

# RETOUR SUR LE DEVOIR DE MISE EN GARDE DU PRÊTEUR

ÉRIC BAZIN  
Magistrat,  
tribunal  
de grande  
instance  
d'Orléans

La crise économique et le surendettement des débiteurs ont conduit le juge à renforcer l'encadrement de la distribution du crédit par les banquiers non seulement aux professionnels mais plus encore envers des non professionnels. Le devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit, création prétorienne pour l'instant, n'est en définitive qu'une facette d'une politique plus générale de régulation et de moralisation de l'octroi des crédits en France. Assurément, il est utile de faire le point sur l'actualité jurisprudentielle et doctrinale de ce nouveau devoir de mise en garde...

S e situant entre l'information et le conseil, le devoir de mise en garde<sup>1</sup> consiste à attirer l'attention des emprunteurs sur les risques liés à l'endettement résultant du prêt souscrit et constitue un compromis entre le principe de non-ingérence du banquier dans les affaires de son client – en effet, le devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit n'implique pas en théorie de refuser un crédit excessif; en particulier, le banquier n'a pas à apprécier l'opportunité de l'endettement consenti car il n'est pas tenu de maîtriser son consentement mais doit seulement mettre en garde ou alerter sur les risques encourus par le crédit souscrit... – et la lutte contre le surendettement, fléau économique et social.

Si la consécration du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit est récente et nouvelle<sup>2</sup>, elle est plus ancienne et constante pour la première chambre civile de la Cour de cassation<sup>3</sup>.

C'est finalement la chambre mixte de la Cour de cassation qui, dans deux arrêts du 29 juin 2007<sup>4</sup>, a organisé le rapprochement entre les deux chambres et mis sur « orbite » le devoir de mise en garde du prêteur.

La Cour de cassation ne cesse depuis ses arrêts rendus par la chambre mixte d'alimenter la doctrine dans la

1. V. en ce sens, la remarquable étude de E. Scholastique, « Les devoirs du banquier dispensateur de crédit au consommateur », *Défrénois* 1996, art 36352, p. 689.

2. V. Cass. Com. 3 mai 2006 : D. 2006, AJ, p. 1445, obs. X. Delpéch et jur p. 1618, note J. François ; *RD immob.* 2006, p. 294, obs. H. Heugas-Darraspen ; *RTD civ.* 2007, p. 103, obs. J. Mestre et B. Fages ; *JCP éd. E.* 2006, II, 1890, note D. Legeais ; *RLDA* septembre 2006, p. 34, comm. D. Chemin-Bomben ; *RDC* 2007, p. 300, obs. G. Viney ; *adde*, *Com.* 20 juin 2006, D. 2006, AJ, p. 1887, obs. X. Delpéch ; *JCP éd. G.* 2006, II, 10 122, note A. Gourio ; *JCP éd. E.* 2006, II, 2271, note D. Legeais ; *RDBF* 2006, comm n° 191, obs. F. Crédot et T. Samin ; 4 juillet 2006, D. 2006, AJ, p. 2309, obs. X. Delpéch ; *RTD civ.* 2007, p. 103, obs. J. Mestre et B. Fages ; 11 décembre 2007 et 8 janvier 2008, *JCP éd. G.* 2008, II, 10 055, note A. Gourio.
3. V. Cass. 1<sup>re</sup> civ. 27 juin 1995 ; *JCP éd. E.* 1996, 772, note D. Legeais ; D. 1995, p. 621, note S. Piedelièvre ; *RTD com.* 1996, p. 100, obs. R. Cabrillac et B. Teyslié ; *Deffrénois* 1995, art 36210, note D. Mazeaud ; *Contrats, Conc., Consom.* 1995, comm. n° 211, obs. G. Raymond ; *RTD civ.* 1996, p. 385, obs. J. Mestre ; 12 juillet 2005 : D. 2005, AJ, p. 2276, obs. X. Delpéch et jur. p. 3094, note B. Parance ; *RD immob.* 2006, p. 123, obs. H. Heugas-Darraspen ; *RTD com.* 2005, p. 820, obs. D. Legeais ; *JCP éd. G.* 2005, II, 10 134, note A. Gourio ; *Banque et Droit* novembre-décembre 2005, p. 81, obs. T. Bonneau ; *RD Bancaire et fin nov.déc.* 2005, comm. n° 203, obs. F. Crédot et Y. Gérard ; *Lamy droit civil* 2005, n° 21, p. 15, obs. S. Piedelièvre ; V. également, Cass. 1<sup>re</sup> civ. 2 novembre 2005 : D. 2005, AJ, p. 3084, obs. V. Avena-Robardet ; *RD immob.* 2006, p. 294 ; obs. H. Heugas-Darraspen ; 21 février 2006 : D. 2006, p. 1618, note J. François ; *RTD com.* 2006, p. 462, obs. D. Legeais ; 27 juin 2006 : D. 2006, p. 1887, obs. X. Delpéch ; *RTD com.* 2006, p. 890, obs. D. Legeais ; 13 février 2007 : D. 2007, p. 723, obs. V. Avena-Robardet ; *RTD com.* 2007, p. 723, obs. D. Legeais ; 30 octobre 2007, *JCP éd. G.* 2008, II, 10 055, note A. Gourio ; D. 2008, p. 256, nos obs.
4. V. D. 2007, AJ, p. 1950, obs. V. Avena-Robardet et jur p. 2081, note S. Piedelièvre ; *JCP éd. G.* 2007, II, 10 146, note A. Gourio ; *JCP éd. E.* 2007, II, 2105, note D. Legeais ; *RDBF* 2007, p. 18, obs. D. Legeais ; *RLDC* 2007/41, n° 2661, obs. G. Marraud des Grottes ; *adde* sur l'ensemble de la question, V. notre étude, « Le devoir du prêteur d'éclairer l'emprunteur consommateur sur les risques encourus lors de la conclusion d'un crédit », *RLDA* sept 2007, p. 89 ; J. Devèze, « Retour sur le devoir de mise en garde du banquier », *RLDA* octobre 2007, p. 32 ; V. encore, J. Stoufflet et a., « Le devoir de mise en garde du banquier », avant-propos D. Tricot et H. Causse : *RD Bancaire et fin.* 2007, p. 73 ; H. Guyader, « Le devoir de mise en garde du banquier l'égard de l'emprunteur non averti », *Contrats, Conc., Consom.* 2008, n° 5, p. 13 ; V. V. Legrand, « Banques et endettement : les résolutions pour 2010 », *JCP éd. G.* 2010, 163.

mesure où elle n'en finit pas de cerner les contours des conditions d'existence, ainsi que l'étendue du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit<sup>5</sup>.

## LES CONDITIONS D'EXISTENCE DU DEVOIR DE MISE EN GARDE

Les arrêts les plus récents se concentrent désormais sur l'existence d'un risque d'endettement né de l'octroi du crédit, critère aujourd'hui préalable d'existence de l'obligation de mise en garde. Ce n'est donc qu'en présence d'un risque d'endettement né de l'octroi du crédit que les juges du fond devront s'assurer que l'emprunteur n'est pas averti pour déclencher l'obligation de mise en garde du prêteur<sup>6</sup>.

