

Devoir de mise en garde et crédit excessif

Comment apprécier la conscience du risque par l'emprunteur ?

La responsabilité des banquiers pour octroi de crédit est de plus en plus souvent invoquée par l'emprunteur. Fondée sur un manquement aux devoirs de conseil et de mise en garde qui incombent au prêteur professionnel, elle concerne des risques très divers : absence d'assurance, risque de change, risque de non-remboursement... L'étude de la jurisprudence permet cependant de dégager certaines limites à cette responsabilité. L'un des points invoqués est la prise en compte de la personnalité de l'emprunteur et de sa capacité à apprécier lui-même le caractère excessif du prêt sollicité.



Jérôme Attard
Maître de conférences
Université d'Artois
Membre du Centre
éthique et procédures

■ Longtemps écartée en raison du devoir de non-ingérence à charge des banquiers, la responsabilité de ces derniers pour octroi de crédit a connu des évolutions diverses depuis une douzaine d'années. Désormais limitée à quelques hypothèses légalement énumérées, lorsqu'il s'agit de l'envisager dans le cadre d'une action délictuelle menée à l'occasion de la procédure collective d'un professionnel¹, elle ne cesse de se développer au plan contractuel lorsqu'elle est soulevée par un emprunteur² : elle apparaît alors, comme un moyen d'échapper à ses engagements en reprochant au prêteur, son manque de conseil, ou de mise en garde, lors de la conclusion du contrat. Ce devoir de mise en garde concerne des risques de plus en plus divers : ceux liés à l'absence, ou aux limites, de l'assurance à laquelle l'emprunteur peut adhérer pour couvrir certains événements³ ; les risques de change que présentent certains prêts comme les crédits multidevisés⁴. Enfin, ce devoir de mise en garde peut être invoqué lorsque le prêt sollicité s'avère inopportun soit au regard de la gestion du patrimoine de

l'emprunteur⁵, soit au regard des risques excessifs de non-remboursement auxquels les charges de l'emprunt l'exposent⁶. Ce devoir de mise en garde n'est toutefois pas sans limite. Si, en la matière, on peut douter de la licéité, ou de l'efficacité des clauses limitatives, ou exclusives, d'obligation, ou de responsabilité⁷, l'étude de la jurisprudence n'en permet pas moins de dégager certaines limites légales à la responsabilité des prêteurs professionnels.

Les limites légales à la responsabilité des prêteurs professionnels

Ainsi, le devoir de secret d'un banquier peut-il empêcher la divulgation d'une information qui aurait permis de révéler le caractère inopportun du crédit sollicité⁸. De même, la structure de certains prêts, dont les critères d'attribution sont étrangers à la situation financière du demandeur, semble écarter l'hypothèse d'une responsabilité pour absence de mise en garde lors de leur octroi⁹. C'est, toutefois, une autre limite qui retiendra

notre attention : celle liée à la connaissance du risque par le prétendu bénéficiaire de la mise en garde, hypothèse à laquelle on ajoutera celle liée au caractère illégitime de son ignorance. Cette limite apparaît comme à la croisée de deux

“Comment définir la notion d'emprunteur averti, autrement dit, comment apprécier la conscience qu'avait, ou que devait avoir l'emprunteur du risque présenté par le crédit sollicité ?”

logiques : celle du droit bancaire et celle du droit commun des contrats.

- Celle du droit bancaire, tout d'abord. La prise en compte de la connaissance du risque par l'emprunteur

rappelle une règle classique: celle découlant du principe de non-ingérence qui, protégeant la vie privée et la liberté d'entreprendre, doit permettre à chacun de prendre la décision qui lui semble la plus opportune.

- Celle du droit commun des contrats ensuite, puisque l'une des principales limites à l'obligation de mise en garde dans les contrats tient à la justification même qu'on lui donne: elle répond à un souci contemporain d'équilibre contractuel, elle n'existe, donc, que si son créancier a légitimement pu ignorer l'information qui en est l'objet¹⁰. Bien que la confiance que peut avoir l'emprunteur dans la personne de son contractant puisse expliquer une certaine passivité de sa part, il n'a pas un droit acquis à rester passif et doit s'inquiéter de la réussite du projet qu'il sou-

haite financer, de ses capacités de remboursement. Qu'elle soit abordée du point de vue du droit bancaire ou de celui du droit commun des contrats, la question reste la même: comment définir la notion d'emprunteur averti, autrement dit, comment apprécier la conscience qu'avait, ou que devait avoir, l'emprunteur du risque présenté par le crédit sollicité?

