fonds.

Dans le second arrêt, les consorts X invoquent dans leur moyen que la banque leur a accordé des crédits ruineux sans les mettre en garde contre un endettement excessif. Treize prêts ont en effet été accordés par la banque à une époque où trois autres prêts à long termes étaient en cours.

Dans ces deux espèces, la chambre mixte casse et annule les arrêts rendus à hauteur d'appel, reprochant aux juges de n'avoir pas recherché si la qualité d'emprunteur non averti n'obligeait pas la banque à les mettre en garde à raison de leurs capacités financières et des risques de l'endettement nés de l'octroi des prêts en cause.

Par là même, la chambre mixte confirme que le banquier est bien tenu d'alerter la caution ou l'emprunteur non averti sur la disproportion du prêt ainsi que sur les risques encourus. Il est par ailleurs tenu d'établir qu'il s'est bien exécuté.

En pratique, il est indispensable lorsque le crédit est à la limite de ce qui est raisonnable ou génère un lourd endettement de faire signer au client, par acte séparé de l'acte de prêt, un document au terme duquel il reconnaît avoir été alerté des risques encourus. Afin de pouvoir rapporter la preuve de l'accomplissement de son devoir de mise en garde, le banquier devra s'assurer de la conservation de ce document signé par le client.

3. L'obligation d'accorder un crédit proportionné aux facultés de remboursement de l'emprunteur

Il est bien évident que seule l'évolution prévisible de la situation de l'emprunteur doit être intégrée dans la mise en garde. À l'inverse, l'évolution imprévisible de la situation de l'emprunteur (modification de la conjoncture économique, augmentation du taux d'endettement de l'emprunteur postérieurement à la conclusion de la convention de crédit) ne peut donner lieu à responsabilité.

Le non-respect du principe de proportionnalité peut être invoqué par la caution ou l'emprunteur lorsque les crédits octroyés ont un caractère excessif par rapport à leur faculté de remboursement, qu'il s'agisse d'un particulier ou d'une entreprise. Il a toujours été jugé qu'il faut tenir compte des capacités de remboursement de l'emprunteur au jour où le prêt a été consenti même lorsque l'employeur est un professionnel.

Concernant la caution, il ressort de l'arrêt de la chambre commerciale consorte M. c/ Natiocrédbail du 3 mai 2006 que la banque est tenue d'un devoir de mise en garde à l'égard de la caution profane. À ce titre, elle doit vérifier que la caution a connaissance de la portée de son engagement et que l'engagement n'est pas hors de proportion avec ses facultés financières.

Il ressort du même arrêt que la caution avertie qui ne démontre pas que la banque aurait eu sur sa situation et ses facultés de remboursement des informations qu'elle-même aurait ignorées ne peut rechercher la responsabilité de la banque.

B. La charge de la preuve de l'exécution de l'obligation de mise en garde

S'il est établi que le banquier est débiteur d'une obligation de mise en garde à l'égard de la caution ou de l'emprunteur profane, à qui appartient-il d'établir la preuve de la bonne exécution ?

Aux termes de l'article 1315 du Code civil, celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver et réciproquement celui qui se prétend libéré doit justifier le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

D'après ce raisonnement, il appartiendrait donc à la caution ou à l'emprunteur qui l'invoque d'établir le non-respect de l'obligation de mise en garde par le banquier. Inversement, il serait du ressort du dispensateur de crédit de justifier qu'il s'est bien exécuté afin d'être effectivement libéré de son obligation.

Le 25 février 1997, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a toutefois jugé que « celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation ».

Concernant l'obligation de conseil du banquier, la première chambre civile de la Cour de cassation a décidé dans son arrêt du 29 juin 1995 que la banque doit attirer l'attention de l'emprunteur sur l'importance de l'endettement résultant du prêt contracté.

