

**UNIVERSITE ROBERT SCHUMAN
STRASBOURG
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES ET DE GESTION**

**La responsabilité civile du banquier d'une entreprise en
difficulté**

**MEMOIRE PRESENTE EN VUE DE L'OBTENTION DU
DEA DROIT DES AFFAIRES
2001-2002**

Soutenu par :
Amel Guaaybess

Sous la direction de :
Monsieur Jean-Luc Vallens

Mes remerciements

A Monsieur Jean-Luc Vallens, pour son assistance et sa rigueur.

A Monsieur Marc Lipzer, pour sa collaboration.

A Monsieur Marius Marchal, pour son soutien.

A mes parents, pour tout.

Sommaire

Introduction

Titre I : La responsabilité du banquier liée au maintien ou à l'octroi de crédit

Chapitre I : Les conditions de la mise en œuvre de l'action en responsabilité

Section I : La faute du banquier

Section II : le préjudice et le lien de causalité

Chapitre II : Le régime de l'action

Section I : Le demandeur à l'action

Section II : La réparation

Titre II : La responsabilité du banquier liée au retrait de crédit

Chapitre I : Les conditions de la responsabilité du banquier en cas de rupture de crédit

Section I : L'existence d'une ouverture de crédit

Section II : la rupture brutale d'une ouverture de crédit

Chapitre II : Sanction d'une rupture abusive

Section I : Le préjudice

Section II : L'existence du lien de causalité

Conclusion.

Liste des principales abréviations

Bull. civ. : Bulletin civil

CA : Cour d'appel

Cass.com : Cour de cassation, Chambre commerciale

D. : Recueil Dalloz

Fasc. : fascicule

Ibid : *au même endroit*

J.Cl. : Juris-Classeur

JCP : Semaine juridique

Jur. : jurisprudence

OP. Finance : Option Finance

Op. précitée : option précitée

Par ex. : par exemple

PA : Petites affiches

RD bancaire et bourse : Revue de droit bancaire et bourse

RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial

T.com : Tribunal de commerce

V. : voir

« Le problème des entreprises en difficulté est avant tout de connaître leur situation exacte »

G.Prat

Le nombre anormalement élevé de « faillites » en France révèle l'insécurité économique dans laquelle vivent les acteurs des entreprises mais aussi les partenaires de celles-ci. Cette insécurité économique liée au risque d'entreprise s'est révélée source d'une insécurité juridique croissante.

En effet, les mises en cause de chefs d'entreprise, de commissaires aux comptes, de fournisseurs et même des pouvoirs publics se sont développées et sont apparues fréquentes au moment de la liquidation des entreprises.

Mais, le développement considérable du crédit depuis une trentaine d'années, a conduit la jurisprudence, la doctrine, et le législateur à porter une attention particulière au comportement du banquier dispensateur de crédits.

Si bien que, en sus du risque économique qu'il est l'un des premiers à assumer lors de la « faillite » de son client, le banquier a dû faire face à la montée du risque juridique présenté par les multiples actions en responsabilité engagées dans le contexte d'une insuffisance d'actif constatée après l'ouverture d'une procédure collective¹.

En effet, depuis que le principe de la responsabilité civile du banquier dispensateur de crédits a été admis par la jurisprudence, il y a une trentaine d'années, sa mise en cause est devenue une mode. Ceci, depuis que ne peut plus être « ignorée la possibilité que, dans son acte de distributeur de crédits, le banquier pouvait engager sa responsabilité » et depuis qu'on s'est « avisé que, par l'apparence de crédit que son concours avait pu créer, d'autres créanciers avaient pu être abusés et que, par la brutalité de la fermeture de crédit, l'entreprise avait pu être mise en difficulté. »²

La responsabilité qu'encourt le banquier, à raison du financement fautif d'une entreprise en difficulté, peut être pénale, disciplinaire ou civile. Mais le plus souvent, le soutien artificiel du crédit de l'entreprise est simplement constitutif d'une faute civile.

C'est pourquoi, nous avons choisi de consacrer notre étude à la responsabilité civile du banquier qui soutient abusivement son client ou qui, inversement, commet un abus dans la rupture de ses concours financiers.

Le soutien abusif peut être défini comme la faute du banquier qui, en continuant d'octroyer du crédit, permet la prolongation artificielle d'une activité dont la continuité était déjà compromise et contribue ainsi à l'augmentation du passif ou à la diminution de l'actif, tout en laissant paraître une fausse apparence de prospérité.

La rupture abusive de crédit consiste, au contraire, à fermer brusquement les ouvertures de crédit antérieurement consenties, de telle sorte à précipiter la chute financière de son client, le conduisant ainsi à un état de cessation des paiements.

¹ A. Feitz, Soutien abusif : un risque croissant pour les banques. Op. Finance, 1996, p.10

² G. Prat, La responsabilité du banquier et la « faillite » de son client, Technique et documentation, 1980, p.6.

Dans les deux cas, la faute du banquier consiste en l'abus d'un droit. Et la responsabilité qu'il encourt est le corollaire de la liberté dont il bénéficie d'octroyer ou de rompre ses concours financiers. Si bien qu'il n'est pas contestable, sur le principe, que la banque n'échappe pas plus que les autres sujets de droit aux principes généraux de la responsabilité civile.

Ainsi, le banquier engage sa responsabilité contractuelle envers son client, et délictuelle envers les tiers.

Les actions en responsabilité délictuelle sont généralement engagées par les créanciers du « débiteur failli », tentés de se retourner contre celui qui reste souvent le plus « solvable ».

Il n'en demeure pas moins qu'une mise en cause systématique de la responsabilité du banquier est juridiquement difficile à fonder et ne peut qu'avoir des effets économiques pervers déjà très tôt dénoncés par la doctrine³.

La faute dans l'octroi de crédit correspond à un financement inapproprié par rapport à la situation réelle du débiteur, *a fortiori*, lorsque la situation est irrémédiablement compromise, dans ce cas, le financement sera fautif.

Or, la distribution de crédits, qui est au cœur de l'activité bancaire, procède de décisions de gestion des prêteurs professionnels, qui ce faisant, exercent leur profession.

Assurément, les banquiers ne pouvaient que mal ressentir les limites que l'on pose ainsi à leur liberté d'appréciation des risques liés aux crédits qu'ils consentent. Car ceci revient à mettre en cause ce qui semble « constituer l'un des fondements de l'activité bancaire et l'âme même du métier de banquier »⁴

Aussi, comment comprendre d'avoir à justifier à un juge des risques, qu'on est le premier à prendre en consentant un crédit? Ceci, alors que, même si « de nombreux magistrats se sont formés à la matière financière, ils sont trop peu nombreux et que tous les experts sont loin de maîtriser le métier de banquier dans ses subtilités et ses contraintes quotidiennes. »⁵

Ne pourrait-on pas y voir une certaine « insécurité judiciaire » qui s'ajoute à l'insécurité économique et juridique dans laquelle se trouve le banquier à chaque fois qu'il offre son concours à une entreprise?

Autant de questions qui risqueraient d'amener les banques « à une politique restrictive, nuisible aux clients sur lesquels les pouvoirs publics comptent le plus pour animer la croissance économique, les PME/PMI, voire les consommateurs. »⁶

Ceci étant, il ne faut pas oublier que l'octroi de crédit inconsideré comporte des risques qui peuvent être encore plus lourds de conséquences pour l'économie en général.

Car si le crédit est nécessaire, voire indispensable pour l'entreprise, il n'en demeure pas moins que celui-ci comporte des dangers lorsqu'il est consenti inopportunément. Tel est le cas lorsque l'intervention de la banque ne fait qu'aggraver le passif et « fabrique » une apparence de solvabilité trompeuse pour les créanciers qui continuent à faire confiance, à

³ J. Stoufflet, L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers, JCP, 1965, I, p.1882.

⁴ J. Stoufflet, Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit, Mélanges Cabrillac, 1999, p.517.

⁵ A. Buthurieux, La responsabilité du banquier, Litec, 1999, p.2.

⁶ J. Stoufflet, Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit, op. précitée, p.516.

un débiteur dont la situation sans issue se révèle trop tard. De telle sorte que, le nombre de créanciers augmentent pendant que la situation financière de l'entreprise s'affaiblit.

Dans un tel contexte, admettre la responsabilité du banquier peut être un moyen de prévention contre une distribution de crédits inappropriée par rapport à l'économie en général, puisqu'elle vise à protéger les créanciers qui sont des partenaires de l'entreprise, et l'entreprise elle-même.

Ces constats invitent, en conséquence, à bien circonscrire la responsabilité du banquier dispensateur de crédits pour ne pas bloquer un dispositif essentiel de notre économie : le crédit. Tout en préservant un autre dispositif essentiel de notre économie : l'entreprise⁷.

Aussi, la constatation que ces deux dispositifs sont étroitement liés peut être une explication au contrôle, *a posteriori*, qu'exercent les tribunaux sur le soutien des banques. En effet, la place dominante qu'occupent les établissements de crédit, dans l'économie en générale, leur position éminente dans la vie des affaires leur confère, a-t-on pu dire, une autorité morale au point que les concours qu'ils distribuent « contribuent au crédit général des industriels et commerçants »⁸.

Mais surtout, leur place dans le financement, en particulier, des entreprises marque une certaine situation de dépendance de celles-ci vis à vis des banques.

Ceci met en évidence le risque de conséquences préjudiciables et justifie l'obligation de prudence liée au statut spécifique des banques, ainsi que les précautions particulières auxquelles elles sont soumises dans l'exercice de leur activité principale.

Parce que l'on considère que dans certaines circonstances l'arrêt des crédits peut conduire à l'arrêt de l'exploitation des entreprises, et qu'inversement, la fourniture excessive de concours bancaires fausse les données du crédit et trompe les créanciers.

C'est pourquoi, la jurisprudence, puis le législateur sont venus prévenir le risque d'abus en matière d'octroi ou de cessation de crédit, en admettant la possibilité de la mise en jeu de la responsabilité du banquier à l'occasion de son activité de distribution du crédit. Le fondement de la responsabilité de la banque pour rupture abusive de crédit se trouve dans la loi, contrairement à la responsabilité pour soutien abusif, d'origine strictement jurisprudentielle.

En effet, le législateur, dans la loi du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, devenu article L. 313-12, alinéa 1, du Code monétaire et financier a posé le principe d'une responsabilité du banquier dans l'hypothèse d'une rupture abusive d'un crédit antérieurement consenti.

Aussi, que ce soit dans le cadre du soutien abusif ou de la rupture abusive de crédits, ce sont les règles de droit commun de la responsabilité civile qui s'appliquent⁹.

⁷ Ceci est confirmé par le fait que, pour palier aux désastres engendrés par la faillite, le législateur a posé comme objectif premier la sauvegarde de l'entreprise (article 1^{er} de la loi du 25 janvier 1985 devenu L. 620-1 du Code de commerce).

⁸ Cuignet, cité par G. Prat, La responsabilité du banquier et la faillite de son client, op. précitée, p. 11.

⁹ Articles 1147, 1382 et suivants du Code civil.

Nous savons qu'en vertu de ces règles, la recherche d'une telle responsabilité suppose l'établissement d'une faute, suivi d'un préjudice et la preuve d'un lien de causalité entre cette faute et le préjudice.

Le problème fondamental est donc celui de la faute. Ceci est d'autant plus marqué dans le cadre de notre étude qu'il s'agit d'apprécier la faute d'un professionnel¹⁰.

La faute du prêteur professionnel, en l'occurrence, est celle qui aurait, au moyen de crédits accordés à son client, permis à celui-ci de prolonger artificiellement sa vie commerciale, de sorte que ces concours n'auraient permis que d'aggraver le passif, et de tromper les tiers sur la santé de l'entreprise¹¹.

La faute est aussi celle qui consiste à rompre brusquement les crédits sur lesquels l'entreprise pouvait compter, et dont elle dépendait pour ne pas se retrouver en état de cessation des paiements.

Il convient donc en premier lieu, de s'interroger sur le contenu de la notion de crédit en tant que support de la faute du banquier.

■ Le support de l'abus

Force est de constater que les concours du banquier, supports de la faute bancaire peuvent prendre diverses formes de crédit : avances en compte courant, escompte, crédit par signature...

C'est ce que précise l'article 313-1, alinéa 1, du Code monétaire et financier¹² aux termes duquel constitue une opération de crédit « tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement ou une garantie ».

Ainsi, est-il possible de classer ces ouvertures de crédits en trois catégories : la mise à disposition immédiate de fonds, la mise à disposition future de fonds et la mise à disposition éventuelle de fonds¹³.

Outre, leur classification par leurs formes, les crédits peuvent être classés selon la durée de l'engagement : on distingue les crédits à court terme¹⁴, à moyen ou long terme.¹⁵

¹⁰ F. Grua, La responsabilité civile de celui qui fournit le moyen de causer un dommage, RTD. Civ., 1994, p.1.

¹¹ On parle dans ce cas de *soutien factice*.

¹² Article 3 de la loi du 24 janvier 1984.

¹³ G.A. Likillimba, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, op. précitée, n°16, p.17

¹⁴ Crédit dont la durée est inférieure ou égale à deux ans, il s'agit en général du découvert ou de l'escompte, il suppose un fond de roulement positif et suffisant, A.Buthurieux, op. précitée, p.212.

¹⁵ Le crédit à moyen terme est consenti pour une durée maximum de sept ans, le crédit à long terme est celui dont la durée est supérieure. L'examen de sa demande portera essentiellement sur l'équilibre de la structure financière et la capacité d'autofinancement, c'est à dire la capacité de faire face aux annuités de remboursement. Ibid.

En cas de silence sur ce point, l'ouverture de crédit est à durée indéterminée. Il ne faut pas confondre ouverture de crédit à durée indéterminée et succession de prêts à durée déterminée. En effet, il est fréquent que le crédit promis se renouvelle automatiquement, le crédit est dit alors « revolving » ou permanent. C'est par essence le cas des avances en compte courant ; mais il peut en être de même des conventions d'escomptes ou de cautionnement. Le renouvellement automatique peut aussi être stipulé dans une promesse de prêt hors compte courant.

Outre leur durée, la convention fixe un plafond de crédits appelé encore « encours maximal » ou « ligne de crédit ».

Aussi, tous ces supports, quelle que soit leur forme ou leur durée, sont-ils source de responsabilité puisque la jurisprudence ne semble pas faire de distinction.

C'est d'ailleurs ce que regrette une partie de la doctrine, car selon celle-ci ces différentes formes de crédits ne produisent pas toutes les mêmes effets de tromperie au regard des tiers¹⁶.

Par ailleurs, la question s'était également posée, de savoir si les solutions adoptées pour l'octroi de nouveaux crédits¹⁷ pouvaient être transposées au maintien d'un concours.

■ Les modalités de l'abus

Cette question est importante en pratique, puisque, dans l'affirmatif, il pourra être reproché au banquier de ne pas avoir supprimé les concours pourtant promis à son client lorsque l'entreprise aura cessé d'être digne de crédit.

La doctrine demeure partagée sur cette question. Cependant, la jurisprudence l'a admise, ne faisant donc pas de distinction entre le maintien et le renouvellement des concours bancaires. De telle sorte que, le banquier pourra être condamné pour soutien abusif en exécutant simplement une convention de découvert.

A l'inverse, il sera autorisé à rompre brutalement une ouverture de crédit lorsque l'emprunteur aura cessé d'être digne de crédit. C'est à dire lorsque, en vertu de l'article 313-12, alinéa 2 du Code monétaire et financier, l'emprunteur est dans une situation irrémédiablement compromise ou, lorsqu'il a un comportement gravement répréhensible.

Cette disposition pourrait être comprise comme l'approbation implicite du législateur de la jurisprudence relative au soutien abusif. Si bien que l'alinéa 2 de l'article L. 313-12 interprété *a contrario* servirait de fondement à la responsabilité du banquier pour soutien abusif.¹⁸

¹⁶ Notamment, G.A. Likillimba, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, op. précitée, n°16, p.17.

¹⁷ Ceux-ci comprennent notamment l'augmentation d'un découvert en compte.

¹⁸ G.A. Likillimba, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, op. précitée, n°3, p.8.

Il convient tout de même de nuancer cette affirmation dans la mesure où la notion prétorienne du soutien abusif ne consacre pas en tant que tel la notion de « comportement gravement répréhensible ». La sanction du soutien abusif est destinée à préserver l'intérêt des tiers ou de l'entreprise elle-même ou, l'intérêt des tiers à travers ceux de l'entreprise.

Tandis que la notion de comportement gravement répréhensible a été prévue par le législateur, essentiellement, pour permettre au banquier de se dégager d'une obligation contractuelle, lorsque le client se met lui-même « hors contrat »¹⁹.

Il est vrai qu'il est souvent dit que le client cesse d'être « digne de crédit » lorsqu'il a un comportement gravement répréhensible. Mais, la notion de « dignité de crédit » dont nous avons précédemment parlé pour poser les limites de la légitimité du soutien bancaire se réfère à l'opportunité **financière** du crédit au regard de la **situation de l'entreprise**, et non au regard du comportement de l'emprunteur.

