

# LE DEVOIR DE MISE EN GARDE EN L'ABSENCE DE RISQUE D'ENDETTEMENT

ÉRIC BAZIN  
Magistrat,  
tribunal  
de grande  
instance  
d'Orléans

■ CASS. 1<sup>RE</sup> CIV 18 FÉVRIER 2009, N° 08/11 221 (N° 166 FS-P+B+I), ARRÊT DE REJET (DÉCISION ATTAQUÉE : COUR D'APPEL DE MONTPELLIER 19 JUIN 2007)

La cour d'appel, devant laquelle l'emprunteur reprochait au prêteur un manquement à son devoir de mise en garde en soutenant que les revenus dont il disposait au jour de l'octroi de l'ouverture de crédit ne lui permettaient pas de supporter la charge de son remboursement, a relevé que le montant mensuel de ses revenus, s'élevait à 3 913 euros, quand celui-ci se bornait à invoquer au titre de ses charges le paiement, en remboursement de la somme prêtée, de mensualités de 392, 75 euros. Faute d'avoir mis la cour d'appel en mesure de constater l'existence d'un risque d'endettement qui serait né de l'octroi de la somme prêtée, l'emprunteur n'est pas fondé à lui reprocher d'avoir omis de procéder à une recherche que l'argumentation développée devant elle n'appelait pas.

**L**e devoir de mise en garde du banquier ne cesse d'alimenter l'intervention de la Cour de cassation et les multiples commentaires de la doctrine<sup>1</sup>. Nouvelle illustration du chantier ouvert par la plus haute juridiction du devoir de mise en garde du banquier dispensa-

teur de crédit, la première chambre civile de la Cour de cassation vient contribuer à délimiter les conditions d'existence du devoir de mise en garde (notion récente et intermédiaire entre l'obligation d'information et le devoir de conseil<sup>2</sup>, donc forcément à parfaire) dans un arrêt qui est de principe du 18 février 2009.

En l'espèce, une débitrice poursuivie en paiement par un établissement financier au titre d'une ouverture de crédit s'est pourvue en cassation en faisant valoir que le prêteur n'avait pas satisfait à son obligation de mise en garde en n'ayant pas vérifié si elle était un emprunteur averti et si, dans l'affirmative, ses capacités financières lui permettaient de faire face aux échéances du prêt.

La Cour de cassation avait donc à résoudre la question de la réalité du risque d'endettement, facteur déclenchant le contrôle du juge sur le devoir de mise en garde.

Dans cet arrêt du 18 février 2009, la Haute juridiction confirme que le contrôle judiciaire n'a pas lieu d'être systématique dans toutes les opérations de crédit en décidant que les juges du fond n'ont pas à rechercher si le prêteur a rempli son devoir de mise en garde lorsqu'ils ne sont pas en mesure de constater un risque d'endettement pour l'emprunteur.

L'enseignement de cet arrêt est donc double. En premier lieu, il n'y a pas de mise en garde en l'absence de risque d'endettement. C'est une solution manifestement

1. V. nos études, Le devoir du prêteur d'éclairer l'emprunteur consommateur sur les risques encourus lors de la conclusion d'un crédit, RLD 2007/19, n° 1199; Nouvelle contribution à l'effectivité du devoir jurisprudentiel de mise en garde du banquier dispensateur de crédit à l'égard des emprunteurs non avertis, RLD 2008/33, n° 1990; comp. 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; A. Le Goff, Extension de l'obligation de mise en garde aux emprunteurs professionnels, *Dr et patrimoine* octobre 2007, p. 42; 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.