Sans doute, la Cour de cassation aurait-elle pu poser une présomption, par exemple inviter à considérer un consommateur, c'est-à-dire un emprunteur agissant en dehors de son cadre professionnel, comme profane et, au contraire, celui agissant dans le cadre de son activité professionnelle, comme présumé averti des risques engendrés par son engagement¹¹. Ce n'est toutefois pas la solution retenue par la haute juridic-

tion qui, faisant preuve de souplesse, permet aux juges du fond de prendre en compte les éléments de chaque situation. Cette politique rend nécessairement difficile tout travail de systématisation. L'étude de la jurisprudence n'en permet pas moins de dégager un cadre général, tendant à prendre en considération la personnalité du demandeur de crédit. Au-delà de cette première remarque, certaines circonstances particulières soulèvent également la question de la conscience qu'avait, ou qu'aurait dû avoir, l'emprunteur: c'est ce qu'il importe d'analyser en revenant, d'une part, sur le cadre général de l'appréciation de la conscience du risque par l'emprunteur et, d'autre part, sur les circonstances particulières susceptibles de révéler cette conscience du risque par l'emprunteur.

I. Le cadre général de l'appréciation de la conscience du risque par l'emprunteur

D'un point de vue général, c'est la personnalité de l'emprunteur qui révèle la conscience qu'il avait, ou aurait dû avoir, du caractère excessif du prêt sollicité. A priori, un professionnel paraît plus à même d'apprécier ce risque qu'un consommateur, ce n'est cependant pas toujours vrai: l'appréciation des aptitudes particulières de l'emprunteur doit, dès lors, se faire au cas par cas. La distinction entre emprunteur/consommateur et emprunteur/contractant pour des besoins professionnels demeure toutefois la plus aisée. C'est donc, celle que nous retiendrons en revenant, d'une part, sur la prise en compte de la personnalité de l'emprunteur/consommateur et, d'autre part, sur la prise en compte de la personnalité de l'emprunteur/contractant pour des besoins professionnels.

1. La prise en compte de la personnalité de l'emprunteur/consommateur

Différentes lois sont venues assurer l'information des consommateurs en matière de crédit¹². Le dispositif mis en place par le législateur est toutefois

apparu insuffisant pour éclairer pleinement le consentement de certains¹³: cette limite peut justifier l'émergence d'un devoir de mise en garde à la charge des prêteurs professionnels. Il ne s'agit cependant pas de déresponsabiliser les emprunteurs, aussi peut-on se réjouir de la prise en compte du niveau d'étude, de la formation, de la profession, ou de l'âge de chacun d'entre-eux pour apprécier la conscience que cette personne avait, ou aurait dû avoir, du risque auquel le prêt l'exposait. À titre d'exemple, le cadre¹⁴, voire le fondé de pouvoir d'une banque¹⁵, est par principe difficilement recevable à se plaindre de n'avoir pas été mis en garde contre les risques présentés par le financement obtenu. En sens inverse, la jeunesse, la faiblesse intellectuelle des candidats à l'emprunt mérite une attention particulière de la part du prêteur. On notera d'ailleurs une certaine sévérité de la part de certains juges du fond allant jusqu'à reprocher au banquier de n'avoir pas tenu compte des tendances alcooliques, semble-t-il évidentes, du demandeur de crédit¹⁶.

Evaluer les dispositions intellectuelles

La distinction entre consommateur profane et consommateur averti n'en soulève pas moins une interrogation majeure: comment classer celui dont la formation ou les activités révèlent des dispositions intellectuelles générales sans que l'on puisse pour autant lui attribuer, sans hésitation, des connaissances en matière bancaire? Tel est le cas du médecin: ses capacités intellectuelles générales tendraient, a priori, à l'exclure du bénéfice d'une mise en garde. Une telle solution présenterait l'avantage d'une cohérence avec les critères retenus pour apprécier la mauvaise foi du débiteur demandant l'ouverture d'une procédure de surendettement. À titre d'exemple, le tribunal d'instance de Tours a retenu la mauvaise foi d'un débiteur qui, en raison de son niveau intellectuel, aurait dû avoir conscience, lors de la souscription des crédits, de la disproportion prévisible entre ses engagements et ses contraintes budgétaires¹⁷. C'est en suivant le même raisonnement qu'un inspecteur central de La Poste ou

que le cadre commercial d'une société de distribution a été considéré comme de mauvaise foi¹⁸. Retenir une solution identique, lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité contractuelle du prêteur, permettrait de rappeler un grand principe de notre droit: le devoir de chacun de veiller au respect de ses propres intérêts. L'attitude de l'emprunteur ne doit-elle pas, d'ailleurs, se faire de manière encore plus rigoureuse lorsque l'em-