### L'existence d'un risque d'endettement né de l'octroi du crédit

Ce critère pose une double difficulté, d'une part, lorsqu'il s'agit de s'interroger sur ses contours et, d'autre part, lorsqu'il faut déterminer qui a la charge de la preuve d'un tel risque.

### L'existence d'un risque d'endettement insupportable, condition préalable à toute mise en garde

Tout prêt implique forcément un risque de non-remboursement. Ce n'est évidemment pas de cela qu'il s'agit car il suffirait à tout prêteur d'attirer l'attention des emprunteurs par une simple information standardisée. Le risque objet du devoir de mise en garde du prêteur n'est donc pas celui du non-remboursement inhérent à toute opération de crédit, mais en réalité celui de surendettement. En effet, la mise en garde se situe entre l'obligation d'information ou de renseignement et l'obligation de conseil et consiste non pas à renseigner l'emprunteur pour lui permettre aussi précisément que possible d'apprécier l'utilité que doit lui procurer le contrat de crédit (une telle information est ainsi purement objective) et encore moins à déconseiller l'emprunteur de souscrire un contrat de crédit, mais bien de mettre en garde l'emprunteur (ou la caution) sur les risques d'une opération de crédit et, plus précisément sur le danger de souscrire un tel crédit lorsqu'il dépasse ses capacités financières<sup>7</sup> (voire sur les événements, tels que le décès, l'invalidité, le divorce ou la fin d'une activité professionnelle, susceptibles de faire obstacle au remboursement du crédit litigieux<sup>8</sup>).

Il faut donc un risque d'endettement insupportable<sup>9</sup>, caractérisé<sup>10</sup> ou encore excessif<sup>11</sup>. L'obligation de mise en garde a ainsi pour seul objet d'appeler l'attention de l'emprunteur sur le risque qu'il encourt en s'endettant au-delà de ses capacités contributives. Cela explique que la jurisprudence s'est largement prononcée en subordonnant l'obligation de mise en garde à l'existence d'un risque d'endettement insupportable.

Ainsi, un arrêt du 26 septembre 2006 rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation<sup>12</sup> motive la censure de la décision d'une cour d'appel en des termes suivants dénués de toute équivoque : « Qu'en se déterminant ainsi sans rechercher si, comme l'avait retenu le premier juge et le soutenait M. X, la société Cetelem avait accordé à celui-ci, successivement du 2 février 1998 au 18 juin 1998, quatre crédits dont le dernier, constituant le prêt litigieux, était destiné à apurer l'endettement né de l'octroi des trois crédits précédents, de sorte que l'intéressé se trouvait en situation d'endettement excessif lorsque ce prêt lui a été consenti, et, dans l'affirmative, si M. X pouvait, ou non, être regardé comme un emprunteur profane à l'égard duquel la société Cetelem eût alors été tenue d'un devoir de mise en garde, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

C'est encore dans la nécessité d'un risque d'endettement caractérisé que la chambre commerciale de la Cour de cassation s'est prononcée en relevant que l'insuffisance du revenu résiduel de l'emprunteur aurait dû permettre au prêteur d'anticiper les difficultés à venir de remboursement du prêt litigieux<sup>13</sup>.

Au début, les arrêts rendus par la Cour de cassation ont posé comme première condition que les juges du fond devaient rechercher le caractère averti ou non de l'emprunteur<sup>14</sup>. En effet, c'est en raison principalement des arrêts de principe rendus par la chambre mixte de la Cour de cassation que tous les juges d'appel étaient systématiquement censurés, faute d'avoir justifié de la qualité d'averti ou non de l'emprunteur ou de la caution. Ce n'est qu'après avoir qualifié l'emprunteur de non averti que les juges du fond devaient rechercher si le banquier dispensateur de crédit aurait dû mettre en garde l'emprunteur contre la souscription d'un engagement excessif.

Puis la jurisprudence a infléchi sa position en laissant entendre que le juge du fond pouvait se dispenser de rechercher si l'emprunteur était averti ou non en l'absence de risque d'endettement (implicitement excessif)<sup>15</sup>.

remboursement du prêt... ; adde, en ce sens également, M. Storck, « L'obligation d'information, de conseil, de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », RLDA octobre 2008, p. 82 et s, spéc p. 85.

5. V. par exemple, les nombreux arrêts cités par J. Lasserre-Capdeville sous Com. 7 juillet 2009, in D 2009, jur., p. 2318, spéc note de bas de page n° 2.

6. Les conditions d'existence de l'obligation de mise en garde du prêteur sont au nombre de deux : l'existence d'un risque d'endettement caractérisé et l'existence d'un emprunteur non averti. Ces deux conditions sont cumulatives. C'est dire que l'existence d'un devoir de mise en garde est non seulement subordonnée à la démonstration d'un risque mais suppose également la présence d'un emprunteur non averti.

7. L'obligation de mise en garde ne saurait donc à se limiter à attirer l'attention de l'emprunteur sur les seules charges du prêt, V. Cass. 1<sup>re</sup> civ. 18 septembre 2008 : JCP éd. E 2008, 2245, note D. Legeais ; RDBF 2008, comm 161, obs. F-J Crédot et Th. Samin ; nos obs. in RLDA décembre 2008, p. 30.

8. V. H. Heugas-Darraspen, sous Cass. 1<sup>re</sup> civ. 18 février 2009, in RD immob. 2009, p. 235, à propos du licenciement d'un emprunteur, cause de ses difficultés de

9. V. E. Scholastique, « Les devoirs du banquier dispensateur de crédit au consommateur », à propos d'un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation rendu le 27 juin 1995, Defrénois 1996, art 36352, p. 689 et s.

10. V. A. Gourio sous Cass. ch. mixte 29 juin 2007, JCP éd. G 2007, II, 10 146 et sous Com. 11 décembre 2007 et 8 janvier 2008, JCP éd. G 2008, II, 10 055.

11. V. D. Legeais sous Cass. 1<sup>re</sup> civ. 19 novembre 2009, JCP éd. E 2009, 2 140 ou J. Lasserre Capdeville sous Com. 7 juillet 2009, D. 2009, jur., p. 2318.

12. Jurisdata n° 2006-035 194.

13. V. Com. 11 décembre 2007, JCP éd. E 2008, 1192, note D. Legeais.

14. V. Cass. Ch. Mixte 29 juin 2007 : D. 2007, jur., p. 2081, note S. Piedlièvre et AJ 1950, obs. V. Avena-Robardet ; D. 2008, Pan, p. 878, obs. R. Martin ; RTD civ. 2007, p. 779, obs. P. Jourdain ; RTD com. 2007, p. 579, obs. D. Legeais ; Com. 11 décembre 2007, RTD com. 2008, p. 183, obs. D. Legeais ; Com. 8 janvier 2008, JCP éd. G 2008, II, 10 055, note A. Gourio ; Cass. 1<sup>re</sup> civ. 30 avril 2009 n° 08-13. 870.