En effet, si nous avons retenu cette expression de « dignité du crédit », c'est parce qu'elle nous permettra d'intégrer la dualité de faute que peut contenir la dispense de crédit.

Car, le crédit cesse d'être « digne » ou *devient fautif*, lorsqu'il est inapproprié, soit du fait de son ampleur ou de ses modalités de remboursement, soit parce que la situation du débiteur est d'ores et déjà compromise.

Autrement dit, le crédit cesse d'être digne lorsqu'il s'avère manifestement inopportun pour l'entreprise, inapproprié à la situation financière de celle-ci.

Néanmoins, il demeure un lien essentiel dans l'appréciation du caractère abusif entre le soutien et la rupture de crédits.

En effet, si le banquier ne rompt pas le crédit à un débiteur en situation irrémédiablement compromise, il pourra voir sa responsabilité engagée pour soutien abusif.

En revanche, s'il rompt le crédit à un débiteur dont la situation n'est pas irrémédiablement compromise, sa responsabilité pourra être engagée pour rupture abusive de crédit.

La marge de manœuvre du banquier est donc extrêmement étroite. Et c'est autour de cette notion de situation irrémédiablement compromise que tout se joue.

■ La notion de situation irrémédiablement compromise en tant que critère d'appréciation de l'abus

Situation souverainement appréciée par les juges du fond dont il nous sera difficile de donner une réelle définition²⁰.

▲ La situation irrémédiablement compromise se distingue de l'état de cessation des paiements²¹.

¹⁹ Nous verrons, en effet, que le plus souvent le comportement gravement répréhensible se rapproche d'une inexécution contractuelle ou d'une infraction pénale.

²⁰ La terminologie est d'ailleurs variable, nous utiliserons, indifféremment, d'autres expressions équivalentes, telles que : situation sans issue, situation désespérée, situation obérée, situation compromise...

²¹ Selon l'article L.621-1 du Code de commerce (article 3 de la loi du 25 janvier) l'état de cessation des paiements se traduit par « l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible ». Mais la jurisprudence a adopté une interprétation restrictive de la notion de passif exigible; elle considère en effet que le passif à prendre en considération, est le passif exigible et *exigé*, dès lors que le créancier est libre de faire crédit au débiteur. V. cass.com, 28 avril 1998, JCP E, 1998, p.1927, note G.A. Likillimba.

En effet, pour le législateur, depuis 1985, la cessation des paiements n'est plus définie par une situation « irrémédiablement compromise »²², et la jurisprudence estime que l'ouverture d'un redressement judiciaire ne constituait pas en soi une telle situation.

Aussi, les juges sont-ils encore amenés à rappeler que « la notion de la situation irrémédiablement compromise ne saurait se confondre avec celle de l'état de la cessation des paiements ou avec l'état de redressement judiciaire ; en décider autrement reviendrait à vider de son sens l'article 1^{er} de la loi du 25 janvier 1985 »²³.

Selon les juges, l'entreprise en situation irrémédiablement compromise, au sens de l'article 60 de la loi bancaire (devenu article 313-12 du Code monétaire et financier), serait celle d'une entreprise vouée inéluctablement à une liquidation judiciaire.

C'est le même sens qui a été retenu en matière de responsabilité bancaire pour octroi abusif de crédit²⁴.

Or, pour juger que la situation était irrémédiablement compromise, la Cour d'appel de Paris²⁵ s'est référée à l'issue de la procédure collective.

En effet, elle a jugé que, puisque la procédure collective (ultérieure à l'octroi de crédit) débouchait sur une liquidation judiciaire, la situation était irrémédiablement compromise au moment où la banque a consenti le crédit.

Si bien que, cette même banque serait également fautive d'interrompre ses crédits brutalement, si au contraire, la procédure débouchait sur un redressement judiciaire.

Nous pensons avec certains auteurs²⁶, qu'une telle interprétation n'est pas tenable.

Car, celle-ci reviendrait à obliger le banquier à apprécier la situation de l'entreprise par rapport à l'issue d'une procédure collective qui n'a pas encore été ouverte !

Or, ces auteurs estiment, à juste titre, que la situation irrémédiablement compromise « s'analyse par rapport à une situation d'entreprise qui n'est plus *in bonis*, c'est à dire d'une entreprise qui, étant en état de cessation consommée ou virtuelle des paiements, n'a d'autre ressource que de recourir à une procédure collective ».

Cette appréciation de la situation, qui doit être faite au moment du maintien ou de la rupture de crédit est assurément plus réaliste est moins délicate pour le banquier.

Car, son analyse de la santé financière lui permet seulement de vérifier si l'équilibre financier est compromis ou non, et s'il existe ou non des perspectives sérieuses de redressement en dehors de l'ouverture d'une procédure collective.

Il lui suffirait donc de constater que l'ouverture d'une procédure collective était inévitable ou non, sans préjuger de ce qui pourrait se passer au-delà.

C'est d'ailleurs ce qu'a jugé récemment la Cour de cassation²⁷ en affirmant clairement que le fait qu'une société ait pu finalement présenter un plan de continuation ne suffit pas à

²² La situation irrémédiablement compromise était la référence retenue par la jurisprudence antérieure à 1979 comme critère de la cessation de paiements.

²³ CA Paris, 15^{ème} Ch. Sect.A, 20 octobre 1998, R.D. Bancaire et bourse, 1999, p.30, obs. J. Crédot et Y. Gérard.

²⁴ CA Paris, 15^{ème} Ch. Sect.A, 1^{er} décembre 1998, *ibid*.

²⁵ *Ibid*.

²⁶ J. Crédot et Y. Gérard sous CA Paris, 15^{ème} Ch. Sect.A, 20 octobre 1998 et CA Paris, 15^{ème} Ch. Sect.A, 1^{er} décembre 1998, précités.

exclure la situation qui était considérée comme irrémédiablement compromise par le banquier, avant le jugement d'ouverture et l'adoption de mesures de report et de restructuration de la dette.

En d'autres termes, il faut considérer qu'une entreprise n'est pas en situation irrémédiablement compromise, si elle paraît en mesure d'être redressée sans avoir à solliciter l'ouverture d'une procédure.

Ces observations ont permis à certains auteurs²⁸ d'en déduire que la notion de situation irrémédiablement compromise appréciée avant toute procédure collective se confondait nécessairement avec un état de cessation des paiements, dès lors que l'entreprise dans une telle situation était contrainte à se soumettre à la procédure judiciaire de redressement. Et dès lors que, la date de cessation des paiements reportée par les tribunaux correspondait, en règle générale, à celle à laquelle l'entreprise se trouvait en situation irrémédiablement compromise.

Il est vrai qu'« en règle générale », dans la pratique, les tribunaux reconnaissent souvent la situation irrémédiablement compromise au moment de la cessation des paiements²⁹.

Mais la doctrine majoritaire refuse d'assimiler les deux notions, la cessation des paiements ne signifiant pas forcément la situation irrémédiablement compromise, lorsqu'elle est seulement due à une insuffisance de liquidités, et que le montant des dettes impayées reste faible.

Inversement, la situation pouvant être irrémédiablement compromise avant même la cessation des paiements, si le débiteur dispose de liquidités suffisantes pour faire face, temporairement, au passif exigible et exigé. Tel est le cas, par exemple, lorsque la perte d'actif est supérieure à la moitié du capital social et que l'importance du passif social et fiscal rend l'arrêt de l'exploitation inéluctable.

Cependant, une telle situation de précarité rendrait naturellement un dépôt de bilan inéluctable. Or, l'imminence de l'état de cessation des paiements, en l'occurrence, nous oblige à admettre que, la frontière entre les deux notions est pour le moins difficile à situer. Il incombe toutefois au banquier d'en faire la distinction au moment où il prend la décision de rompre ou de maintenir ses concours.

Concrètement, il faut apprécier la notion selon qu'elle se situe en dehors d'une procédure collective ou au contraire après qu'une telle procédure ait été ouverte.

A ce titre, nous pouvons reprendre la définition retenue par Patrice Bouteiller³⁰, selon laquelle, la situation irrémédiablement compromise se caractérise « par la situation d'une entreprise dans l'incapacité, et faute de perspectives commerciales et-ou de gestion sérieuses et réalistes, de maintenir ou de rétablir son équilibre financier sans être contrainte de se soumettre à une procédure collective ».

²⁷ Cass.com., 19 octobre 1999, Bull. civ., IV, n° 167.

²⁸ J. Crédot et Y. Gérard sous CA Paris, 15^{ème} Ch. Sect.A, 20 octobre 1998 et CA Paris, 15^{ème} Ch. Sect.A, 1^{er} décembre 1998, précités.

²⁹ V. note D. Vidal, sous Cass. com., 3 novembre 1992, JCP E, 1993, II, n°402, p.47

³⁰ Redressement et liquidation judiciaires, J-cl., op. précitée, n°37.

En revanche, lorsque la procédure collective est ouverte, la situation irrémédiablement compromise autorisant la banque sous sa propre responsabilité, à rompre immédiatement les concours, « se caractérise par l'absence de toute solution, conduisant l'entreprise vers une liquidation judiciaire inévitable ».

Selon ces termes, la situation compromise serait plus facilement constatée lorsqu'elle se situe hors procédure, puisqu'elle impose une possibilité de redressement pour l'entreprise de son seul chef, c'est à dire sans la protection du tribunal³¹.

Nous pouvons même en conclure que, avant toute ouverture de procédure la notion pourrait, en pratique, (rien ne s'y oppose) se traduire par l'état de cessation des paiements. Cette solution placerait donc le banquier dans une situation moins inconfortable, c'est à dire plus facile à apprécier, que celle où l'ouverture d'une procédure est prononcée.

En effet, cette seconde hypothèse oblige le banquier à écarter le critère de la cessation des paiements dans son analyse de la situation. Le contraire reviendrait à dénier l'objectif premier de loi de 1985 qui est le redressement de l'entreprise, par l'ouverture d'une procédure, suite à la constatation de l'état de cessation des paiements.

Si bien que l'appréciation du banquier, ici, sera quelque peu subjective puisqu'il doit s'assurer de l'absence « de solution », malgré l'intervention du tribunal de commerce, s'il veut rompre les crédits. Et inversement, qu'il existe une solution s'il décide de maintenir ou de renouveler ses concours.

De surcroît, il doit envisager la liquidation judiciaire alors que celle-ci n'a pas encore été prononcée par l'autorité compétente.

En d'autres termes, le banquier doit non seulement se prononcer avant que les juges ne le fassent, mais en outre, il doit prouver qu'il a eu raison de le faire dans le cadre de sa mise en cause pour rupture abusive³². Cependant, nous savons, depuis le 19 octobre 1999³³, que bien que ce ne soit pas la liquidation judiciaire qui ait été finalement prononcée, la situation pouvait être jugée irrémédiablement compromise lorsque la banque a décidé de rompre le crédit. Comment, pourrait-on dénier l'application de cette solution lorsqu'une procédure est déjà ouverte ? Il nous paraît difficile, en toute logique, d'expliquer l'application d'une telle distinction.

Il faut rappeler également le caractère paradoxal de la condition selon laquelle l'entreprise doit être vouée à la liquidation judiciaire, alors même qu'elle n'avait pas été immédiatement prononcée.

La doctrine propose, par ailleurs, d'autres critères d'appréciation.

Notamment, Madame Campana considère qu'il ne faut pas se placer du point de vue de l'entreprise, mais de celui de la banque créancière, puisqu'est en cause une

³¹ Assurément, le redressement de l'entreprise dans le cadre de la loi de 1985 est **parfois** possible grâce aux mesures contraignantes pour les créanciers, et exorbitantes du droit commun. En particulier, l'article 47 de la loi, devenu L.621-40, celui-ci imposant la suspension des poursuites (ou *interruption* en réalité), offre un temps de répit au débiteur et permet ainsi d'envisager le redressement de l'entreprise lorsqu'il continue à bénéficier de soutiens bancaires.

³² En effet, en vertu de la loi bancaire de 1984, il appartient désormais à la banque de prouver que la situation était irrémédiablement compromise au moment où elle a rompu le crédit sans préavis.

³³ Cass. com., 19 octobre 1999, précité.

disposition de la loi bancaire qui serait destinée de toute évidence à la protection des banques³⁴. Et qu'ainsi la situation serait irrémédiablement compromise aux yeux du banquier lorsqu'il perd tout espoir de remboursement décent, même si l'entreprise peut être sauvée au prix d'une cession pour un prix dérisoire qui ne procurerait aux créanciers qu'un dividende symbolique.

Il s'agit donc d'une définition de la notion qui se place du point de vue des créanciers de l'entreprise et non pas de celui de l'entreprise elle-même³⁵.

Il est certain que ce point de vue faciliterait l'appréciation qui doit être faite par le banquier de la situation de son client. Ceci justifierait, en outre, le devoir de vigilance particulier qu'il doit respecter en vertu de sa place de créancier privilégié. Car, s'il est le mieux placé pour connaître la position financière de son client, c'est surtout en fonction des moyens dont il dispose en tant que créancier.

Il convient tout de même, d'apporter quelques précisions et de tenter d'expliquer pourquoi la jurisprudence ne semble pas aller dans ce sens.

En premier lieu, si l'alinéa 2 de l'article 313-12 semble destiné à protéger les banques, le premier alinéa était plutôt destiné à « renforcer la protection des entreprises contre les risques graves que leur fait courir la perte brutale d'un financement ».³⁶

En outre, et surtout, la recherche de la faute du banquier, dans son analyse de la situation, se place dans le contexte du droit des procédures collectives.

Or, nous savons que la loi de du 25 janvier 1985 s'intéresse, en priorité, à la situation de l'entreprise, et non à celle des créanciers.

Certes, la reconnaissance du soutien abusif permet, principalement, de sanctionner l'atteinte aux intérêts des créanciers, mais ceci relève du principe du droit à réparation d'un préjudice. Or, ce préjudice ne peut être reconnu qu'après la constatation d'une faute.

La faute, en l'occurrence, s'apprécie par rapport à la situation de l'entreprise elle-même (et non par rapport à celle des créanciers).

C'est d'ailleurs pour cette raison que la jurisprudence s'attache à distinguer l'état de cessation des paiements de la situation irrémédiablement compromise. Car, obliger le dispensateur de crédit à cesser son soutien dès lors que l'entreprise cliente est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible et exigé avec l'actif disponible est difficilement compatible avec le droit reconnu au banquier par la jurisprudence d'aider une entreprise en difficulté. Ceci, serait en outre, une entrave au passage du « droit des faillites » au « droit des entreprises en difficultés » opéré par le législateur de 1985.

Nous pouvons en déduire par conséquent que, à travers le principe de distinction de la situation irrémédiablement compromise de l'état de cessation des paiements, la jurisprudence a pu dégager la notion de « situation difficile ».

³⁴ La notion de situation irrémédiablement compromise à laquelle se réfère la loi bancaire (article 313-12, alinéa 2, du Code monétaire et financier) est la même que celle qui est utilisée par la jurisprudence en matière de soutien abusif.

³⁵ M.-J. Campana, L'incidence du redressement judiciaire sur les créances bancaires, in La banque et l'entreprise en difficulté, Colloque Toulouse 1989, Banque éditeur, p. 237.

³⁶ C. Gavalda et J. Stoufflet, Droit bancaire, Litec, 1999, n°386, p.189.

▲ Ainsi, faut-il, en outre, **distinguer la situation irrémédiablement compromise de la situation difficile.**

Naturellement, si une entreprise a besoin de crédits pour poursuivre son exploitation, ceci est d'autant plus vrai, lorsqu'elle traverse des moments difficiles.

Si bien que la responsabilité du banquier ne pourra pas être mise en cause pour avoir maintenu ou même renouveler ses concours. Inversement, une telle situation ne suffira pas à justifier le retrait brutal du crédit.

Ceci explique la jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation selon laquelle, il ne peut être reproché à une banque d'avoir continué d'accorder des crédits à une entreprise qui se trouvait momentanément dans un état de cessation de paiements, dès lors que cette entreprise était encore en mesure de faire l'objet d'un plan de redressement crédible.³⁷

Le banquier peut, ainsi retarder l'état de cessation des paiements sans engager sa responsabilité.

Par ailleurs, le banquier peut retarder l'état de cessation des paiements, non pas en octroyant de nouveaux crédits, mais, simplement, en n'exigeant pas le recouvrement d'une créance échue. Si bien que, l'emprunteur serait en état de cessation des paiements « virtuelle ».

Or, le fait de ne pas exiger le paiement de sa créance doit être considéré comme le maintien d'un crédit consenti.

Dans ce cas, du banquier en maintenant ses crédits pourra engager sa responsabilité.

A moins qu'il puisse démontrer que ses concours étaient de nature à éviter des pertes ou encore à redresser la situation financière de l'entreprise.