Tenu d'un devoir d'alerte, le dispensateur de crédit doit établir qu'il a bien exécuté son obligation. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation dans les deux arrêts du 29 juin 2007.

La chambre mixte précise en effet que les juges du fond auraient dû rechercher si, la banque justifiait avoir satisfait à son obligation de mise en garde.

Cette précision fait bien peser sur le banquier la charge de la preuve de l'exécution de son devoir de mise en garde.

En conséquence, il appartenait au banquier dans ces deux espèces d'établir d'une part, qu'il avait vérifié les capacités financières de l'emprunteur, d'autre part qu'il l'avait alerté sur les risques éventuels de l'opération envisagée. Cette preuve aurait pu être apportée par tous moyens.

S'il appartient bien à l'établissement de crédit d'apporter la preuve qu'il s'est renseigné sur les capacités financières de son client et qu'il l'a averti du caractère risqué de l'opération financière qu'il envisage, il incombera toutefois au client se prévalant de l'inexécution de l'obligation de mise en garde d'établir les conditions d'existence de celle-ci. Il devra prouver qu'il est non averti et que le crédit présentait des risques sur lesquels son attention aurait dû être attirée.

C'est bien la qualité même de l'emprunteur ou de la caution qui détermine l'étendue de la responsabilité du banquier. La Cour de cassation détermine ainsi **in concreto** la portée de son obligation de mise en garde.

II. Les difficultés relatives à la distinction entre client professionnel, profane ou averti

La distinction entre client averti et profane est cruciale puisqu'elle commande, comme on l'a vu, le régime de responsabilité de la banque vis-à-vis de l'emprunteur ou de la caution. Le banquier n'a une obligation de mise en garde qu'à l'égard de l'emprunteur ou de la caution profane. Mais comment distingue-t-on un client profane d'un client averti (**A**) ? Les juges procèdent à une appréciation **in concreto** de cette qualité mais aussi à une approche personnalisée en présence de coemprunteurs (**B**).

A. La distinction entre client profane et client averti

L'obligation de mise en garde s'impose envers le client profane qui ne dispose pas de l'information ou de l'expérience nécessaire pour bien apprécier les risques encourus (v. les quatre arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation le 12 juillet 2005 [\(14\)](#) et les trois arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 3 mai 2006 [\(15\)](#)).

En revanche, l'emprunteur averti est mal fondé à invoquer la violation du devoir de mise en garde sauf à prouver que la banque possédait sur l'opération, des informations que lui-même ignorait [\(16\)](#). Le banquier pourra, face à un emprunteur averti, invoquer son ignorance, eu égard à la situation de l'entreprise, du caractère inapproprié du crédit. Il va alors se baser juridiquement sur le devoir de non-immixtion.

La jurisprudence utilise la distinction entre client profane et averti sans donner une définition précise de ces termes. Il apparaît que l'appréciation « profane » ou « averti

» s'effectue **in concreto** et que la qualification relève chaque fois d'un faisceau d'indices.

Il est possible d'extraire parmi les indices retenus par la jurisprudence : la profession, la catégorie socio-professionnelle, l'expérience, l'âge, la modicité des revenus ou encore la modicité du patrimoine.

Un arrêt de la chambre commerciale du 12 décembre 2006 ([17](#)) a contribué à la définition de l'emprunteur averti : est considéré comme averti celui qui est en mesure d'appréhender les risques et l'opportunité du crédit qu'il se prépare à souscrire. C'est donc plus la capacité intellectuelle de l'emprunteur que sa condition financière qui est prise en compte pour le qualifier d'averti ou de profane.

D'une manière générale, la jurisprudence estime que le client qui contracte un emprunt à titre non professionnel, doit être réputé profane. Toutefois, les circonstances de la cause comme le patrimoine des emprunteurs ou leur expérience dans la gestion de leurs biens, peuvent conduire à une autre solution.

