De la causalité dans la responsabilité civile du prêteur

Didier R. Martin
Professeur agrégé des facultés de droit

Trait d'union d'un tort à un fait générateur, la causalité pâtit de son abstraction, spécialement en matière de responsabilité civile du prêteur où il faut expliquer ce paradoxe qu'une remise d'argent ait pu faire du mal. Aussi est-ce à l'épreuve de cette matière que s'aiguise la double fonction de la causalité : comme critère d'implication dans le dommage et comme critère de sélection de préjudice. Mais il est fréquent que, dans le contentieux, l'un ou l'autre élément de cette dualité soit sacrifié : or il ne sort pas de bonne justice d'un lien causal atrophié.*

La causalité est l'arlésienne du droit de la responsabilité civile. Nul ne l'a vue, ne la voit ni ne la verra : elle échappe à l'empire des sens. Éthérée, impalpable, incorporelle, elle relève de l'ordre de l'idée et ne s'offre qu'à l'emprise du sens. La raison seule en décide, éclairée par l'expérience et, souvent, tiraillée par le doute. Bref, trancher de la causalité participe d'un credo, d'un acte de foi, d'une pure conviction.

Cette abstraction de la causalité n'est pas exclusive. Elle singularise aussi parfois tel autre critère de la responsabilité civile. C'est le cas, d'abord, du fait générateur, notamment lorsqu'il consiste en une omission : la non-assistance à personne ou la non-délivrance d'un conseil ne laisse, par nature, aucune trace perceptible puisqu'elles ne sont qu'abstention. C'est le cas, aussi, du préjudice, notamment dans son expression morale ; mais même sa variété pécuniaire se pare-t-elle, à l'occasion, d'immatérialité, comme en atteste le lucrum cessans. Et que dire de la perte d'une chance ? En tant que privation d'une probabilité raisonnable, elle n'émarge évidemment pas à l'ordre du monde sensible.

Dans ce voisinage d'irréalité, le propre de la causalité est de n'être qu'abstraction, épreuve mentale d'une relation, souvent divinatoire, de cause à effet ; affaire «*de bon sens plus que de science*» disait Demogue (1). Or, c'est à cette épreuve du jugement, à cet exercice du bon sens que s'offre aussi le contentieux de la responsabilité civile en matière de crédit. On aurait pu en douter tant la vérification et la discussion de la causalité ont été, en cette matière, occultées par la question de la faute reprochée au prêteur. Cette relégation du rapport causal à une clause de style des décisions intervenues est, d'abord, l'œuvre des tribunaux. Pour beaucoup d'entre eux – pour trop d'entre eux – tout est dit quand la faute alléguée leur paraît établie : il leur semble alors suffire, à une motivation satisfaisante de leur décision, de relever, sans autre forme d'examen, que ladite faute «a contribué à la réalisation du préjudice» (2).

Elle est, ensuite, et pour une autre part, imputable aux établissements de crédit et à leurs conseils qui, soucieux d'endiguer le péril subversif de la faute, ont par trop laissé en jachère les terrains de la causalité et du préjudice. Or, c'est sur ces points d'ancrage aussi que se gagne, que se perd ou que s'équilibre un procès en responsabilité civile. En vérité, on comprend l'acharnement mis, par le monde bancaire à contester la faute. Car tout nouveau type de faute judiciairement reconnu est générateur d'un risque systémique : c'est, aussitôt, des milliers de réclamations, puis d'instances, qui pourront éclore et prospérer sur la foi de ce précédent, surtout s'il vient de haut. Cette amplitude du risque juridique, propre à la matière du crédit, tient à deux facteurs principaux : d'une part, le grand nombre d'opérations de crédit ; de sorte qu'une faute avérée du prêteur ouvre, par analogie et rétroactivité, sur un énorme gisement de contentieux. D'autre part, la portée même des opérations de crédit dont l'incidence ne se limite pas aux intérêts de l'emprunteur, mais s'étend aussi à ceux de ses garants et même aux tiers, fussent-ils les plus inattendus (3).

L'urgence était donc de faire barrage à la faute. Or, cette focalisation n'est pas elle-même sans inconvénient : elle alimente un cercle vicieux qui, par délaissement de la causalité et du préjudice, dispense les tribunaux eux-mêmes d'en examiner la pertinence, en sorte que, de démission en fatalisme, il devient bientôt incongru d'en débattre. On en était là. Mais voici qu'un frémissement s'observe, qu'une tendance s'affirme à rétablir ces critères de responsabilité au niveau de considération qui doit être le leur. Est-ce l'amorce d'un cercle vertueux ? On doit le souhaiter car il est temps : trop d'établissements de crédit ont été accablés par trop de condamnations aveugles et disproportionnées. Au demeurant, lesdits établissements n'ont plus le choix.

En effet, le combat pour la canalisation de la faute est achevé. On peut penser que, dans sa typologie fondamentale, le spectre de la faute bancaire, en matière de crédit, est aujourd'hui entièrement révélé et que rien n'y manque. Pas même la faute par défaut de conseil à l'emprunteur, où il faut voir une exaspération et une providence. Une exaspération d'abord en ce qu'elle exprime un devoir de hara-kiri : car qu'est-ce que conseiller à un emprunteur de ne pas donner suite à son projet d'endettement sinon s'imposer à soi-même de ne pas conclure l'opération ? Une providence ensuite – contentieuse s'entend – puisque tout emprunteur en difficulté d'amortissement pourra désormais être tenté d'imputer sa défaillance à un surendettement dû au manque de conseil du prêteur.