Autrement dit, le soutien bancaire échappe à toute responsabilité lorsqu'il est destiné à surmonter l'étape passagère que constitue la situation difficile ou lorsqu'il aura freiné l'aggravation du passif.

Ceci étant, la notion de « situation difficile » n'est pas plus clairement définie que les notions précédentes, il s'agira toujours d'une appréciation risquée pour le banquier.

Au point que l'on se demande s'il existe une situation où le banquier ne prend pas de risque juridique en offrant ses concours (ou en les retirant) qui sont déjà, par essence, source de risque économique.

Un des éléments de réponse à cette question peut être apporté par l'étude du sort des crédits consentis dans le cadre des procédures collectives.

³⁷ Cass. com., 15 juin 1993, JCP, E, 1993, pan. 1070.

■ Les crédits consentis dans le cadre des procédures collectives peuvent-ils être source d'un abus?

Dans le cadre d'une **procédure de règlement amiable** institué par l'article L 611-3 du Code de commerce³⁸ pour les entreprises connaissant des difficultés, sans toutefois être en cessation des paiements, de nouveaux crédits sont presque toujours sollicités. Ainsi donc le conciliateur a-t-il pour première obligation légale de vérifier que l'entreprise pour laquelle il s'est vu confier une mission de conciliation n'est pas en état de cessation des paiements. Dans le cas contraire, cette procédure amiable ne peut être mise en œuvre et on doit recourir aux procédures collectives prévues par les articles L 620-1 et suivants du Code de commerce³⁹.

Cette condition devrait donc avoir pour effet de rendre impossible, en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure collective, la remontée de la date de cessation des paiements à une date antérieure à celle de l'ouverture d'une procédure amiable puisque, par hypothèse légale, l'entreprise n'était pas alors en état de cessation des paiements.

Ceci aurait dû constituer une garantie sérieuse pour le banquier.

Or, les tribunaux de commerce, lorsqu'ils sont ultérieurement saisis d'une déclaration de cessation des paiements et d'une demande d'ouverture d'une procédure collective, ne s'estiment pas liés par la décision antérieure de leur président dont ils considèrent qu'elle est dépourvue d'autorité de la chose jugée.

Ainsi, des tribunaux de commerce ont-ils ouvert une procédure de redressement judiciaire à l'encontre d'entreprises ayant fait préalablement l'objet d'un règlement amiable en faisant remonter la date de cessation des paiements à une date antérieure à la conciliation.

Ainsi, la demande de crédits, bien que sollicitée par le conciliateur dans le cadre du règlement amiable ne peut être considérée comme une condition de sécurité juridique suffisante pour le banquier.

Celui-ci doit donc être particulièrement vigilant et s'assurer le cas échéant, que l'entreprise est capable de supporter les coûts des nouveaux crédits. Il devra les adapter aux possibilités de l'entreprise dont la situation est, par hypothèse, fragile.

Néanmoins, celui-ci reste libre de consentir ses concours ou non, car cette procédure demeure sur le terrain de la liberté contractuelle.

Sachant que sa collaboration est source de risques, il sera tenté de refuser de s'engager, car de ce seul fait, en revanche, il ne pourrait voir sa responsabilité engagée.

Aussi, est-il difficile de comprendre que cette procédure n'offre pas plus de sécurité juridique pour les banques dont la participation est essentielle à l'efficacité du règlement amiable voulu par le législateur en 1984.

³⁸ Article 35 de la loi du 1^{er} mars 1984.

³⁹ Articles 1^{er} et suivants de la loi du 25 janvier 1985.

Egalement, dans le cadre d'une **procédure de redressement judiciaire**, de nouveaux crédits peuvent être demandés par l'administrateur ou, par le débiteur lui-même s'agissant d'une procédure simplifiée. Ici, la décision de renouvellement d'un concours arrivé à terme est, aussi, laissée à la discrétion du banquier⁴⁰.

Si bien que, dans un tel contexte, la recherche de la responsabilité du banquier devrait être difficilement envisageable. Car, le banquier participe au redressement d'une entreprise *a priori* jugée dans une situation non désespérée. Sans quoi, la liquidation judiciaire aurait dû être immédiatement prononcée.

Or, même dans cette hypothèse, le banquier doit faire preuve de discernement et s'assurer du caractère approprié du renouvellement de ses concours financiers.

S'il tel n'est pas le cas, il risque de compromettre toute chance de redressement et donc d'engager sa responsabilité.

En somme, à tout moment, le banquier est susceptible de voir engager sa responsabilité à l'occasion de son activité de distribution de crédits.

Si bien que, partant du constat que, quasiment toutes les entreprises faisant « faillite » ont bénéficié de crédits, la position du banquier lors de l'ouverture d'une procédure collective de l'un de ses clients est très inconfortable.

■ Les risques de la constatation d'un abus

En effet, non seulement il risque de ne pas recouvrer ce qui lui est dû, mais en outre, il risque de voir sa responsabilité engagée par le débiteur lui-même, une caution ou les créanciers impayés. Ils vont chercher, selon la situation, à montrer soit que la banque, en continuant d'octroyer du crédit, a permis la poursuite d'une activité dont la continuité était déjà compromise, c'est alors du crédit qui peut être considéré comme abusif, soit au contraire, qu'en rompant abusivement son soutien, la banque a entraîné la chute financière de l'entreprise qui a été contrainte à déposer le bilan.

Dans l'hypothèse du soutien abusif, les tiers (en principe, les créanciers et les garants de l'entreprise) soutiendront que par son soutien le banquier a créé les apparences d'une affaire bien gérée les incitant à poursuivre leurs relations avec l'entreprise, voire à les renforcer. Ce qui, en définitive, leur fait perdre une créance beaucoup plus importante lors de l'ouverture ultérieure d'une procédure collective.

En dehors des tiers, les clients eux-mêmes, en invoquant, généralement, un manquement à l'obligation de conseil peuvent reprocher à la banque une attitude inappropriée dans l'octroi du crédit, mais nous verrons au cours de nos développements que le débiteur est le plus souvent mal fondé à intenter une telle action.

Dans le second cas, en revanche, ce sera essentiellement le débiteur qui aura vocation à agir. En effet, il est le premier à subir les conséquences de la rupture brutale de la

⁴⁰ La question du maintien d'un contrat de crédit en cours exigé par l'administrateur pendant la phase d'observation sera étudiée ultérieurement.

convention de crédit. Il soutiendra qu'en rompant ses concours, le banquier aura provoqué ou précipité l'état de cessation des paiements, le contraignant ainsi à déposer le bilan.

Mais, l'emprunteur n'est pas le seul à être victime d'une telle attitude. La caution pourra elle-même invoquer le préjudice que lui cause la cessation des paiements du débiteur, puisque dans ce cas, elle perd une chance de ne pas être appelée à payer.

Son action est, dans cette hypothèse, nécessairement de source délictuelle. La caution devient ainsi une victime indirecte de la faute du banquier. Elle subit néanmoins un préjudice qui lui est personnel : la mise en jeu de la garantie qui aurait pu être évitée.

Par ailleurs, les tiers, qui ne sont pas liés contractuellement avec la banque, mais qui ont des créances envers le débiteur subissent inévitablement les conséquences de sa « faillite ». Dès lors, ils vont se prévaloir d'un préjudice par ricochet et agir en responsabilité délictuelle contre celui qui est à l'origine (indirecte) de leur dommage.

Mais nous verrons que cette action pose également des problèmes de procédure.

Ainsi, à chaque fois que le banquier rompt ou réduit brutalement ses concours financiers en se fondant sur la situation de l'entreprise il risque de commettre un abus source de responsabilité envers son client ou/et envers les tiers.

Comme en toute matière relevant de l'abus où aucune définition légale précise n'est donnée, il est difficile de prévoir la situation à partir de laquelle l'abus est constitué.

■ L'appréciation de l'abus

Où commence donc le comportement fautif du banquier distributeur de crédit?

Où se trouve la frontière, dans chaque espèce entre le devoir général de soutien aux entreprises et le devoir de rupture du soutien ?

Le dilemme peut-il aller jusqu'à remettre en cause la légitimité de la notion de risque du crédit ?

Introduit-il la tentation de contraindre le banquier à une obligation de résultat ?

En vertu des règles du droit commun de la responsabilité civile la faute consiste en *un manquement à l'obligation de prudence et de diligence qui pèse sur tout individu.*

Or, le banquier dispensateur de crédit agit en tant que professionnel des problèmes financiers. La qualification des faits constitutifs de la faute est donc contrôlée par la Cour de cassation.

Le degré normal de prudence et de diligence sera apprécié par comparaison à un professionnel avisé. La notion de faute aura donc un contenu plus étendu.

En effet, avec l'évolution de la jurisprudence, nous avons assisté à l'émergence de devoirs mis à la charge du banquier. Ceux-ci se basent sur l'article 1135 du Code civil qui, rappelons le, édicte que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

Mais surtout, les banques supportent une responsabilité professionnelle appréciée en fonction de leur compétence et des moyens d'information privilégiés⁴¹ dont elles bénéficient.

Cette compétence oblige à un devoir de prudence, de vigilance qui engendrera le devoir de s'informer, pour ne pas manquer au devoir essentiel du banquier : le devoir de discernement.

Or, il ne s'agit que d'obligations de moyens. Et la faute du banquier doit être lourde⁴².

En effet, seul un manquement grave, un défaut manifeste de vigilance ou de discernement est considéré comme fautif et source de responsabilité.

Si bien que, la faute dans l'appréciation des risques liés à la situation financière de l'entreprise ou des risques inhérents au crédit ne peut être qu'une erreur grossière.

Si tel n'est pas le cas, sa responsabilité ne sera pas retenue, quelles que soient les conséquences préjudiciables de ses concours pour l'entreprise, donc pour les tiers, et lui-même.

Force est donc de constater que, la légitimité de la notion de risque du crédit n'est nullement remise en cause. Et c'est d'ailleurs ce qu'a prouvé la jurisprudence abondante, en s'efforçant d'établir un juste équilibre.

En dégageant un ensemble de règles de prudence qui s'impose au banquier, dans l'octroi et dans le suivi du crédit, elle aurait finalement défini « le degré de risque » du crédit « acceptable pour l'économie, c'est à dire pour les tiers »⁴³.

De telle sorte que, si la jurisprudence a d'abord permis une phase d'expansion considérable de cette responsabilité, elle a surtout permis, aujourd'hui de circonscrire la responsabilité civile du banquier dispensateur de crédits aux entreprises.

L'objet de notre étude consistera donc à montrer dans quelle mesure les normes jurisprudentielles et légales qui régulent la distribution de crédits de professionnel à professionnel auront permis de dégager une ligne de conduite destinée au banquier d'une entreprise en difficulté.

Autrement dit, l'étude de la responsabilité du banquier aujourd'hui ne consiste plus à montrer que la contradiction des devoirs du banquier peut rendre impossible le crédit, mais que des règles prudentielles existent pour limiter les risques liés à l'octroi ou au retrait de crédits.

⁴¹ Ces moyens d'information sont constitués notamment par la fourniture de documents comptables, les entretiens avec les dirigeants de l'entreprise, les renseignements fournis par les établissements spécialisés ou diffusés par la Banque de France, etc.

⁴² Responsabilité civile des partenaires de l'entreprise, Dictionnaire Permanent Difficultés des entreprises, 2000, feuillets 65, n°72. Cette solution vient ainsi contredire l'affirmation selon laquelle « une faute même légère engage la responsabilité du banquier », B. Soinne, Traité théorique et pratique des procédures collectives, Litec, 1987, n°1335, p.1172.

⁴³ J. Stoufflet, Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit, op. précitée, p. 517.

Et c'est le non-respect de ces règles qui génère un risque juridique pour le banquier. Ceci, dans la mesure où la manière de distribuer le crédit peut soit prolonger la survie artificielle d'une entreprise, soit provoquer la « faillite » de celle-ci. Il sera donc bienvenu, d'étudier dans une première partie quel est le contenu de la responsabilité du banquier pour octroi abusif de crédit (**Titre I**), et dans une seconde celui de la responsabilité du banquier pour retrait abusif de crédit (**Titre II**).

Titre I : La responsabilité du banquier liée au maintien ou à l'octroi de crédit

D'origine jurisprudentielle, le fondement de la responsabilité pour maintien ou octroi de crédit abusif se trouve en la faute civile du banquier qui, par ses agissements, provoque un soutien artificiel à l'entreprise.

Les tribunaux sanctionnent dans ce cas la banque ayant manqué à son devoir de prudence ou ayant une connaissance de la situation irrémédiablement compromise de sa cliente ou du caractère manifestement disproportionné du crédit par rapport aux capacités de remboursement de l'entreprise. Toutes choses qui auraient dû l'amener à ne pas accorder ou à cesser d'accorder son soutien à une entreprise.

Elle a ainsi induit en erreur les tiers cocontractants de l'entreprise et réduit voire même empêché les chances de recouvrement des tiers, compte tenu de l'augmentation du passif consécutif à ce soutien.

L'action en responsabilité du donneur de crédits sera, de ce fait, essentiellement mise en œuvre par les créanciers de l'entreprise, après ouverture du redressement ou de la liquidation judiciaire de l'entreprise.

L'action s'appuie ainsi le plus souvent sur l'article 1382 et suivants du Code civil.

Il s'agit, par conséquent, d'étudier les règles classiques de la responsabilité délictuelle appliquées au domaine de la responsabilité bancaire.

Aussi, l'ensemble des règles applicables en la matière est-il marqué par ce particularisme.

Si bien que, le plus intéressant pour nous sera de mettre en évidence, les particularités des **conditions de la mise en œuvre** de cette responsabilité née pour l'essentiel d'une construction jurisprudentielle (**Chapitre I**).

La responsabilité est en revanche de nature contractuelle lorsqu'elle est engagée par le débiteur, client du banquier ; la caution peut également agir en responsabilité contractuelle. L'action du bénéficiaire des crédits qui paraît insolite au premier abord, est en effet recevable.

Aussi, une telle action, à côté de celle des garants du débiteur, a-t-elle pu donner lieu à l'extension de la responsabilité des banquiers des entreprises.

Néanmoins, nous verrons que la jurisprudence a su poser des limites à cette tendance, lors de notre étude du **régime de l'action** (**Chapitre II**).

Chapitre I : Les conditions de mise en œuvre de l'action en responsabilité du banquier

Le fondement de la responsabilité civile du banquier est la faute résultant de l'appréciation des risques que comportent le maintien ou le renouvellement de crédit pour l'entreprise.

En d'autres termes, la banque qui finance imprudemment une entreprise commet une faute et engage sa responsabilité civile

Or, puisque la responsabilité civile a vocation à réparer le préjudice causé, le crédit fautif ne sera source de responsabilité, que lorsqu'il aura créé des situations dommageables pour les victimes qui seront en mesure d'établir un lien de causalité entre le comportement fautif du banquier et leur sort.

Logiquement nous procéderont à l'étude de la faute (**Section I**) avant de nous intéresser aux conséquences préjudiciables de celle-ci, dans l'étude du préjudice et du lien de causalité (**Section II**).

Section I : La faute du banquier

La faute liée à l'octroi de crédit est difficile à caractériser en ce qu'elle constitue, le plus souvent, un simple manquement à une obligation de prudence, de vigilance.

Il est en effet, généralement difficile en droit, de situer la limite entre la faute et la simple erreur excusable d'appréciation.

Il n'en demeure pas moins que la prise de risque liée à l'octroi de crédit ne sera légitime qu'après utilisation de tous les moyens d'information dont il dispose et avoir fait preuve de discernement attendu d'un **professionnel**.

Autrement dit, la faute dépend du degré normal de diligence attendu du « bon banquier »⁴⁴. C'est à dire celui qui sait rechercher et utiliser l'information pertinente pour décider d'un financement adapté.

La faute du banquier correspond au financement d'une entreprise en situation désespérée. Le concours est fautif lorsqu'il présente un caractère artificiel ou inapproprié.

Donc la définition de la faute du banquier pour octroi de crédit à une entreprise en difficulté peut aussi bien résider dans l'appréciation de la situation financière de l'emprunteuse (§1^{er}), que dans l'appréciation du crédit lui-même (§2nd).

⁴⁴ L'expression est de R. Routier, La responsabilité du banquier, LGDJ, 1997, n°18, p.24.

Paragraphe I : La faute dans l'appréciation des risques liés à la situation générale de l'entreprise : la connaissance d'une situation irrémédiablement compromise.

En faisant crédit à une entreprise dont la situation est irrémédiablement compromise, le banquier commet une faute : il manque au devoir de discernement⁴⁵.

Il existe différents degrés de gravité de la faute. Car, hormis le fait qu'elle ait été inspirée par la volonté de masquer la situation pendant un temps d'une manière stratégique, elle peut résulter d'une simple erreur d'appréciation ou d'une imprudence. Mais ceci n'empêche pas de constater la faute.