“L'appréciation des aptitudes particulières de l'emprunteur doit se faire au cas par cas. La distinction entre emprunteur/consommateur et emprunteur/contractant pour des besoins professionnels demeure toutefois la plus aisée.”

prunteur contracte pour satisfaire des besoins professionnels? L'admission, en la matière, à la fois par la chambre commerciale et la première chambre civile de la Cour de cassation, d'un devoir ponctuel de mise en garde ne doit pas conduire à exagérer la responsabilité contractuelle du prêteur de deniers: c'est ce qu'il importe de démontrer en revenant sur la prise en compte de la personnalité de l'emprunteur contractant pour des besoins professionnels.

2. La prise en compte de la personnalité d'un emprunteur contractant pour des besoins professionnels

Il a toujours été admis, pour apprécier la responsabilité délictuelle du prêteur, que son devoir d'investigation était d'autant plus limité que la personnalité de l'emprunteur, sa notoriété, sa qualité de professionnel averti du monde des affaires, laissaient envisager que le crédit pouvait être remboursé¹⁹. Il est logique, dans ces conditions, que l'appréciation du devoir de l'emprunteur de “se renseigner” se fasse plus rigoureusement lorsque celui-ci contracte pour des besoins professionnels. Il appartient, en effet, à tout professionnel, d'analyser les risques que présente la réalisation d'un investissement et, d'une manière géné-

rale, le recours à l'emprunt. S'il a un doute, c'est à lui de prendre l'initiative de l'information en interrogeant son banquier. Le prêteur n'a donc pas, en principe, à spontanément le mettre en garde contre les risques liés à l'évolution de son affaire ou aux manques de perspectives d'évolution qu'elle présente. La responsabilité du prêteur sera d'autant plus facilement écartée quand les crédits ont été accordés au vu d'une étude faite par un expert-comptable qui concluait à la faisabilité du projet financé²⁰, ou lorsque les prêts ont été demandés avec insistance par un emprunteur qui, pleinement conscient des difficultés de son affaire, a invité son banquier à le soutenir. Ce soutien peut être direct: un dirigeant ayant demandé à un banquier d'accorder un prêt à sa société. Il peut aussi être indirect: ce banquier ayant pu accorder un prêt au dirigeant pour lui permettre de réaliser un apport en compte courant d'associé²¹. L'insistance de l'emprunteur sera, d'ailleurs, un moyen de défense d'autant plus efficace que celui-ci aurait bénéficié de l'aide des pouvoirs publics²².

Un déséquilibre d'accès à l'information

Le prêteur n'a donc pas, en principe, à mettre en garde un emprunteur professionnel contre les risques présentés par une opération de crédit. La même solution doit être retenue à l'égard d'une caution dont la qualité de dirigeante²³, d'associée, ou de cadre de haut niveau, laisse présumer la connaissance des risques encourus²⁴. Ce principe comporte toutefois des exceptions. Il importe, en premier lieu, de prendre en considération l'hypothèse d'un déséquilibre matériel d'accès à l'information, c'est-à-dire celle où le prêteur disposerait d'une information légitimement ignorée de son cocontractant. La situation peut se rencontrer en matière de franchise. Le financement est régulièrement négocié pour l'ensemble des distributeurs, par le franchiseur, sur la base de données qui, concernant le réseau, ne sont pas nécessairement connues par le franchisé, emprunteur, ou crédit/preneur²⁵: il est donc concevable qu'alerté par le contenu de certains documents le prêteur voie sa responsabilité retenue pour n'avoir pas mis en garde l'emprunteur, ou la caution, contre l'échec prévisible

RB

REVUE BANQUE ÉDITION

La banque à découvert

PETIT ALPHABET DE LA BANQUE TELLE QU'ON NE LA VOIT PAS

Préface de Jean-Paul Bertéze

Valérie OHANNESSIAN



LA BANQUE À DÉCOUVERT

PETIT ALPHABET DE LA BANQUE

TELLE QU'ON NE LA VOIT PAS

La banque est aujourd'hui au cœur des revendications consuméristes et du discours politique. Tour à tour remède et repoussoir, elle apparaît un jour revêtue de superpouvoirs et dénoncée le lendemain comme la cause de tous les maux. Mais la connaît-on vraiment?