Concrètement, il conviendra toujours de discuter la faute prétendue dans le cas, toujours particulier, de chaque espèce. Mais, d'un point de vue général, il est un nouveau bastion à défendre : celui de la vérification de la causalité et du préjudice. À cet égard, la stratégie bancaire doit être de réintroduire ces facteurs dans le débat sur la responsabilité en matière de crédit. De contraindre donc les tribunaux, par des conclusions appropriées, à consacrer à ces critères des motifs soignés. Et de solliciter, à l'occasion, un contrôle de la Cour de cassation qui, lorsqu'elle en est saisie, sait, le cas échéant, fustiger le peu d'égard réservé par le juge à l'examen, par exemple, du lien de causalité (4).

Traditionnellement, c'est ce lien qui constitue le maillon faible du raisonnement judiciaire. De là, l'intérêt d'y apporter une attention spéciale. Car il n'est pas de responsabilité civile sans conscience nette de ce rapport de cause à effet ; sans conviction, raisonnablement étayée, de ce que la faute établie est en relation d'efficience, d'enchaînement avec le préjudice allégué. Reste alors à caractériser le lien causal. Il n'est pas inutile, pour ce faire, de remarquer qu'il consiste en un trait d'union. À condition de prendre ce vocable non pas comme une licence poétique, mais dans le sens fort d'un rapport d'explication, quasi mécaniste, du préjudice prétendu par la faute constatée. La causalité désigne l'alchimie opératoire par quoi le préjudice peut être génétiquement rattaché à la faute. Or, à la réflexion, il n'est pas rare que le préjudice ne se raccorde pas – ou pas seulement – à la faute qu'on croit, ou que la faute soit finalement étrangère – en tout ou partie – au préjudice qu'on dit. C'est en effet dans cette bivalence que réside le mystère de la causalité. Trait d'union, elle contribue à spécifier – ou à disqualifier – comme facteur de responsabilité chacun des éléments qu'elle relie. C'est assez dire que, considérée sous l'angle de la faute, elle se présente comme un critère d'implication dans le dommage (I), et que, prise sous l'angle du dommage, elle s'affirme comme un critère de sélection du préjudice (II) (5).

I La causalité, critère d'implication dans le dommage

On suppose ici la faute établie. Or, en matière de crédit, cette faute ne peut consister, génériquement, qu'en l'une de deux attitudes : soit le prêteur a fourni un crédit excessif à un emprunteur qui ne le méritait pas, ou qui n'en méritait pas tant ; soit le prêteur a interrompu brutalement, sans préavis, un concours qu'il avait promis. On serait peut-être tenté de traiter séparément la faute consistant en un défaut de conseil préalable du prêteur à l'emprunteur. Mais, à la vérité, cette hypothèse se ramène toujours à reprocher au prêteur d'avoir gratifié l'emprunteur d'une charge de crédit sans rapport avec ses facultés ou la rentabilité envisageable de son entreprise. Il ne s'agit donc que d'une variante dans la figure du crédit excessif.

La faute acquise, il convient, méthodologiquement, d'en sonder l'implication dans le dommage. À ce stade, la causalité n'est encore envisagée que d'un point de vue abstrait : il ne s'agit que de vérifier la possibilité théorique d'un rapport de la faute au dommage allégué. Ce qui suggère d'apprécier si la faute s'affirme, d'une part, comme un fait nécessaire (**A**) à la réalisation du dommage et, d'autre part, si elle figure dans cette genèse comme un fait générateur exclusif ou combiné (**B**).

A La faute, fait nécessaire

Pour pouvoir être qualifiée de fait générateur du dommage, la faute doit apparaître comme un fait nécessaire à sa réalisation ; ou, à tout le moins, comme un fait nécessaire à son aggravation. Naturellement, la preuve de ce trait incombe au demandeur en responsabilité, qui doit pourvoir à la vérification de tous les critères fondateurs de son droit prétendu à réparation. Dans l'absolu, une preuve parfaite de la causalité est quasi impossible : est-on jamais sûr, dans l'ordre immatériel, de l'enchaînement des causes aux conséquences ? Aussi, la question est-elle traditionnellement résolue par défaut, c'est-à-dire sur le mode présomptif. Il suffit dès lors au demandeur de spécifier une probabilité suffisante pour permettre au juge de supputer, par une présomption de l'homme, que la faute a été une condition nécessaire à la survenance du dommage (6). Le travail probatoire s'en trouve certes simplifié, mais la responsabilité morale du juge accrue en même proportion. C'est à lui qu'il incombe de tamiser l'ardeur causaliste de la victime par un examen contradictoire de l'implication de la faute dans le dommage : ce qui revient à jauger si – selon l'expression consacrée – la faute contient «la possibilité objective [ou raisonnable] du résultat dommageable». Deux exemples illustreront les aléas judiciaires de cette appréciation causale.

Le premier est tiré d'un arrêt de la cour d'appel de Dijon, en date du 29 avril 1999 (6 bis) qui, à tous égards, est un archétype de ce que l'on fait de pire. Il s'agissait en l'hypothèse du financement, par deux prêts importants, de l'achat d'un appartement et d'un fonds de commerce. On peut penser que si les prêts dépassaient la capacité prévisionnelle de remboursement des sociétés emprunteuses (SCI et SARL), il pouvait y avoir là un fait nécessaire au dommage subi par les cautions, gérants des sociétés et demandeurs en réparation. Mais encore fallait-il le constater et le justifier. Or, par une ellipse qui en dit long sur le processus mental du juge, la cour se contente d'énoncer «*que la [banque] a donc fait preuve de légèreté dans l'octroi des crédits, ce qui doit entraîner sa condamnation au payement de dommages intérêts…*». Où l'on voit que l'examen de la causalité est une question qui ne se pose même pas à la cour ; dans son aveuglement, elle y supplée par une pure pétition de principe quant à la responsabilité induite par la faute ; pour elle, le «fait nécessaire» est avant tout la condamnation de la banque !