C'est dans ce sens que s'est orientée la chambre mixte à travers les arrêts du 29 juin 2007. Dans les deux espèces, les clients avaient souscrits des emprunts pour les besoins de leur profession.

Dans la première, le crédit était consenti à des coemprunteurs pour l'acquisition d'un fonds de commerce. La Cour d'appel avait estimé que l'un d'entre eux n'était pas ignorant du monde des affaires, ayant exploité auparavant un fonds de commerce de même nature. Compte tenu de son expérience professionnelle, il était parfaitement à même d'évaluer les risques de l'opération.

Dans la seconde, le prêt finançait les besoins d'une entreprise agricole. La Cour d'appel a dès lors estimé que l'emprunteur était professionnel, ce qui le déchargeait de toute obligation de conseil.

Dans la lignée de la jurisprudence récente, la chambre mixte de la Cour de cassation a censuré les juges du fond qui n'ont pas précisé si les emprunteurs étaient avertis ou non.

En effet, les professions exercées par les emprunteurs (exploitant agricole pour l'un et restaurateur pour l'autre) ne leur conféraient aucune connaissance particulière des mécanismes de crédit ni aucune compétence particulière en la matière.

Un emprunteur professionnel n'est bien évidemment pas, **de facto**, assimilable à un emprunteur averti.

La Cour confirme ainsi la nécessité d'une approche **in concreto** de la qualité d'emprunteur averti, y compris en présence de coemprunteurs.

B. L'appréciation individualisée en présence de coemprunteurs ou de cautions

Dans la première espèce précitée, deux époux avaient contracté un prêt en vue de l'acquisition d'un restaurant pour le mari. Si ce dernier avait déjà exploité un fonds de

commerce similaire auparavant, il n'en était pas de même pour l'épouse, institutrice de profession. La Cour d'appel se basant sur l'expérience professionnelle du mari, a estimé que les coemprunteurs étaient en mesure d'appréhender les risques de l'opération envisagée. Emprunteurs professionnels, elle les assimile tous les deux à des emprunteurs avertis déchargeant ainsi le banquier de son obligation de mise en garde.

La chambre mixte censure cette décision, au motif que les juges auraient dû préciser si l'épouse était ou non un emprunteur averti et si la banque, dans cette hypothèse, avait satisfait à son obligation envers elle.

Si l'expérience professionnelle du mari permettait de le qualifier éventuellement d'emprunteur averti, ce critère n'était pas applicable à l'épouse, parfaitement étrangère à l'activité professionnelle pour les besoins de laquelle le prêt avait été consenti.

En présence de coemprunteurs, l'un peut donc être considéré comme profane et l'autre comme emprunteur averti. Les circonstances de l'espèce doivent être étudiées au regard de chacun.

En présence de cautions, les juges ont aussi pour habitude d'apprécier **in concreto** la situation de l'emprunteur et de sa caution. L'emprunteur peut être qualifié d'averti sans que sa caution ne le soit.

Ainsi, les cautions directement impliquées dans l'opération garantie au sein de l'entreprise emprunteuse et donc qualifiées d'averties, ne peuvent en principe se prévaloir d'un devoir de mise en garde sauf si le banquier dispose d'informations essentielles qu'elles ignorent. Ces cautions sont censées disposer de toutes les informations utiles pour apprécier la portée et les risques de leurs engagements.

Traditionnellement, la caution dirigeante, donc avertie, ne pouvait rechercher la responsabilité du créancier, dispensateur du crédit, qu'en cas de circonstances exceptionnelles qu'il lui appartenait de démontrer.

Néanmoins depuis la loi Dutreil du 1^{er} août 2003, la distinction prétorienne entre cautions profanes et cautions dirigeantes n'est pas reprise dans l'article L. 341-4 du Code de la consommation.

Au regard du patrimoine de la caution, la chambre commerciale rattache le devoir de mise en garde au respect de la règle de proportionnalité entre la garantie et les facultés financières du garant. L'article L. 341-4 du Code de la consommation, s'applique en effet à tout cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel.

