



Les obligations d'information, de conseil, et de mise en garde du banquier.

publié le **08/03/2014**, vu **54508 fois**, Auteur : [Elodie Plassard](#)

Mise au point sur les obligations du banquier de tenir son client informé des risques qu'il encourt du fait de la souscription d'un emprunt.

La crise financière et ses conséquences sur les ménages ont conduit le juge à renforcer les protections de l'emprunteur en matière d'octroi de crédit, que ces derniers soient consentis envers les professionnels ou envers les non professionnels. C'est ainsi qu'ont progressivement émergé le concept d'emprunteur non averti et le devoir de mise en garde.

Le devoir de mise en garde est né d'une volonté affirmée de rendre le crédit moins dangereux à l'égard de celui qui emprunte, car il ne contracte pas avec le banquier sur un pied d'égalité. Afin de rétablir un équilibre des parties plus correct, la jurisprudence n'a cessé d'imposer de nouvelles obligations au banquier dispensateur de crédit. Il fût successivement assujéti à une obligation d'information, objective et neutre, puis à une obligation de conseil, ayant pour vocation d'orienter l'emprunteur, pour enfin être soumis à un devoir de mise en garde conférant ainsi au banquier un rôle actif. Le banquier doit donc, sans pour autant se substituer à son client, prendre part à la décision de l'emprunteur, afin que ce dernier opte pour un « crédit responsable ».

Le devoir de mise en garde impose au banquier d'alerter le client sur les risques financiers que comporte le projet. Son effectivité est toutefois contestable, dans la mesure où il ne s'agit pas pour autant d'une obligation de dissuader l'emprunteur de contracter un crédit, celui-ci conservant sa faculté de choix, en vertu du principe de non immixtion du banquier. Le devoir de mise en garde n'implique pas le volet négatif de refuser de consentir le crédit sollicité.

Fruit d'une évolution jurisprudentielle hésitante, le devoir de mise en garde n'est pas appliqué de la même manière selon la qualité de l'emprunteur. De ce fait, la jurisprudence a progressivement dégagé la notion d'emprunteur non averti (I), ce qui lui a permis de consacrer, après de multiples tentatives de responsabiliser l'action du banquier, un devoir de mise en garde, qui s'inscrit dans la lignée des obligations d'information et de conseil dont le banquier était déjà tenu à l'égard de certaines personnes (II).

I- L'émergence progressive du concept juridique d'emprunteur non averti :

La Cour de Cassation a par le passé eu recours à de multiples classifications dans le but de protéger certains types d'emprunteurs (A), pour finalement consacrer la notion d' »emprunteur non averti », dont les critères de reconnaissance sont discutables (B).

A. Une hésitation jurisprudentielle quant aux personnes à protéger dans le cadre de l'octroi de crédit :

Le banquier a un devoir de conseil et de mise en garde à l'égard de son client mais cette obligation n'est pas due envers tous les emprunteurs. En effet, il faut prendre en compte la qualité de l'emprunteur, et notamment ses compétences et son savoir en matière de crédit et de financement. Si l'emprunteur a déjà toutes les compétences pour apprécier les conséquences de l'emprunt contracté, alors le banquier ne peut se voir reprocher son manque de diligence quant à son obligation de mise en garde du client sur les risques qu'il encourt du fait de l'octroi du crédit. En cela, la détermination de la qualité de l'emprunteur est essentielle, car elle conditionne l'existence même des devoirs du banquier, et donc la mise en jeu de sa responsabilité en cas d'inexécution.

Auparavant, la jurisprudence avait opté pour diverses classifications : emprunteur profane et averti, emprunteur professionnel et non professionnel. Cela supposait que le professionnel soit conscient des risques qu'il encourt du fait de l'octroi d'un crédit, alors que le non professionnel ne l'est pas. Or, dans la réalité, ce n'est pas toujours le cas, un professionnel pouvant méconnaître les incidences financières d'un tel engagement, alors que certains particuliers, du

fait de leur expérience, peuvent être particulièrement bien au

fait des risques encourus. Cette classification étant imparfaite, les juges l'ont donc exclue.