Un autre exemple de difficulté réside dans l'hypothèse d'une interruption brutale de crédit suivie de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire envers l'entreprise privée de trésorerie. Si l'on suppose que le déclenchement de la procédure constitue le dommage, et que la rupture de crédit soit fautive, peut-on poser que celle-ci est impliquée dans le dommage ? Beaucoup de tribunaux, de première instance notamment, l'admettent hélas sans vergogne. Ce qu'illustre un jugement du tribunal de commerce de Versailles qui, suite au plan de cession d'une entreprise, déclare, lors d'une action subséquente en responsabilité, «*que l'arrêt définitif de l'activité de la société Somag est en relation directe de cause à effet avec la faute de la banque*» (7). La même conviction ressort d'ailleurs d'un arrêt de la Cour de cassation (8) où on lit que «*la cour d'appel, qui en a déduit que la faute de la banque était en lien direct et exclusif avec la cessation des payements de l'entreprise et son arrêt immédiat d'activité a répondu au moyen prétendument délaissé*». En vérité, cette manière de penser et de dire rappelle la théorie selon laquelle le responsable doit prendre la victime dans l'état où il la trouve : théorie en vertu de laquelle celui qui

crève l'œil valide d'un borgne doit assumer la réparation d'une cécité totale et pas seulement celle de la perte d'un œil. Mais la transposition est abusive ; car s'il n'est pas permis d'éborgner ni d'aveugler son prochain, en revanche la dénonciation d'un crédit à durée indéterminée est une faculté d'ordre public dont seule la modalité d'exercice est bancairement réglementée. Or, le défaut de respect de la modalité de mise en œuvre d'un droit ne peut évidemment se voir raccorder le même préjudice que la violation d'une interdiction. Pécher par la manière n'est pas pécher par le fond.

Du reste, la pertinence de ce distinguo est telle qu'elle s'insinue, à leur corps défendant, dans le discours des juges. À preuve, les deux décisions susvisées : le tribunal de commerce de Versailles relève ainsi que «*la décision de la banque de rompre le crédit sans accorder de préavis à, de toute évidence, privé la Somag d'une chance raisonnable de négocier avec succès un concours financier*» de remplacement ; quant à la Cour de cassation, elle note bien que, selon l'arrêt d'appel, «*le refus par la banque d'assurer l'échéance de mars 1980… a eu pour conséquence de priver [la société] d'une chance de négocier avec succès un concours extérieur…*». Où l'on voit que, par une pertinente intuition, les juges ne relient ici la faute de la banque qu'à la perte d'une chance. Si donc la faute est un «fait nécessaire», c'est seulement à l'égard de la chance perdue. Pourtant, les deux décisions n'hésitent pas à poser, ou à admettre, un «lien direct de cause à effet» entre la faute de la banque et le redressement judiciaire de son client. C'est la marque d'un vice grave de raisonnement qui pèche au moins par deux côtés. Il pèche d'abord par confusion des genres en érigeant la perte de chance en substitut d'une relation causale introuvable entre la faute et la défaillance du client, alors même que la perte de chance n'est qu'une conséquence et non pas un fait générateur. Bref, ce travers mental est connu : il consiste à prendre l'effet pour la cause. Il pèche aussi par surestimation causale de la faute. En effet, si celle-ci participe bien des antécédents du dommage, elle ne contient pas en elle-même «la possibilité objective du résultat» qu'on lui prête : interrompre un crédit n'a pas, en soi, pour résultat mécanique de conduire inexorablement, ni même vraisemblablement, à l'ouverture d'une procédure de défaillance. Ainsi, faut-il conclure – sauf postulat de stricte équivalence des conditions que le droit positif n'a jamais consacré – qu'en l'occurrence la faute s'inscrit sûrement dans la genèse du dommage, qu'elle est impliquée dans celui-ci, mais qu'elle n'en constitue pas, globalement, la cause adéquate.

Nécessaire, la faute du prêteur peut n'être pas exclusive : elle consiste alors en un fait combiné.

B La faute, fait combiné

L'hypothèse est ici celle d'une faute avérée du prêteur, mais combinée à d'autres faits susceptibles d'apparaître eux-mêmes comme des faits nécessaires à la commission du dommage. Il est fréquent qu'un même dommage procède de la combinaison de plusieurs facteurs, et la matière du crédit n'échappe pas à la banalité de cette figure. Elle la favoriserait même plutôt, car la multiplicité des acteurs concernés par la portée d'un fait de crédit augmente la probabilité qu'ils aient eux-mêmes contribué, peu ou prou, à la réalisation de leur propre dommage ou du dommage souffert par autrui. Quoi qu'il en soit, on retrouve ici le problème classique de la pluralité de causes possibles à un même dommage.

