



L'OBLIGATION D'INFORMATION ET DE CONSEIL DU BANQUIER À L'ÉGARD DES PERSONNES AUX REVENUS MODESTES

SOPHIE DION*
ALAIN GHOZI**

Le droit français ne connaît pas le concept de « personnes aux revenus modestes ». Cette catégorie, à la supposer homogène, ne constitue pas le point de focalisation d'un ensemble de règles coordonnées dont elle serait l'objet. D'où la crainte d'un vide juridique, d'une méconnaissance des difficultés propres à une partie du corps social, avec le risque d'une dérive vers des situations dramatiques connues : le surendettement, voire, plus grave encore, l'exclusion. Pourtant notre système juridique connaît des mécanismes de protection qui peuvent bénéficier à ces catégories de personnes : ainsi du droit de la consommation ; ainsi de certaines règles propres à des professionnels ou à des commerçants. De plus la jurisprudence, puisant dans certains principes généraux, a su dégager des règles destinées à protéger des sujets de droit dans des activités qui ne relèvent pas directement des prescriptions légales : de la sorte, elle protège des personnes qui se trouvent dans des situations pécuniaires, voire parfois psychologiques, qui justifient une sorte d'aide à la décision. Si jamais à notre connaissance il est fait allusion à l'appartenance de la personne concernée à une catégorie de personnes disposant de faibles ressources, force est de constater que ces règles sont à même de les protéger par la prévention d'un endettement insupportable. Et, ce, qu'il s'agisse d'une personne physique, d'un commerçant individuel voire d'une personne morale.

L'enjeu est là : il s'agit de surmonter le paradoxe de notre économie. Alimentée par l'endettement, il lui faut, pour la survie des circuits financiers, éviter l'endettement excessif qu'elle traite par les différentes procédures collectives de notre système juridique : celles propres aux entreprises mais également celles qui concernent les particuliers dans le cadre de la procédure de surendettement¹. Car le processus peut aboutir à l'exclusion, parfois même sans passer par la phase du surendettement

* Maître de conférences à la Faculté de droit de Dijon

** Professeur à l'Université de Panthéon-Assas (Paris II)



propre au traitement des dettes non-professionnelles. Voilà pourquoi le banquier se trouve au cœur des réflexions : dispensateur de crédits intensément souhaités, il apparaît comme un acteur à la fois nécessaire et honni, il est considéré plus ou moins consciemment comme le responsable principal des difficultés de cet ordre, soit qu'il ait accordé trop de crédits soit qu'ils les aient refusés² ! On attend de lui des renseignements et des conseils propres à éviter les échecs.

Il en est ainsi à l'égard de tous, fortunés ou non : certes les particuliers sont concernés par l'emprunt, et l'intuition les désigne comme appartenant plus naturellement à ces catégories aux revenus modestes de notre propos. Mais il faut également évoquer la cohorte des commerçants, - les petits commerçants -, et des professionnels, et des membres des professions libérales, sans négliger les artisans et les cultivateurs. Bref ces catégories de personnes ne regroupent pas seulement des particuliers : elles appréhendent des personnes dans toutes les activités, soit qu'elles agissent dans le cadre d'entreprises individuelles peu dynamiques, soit même qu'elles opèrent dans le cadre d'une personne morale, société ou association de la loi de 1901, voire copropriété d'immeubles bâtis. On mesure alors combien la situation du banquier est délicate. Car il lui faut, selon l'activité du candidat à l'emprunt, rechercher s'il existe des dispositions protectrices spécifiques.

230

Le législateur a élaboré un corps de règles destinées à protéger des catégories de personnes selon les circonstances où elles interviennent. Il lui faudra bientôt tenir compte du développement des transactions par la machine, stipulées directement à l'abri des questions du banquier. Actuellement, souvent inspiré par les circonstances, le dispositif résulte d'une superposition de règles qui ne sont pas toujours articulées entre elles. Lacunaire, ce corps de règles a été complété par la jurisprudence au fil des décisions. Lourd, complexe, constamment enrichi ou modifié par de nouvelles lois, ce dispositif reste imparfait. A preuve : il n'endigue pas l'exclusion ! Peut-être en raison d'un constat banal : l'exclusion n'est pas la suite nécessaire de la modestie de la condition ; elle peut frapper des personnes brillantes, dynamiques, ingénieuses, à la suite d'un échec professionnel ou social grave, voire les deux. Faudrait-il en déduire que quiconque étant menacé d'exclusion du fait des risques qu'il prend dans l'exercice de sa profession doit faire l'objet de mesures de prévention et de protection spécifiques de la part de son banquier ? Sans négliger, à l'inverse, les effets pervers d'une protection trop pesante qui peut conduire certains établissements à renoncer à cette activité, privant ces personnes aux faibles revenus d'une chance d'accès à ces capitaux à même de faciliter leur réussite économique. Il y a lieu alors d'éviter que la protection excessive, ou mal pensée, enferme dans l'assistance.