Une certitude s'impose pour la Cour : la qualité de professionnel n'entraîne pas la qualification d'emprunteur averti comme le précise un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 11 décembre 2007 . La qualité d'emprunteur averti doit donc être déduite à partir d'éléments factuels, et non de la simple existence du statut de professionnel. Quant à la distinction entre emprunteur profane et emprunteur averti, cette dernière disparaît au profit d'emprunteur averti et non averti. Il semblerait que cela soit uniquement une modification d'ordre terminologique afin d'éviter toute ambiguïté quant à l'emprunteur profane et l'emprunteur professionnel.

Le juge a donc retenu la qualification d'emprunteur averti, par opposition à l'emprunteur non averti. Cette distinction se base sur des critères d'identification nombreux, mais parfois discutables.

B. Des critères d'identification de l'emprunteur non averti discutables :

Même si la classification emprunteur professionnel et emprunteur non professionnel est fortement contestable car le plus souvent injuste, le professionnel n'étant pas toujours conscient des risques encourus, cette typologie avait pour mérite d'être objective il était aisé de savoir si le client agissait en tant que professionnel ou non, ce qui laissait peu de place au doute lors d'un éventuel procès.

En revanche, la détermination du caractère averti ou non semble plus difficile à établir. Les juges du fond ont recours à un faisceau d'indices, comprenant par exemple la profession exercée, la fréquence des opérations et le montant du crédit demandé. De ce fait, on tient compte tant des qualités et du savoir de l'emprunteur que des caractéristiques du prêt lui-même, en étudiant notamment son importance au regard des capacités financières de l'emprunteur ou son caractère aléatoire. Les juges du fond déterminent souverainement, au vu des indices existants, si l'emprunteur est averti.

Un emprunteur averti est apte à apprécier la réalité des risques liés à la nouvelle activité entreprise, et doit avoir une bonne connaissance du secteur professionnel. Il doit aussi correctement apprécier les risques liés à l'emprunt lui-même, notamment l'importance des remboursements par rapport aux profits que doit raisonnablement générer l'activité. Si l'emprunteur ne présente pas ces aptitudes, il sera ipso facto considéré comme non averti.

L'appréciation des juges se fait donc in concreto, ce qui a pour avantage de protéger une plus grande catégorie de personnes, les professionnels pouvant être considérés comme des emprunteurs non avertis. Mais cela a pour effet d'exclure des personnes non averties les particuliers qui, de par leur expérience, ont une connaissance suffisante des enjeux en présence. Cette classification semble donc plus logique que la précédente, car elle tient plus compte de la réalité et est plus juste. Toutefois, elle présente un défaut majeur : comme toute appréciation in concreto, elle dépend du juge, et il se peut que deux juridictions différentes aient une appréciation différente de la situation d'un emprunteur. Cela rend les décisions beaucoup moins prévisibles que dans le cas de la précédente distinction, et peut conduire à appliquer le droit différemment selon le juge. D'autant plus que la Cour de cassation n'a pas consacré de critères particuliers de classification, cette dernière étant décidée souverainement par les juges du fond en fonction de faisceaux d'indices.

Cela reste malgré tout une classification pertinente, en ce qu'elle protège plus justement les personnes susceptibles de souscrire un emprunt qui leur serait préjudiciable. En effet, dès lors que le banquier se trouvera face à un emprunteur non averti, il aura l'obligation de le mettre en garde contre les risques encourus.

II- La consécration du devoir de mise en garde, complément des obligations d'information et de conseil du banquier envers l'emprunteur non averti :

La chambre mixte de la Cour de cassation a eu pour mérite de consacrer le devoir de mise en garde du banquier, après une évolution progressive de sa jurisprudence allant dans le sens du renforcement de la responsabilité du banquier à l'égard de son client (A). Cette nouvelle obligation mise à la charge du banquier modifie les règles en matière de charge de la preuve, ainsi que l'attitude du banquier quant il s'agit d'octroyer ou non un prêt (B).