À supposer ce problème résolu, les suites en sont connues. D'une part, si la victime elle-même a joué un rôle dans la réalisation de son propre préjudice, le prêteur ne lui doit réparation qu'à proportion de la contribution causale de sa propre faute au dommage. D'autre part, si plusieurs responsables du dommage – autres que la victime – sont déterminés, chacun est tenu envers la victime de la réparer en totalité, sauf son recours contributoire contre chacun des autres à concurrence de sa participation causale au dommage (9). De là l'intérêt, pour la banque poursuivie, d'attraire le cas échéant, en la cause, tel autre responsable éventuel ; d'autant que l'imputation d'une responsabilité civile à tout autre que la victime demandeur ne peut être accueillie comme moyen de défense mais seulement par voie de demande principale ou incidente (10).

En amont de ces données, demeure la question préalable du traitement des facteurs multiples d'un même dommage. Il est dominé par un principe : sont tenus pour causes du dommage, ensemble mais dans une proportion contributive paritaire ou inégale, tous les faits nécessaires à la cristallisation du dommage. Ils forment tous, dans une mesure à préciser par le juge, des éléments constitutifs de la causalité globale : de sorte que la faute combinée de la banque ne représente plus alors qu'une fraction de cet agrégat causal, sur laquelle se règle sa part de la charge définitive de la réparation allouée. La seule matière du crédit offre des illustrations d'une telle figure où la responsabilité du dommage est, par combinaison causale, partagée entre l'établissement de crédit prêteur, impliqué par sa faute, et soit un tiers, soit la victime elle-même, impliqué par la sienne.

Le tiers peut être d'abord un ou plusieurs établissements de crédit. C'est le cas dans l'affaire du groupe Montlaur, toujours pendante devant le tribunal de commerce de Montpellier, où 82 établissements sont assignés à fin de condamnation à 34 indemnités distinctes totalisant 4 milliards de francs ! Il peut s'agir aussi d'un tiers non bancaire. Le cas se présente surtout, en pratique, lors d'un redressement judiciaire donnant lieu, grâce au zèle d'un représentant des créanciers, à la poursuite d'une banque au motif d'un soutien excessif susceptible d'avoir abusé les autres partenaires de l'entreprise et donc d'exposer sa responsabilité. Parmi les créanciers au nom desquels l'action est conduite, tels d'entre eux pourraient n'être pas innocents du préjudice collectif allégué. S'ils ne sont pas mis en cause par voie d'intervention forcée, leurs agissements, dûment invoqués, n'en sont pas moins susceptibles de valoir, au défendeur fautif, exonération de causalité.

C'est bien ce qu'illustre, de façon inattendue autant qu'édifiante, un jugement du tribunal de commerce de Paris en date du 10 septembre 1997 (11). Alors que la banque se voit imputer en l'espèce «*de graves négligences caractéristiques d'une faute*», le tribunal n'en relève pas moins que selon le rapport d'expertise, le débiteur en liquidation judiciaire «*a bénéficié d'une ressource en fonds de roulement essentiellement due aux dettes sociales et fiscales non réglées*». Il constate, à l'appui, que le passif déclaré par les institutions fiscale et sociale «*dépasse les 23 millions de francs, alors que ces organismes n'avaient entrepris aucune mesure d'exécution à l'encontre [du débiteur] et que le seul privilège publié s'élevait à 100 000 francs*». Et le tribunal de conclure «*que le lien de causalité entre la faute de la banque et le préjudice allégué par le représentant des créanciers n'est pas prouvé*».

Cette remarquable décision vaut d'être signalée à deux titres :

• Elle fournit d'abord une illustration de l'idée qu'en matière de causalité, s'il existe une forte disproportion de gravité entre deux faits nécessaires à la production du dommage, le plus grave est censé absorber le plus véniel (12) : ici l'apparence fautive de solvabilité créée par le Trésor et les organismes sociaux absorbe la contribution fautive de la banque à une survie imméritée du débiteur. La même idée se retrouve dans un arrêt de la cour d'appel de Versailles du 18 décembre 1998 (13) qui dénie à l'octroi d'un prêt le rôle d'un fait générateur de responsabilité au motif que la cause des difficultés financières de l'emprunteur ne tient qu'à lui pour avoir «délibérément organisé son surendettement» ; elle a même reçu un nihil obstat de la Cour de cassation (14).

• Elle exprime ensuite l'idée inédite – à notre connaissance – que si la responsabilité d'un tiers au procès ne peut pas être invoquée comme moyen de défense, du moins le défendeur peut-il espérer, le cas échéant, faire causalement rattacher le dommage au seul «fait nécessaire» de ce tiers.

À défaut de tiers, c'est à la faute de la victime même que la faute du prêteur se trouve parfois combinée. Et l'on sait que la contribution fautive et causale de la victime vaut, à due proportion, exonération de responsabilité du prêteur. Dans cette relation contentieuse de responsabilité du prêteur à l'emprunteur, deux questions se posent. L'une, préalable à la recherche de causalité, est celle de l'imputation même des torts. Et nul n'ignore que la première chambre civile de la Cour de cassation, volontiers larmoyante, est assez encline à faire grief au prêteur d'un manquement à une obligation de conseil (15), qu'elle surajoute à l'obligation consumériste d'information par offre préalable (16), et qui ouvre sur toutes les dérives : notamment celle dont fait montre la cour de Dijon (17) en estimant que cette obligation implique un contrôle de viabilité du projet financé. Aussi préfèrera-t-on le parti de la chambre commerciale pour laquelle le prêteur n'est pas débiteur d'une obligation de conseil envers l'emprunteur (18) et doit même s'interdire toute immixtion dans les affaires de l'emprunteur (19).