2. Cette nouvelle obligation se situe entre l'obligation objective d'information et l'obligation de conseil. Le devoir de mise en garde constitue une obligation plus lourde pour le banquier que l'obligation d'information (dite encore information précontractuelle ou obligation de renseignements) qui a simplement pour objet de permettre à l'emprunteur d'apprécier aussi précisément que possible l'utilité que doit lui procurer le contrat de crédit (cette obligation d'information se rencontre en matière de crédits destinés aux consommateurs). Elle est, en revanche, moins lourde que l'obligation de conseil car le prêteur qui met en garde n'est pas tenu de refuser de consentir à l'emprunteur un engagement de crédit qui serait insupportable... (ou du moins dans le principe car dans les faits, on voit mal comment un prêteur va octroyer un crédit dépassant les capacités contributives d'un emprunteur, surtout dans le contexte actuel de crise. En effet, les derniers arrêts de la première chambre civile assimilent le devoir de mise en garde à un devoir d'alerte sur les risques de l'endettement, V en ce sens par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ. 13 février 2007, *Banque et droit* 2007, n° 113, p. 41, obs. Th. Bonneau).

logique. En second lieu, il n'y pas de mise en garde sans effort de collaboration des partenaires contractuels. C'est une solution apparemment juste.

## UNE SOLUTION MANIFESTEMENT LOGIQUE : PAS DE MISE EN GARDE EN L'ABSENCE DE RISQUE D'ENDETTEMENT

Dans l'arrêt du 18 février 2009, la première chambre civile de la Cour de cassation fait du risque d'endettement un critère préalable de l'existence de l'obligation de mise en garde et fait peser sur l'emprunteur la charge de la preuve de l'existence du risque d'endettement.

### La mise en garde suppose un risque d'endettement

L'arrêt du 18 février 2009 est très intéressant car il apporte une pierre particulièrement utile à la construction jurisprudentielle du devoir de mise en garde.

Cet arrêt peut surprendre au premier abord. En effet, dans les décisions précédentes, en exigeant que les juges du fond s'assurent que l'emprunteur n'est pas averti et, dans l'affirmative, si, conformément au devoir de mise en garde, le prêteur justifie avoir satisfait à cette obligation au regard des capacités financières de l'emprunteur et du risque de l'endettement né de l'octroi du crédit, la défaillance de l'emprunteur semblait impliquer que le juge du fond s'attache automatiquement à s'assurer que le prêteur avait parfaitement respecté son obligation de mise en garde<sup>3</sup>.

Il n'est rien. Les Hauts magistrats s'efforcent de se concentrer dans plusieurs décisions récentes sur les conditions d'existence de l'obligation de mise en garde.

Certains auteurs ont pu cerner deux conditions nécessaires pour déclencher l'obligation de mise en garde du prêteur<sup>4</sup>.

■ La première condition est la qualité de non averti de l'emprunteur<sup>5</sup>. La distinction entre emprunteur averti et emprunteur non averti est essentielle car elle commande le régime de la responsabilité du banquier dispensateur de crédit.

Il faut rappeler que les Hauts magistrats ont :

– remplacé le qualificatif de « profane » par celui de « non averti », le qualificatif de « profane » ayant été utilisé dans des arrêts de 2005. Un tel changement reste de pure forme, même si la volonté de la Cour de cassation est de

consacrer une notion subjective plus juste que celle de consommateur et de professionnel car le professionnel n'est pas forcément un spécialiste du crédit et le consommateur n'est pas toujours ignorant des arcanes du crédit. Il s'agit d'un critère contestable car source d'arbitraire puisque les juges ont un large pouvoir d'appréciation en l'absence de définition abstraite du caractère averti ou non averti et de présomption en la matière (la Cour de cassation n'a pas retenu dans les arrêts du 29 juin 2007 la suggestion de l'avocat général Maynial de présumer averti le professionnel qui emprunte et non averti le non professionnel qui emprunte) ;

– décidé de censurer les juges du fond non plus pour n'avoir pas recherché, mais pour n'avoir pas précisé si les emprunteurs étaient non avertis. Comme le distille habilement A. Gourio<sup>6</sup>, « rechercher vise l'action, préciser semble introduire une exigence de formalisation du résultat de cette recherche ».