Quoique le droit français essaye de tracer une voie équilibrée entre ces impératifs, le dispositif est trop complexe pour être aisément accessible,



et partant, il perd en efficacité. Le législateur perd de vue que l'une des protections les meilleures tient dans la simplicité de la loi qui en garantit l'intelligibilité aux plus démunis, les dispensant du recours à la Justice dont on sait combien il est onéreux, quand il ne dissuade pas de faire valoir ses droits. Pour nous en tenir à l'essentiel, actuellement trois corps de règles donnent la mesure des obligations du banquier : certaines concernent les consommateurs tandis que d'autres sont propres aux professionnels et commerçants, c'est à dire à des non-consommateurs ; d'autres enfin ont été dégagées par la jurisprudence qui complète, autant que faire se peut, les lacunes du dispositif législatif et accroît sa cohérence. Chaque fois on observe à la charge du banquier, réputé contractant averti, l'existence d'une obligation d'information qu'il lui faut compléter par une obligation de conseil. Ces obligations diffèrent cependant par leur intensité selon les situations et les personnes concernées. Le montrer impose des développements trop techniques au regard de notre propos, d'où des considérations plus générales, suffisantes pour connaître les grandes lignes du dispositif actuel. En raison de leur domaine d'application propre, elles seront présentées successivement, avec, sommairement, les réflexions qu'elles inspirent du point de vue de l'efficacité de la prévention de l'exclusion.

LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

231

En droit de la consommation, le banquier doit faire preuve d'une attention particulière lorsqu'il stipule avec un consommateur ; il en va de même lorsqu'il obtient l'engagement d'une caution d'un crédit à la consommation.

Dans le premier cas, le banquier, en application des règles d'ordre public du Code de la consommation, doit fournir au client consommateur les informations que la loi prescrit³, qu'il se présente à lui ou bien qu'il s'adresse à lui par la voie de la publicité⁴, qu'il s'agisse d'un contrat de prêt *stricto sensu* ou bien d'une convention de découvert, tacite ou explicite⁵, ou encore d'une ouverture de crédit utilisable par fractions⁶. Elles ont pour objet de révéler à l'emprunteur la consistance exacte de son engagement de sorte qu'il puisse s'engager en connaissance de cause. C'est d'ailleurs pourquoi le consommateur - emprunteur dispose d'un délai de rétractation une fois l'offre de crédit reçue : ayant pris conscience de l'importance de l'engagement qu'il envisage de souscrire, il lui est possible de renoncer à son engagement.

Pour être pleinement efficace, ce dispositif suppose l'aptitude du consommateur à comprendre les informations qui lui sont fournies par application de la loi : c'est pourquoi la jurisprudence impose au banquier d'aider le client à comprendre la nature et la portée des engagements qu'il envisage de souscrire. Il lui faut compléter l'information par le conseil. C'est ainsi qu'il est jugé, de façon significative de ce mouvement,



que le respect des obligations informatives prévues par la loi ne dispense pas le banquier de son obligation de conseil⁷. Pourtant ces mesures n'empêchent pas le surendettement. C'est que le banquier, comme tout débiteur d'une obligation de conseil, peut aider à la décision, il doit même parfois déconseiller voire refuser son concours mais il ne peut pas empêcher le projet car, ce faisant, il s'immiscerait dans les affaires de son client, ce qui lui est interdit par ailleurs⁸. L'obligation de conseil, qui impose de s'informer sur les attentes de l'emprunteur⁹, et dont l'efficacité pourrait être affectée par les transactions directes par la machine, trouve donc sa limite dans la nécessité de ne pas s'immiscer dans ses affaires. Telle est la difficulté majeure de la question. Elle est omniprésente.