En racontant la banque à travers les enjeux actuels de la société et les thématiques de la campagne électorale (pouvoir d'achat, emploi, jeunes, diversité...), ce livre fait découvrir la banque telle qu'on ne la voit pas toujours. Loin des idées reçues et du jargon technique, ces courts chapitres donnent à chacun des clés pour mieux comprendre la banque, dans une approche délibérément positive, familière et rationnelle. Pour découvrir la banque de A à Z, sous un autre jour.

Valérie Ohanessian est directrice du groupe de presse “Revue Banque” et directrice à la Fédération bancaire française (FBF).

Renseignements/commandes :

Tél. : 01 48 00 54 09 ; Fax : 01 47 70 31 67
Email : librairie@revue-banque.fr

Cet ouvrage est également disponible à La Librairie de la banque et de la finance, 18, rue La Fayette, 75009 Paris, de 9 h à 18 h du lundi au jeudi, et de 9 h à 17 h le vendredi.

de l'opération financée²⁶.

Au-delà de cette première hypothèse, la dissymétrie de l'information peut également résulter de la spécialité d'un banquier qui affiche des compétences dans un domaine particulier. L'établissement auquel on s'adresse parce qu'il se présente comme spécialisé dans l'implantation des centres commerciaux, ou des installations hydrauliques dans les pays d'Amérique latine, n'est-il pas censé détenir des informations ignorées de son client? La confiance de ce dernier dans la personne de son cocontractant n'est-elle pas de nature à justifier une certaine passivité de sa part? On peut penser que oui!

L'expérience de l'emprunteur en question

Outre ces hypothèses qui restent particulières, la jurisprudence qui s'est développée en matière de crédit aux entreprises invite à prendre en considé-

ration l'âge, l'expérience de l'emprunteur pour apprécier la conscience qu'il avait, ou aurait dû avoir, en contractant. Ainsi, dès 1994, la première chambre civile de la Cour de cassation a-t-elle admis la responsabilité contractuelle d'une banque fautive d'avoir laissé un exploitant agricole contracter un emprunt dont la charge annuelle était supérieure au revenu que lui procurait son exploitation: dans cette affaire, la personnalité de l'emprunteur, âgé et inexpérimenté en matière de banque, justifiait sa mise en garde²⁷. Cette analyse, plusieurs fois répétée par la première chambre civile²⁸, a également été adoptée par la chambre commerciale à propos d'une affaire où un banquier avait financé le rachat d'un fonds de commerce d'hôtellerie et de restauration: dans cette espèce, l'absence de formation et d'expérience des emprunteurs, en l'occurrence un chauffeur routier au chômage et son épouse, aide ménagère²⁹, justifiaient un

devoir de mise en garde à la charge du prêteur. On notera que ce raisonnement s'étend à la caution quand bien même celle-ci aurait la qualité de dirigeante, ou d'associée, dès lors que son âge, sa situation sociale, son inexpérience dans le domaine des affaires révéleraient son inconscience du risque encouru³⁰.

Ces différents exemples montrent que la personnalité de l'emprunteur, ou de la caution, apparaît comme un élément fondamental de l'appréciation du devoir de conseil auquel il est parfois reproché au prêteur d'avoir manqué: cette personnalité si elle peut justifier l'existence d'un tel devoir, en constitue également la limite puisqu'elle révèle la connaissance du risque, ou son ignorance illégitime par l'emprunteur ou la caution. D'autres circonstances particulières peuvent également poser la question de cette conscience ou cette illégitime ignorance: c'est ce qu'il convient désormais d'analyser.

II. Les circonstances particulières susceptibles de révéler la conscience de l'emprunteur

Certaines circonstances peuvent soulever la question de déterminer si l'emprunteur n'a pas contracté en toute connaissance des risques auxquels le crédit l'exposait. Le problème se pose

révéler la conscience qu'avait l'emprunteur du risque encouru? Quelle serait la portée d'une clause par laquelle cet emprunteur affirmerait avoir été averti de ce risque? C'est ce qu'il importe d'analyser successivement.