15. V. Cass. 1<sup>re</sup> civ. 18 février 2009 : D. 2009, AJ, p. 625, obs. V. Avena-Robardet, chron.

Mais plusieurs arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation sont venus imposer aux juges du fond de rechercher d'abord si l'emprunteur était ou non averti.

Ainsi, dans un arrêt du 19 mars 2009<sup>16</sup>, la Haute juridiction est venue, 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 mise en garde auquel il était tenu à son égard lors de la conclusion du contrat, l'établissement de crédit justifiait avoir satisfait à son obligation à raison des capacités financières de l'emprunteur et des risques d'endettement né de l'octroi du prêt »<sup>17</sup>. De telles décisions ont pu dès lors fragiliser la solution dégagée le 18 février 2009.

La chambre commerciale de la Cour de cassation a été beaucoup plus incisive en approuvant déjà dans un arrêt du 12 mai 2009 une cour d'appel d'avoir décidé qu'une ouverture de crédit de 800 euros n'était pas disproportionnée aux revenus de l'emprunteur, peu important qu'elle n'eût pas précisé qu'elle considérait cet emprunteur comme non averti, puis en posant très clairement le principe que la banque, en l'absence d'un risque d'endettement, n'est pas tenue à l'égard de l'emprunteur d'un devoir de mise en garde dans un arrêt du 7 juillet 2009 et publié au bulletin<sup>18</sup>. C'est assurément pour la chambre commerciale de la Cour de cassation adopter le risque d'endettement comme condition préalable à l'existence du devoir de mise en garde.

La première chambre civile de la Cour de cassation s'est finalement rangée dans un arrêt de principe en date du 19 novembre 2009<sup>19</sup> à la solution dégagée par la chambre commerciale en décidant aussi clairement que le devoir de mise en garde du prêteur n'existe pas en l'absence de risque de surendettement. Comme le souligne, à juste titre, Dominique Legeais<sup>20</sup>, « dès lors que le risque d'endettement excessif n'existe pas, il n'est pas besoin de se livrer à la recherche du caractère averti ou non averti de l'emprunteur ».

Pour autant, le devoir de mise en garde reste subordonné à une double condition, à savoir qu'un risque d'endettement excessif existe et que l'emprunteur ne soit pas un contractant averti des arcanes du crédit. En d'autres termes, si, à l'occasion de l'examen par le prêteur des capacités financières de l'emprunteur, aucun risque d'endettement insupportable, caractérisé ou excessif n'existe, la banque n'aura alors pas à s'assurer que cet emprunteur

est ou non averti<sup>21</sup>. C'est d'ailleurs une solution logique car comment un banquier pourrait-il mettre en garde l'emprunteur contre les risques d'une opération de crédit qui ne présente pas de danger particulier? Finalement, subordonner l'existence de l'obligation de mise en garde à la recherche préalable et systématique de la qualité d'averti ou non de l'emprunteur contrariait la définition même de l'obligation de mise en garde et la présomption d'emprunteur non averti.

En d'autres termes, le débat sur le devoir de mise en garde se déplace sur le terrain de la charge de la preuve.

### La charge de la preuve d'un risque caractérisé

Plusieurs arrêts récents ont pu laisser penser qu'il incombeait à l'emprunteur de mettre en mesure le juge du fond « de constater l'existence d'un risque d'endettement qui serait né de l'octroi de la somme prêtée »<sup>22</sup>.

La doctrine la plus majoritaire<sup>23</sup> s'est également prononcée en faveur de la preuve de l'existence de l'obligation de mise en garde à la charge de l'emprunteur car s'agissant de l'existence de l'obligation, en application du droit commun, c'est au demandeur de prouver l'obligation dont il se prétend créancier (article 1315 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil). En d'autres termes, l'orthodoxie juridique commande normalement d'exiger de l'emprunteur de prouver les conditions de son existence. Or, à partir du moment où le risque d'endettement excessif devient une condition préalable d'existence de l'obligation de mise en garde, il appartient à l'emprunteur excipant du devoir de mise en garde de justifier qu'il remplit les conditions en la matière, en application des dispositions de l'article 1315 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil.

Dans l'arrêt du 19 novembre 2009, la première chambre civile de la Cour de cassation écarte en la matière les principes habituels gouvernant la charge de la preuve. Il incombe donc au banquier dispensateur de crédit de justifier avoir satisfait à son devoir de mise en garde (solution d'ailleurs guère contestable depuis les arrêts rendus par la chambre mixte de la Cour de cassation), mais également de démontrer qu'il n'était pas tenu à un devoir de mise en garde en l'absence de crédit excessif<sup>24</sup>.

En réalité, s'il n'incombe pas au client de démontrer le caractère excessif du prêt, il lui incombe de fournir au juge, dans le cadre d'une instance, les éléments lui

C. Cass, p. 756, obs. C. Creton et jur., p. 1179, note J. Lasserre Capdeville; RTD com. 2009, p. 422, obs. D. Legeais; JCP éd. G 2009, II, 10 091, note A. Gourio; JCP éd. E 2009, 1364, note S. Piedelièvre; RD immob. 2009, p. 235, obs. H. Heugas-Darraspen; Banque et droit mai-juin 2009, p. 25, obs. Th. Bonneau; nos obs. in Banque et droit septembre-octobre 2009, p. 10; adde, cour d'appel d'Orléans (chambre commerciale) du 23 octobre 2008, n° RG : 07/03 442.

16. Jurisdata n° 047500.

17. V. également, 30 avril 2009, Jurisdata n° 047983 et 24 septembre 2009, D. 2009, AJ, p. 2341.

18. V. D. 2009, p. 2318, note J. Lasserre Capdeville; JCP éd. E 2009, 1948, obs. D. Legeais; RLDA août-septembre 2009, p. 37, obs. D. Carolle-Brisson.

19. V. Cass. 1<sup>er</sup> civ. 19 novembre 2009; D. 2009, AJ, p. 2854, obs. V. Avena-Robardet; JCP éd. E 2009, 2140, note D. Legeais; JCP éd. G 2009, 509, obs. L. Dumoulin; V. V. Legrand, préc., spéc n° 4 à 7.

20. Préc.

21. La banque n'est tenue d'aucune mise en garde lorsque l'emprunteur est averti, sauf circonstances particulières dans lesquelles elle aurait eu, lors de l'octroi du crédit, sur la situation financière de l'emprunteur ou de la caution, des informations que ceux-ci auraient ignorées, V. Com. 20 septembre 2005; Bull. civ. 2005, IV, n° 176.

22. V. surtout, Cass. 1<sup>er</sup> civ. 18 février 2009 et Com. 7 juillet 2009, préc.

23. V. T. Bonneau, Banque et droit mai-juin 2009, p. 25; S. Piedelièvre, JCP éd. E 2009, 1364; A. Gourio, JCP éd. G 2009, II, 10 091; H. Heugas-Darraspen, RD immob. 2009, p. 235; P. Jourdain, RTD civ. 2009, p. 536; J. Devèze, « Retour sur le devoir de mise en garde du banquier », RLDA 2007, 228, p. 32; nos obs. in Banque et droit septembre-octobre 2009, p. 10.