Des mesures analogues protègent la caution d'un crédit à la consommation, du moins s'il s'agit d'une personne physique¹⁰. Elle doit prendre conscience de la gravité de son engagement : aussi doit-elle, de sa propre main, écrire une formule prescrite par la loi, qui lui révèle en quoi consiste un cautionnement simple¹¹ ou solidaire¹². En outre l'importance des sommes qu'elle pourrait devoir payer à la place du débiteur garanti qui ferait défaut doit être proportionnée à ses facultés contributives : ainsi le banquier ne peut se prévaloir du cautionnement si l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux biens et revenus de la caution. Il en irait autrement seulement si le patrimoine de celle-ci, au moment où elle est appelée, lui permettait de faire face à ses engagements¹³. De plus, l'engagement de la caution peut être indirectement lié au contrat financé si l'emprunteur - consommateur garanti a pris soin de subordonner les deux opérations¹⁴ : de la sorte, toute vicissitude du contrat financé entraînera mécaniquement la disparition du prêt et celle du cautionnement par voie de conséquence. Récemment, enfin, le dispositif de protection a été renforcé : le créancier doit informer la caution de tout incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de la somme¹⁵. Ce faisant la caution peut prendre à temps les dispositions pour limiter l'étendue de son propre engagement : il lui suffit en effet de désintéresser le créancier au plus vite pour éviter que les intérêts produits par le retard du débiteur ne courent ou ne grossissent. Faute de cette information, le créancier est déchu des pénalités ou des intérêts échus entre la date de cet incident non régularisé et la date de l'information de la caution.

Ainsi, la caution d'un crédit à la consommation se trouve protégée de différentes manières qui peuvent jouer successivement selon les circonstances : son engagement, dont elle devrait découvrir la portée en recopiant la formule de la loi, ne doit pas être disproportionné à ses ressources ; il peut se trouver lié au contrat financé et surtout elle doit être informée aussitôt qu'un incident de paiement qui pourrait la contraindre à payer n'a pas été régularisé. Manque à ce dispositif, curieusement, une protec-



tion connue de notre droit dans d'autres circonstances : l'obligation faite au créancier d'informer la caution une fois l'an des sommes restant à courir, capital et intérêts, sous peine de déchéance de son droit de recouvrer les sommes échues entre deux informations annuelles¹⁶. A vrai dire la caution n'ignore pas ce qu'il en est, du moins si elle est attentive aux documents qu'elle signe lorsqu'elle s'engage : une copie de l'échéancier des dettes de l'emprunteur doit lui être fournie lorsque celui-ci s'oblige de sorte qu'elle ne peut ignorer ce qu'elle pourrait devoir à tout moment de l'exécution de l'engagement garanti¹⁷. Encore faut-il qu'elle ait conservé ce document et qu'elle pense à le consulter. Ce qui soulève la question de savoir s'il faut, et dans l'affirmative comment, protéger les étourdis ou négligents contre eux-mêmes ?

Le domaine d'application de ces mesures doit être rappelé. Selon la loi et la jurisprudence, est consommateur la personne physique qui stipule pour la satisfaction de besoins autres que professionnels. S'agissant des personnes morales, la jurisprudence, par une interprétation analogique des dispositions équivoques du Code de la consommation, paraît assimiler à des personnes physiques celles des personnes morales qui n'exerceraient pas une activité professionnelle, du moins au regard de leur objet statutaire. Ainsi des copropriétés d'immeubles bâtis ou encore des associations ayant pour objet l'enseignement non rémunéré d'une activité¹⁸.

S'agissant d'une caution aux revenus modestes, il résulte de ces dispositions qu'elle n'est pas dépourvue de protection si elle cautionne un crédit à la consommation. En particulier le bailleur de fonds doit vérifier que les engagements qu'elle envisage de souscrire ne sont pas disproportionnés à ses propres ressources ; de plus il doit l'informer et de l'étendue de son engagement au moment de la stipulation de l'engagement garanti et de tout incident de paiement devenu définitif s'il devait intervenir. Encore faut-il, pour que ce dispositif soit pleinement efficace, que la caution comprenne les informations qui lui sont données, bref qu'elle ne soit pas modeste d'esprit pourrait-on dire. La même observation a été faite à propos de la protection des consommateurs : une chose de les informer et les conseiller, autre chose les convaincre, ne serait-ce que parce qu'ils peuvent dissimuler des informations en leur défaveur. Et qu'en sera-t-il avec le développement des transactions désincarnées par la machine ? De plus, s'il peut arriver que les personnes protégées disposent de revenus limités, il n'en est pas toujours ainsi : il est des consommateurs et des cautions riches ; il est des consommateurs et des cautions particulièrement instruits des choses pour lesquelles ils contractent ; pourtant ils sont protégés comme ceux qui ne disposent pas de leurs atouts. A l'inverse, des professionnels aux revenus parfois bien plus modestes que ces personnes échappent au dispositif légal de protection des consommateurs. C'est l'un des paradoxes du dispositif actuel.



LA PROTECTION DES NON-CONSOMMATEURS

La protection des non-consommateurs impose de distinguer entre les commerçants et les professionnels¹⁹. Maîtres de leurs affaires, et donc exposés aux risques afférents, ni les uns ni les autres ne bénéficient d'une protection légale ou réglementaire de principe pour les engagements qu'ils stipulent. Il n'en va pas de même lorsqu'ils s'obligent en qualité de caution de crédits professionnels.