■ La seconde condition est l'existence d'un risque d'endettement né de l'octroi du crédit.

L'obligation de mise en garde n'a lieu d'être que s'il existe un risque d'endettement né de l'octroi du crédit. C'est exactement le message que veut faire passer la Cour de cassation dans son arrêt du 18 février 2009. En d'autres termes, la mise en garde est subordonnée à l'existence d'un risque d'endettement et en l'occurrence, faute pour les juges du fond d'avoir été en mesure de constater l'existence d'un risque d'endettement, ceux-ci n'avaient pas à rechercher si la débitrice était ou non un emprunteur averti et, dans l'affirmative, si le prêteur avait bien satisfait à son obligation de mise en garde.

Le débat se déplace donc sur le terrain de l'appréciation de la consistance du risque d'endettement qui constitue désormais le facteur qui va déclencher le contrôle du juge sur le devoir de mise en garde du prêteur.

En quelque sorte, l'office du juge est subordonné à l'existence d'un risque d'endettement qui doit être caractérisé. En effet, c'est essentiellement le risque d'un endettement excessif ou insupportable consécutif au crédit sollicité par l'emprunteur par rapport à ses capacités financières qui justifiera l'obligation de mise en garde. C'est le fondement ou l'essence même du devoir de mise en garde que d'exiger du prêteur d'alerter ses clients non avertis du caractère risqué de l'emprunt projeté par rapport à leurs facultés de remboursement<sup>7</sup>. Un tel caractère s'apprécie forcément en fonction des seuls revenus de l'emprunteur et non de l'intégralité de son patrimoine<sup>8</sup> et de l'ensemble

3. V. en ce sens également, L. Dumoulin, JCP 2009, act. n° 122.

4. V. notamment A. Gourio, JCP 2008, II, 10 055.

5. Nous pensons que la charge de la preuve du caractère non averti de l'emprunteur pèse sur le prêteur car il nous semble qu'il appartient à la banque de vérifier si son client est averti ou non. Mais il est fort possible que, sur le fondement de l'article 1315 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, la Cour de cassation conditionne l'existence de l'obligation de mise en garde à la preuve par l'emprunteur qu'il n'est pas un emprunteur averti... V. sur la discussion doctrinale, nos obs sous Cass. 1<sup>re</sup> civ. 18 septembre 2008, in *Rev. Lamy droit des affaires*, décembre 2008, spéc. p. 32. Nous devons rappeler qu'implicitement sur le fondement de l'article 1315 alinéa 2 du Code civil, il appartient au banquier dispensateur de crédit de rapporter la preuve qu'il s'est renseigné sur les capacités financières de l'emprunteur et qu'il l'a averti du caractère risqué de l'opération de crédit envisagée. Ce point n'est pas contesté en doctrine... et encore moins en jurisprudence.

6. Préc.

7. V. en ce sens notamment, D. Legeais, L'obligation de conseil de l'établissement de crédit à l'égard de l'emprunteur et de la caution, « Mélanges AEDBF-France », II, 1999; X. Delpech, D. 2005, p. 2278; A. Gourio, JCP 2008, II, 10 055; J. Devèze, *Rev. Lamy droit des affaires*, octobre 2007, p. 34 et s.; J. Lasserre Capdeville, Le banquier dispensateur de crédit face au principe de proportionnalité, *Banque et droit* n° 113, 2007, p. 25; voir surtout Cass. com. 7 juillet 2009 n° 08.18-251 qui n'impose pas également de mise en garde pour le banquier en l'absence de risque d'endettement.

8. Contra, J. Devèze, préc., qui entend par capacités financières non seulement les revenus, mais également le patrimoine. Nous pensons que seules les ressources disponibles à court terme sont à prendre en considération. En effet, le patrimoine rentre en ligne de compte pour mesurer le risque du prêteur et non celui de l'emprunteur. V. nos obs sous Cass. 1<sup>re</sup> civ. 18 septembre 2008, in *Rev. Lamy droit des*

de ses charges financières. Rappelons que le banquier 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. Or, il n'est guère contestable que tout prêt implique un risque de non remboursement.