24. V. en ce sens, D. Legeais, préc.; adde, D. Legeais sous Cass. 1<sup>er</sup> civ. 17 décembre 2009, 2 arrêts, JCP éd. E, 2010, 1068, qui estime qu'« il suffit, pour que la banque soit dispensée de son devoir de mise en garde, que le prêt soit adapté aux capacités financières de l'emprunteur » et que « le risque d'endettement n'est donc pas pris en compte ».

permettant de forger son opinion<sup>25</sup> et de faire preuve de loyauté dans la communication des informations au prêteur<sup>26</sup>.

C'est dire que la distinction doctrinale entre la preuve de l'existence de l'obligation de mise en garde et celle de son exécution est écartée par la Cour de cassation car l'objectif n'est pas de mettre à la charge de l'emprunteur non averti le fardeau de la preuve du devoir de mise en garde. À défaut, ce serait faire perdre le bénéfice du devoir de mise en garde, création purement prétorienne, d'autant plus, comme le souligne Thierry Bonneau<sup>27</sup>, que le juge n'a pas la possibilité de relever d'office le manquement du prêteur à son devoir de mise en garde<sup>28</sup>. En cas de présence d'un risque d'endettement caractérisé, le juge devra donc s'attacher à la qualité d'emprunteur non averti, critère qui a également fait l'objet de contentieux.

### L'existence d'un emprunteur non averti

Il faut rappeler l'emploi du qualificatif non averti qui remplace celui de profane utilisé depuis les arrêts rendus par la chambre mixte de la Cour de cassation. Si un tel changement peut s'analyser comme de pure forme, cette distinction de l'emprunteur averti et du non averti est, en tout état de cause, plus juste que celle du professionnel et du non professionnel ou du consommateur car le professionnel n'est pas obligatoirement un emprunteur averti des arcanes du crédit (on pense aux professionnels qui débutent une activité professionnelle) et à l'inverse, le non professionnel (ou le consommateur) n'est pas nécessairement un emprunteur non averti lorsqu'il contracte à titre personnel et exerce en même temps par exemple la profession de magistrat, d'avocat, d'expert-comptable ou de juriste bancaire<sup>29</sup>. La Cour de cassation

ne fait d'ailleurs qu'exercer un contrôle de motivation des décisions rendues par les juges du fond.

Il subsiste toutefois plusieurs interrogations, à savoir la présence, aux côtés d'un emprunteur d'un proche averti, dispense-t-elle le banquier de son obligation de mise en garde et qui doit supporter la charge de la preuve de la qualité de non averti ?

### La question de la mise en garde en présence, aux côtés de l'emprunteur non averti, d'une personne avisée en matière de crédit

La doctrine s'est largement interrogée de savoir si la présence, aux côtés de l'emprunteur non averti, d'une personne avisée en matière de crédit dispensait la banque de son devoir de mise en garde. En faveur de l'exonération de la responsabilité du banquier dispensateur de crédit, plusieurs auteurs ont estimé que l'emprunteur assisté d'un conseil professionnel (notaire ou avocat, par exemple) pouvait dispenser la banque de son devoir de mise en garde<sup>30</sup>.

C'était méconnaître la solution drastique de la chambre mixte de la Cour de cassation dérogée le 29 juin 2007 qui avait posé comme principe que l'emprunteur est présumé non averti alors même qu'il a pu se faire conseiller<sup>31</sup>. Dans cette affaire dénommée Fusco, la Haute juridiction avait en l'espèce considéré que le fait qu'un conjoint co-emprunteur ait exploité une activité similaire n'impliquait pas que l'autre soit un emprunteur averti. Certes la chambre commerciale de la Cour de cassation a semblé affirmer le contraire<sup>32</sup>. Mais le débat restait ouvert en attendant la décision de la première chambre civile de la Cour de cassation qui est survenue le 30 avril 2009.

25. En ce sens également, V. Avena-Robardet et V. la position plus nuancée de L. Dumoulin, sous Cass. 1<sup>re</sup> civ. 18 février 2009, préc.

26. V. Cass. 1<sup>re</sup> civ. 30 octobre 2007 : D. 2008, jur. p. 256, nos obs. et chron. 638, obs. C. Creton ; RTD com. 2008, p. 163, obs. D. Legeais ; JCP éd. E 2007, 2576, note D. Legeais ; 18 février 2009, préc. ; 25 juin 2009, JCP éd. E 2009, 1757 ; Banque et droit septembre-octobre 2009, p. 25, obs. Th. Bonneau ; V. encore, Cass. 1<sup>re</sup> civ. 8 décembre 2009, n<sup>o</sup> 08-14848 qui pose comme principe que « n'est pas fondé à reprocher à la banque un manquement à son devoir de mise en garde l'emprunteur non averti qui fait preuve de déloyauté vis-à-vis de celle-ci pour l'inciter à lui accorder son concours » ; la chambre commerciale de la Cour de cassation se rangera certainement à la position de la première chambre civile, d'autant plus qu'elle vient dans un arrêt du 17 novembre 2009 (JCP éd. E 2010, 1000, note D. Legeais) de décider que « le banquier, auquel il appartient de démontrer qu'il a rempli son obligation de mise en garde, est dispensé de cette obligation s'il établit que son client a la qualité d'emprunteur non averti ».

27. Préc.

28. V. cependant, dans le projet de loi portant réforme du crédit à la consommation, présenté en conseil des ministres le 22 avril 2009 et adopté par le Sénat le 17 juin 2009 qui transpose la directive européenne 2008/48/CE du 23 avril 2008 et qui prévoit notamment dans les futurs articles L. 311-8 et L. 311-9 du Code de la consommation que le prêteur doit fournir à l'emprunteur les explications lui permettant de déterminer si le contrat de crédit proposé est adapté à ses besoins et à sa situation financière et évaluer la solvabilité de l'emprunteur. V. G. Raymond, « Analyse critique du projet de loi portant réforme du crédit à la consommation », *Contrats, Conc., Consom.* 2009, n<sup>o</sup> 6, p. 10. Si le devoir de mise en garde (au travers de l'obligation d'évaluer la solvabilité de l'emprunteur) est réellement consacré par le législateur français dans le Code de la consommation (et non comme actuellement dans le projet timidement et implicitement dérogé...), le juge pourra relever d'office la violation par le prêteur de son obligation légale, qui sera peut-être qualifiée de mise en garde, dans les contrats de consommation. Tout va donc dépendre du résultat au final du texte.