Le législateur, inspiré par le souci de les protéger de graves difficultés, a, successivement, édicté une série de mesures en vue de protéger les cautions, indépendamment de leur statut juridique, non pas pour limiter leurs engagements de caution mais pour qu'elles soient clairement informées de leur étendue. De manière - oh combien - révélatrice des objectifs poursuivis ! il est intervenu dans le cadre de la *prévention des difficultés des entreprises*²⁰, puis dans leur condition de personne physique, afin de promouvoir *l'initiative et l'entreprise individuelle*²¹ et enfin à propos de *l'exclusion*²². Si l'intitulé de ces lois témoigne suffisamment d'intentions louables pour le moins, la superposition de ces textes a produit un ensemble trop complexe, parfois incohérent, fort coûteux à mettre en œuvre puisque l'opération de crédit ne peut être standardisée : elle impose un examen individualisé de la situation de l'emprunteur et de la caution le cas échéant. C'est ainsi que, d'abord, a été envisagée la condition des cautions des engagements qu'elles auraient souscrits dans le cadre de la prévention des difficultés des entreprises : alors il n'est pas apparu opportun ni de distinguer suivant que la caution et l'emprunteur constituaient des personnes physiques ou morales, ni de distinguer suivant les caractéristiques du contrat de prêt. Ensuite, pour stimuler l'initiative de l'entreprise individuelle, le dispositif a été affiné. Alors il est apparu nécessaire d'envisager plus spécifiquement la condition de l'entrepreneur individuel car, le plus souvent, il est amené à garantir sur son patrimoine propre le remboursement des sommes qu'il a empruntées pour assurer le fonctionnement de son entreprise personnelle : exposer son patrimoine personnel au titre d'un cautionnement des dettes de son entreprise personnelle le dissuaderait d'emprunter et donc stériliserait l'initiative individuelle.

En pratique, chaque fois il s'agit de garantir des crédits professionnels, chaque fois la matière s'ordonne schématiquement autour d'une division majeure : la caution est-elle une personne physique ou non ? Mais des subdivisions compliquent la question : l'emprunteur garanti est-il un entrepreneur individuel ou bien une personne morale ? Le concours financier est-il apporté par un établissement de crédit ou bien par tout bailleur de fonds ? S'agit-il enfin d'un cautionnement à durée indéterminée ou déterminée ? Parfois ces critères jouent distributivement, parfois ils se recouvrent. D'où l'enchevêtrement qui obscurcit le dispositif. Une présentation sommaire²³ suffit à s'en convaincre.



Lorsqu'une personne physique délivre un cautionnement en garantie des dettes professionnelles d'un entrepreneur individuel au bénéfice de n'importe quel créancier, un établissement de crédit le plus souvent, plusieurs protections coexistent : d'abord il n'est possible de stipuler la solidarité, dont on sait combien elle aggrave l'engagement, que s'il s'agit d'une dette limitée à « un montant global, incluant le principal, les intérêts, les frais et accessoires²⁴ ». Autrement dit, le cautionnement indéfini ne peut être que simple, ce qui atténue la gravité de l'engagement de la personne physique obligée en lui laissant le bénéfice de division et de discussion²⁵. Ensuite, qu'il s'agisse d'une dette définie²⁶, ou indéfinie²⁷, le créancier est tenu d'informer la caution, une fois l'an au moins, du montant de la créance garantie et de ses accessoires faute de quoi il est déchu de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités. Enfin, que cette caution - personne physique - garantisse un entrepreneur individuel ou une société, elle doit être informée du premier incident de paiement non régularisé ; à défaut elle est déchargée du paiement des pénalités ou intérêts de retard échus entre la date de ce premier incident et la date où elle en a été informée²⁸.

Lorsqu'une caution, personne physique ou morale cette fois, garantit un concours financier consenti par un établissement financier, et par lui seulement, à une entreprise, elle doit être informée par ce créancier une fois l'an du montant du principal, des intérêts, commissions frais et accessoires restant à courir sauf déchéance des intérêts échus depuis la précédente information. De plus, s'il s'agit d'un cautionnement à durée indéterminée, le créancier doit rappeler à la caution qu'elle dispose de la faculté de révoquer son engagement à tout moment et les conditions qu'il convient de respecter²⁹.