Ce qui est en cause c'est non pas ce risque, mais celui de surendettement (c'est sans doute au cœur du devoir de mise en garde le retour du principe de proportionnalité qui, s'il n'est pas une source autonome de responsabilité, hors le cas de l'article L 314-4 du code de la consommation applicable en matière de cautionnement, devient dorénavant l'élément qui sera le plus discuté de l'existence de l'obligation de mise en garde). L'obligation de mise en garde n'a pour seul objet que d'appeler l'attention de l'emprunteur sur le risque qu'il encourt en s'endettant au-delà de ses possibilités de remboursement (ou de ses capacités contributives). L'objectif poursuivi par la Cour de cassation est de prévenir les difficultés des emprunteurs, plus précisément de lutter contre le surendettement. Il est utile de rappeler qu'avant les arrêts rendus le 29 juin 2007 par la chambre mixte de la Cour de cassation non seulement la première chambre civile, mais également la chambre commerciale de la Haute juridiction, avaient défini le manquement au devoir de mise en garde comme l'octroi de prêts excessifs au regard des facultés de remboursement des emprunteurs<sup>9</sup>.

À défaut de respect du devoir de mise en garde, seule la responsabilité du prêteur est engagée sans faculté de demander au juge un partage des responsabilités avec l'emprunteur. Un tel manquement constitue une perte de chance de renoncer au prêt litigieux, ce qui devrait conduire à une indemnisation partielle et non totale du dommage subi. Autrement dit, le devoir de mise en garde suppose un risque d'endettement caractérisé. C'est chose faite avec l'arrêt du 18 février 2009 qui adopte le raisonnement suivant : s'il n'existe pas un endettement dépassant les capacités contributives de l'emprunteur, la mise en garde perd tout son fondement, et par voie de conséquence, le juge du fond n'a pas à s'assurer que le prêteur a mis en garde son client contre un risque simplement potentiel et non avéré (c'est déjà, rappelons-le, le cas lorsque l'emprunteur est averti...).

Il subsiste une question qui est désormais tranchée par la Cour de cassation, à savoir la charge de la preuve de l'existence du risque d'endettement caractérisé.

### La charge de la preuve de l'existence du risque d'endettement caractérisé

Dans le contentieux du devoir de mise en garde, les questions de preuve deviennent primordiales. Il n'est donc pas étonnant que la solution préconisée par la Cour de cassation fasse l'objet de nombreux commentaires de la part de la doctrine<sup>10</sup>. Rappelons que s'agis-

sant de l'exécution de l'obligation de mise en garde et non donc de son existence..., il appartient au banquier de démontrer qu'il a respecté cette obligation. Cette solution n'est pas contestable, les arrêts rendus en la matière sont suffisamment nombreux et clairs pour qu'ils ne prêtent à aucune discussion<sup>11</sup>.

En revanche, il n'était pas évident que l'emprunteur soit tenu de démontrer que l'engagement de crédit souscrit est insupportable ou déraisonnable, donc qu'il encourt un risque d'endettement... caractérisé.

La Haute juridiction avait donc à se prononcer sur l'attribution de la charge de la preuve de l'existence même de l'obligation de mise en garde<sup>12</sup>.

Dans cet arrêt du 18 février 2009, en décidant que faute d'avoir mis la cour d'appel en mesure de constater l'existence d'un risque d'endettement né de l'octroi de la somme prêtée, la Cour de cassation met ici à la charge de l'emprunteur la preuve de l'existence d'un risque d'endettement excessif ou insupportable par rapport à ses capacités financières.