L'autre question, subséquente, est évidemment celle de l'implication causale de la faute bancaire dans le dommage éprouvé par l'emprunteur. À cet égard, et si l'on admet le principe d'une obligation de conseil du prêteur, on pressent que le fait d'avoir octroyé un crédit excessif au regard des facultés de l'emprunteur, ou de viabilité de l'opération financée, est un «fait nécessaire» à la défaillance de l'emprunteur ; donc qu'il implique la faute du prêteur dans le dommage allégué. Mais est-ce une raison pour décider, comme le fait la cour d'appel de Dijon, que les deux associés d'une SCI emprunteuse, par ailleurs cautions d'un prêt de 2 millions et d'un billet de trésorerie, doivent être dédommagés à concurrence de moitié du montant de toutes leurs obligations (20) ? L'exorbitance d'une telle sanction démontre assez que si la causalité est bien vérifiable, en l'espèce, en tant que critère d'implication de la faute dans le dommage, on s'est toutefois dispensé de spécifier le préjudice véritablement en rapport causal avec la faute. En reprochant à la banque d'avoir «fait preuve de légèreté», la cour de Dijon a vu la paille mais pas la poutre : car c'est une légèreté aussi, de la part de magistrats d'une chambre spécialisée, de méconnaître à ce point que la causalité est également un critère de sélection du préjudice.

II La causalité, critère de sélection du préjudice

Il y a, du dommage au préjudice, comme une nuance. Dans ce camaïeu sémantique, le dommage se chargerait d'une tonalité de gros et le préjudice d'une coloration de détail ; mais, dans ce pastel de sens, tamisé de synonymie, on ne jurerait de rien. Concédons cependant la nuance, fût-ce par convention. Car elle éclaire aussitôt le sujet. Elle permet de comprendre que tout n'est pas résolu quand le juge s'est assuré de l'implication de la faute bancaire dans le dommage de crédit. Qu'il reste encore à affiner, dans ce dommage global, la part de préjudice qui procède rigoureusement du «fait nécessaire» et fautif imputable à l'établissement de crédit prêteur.

En vérité, pour le demandeur à l'action en responsabilité civile, tout est simple : le préjudice égale le dommage qui égale tout son passif, ou au moins toute sa dette d'emprunt. C'est ainsi que les organes d'une procédure de redressement judiciaire réclament la condamnation de BPROP à une indemnité égale à tout l'excédent de passif (soit plus de 40 millions) (21) ; que des cautions estiment «*que la faute de la banque doit conduire à les décharger de toutes dettes*» (22) ; et, qu'à l'occasion, un emprunteur s'enhardit même à solliciter une indemnité de 350 000 francs en réparation du tort que lui aurait causé un prêt excessif de 328 000 francs (23). Il arrive, hélas, que le juge se laisse prendre au mirage de cette simplicité. C'est même ce raccourci causal d'une faute établie à un préjudice mal identifié qui constitue aujourd'hui le point faible d'une certaine jurisprudence et le risque judiciaire majeur redouté, en matière de crédit, par les responsables de contentieux des établissements de crédit.

Or, la seule causalité légitime est une causalité adéquate qui relie un fait nécessaire à un préjudice approprié. Elle appelle, quant à l'individualisation du préjudice réparable, le même soin de sélection que la cause efficiente. De ce tri, n'émergeront que des chefs de préjudice formant suites directes (A), éventuellement récapitulées dans une chance perdue (B).

A Les suites directes

Elles ont pour référence les tables de la loi : selon l'article 1151 du Code civil – conçu pour l'inexécution contractuelle mais extrapolé à toute la responsabilité civile – n'est sujet à réparation «*que ce qui est une suite immédiate et directe*» du fait dommageable. Le critère est net, franc, droit. Il est élevé aussi puisqu'il sollicite la raison pure. Sa mise en œuvre, pourtant, souffre ça et là de coûteuses bizarreries : le juge a semble-t-il, parfois, des raisons que la raison ne connaît pas ! Faut-il, par exemple, taxer de bizarrerie cet arrêt remarqué de la Cour de cassation (24) qui établit «un lien de causalité direct» entre la faute du prêteur à avoir financé imprudemment une acquisition immobilière et le défaut de payement, par l'emprunteur, des charges correspondantes de copropriété ? La décision paraît bien, au moins, douteuse. Ce dont ses auteurs pourraient avoir eu le pressentiment, comme en témoigne le soin pris par eux à préciser, en amont, que «*l'obligation au payement des charges était [elle-même] directement liée à l'acquisition du bien immobilier*». Mais l'argument n'est pas péremptoire : car deux liens directs successifs ne font nécessairement un seul lien direct continu, comme l'atteste d'ailleurs, en géométrie,

la ligne brisée ou la figure d'un polygone. Pour en finir avec cette pochade à la manière de Pothier, une question encore : la solution eut-elle été la même si la banque avait été poursuivie en responsabilité, par le Trésor public, pour non-payement de la taxe d'habitation par exemple ?

Plus sérieusement, c'est dans les hypothèses de préjudice en série que la vérification du caractère direct du préjudice laisse gravement à désirer. L'une de ces hypothèses, d'émergence récente mais déjà commune, est faite de tous les cas où l'octroi d'un crédit est jugé fautif parce que surdimensionné aux revenus de l'emprunteur ou à la rentabilité prévisionnelle de l'investissement financé. En pareil cas, le comble est judiciairement atteint si, comme il est fréquent, c'est la caution qui se plaint de pâtir, par ricochet, de l'overdose de crédit inoculée à l'emprunteur. Telle était l'occurrence dans l'espèce tranchée par l'arrêt précité de la cour de Dijon en date du 29 avril 1999. Étant posé que les cautions, très informées, n'étaient pas moins fautives que le prêteur, la cour déclare, sans aucune recherche préalable du préjudice, «*que la condamnation de l'établissement bancaire doit en conséquence être limitée à la moitié des sommes dues par les intéressés au titre des prêts en cause*».