Lorsqu'on compare les situations, apparaissent de forts rapprochements de traitement dans la condition des cautions de crédits professionnels. La caution - personne physique - des dettes professionnelles d'un entrepreneur individuel ou d'une entreprise constituée sous forme de société, engagée à l'égard de tout créancier, y compris donc d'un établissement de crédit, bénéficie d'une série de protections : outre l'information annuelle de l'étendue de ses engagements en cours, elle est informée de tout incident de paiement non régularisé, sauf au créancier à perdre une partie de ses droits³⁰. En revanche, le législateur n'a pas prévu l'obligation d'informer la caution du premier incident de paiement non-régularisé³¹ lorsqu'elle est constituée sous la forme d'une personne morale. Ce faisant, le montant de ses engagements peut s'alourdir à son insu alors même qu'il s'agirait d'une entreprise peu florissante, ce qui l'expose à de réelles difficultés. La comparaison avec la condition de la caution d'un crédit à la consommation est encore plus éclairante : celle-ci, on le sait, est informée de la nature de son engagement puisqu'il lui faut recopier de sa propre main la formule établie par la loi ; de plus,



son engagement ne saurait être disproportionné et enfin elle doit être informée du premier incident de paiement non régularisé. En revanche, elle ne bénéficie pas de l'information annuelle du montant des engagements et intérêts restant à courir, montant qu'elle est en mesure de connaître sans trop de difficultés, il est vrai, puisqu'elle est destinataire de l'échéancier de l'emprunt garanti. Ainsi, à coup de réformes successives, le législateur parvient tant bien que mal à protéger la caution mais différemment selon qu'il s'agit d'un crédit à la consommation ou bien d'une dette professionnelle. Dans le premier cas, la personne physique, qui doit consulter ses propres documents contractuels pour connaître le poids annuel de ses engagements, est informée sur le premier incident de paiement non régularisé tandis que, dans le second cas, la caution - personne morale, elle, n'est pas protégée du tout lorsqu'elle garantit un crédit à la consommation, et, en matière de crédit professionnel, elle n'est pas informée du premier incident de paiement non-régularisé.

On atteint là les limites du système : le surendettement, et parfois même l'exclusion guettent les personnes physiques qui, pour sauver les personnes morales auxquelles elles appartiennent, prennent parfois des risques considérables. A nouveau, on vérifie que les personnes protégées ne sont pas nécessairement dépourvues de ressources, tandis que des personnes ou des professionnels peu fortunés bénéficient d'une protection plus faible du seul fait qu'ils agissent dans le cadre d'une personne morale. Faute d'agir en qualité de particuliers, ils perdent les protections élaborées en matière de crédit à la consommation. La jurisprudence l'a bien compris qui s'efforce de dégager des solutions à même de prévenir ces situations : ces règles, qui reposent sur l'obligation de renseignement et de conseil du banquier, complètent le dispositif légal. Cependant elles alourdissent le coût du crédit tout simplement parce que, on le sait, tenu de s'informer sur la condition de l'emprunteur, sur celle de la caution, sur la destination des fonds et les intentions réelles de son client - emprunteur pour le conseiller de façon pertinente, le dispensateur de crédit doit traiter tout emprunt comme une opération singulière et non pas standardisée. Pressé par le besoin, l'emprunteur peut détourner ces règles à son profit en taisant les informations qui pourraient le priver de la somme escomptée. Avec les incertitudes bien connues : cette somme peut le conduire parfois à la fortune, d'autres fois à la ruine. La jurisprudence, au fil des espèces, trace les directives permettant d'éviter ces écueils.

L'ŒUVRE DE LA JURISPRUDENCE

Par un mouvement intellectuel de même nature, la jurisprudence, qui a parfois précédé la loi, impose au banquier de renseigner, puis de conseiller le particulier, le professionnel, voire certains commerçants, pour que les engagements qu'ils envisagent correspondent à leurs facultés contributives. Cette fois, faute d'une disposition légale ou réglementaire



générale, l'obligation du banquier trouve sa source dans l'obligation faite par la jurisprudence à tous les professionnels de s'assurer que leurs clients non avertis contractent en connaissance de cause. Cette exigence, par transposition, apparaît dans tous les engagements stipulés par le banquier, aussi bien à l'égard de l'emprunteur, que de la caution ou encore de l'investisseur en bourse. La jurisprudence fournit plusieurs exemples de cette tendance. Nous nous bornerons à rapporter les décisions topiques.

A l'égard du consommateur - emprunteur, pourtant déjà protégé par le Code de la consommation, il est jugé que la fourniture des documents informatifs prévus par la loi ne dispense pas l'établissement de crédit de son devoir de conseil : il lui faut s'assurer que le client mesure la portée des engagements à venir en connaissance de cause pour le mettre en garde sur l'importance de l'endettement qui résulterait des prêts envisagés au regard de la modicité de ses ressources³².