1. L'existence de faits entourant la conclusion du contrat

Si le dol commis par une personne afin d'obtenir un crédit peut révéler la conscience de son incapacité à le rembourser, d'autres circonstances peuvent également influencer sur la décision du juge invité à se prononcer en la matière: le refus opposé par un premier établissement prêteur ou l'existence d'un entourage pouvant assister l'emprunteur.

- *Le dol commis par une personne afin d'obtenir le crédit litigieux*

Un prêteur, fut-il le banquier habituel de l'emprunteur, ne sait pas nécessairement tout de son cocontractant. Il peut légitimement ignorer la réelle situation de ce dernier et donc le caracté-

rière inopportun de l'opération sollicitée. Si son devoir de non-ingérence ne l'empêche pas de disposer de certaines sources de renseignements, la confiance naturelle qu'il accorde à l'emprunteur, la nécessité de respecter la vie privée de ce dernier le souhait de le satisfaire en lui apportant une réponse rapide semblent s'opposer à toute idée de contrôle systématique. Un banquier peut, en conséquence, être abusé par les documents qui lui ont été fournis. La solution, devenue classique pour apprécier la responsabilité délictuelle d'un banquier³¹, trouve également à s'appliquer lorsqu'il s'agit d'analyser si ce banquier a rempli son devoir de mise en garde à l'égard de l'emprunteur. Il est vrai que, dans une telle situation, l'attitude de ce dernier peut révéler sa conscience du risque encouru ce qui écarte toute responsabilité de la part son cocontractant. C'est ce raisonnement qui a, par exemple, conduit la cour d'appel de Pau³² à rejeter l'action en responsabilité formulée par une personne qui avait

“La jurisprudence qui s'est développée en matière de crédit aux entreprises, invitent à prendre en considération l'âge, l'expérience de l'emprunteur.”

lorsque certains faits ont entouré la conclusion du contrat. Il se poserait aussi, si le prêteur se prévalait d'une clause par laquelle l'emprunteur affirmait avoir été informé du risque encouru. Quels sont les faits qui, entourant la conclusion du contrat, peuvent

contracté un crédit afin de financer l'achat d'un véhicule automobile pour sa fille insolvable. La mère, seule emprunteuse aux yeux du banquier, s'était contentée de signer un document qui, rempli par sa fille, comportait des renseignements erronés. Se trouvant dans l'impossibilité de rembourser la banque sans l'aide de sa fille qui avait cessé de lui fournir les sommes correspondant aux échéances, l'emprunteuse avait reproché au prêteur son manque d'investigation. La cour d'appel de Pau a refusé son argumentation en raison de la mauvaise foi dont elle avait fait preuve : pour les juges palois, l'emprunteur connaissait sa situation financière et savait qu'elle n'était pas en mesure de faire face aux échéances sans l'aide de sa fille. Dans de telles affaires, l'attitude de l'emprunteur rappelle tout à la fois une règle du droit bancaire, le devoir de non-ingérence, mais également des règles du droit commun des contrats : le devoir de bonne foi. Elle révèle aussi la conscience que peut avoir l'emprunteur du caractère inopportun du crédit contracté ce qui constitue une limite naturelle au devoir de mise en garde et à la responsabilité bancaire. D'autres circonstances posent également la question de cette conscience : tel est le cas du refus opposé par un premier établissement prêteur.

- *Le refus opposé par un premier établissement prêteur*

La question se pose de savoir si, s'étant vu refuser un crédit considéré comme inopportun par un premier banquier, l'emprunteur est en droit de se plaindre du manque de mise en garde d'un second établissement lui ayant finalement accordé. Ne doit-on pas, en effet, décider que ce prêt a été contracté en toute connaissance de cause des risques encourus ?

C'est ce qu'avait décidé la cour d'appel de Rennes à propos de deux époux qui avaient vainement pressenti leur banquier habituel avant d'obtenir un prêt de la part d'un autre établissement. Pour les juges du fond, le refus lié à la prévisibilité d'un endettement excessif opposé par le premier banquier devait conduire à considérer les emprunteurs comme suffisamment avertis des risques encourus en contractant le prêt finalement obtenu. La première chambre civile de la Cour de

cassation n'a pas suivi cette argumentation³³. Il est vrai que l'absence de mise en garde de la part d'un second banquier peut, dans l'esprit de l'emprunteur, laisser supposer un refus excessif de la part du premier, fut-il son banquier habituel. On notera d'ailleurs qu'écarter la responsabilité du prêteur aurait pour conséquence de favoriser certains établissements qui, pratiquant généralement des taux supérieurs aux banquiers habituels de leurs clients, se montrent parfois laxistes lorsqu'il s'agit de contrôler la solvabilité d'un consommateur. Au-delà, c'est l'existence d'un entourage pouvant assister le demandeur de crédit qui pose le problème de la sanction du prêteur.