La faute du banquier, ici, et d'avoir prolonger l'activité d'une entreprise qu'il savait compromise. Par conséquent, elle est établie dès lors que deux conditions sont remplies, à savoir la situation financière obérée du client, et la connaissance de celle-ci pour le prêteur.

La faute est souverainement appréciée par les juges du fond. Mais s'il est facile pour eux de constater avec recul et connaissance des événements postérieurs, qu'il aurait mieux valu que les crédits ne soient pas accordés, il n'en demeure pas moins que ceux-ci doivent apprécier l'attitude du banquier en fonction des circonstances précises de l'époque.

Autrement dit, l'appréciation de la faute quant à l'erreur d'appréciation du banquier doit se faire *in concreto* puisqu'elle prend en compte des éléments de fait précis. La faute du banquier doit, en outre, être lourde.

La situation irrémédiablement compromise constitue un état de fait qui relève pour chaque espèce, de l'appréciation souveraine des juges du fond (A). En revanche, restent soumis au contrôle de la Cour de cassation, les éléments permettant de déterminer si la banque au moment de l'octroi des concours, connaissait ou ne pouvait ignorer la situation de l'entreprise(B)⁴⁶.

A - L'existence d'une situation irrémédiablement compromise

La situation est irrémédiablement compromise lorsque l'activité de l'entreprise présente des signes évidents et irréversibles de déclin, c'est à dire lorsque la poursuite de l'activité s'inscrit dans un cadre de difficultés insurmontables ne pouvant objectivement aboutir à un redressement économique⁴⁷.

³⁹ Devoir que la doctrine a dégagé au travers des multiples applications jurisprudentielles.

⁴⁶ Redressement et liquidation judiciaire (Responsabilité du banquier), J.-Cl Banque-Crédit-Bourse, 2000, fasc.520, n°12.

⁴⁷ Ibid.

Le banquier commet, ainsi, une faute lorsqu'il persiste à soutenir une entreprise dans une telle situation, en lui renouvelant ou en augmentant ses concours⁴⁸.

Autrement dit, la faute du banquier traduit souvent un manquement à son devoir de rompre le crédit.

Rappelons que, cette notion, au cœur de la jurisprudence relative à la responsabilité du banquier, est indépendante de la cessation des paiements sur le plan formel, puisque l'essentiel de la réforme des procédures collectives tend au sauvetage d'entreprises qui ont cessé leurs paiements.

Nous savons néanmoins que, d'un point de vue pratique, l'assimilation n'est pas impossible⁴⁹.

L'imprécision de la notion explique que l'appréciation de celle-ci relève du cas par cas.

C'est pourquoi, le tribunal n'est pas lié par la date « officielle » de la cessation des paiements pour déterminer si la situation irrémédiablement compromise existait à l'époque de l'octroi du crédit.

L'octroi abusif de crédit peut donc intervenir avant ou après l'état de cessation des paiements.

Autrement dit, si l'excédent du passif exigible et exigé sur l'actif disponible est une condition suffisante pour obtenir l'ouverture d'une procédure collective, elle ne l'est plus pour fonder la responsabilité du banquier.

La Cour de cassation a clairement affirmé qu'une insuffisance de trésorerie, même grave et prolongée, ne suffit pas à caractériser la situation sans issue, c'est à dire, irrémédiablement compromise⁵⁰.

Cette solution doit être approuvée car, comme le souligne un auteur, « une entreprise peut être momentanément en cessation virtuelle de paiement », et puisque les banques ont pour principale fonction de permettre de franchir ce cap, « une banque ne saurait être en faute en lui maintenant ses crédits à condition qu'ils s'inscrivent dans un plan raisonnable de redressement, s'ils s'accompagnent des mesures nécessaires de restructurations ou de rationalisation »⁵¹.

Force est donc de constater que, la jurisprudence s'attache à distinguer une situation irrémédiablement compromise de la situation difficile, ayant des chances d'être surmontée, afin de permettre aux juges d'apprécier la faute du banquier.

Cette faute existe lorsque la situation de l'entreprise est désespérée au moment du soutien bancaire.

⁴⁸ Sachant qu'il est difficile d'imaginer dans ce cas que la banque trouve un intérêt à octroyer un **nouveau** concours, bien que l'hypothèse ne soit pas exclue, le plus souvent la faute se trouve dans le maintien de crédit.

⁴⁹ Pour le banquier, la principale distinction réside dans le fait que le moment de l'état de cessation des paiements est provoqué par sa décision de rompre ses concours ou d'exiger sa créance.

⁵⁰ Cass. com., 19 janvier 1983, RTD com. 1983, p. 592, obs. M.Cabrillac. et B.Teyssié

⁴⁶ Cass. com., 11 mai 1999, JCP, E, 1999, p. 1730, note D.Legeais.

⁴⁷ F.-J. Crédot, Risques juridiques et crédits bancaires aux entreprises, Banque, 1993, p.30.

Ainsi, la responsabilité de la banque s'apprécie-t-elle en fonction de la situation apparente du bénéficiaire du crédit au moment de son octroi, et non en fonction de l'évolution ultérieure de la situation ou, de la situation réelle qui se révèle après coup, à l'ouverture de la procédure.

L'appréciation est donc très délicate pour les juges du fond. En effet, ceux-ci, avec l'aide de l'expert, doivent se livrer à un pronostic rétrospectif pour se demander si, au moment où le crédit a été accordé, l'entreprise pouvait se redresser.

En tout état de cause, le banquier ne sera tenu responsable que s'il avait connaissance de la situation de l'entreprise ou du moins pouvait la connaître.

B - La connaissance de la situation

Naturellement, lorsque le banquier disposait d'informations qui auraient dû alerter sa vigilance et renforcer ses contrôles, et qu'au lieu de cela, il a maintenu, voire augmenté, les crédits accordés, la faute ne fait aucun doute.

Or, il n'est pas simple de prouver que le banquier connaissait la situation de l'entreprise.

C'est au demandeur qu'il appartient d'en apporter la preuve.

C'est pourquoi, la jurisprudence pour condamner le manque de vigilance procède tantôt par présomption.

Elle affirme, que le banquier « auraient pu connaître » ou « ne pouvait ignorer ».

Si bien qu'elle a créé, à la charge du prêteur, une obligation de se renseigner.

Il faut donc, pour la Cour de cassation⁵² que la situation de l'entreprise « ait été connue du banquier au moment de l'octroi du crédit ou du moins qu'il n'ait pu ignorer celle-ci en fonction des éléments qu'il connaissait ou devait connaître ».

Il existe certaines circonstances dans lesquelles la situation de son client ne peut être légitimement ignorée du banquier, notamment, lorsque ce dernier détient une participation au capital de la société bénéficiaire. Ainsi, on présume que le banquier a toute latitude pour accéder aux informations.

Pour autant, si le plus souvent la banque est extérieure à l'entreprise, elle ne peut soutenir qu'elle ignorait la situation réelle.

Tenue d'une obligation de vigilance, elle doit s'informer sur la situation du client en prenant divers types de renseignements sur ses capacités financières ou l'évolution de ses affaires.

La jurisprudence ne se contente pas d'apprécier la responsabilité du banquier en fonction des informations dont il dispose concrètement dans chaque espèce ; elle fait peser sur le fournisseur de crédit un devoir général de s'informer sur la situation du client.

Nous pouvons en déduire que le manquement à l'obligation d'information se fera *in abstracto*, contrairement à l'appréciation de l'existence d'une situation irrémédiablement compromise.

Notamment, le banquier peut commettre une faute, selon la jurisprudence, en n'exigeant pas que les documents soient certifiés⁵³ ou encore, en ne prenant pas connaissance du rapport établi par le commissaire aux comptes, avant d'accorder son soutien ou de le conforter. *A fortiori*, lorsqu'il se sera fondé sur une information comptable pour laquelle le commissaire a refusé la certification.

Nous avons pu remarquer, à partir des tendances jurisprudentielles, que l'obligation de s'informer variait selon les circonstances et l'importance du crédit.

Ainsi, il a pu être jugé qu'une banque ne devait pas se contenter des bilans mais qu'elle devait également exiger des situations comptables intermédiaires.

Mais, il semble que cette exigence ne s'impose qu'au moment de l'octroi de nouveaux crédits importants ou en cas de doute sur la véracité du bilan.

Nous pouvons constater, en outre, que cette obligation de se renseigner se trouve renforcée en présence d'indices susceptibles d'être révélateur de la situation financière compromise.

Tel est le cas lorsque la banque détient un rapport d'audit réalisé à sa demande démontrant la situation irrémédiablement compromise de la société. Elle sera donc jugée fautive lorsque, malgré cela, elle consent une nouvelle consolidation des découverts, sans se préoccuper de la réalité de la mise en œuvre des recommandations contenues dans le rapport d'audit, et sans même exiger la certification des comptes⁵⁴.

Ceci étant, l'investigation du banquier ne doit pas dépasser la limite du « raisonnable ».

Il a été jugé que lorsque c'est le dirigeant qui est demandeur à l'action, et dispose de l'information, la banque n'engageait pas sa responsabilité, alors même qu'elle connaissait aussi la situation⁵⁵. Le demandeur-dirigeant devra donc en outre apporter la preuve de son ignorance, puisqu'en tant que dirigeant, il est présumé avoir connaissance de la situation de son entreprise.

Par ailleurs, le banquier n'est pas un policier, il ne commet pas de faute en se fiant aux explications de son client sur une situation apparue difficile ou, à l'information financière qui lui est fourni à l'appui⁵⁶.

Si bien qu'en l'absence de toute irrégularité apparente, la banque n'a aucune obligation de procéder à la recherche d'éventuelles falsifications ou irrégularités⁵⁷.

⁵³ La Chambre commerciale de la Cour de cassation du 22 mai 1985 (RTD.Com,1985, p. 801) a, en effet, jugé que, « bien qu'aucune obligation légale n'astreigne le banquier dispensateur de crédit à se faire présenter le bilan certifié de l'entreprise cliente, il commet une faute en ne l'exigent pas de nature à engager sa responsabilité. »

⁵⁴ Cass. com., 26 mars 1996, Bull. civ., IV, n°95.

⁵⁵ Cass. com., 11 mai 1999 (2^{ème} espèce), JCP E, 1999, p.1730, note D. Legeais.

⁵⁶ Guyon, Droit des affaires, tome 2, Entreprises en difficultés, p.84, n° 1074.

⁵⁷ Dictionnaire Permanent Difficultés des entreprises, op. précitée, n°63.

Aussi, une investigation trop active pourrait-elle conduire le banquier à une immixtion dans la gestion de ses entreprises clientes. Or, le banquier est justement tenu d'un devoir de non-immixtion, dit aussi de non-ingérence, dans les affaires de ses clients. De surcroît, il pourrait encourir le risque d'être qualifié de dirigeant de fait dans le cadre d'une action en comblement de passif prévue à l'article L.624-3 du Code de commerce⁵⁸.

Ceci, étant, certains auteurs, estiment qu'il existe des indices qui permettent de présumer de la situation désespérée et de la conscience qu'en avait le banquier, tels certains montages inhabituels, les conditions du prêt ou l'exigence de garanties très supérieures à celles qui sont normalement réclamées⁵⁹.

Assurément, le devoir de prudence qui a pour but d'éviter que le client et les tiers ne soient lésés, intègre à la fois celui de discernement et celui d'information.

Or, ce devoir, étendu à l'extrême, pourrait-il intégrer l'obligation de vérifier l'opportunité économique du crédit ?

En effet, il existe une jurisprudence qui n'exige pas que la situation soit irrémédiablement compromise, pour retenir la responsabilité de la banque pour aggravation du passif d'une société par l'augmentation de crédits au motif qu'aucune contrepartie dans la gestion n'apparaissait. Ainsi, la Cour de cassation⁶⁰ relevant que les crédits avaient permis à l'entreprise de procéder à des investissements voués à l'échec, sous-entendait que la banque aurait dû se rendre compte qu'ils étaient de la sorte voués à l'échec.

Il était reproché au banquier un manquement de diligence et de conseil, solution qui pourrait faire du banquier « un juge de l'opportunité du crédit » selon M.Vasseur.

Jurisprudence qui aurait fini par admettre le problème soulevé en doctrine de l'éventuelle responsabilité du banquier en cas de crédit économiquement inopportun.

Mais, il faut souligner que cet arrêt prend en compte le caractère excessif des crédits. Il semble être, de ce fait, un arrêt d'espèce qui marque la limite entre la faute pour inopportunité du crédit et la faute pour octroi de crédits « ruineux ».

A défaut de situation désespérée, la faute restera difficile à établir. Car on peut toujours penser que l'endettement « va générer une richesse capable d'absorber le coût du crédit consenti. »⁶¹

⁵⁸ Article 180 de la loi du 25 janvier 1985.

⁵⁹ Notamment, Y.Guyon, op.précitée, n°174, p.84.

⁶⁰ Cass. com., 2 mai 1983, D.1984, IR, p.89, obs. M.Vasseur.

⁶¹ A. Reygrobelle, Essai sur le concept juridique d'endettement des entreprises, RTD com., 2001, p.315.

Paragraphe II : La faute dans l'appréciation des risques liés au crédit en particulier

Le principe est admis que, lorsque l'entreprise créditée n'est pas en situation désespérée, qu'elle est susceptible de redressement au moment de l'octroi de crédit, ce dernier peut être fautif lorsque pour diverses raisons prévisibles, il s'avère inapproprié⁶² (A).

Par ailleurs le banquier peut être poursuivi pour manquement au devoir de surveillance des fonds prêtés (B).

A - La question de l'« inopportunité » du crédit.

Lors de l'octroi du crédit, le banquier doit s'informer sur la situation de l'entreprise mais aussi sur l'objet du crédit. Il faut admettre, en effet, que la prudence d'un « bon banquier » l'oblige à veiller au caractère rationnel du crédit et à son opportunité pour l'entreprise.

Assurément, dans son activité de distributeur de crédit, le banquier prend toujours des risques. Mais, son métier consiste également en la mesure de ces risques. C'est pour cette raison que, les tiers, créanciers de l'entreprise, et l'entreprise cliente elle-même, seront tentés de mettre en cause la responsabilité de celui qui, par son concours inconsidéré, a donné les moyens à son débiteur de faire « faillite ». Il s'agira d'apprécier ainsi, une faute professionnelle consistant en la fourniture d'un crédit inapproprié.

Or, cette faute doit être strictement appréciée. Car, le banquier n'est-il pas le premier (avec son client) à subir les conséquences du risque qu'il prend ?

En effet, il faut imaginer qu'il avait des raisons sérieuses de prendre, consciemment, un risque anormal. Rappelons que la faillite de son client a une double conséquence financière pour lui : en tant que cocontractant, il risque de ne pas être remboursé de sa créance, en tant que cible des autres créanciers, il s'expose à devoir payer une partie du passif.

Autant de considérations qui obligent le juge à être lui-même vigilant quant à la qualification du risque **excessif** et **conscient** constitutif de la faute du banquier.

Ainsi, la question de la responsabilité des banques pour « inopportunité » du crédit impose d'avantage d'en poser les limites que d'en admettre le principe.

⁶² Nous pensons qu'il est plus juste de parler de crédit « inapproprié » plutôt qu'« inopportun », étant donnée les controverses qui existent en doctrine à ce sujet.

1) Le principe de la faute dans l'octroi d'un crédit inapproprié

Cette question se pose, particulièrement, lorsqu'il apparaît, que la nature et les modalités des crédits apportés sont d'une importance considérable. En effet, un concours trop court, trop cher ou trop réduit, ne fera que provoquer des difficultés, aggraver la situation ; alors que s'il avait été bien adapté, il aurait pu permettre la poursuite de l'exploitation.

Les tribunaux devront, pour retenir la faute du banquier, constater qu'au moment de l'octroi du crédit, ce dernier ne pouvait qu'inévitablement conduire à la cessation des paiements.

En d'autres termes, il faut que le crédit soit **incompatible avec toute perspective de rentabilité**⁶³.

Le montant du concours n'est pas à lui seul révélateur d'une faute. Le critère de la faute est plutôt celui de l'inadéquation. La proportion du soutien financier doit correspondre à la situation économique de l'entreprise.

Ainsi, le banquier doit veiller à ce que le montant ou, le coût du crédit ne soit pas hors de proportion avec les facultés financières de l'emprunteur.

Pour apprécier cette disproportion, on tient compte, en général, des fonds propres, du fond de roulement, de l'évolution du chiffre d'affaires.

Mais, la faiblesse des fonds propres n'est pas à elle seule suffisante pour établir la faute du banquier. Sinon, le banquier ne pourrait jamais financer la création d'entreprises⁶⁴.

Car dans ce cas, si le soutien bancaire est disproportionné aux ressources financières de l'entreprise nouvelle, il n'est pas pour autant incompatible avec toute perspective de rentabilité. C'est donc l'utilité de l'investissement qui est ici en cause.

Mais, est ce le rôle du banquier que d'apprécier l'utilité ou l'opportunité du crédit octroyé ?

Assurément, il s'agit, pour le moins, d'une responsabilité délicate à apprécier.