29. On objectera qu'un tel critère, parce qu'il est subjectif, peut être source d'arbitraire car ses frontières sont difficiles à cerner. Certes mais la Cour de cassation n'a pas suivi l'avis de l'avocat général Maynial qui avait proposé, dans les arrêts de la chambre mixte du 29 juin 2007, de recourir à la technique des

présomptions, à savoir de distinguer entre l'emprunteur professionnel présumé averti et l'emprunteur profane (ou non averti aujourd'hui) présumé non averti. La qualité de professionnel n'emporte donc pas une présomption de compétence, fût-elle simple, en cas de souscription d'un crédit et inversement la qualité de consommateur ou de non professionnel n'emporte pas nécessairement une méconnaissance des risques du crédit. Mais il faut bien reconnaître que même en l'absence de présomption, l'intensité du critère variera selon que la jurisprudence voudra bien rompre le lien entre professionnel emprunteur forcément averti et non professionnel forcément emprunteur non averti. Dans la plupart des cas, seul le recours à un faisceau d'indices - la compétence, la catégorie socio-professionnelle et l'expérience - sera utile pour déterminer si l'emprunteur est ou non averti ; V. également, N. Azdou, « L'emprunteur averti en matière bancaire », *Petites Affiches*, 1<sup>er</sup> février 2010, p. 10.

30. V. en ce sens, J. Devèze, « Retour sur le devoir de mise en garde du banquier », *RLDA* octobre 2007, p. 32, spéc p. 34 et sur le blog du professeur H. Causse, la position du professeur Routier.

31. V. notamment, Cass. Ch. Mixte 29 juin 2007, JCP éd. G 2007, II, 10 146, note A. Gourio ; JCP éd. E 2007, 2105, note D. Legeais.

32. V. Com. 3 mai 2006 : D. 2006, AJ, p. 1445, obs. X. Delpech ; D. 2006, p. 1618, note J. François ; *RD immob.* 2006, p. 294, obs. H. Heugas-Darraspen ; *RTD civ.* 2007, p. 103, obs. J. Mestre et B. Fages ; JCP éd. E 2006, 1890, note D. Legeais ; *RDC* 2007, p. 300, obs. G. Viney ; Par cet arrêt, la Haute juridiction a refusé le bénéfice du devoir de mise en garde à un emprunteur dont le conjoint était cadre supérieur de banque ; 12 décembre 2006, *RDBF* 2009, comm 9, obs. A. Cerles : dans cet arrêt, la chambre commerciale a confirmé sa précédente position en retenant que la caution s'était faite assister d'un conseil financier ; V. toutefois, l'arrêt du 20 juin 2006 rendu par la chambre commerciale qui en retenant à côté de la responsabilité du banquier celle du courtier intermédiaire en opérations bancaires n'a pas eu comme conséquence de transformer l'emprunteur initialement non averti en emprunteur averti parce qu'assisté d'un professionnel qualité en crédit, V. notamment, le commentaire de D. Legeais, in JCP éd. E 2006, 2271 ; *adde*, *RDBF* 2006, n<sup>o</sup> 191, p. 15, obs. F. Crédot et T. Samin ; V. surtout, Com. 17 novembre 2009, JCP éd. E 2010, 1000, note D. Legeais, arrêt qui décide également que le caractère non averti de l'emprunteur s'apprécie donc sans considération des possibilités pour lui de se faire conseiller, peu importe que son mari co-emprunteur soit un chef d'entreprise (le prêt ayant été destiné initialement à financer l'activité professionnelle du mari).

Dans l'arrêt du 30 avril 2009<sup>33</sup>, la première chambre civile de la Cour de cassation, qui aligne sa jurisprudence sur celle relative au devoir de conseil des notaires<sup>34</sup>, décide que la banque qui consent un prêt à un emprunteur non averti est tenue à son égard, lors de la conclusion du contrat, d'un devoir de mise en garde en considération de ses capacités financières et des risques de l'endettement né de l'octroi du prêt, dont elle ne peut être dispensée par la présence aux côtés de l'emprunteur d'une personne avertie, peu important qu'elle soit tiers ou partie. Le caractère non averti de l'emprunteur s'apprécie donc sans considération des possibilités pour lui de se faire conseiller. C'est dire qu'un avocat ou un notaire qui assiste l'emprunteur ne permettra pas au banquier de s'exonérer de son obligation de mise en garde.

### La question de la charge de la preuve du caractère non averti de l'emprunteur

Il y a lieu de s'interroger sur la charge de la preuve du caractère non averti ou averti de l'emprunteur<sup>35</sup>.

Certains auteurs se fondent sur l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1315 du Code civil pour estimer qu'il incombe à l'emprunteur qui invoque le manquement de la banque à son devoir de mise en garde, par voie d'action ou d'exception, de rapporter la preuve de sa qualité d'emprunteur non averti<sup>36</sup>.

D'autres auteurs, tels que Dominique Legeais, déduisent implicitement de la construction jurisprudentielle du devoir de mise en garde qu'il incombe à la banque de vérifier si son client appartient ou non à la catégorie des emprunteurs avertis ou à celle des emprunteurs non avertis. En effet, la qualification de son client par le banquier est nécessairement un travail préalable puisqu'il commande le degré d'informations à fournir.

Dès lors que la première chambre civile de la Cour de cassation, dans son arrêt du 19 novembre 2009<sup>37</sup>, écarte les règles gouvernant les principes habituels de la preuve pour le critère du risque d'endettement, nous pensons que le prêteur devra démontrer que l'emprunteur est un contractant averti s'il désire s'exonérer de sa responsabilité.

C'est aussi dire que si la Cour de cassation n'a pas souhaité présumer que l'emprunteur professionnel serait averti et que l'emprunteur profane serait non averti, cela ne signifie pas que l'emprunteur aura la charge de rapporter la preuve qu'il était lors de la conclusion du crédit un contractant non averti, en application de l'article 1315 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil. En quelque sorte, tout emprunteur est présumé non averti<sup>38</sup> et il appartient donc au prêteur de démontrer le contraire s'il entend faire plaider qu'il n'était pas tenu à un quelconque devoir de mise en garde.

C'est d'ailleurs en ce sens que la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 17 novembre 2009<sup>39</sup>, vient de se prononcer. En effet, dans un attendu de principe, les Hauts magistrats ont posé d'abord comme principe que « le banquier auquel il appartient de démontrer qu'il a rempli son obligation de mise en garde est dispensé de cette obligation s'il établit que son client a la qualité d'emprunteur non averti » pour ensuite décider que « c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve qui lui étaient soumis, que la cour d'appel, sans inverser la charge de la preuve, a retenu que Mme Y. qui était employée en qualité d'agent d'entretien et n'avait aucune expérience dans la gestion d'entreprise, ne disposait d'aucune compétence pour apprécier elle-même la pertinence du montage financier et les perspectives d'avenir de l'entreprise de transports routiers de son mari, était une emprunteuse non avertie ». La messe est dite... car il est évident que le banquier dispensateur de crédit doit rapporter la preuve des conditions d'existence et d'exécution de la mise en garde.

Comme pour la délimitation de son domaine d'application, la Cour de cassation s'est efforcée d'affiner sa jurisprudence sur l'étendue du devoir de mise en garde<sup>40</sup> du banquier dispensateur de crédit.

### L'ÉTENDUE DU DEVOIR DE MISE EN GARDE

Il s'agit de cerner le contenu et la portée de ce devoir de mise en garde.