Il appartient donc désormais à l'emprunteur qui se prévaut d'un manquement au devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit de fournir tous éléments de nature à permettre aux juges du fond de porter une appréciation quant à la réalité du risque d'endettement encouru. Même si la Cour de cassation ne vise pas de texte particulier, il nous semble que le fondement de la décision repose sur l'article 1315 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil. En bref, c'est effectivement dire qu'il incombe à l'emprunteur qui se prévaut de l'inexécution de l'obligation de mise en garde d'établir les conditions d'existence de celle-ci<sup>13</sup>.

mai 2009, p. 85; Th. Bonneau, *Banque et Droit* n° 125, mai-juin 2009 p. 25

11. V. notamment, Cass. 1<sup>re</sup> civ. 27 juin 1995, D 1995, jur., p. 621, note S. Piedelièvre; RTD com 1996, p. 100, obs. M. Cabrillac; RTD civ. 1996, p. 384, obs. J. Mestre; JCP éd E 1995, II, 772, note D. Legeais; Defrénois 1995, art 36210, p. 1416, obs. D. Mazeaud; E. Scholastique, Les devoirs du banquier dispensateur de crédit au consommateur, Defrénois 1996, art 36352, p. 689; 12 juillet 2005, D. 2005, AJ, obs. X. Delpech, Jur. p. 3094, note B. Parance et 2006, pan. p. 155, obs. D. R. Martin et H. Synvet; RD imm. 2006, p. 123, obs. H. Heugas-Darraspen; RTD com 2005, p. 820, obs. D. Legeais; JCP 2005, II, 10 134, note A. Gourio; *Banque et droit* novembre-décembre 2005, p. 81, obs. Th. Bonneau; RD bancaire et fin novembre-décembre 2005, comm. n° 203, obs. F. Crédot et Y. Gérard; *Lamy dr. civ.* 2005, n° 21, p. 15, obs. S. Piedelièvre; 2 novembre 2005, D. 2005, AJ, p. 3084, obs. V. Avena-Robardet; RD imm. 2006, p. 294, obs. H. Heugas-Darraspen; Cass. Com. 3 mai 2006, D. 2006, AJ, p. 1445, obs. X. Delpech et Jur. p. 1618, note J. François; RD imm 2006, p. 294, obs. H. Heugas-Darraspen; RTD civ. 2007, p. 103, obs. J. Mestre et B. Fages; JCP éd E, 2006, p. 1890, note D. Legeais; RLDA septembre 2006, p. 34, comm D. Chemin-Bomben; RDC 2007, p. 300, obs. G. Viney; 20 juin 2006, D. 2006, AJ, p. 1887, obs. X. Delpech; JCP 2006, II, 10 122, note A. Gourio; JCP éd E 2006, II, 2271, note D. Legeais; RD bancaire et fin 2006, comm. n° 191, obs. F. Crédot et T. Samin; 4 juillet 2006, D. 2006, AJ, p. 2309, obs. X. Delpech; RTD civ. 2007, p. 103, obs. J. Mestre et B. Pages; Cass. ch. mixte 29 juin 2007, D. 2007, AJ, p. 1950, obs. V. Avena-Robardet et Jur. p. 2081, note S. Piedelièvre; JCP 2007, II, 10146, note A. Gourio; Cass 1<sup>re</sup> civ. 30 octobre 2007, D. 2008, Jur. p. 256, nos obs; 6 décembre 2007, D. 2008, AJ, p. 80, obs. V. Avena-Robardet; Cass. Com. 11 décembre 2007, JCP éd E, 2008, II, 1192, note D. Legeais; JCP 2008, II, p. 10055, note A. Gourio; RTD com 2008, p. 163, obs. D. Legeais; Cass 1<sup>re</sup> civ. 18 septembre 2008, D. 2008, AJ, p. 2342, obs. V. Avena-Robardet.