- *L'existence d'un entourage pouvant assister le demandeur de crédit*

La présence d'un entourage, notamment familial, informé et conscient du risque encouru, est parfois prise en considération pour rejeter l'existence d'un devoir de mise en garde à l'égard d'un prêteur. Ainsi, la chambre commerciale de la Cour de cassation a-t-elle admis qu'une banque n'avait commis aucune faute, dès lors que l'emprunteur avait été assisté de son conjoint qui, présent lors de la signature des actes, exerçait la profession de cadre supérieur au sein de l'établissement prêteur³⁴. On se gardera toutefois d'accorder trop d'importance à cette décision : plusieurs arrêts³⁵ révèlent, en effet, que l'assistance dont l'emprunteur bénéficie, ou peut bénéficier, n'est pas de nature à écarter systématiquement tout devoir de mise en garde de la part du prêteur. Ainsi, à propos d'un emprunt professionnel, la chambre commerciale a-t-elle refusé d'écartier la responsabilité du prêteur alors que l'emprunteur avait pourtant bénéficié de l'assistance et des conseils d'un courtier³⁶. De même, la première chambre civile a-t-elle refusé de tenir compte des arguments d'une banque selon laquelle, la créditée aurait, ou aurait pu, bénéficier des conseils de son père qui s'était présenté comme un ancien cadre de banque³⁷. Cette solution apparaît conforme à celle retenue à propos des cautions à l'égard desquelles, il a été jugé que la simple qualité de cousine³⁸, de père³⁹, de conjoint⁴⁰ du débiteur, ou du dirigeant de la société financée, ne suffisait pas à éta-

blir leur parfaite connaissance du risque lié à la situation du débiteur principal.

Au-delà de certains faits, c'est l'existence d'une clause par laquelle l'emprunteur affirmerait avoir été mis en garde contre le risque encouru qui soulèverait la question de l'exclusion de toute responsabilité du prêteur en la matière.

2. L'existence d'une clause par laquelle l'emprunteur affirmerait avoir été mis en garde contre le risque encouru.

On pourrait s'interroger sur la portée que pourrait avoir un document qui, signé de l'emprunteur, laisserait supposer que ce dernier a été averti du risque excessif auquel le prêt l'exposait. Le prêteur serait alors dans une situation comparable à celle du médecin qui aurait obtenu l'accord du patient après l'avoir averti des risques particuliers d'un traitement ou d'une intervention. On peut toutefois, comme nous y

“L'assistance dont l'emprunteur bénéficie, ou peut bénéficier, n'est pas de nature à écarter systématiquement tout devoir de mise en garde de la part du prêteur.”

invite le professeur Legeais⁴¹, penser que tribunaux et cours veilleraient, dans chaque hypothèse, à la réalité de la clause, c'est-à-dire à l'acceptation de l'emprunteur en pleine connaissance des risques encourus. On peut, à ce titre, citer un arrêt rendu en matière de cautionnement où le garant se plaignait de ne pas avoir été averti, au moment de son engagement, de l'insolvabilité du débiteur principal. Pour la Cour de cassation, approuvant les juges du fond, la banque ne pouvait se retrancher derrière la clause du contrat de cautionnement par laquelle le garant déclarait avoir une bonne connaissance de la situation financière de l'emprunteur,

dès lors que cette banque avait stipulé cette clause en parfaite conscience des difficultés financières du débiteur principal⁴² : la même solution devrait s'appliquer à l'emprunteur.

De nombreuses interrogations demeurent

Ainsi, l'appréciation de la conscience par l'emprunteur du risque engendré par son engagement soulève encore nombre d'interrogations. Une question supplémentaire pourrait d'ailleurs surgir à l'occasion de tel ou tel procès. Il est, en effet, possible qu'en présence de co-emprunteurs, l'un appa-

raisse comme profane, l'autre comme averti des risques encourus. Le refus de prendre en compte la connaissance du risque par l'un, pour juger de la conscience de l'autre, quelles que soient leurs relations, pourrait conduire à un traitement différencié. Cette solution rejoindrait celle dégagée en matière de surendettement pour apprécier la bonne, ou la mauvaise foi de chaque codébiteur⁴³, elle rejoindrait aussi celle, autrefois retenue, en matière de cautionnement, quand la preuve de cet engagement était soumise à un régime dualiste⁴⁴.