#### Le contenu du devoir de mise en garde

La jurisprudence impose les conditions à réunir pour qu'une obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit naisse, notamment l'opération de crédit doit présenter un risque, et met à la charge du prêteur de justifier qu'il a correctement exécuté son devoir de mise en garde tout en posant des limites.

#### L'appréciation du risque

Le banquier dispensateur de crédit doit satisfaire à son obligation de mise en garde à raison des capacités financières des emprunteurs et du risque de l'endettement né de l'octroi du prêt.

- À raison des capacités financières des emprunteurs

Avant d'accorder un crédit à un emprunteur non averti ou profane, le banquier est tenu d'une double obligation : se renseigner sur les capacités financières de l'emprunteur et les vérifier.

Le prêteur doit effectivement apprécier si l'emprunt est risqué pour l'emprunteur en fonction de ses seuls revenus actuels ou prévisibles<sup>41</sup> pour apprécier la capacité

33. V. notamment, JCP éd. E 2009, 1583, note D. Legeais.

34. V. ainsi, V. Avena-Robardet, D. 2009, AJ, p. 1351.

35. V. les interrogations de Mme le conseiller Betch dans son rapport sur les arrêts rendus par la chambre mixte...

36. V. en ce sens, J. Devèze, et A. Gourio, préc.

37. Préc.; *adde*, Com. 17 nov 2009, JCP éd. E, 2010, 1000, note D. Legeais.

38. En ce sens, D. Legeais, JCP éd. E 2009, 1583, spéc p. 19; V. également, G. Raymond sous Cass. 1<sup>er</sup> civ. 25 juin 2009, in *Contrats, Conc., Consom.* décembre 2009, n° 300.

39. V. pour un premier commentaire, JCP éd. E 2010, 1000, note D. Legeais.

40. V. pour une analyse différente C. Boismain, « L'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », JCP G 2010, 301.

41. Le banquier doit prendre en compte l'ensemble des revenus de toute nature perçus tels que les salaires, dividendes ou revenus fonciers; V. toutefois, D. Carolle-Brisson sous Com. 7 juillet 2009, RLDA août-septembre 2009, p. 37 qui estime

de remboursement de l'emprunteur, mais seulement au moment de la souscription de l'emprunt<sup>42</sup>. En effet, il s'agit de confronter le montant des échéances du prêt litigieux aux revenus actuels et prévisibles de l'emprunteur. Mais le risque d'endettement caractérisé ne doit pas être apprécié seulement à travers le rapport entre les mensualités du prêt (par exemple, en appliquant l'usage de la règle du 33 %) et les revenus de l'emprunteur. D'autres éléments sont à prendre en considération, à savoir la durée du prêt<sup>43</sup>. Il faut ajouter que la Cour de cassation a admis qu'il était possible de prendre en considération les ressources à venir de l'emprunteur (par exemple, son *cash flow* futur...) et de l'ensemble de ses charges financières assumées (par exemple, les charges d'exploitation pour un professionnel et la conclusion de crédits antérieurs pour un particulier).

Pour autant, Jean Devèze<sup>44</sup> entend par capacités financières non seulement les revenus, mais également le patrimoine. Or, il nous semble que seules les ressources disponibles (immédiatement ou à court terme) sont susceptibles d'être prises en compte pour mesurer le risque encouru par l'emprunteur. En effet, le patrimoine rentre en toute logique en considération pour mesurer le risque du prêteur et non celui de l'emprunteur. Le banquier dispensateur de crédit doit s'assurer des capacités de remboursement des échéances du prêt par l'emprunteur et non de s'assurer que l'emprunteur dispose d'un patrimoine pour garantir le paiement du prêt. Cela est d'autant plus vrai que le banquier n'a pas à refuser de consentir un prêt excessif après avoir mis en garde l'emprunteur (même si en pratique, le banquier refuse de consentir un prêt aussi risqué). En effet, l'emprunteur peut prendre le risque de souscrire un tel prêt parce qu'il dispose par ailleurs justement d'un patrimoine important (sauf peut-être à écarter les valeurs mobilières disponibles à court terme qui sont prises en compte pour apprécier les capacités financières de l'emprunteur et donc le risque d'endettement).

Enfin, si le banquier est tenu d'alerter les emprunteurs sur les charges du prêt, il ne doit pas s'en contenter. C'est tout le message de l'arrêt du 18 septembre 2008<sup>45</sup> rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation. Cela a pour résultat que les juges du fond ont l'obligation de vérifier que le prêteur a attiré l'attention des emprunteurs sur les charges du prêt périodiques et globales. Le banquier ne doit donc pas se contenter d'alerter les emprunteurs des charges du prêt.

que l'arrêt rendu le 18 février 2009 par la première chambre civile de la Cour de cassation limite la vérification par le banquier de la capacité financière de l'emprunteur à ses seuls salaires... ; Comp. Cass. 1<sup>re</sup> civ. 21 février 2006, préc et X. Delpech, D. 2005, jur., p. 2279.

42. En ce sens, J. Lasserre-Capdeville sous Com. 7 juillet 2009, D. 2009, jur., p. 2318 et s, spéc n° 10 à 12 ; certainement, le devoir de mise en garde aura vocation à jouer à chaque renouvellement du contrat de crédit... On pense évidemment aux découverts bancaires ou aux crédits permanents.

43. V. J. Lasserre-Capdeville qui mentionne la nature et les caractéristiques du prêt et cite les prêts relais ou les prêts à taux variable ; *contra*, A. Gourio qui estime qu'en raison de l'approche in concreto du risque d'endettement, le risque éventuellement créé par l'octroi d'un prêt relais doit être apprécié, comme pour les prêts classiques, au regard des capacités financières de l'emprunteur, V. JCP éd. G., 2009, 10 091.

44. Préc.

45. V. nos obs. in RLDA décembre 2008, p. 30 et s ; V. également le portrait du banquier diligent dressé par D. Legeais, sous Cass. 1<sup>re</sup> civ. 17 décembre 2009, préc. Et l'étude de V. Legrand, préc.

• À raison du risque de l'endettement né de l'octroi du prêt

Le banquier est débiteur d'une double obligation de vérification, non seulement des capacités de remboursement de l'emprunteur, mais également de la valeur ou de l'opportunité du projet qu'il s'appête à financer.

Par risque de l'endettement né de l'octroi du prêt, il faut nécessairement comprendre que le banquier doit évaluer les risques de l'opération envisagée, donc se projeter dans l'avenir en fonction toujours des informations recueillies et connues au jour de la conclusion du prêt pour apprécier si le prêt est finalement adapté à la situation de l'emprunteur<sup>46</sup>.

Comme le souligne avec pertinence Jean Devèze<sup>47</sup>, « les risques de l'endettement né de l'octroi des prêts sont étroitement dépendants de l'opération financée, ses qualités intrinsèques, son environnement économique ou/et social... ».

### La justification de l'exercice du devoir de mise en garde

Il n'est guère contestable que s'agissant de la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation de mise en garde, elle pèse sur l'établissement de crédit<sup>48</sup>.

Nous pensons qu'il ne suffira pas au banquier pour s'exonérer de sa responsabilité de faire remplir un questionnaire à l'emprunteur sur sa situation matérielle, personnelle et économique.