12. V sur la distinction entre la preuve de l'existence de l'obligation de mise en garde et celle de son exécution, A. Gourio, note sous Cass. com. 11 décembre 2007, préc et S. Piedelièvre, sous Cass. 1<sup>re</sup> civ. 18 février 2009, JCP éd E, 2009, 1364.

13. Avec une telle solution rendue sur les conditions d'existence de l'obligation de mise en garde, il semble également que l'emprunteur soit tenu de rapporter la preuve qu'il est non averti. En effet, le caractère non averti constitue, comme l'existence du risque d'endettement, un critère préalable à l'existence même de l'obligation de mise en garde.

affaires, décembre 2008, spéc p. 34.

9. V par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ. 27 juin 1995 et Com. 3 mai 2006, préc.

10. Voir notamment la chronique de jurisprudence bancaire, *Revue Banque* n° 713,

Une telle solution ne contrarie pas forcément celle adoptée par la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 11 décembre 2007<sup>14</sup>. En effet, les juges du fond avaient relevé que les prêts consentis n'avaient rien d'excessif ni d'imprudent au moment où ils avaient été accordés et que les difficultés rencontrées dans la vente d'un appartement et le licenciement de l'emprunteur étaient les véritables causes de son incapacité à rembourser. Ils ont été censurés par la Haute juridiction aux motifs que le prêteur ne justifiait pas avoir satisfait à son obligation de mise en garde au regard des capacités financières de l'emprunteur et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts, formule désormais classique. On peut lire cet arrêt comme laissant entendre que le devoir de mise en garde demeure quand bien même les prêts n'ont rien d'excessif ni d'imprudent. On peut également lire cette décision comme exigeant des prêteurs une attention toute particulière à l'octroi de prêts relais qui sont à l'évidence dangereux, et ce indépendamment d'un risque d'endettement dépassant initialement les capacités contributives d'un emprunteur. Ainsi, ce que semble vouloir stigmatiser la chambre commerciale, c'est la nature du prêt qui par lui-même présente un danger de surendettement<sup>15</sup>.

Et force est de reconnaître que la débitrice qui avait déclaré au prêteur (la Cour de cassation a pris soin de s'assurer que le prêteur s'était renseigné sur les capacités financières de l'emprunteur) que les mensualités du prêt représentaient moins d'un dixième de ses revenus ne se trouvait pas dans une situation où l'engagement de crédit souscrit était insupportable.

14. Cass com 11 décembre 2007 : JCP éd E, 2008, 1192, note D. Legeais ; JCP 2008, II, 10055, note A. Gourio ; RTD com. 2008, p. 163, obs. D. Legeais.

15. V Cass 1<sup>re</sup> civ 6 décembre 2007, D. 2008, AJ, p. 80, obs. V. Avena-Robardet et le commentaire de cet auteur Civ. 18 février 2009, D. 2009, AJ, p. 625 ; comp. Le commentaire d'A. Gourio de ce dernier arrêt in JCP Éd. G, 2009, II, 10091 ; Adde sur les rachats de crédit voir A. Astaix sur le projet portant réforme du crédit à la consommation, D. 19 juin 2009.

C'est le second message de l'arrêt du 18 février 2009 : il n'y a pas de mise en garde sans effort de collaboration de la part des partenaires contractuels. Une telle solution est apparemment juste.

### UNE SOLUTION APPAREMMENT JUSTE : PAS DE MISE EN GARDE SANS EFFORT DE COLLABORATION DE LA PART DES PARTENAIRES CONTRACTUELS

Dans cet arrêt du 18 février 2009, comme dans d'autres de ses arrêts, la Cour de cassation s'attache à rechercher une solution équilibrée dans la lutte contre le surendettement, chacun des contractants devant faire preuve de loyauté. Il n'en demeure pas moins qu'une telle solution reste risquée pour le prêteur.