A. Une évolution des obligations du banquier, du devoir de conseil au devoir de mise en garde :

L'obligation de mise en garde est issue du devoir de conseil. Elle a été consacrée pour la première fois par la 1ère Chambre Civile de la Cour de cassation le 27 juin 1995. A cette époque, la chambre commerciale faisait preuve de résistance, dans la mesure où elle a longtemps considéré que le devoir de mise en garde n'était rien d'autre qu'une

immixtion dans la sphère privée des emprunteurs, ce qui était illégal, les banquiers étant tenus par un principe de non immixtion et de non ingérence envers leurs clients. Il a donc fallu attendre 4 arrêts de principe de la 1ère Chambre Civile du 12 juillet 2005, puis un arrêt de Chambre Mixte du 29 juin 2007 pour consacrer officiellement le devoir de mise en garde du banquier.

Le devoir de mise en garde s'est affranchi du devoir de conseil pour se voir conférer une autonomie conceptuelle. Cette obligation, bien qu'étant due dans la phase précontractuelle, met en jeu la responsabilité contractuelle du banquier si elle n'est pas respectée. Elle n'est toutefois pas absolue, puisque ne sont assujettis que les prêteurs qui accordent un crédit aux emprunteurs non avertis. En effet, la jurisprudence estime que le banquier n'est pas soumis à une obligation de mise en garde envers l'emprunteur averti, et ce pour deux raisons : tout emprunteur est tenu d'une obligation de se renseigner avant de souscrire un crédit. L'emprunteur averti étant apte à comprendre les informations dont il dispose sur les risques encourus du fait de la souscription du crédit, il ne peut reprocher au banquier de ne pas l'avoir mis en garde contre des risques qu'il aurait du connaître de lui-même.

Toutefois, les emprunteurs avertis ne sont pas exclus totalement de la protection due au titre du devoir de mise en garde, car s'il s'avère que la banque détenait des informations que l'emprunteur n'avait pas, et ne pouvait se procurer quant aux risques encourus, elle est tenue d'en faire part à son client potentiel.

La responsabilité du banquier à l'égard de son client en matière d'octroi de crédit a évolué avec le temps. Le banquier invoquait autrefois le principe de non-ingérence ou de non immixtion dans les affaires de l'emprunteur, ce qui le déchargeait de toute responsabilité. Du principe de non ingérence, le juge a instauré le devoir de conseil, pour enfin laisser place au devoir de mise en garde.

Le principe de non-ingérence ou de non immixtion interdit au banquier de se substituer à son client dans la conduite de ses affaires, ce qui suppose non seulement que banquier n'est pas obligé d'intervenir pour empêcher son client d'accomplir un acte irrégulier, inopportun ou dangereux, mais aussi qu'il n'est pas en droit de refuser l'exécution d'instructions du client au motif qu'elles ne lui paraîtraient pas judicieuses.

Le devoir d'information porte sur les conditions du service sollicité. Elle se limite donc à la simple transmission de données de nature à éclairer le consentement de l'emprunteur. Il s'agit donc d'une information large, générale et non personnalisée sur les risques encourus du fait de la souscription du crédit en question. Cette obligation est très peu exigeante, tandis que le devoir de conseil est plus lourd. Il concerne l'opportunité de souscrire un prêt, dans le cas précis de la situation dans laquelle se trouve l'emprunteur. Il s'agit d'une « opinion donnée à quelqu'un sur ce qu'il convient qu'il fasse ou ne fasse pas ». Elle suppose par conséquent un choix entre plusieurs solutions, parmi lesquelles le banquier en indique une qui lui semble préférable.

L'obligation de mise en garde a pour objectif d'attirer l'attention du client sur l'opération projetée, principalement sur les risques prévisibles et non pas uniquement sur les risques théoriques. La frontière entre les notions d'information ou de renseignement, de conseil ou de mise en garde n'est pas facile à situer, mais on comprend bien par ces définition que le devoir de mise en garde suppose une action beaucoup plus poussée du banquier, qui ne doit pas se contenter d'une information générale de l'emprunteur, mais d'une information plus précise, tenant compte tant des capacités du souscripteur que des caractéristiques du crédit souscrit, et faisant état d'une analyse d'opportunité entre la solution envisagée et les autres solutions possibles pour l'emprunteur. Cette obligation est donc beaucoup plus lourde que les précédentes, dans le but clairement affiché de limiter le risque pour l'emprunteur de souscrire un emprunt nocif pour lui. On pourrait même l'assimiler à un conseil négatif, c'est à dire un conseil de ne pas faire en raison des dangers ou simplement des inconvénients encourus si ce conseil n'est pas suivi.