A l'égard du professionnel emprunteur, cette fois, la jurisprudence applique la même solution : lorsqu'un agriculteur emprunte pour l'acquisition d'un tracteur, l'établissement de crédit doit s'assurer - au titre du devoir de conseil - que les charges du remboursement ne sont pas supérieures aux revenus procurés par son exploitation³³. Corrélativement, l'établissement de crédit ne commet pas de faute si la charge d'amortissement des emprunts n'est pas excessive au regard de la situation du fonds de commerce révélée par la progression régulière du chiffre d'affaires³⁴ ou par le sérieux du projet³⁵. D'une manière générale, le banquier, pour prévenir l'insolvabilité de son client, ou à tout le moins limiter son endettement, peut même cesser de lui délivrer des carnets de chèques sans s'exposer à des poursuites pour rupture abusive du crédit³⁶. On touche ici une autre difficulté de la question : le banquier, qui voudrait conseiller son client pour prévenir l'endettement excessif, s'expose à des condamnations pour rupture abusive de crédits, notamment lorsqu'elle a pu provoquer le dépôt de bilan. D'où une jurisprudence nuancée qui tient compte chaque fois de la situation réelle de l'entreprise et des espérances qu'on pouvait placer dans son redressement pour juger du comportement du dispensateur de crédit³⁷.

Les mêmes raisonnements sous-tendent les obligations du banquier à l'égard de l'investisseur en bourse. Il doit l'informer des mécanismes en cause, des risques encourus et le conseiller dans ses initiatives, et ce, du seul fait qu'il tient son compte de titres³⁸ ou qu'il intervient en qualité d'intermédiaire spécialisé³⁹ : alors on nuance l'intensité de ces obligations suivant la compétence du client, établie par l'expérience qu'il aurait pu acquérir concrètement au fil d'opérations antérieures à celle envisagée⁴⁰, sans négliger les caractéristiques du marché boursier sur lequel l'opération doit être conduite.

S'agissant de la caution, la jurisprudence complète le dispositif de la



loi par le contrôle des conditions mêmes de formation de son engagement : le banquier ne saurait valablement lui proposer de garantir un emprunt qu'il sait ne pouvoir être supporté par l'emprunteur⁴¹ pas plus qu'il ne peut valablement admettre un engagement disproportionné à son patrimoine et à ses ressources⁴².

Chaque fois la Cour de cassation invite les juges à vérifier que le banquier s'est assuré de l'adéquation des engagements envisagés par l'emprunteur, ou la caution, à ses ressources. Chaque fois, on l'observe, c'est plus la disproportion manifeste qui est sanctionnée que le niveau des ressources - envisagé en soi - qui est pris en considération. Ce qui revient à constater que ces personnes sont protégées, non pas tant du fait de la modicité de leurs revenus, mais en raison de l'écart considérable existant entre les engagements pris et leur possibilité d'exécution. Loin d'affaiblir la protection des catégories aux revenus modestes, cette jurisprudence fournit des éléments de solution par analogie, souples et efficaces. Que la caution, l'emprunteur non-consommateur, voire l'investisseur, dispose de petits revenus emporte, pour le banquier, la nécessité de redoubler de vigilance dans la pertinence des informations qu'il doit fournir pour éclairer leur décision ; de plus, il doit les aider à décider par des conseils appropriés qui peuvent aller jusqu'à les déconseiller de contracter. Il reste que ce ne sont que des conseils et que en aucune manière le banquier ne doit se substituer au client pour décider à sa place. Outre qu'il enfreindrait le principe de la non - immixtion, il priverait son client d'une chance de s'enrichir par une affaire heureuse. Il faut en effet éviter les effets pervers d'une application des obligations d'information et de conseil qui méconnaîtrait les difficultés de la situation du banquier en pareilles circonstances⁴³.

Contrairement à une opinion naïve, cette protection se paye, chèrement parfois : tout emprunt doit être traité comme une opération individualisée puisque chaque fois le banquier se doit de s'informer, parfois de façon fine pour prévenir les silences de l'emprunteur qui tairait les motifs pouvant le priver de la somme souhaitée, sans négliger les difficultés propres aux opérations désincarnées par le recours à la machine. En outre une solution d'origine jurisprudentielle peut imposer de lourds frais de justice pour sa mise en œuvre au contraire de protections issues de lois d'ordre public, moins souples il est vrai. Enfin, contrairement à une opinion mal informée, le banquier ne maîtrise pas tous les risques sinon il prendrait les affaires pour lui-même. Aussi le sanctionner de façon mécanique pourrait le conduire à renoncer à tout risque dans ce domaine en se retirant du marché du crédit aux personnes aux revenus modestes ; chaque établissement laisserait à l'autre le soin d'assumer ce type de risques. Ce faisant, de même qu'on ne prête qu'aux riches, seuls les investisseurs disposant de sérieuses garanties de paiement bénéficieraient de crédits, ce qui accroîtrait leur puissance au détriment des chances de réussite qu'on ne peut refuser