Ce qui relève certainement de la fonction du banquier est l'analyse de l'équilibre financier et des perspectives de financement.

Ce n'est, par conséquent, qu'en vertu d'un manquement à son devoir d'information et de discernement que la légitimité des concours pourra être remise en cause.

Aussi, est-il plus aisé de juger de l'inopportunité du crédit lorsque la charge excessive des frais financiers l'accompagnant crée manifestement un déséquilibre interdisant toute perspective de rentabilité. De telle sorte que le crédit sera qualifié de « ruineux ». Mais,

⁶³ Redressement et liquidation judiciaire (Responsabilité du banquier), op. précitée, fasc.520, n°14.

⁶⁴ V. par ex. Cass. com., 18 juin 1996 (RTD com. 1996, p.701, obs. M. Cabrillac) qui ne retient pas la responsabilité d'une banque finançant intégralement l'achat d'une petite entreprise. Celle-ci n'avait pas de capitaux propres à injecter et devait rembourser en 7 ans, 150% de son prix d'achat. Mais pour M. Cabrillac, il s'agit d'un arrêt d'espèce marqué par l'influence de l'opinion publique, et même des autorités publiques, qui reprochent aux banques leur « frilosité », car « la cessation des paiements se profilait quasi-inéluctablement derrière l'opération ».

rappelons qu'ici aussi la jurisprudence exige logiquement que la preuve du caractère ruineux soit rapportée.

De manière générale, il faut que le banquier ait pris des risques excessifs et conscients pour que l'inopportunité économique du crédit puisse lui être reprochée. Et il incombe aux demandeurs de le prouver.

En revanche, la justification d'une étude sérieuse pourra attester du caractère normal (donc non fautif) du risque pris par le banquier.

Ceci étant, il faut noter qu'il existe des domaines exigeant un surcroît de vigilance de la part du banquier, tel est le cas de la société en formation.

En effet, le discernement dont doit faire preuve le banquier est relatif à l'appréciation du crédit lui-même et non de la situation de l'entreprise puisque la société en formation, par définition, ne permet pas de se baser sur son passé financier. Il est seulement possible de prendre en compte des projections. Or, la jurisprudence admet, dans ce cas, que la responsabilité du banquier puisse être retenue. Au motif que, avant de mettre à disposition des moyens de paiement⁶⁵, le banquier devait apprécier si le projet était ou non dépourvu de toute crédibilité⁶⁶.

Si cette solution semble admettre le principe de responsabilité du banquier pour inopportunité du crédit, elle demeure cependant limitée au cas où les demandeurs à l'action seraient des tiers.

De telle sorte que, la question reste discutée, en doctrine, de savoir si l'on peut admettre un principe de responsabilité civile du banquier envers le débiteur pour inopportunité du crédit.

Mais la jurisprudence semble ne pas l'admettre.

2) Les limites à la responsabilité du banquier dans l'octroi d'un crédit inapproprié.

Comme un auteur a pu le souligner, « on peut trouver choquant le fait pour un client d'une banque de reprocher à celle-ci de lui avoir accordé le crédit après l'avoir sollicité, d'autant plus qu'en cas de crédit immérité et injustifié, le premier fautif est presque toujours le bénéficiaire même du crédit qui connaît mieux que personne sa situation financière »⁶⁷

Néanmoins, nous savons que la tendance jurisprudentielle actuelle est de développer les obligations des contractants professionnels. Elle a, notamment, renforcé l'obligation de conseil des banques envers leurs clients.

⁶⁵ Il s'agit de la délivrance de formules de chèques, mais la solution vaut, par analogie, pour l'ouverture de crédit.

⁶⁶ Dictionnaire Permanent Difficultés des entreprises, op. précitée, n°61.

⁶⁷ J.Vézian, cité par S.Piédelièvre, La responsabilité du banquier liée à une opération de crédit, Droit et Patrimoine., 2001, p.63.

Si bien que, la question qui se pose, en l'occurrence, est celle de savoir si la responsabilité du prêteur envers son client peut trouver sa source dans le manquement à l'obligation de conseil.

Le devoir de conseil varie selon la nature et le degré de complexité de l'opération et le niveau d'expérience du client.

Ainsi lors du financement d'une opération de franchise, la banque doit-elle examiner les comptes du franchiseur et d'apprécier les risques de l'opération compte tenu de l'expérience commerciale du futur franchisé et des potentialités de l'activité considérée⁶⁸.

Sur ce devoir, la jurisprudence reste réservée. Elle considère d'une manière générale, que la responsabilité du banquier à l'égard de son client pour manquement à une obligation de conseil dans l'octroi de crédit n'est guère envisageable qu'à l'égard des consommateurs ou des professionnels peu expérimentés.

Il est normal qu'un tel devoir ne soit pas exigé vis-à-vis de professionnels avisés qui, de surcroît, sont les mieux placés pour apprécier l'opportunité de l'opération envisagée⁶⁹.

D'autant plus qu'une telle exigence serait paradoxale au regard de l'interdiction qui est faite au banquier de s'immiscer dans les affaires de la société.

En effet, donner un avis sur l'opportunité des opérations pourrait facilement dégénérer en ingérence, surtout lorsque la société ne va pas très bien et que le banquier souhaite suivre de près le devenir financier de l'entreprise.

Il pourrait lui être reproché d'avoir fait pression sur son client et d'avoir ainsi exercé une activité de gestion et de direction afin de l'obliger à « combler le passif »⁷⁰.

B -Le défaut de surveillance de l'utilisation des fonds prêtés

En vertu du principe classique de non-immixtion, la libre utilisation par le client des fonds prêtés a longtemps été la règle.

Puis la jurisprudence a permis, voire obligé le banquier à surveiller l'utilisation des fonds. Mais, la libre utilisation des fonds reste le principe⁷¹.

Ceci, même si le contrat entre le prêteur et l'emprunteur prévoit l'inverse dans l'intérêt de la banque ; de telle sorte que s'il y renonce, sa responsabilité ne pourra être engagée à l'égard des tiers⁷².

⁶⁸ CA Versailles, 17 novembre 1998, RJDA, 1998, n°1397.

⁶⁹ V. En ce sens, les arrêts rendus par Cass. com., 11 mai 1999, JCP E, 1999, p.1730, note D. Legeais.

⁷⁰ Par l'application des dispositions de l'article L. 624-3 du Code de commerce.

⁷¹ Néanmoins, depuis la loi du 10 juin 1994 qui ajoute l'article 1799-1 au Code civil, relatif aux travaux de construction immobilière financés en intégralité par un crédit, le banquier ne peut payer que l'entrepreneur ou le sous-traitant.

⁷² L'arrêt de la Cour d'appel qui retient la responsabilité délictuelle du banquier pour défaut de surveillance encourt ainsi la cassation dès lors que la société emprunteuse avait la libre disposition des fonds empruntés, et que la clause contractuelle faisant référence à l'emploi des fonds avait été stipulée dans le seul intérêt du prêteur. Cass. com., 27 mars 2001, Banque et Droit, mars-avril 2002, p. 61, obs. J.-L. Guillot.

En effet, la jurisprudence a d'abord reconnu un droit au banquier de surveiller l'affectation des fonds.

Mais, ce droit s'est parfois transformé en obligation, lorsque la jurisprudence l'a jugé nécessaire. Si bien que, le devoir de veiller à l'affectation des fonds relève de circonstances ponctuelles, sauf, naturellement si le contrat stipule une clause laissant à l'emprunteur l'usage des sommes mises à sa disposition.

Inversement, le banquier engage sa responsabilité contractuelle s'il s'est lui-même engagé à surveiller l'affectation des fonds.

Notamment, lorsque le banquier aura affecté un nouveau prêt qu'il a consenti à l'apurement du solde débiteur de son client, contrairement à ce qui était prévu, il est clair qu'il engage sa responsabilité civile. Cette faute d'ailleurs pourra être assimilée à une rupture abusive de crédit⁷³.

Aussi, la méconnaissance par le banquier d'une affectation spéciale contractuellement prévue des fonds peut-elle être retenue comme source de responsabilité délictuelle envers les tiers.

En revanche, il semble évident que Le changement d'affectation, la perte ou la mauvaise utilisation du crédit par le débiteur ne pourront pas être reprochés au banquier.

Reste que, le banquier doit veiller à ce que l'emploi des crédits d'investissement ne servent pas à financer les besoins de fonds de roulement⁷⁴.

D'une manière générale, pour voir dans quel cas le banquier devra veiller à l'emploi des fonds prêtés, il faut distinguer les crédits destinés au fonds de roulement ou aux besoins généraux de l'entreprise dont le banquier n'a pas à surveiller l'utilisation et ceux affectés au financement d'une opération déterminée dont il peut être tenu de vérifier la destination⁷⁵.

Enfin, il convient de rappeler que ces différents devoirs mis à la charge du banquier doivent être regardés comme des obligations de moyens. Même si ces dernières doivent être interprétées très strictement en raison de la spécialisation du banquier.

Et pour répondre à la question de savoir si, étendue à l'extrême, l'obligation de vigilance ou de prudence pouvait conduire à l'obligation de vérifier l'opportunité économique du crédit, il suffit de reprendre les termes de la Chambre commerciale. Celle-ci est en effet souvent conduite à rappeler aux juges du fond qui tentent d'élargir le devoir de discernement du banquier, la jurisprudence bien établie en la matière, selon laquelle le critère de la faute est constitué, soit par la situation irrémédiablement compromise du crédit « que la banque connaissait ou aurait pu connaître (...), soit que l'importance des crédits et de leur coût excessif rendaient inéluctable l'effondrement de la société »⁷⁶.

Il faut donc que le crédit soit littéralement ruineux pour être « juridiquement » inopportun.

⁷³ Cass. com., 3 novembre 1992, JCP E, 1993, II, n°402, p.47, note D.Vidal.

⁷⁴ A. Buthurieux, La responsabilité du banquier, op. précitée, n°176, p.85.

⁷⁵ J.-L.Rives-Lange et M.Contamine Raynaud, Droit bancaire, Dalloz 1995, N°650 et s.

⁷⁶ V. en ce sens deux arrêts de Cass. com., 22 mai 2001, RD bancaire et financier, 2001,p.282.

Section 2 : Le préjudice et l'existence d'un lien de causalité.

Conformément, à l'article 1382, le demandeur qui a fait la démonstration du caractère fautif du comportement du banquier face à l'entreprise tombée en faillite devra, en outre, apporter la preuve du préjudice (§1^{er}) qu'il a subi et du lien de causalité (§2nd) de celui-ci avec la faute du banquier.

Or, nous tenterons de dégager les difficultés que l'application des principes généraux de la responsabilité peut soulever dans le domaine de la responsabilité bancaire dans la distribution de crédit à des entreprises ultérieurement déclarées en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire.

Paragraphe I : Le préjudice

Toute responsabilité fondée sur la faute suppose un préjudice. Ce rappel constant de la Cour de cassation n'a pas été inutile pour les « tribunaux qui semblaient parfois aveuglés par la notion de faute »⁷⁷.

A - La nature du préjudice

Le préjudice subi par les créanciers (autres que le banquier) tient à ce que le concours bancaire a accentué le passif de l'entreprise soumise à la procédure collective, diminuant ainsi leurs chances de remboursement.

Ces créanciers peuvent aussi bien être des personnes de droit public comme le fisc, ou les commerciaux disposant de sûretés moins solides que celles du banquier. Les fournisseurs sont le plus souvent des créanciers chirographaires. Ils sont donc les premiers à subir la cascade des difficultés.

Le préjudice des salariés est d'autant plus grave qu'ils sont subordonnés à l'entreprise ; leur emploi dépend de la survie de l'exploitation, or l'aggravation du passif diminue les chances de redressement de l'entreprise. Enfin sont aussi concernées les personnes directement liées à l'entreprise, tels que les actionnaires ou associés⁷⁸.

⁷⁷ Zinner cité par F.-J. Crédot, *Risque juridique et crédit bancaire aux entreprises*, op. précitée.

⁷⁸ Il peut en effet arriver que les associés soient condamnés à combler le passif de l'entreprise en difficulté, si bien que, si cette situation est due à la faute du banquier, ce dernier pourra être tenu de les indemniser. V. CA Paris, 15 février 1982, D. 1982, IR, p. 495, obs. M. Vasseur.

Certains auteurs⁷⁹ ont, à juste titre, relevé l'existence d'une dualité des conséquences du crédit fautif. Ils distinguent le préjudice né de la création d'une fausse apparence de prospérité ou de solvabilité - celle-ci étant susceptible de tromper les tiers qui vont continuer de contracter avec le crédit - du préjudice né de la poursuite d'une activité génératrice d'un passif supplémentaire.

Nous verrons que pour accorder une réparation, la jurisprudence se fonde généralement sur le second.

Un autre auteur,⁸⁰ reprend cette distinction pour la mettre en parallèle avec deux grandes catégories de créanciers, ceux dont la créance est née antérieurement à la procédure collective et ceux dont la créance est née postérieurement.

En effet, il considère que les premiers subissent généralement un préjudice égal à la différence entre ce qu'ils auraient touché et ce qu'ils auraient dû toucher si le crédit n'avait pas été consenti et donc si la procédure avait été ouverte plus tôt.

Et il observe que les seconds subissent la fausse apparence de solvabilité qui les a amenés à contracter avec l'entreprise soumise à la procédure.

Mais la distinction semble se situer à un autre niveau, car il ne faut pas perdre de vue que c'est la faute du banquier (l'octroi de crédit) qui fait naître le préjudice, et non l'ouverture de la procédure. Si bien que c'est par rapport à la faute qu'il faut se situer pour établir la distinction.

Le préjudice subi par les créanciers antérieurs à la faute de la banque consiste en l'atteinte portée à leur droit de gage général sur le patrimoine du débiteur ; le crédit augmente le passif et permet une continuation de l'exploitation qui ne fait que creuser le déficit. Le préjudice est donc égal non pas à l'insuffisance d'actif,⁸¹ mais à la différence entre ce qui est perçu dans la procédure et ce qui l'aurait été si elle avait été mise en œuvre plus tôt⁸².

De même, la caution doit prouver que la faute de la banque a aggravé son risque par rapport à ce qu'il était, dans le cas contraire la Chambre commerciale estime que le préjudice fait défaut malgré l'augmentation des concours financiers⁸³.

Les créanciers postérieurs à la faute font valoir que sans elle, il n'y aurait pas eu ouverture d'une procédure et qu'ils ne seraient donc pas devenus créanciers de la « faillite ». Leur préjudice peut donc correspondre à la différence entre le montant de leur créance et le dividende perçu⁸⁴.

Encore faut-il naturellement que la preuve de ce préjudice soit rapportée.

⁷⁹ C.Gavaldà et J.Stoufflet, Droit bancaire, Litec, 1999, p. 195, n°400.

⁸⁰ S.Piedelièvre, La responsabilité liée à une opération de crédit, op. précitée.

⁸¹ Cass. com., 24 mars 1992, Bull.civ., IV, n°125 ; RD bancaire et bourse, 1992, p.163, obs. F.Crédot et Y.Gérard.

⁸² Cass. com., 11 octobre 1994, RD bancaire et bourse, 1995, p.16, obs. F.Crédot et Y.Gérard.

⁸³ Cass. com., 4 octobre 1994, RD bancaire et bourse, 1995, p.15, obs. F.Crédot et Y.Gérard

⁸⁴ J.-L. Rives langes et M. Contamine Raynaud, op. précitée, n° 656.

La détermination du préjudice pose en outre la question de la délimitation des domaines respectifs entre le préjudice collectif et préjudice individuel.

B- L'étendue du préjudice

En effet, du point de vue de la mise en œuvre et des résultats de l'action, comme nous le verrons, la distinction est capitale puisqu'elle oppose le préjudice collectif dont le représentant des créanciers peut seul demander la réparation qui profite au patrimoine du débiteur, et le préjudice individuel subi par le créancier dont il peut demander la réparation qui ne profite qu'à lui.

Cette solution découle du fait que le préjudice collectif est subi par les créanciers indistinctement à la différence du préjudice individuel propre à chacun. La jurisprudence effectue régulièrement cette distinction fort délicate.

Une place non négligeable aurait pu rester au préjudice individuel dont le créancier peut obtenir réparation, par exemple celui qui découle du retard porté au paiement ou celui qui découle de la perte des intérêts suspendus par le jugement, du non-respect d'une obligation d'apporter des fonds... Mais la jurisprudence, opérant un revirement⁸⁵, a adopté une conception large du préjudice collectif en y incluant l'immobilisation et la dépréciation des créances ainsi que la perte des intérêts. Ceci, malgré la résistance partielle de la Cour de renvoi qui avait admis la réparation des conséquences dommageables de l'immobilisation de la créance, notamment la perte des intérêts, l'Assemblée plénière⁸⁶ a cassé cette décision, sans renvoi, pour retenir la conception large du préjudice collectif. Finalement, le préjudice collectif englobe en réalité, tous les préjudices résultant de l'ouverture de la procédure collective.