On perçoit le syllogisme de la cour : 1) le préjudice est du montant des prêts (plus de trois millions) ; 2) les cautions victimes en sont elles-mêmes responsables à demi ; 3) donc la créance du prêteur envers elles doit être diminuée de moitié. Et l'on aura compris que le vice du raisonnement est dans la prémisse majeure. Car de quoi s'agit-il ? Tout simplement d'un cas de crédit excessif, où l'allocation de fonds a outrepassé la mesure de ce qui, dans l'espèce, pouvait paraître raisonnable, ou compatible. De sorte que, si préjudice il y a, il n'est pas de l'entier montant du crédit consenti, mais de sa seule fraction excédentaire, qu'il eut fallu déterminer et imputer causalement pour moitié au fait du prêteur. Simulons : si l'on estime l'excédent, généreusement, au tiers du montant des prêts, soit à un million, l'amputation de créance à subir par le prêteur n'est plus que de 500 000 francs et non de 1 500 000 francs à quoi aboutit le raisonnement de la cour. Un triplement du préjudice réparable ! telle est, dans une figure simple, la rançon du mépris de la causalité.

Et les choses ne s'arrangent pas, évidemment, quand la figure se complique. C'est le cas dans une autre hypothèse de préjudice en série : celle de l'octroi ou du maintien d'un crédit à une entreprise dont la situation est irrémédiablement compromise (25), ou du moins obérée par une trésorerie hors norme et des frais financiers incompatibles avec toute rentabilité (26). On sait qu'en pareil cas la faute est d'avoir indûment alimenté une survie factice de l'entreprise au dam de ses fournisseurs et créanciers, abusés par cette continuation artificielle de son activité. Au terme de quoi advient un redressement ou une liquidation judiciaire, immanquablement suivie d'une action en responsabilité engagée par le représentant des créanciers. Que réclame le demandeur ? Systématiquement, la condamnation du prêteur à une indemnité égale à l'excédent de passif de la procédure. Où il se vérifie que, par un habile détournement de procédure, la demande suggère une instance en comblement de l'insuffisance d'actif (27).

Il faut dénoncer cette perversion qui vise à déjouer toute sélection du préjudice direct. Or, en l'occurrence, le préjudice causalement reliable à la faute du prêteur ne se règle pas sur la mesure de l'insuffisance d'actif constatée à l'ouverture du redressement judiciaire. Par un retraitement nécessaire des données, il doit en être soustrait, au moins, les postes suivants :

1) le montant de l'insuffisance d'actif existant déjà à l'époque où le concours bancaire est devenu fautif ; en effet, le prêteur ne peut être responsable, au plus, que de «l'excédent de passif que son comportement a entraîné» (28) ;
2) le montant de la dépréciation des actifs induite par la seule ouverture de la procédure judiciaire, et donc étrangère à la survie, même factice, de l'entreprise ;
3) le montant des frais et honoraires de la procédure qui, pour la même raison, ne sauraient participer du préjudice causé par le prêteur ;
4) le montant du passif fiscal et social né au cours de la survie puisqu'il n'est pas en rapport avec la fausse croyance de prospérité qu'aurait suscitée le soutien du prêteur.

Pour s'en tenir là, on constate déjà que beaucoup reste à faire pour circonscrire, dans le dommage global de l'insuffisance d'actif, le préjudice spécifiquement relié au crédit devenu fautif. La même observation vaut, mais atténuée, en cas de perte d'une chance.

B La chance perdue

Elle constitue la providence de ceux qui, sans trop savoir de quoi ils souffrent, s'estiment du moins victimes de quelque chose. La chance perdue leur fournit l'ersatz opératoire d'un indicible dommage. Au vrai, en matière de crédit, il est improbable que la victime déclarée, guidée par ses conseils, s'en tienne à l'allégation d'une perte de chance. Elle aura plutôt tendance à grossir son préjudice ; de sorte que c'est au juge qu'il revient souvent de dégonfler la baudruche pour ne diagnostiquer, dans le résidu, que la perte d'une chance. Assez sagace pour repérer, sous l'avidité réparatrice du demandeur, une simple chance perdue, il arrive que le juge ne sache que faire de sa trouvaille. On a vu (29) qu'il avait parfois tendance – sans que la Cour de cassation y voie matière à censure – à en faire un substitut causal. Le procédé prospère dans les conjonctures à causalité douteuse ou fuyante. S'il peut identifier au moins une perte de chance dans les faits de l'espèce, le juge s'en saisit alors comme l'expression providentielle d'un rapport indubitable de cause à effet entre la faute de la banque et le préjudice invoqué par le demandeur. Or c'est là que gît l'erreur de raisonnement. Car la perte d'une chance n'a aucune vertu causale. Elle peut d'autant moins suppléer un introuvable rapport de cause à effet qu'elle n'est elle-même qu'un préjudice, donc une conséquence. En effet, la perte de chance représente le dommage consistant dans l'aggravation d'une probabilité funeste ou la diminution d'une probabilité heureuse. Elle ne désigne donc qu'un préjudice de substitution auquel on recourt lorsque, convaincu de l'implication de la faute dans le dommage, on ne peut raisonnablement lui prêter, comme prolongement causal, qu'une incidence sur la probabilité qu'avait la victime de subir la frustration dont elle se plaint.