aux personnes peu fortunées, bien au contraire. La protection mal pensée se retournerait contre les intérêts de la personne à protéger. Garant des risques excessifs, le banquier ne doit pas priver la personne ne bénéficiant que de faibles ressources d'une chance de développement : c'est dire combien est délicate sa position dans ce genre de situation qui doit imposer une approche fortement circonstanciée de ses initiatives et de sa responsabilité. Chargé d'alimenter le circuit financier en disponibilités nécessaires au financement des initiatives professionnelles, il faut lui donner les moyens de prévenir les risques sans le condamner à les supprimer en privant la personne aux revenus modestes de toute chance de développement. L'obligation de conseil doit donc être encadrée afin d'aider la personne concernée à investir ; le devoir de conseil doit aider les personnes peu fortunées à l'action.

NOTES

1. Sur la question, F. Rizzo, Le traitement juridique de l'endettement, PUAM.1996, préf J. Mestre ; S. Cjidara, *L'endettement et le droit privé*, LGDJ 1999, préf A. Ghozi ; *L'endettement, mode de financement des entreprises*, Etudes du CREDA, sous la direction de A. Sayag, M. Jeantin et Y. Chaput, 2 volumes, LITEC 1997 et 1998. Pour des aspects comparatifs, *L'endettement*, Travaux de l'Association H. Capitant, LGDJ. 1997.
2. Est-il frileux le banquier qui refuse de prêter des sommes dans ces conditions, alors que, de plus, il sait ne pas pouvoir les récupérer ?
3. Art 7 D 84-708 du 24.7.1984 pris pour l'application de la loi 84-46 du 24.1.1984, *relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit*, dite loi bancaire, rattaché au Code de la consommation implicitement par l'art L. 122-3 et explicitement par les art L.122- 4 et s du même code.
4. Art L 311-4 du C.Consom en matière de crédit mobilier et L 312-4 en matière immobilière.
5. Civ 1 17.3.1998, bull n° 118 ; Civ 1. 18.2.1997, bull n° 66 ; Civ 1. 4.6.1996, n° 238.
6. Civ 1 17.3.1998, bull n° 119.
7. Civ 1. 27.6.1995 bull n° 287. Ce faisant elle applique un principe précédemment dégagé en matière de vente : Civ 1 23.4.1985, D.1985. p 558, note S. Dion.
8. Com 11.5.1999, bull n° 95 ; Civ 1. 13.2.1996, bull n° 83.
9. Com 26.3.1996, bull n° 95 ; dans le même sens, le principe que celui qui doit informer doit s'informer : Civ 1. 7.4.1998 bull n° 150.
10. Art L 313-7 et s C.Consom.
11. Art L313-7 al 2 C.Consom.
12. Art L313-8 al 2 C.Consom.
13. Art L313-10 C.Consom.
14. Il s'agit, pour le crédit mobilier à la consommation, des crédits affectés art L 311-20 et s du C.Consom et, pour les crédits immobiliers, de l' art L. 312-19.
15. Art L 341-1 du C.Consom issu de la loi 98-657 du 29.7.1998 relative à la lutte contre les exclusions.
16. L'art 2016 al 2 du Code civil, issu de la loi 98-657 du 29.7.1998 relative à la lutte contre les exclusions, pourrait, dans le silence du Code de la consommation sur ce point, s'appliquer, mais pour le seul cautionnement indéfini. En revanche il n'existe aucune disposition en matière de cautionnement défini ! Voila qui conduit à douter de la cohérence du dispositif légal.
17. Art L 311-8 du C.Consom en matière de crédit mobilier et art L 312-7 en matière de crédit immobilier.
18. Civ 1, 23 mars 1999, Bull n° 106 ; Contrats Conc Conso, novembre 1999, n° 11, n° 166 page 23, obs G Raymond. Adde sur la question l'étude de Mlle Anne Jurion, La protection des personnes morales par le droit de la consommation, Mémoire, DEA de droit des affaires, université Panthéon-Assas (Paris 2), 1999. Comp Civ 1, 15.12.1998, bull n° 366, qui juge, à propos de la location d'un photocopieur à un professionnel par une Maison des jeunes et de la culture, que « *Les dispositions de l'article L 121-21 et suivantes*



seraient restées sans effet au regard d'un démarchage accompli auprès d'une personne morale... : ici la Cour de cassation n'envisage pas l'hypothèse où - de par ses statuts - la personne morale ne poursuivrait pas d'activité professionnelle, à juste titre car l'article L.212-21 ne protège que les seules personnes physiques.