Quoi qu'il en soit, il paraît important que l'émergence d'un devoir de

mise en garde reste motivée par un simple souci d'équilibre contractuel : il serait inopportun de déresponsabiliser les emprunteurs qui doivent rester maîtres de leurs décisions. Il conviendra, en tout cas, de vérifier une double cohérence : celle des décisions retenues par les juges du fond, auxquels la Cour de cassation devrait abandonner l'appréciation de la conscience du risque encouru par l'emprunteur ; celle, le cas échéant, de la jurisprudence dégagée par la première chambre civile et par la chambre commerciale de la même Cour, dès lors qu'elles élaboreront des critères d'appréciation de cette conscience par l'emprunteur. ●

1. Art. L 650-1 du Code de commerce introduit par l'art. 126 de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 relative sauvegarde des entreprises. Pour commentaires, voir : D. Legeais, "Les concours consentis à une entreprise en difficulté", JCP 2005 E 1510.

2. Voir notamment : A. Gourio, "La responsabilité civile du prêteur au titre de l'octroi d'un crédit à un particulier", RD bancaire et financier 2001, p.51 ; J. Stoufflet, "Retour sur la responsabilité civile du donneur de crédit", *Mélanges Cabrillac 1999*, p.517. Voir également les développements consacrés à la question dans notre thèse : "Le prêt d'argent, contrat unilatéral ou synallagmatique", PUAM 1999, préface Ph. Delebecque, p. 107 et s. n° 120 et s.

3. Pour une étude d'ensemble : D. Legeais, "Les obligations et la responsabilité d'un banquier souscripteur d'une assurance-groupe", RD bancaire et financier 2001, p. 317.

4. Cass. com., 23 juin 1987, R.D.B. 1989 n° 14 p. 130, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard (la responsabilité du banquier n'étant écartée qu'en raison de la personnalité des emprunteurs considérés comme avertis des risques encourus). Voir notre thèse n° 206, p.179.

5. Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005, D. 2005 p.3094 note B. Parance, JCP 2005 G II 10140 note A. Gourio.

6. Pour un article récent : N. Bourdalle et J. Lasserre Capdeville, "Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier", Banque & Droit n° 107 mai-juin 2006, p.17.

7. Voir développements de notre thèse, précitée n° 166 et s. p.148 et s.

8. CA Aix en Provence, 14 nov. 1994, Banque & Droit 1995 n° 43, p.29 obs. J.-L. Guillot.

9. Voir notamment les prêts étudiants : CA Rennes 1^{re} ch. c, 8 déc. 1994, JCP 1996 IV 209 (solution plus discutée pour les prêts d'épargne-logement), notre thèse n° 160, p.141.

10. M. Fabre-Magnan, "De l'obligation d'information dans les contrats", thèse Paris I, LGDJ 1992, préface J.Ghestin.

11. D. Legeais, note sous Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005, JCP 2005 E 1359.

12. Voir en particulier les lois Scrivener n° 78-22 du 10 janvier 1978 (art. L 311-1 et s. du Code de la consommation) et n° 79-596 du 13 juillet 1979 (art. L 312-1 et s. du même Code).

13. Voir J. Stoufflet dénonçant les "*dispositifs lourds et d'une efficacité incertaine*" du Code de la consommation, in "Retour sur la responsabilité civile du donneur de crédit", art. précité.

14. Cass. com., 26 mars 2002, RTD com. 2002 p. 523.

15. CA Amiens, 15 févr. 1996, Kabarlin c/ UCB, inédit.

16. CA Paris 31 janv. 1997 15^e ch. B (Maes c/ UCB), inédit. La cour souligne que la fragilité mentale de l'emprunteur ne pouvait échapper au prêteur, ni "*son imprégnation alcoolique*".