#### Une solution voulue équilibrée

On ne peut comprendre l'arrêt du 18 février 2009 sans le rapprocher de celui rendu par la même chambre le 30 octobre 2007<sup>16</sup>. Dans ce dernier arrêt, la Haute juridiction a décidé que le banquier dispensateur de crédit ne manquait pas à son obligation de mise en garde dans la mesure où l'emprunteur lui avait dissimulé l'existence de prêts en cours de remboursement, de sorte que le prêt initialement consenti devenait à tort apparemment supportable. Les Hauts magistrats ont déduit du comportement de l'emprunteur que sa déloyauté le privait d'engager la responsabilité du prêteur pour manquement à son obligation de mise en garde.

C'est dire que la Cour de cassation pose des conditions pour que l'obligation de mise en garde soit examinée par des juges du fond.

16. V. nos obs in D 2008, Jur, p. 256 et s.

## POINT ANNUEL DROIT DES MARCHÉS FINANCIERS

SÉMINAIRE D'ACTUALITÉ

### POINTS CLÉS DU PROGRAMME :

1. Panorama juridique sur les activités de banque commerciale et de BFI
2. Actualité du droit boursier et du droit des titres
3. Problématiques institutionnelles

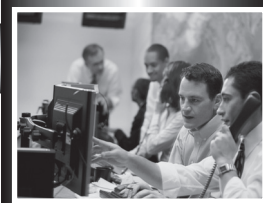
A Paris, le jeudi **19 novembre 2009** de **9h à 17h30**

### SÉMINAIRE ANIMÉ PAR :

► **M. Thierry SAMIN**,  
Responsable de la Réglementation Bancaire & Financière, Société Générale

► **M. Bertrand BREHIER**,  
Responsable Adjoint, Société Générale

Thibault Delmas - Tél : 01.44.94.14.49 - tdelmas@demos.fr - 20 rue de l'Arcade 75378 Paris Cedex 08 - www.demos.fr



 **demos**

D'une part, au stade de l'existence de l'obligation de mise en garde, l'emprunteur doit démontrer qu'il remplit les conditions pour bénéficier de la mise en garde<sup>17</sup> ou plus exactement que sa situation entre bien dans le cadre de la prévision jurisprudentielle. En bref, l'emprunteur doit collaborer et s'il omet un élément ou triche sur la réalité de sa situation économique, il doit en supporter toutes les conséquences (en quelque sorte, c'est un retour à la responsabilité sur le devant de la scène judiciaire). C'est le sens de l'arrêt du 18 février 2009.

D'autre part, au stade de l'exécution de l'obligation de mise en garde, la responsabilité du prêteur qui repose sur le fondement de l'article 1147 du Code civil n'est engagée qu'au profit des seuls emprunteurs qui auront fait preuve de loyauté<sup>18</sup>. C'est le sens de l'arrêt du 30 octobre 2007.

Au cœur du nouveau régime de la responsabilité du banquier dispensateur de crédit, souffle dans ces deux arrêts une exigence de plus en plus affirmée par la Haute juridiction d'une plus grande collaboration entre partenaires contractuels, entre le prêteur et l'emprunteur. En particulier, le prêteur doit s'assurer des capacités financières de l'emprunteur pour prévenir contre tout risque de surendettement (il y a lieu de rappeler que le devoir de mise en garde comporte en réalité trois obligations : le devoir de se renseigner, le devoir d'accorder un crédit qui ne soit pas excessif et le devoir d'alerter l'emprunteur sur le risque de non-remboursement encouru)<sup>19</sup>. Et comme nous l'avons déjà fait remarquer, le prêteur n'a pas à se transformer en détective, mais à solliciter de l'emprunteur qu'il remplisse en pratique un questionnaire accompagné des pièces justificatives sur les ressources et les charges déclarées par ce dernier<sup>20</sup>.