Mais un tel questionnaire est très important car toute fausse déclaration ou toute déclaration incomplète faite par l'emprunteur sur ses charges risque de se traduire par l'exonération de responsabilité du prêteur au titre de son obligation de mise en garde<sup>49</sup>.

Il nous semble que le prêteur doit réclamer à l'emprunteur tous justificatifs utiles, notamment les justificatifs des ressources (avis d'imposition sur le revenu, derniers bulletins de paie...) et des charges de l'emprunteur.

En résumé, le banquier aura tout intérêt à se pré-constituer une preuve par écrit en formalisant sa demande de renseignements sur la situation de l'emprunteur et en vérifiant la crédibilité apparente des pièces qui lui sont remises (mais s'agissant d'un fait juridique, la preuve peut se faire par tous moyens). En effet, si le banquier n'a pas à procéder à des investigations supplémentaires dès lors, pour reprendre la formulation de l'arrêt du 30 octobre 2007 que « la banque ne pouvait normalement déceler » la déloyauté de l'emprunteur, il n'en demeure pas moins qu'elle doit procéder à des investigations plus poussées en cas d'éléments contradictoires ou insuffisants portés à sa connaissance par l'emprunteur<sup>50</sup>.

46. V. par exemple, un prêt qui devait être remboursé par des revenus locatifs qui se sont avérés ultérieurement insuffisants, Com. 3 mai 2006, préc...

47. Préc., spéc p. 35.

48. V. Th. Bonneau, *Banque et droit* mai-juin 2009, p. 25.

49. V. nos obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ. 30 octobre 2007 : D. 2008, p. 256 et s ; D. Legeais, RTD com. 2008, p. 163 ; RD immob. 2008, p. 35, obs. H. Heugas-Darraspen ; Cass. 1<sup>re</sup> civ. 25 juin 2009, *Contrats, Conc., Consom.* décembre 2009, n° 300, obs. G. Raymond ; V. encore, Cass. 1<sup>re</sup> civ. 8 décembre 2009, n° 08-14848. V. encore sur la prescription de l'action en responsabilité C. Cass. Ch. Com. 26 janvier 2010, Dalloz, AJ 578, obs. V. Avena-Robardet.

50. V. A. Gourio, sous Cass. 1<sup>re</sup> civ. 30 octobre 2007, JCP éd. G., 2008, II, 10 055 ; *adde*, Cass. 1<sup>re</sup> civ. 25 avril 2007, LPA 21 décembre 2007, p. 13, note J. Attard ; Comp. V. Legrand préc qui tente le recours à l'erreur manifeste d'appréciation bien

Le banquier dispensateur de crédit ne pourra s'exonérer de sa responsabilité en la matière en faisant signer à l'emprunteur une clause de style. En effet, comme le souligne à juste titre Michel Storck<sup>51</sup>, le prêteur doit rédiger un document écrit adapté au cas particulier et à la singularité du dossier.

Enfin, il est utile de signaler l'aggravation de la charge de la responsabilité du prêteur en cas de souscription d'un prêt à un consommateur. En effet, le projet de loi portant réforme du crédit à la consommation<sup>52</sup> prévoit aux articles L. 311-8 et L. 311-9 du Code de la consommation que le prêteur doit :

- fournir à l'emprunteur les explications lui permettant de déterminer si le contrat de crédit proposé est adapté à ses besoins et à sa situation financière ;
- évaluer ou vérifier (si l'on prend le changement opéré par les sénateurs) la solvabilité de l'emprunteur.

La question de la portée du devoir de mise en garde est également importante.

### La portée du devoir de mise en garde

La portée du devoir de mise en garde du prêteur est double : la mise en garde ne se traduit pas pour le banquier à refuser son consentement et le défaut de mise en garde ne permet pas à l'emprunteur de réclamer une indemnisation égale aux sommes dues au titre du prêt ou du cautionnement.

### Le prêteur n'a pas à refuser d'octroyer un prêt excessif

Le principe de non-ingérence ou de non-immixtion dans les affaires de son client<sup>53</sup> n'est pas bafoué en mettant en garde un emprunteur qui souscrit un prêt dépassant ses capacités financières. En effet, la Cour de cassation n'exige pas que le banquier refuse de consentir un prêt excessif dès lors que l'emprunteur a été parfaitement alerté en cas d'engagement insupportable et qu'il a accepté malgré tout de courir le risque. S'il consent tout de même le prêt litigieux, le banquier n'engagera pas sa responsabilité contractuelle<sup>54</sup>. Cette solution est aujourd'hui indiscutable (en théorie car en pratique, le banquier ne prendra pas le plus souvent un tel risque et refusera de consentir un engagement excessif).

### Le prêteur n'a pas à rembourser l'intégralité des sommes dues au titre du prêt ou du cautionnement

À notre connaissance, jusqu'à l'arrêt du 20 octobre 2009, la Cour de cassation ne s'était pas prononcée sur la question du préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son devoir de mise en garde. Elle se réfugiait derrière l'appréciation souveraine des juges du fond<sup>55</sup>.

Certes, la question de la nature de la responsabilité du banquier dispensateur de crédit ne posait guère de difficultés dans la mesure où la Haute juridiction vise systématiquement l'article 1147 du code civil (en d'autres termes, le défaut de mise en garde engage la responsabilité contractuelle du prêteur), mais cette responsabilité n'est engagée que si la faute commise fait naître un dommage qui s'analyse soit en un manque à gagner, soit en la perte d'une chance. Un tel débat n'est pas anodin car la nature du dommage a des conséquences directes sur l'évaluation du préjudice subi par l'emprunteur ou la caution. D'ailleurs, les juridictions du fond n'ont pas manqué de se démarquer en deux camps, à savoir celles qui libéraient de leur engagement l'emprunteur ou la caution<sup>56</sup> et d'autres qui indemnisaient partiellement l'emprunteur ou la caution<sup>57</sup>. Certains juges du fond ont pu, par ailleurs, décharger du paiement des intérêts...

C'est dire que l'arrêt de principe rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 20 octobre 2009<sup>58</sup> va permettre d'aplanir les divergences entre les juridictions du fond.

Ainsi, une cour d'appel avait décidé de condamner le prêteur à une indemnité égale au montant de la dette due par une caution (mais la solution vaut évidemment pour l'emprunteur...), estimant par là que le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde devait consister à rembourser le montant intégral de l'engagement de la caution.

Elle est, à juste titre, censurée par la Haute juridiction qui précise très clairement que « le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde s'analyse en la perte d'une chance de ne pas contracter ».

Une telle solution appelle les remarques suivantes.

■ En premier lieu, la faute du banquier dispensateur de crédit n'est pas difficile à cerner. Elle consiste à n'avoir pas alerté l'emprunteur ou la caution du caractère excessif du prêt souscrit ou de la garantie accordée lorsque l'engagement obtenu dépasse en réalité les capacités de remboursement de l'emprunteur ou de la caution<sup>59</sup>. Comme le souligne avec pertinence Stéphane Piedelièvre, « on impose en la matière une sorte de principe de proportionnalité »<sup>60</sup>.