Aussi, a-t-il été reproché à cette solution de faire prévaloir la simplicité et les intérêts de l'entreprise en redressement sur la logique juridique et les intérêts des créanciers.

Mais la position de la Chambre commerciale n'a pas changé depuis.

La Cour de cassation⁸⁷ censure, en effet, les solutions des juges du fond qui étendent le préjudice personnel en contradiction avec la jurisprudence *Astre*.

Le préjudice individuel résultant du défaut de paiement ne peut donc plus être qu'un préjudice indépendant de l'ouverture de la procédure.

Il en résulte que, le dommage propre à un créancier sera difficilement reconnu car le plus souvent en pratique, il n'est qu'une conséquence du dommage commun.

⁸⁵ Cass. com, 25 novembre 1986, D., 1987, jur., p. 88, note F. Derrida.

⁸⁶ Cass. Ass.plén., 9 juillet 1993 (arrêt *Astre*), JCP, G, 1993, II, p. 362, note F. Pollaud-Dulian.

⁸⁷ Cass. com., 14 décembre 1999, RTD com., 2000, p.157, obs. Cabrillac.

Il n'en reste pas moins que ce ne soit pas impossible, tel que l'a jugé la Chambre commerciale⁸⁸ en cassant l'arrêt qui n'avait pas retenu le préjudice individuel consistant au non-paiement injustifié et discriminatoire d'effets de commerce arrivés à échéance avant la procédure.

Parmi les préjudices personnels, nous pouvons citer celui de la caution qui subi l'obligation de payer⁸⁹. Son préjudice se définit donc en la perte d'une chance de ne pas être poursuivie. Il naît de la faute du banquier qui consiste notamment en la dissimulation de la situation obérée du débiteur, mais nous verrons que son action se heurte souvent à des problèmes de fondement.

Le préjudice peut être considérable, son évaluation est affaire d'espèce, et relève de l'appréciation souveraine des juges du fond. En plus de la difficulté autour de la notion de préjudice, s'ajoute celle du lien de causalité entre la faute et le dommage. Mais le contrôle du lien susceptible d'exister entre la faute et le dommage est effectué par la Cour de cassation qui s'attache strictement à en vérifier l'étendue.

Paragraphe II- Le lien de causalité

Conformément aux règles générales de la responsabilité civile, La responsabilité d'une banque envers son client pour soutien abusif doit obligatoirement faire ressortir un lien de causalité entre la faute et le préjudice subi.

Et la démonstration de cette relation causale doit être faite par le demandeur à l'action qui prétend subir le préjudice. Ce lien est contrôlé par la Cour de cassation qui s'assure avant de le constater, que Le préjudice résulte directement de la faute du banquier.

De telle sorte que la rupture du lien de causalité pourra entraîner l'exonération totale ou partielle de la banque.

Il convient donc d'étudier dans quelle mesure ce lien peut exister (**A**), pour ensuite montrer que celui-ci peut être rompu par une pluralité de cause (**B**).

A- L'existence du lien de causalité

Dans ce domaine de la responsabilité bancaire, la jurisprudence ne fait qu'appliquer les principes du droit commun de la responsabilité.

En effet, elle exige constamment la caractérisation du lien de causalité qui ne peut résulter, par exemple, de la simple appréciation de l'insuffisance d'actif⁹⁰.

⁸⁸ Cass. com., 19 décembre 1995, D., 1996, IR, p. 48.

⁸⁹ Sur cette question v. Ph. Simler, Le cautionnement, 2000, n°450, p.415

⁹⁰ Cass. com., 24 mars 1992, Bull.civ., IV, n°125.

Rappelons, que c'est le fait pour la banque d'avoir soutenu un client en situation désespéré ou, d'avoir accordé un crédit inapproprié qui doit être à l'origine du préjudice subi par les créanciers.

Autrement dit, la responsabilité du banquier pour soutien abusif ne sera possible qu'après la démonstration que le crédit fautif a permis l'augmentation du passif ou la diminution de l'actif en retardant le moment de l'ouverture de la procédure et en donnant une fausse image de l'entreprise.

Pour reprendre les mots de la jurisprudence constante en la matière, le soutien abusif doit être déterminant pour avoir « contribué sensiblement à l'aggravation du passif de l'entreprise par suite de la prolongation artificielle de son activité, créant pour les tiers une apparence trompeuse »⁹¹

Si bien que, le lien de causalité ne peut être établi entre l'octroi du crédit et la défaillance de l'entreprise si le dépôt de bilan était inéluctable au moment de la faute de la banque ou si le préjudice résultant de la situation est antérieure à la faute.

Il est tout aussi normal de ne pas retenir la responsabilité du banquier, pour absence de lien de causalité, lorsque le soutien financier est resté trop faible pour avoir contribué à l'aggravation du passif et tromper les tiers.

B -La pluralité de causes

Il est fréquent que le préjudice subi par le demandeur procède d'une pluralité d'événements. Il est alors particulièrement délicat d'apprécier la part de responsabilité à imputer à la banque⁹². Il est logique de considérer qu'une cause étrangère viendrait rompre le lien de causalité. Or, les événements pris en compte sont généralement la faute du débiteur ou de la victime.

Mais, il peut arriver que le lien de causalité soit rompu par une circonstance extérieure.

En effet, une décision de la chambre commerciale de la Cour de Cassation du 5 mai 1998⁹³ qui relève que malgré la faute de la banque, la « faillite » de l'entreprise était seulement issue de la défaillance d'un important débiteur et que par conséquent, la banque n'était responsable.

Précisons, toutefois, qu'en l'occurrence, on ne peut parler de la rupture du lien de causalité, mais du défaut de causalité.

En revanche, le plus souvent nous serons en présence d'une rupture du lien de causalité qui débouche sur un partage des responsabilités. En générale, la banque ne sera déchargée que partiellement. Car, il est rare que l'intervention d'une autre cause, c'est à dire la faute de la

⁹¹ Cass. com., 2 mai 1983, Bull.civ., IV, n°127.

⁹² J.-L. Rives-Lange et M. Contamine Raynaud, op. précitée, n°657.

⁹³ Cass. com., 5 mai 1998, n° 95-16.873.

victime ou d'un tiers notamment, présente les caractères de la force majeure libérant le banquier fautif de toute responsabilité.

Ainsi, conformément au droit commun, la jurisprudence décide que la faute de la victime (des créanciers demandeur à l'action ou de la caution) exonère en tout ou en partie la banque de sa responsabilité. Ceci, proportionnellement à la gravité de la faute en cause.

Par ailleurs, il peut arriver que ce soit un autre créancier qui a concouru à la faute invoquée par le demandeur. Il en est ainsi, lorsque par son soutien, il a contribué à présenter l'entreprise sous un jour faussement favorable. Cependant, la Cour de cassation⁹⁴ considère, dans ce cas, que « le banquier responsable d'un préjudice collectif subi par les créanciers de la société débitrice du fait de son soutien abusif, est tenu de le réparer en totalité, sauf son recours contre le créancier à qui il imputait une part de responsabilité dans la survenance de ce préjudice ».

La banque est donc responsable *in solidum* avec le tiers coresponsable, ce qui ne lui laisse qu'un recours pour la répartition de la charge des réparations en fonction de la gravité des fautes respectives.

D'une manière générale, il est soutenu que la relation causale est plus difficile à établir en cas d'octroi de crédit à un commerçant « indigne »⁹⁵.

Si bien que, c'est sur ce terrain que le banquier trouvera les meilleurs moyens de défense. Surtout, si nous tenons compte du fait que la principale cause des défaillances d'entreprise émane de la faute de gestion.

Chapitre II : Le régime de l'action

Notre étude sur le régime de l'action consistera à mettre en relief les limites que pose la jurisprudence quant au bien-fondé de la mise en œuvre de la responsabilité du banquier.

Nous avons déjà montré que la faute du banquier dispensateur de crédit était toujours (ou presque) liée, de près ou de loin, au manquement à son devoir de discernement. Et nous n'avons pas manqué de souligner, à cet égard, que la recherche de la responsabilité sur ce fondement, n'était pas toujours évidente.

Or, nous pouvons constater que cette tendance jurisprudentielle à vouloir limiter les prétentions est confirmée par le régime de l'action.

En effet, pour accueillir les demandes, la jurisprudence semble faire une hiérarchie suivant le niveau d'information de la personne et incidemment, suivant la nature du titulaire de l'action en responsabilité.

⁹⁴ Cass. com. 5 mars 1996, Bull.civ., IV, n°70.

⁹⁵ J.-L. Rives-Lange et M. Contamine Raynaud, op. précitée, n°657.

Aussi, verrons-nous que les solutions diffèrent selon qu'il s'agit de l'emprunteur, de la caution ou encore les *véritables* tiers au contrat de crédit. Et ceci, parallèlement au degré de connaissance qu'ils ont de la situation de l'entreprise ou de l'opération en cause. Ainsi, certaines personnes sont-elles admises à agir (**Section II**), d'autres ne le sont pas toujours(**Section I**).

Section I :Le demandeur à l'action

Paragraphe I : Les personnes généralement non fondées à agir pour soutien abusif

Il est vrai que la jurisprudence de la cour de cassation relative à la responsabilité des banques en matière d'octroi de crédit s'est montrée particulièrement favorable aux particuliers⁹⁶; de telle sorte que, les bénéficiaires ou les garants de crédits professionnels ont cru pouvoir profiter de cette tendance.

Mais la chambre commerciale de la cour de cassation a mis un frein à cette tendance en restreignant fortement les possibilités d'actions des emprunteurs (**A**) et garants-dirigeants (**B**) de crédits professionnels lesquels empruntent ou garantissent la plupart du temps en parfaite connaissance de cause de la situation financière difficile de l'entreprise ou les risques d'une opération de crédit

A- L'emprunteur

Le principe est que l'action en responsabilité intentée contre la banque par le débiteur lui-même est recevable. Une telle action relève de la responsabilité contractuelle. Mais elles sont généralement rejetées car le banquier oppose la faute de la victime qui est souvent plus grave et joue un rôle causal plus important que celle du banquier. La jurisprudence manifeste clairement son hostilité à ces actions. En effet, elle estime le plus souvent que la faute de la banque (octroi d'un crédit manifestement excessif) ne peut être invoquée, ni par la société elle-même⁹⁷, ni par ses dirigeants et associés, dès lors que la situation était connue d'eux et résultait de leurs fautes.

⁹⁶ On assiste, en effet, à l'émergence d'obligations de résultats dans le cadre du prêt à la consommation, si bien que la responsabilité du banquier des consommateurs est quasi-systématiquement prononcée en cas de faute.

⁹⁷ Notamment un arrêt de la Chambre commerciale du 5 janvier 1999 a jugé irrecevable l'action de la société et de l'administrateur au motif que «le soutien prétendument abusif accordé par la banque à la société débitrice a porté préjudice aux seuls créanciers», PA, 26 janvier 1999, n°18, p.8.

Récemment, la Chambre commerciale⁹⁸ a jugé que dès lors qu'un « homme d'affaires expérimenté(...)connaissait les risques des opérations la banque dont il avait pris l'initiative, la banque n'avait pas manqué à son devoir de conseil ».

Elle a, en outre, précisé, dans un autre arrêt⁹⁹ rendu le même jour, que la banque ne peut être responsable que si elle savait qu'une entreprise était dans une situation irrémédiablement compromise et si l'emprunteur, par suite de circonstances exceptionnelles l'ignorait

Cette solution posée comme principe apparaît très favorable à l'égard des banques. En effet, la portée est considérable puisque l'emprunteur-dirigeant étant présumé connaître la situation financière de son entreprise, il se verra la plupart du temps refuser l'engagement de la responsabilité du banquier.

Désormais, les fautes de la banque en matière de conseil, son manque de prudence au regard de la situation de trésorerie de l'entreprise ne suffisent pas lorsque l'action est intentée par l'entreprise emprunteuse.

La cour de cassation rejette les demandes en responsabilité en arguant de surcroît de l'interdiction qui est faite aux banques de s'immiscer dans la gestion des entreprises¹⁰⁰.

Autrement dit, ce n'est que dans des cas très exceptionnels que la responsabilité de la banque pourra être engagée par l'emprunteur.

Pour reprendre la formule d'un auteur¹⁰¹, ces actions ne sont pas irrecevables, mais elles « doivent par principe être rejetées ».

Ce principe n'est pas absolu, comme l'atteste d'ailleurs la formule de la Chambre commerciale : « sauf circonstances exceptionnelles ». Celle-ci ne remet donc pas fondamentalement en cause sa jurisprudence antérieure.

Pourraient constituer des circonstances exceptionnelles, une information ignorée du dirigeant sur la situation irrémédiablement compromise de l'entreprise mais détenue par la banque. Il en irait de même lorsque la banque intervient dans la gestion de l'entreprise ou bien encore lorsque les circonstances font apparaître la mauvaise foi de la banque dans les modalités de souscription du crédit. L'impossibilité avérée de rembourser un crédit, même, en tenant compte des perspectives de revenus futurs, surtout en présence d'un dirigeant peu expérimenté, pourrait également servir d'appui pour engager l'action en responsabilité.

En résumé, pour pouvoir agir, l'emprunteur avisé devra prouver que le banquier a manqué gravement à son devoir de discernement ou qu'il a contracté de mauvaise-foi.

⁹⁸ Cass. com., 11 mai 1999 (3^{ème} espèce), JCP E, 1999, p.1730, note D. Legeais.

⁹⁹ Ibid, (2^{ème} espèce).

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ D.Legeais sous Cass.com., 11 mai 1999, op. précitée.

B -La caution dirigeante.

Il est fréquent que la responsabilité de la banque soit invoquée par la caution appelée à payer en cas de défaillance du débiteur principal ; celle-ci agissant donc personnellement. Or, le plus souvent, la caution se trouve être dirigeante de l'entreprise débitrice principale. Elle va invoquer, outre la faute de la banque commise dans son financement, la faute commise à son égard. Ceci, toujours par rapport à l'obligation de conseil ou, au principe de proportionnalité¹⁰² dont elles prétend bénéficier.

Mais, à cette action, la jurisprudence oppose généralement la connaissance que ce dirigeant avait de la situation lorsqu'il a sollicité le concours bancaire.

Si bien que, encore à l'égard du dirigeant-caution, la Chambre commerciale considère qu'il n'est pas fondé, à défaut de circonstances exceptionnelles, à agir contre le banquier bénéficiaire de son cautionnement pour soutien abusif¹⁰³. Cette formule reprise en 1999, montre que la Cour de cassation semble faire une différence suivant les cautions qui peuvent être classées en deux sous-catégories, selon l'avocat général auprès de la cour de cassation, Madame Marie-Charlotte Piniot¹⁰⁴ (pour les trois affaires du 11 mai 1999). La première serait celle des cautions « externes » au sens d'extérieur à la gestion de l'entreprise. La seconde serait celle des cautions « internes » qui serait en fait des dirigeants-cautions de l'emprunt souscrit par leur entreprise.

Dans le second cas, la responsabilité de la banque sera écartée dans la mesure où la caution a une double casquette : celle de dirigeant et celle de caution. Le principe de rejet de l'action sera donc le même que celui que nous avons vu précédemment. Ainsi, en qualité de dirigeante, la cour de cassation considère qu'elle est mal fondée à reprocher à la banque d'avoir prêter de l'argent à l'entreprise en se fondant sur la connaissance par la banque de sa situation financière compromise, alors même qu'en tant que dirigeante, elle est présumée en avoir une parfaite connaissance elle-même.

De même, le fait que la banque connaisse la situation obérée de l'entreprise ne suffit pas pour engager sa responsabilité car le dirigeant le savait lui-même au moment de la signature de la caution. Si bien que c'est seulement dans des cas exceptionnels ci-dessus exposés que le dirigeant pourra engager la responsabilité de la banque.

Il convient de préciser, néanmoins que le critère de compétence n'est pas irréfragablement lié à la qualité de dirigeant : il faut bien entendu tenir compte de l'hétérogénéité que présente la catégorie des dirigeants.

Le dirigeant-caution pourra, en effet, démontrer qu'il n'avait pas la compétence nécessaire pour apprécier tous les risques d'un montage sophistiqué que le banquier lui aurait proposé en connaissance de cause.

¹⁰² En vertu de la jurisprudence de l'arrêt *Macron* du 17 juin 1997, RTD com. 1997, p.662, note M.Cabrillac.

¹⁰³ Cass.com. , 12 novembre 1997, JCP, E, 1998, p.82, note D.Legais.

¹⁰⁴ Citée par D.Legais sous cass.com., 11 mai 1999, op.précitée.

A contrario, lorsque c'est le dirigeant-caution lui-même qui propose le montage financier ne présentant pas d'aberration, et qu'aucune circonstance exceptionnelle ne montre qu'il n'avait pas connaissance de la situation obérée de l'entreprise, quand bien même la banque en avait eu connaissance, son action sera rejetée¹⁰⁵.