L'illustration la plus topique de ce préjudice par défaut est constituée par l'hypothèse de la dénonciation brutale d'une convention d'ouverture de crédit (30). Il est sûr d'abord qu'une telle rupture ouvre sur des préjudices matériels et surtout moraux ou d'image, même quand l'emprunteur est in bonis. C'est, par exemple, ce que constate la cour d'appel de Paris en relevant, ici (31), que de la rupture inopinée du crédit «*sont nées des difficultés imprévues*», «*des perturbations dans les relations d'affaires*» du client ; ailleurs (32) , que le rejet des chèques et l'interdiction bancaire corrélative ont porté atteinte au crédit du client auprès de ses fournisseurs. Mais quid si l'annonce de la rupture est suivie – souvent le

jour même (33) – d'une déclaration de cessation des payements ? Faut-il considérer que la procédure subséquente et ses turbulences sont des suites directes de l'interruption du crédit ? On peut en douter, car si la cessation du crédit peut apparaître comme la causa proxima de l'ouverture du redressement judiciaire, elle n'en est sûrement pas la cause explicative. Celle-ci tient surtout à la situation propre de l'entreprise dont la faute de la banque n'a fait que précipiter le destin : le défaut de délivrance d'un préavis est évidemment dérisoire au regard de l'incapacité de l'entreprise à assurer sa propre survie.

Aussi le véritable préjudice induit par la rupture brutale est-il plus volontiers réduit à la perte, par l'entreprise, d'une chance de trouver un relais de trésorerie. Estimant que la causalité prétendue de l'arrêt du crédit à la défaillance de l'entreprise n'est pas établie (34), beaucoup de tribunaux n'en réservent pas moins l'éventualité d'un rapport causal à une perte de chance ; comme en témoigne l'arrêt précité de la cour d'appel de Paris, du 20 octobre 1998 qui énonce que la «*brutalité [de la rupture] a privé la société, faute de délit, d'une chance de trouver un crédit de remplacement auprès d'une autre banque*». Alors le débat se déplace. Il est, d'une part d'apprécier la probabilité même de la chance considérée : où l'on retrouve la considération du passif de l'entreprise mais comme élément d'appréciation, tant il est vrai que les établissements de crédit ne se disputent pas la clientèle des entreprises surendettées et non rentables. Il est, d'autre part, d'estimer la valeur pécuniaire de la chance perdue. Mais, à ce point, la causalité n'est déjà plus en balance puisque, par hypothèse, la cause est entendue. ■

* Extraits de l'intervention aux Matinées de Banque & Droit du 23 novembre 1999 consacrée à la «Responsabilité des banques : comment y faire face».