■ En second lieu, le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde réside dans la perte de chance qu'avait l'emprunteur ou la caution de prendre une décision autre que celle qu'il a prise. Il importe peu que la perte de chance soit présumée car la preuve de celle-ci sera facile à rap-

connue en droit administratif.

51. Préc.

52. Préc.

53. V. C. Gavalda et J. Stoufflet, « Droit bancaire », Litec, 7<sup>e</sup> édition, 2008.

54. V. J. Devèze, préc.

55. V. notamment, Cass. 1<sup>re</sup> civ. 12 juillet 2005, JCP éd. G, 2005, II, 10 140, note A. Gourio.

56. V. notamment, CA Caen 13 novembre 2008, *Jurisdatal* n° 2008-007617 ; CA Rennes 6 mars 2009, *Jurisdatal* n° 2009-003667 ; CA Orléans 23 octobre 2008, *Jurisdatal* n° 2008-376025.

57. V. notamment, CA Lyon, 3<sup>e</sup> chambre civile, sect. A, 25 juin 2009, *Jurisdatal* n° 2009-007716 et CA Agen 9 mars 2009, *Jurisdatal* n° 2009-003632.

58. V. pour des premiers commentaires, S. Piedelièvre, JCP éd. G 2009, II, 482 ; D. Legeais, JCP éd. E 2009, 2053.

59. Sauf pour la « caution dite réelle », V. notamment, Com. 24 mars 2009, D. 2009, AJ, p. 943, obs. V. Avena-Robardet ; JCP éd. E 2009, 399, note D. Legeais ; V. également pour une application de la compensation de la dette de la caution, Com. 17 novembre 2009, D. 2009, AJ, p. 2926.

60. Préc., *adde*, J. Lasserre-Capdeville, « Le banquier dispensateur de crédit face au principe de proportionnalité », *Banque et droit* mai-juin 2007, p. 25 et s.

porter dans la mesure où il suffira à l'emprunteur ou à la caution de démontrer que son préjudice tient à ce que n'ayant pas été mis en garde par le banquier, il (ou elle) a été privé(e) de la possibilité de ne pas s'engager en pleine connaissance de cause. Cela ne signifie donc pas que l'emprunteur ou la caution ne se serait pas engagé si le banquier avait respecté son devoir de mise en garde. Mais l'incertitude quant à la décision de s'engager ou non justifie à elle seule une indemnisation du préjudice subi. Le recours à la théorie de la perte de chance permet aisément de contourner le lien de causalité. Dès lors que le banquier n'aura pas mis en garde l'emprunteur ou la caution contre un engagement qui dépasse les capacités contributives de ce débiteur ou de ce garant, le lien de causalité devient certain si le préjudice s'analyse en la perte de chance de ne pas contracter. Une telle conception doit être rapprochée de la sanction du formalisme informatif en droit de la consommation où la sanction devient automatique lorsque le professionnel a manqué à son obligation d'information<sup>61</sup>.

■ En troisième lieu, en recourant à la notion de perte de chance, l'indemnisation ne peut être totale mais seulement fonction d'une probabilité. C'est dire que l'indemnisation sera forcément partielle et suit le même raisonnement qu'en matière de responsabilité boursière<sup>62</sup>. Mais il est clair que la Cour de cassation, dans son arrêt du 20 octobre 2009, a entendu inviter les juges du fond à limiter les indemnisations. Il n'en demeure pas moins que l'appréciation de cette indemnisation reste soumise à l'appréciation souveraine des juridictions du fond.

61. Certes le devoir n'est que de mettre en garde mais nous avons le sentiment qu'il tend à absorber l'obligation de conseil car, en pratique, pour éviter d'engager sa responsabilité, il oblige le banquier à déconseiller l'emprunteur de souscrire un engagement qui lui sera insupportable et on a la certitude qu'il englobe l'obligation d'information car si l'obligation légale d'information ne dispense pas le prêteur de mise en garde, pour alerter l'emprunteur contre les risques d'un crédit, il devra nécessairement l'informer des prescriptions légales en la matière (V. en matière de crédit mobilier ou immobilier souscrit par les consommateurs, Cass. 1<sup>re</sup> civ. 27 juin 1995 : D 1995, p. 621, note S. Piedelièvre ; RTD civ. 1996, p. 384, obs. J. Mestre ; RTD com 1996, p. 100, obs. M. Cabrillac ; Défrénois 1995, p. 1416, obs. D. Mazeaud ; JCP éd. E 1996, II, 772, note D. Legeais).

62. En ce sens, Piedelièvre, préc.

## DE LA COMPASSION POUR LES PLUS FAIBLES

En conclusion, se développe un fait marquant de l'activité bancaire, à savoir un sentiment de compassion pour les contractants les plus faibles qui se traduit par un véritable droit contractuel de crise<sup>63</sup>.

Dès lors, si l'appel au crédit dans une société hypnotisée par la quête du bonheur personnel ou de la relance économique est aujourd'hui plus que jamais suscité, il n'en demeure pas moins que le traitement du surendettement a un coût social important.

C'est tout le dilemme de la Cour de cassation qui s'efforce d'adapter sa jurisprudence au maintien de trois objectifs :

- nécessité de protéger les plus faibles en rappelant au banquier dispensateur de crédit que mettre en garde, c'est finalement faire son métier de prêteur et qu'il lui appartient, au nom de la lutte contre le surendettement<sup>64</sup>, de supporter le fardeau de l'ensemble de la preuve du devoir de mise en garde ;
- nécessité d'encadrer le devoir de mise en garde pour assurer la sécurité juridique ;
- nécessité de faire souffler sur l'activité du crédit un esprit de collaboration entre les prêteurs et les emprunteurs afin de réserver le bénéfice du devoir de mise en garde aux seuls contractants de bonne foi,

Au stade actuel de sa construction jurisprudentielle, le devoir de mise en garde ne met pas à la charge du banquier dispensateur de crédit de devoir refuser de fournir un crédit excessif. Certes en droit de la consommation, il est prévu que le prêteur ait l'obligation d'évaluer la solvabilité de l'emprunteur par les éléments fournis par le consommateur, mais il n'est pas question pour l'instant de créer un fichier de l'endettement, du moins un fichier des crédits qui pourrait être consulté par tout prêteur avant d'accorder un prêt<sup>65</sup>.

Le devoir de mise en garde a donc encore de beaux jours devant lui et n'a pas fini de susciter débats et jurisprudence... ■

63. V. en ce sens, D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in « L'avenir du droit, Mélanges F. Terré », Dalloz 1999, p. 603.

64. Trop souvent, le surendettement conduit à la pauvreté qui n'a pas été librement voulue et qui constitue un mal absolu (V. Ph. Malaurie, « Le droit civil français des contrats à la fin du XX<sup>e</sup> siècle », in « Mélanges Cabrillac », Dalloz-Litec 1999, p. 201.

65. V. Colloque de Reims sur le surendettement, LPA 10 avril 2003, n° 72.