Le devoir de mise en garde englobe l'obligation d'information, et est consacré au détriment de l'obligation de conseil, qui elle, disparaît.

Suite aux arrêts du 29 juin 2007 destinés à unifier les jurisprudences des chambres civiles et commerciale de la Cour de Cassation, cette obligation de mise en garde du banquier est devenue un principe bien acquis. C'est notamment pourquoi, depuis ce jour, les deux chambres rendent des arrêts basés sur des motifs strictement identiques.

La consécration du devoir de mise en garde du banquier à l'égard de son client en matière d'octroi de crédit suppose en cas de litige, de rechercher à qui incombe la charge de la preuve de l'existence et de l'exécution de cette obligation.

B. Le transfert de la charge de la preuve, vers un alourdissement des obligations du banquier à l'égard de ses clients :

La question de la charge de la preuve engendre plusieurs problématiques : il convient non seulement de prouver que le banquier est effectivement redevable d'une obligation de mise en garde, mais aussi de prouver que l'obligation de mise en garde n'a pas été respectée. La distinction professionnel et non professionnel, même si elle était contestable, Copyright © 2025 Légavox.fr - Tous droits réservés

avait au moins pour mérite de faciliter le domaine de la preuve, puisque le fait de contracter avec un professionnel instaurait une présomption qui dispensait le banquier du devoir de mise en garde. Le fait d'être professionnel supposait que l'emprunteur était conscient des risques encourus en contractant.

Cependant cette présomption disparaît et laisse place à un autre mécanisme de preuve. L'existence de l'obligation de mise en garde dépend de la qualité de l'emprunteur : elle n'est due qu'après de l'emprunteur non averti. C'est pourquoi, en vertu de la maxime *Actori incumbit probatio*, c'est au demandeur d'apporter la preuve de sa qualité de non averti. S'il parvient à apporter la preuve qu'il était non averti, il lui faudra de plus démontrer que le crédit présentait des risques sur lesquels son attention aurait dû être attirée par le banquier. La preuve du caractère averti ou non peut se faire par tout moyen, puisqu'il s'agit d'un fait juridique. Le juge se basera sur un faisceau d'indices (voir supra).

Si l'emprunteur parvient à démontrer que le banquier était effectivement redevable d'une obligation de mise en garde, il faudra alors prouver que le devoir de mise en garde a bien été accompli. La preuve de la réalisation de l'obligation incombera au banquier. Cette preuve peut prendre la forme d'un document écrit à signer, à condition qu'il soit adapté à la situation du client, c'est à dire qu'il prenne en compte le montant emprunté, la capacité financière du client et les risques encourus.

Les banques devront donc prouver que l'emprunteur appartient à la catégorie d'emprunteur averti pour pouvoir être dispensées de leur devoir de mise en garde. C'est pourquoi, on peut parler ici d'une aggravation de la responsabilité des établissements de crédit, en leur faisant supporter une telle preuve. Ces changements démontrent la recherche par les juges d'un point d'équilibre entre la protection toujours souhaitable du consommateur entendu au sens large et celle de la liberté contractuelle dans une économie de marché et de la libre concurrence. Cette protection est de plus en plus souhaitable à l'heure où les micro-crédits sont un fléau pour les ménages, car elle permet de protéger les clients non initiés contre la conclusion d'actes néfastes. Mais le fait d'aggraver la responsabilité des banques, que ce soit par la mise en place d'un devoir de mise en garde envers les clients non avertis, mais aussi par le recours à d'autres mécanismes de protection, tels que l'interdiction pour le banquier de soutenir excessivement un client professionnel et averti en difficulté, n'est pas sans conséquences, la plus inquiétante étant le gel des prêts accordés en raison de la fébrilité des banquiers.