(1) V. aussi P. Esmein, «Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité», D. 1964, chron. p. 205.
(2) Un bon exemple en est donné par un arrêt de la cour d'appel de Dijon (1re civ. 20 mai 1999, M. Mateuil c/SA Financière Sofal) qui, après avoir voué 34 lignes en cinq alinéas à la vérification de la faute, énonce : «*Attendu qu'en accordant avec légèreté le prêt litigieux qui mettait à la charge des emprunteurs des remboursements trop importants par rapport à leurs facultés, la SA Sofal a commis une faute qui a contribué… à la réalisation du préjudice ; qu'elle sera condamnée à payer…*».
(3) V. pour un cas de responsabilité bancaire envers le syndicat des copropriétaires d'un immeuble dont, au moyen du prêt consenti, l'emprunteur avait acquis un lot : Cass. 2e civ. 2 juillet 1997 ; *Petites Affiches* 1997 n° 120, p. 9, note D. R. Martin.
(4) Cass. com. 24 mars 1992 : *Bull. civ.* IV, n° 125, *JCP éd. E* 1993, Pan. 240, obs. C. Gavalda et J. Stoufflet qui énonce : «*Attendu que, pour condamner [à la banque] à payer… une somme en principal équivalente à la totalité de l'insuffisance d'actif du débiteur, l'arrêt retient… que la réparation du préjudice causé à la masse des créanciers doit nécessairement incomber en totalité [la banque] ;*
«*Attendu qu'en statuant ainsi, sans avoir caractérisé le lien de causalité entre la faute et le dommage… la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision*».
(5) G. Marty, «La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile», *Rev. trim. dr. civ.* 1939, p. 685, n° 1.
(6) G. Viney et P. Jourdain, «Les conditions de la responsabilité», Traité de droit civil, *LGDJ*, 2e éd., n° 347.
(6 bis) Dijon, 1re civ., 29 avril 1999 (consorts Bosseaux c/CRCAM du Centre Est).
(7) Tribunal de commerce de Versailles, 13 mars 1998 (SA Somag et autres c/SA BP ROP).
(8) Cass. com. 5 mars 1996 : *D. Aff.* 1996, 485.
(9) Cass. com. 5 mars 1996 : *Bull. civ.* IV, n° 70 ; *JCP* 1996, ed. E, II, 878, note J.-P. Chazal, d'où il résulte qu'«*une cour d'appel ne peut, après avoir évalué au montant de l'insuffisance d'actif le préjudice subi, condamner la banque à n'en payer qu'une partie au motif qu'un autre créancier, admis au passif, avait, par son soutien, contribué lui aussi à présenter la situation du débiteur sous un jour favorable, alors que la banque, responsable du préjudice collectif subi par les créanciers était tenue de le réparer en totalité, sauf son recours contre celui d'entre eux à qui elle imputait une part de responsabilité dans la survenance du dommage*».
(10) Cass. com. 16 mars 1993 : *Bull. civ.* IV, n° 102, 30 janvier 1996. *Petites Affiches* 1996, n° 56, note D. R. Martin, 25 juin 1996 : *Quot. Jur.* 1996, n° 57, p. 3.
(11) Tribunal de commerce de Paris, 10 septembre 1997 (SARL Egat, STM Intérim et Bat Man c/Caixa general de depositos : inédit.
(12) G. Viney et P. Jourdain, op. cit., n° 357.
(13) Versailles, 18 décembre 1998 (M. Bell et consorts c/Société générale).
(14) Cass. com. 2 mai 1983 : *Bull. civ.* IV, n° 127 : «*Mais attendu que la cour d'appel a constaté que les facilités de trésorerie que les GIE ont [fautivement] continué à accorder à M. Dufour avaient apporté à celui-ci une aide très faible au regard du soutien financier du Crédit du Nord, sans contribuer sensiblement à aggraver sa situation ; qu'ayant, de la sorte, fait ressortir l'absence de lien direct et certain de causalité entre la faute alléguée et le dommage [subi par la masse des créanciers], elle a justifié légalement sa décision*».
(15) Cass. civ. 1re, 8 juin 1994 : *Bull. civ.* I, n° 206, *JCP ed. E.* 1995, 652, note D. Legeais ; D. Legeais et A. Bac, *J.-Cl. Commercial*, Fasc. 446, n° 11 et s.
(16) Cass. civ. 1re, 27 juin 1995 : *Bull. civ.* I, n° 287 : «*… la présentation d'une offre préalable conforme aux exigences [de la loi] ne dispense pas l'établissement de crédit de son devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur…*» ; Dijon 20 mai 1999 (M. Mateuil c. SA Sofal), inédit.
(17) Dijon, 29 avril 1999, précité.
(18) Cass. com. 18 février 1997 : *Bull. civ.* IV, n° 52.
(19) Cass. com. 16 janvier 1996 : *Quot. Jur.* 1996, n° 24, p. 3, 11 mai 1999 : *Bull. civ.* IV, n° 95 ; «*Attendu que, pour retenir la responsabilité de la banque dans l'octroi du prêt de restructuration, l'arrêt retient que ce prêt a été consenti sans établissement d'un plan de financement sérieux qui aurait démontré à la banque "l'inopportunité" de celui-ci ; Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs alors qu'elle relevait que le prêt avait été demandé par M. Menneteau et que le banquier n'a pas à s'immiscer dans la gestion des affaires de son client, la cour d'appel a violé [l'article 1147 du Code civil]*». P. Leclercq, «L'obligation de conseil du banquier dispensateur de crédit», *RJDA* avril 1995, p. 332.
(20) Dijon, 29 avril 1999, précité.
(21) Tribunal de commerce de Versailles, 13 mars 1998, précité.
(22) Dijon, 29 avril 1999, précité.
(23) Dijon, 20 mai 1999, précité.
(24) Cass. civ. 2e, 2 juillet 1997 : *Bull. civ.* IV, n° 212 ; *Petites Affiches* 1997, n° 120, p. 9, note D. R. Martin.
(25) Cass. com. 19 janvier 1983 : *Bull. civ.* IV, n° 22 ; 27 juillet 1986 : *Bull. civ.* IV, n° 171.
(26) Cass. com. 23 mai 1983 : *Bull. civ.* IV, n° 127 : D/1984 ; IR p. 89, obs. M. Vasseur.
(27) Par exemple, en ce sens : Cass. com. 5 mars 1996 : *Bull. civ.* IV, n° 70 ; D/1996, IR p. 105 ; *D. aff.* 1996, p. 525 ; 24 mars 1992 : *Bull. civ.* IV, n° 125.
(28) J. Stoufflet, note sous Casss. com. 5 décembre 1978 : *JCP* 1979, II, 1932 ; Aix-en-Provence, 16 juillet 1987 (SA Grindlays Bank c/Me H. Bor) : «*Attendu que la responsabilité de la banque ne peut être retenue que si l'existence d'un préjudice causé directement par la faute commise est établi ; qu'en l'espèce, ce préjudice est constitué par l'aggravation de l'insuffisance d'actif entre le jour où le comportement de la banque a revêtu manifestement un caractère fautif… et le jour où la faute a cessé [par l'effet] du jugement déclaratif*».
(29) Supra, n° 12 et 13.
(30) F.-J. Crédot, «La relation causale et le préjudice en cas de rupture brutale de concours bancaires», Mélanges M. Vasseur, *Banque éditeur* (à paraître).
(31) Paris, 31 janvier 1991 : D. 1992, 298, note A. Trisi : condamnation à 50 000 francs de dommages-intérêts.
(32) Paris, 28 mai 1999 (Sarl Soparef c/BNP) : condamnation à 100 000 francs de dommages-intérêts.
(33) Paris, 20 octobre 1998 (Banque Scalbert Dupont c/M. Marey) : «*… C'est le jour de la notifcation verbale de cette décision [de rupture] que la société a fait sa déclaration de cessation des payements…*».
(34) Paris, 28 mai 1999, précité : «*Considérant qu'il n'est pas établi que le terme mis par la banque aux facilités de crédit ait entraîné la cessation d'activité de la [société]…*» ; Versailles, 5 juillet 1996 (Unicrédit SA c/Société Nuggets) : *Petites Affiches* 1997, n° 9, p. 9, note D. R. Martin : «*Considérant qu'il n'est pas établi que la déclaration de cessation des payements de la société Nuggets soit la conséquence directe de l'attitude de la société Unicrédit…*».