La portée de cette jurisprudence, inspirées par la règle *nemo auditur*¹⁰⁶, permettra aux banques de contracter en toute sérénité face à des emprunteurs professionnels et des garants avisés, et de rester particulièrement vigilantes en face de cocontractants profanes ou inexpérimentés.

Permettons-nous alors de résumer ce qui précède en observant que le devoir de discernement du banquier (toujours indirectement mis en cause) s'arrête là où commence celui du demandeur à l'action !

L'action est donc relativement fermée pour les personnes « internes » à l'entreprise qui doivent prouver qu'ils étaient ignorants de la situation de leur entreprises ou encore que le banquier était de mauvaise-foi.

En revanche, l'action est relativement ouverte pour les véritables tiers au contrat de crédit...

Paragraphe II : Les personnes ayant qualité à agir

Ces personnes sont celles que l'on pourrait qualifier d'« externes » à l'entreprise : les créanciers de l'emprunteur (**A**), ainsi que les cautions non-dirigeantes (**B**).

A - Les créanciers de l'entreprise

Normalement, l'action visant à obtenir réparation pour abus de droit peut être intentée par toute personne ayant intérêt à agir. Mais nous verrons que l'action en responsabilité civile est modifiée par le droit dérogatoire des procédures collectives.

Il peut arriver que l'action en responsabilité contre la banque soit mise en œuvre hors du cadre des procédures collectives, par exemple après une clôture pour insuffisance d'actif intervenant rapidement. Il convient de préciser, dans ce cas, que l'article L. 622-32 du Code de commerce¹⁰⁷, disposant que les créanciers ne recouvrent pas l'exercice de leurs actions contre le débiteur ne s'applique pas aux actions dirigées contre le banquier qui s'exerceront selon le droit commun.

¹⁰⁵ Cass. com., 11 mai 1999, op. précitée.

¹⁰⁶ Adage selon lequel « nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude ».

¹⁰⁷ Article 169 de la loi du 25 janvier 1985.

Ceci étant dit, le plus souvent l'action est intentée auparavant ; elle subit alors inévitablement l'influence de la procédure.

Il est bienvenu d'étudier, à titre préliminaire, l'action telle qu'elle était envisagée par la jurisprudence sous la loi de 1967, pour constater ensuite que si la loi de 1985 consacre cette jurisprudence ; celle-ci se trouvera en partie modifiée.

Sous l'empire de la loi de 1967, la question s'était d'abord posée de savoir si le syndic agissant au nom de la masse pouvait poursuivre le banquier, créancier de la masse. L'arrêt « Laroche »¹⁰⁸ de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 7 janvier 1976 a répondu par l'affirmative. Le syndic ne pouvait cependant demander réparation que du préjudice collectif subi par la masse et non du préjudice individuel subi par les créanciers pouvant agir seuls.

La Cour de cassation avait précisé que cette action était exclusive, en ce sens que, lorsque le syndic agissait, les créanciers ne pouvaient demander réparation de la part du préjudice collectif qu'ils subissaient isolément. En revanche, si le syndic n'agissait pas, chaque créancier pouvait non seulement réclamer réparation de son préjudice individuel, mais encore de la partie du préjudice collectif dont il était victime sans avoir à mettre préalablement le représentant de la masse en demeure d'agir. Il exerçait, dans ce cas, individuellement ou *ut singuli*, l'action collective. Cette action était paralysée si le syndic avait agi avant qu'elle n'ait abouti ; dans le cas contraire, il fallait réduire la demande du syndic pour éviter que le même préjudice ne soit deux fois indemnisé.

1) L'action collective

L'action collective admise par la jurisprudence a été consacrée par la loi de 1985. En effet, selon l'article L. 621-39 du Code de commerce¹⁰⁹, le représentant des créanciers a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers.

S'agissant de l'action en réparation du préjudice collectif, on a pu observer que l'obstacle levé par l'arrêt *Laroche* pouvait resurgir avec la suppression de la masse puisque désormais le représentant des créanciers agirait en leur nom, contre l'un d'eux¹¹⁰, mais la chambre commerciale de la Cour de cassation a repris, sous l'empire de la loi de 1985, la solution de l'arrêt *Laroche* en affirmant que «le liquidateur trouve dans les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi en vue de la défense de l'intérêt collectif des créanciers qualité pour exercer une action en paiement de dommages-intérêts contre toute personne, fût-elle titulaire d'une créance ayant son origine antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective, coupable d'avoir contribué par des agissements fautifs, à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif »¹¹¹.

¹⁰⁸ Cass. com., 7 janv. 1976, D. 1976, jur., p. 277, note F. Derrida F. et J.-P. Sortais.

¹⁰⁹ Article 46 de la loi du 25 janvier 1985.

¹¹⁰ F.Derrida, P.Godé, J.-P.Sortais, Redressement et Liquidation judiciaire des entreprises, Dalloz n°406.

¹¹¹ Cass.com., 16 novembre 1993, D.,1994, jur., p. 57, note F.Derrida et J.-P.Sortais.

D'ailleurs, l'arrêt *Astre* rendu le 9 juillet 1993 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation¹¹², en refusant l'action individuelle d'un créancier qui demandait la réparation de son préjudice « constitué par l'immobilisation de sa créance, inhérente à la procédure collective à laquelle il est soumis et notamment par la perte des intérêts », confirme et définit ce qu'il faut entendre par l'exclusivité du droit d'agir au nom et dans l'intérêt des créanciers que l'article L.621-39 du Code de commerce reconnaît au représentant des créanciers.

La cour de Cassation a d'ailleurs eu l'occasion d'affirmer fermement que le débiteur et l'administrateur ne peuvent agir¹¹³.

Encore faut-il toujours, selon la Haute Cour, que ce représentant agisse avant le jugement arrêtant le plan de cession ou de continuation.

L'article L. 622-1 du Code de commerce¹¹⁴, confère le même pouvoir au liquidateur après mise en liquidation judiciaire.

Après l'adoption d'un plan de cession, le commissaire à l'exécution du plan peut agir en responsabilité, non seulement pour suivre l'action engagée par le représentant des créanciers mais également tenter une action contre toute personne ayant par sa faute contribué à l'augmentation ou à la diminution du passif.

Mais le commissaire à l'exécution du plan ne peut continuer une action irrégulièrement intentée auparavant, dans la mesure où il n'a fait que poursuivre l'action introduite par l'administrateur qui n'avait pas qualité pour l'engager¹¹⁵.

Postérieurement à l'expiration des fonctions des organes de la procédure, les actions sont poursuivies par un mandataire ad hoc.

La formule de l'article L. 621-39 du Code de commerce ne condamne pas pour autant l'action des créanciers demandant réparation de leur préjudice individuel.

2) L'action individuelle

La jurisprudence a admis l'exercice de l'action individuelle pour tout créancier justifiant de l'existence d'un préjudice personnel. La question qui se pose est alors celle de la définition de la notion de préjudice personnel que nous avons déjà évoqué.

La question qui demeure est celle de savoir si l'action *ut singuli* des créanciers est maintenue ou condamnée, sous l'empire de la loi de 1985.

La doctrine est partagée sur ce point. Aussi, la chambre commerciale de la Cour de cassation¹¹⁶, en 1997, a-t-elle tranché en faveur de ceux qui condamnaient l'action *ut singuli*.

¹¹² Cass.Ass.plén., 9 juillet 1993, JCP, G, II, p. 362, note F.Pollaud-Dulian.

¹¹³ Cass. com., 5 janvier 1999, précité.

¹¹⁴ Article 148 de la loi du 25 janvier 1985.

¹¹⁵ Cass. com., 5 janvier 1999, précité.

Elle a ainsi considéré, sous le visa de l'article 46 (devenu L.621-39 du Code de commerce) qu'un associé ou un créancier n'est pas recevable à agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers. Si bien que, en cas d'inaction du représentant des créanciers, la seule possibilité dont disposent les créanciers est la mise en jeu de la responsabilité de celui-ci. Ceci étant, il faut souligner que, quand bien même l'action avait été possible, son attrait restait limité puisque le sort imposé au produit de l'action par l'article L. 621-39 du Code de commerce est le retour au patrimoine du débiteur.

Ils ne peuvent donc agir individuellement que pour demander réparation d'un préjudice personnel.

Ce qui est le cas de la caution également¹¹⁷...

B- La caution non-dirigeante

La jurisprudence que nous avons évoquée précédemment, relative à l'accueil de l'action de la caution dirigeante, nous permet de retenir des solutions inverses en ce qui concerne les cautions profanes ou « externes » à l'entreprise.

Il s'agira notamment du conjoint ou des parents du dirigeant non réputés connaître la situation ou avoir les qualités requises pour apprécier les risques. Pourront également être concernés, les dirigeants-cautions se trouvant dans des « circonstances exceptionnelles ».

Aussi, ces cautions pourront-elles bénéficier du courant jurisprudentiel favorable à leur action. En effet, le développement du devoir de conseil et le respect du principe de proportionnalité se justifient en face de personnes ne disposant pas d'informations suffisantes ou des compétences nécessaires pour les exploiter utilement.

Si bien que, la responsabilité de la banque sera engagée si la banque n'a pas informé la caution de la situation obérée de l'entreprise ou de la disproportion du crédit souscrit ou bien encore en cas de disproportion de l'engagement de la caution eu égard à ses propres facultés de remboursement en cas de mise en œuvre du cautionnement.

Elles pourront agir contre le banquier manquant à son obligation de contracter de bonne-foi : à son devoir d'informer la caution sur la situation compromise du débiteur au moment de l'ouverture du crédit ou, de la destination du crédit qui n'aurait d'autre objet, par exemple que de consolider le solde débiteur de l'entreprise.

Ceci donc, en référence au manquement à l'obligation générale de bonne-foi contractuelle ou plus précisément au devoir du créancier de ne pas aggraver la situation de la caution, ce qui couvre en réalité des fautes du créancier envers le débiteur.

¹¹⁶ Cass. com., 3 juin 1997, D., 1997, jur., p. 517, note F. Derrida.

¹¹⁷ Si bien que la caution qui demande réparation de son préjudice personnel « n'est pas tenue de mettre en cause le débiteur principal ou les organes de la procédure ». Cass. com., 25 juin 1996, JCP, E, 1997, I, p.900, note D. Legeais.

D'une manière générale, cette responsabilité naissant, entre parties au contrat de cautionnement, de fautes commises par l'une d'entre elles, doit être plutôt rattachée à la responsabilité contractuelle¹¹⁸. Les arrêts les plus récents visent généralement l'article 1147 du Code civil¹¹⁹.

Si bien que, l'assimilation de la situation de la caution à celle du tiers au contrat de crédit est toutefois limitée par le fondement contractuel en ce qui concerne la responsabilité du banquier et le manquement à son devoir de conseil.

La caution n'agit donc pas dans le cadre de l'article 2037 du Code civil, car elle n'allègue pas, ici, la perte du droit de se prévaloir d'un privilège, mais simplement la souscription d'un engagement de caution au titre d'une opération sans espoir de viabilité¹²⁰.

La jurisprudence antérieure considérait que la caution ne pouvait invoquer la faute du créancier par voie de défense au fond, mais seulement sous forme de demande reconventionnelle. Elle a renversé la jurisprudence par un arrêt remarqué de la Chambre commerciale du 26 octobre 1999¹²¹ qui, sous le visa des articles 64 et 71 du Nouveau code de procédure civile, offre une option à la caution.

Désormais, la caution peut procéder par voie de défense au fond et solliciter une décharge totale ou partielle de son obligation ou agir par voie de demande reconventionnelle pour solliciter des dommages et intérêts et se prévaloir ensuite de la compensation.

En revanche, la caution ne peut s'appuyer sur l'action en responsabilité engagée contre le créancier par les organes de la procédure collective car le résultat d'une telle action suit le sort prévu par l'article L. 621-39 du Code de commerce¹²², et ne permet donc pas à la caution d'invoquer la compensation.

Section II : La réparation

Lorsque le principe de la réparation est admis, encore faut-il en fixer le montant. Si l'étendue du droit à réparation (§1^{er}) est naturellement une préoccupation majeure pour les « victimes » du comportement fautif du banquier, il demeure pas moins que l'aboutissement de leur action est « symbolisé » par l'affectation du produit de ce droit (§2nd). En l'occurrence, nous pouvons justement nous demander si, parfois, les modalités de l'affectation du produit de l'action ne confèrent pas à ce dernier un caractère symbolique.

¹¹⁸ Mais le fondement de la responsabilité du banquier envers la caution peut aussi se trouver dans l'article 1382 du Code civil. Ibid.

¹¹⁹ Lamy, Droit du financement, 2001, n°3317.

¹²⁰ Cass. com., 17 mars 1998, Bull.civ., I, n°114.

¹²¹ Cass.com., 26 octobre 1999, RTD com. 2000, p.157.

¹²² Article 46 de la loi du 25 janvier 1985.

Paragraphe I : L'étendue du droit à réparation

Le préjudice collectif (A) correspond abstraitement au non-paiement de la créance subi en termes identiques par tous les créanciers¹²³. Concrètement nous verrons comment il est évalué, avant d'envisager les principes gouvernant l'évaluation du préjudice personnel (B).

A - L'évaluation du préjudice collectif

Cette appréciation nécessite généralement une expertise, car en principe le dommage causé n'est pas égal, sauf circonstances exceptionnelles, à l'insuffisance d'actif¹²⁴, mais seulement au supplément d'appauvrissement de l'entreprise intervenu à partir du moment où le soutien du banquier a permis une survie artificielle.

Le préjudice collectif ne peut être supérieur à l'insuffisance d'actif, c'est-à-dire la différence entre le montant des créances admises et celui des dividendes. Et, il faut le limiter à la «différence entre l'insuffisance de l'actif au jour de l'ouverture de la procédure collective et celle qui existait au moment où la faute a été commise¹²⁵».

Mais s'il est établi que la banque n'a eu qu'une connaissance tardive de la situation de son client, elle ne répondra que de l'aggravation de la situation postérieure à la date où informée, elle aurait dû rompre le crédit.

B- L'évaluation du préjudice personnel

En l'occurrence, c'est le droit commun qui s'applique. Ainsi, le montant des dommages et intérêts est à chaque fois un cas d'espèce qui sera apprécié souverainement par le juge, avec l'aide de l'expert. Celui-ci aux cotés des tribunaux, déterminera la quote part de responsabilité de la banque en fonction du lien de causalité et de la part de responsabilité de la victime¹²⁶.

La réparation de la caution se résoudra quant à elle, selon les cas, à l'annulation du contrat de caution ou la condamnation à des dommages et intérêts pouvant être équivalents à la dette garantie et donc venir se compenser avec elle.

¹²³ Dictionnaire Permanent Difficultés des entreprises, op. précitée, n°76.

¹²⁴ Cass. com., 24 mars 1992, précité.

¹²⁵ CA Paris, 10 juin 1987, RD bancaire et bourse, 1988, obs. F.Crédot et Y. Gérard.

¹²⁶ André Buthurieux, op. précitée, n°178, p 86.

La réparation du préjudice individuel profite exclusivement au créancier demandeur, si bien que l'affectation du produit de l'action individuelle ne comporte rien de particulier. Il en va autrement de l'affectation du produit de l'action collective...

Paragraphe II : L'affectation du produit de l'action

Sous l'empire de la loi ancienne, les sommes versées en réparation du préjudice collectif tombaient dans le patrimoine de la masse. Désormais, aux termes de l'article L. 621-39, alinéa 3, du Code de commerce, elles entrent « dans le patrimoine du débiteur et sont affectées, en cas de continuation de l'entreprise, selon les modalités prévues pour l'apurement du passif ».

Le texte prête à discussion et suscite de nombreuses questions.

En effet, comment peut-on dire que le représentant des créanciers agit au nom, mais surtout dans l'intérêt exclusif des créanciers, si c'est le patrimoine du débiteur qui reçoit les sommes destinées à les indemniser ?

Cette solution semble d'autant plus paradoxal que le débiteur est souvent lui-même fautif. Si l'entreprise n'est pas continuée, il a été décidé que les sommes recouvrées par le représentant des créanciers, à la suite des actions, entrent dans le patrimoine de l'entreprise pour être réparties en cas de cession ou de liquidation entre tous les créanciers au marc le franc¹²⁷.

Faut-il en conclure que la répartition des sommes recouvrées en vertu de l'article L. 621-39 du Code de commerce ne tiennent pas compte du privilège de l'article 621-32¹²⁸ ?

Cette solution reste discutable dans la mesure où l'article L. 621-39 n'a pas prévu la répartition « au marc le franc » contrairement à l'article L. 621-39 du Code de commerce¹²⁹.

Enfin, il convient de noter que, puisque l'article L. 621-39 du Code de commerce dispose que les sommes sont affectées selon les modalités prévues pour l'apurement du passif, il est impossible de compenser la dette née de la faute de la banque avec la créance dont elle dispose à l'encontre du débiteur.