C'est certainement vouloir faire de la négociation entre le prêteur et l'emprunteur un lieu civilisé<sup>21</sup> ou un lieu sociable, c'est-à-dire régi par un minimum de respect mutuel entre les cocontractants. En somme, le prêteur et l'emprunteur ne doivent plus se comporter égoïstement, à savoir le prêteur se comportant comme un prédateur en accordant un crédit sans se soucier des conséquences sur la vie de l'emprunteur et l'emprunteur traitant le prêteur comme un prestataire de service servile et bon à lui consentir un crédit pour satisfaire ses désirs. Le crédit repose sur la confiance et chacun des partenaires ne doit pas se méfier de l'autre.

Dans cette optique, la solution dégagée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 18 février 2009 apparaît juste car équilibrée. Pourtant, elle reste risquée pour le prêteur.

## Une solution restant risquée

Accorder un crédit dépassant les capacités de remboursement d'un emprunteur emporte comme conséquence un engagement qui ne sera pas honoré. Le respect de la parole donnée par l'emprunteur commande que le banquier exerce pleinement son métier, à savoir maîtriser les risques d'immobilisation et d'insolvabilité. Avertir dans ces conditions l'emprunteur qu'il s'engage dangereusement (ou plus exactement demander au prêteur sans le dire et sans le forcer au nom de la non-immixtion dans les affaires de son client de maîtriser son consentement, soit de refuser d'accorder un prêt trop risqué) est la moindre des choses que l'on doit exiger du banquier lorsqu'il connaît exactement la situation de l'emprunteur.

Dans la perspective de l'arrêt du 18 février 2009, au nom de la solidarité contractuelle qui impose jusqu'à ce que le créancier fasse parfois le deuil de sa créance, il y a fort à parier que la notion de risque normal qui sera au cœur de bien des litiges fasse l'objet d'une appréciation par les juges restrictive. Mais il est vrai que la pratique bancaire doit évoluer. Il suffit de constater que devant le juge d'instance, trop d'irrégularités jalonnent les contrats de crédit et finissent par donner le sentiment d'une très grande mécanisation des échanges des consentements dans les rapports prêteurs et emprunteurs, écartant ainsi toute humanisation... Il est d'ailleurs malsain que le crédit soit devenu, par exemple, devant le juge de consommation le théâtre d'une désillusion réciproque entre prêteurs et emprunteurs. En effet, les prêteurs reprochent aux emprunteurs de vouloir tirer profit de la complexité des règles d'encadrement du crédit pour s'exonérer à bon compte. Les emprunteurs reprochent aux prêteurs de les inciter à recourir aux crédits trop facilement et les plonger dans la misère sociale.

En conclusion, pour s'en sortir, quel que soit l'effort de la Cour de cassation pour moraliser le marché du crédit, il nous semble que seule l'instauration d'un fichier positif d'endettement permettra de restaurer une plus grande loyauté dans les rapports entre prêteurs et emprunteurs car en cas de conflit, le juge saura qui a menti ou qui a triché en ne respectant pas ses obligations contractuelles. Un tel fichier pose évidemment la question des libertés individuelles, mais il n'est pas possible de continuer à multiplier l'arsenal de lutte contre le surendettement, véritable vecteur d'exclusion sociale, sans donner les moyens au juge d'être un gardien plus juste d'un marché essentiel à l'économie. À défaut, le juge ne pourra que continuer à se transformer en militant... ce qui est déjà le cas de la Cour de cassation qui a choisi, à juste titre, de lutter contre le fléau du surendettement. ■

17. V. en ce sens, Piedelièvre, préc.

18. V. notre chronique intitulée « L'exigence de loyauté dans les contrats de consommation », in *Rev. droit des affaires* octobre 2008, p. 117.

19. V. par exemple, J. Devèze, préc.

20. V. D. 2008, p. 256.

21. V. A. Bénabent, La bonne foi dans l'exécution du contrat, in « La bonne foi », *Travaux Association H. Capitant, Litec*, t XLIII, 1992, spéc p. 300 ; D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in « L'avenir du droit : mélanges en hommage à F. Terré », 1999, p. 603 et s.