Conclusion

En conclusion, le banquier est tenu, en sa qualité de dispensateur de crédit :

_ à un devoir de mise en garde à l'égard de l'emprunteur profane ;

– à un devoir d'information à l'égard de l'emprunteur averti, s'il dispose sur la situation financière de l'emprunteur d'informations que ce dernier ignore.

Le devoir de mise en garde imposé au banquier dispensateur de crédit tend à s'étendre dans le cadre des autres activités exercées par le banquier. Ainsi, la Cour de cassation réunie en Assemblée plénière a décidé dans un arrêt du 2 mars 2007 ([18](#)) rendu en matière d'assurance que « le banquier est tenu d'éclairer l'emprunteur sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle ; la remise d'une notice, par ailleurs requise, ne peut suffire à satisfaire cette obligation ».

Cet arrêt, qui constitue un revirement, vient alourdir considérablement l'obligation du banquier-assureur qui est désormais tenu d'un devoir « d'éclairer ». Il s'agit pour la banque d'analyser la situation personnelle de l'emprunteur et de ses besoins en appréciant les risques de non-remboursement au regard du crédit ainsi que de la situation familiale et professionnelle du client. Une fois le risque identifié, le banquier devra veiller à ce que l'assurance souscrite garantisse bien l'assuré en cas de survenance de ces risques. Si tel n'est pas le cas, l'établissement de crédit devra s'assurer que l'emprunteur a bien pris conscience des lacunes de son assurance et les a acceptées en connaissance de cause.

La solution consacrée, qui met à la charge du banquier une obligation de mise en garde va être délicate à mettre en oeuvre pour les établissements de crédit dans la mesure où ils devront se préconstituer une preuve de l'exécution de ce devoir personnalisé envers chaque emprunteur.

[1](#) (1) Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, Defrénois, 2^e éd., n° 777.

[2](#) (2) En matière de responsabilité pour octroi de crédit, cf. les arrêts des 12 juillet 2005 et 3 mai 2006.

[3](#) (3) M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie*, LGDJ, n° 471.

[4](#) (4) D. Legeais, *L'obligation de conseil de l'établissement de crédit à l'égard de l'emprunteur et de sa caution*, mélanges AEDBF-France 1999, p. 57.

[5](#) (5) D. 2004, p. 1897, JCP E 2004. 1442, note D. Legeais.

[6](#) (6) Cass. com., 18 février 1997, Bull. civ. IV, n° 52, p. 46.

[7](#) (7) Cass. com., 11 mai 1999, pourvois n°s 96-13.441, 96-16.088 et 95-22.042.

[8](#) (8) Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, JCP E 2005. 1359, obs. D. L.

[9](#) (9) Cass. com., 3 mai 2006, pourvois n°s 04-15.517, 02-11.211 et 04-19.315.

10 (10) Cass. mixte, 29 juin 2007, Époux X, pourvoi n° 05-21.104, et Régine X, pourvoi n° 06-11.673. Pour une présentation synthétique, se reporter au site internet : gregorydamy.niceavocats.fr.

11 (11) Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, Bull. civ. I, n° 327 p. 271.

12 (12) Cass. civ. 1^{re}, 2 novembre 2005, Bull. civ. I, n° 397.

13 (13) Cass. civ. 1^{re}, 21 février 2006, pourvoi n° 02-19.066.

14 (14) Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, Bull. civ. I, n°s 324, 325, 326, 327.

15 (15) Cass. com., 3 mai 2006, D. 2006, p. 1445, obs. X. Delpech.

16 (16) Cass. com., 26 mars 2002, RTD com. 2004, p. 142.

17 (17) Cass. com., 12 décembre 2006, Juris-Data n° 2006-036470.

18 (18) Cass. Ass. plén., 2 mars 2007, pourvoi n° 06-15.267.