19. Il s'agit des professions libérales en particulier.

20. Art 48 de la loi 84-148 du 1^{er} mars 1984 *relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises*.

21. Art 47 II al 1 de la loi 94-126 du 11.2.1994 *relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle*.

22. Loi 98-657 du 29.7.1998 relative à la lutte contre les exclusions, art 101 à 104, en particulier l'art 104 qui introduit un alinéa 3 nouveau à l'art 47 II de la loi 94-126 du 11.2.1994 *relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle précitée*.

23. Pour une présentation approfondie, P. Crocq, obs RTDCiv 1998, 953 ; D. Legeais, *La réforme du cautionnement par la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions*, in JCP ed E 1998, n° 44, p 1724 ; S. Piedelièvre, *Cautionnement et loi relative à la lutte contre les exclusions*, JCP 1998, I.170.

24. Art 47 II al 1 de la loi 94-126 du 11.2.1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle.

25. La caution n'est alors tenue de payer qu'après que soit établie par le créancier l'insolvabilité du débiteur principal (art 2 021 et s du Code civil).

26. Art 47 II al 2 de la loi 94-126 du 11.2.1994 *relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle* qui limite cette protection au cautionnement à durée indéterminée !

27. Art 2016 al 2 du Code civil résultant de la loi *relative à la lutte contre les exclusions*.

28. Art 47 II al 3 de la loi 94-126 du 11.2.1994 *relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle*. Nouvelle incohérence de la loi : que les cautions évitent de garantir des associations de la loi de 1901 ou des copropriétés d'immeubles bâtis, par exemple !

29. Art 48 de la loi 84-148 du 1^{er} mars 1984 *relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises*. Selon le texte, l'information doit intervenir avant le 31 mars de chaque année, et la déchéance porte sur les intérêts échus depuis la précédente information alors qu'il faut indiquer le montant du principal, des intérêts, commissions frais et accessoires! Cette disposition est également applicable à la caution personne physique de l'entrepreneur individuel. A comparer avec la disposition générale prévue par le Code civil pour les cautionnements indéfinis conclus par une personne physique (2016) : il faut, *au moins annuellement...*, une information sur le montant de la créance garantie et de ces accessoires sous peine de déchéance de tous les « accessoires de la dette, frais et pénalités ». Ainsi, à s'en tenir à la lettre des textes, les situations des créanciers et des cautions sont différentes, pour le moins, alors que le problème, lui, est le même.

30. Coordination des art 48 de la loi 84-148 du 1^{er} mars 1984 *relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises* et 47 II al 3 de la loi 94-126 du 11.2.1994 *relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle*.

31. Art 47 II al 3 a contrario de la loi 94-126 du 11.2.1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle.

32. Civ 1. 27.6.1995 bull n° 287, précité.

33. Civ 1. 8.6.1994, bull n° 206 ; RTD com 1995 p 170 obs Cabrillac ; JCP ed E 1995.II.652 note D. Legeais

34. Civ 1. 27.6.1995, bull n° 287 ; Com 18.2.1997, bull n° 53.

35. Com 18.2.1997 bull n° 52 : sérieux du projet de créer un lotissement.

36. Com 6.5.1997, bull n° 116 (Un découvert de 1 000 000 F grossi jusqu'à 3 000 000 F justifie cette mesure).

37. En dernier lieu, Com 5.1.1999. Bull n° 3 et Com 11. 5. 1999, bull n° 95 avec les explications éclairantes de Mme L'Avocat général à la Cour de cassation M. C Pinot, RJDA 6/1999 p. 495 et s. Adde, D. Legeais, *Conditions de la responsabilité du banquier dispensateur de crédit*, JCP 1999, ed E, 1730.

38. Com 18.5.1993 bull n° 188.

39. Civ 1. 13.2.1996, bull n° 83 ; Com 18.2.1997, bull n° 52, précité.

40. Com 18.2.1997 bull n° 51 ; Com 20.1.1997, bull n° 41 ; Com 13.10. 1998 bull n° 296.

41. Com 23.6.1998, bull n° 208.

42. Com 17.6.1997 bull n° 188 : RTDCom 1997 p. 662 note Cabrillac ; RTDCiv 1998 p 157, obs P. Crocq, JCP 1998 n° 5 173 obs Simler, JCP E 1997 II 1007 note Legeais, Rep Defrénois 1997, art 36703 p 1424 obs L. Aynès ; déjà Civ 1. 22.10.1996, bull n° 362. Adde D. Legeais, *Petites affiches*, 30.9.1998, p. 38.

43. Lire les observations de Mme L'Avocat général à la Cour de cassation M. C Pinot, RJDA 6/1999 p. 495 et s, précitées.