17. TI Tours, 30 mai 1990, BRDA 30 juin 1990, p. 10.

18. TI Tourcoing 10 avr. 1991, RPC 1992, p. 47 n° 12 et CA Versailles, 29 nov. 1990, D. 1991 p. 253 note J.-L. Vallens.

19. Voir notamment CA Riom, 29 juin 1979, Banque 1979-1499, note L.M. Martin.

20. C.A. Montpellier 2^e ch. A, 21 août 1996, UCB c/ SCI Neptune et SARL Alize, inédit.

21. Cass. 1^{re} civ., 2 nov. 2005, D. 2005 AJ, p.3084, obs. V. Avena-Robardet, CA Aix en Provence, 8^e ch., 9 mai 1989, Bull. des arrêts d'Aix 1989-2, p. 62 n° 80, RPC 1992-2, p. 224 obs. Y. Chaput, RDB 1991, p. 99 obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard, Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005, JCP 2005 E 1359 note D. Legeais, D. 2005 AJ 2276 obs. Delpech. La solution aurait été même si des prêts avaient permis à des sociétés de venir en aide à une quatrie avec laquelle elles seraient en relation, et au conseil d'administration de laquelle elles seraient représentées (Cass. com., 4 juin 1991, Quot. Jur. 11 juillet 1991 p. 1, Dr. et patrimoine janv. 1994 p. 36).

22. Cass. com., 4 mai 1993, RJDA 11 / 93 n° 926.

23. Cass. com., 3 mai 2006, Banque & Droit juillet-août 2006, p. 54 note N. Rontchevsky.

24. Inversement la position de l'emprunteur, ou de la caution extérieur (e) à toute fonction de responsabilité peut justifier une mise en garde (ex pour un salarié qui contracte un emprunt : Cass. 1^{re} civ., 29 sept. 2004 (n° 01-16447 inédit).

25. Ou par la caution, quand bien même celle-ci exercerait des fonctions de direction au sein de l'entreprise financée.

26. Voir à propos d'une caution dirigeante : Cass. com., 29 sept. 2005, RDB et financier 2005 n° 207 obs. A. Cerles, JCP 2006 E p.145 note D. Legeais,

RDC juillet 2006, p. 789 note M. Behar-Touchais.

27. Cass. 1^{re} civ., 8 juin 1994, JCP 1995 E II 652, note D. Legeais, RDB 1994 n° 44, p. 173 obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.

28. Voir, par exemple, à propos de l'emprunt contracté par un artisan peintre dans le cadre de son entreprise : Cass. 1^{re} civ., 8 juin 2004, JCP 2004 E 1442, note D. Legeais.

29. Cass. com 20 juin 2006 arrêt n° 118, JCP 2006 E 2271, note D. Legeais.

30. Pour une caution associée, considérée comme profane : Cass., 3 mai 2006 n° 04-19315, arrêt n° 640, JCP 2006 E 1890 note D. Legeais.

31. Voir notre thèse précitée, n° 42 et s., p.51 et s.

32. CA Pau, 3 juillet 2003, 2^e ch. Section 1 (C. c/Banque SOFI), décision donnant lieu à un pourvoi (n° 01/01616), arrêt publié par le service de documentation de la Cour de cassation sur Légifrance.

33. Cass. 1^{re} civ., 8 juin 2004, précité.

34. Cass. com., 3 mai 2006, arrêt n° 639, JCP 2006 E 1890 note D. Legeais.

35. De la 1^{re} chambre civile, comme de la chambre commerciale de la Cour de cassation.

36. Cass. com., 20 juin 2006, JCP 2006 E 2271 note D. Legeais.

37. Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2006, D. 2005 p. 3094 note B. Parance, JCP G 2005 II 10140 note A. Gourio.

38. CA Versailles, 2 avril 1999, Orly X épouse Y c/ BNP, publié par les services de documentations et d'études de la Cour de cassation.

39. Cass. 1^{re} civ., 9 juillet 1996, D. affaires 1996 n° 36, p. 1164.

40. Voir du moins l'hypothèse où mariée au gérant de la société cautionnée sous un régime de séparation de biens, la caution est considérée comme n'étant pas directement intéressée aux affaires de son époux : Cass. 1^{re} civ., 15 févr. 2000, inédit, pourvoi n° 97-21167.

41. Note sous Cass. 1^{re} civ., 21 févr. 2006, JCP 2006 E 1522.

42. Cass. Com., 25 févr. 2005 (inédit) Y c/ C.R. Crédit maritime du Finistère, rejet du pourvoi n° 01-14114 contre CA Rennes 1^{re} ch. B, 18 mai 2001.

43. Cass. 1^{re} civ., 27 févr. 1997, Contrats concurrence et consomm. mai 1997, p. 16, n° 89

44. D. Legeais, note au JCP 2005 E 1526, précitée.