Cette solution existait déjà sous l'empire de la loi de 1967, car c'était la masse qui était créancière du banquier alors que celui-ci était créancier du « failli ».

¹²⁷ Cass.com., 28 mars 1995, Bull.civ.IV, n°105.

¹²⁸ Article 40 de la loi du 25 janvier 1985.

¹²⁹ Article 180, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985.

Il convient d'évoquer, pour conclure, les moyens de défense du banquier.

Le moyen de défense essentiel du banquier consiste à invoquer l'ignorance où il était de la situation de l'entreprise, puisque si la situation apparaissait seulement difficile, il n'y a pas faute.

IL pourra de même invoquer ce moyen pour le caractère inapproprié du crédit ou de la destination réelle des fonds.

Ceci, d'autant plus que c'est parfois le fait que son client l'ait délibérément trompé qui est à l'origine des difficultés de surveillance des fonds prêtés.

Comme le souligne un auteur, « lorsque les affaires vont mal, l'honnêteté et la franchise se marginalisent tandis que la qualité de la sincérité des comptes tend à se détériorer. »¹³⁰

Il peut d'ailleurs s'appuyer sur le principe de non-immixtion, pour répliquer que si certes, en tant que professionnel averti il est apte à détecter les erreurs grossières, il n'a pas la fonction d'audit comptable, ni de policier.

Cette défense est renforcée par la nécessité où se trouve le demandeur de prouver que le banquier a agi en connaissance de cause.

Mais, elle demeure limitée, dans la mesure où le devoir d'information et de discernement semble prendre le dessus.

En effet, nous avons déjà observé que tous les arrêts de condamnation ne relèvent pas seulement que le banquier connaissait la situation compromise ou l'inadéquation du crédit, beaucoup se contentent de relever que le banquier « ne pouvait pas l'ignorer », ou « ne pouvait pas raisonnablement l'ignorer » ou « aurait dû le savoir » ou des indices auraient dû alerter sa vigilance de sorte qu'elle avait pu connaître la situation s'il s'était informée¹³¹. Assurément, le banquier détient des pouvoirs considérables par rapport aux autres créanciers par les moyens d'information dont il dispose. Aussi, comment ne pas lui reprocher de ne pas suffisamment les utiliser ?

Dans ce cas, nous ne saurions que trop lui conseiller de prendre les diligences nécessaires en cas de doute sur la situation ou le caractère approprié du crédit. Ceci, afin de pouvoir attester de sa vigilance, le moment venu, et prouver, en conséquence, qu'il n'a pas manqué à son devoir d'information¹³².

Si bien que, pourra constituer un moyen de défense efficace, le fait qu'il se soit fier à des professionnels garants des comptes et indépendants.

Un autre moyen d'échapper à la responsabilité qui leur est imputée du fait du maintien du crédit à une entreprise en situation désespérée, peut être invoquée par les banques : l'intervention des pouvoirs publics en faveur des entreprises en difficulté. En effet, comment pourrait-on parler de situation désespérée en présence du soutien des pouvoirs publics ? Dans ces cas là, comment pourrait-il y avoir une faute ou encore, un manquement à l'obligation de s'informer ?

D'une manière générale, la jurisprudence a plutôt bien accueilli ce moyen de défense.

¹³⁰ A.Buthurieux, La responsabilité du banquier, op. précitée.

¹³¹ Cass. com, 26 mars 1996, précité.

¹³² Nous avons tiré cette observation du fait que, comme nous l'enseigne A.Buthurieux, l'éclairage du magistrat quant à la connaissance ou non par le banquier de la situation, pourra se faire, notamment, par l'apport de l'expert des précisions sur les diligences faites ou non du banquier.

Nous pouvons cité pour exemple un arrêt de la chambre commerciale qui a considéré que les juges du fond avaient légalement justifié leur décision en considérant qu'il ne peut être fait grief à la banque d'avoir accordé le crédit, aux cotés des pouvoirs publics et dans le cadre d'un projet de restructuration approuvé par le trésorier-payeur général.¹³³

La jurisprudence considère, en outre, que l'intervention des pouvoirs publics constitue une présomption du caractère sérieux du plan de redressement.

Mais, il ne s'agit pas d'une présomption présentant un caractère irréfragable. Par conséquent, le soutien des pouvoirs publics à l'entreprise ne suffit pas à exonérer la banque.

La Cour de cassation¹³⁴ a aussi jugé qu' « il ne peut être reproché à la banque de ne pas s'être rendu compte de ce que la société n'était pas viable alors que des organismes officiels dont la compétence et les moyens d'investigation sont pour le moins égaux à ceux de la banque, accordaient à la société des primes substantielles ».

Pour autant, faut-il en conclure que dans une telle hypothèse la banque ne manque jamais à son obligation de s'informer ?

Nous pouvons répondre, à l'appui de l'indication d'un auteur¹³⁵, que puisqu'il ne s'agit que d'une présomption simple du caractère sérieux, l'intervention d'organismes officiels ne pourra que constituer un élément d'information du banquier qui « doit avoir en permanence son devoir de discernement en éveil. »

Suite à ces précisions, force est donc de conclure que les moyens de défense du banquier, outre la rupture du lien de causalité, présentent une efficacité relative. En effet, l'efficacité de la défense du banquier est subordonnée aux mesures qu'il aura prises, avant même de consentir à un soutien financier.

De telle sorte qu'il pourra justifier son appréciation du risque (liée à la situation de l'entreprise ou au crédit lui-même) par le respect de son devoir de discernement qui intègre le devoir d'information.

En d'autres termes, les meilleurs moyens de défense au moment où sa responsabilité est mise en cause, sont des moyens de défense préventive¹³⁶.

¹³³ Cass. com., 9 novembre 1993, Bull.civ, IV, n°384, p. 279.

¹³⁴ Cass. com., 10 octobre 1989, Banque et droit, 1990, n°11, p 154.

¹³⁵ A.Buthurieux, La responsabilité du banquier, op. précitée, n°207, p.102.

¹³⁶ V. D. Bouchery, La responsabilité des banques dans les procédures : comment prévenir le risque de rupture ou de soutien abusif, Droit et patrimoine, 1998, p. 53.

La décision stratégique n'est pas facile à prendre lorsqu'elle constitue un dilemme.

La question étant de savoir s'il convient de renouveler le crédit ou l'interrompre au moment où l'entreprise est en difficulté, « le banquier est contraint de fonctionner en permanence entre le soutien abusif et la rupture abusive »¹³⁷.

¹³⁷ M. Lipzer, Directeur à la Banque Populaire.

Titre II : La responsabilité du banquier liée au retrait de crédit

Le banquier ne peut pas non plus supprimer trop rapidement les crédits octroyés à une entreprise, sans prendre de risques.

D'une part, parce qu'une telle attitude comporte un risque irréversible pour l'entreprise : sa chute financière conduisant au dépôt de bilan.

Il s'avère, en effet, que lorsque les capitaux permanents sont insuffisants, la trésorerie est fragile, de telle sorte que le moindre resserrement du crédit par la banque provoque l'incident de trésorerie et peut aller jusqu'à la mise en liquidation de l'entreprise¹³⁸.

D'autre part, elle est source de risque pour le banquier lui-même, non seulement pour les risques financiers encourus, mais également pour les risques juridiques qui s'ensuivent.

Il est certain que les dirigeants subissent un préjudice né de la révocation des crédits, lorsque ceux-ci étaient indispensables à la poursuite de l'exploitation ; et que de ce fait, ils perdent toute chance de faire face à leurs difficultés financières. Ils vont ainsi tenter de mettre en cause la responsabilité du banquier sur la base de la convention de crédit sur laquelle ils pouvaient compter.

Il sera intéressant d'étudier les conditions dans lesquelles cette responsabilité de nature contractuelle pourra aboutir (**Chapitre I**). Mais si cette responsabilité bancaire ne peut que découler de l'existence d'une convention de crédit, il n'en demeure pas moins, que les tiers à ce contrat subiront nécessairement les contrecoups de la « faillite » de l'entreprise, lorsque ceux-ci ont, par ailleurs, un lien avec le débiteur.

Tel est le cas notamment des garants du débiteur, mais également celui de ses créanciers.

Si bien que, la responsabilité du banquier dans l'abus de la rupture de ses concours peut être de source contractuelle et/ou délictuelle.

Cette double conséquence de la faute du banquier met en relief l'intérêt de l'étude de la sanction du retrait fautif des crédits (**chapitre II**).

Chapitre I : Les conditions de la responsabilité du banquier en cas de rupture du crédit.

Pour engager la responsabilité du banquier qui a rompu ses concours, l'entreprise cliente devra établir l'existence d'une convention de crédit entre elle et sa banque. En outre, elle devra démontrer que le banquier a eu une attitude fautive en mettant fin unilatéralement au contrat.

Si bien que les tribunaux ont eu à définir l'existence d'une convention de crédit existante ou ayant existé (**Section I**). pour pouvoir définir la faute du banquier en matière de révocation de l'ouverture de crédit (**Section II**)

¹³⁸ G. Prat, La responsabilité du banquier et la faillite de son client, op.précitée, p. 117.

Section I : L'existence d'une ouverture de crédit

Par ouverture de crédit, il faut entendre « la convention par laquelle un établissement de crédit s'engage à mettre un certain crédit, pour une certaine durée, à la disposition d'un de ses clients »¹³⁹.

En vertu du grand principe de la liberté contractuelle, l'ouverture de crédit suppose donc la manifestation d'une volonté de faire crédit. Ceci, nous invite à apprécier, en premier lieu, la liberté du banquier dans l'octroi de crédit (§1^{er}), pour pouvoir s'intéresser ensuite à la définition de l'ouverture de crédit (§2nd) librement consenti.

Paragraphe I : La liberté du banquier dans l'octroi de crédit

En principe, la liberté contractuelle se traduit par la liberté de s'engager ou non (A), ainsi que par celle de pouvoir limiter son engagement. Ce second point, se révèle, en pratique, par la stipulation de clauses résolutoires.

Or, une règle d'ordre public, exorbitante du droit commun, vient limiter ce droit. Il s'agit de l'article L.621-28, alinéa 5, du Code de commerce¹⁴⁰ qui énonce que « nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution du contrat ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. »

Il en résulte que les clauses résolutoires inscrites par le banquier visant, sous quelque forme que ce soit, la « faillite » de son client seront réputées non écrites. De telle sorte que, le maintien du crédit pourra être imposé, en dépit de stipulations contraires, au moment de l'ouverture de la procédure collective (B).

A- La liberté de refuser ses concours

Un banquier n'est jamais tenu d'accorder à son client un crédit sollicité. Si nous ne pouvons à proprement parler de droit discrétionnaire du banquier, nous pouvons au moins affirmer qu'il n'existe pas de droit au crédit. Ce principe s'applique aux entreprises, aussi bien d'ailleurs, qu'aux consommateurs.

Autrement dit, le banquier est entièrement libre de consentir ou non l'octroi d'un crédit, si bien que sa responsabilité civile ne pourra être recherchée sur ce fondement.

Seules les hypothèses d'abus de droit du banquier qui auront été démontrés pourront, le cas échéant, engager sa responsabilité civile.

¹³⁹ Lamy, Droit du financement, 2001, n°2036.

¹⁴⁰ Article 37, alinéa 5, de la loi du 25 janvier 1985.

Or, si ces hypothèses peuvent marquer une limite à la liberté de décision appartenant aux banques, il convient de préciser qu'elles ont un caractère plus que marginal en pratique.

Le principe du libre choix du banquier repose sur un double fondement : sur celui du droit commun des contrats, ainsi que sur le caractère spécifique de la convention de crédit.

En effet, le concours du banquier ne peut être forcé puisqu'il est soumis juridiquement aux règles fondamentales du droit commun des obligations, ainsi, celle qui suppose le consentement de la partie qui s'oblige¹⁴¹.

Aussi, cette règle est-elle renforcée par le fort *intuitu personae* qui existe en matière d'opération de crédit.

Le banquier jugera s'il est opportun d'apporter son concours ou non en vertu de l'appréciation du risque-client lui appartenant.

La Cour de cassation¹⁴² a par ailleurs estimé que ce principe ne pouvait recevoir de limite sur le fondement du droit de la concurrence¹⁴³, car seules les pratiques anti-concurrentielles sont visées par le texte, et non les pratiques restrictives individuelles.

Notons que, le droit de refus de crédit doit être rapproché de celui de refuser d'augmenter le montant du découvert autorisé ou, de refuser de renouveler un crédit parvenu à expiration.

En tout état de cause, il faut, évidemment, réserver le cas où le banquier aurait commis une faute en faisant croire qu'il accorderait du crédit.

B- Le maintien d'un crédit en cours à l'ouverture du redressement judiciaire

1) La possibilité du maintien d'un crédit en cours

La question s'était posée de savoir si l'article L. 621-28¹⁴⁴, selon lequel l'administrateur peut exiger le maintien des contrats en cours, s'appliquait aux ouvertures de crédits, étant donné que ces contrats sont conclus en considération de la personne.

Puis, la Cour de cassation, le 8 décembre 1987¹⁴⁵ a autorisé l'administrateur « à obtenir la continuation pendant la période d'observation, des conventions de compte courant, d'ouverture de crédits, de découvert, ou d'autorisation d'escompte en cours au jour du jugement de redressement judiciaire... », sans « qu'il puisse être fait état de distinction selon que les contrats ont été ou non conclus en considération de la personne ».

Les auteurs considèrent que la liste n'est pas limitative et que tous les types d'ouvertures de crédits sont concernés, que l'ouverture soit expresse ou tacite, qu'elle s'exécute ou non en

¹⁴¹ Article 1108 du Code civil.

¹⁴² Cass. com., 11 octobre 1994, JCP E 1995 I, p.463, obs. C.Gavalda, J.Stoufflet.

¹⁴³ Ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur la liberté de la concurrence et des prix.

¹⁴⁴ Article 37, al. 1^{er} de la loi du 25 janvier 1985 devenu L. 621-28, al. 1^{er} du Code de commerce.

¹⁴⁵ Cass. com., 8 décembre 1987, D. 1988, jur., p.52.

compte courant. Si bien que, la mobilisation de créances « Dailly »- qui semble d'avantage concernée en pratique- a pu être jointe à cette liste.

La décision de maintien appartient au seul administrateur ou, au débiteur autorisé par le juge-commissaire, en l'absence d'administrateur dans le cadre de la procédure simplifiée.¹⁴⁶

Notons que, pour pouvoir être maintenue, l'ouverture de crédit doit être en cours au jour du jugement d'ouverture puisque l'article L. 621-28 Code de commerce ne s'applique qu'aux contrats en cours. Il est donc nécessaire que l'ouverture de crédit n'ait pas été précédemment révoquée. En revanche, si la révocation est acquise par l'effet d'une clause résolutoire expresse, intervenue avant le jugement d'ouverture, l'administrateur est dépourvu de sa faculté de maintien du crédit.

D'autre part l'administrateur ne peut imposer la continuation de l'ouverture au-delà de son terme conventionnel ou légal.

Ainsi, a-t-il été jugé que, lorsque l'ouverture de crédit a été dénoncée avec préavis et que le jugement d'ouverture intervient pendant le délai de préavis, la rupture est acquise et l'administrateur ne peut imposer la poursuite des concours que jusqu'au terme de ce délai.

Il convient de préciser que, l'administrateur ne peut imposer au fournisseur de crédit d'aller au-delà de ce à quoi il était engagé, car l'article L. 621-28 du Code de commerce ne permet pas d'obliger le banquier à de nouveaux concours.

En cas de refus du banquier d'assurer le maintien du crédit, malgré l'exigence de l'administrateur, la Cour de cassation a décidé que la connaissance de la demande du rétablissement immédiat du concours relevait de la compétence exclusive du juge commissaire auquel il appartient de veiller au déroulement rapide de la procédure, et non aux juges des référés.

Ceci, pour répondre au principe de l'unité de la procédure. Car, nous verrons que dans le cadre d'une action en responsabilité, le juge des référés est compétent pour ordonner le rétablissement temporaire du crédit.

Aussi, conformément à l'article L. 621-28 Code de commerce, qui oblige l'administrateur à fournir la prestation promise au débiteur, l'ouverture de crédit maintenue l'est aux mêmes conditions et avec les mêmes garanties que celles convenues à l'origine.

Et, le fournisseur de crédit bénéficie de la priorité de paiement prévue pour les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture en application de l'article 40 (devenu article L. 621-32 du Code de commerce) ainsi que l'a précisé la Cour de cassation du 8 décembre 1987¹⁴⁷.

La question non résolue reste celle de savoir quel est le rang de la créance.

¹⁴⁶ Article 141, II de la loi du 25 janvier 1985 devenu L. 621-137, al. 2 du Code de commerce.

¹⁴⁷ Arrêt précité.

2) Les possibilités de rupture du crédit maintenu

Les possibilités de révocation du crédit obéissent aux règles de droit commun (celles-ci seront étudiées ci-après) bien que nous nous trouvions dans le cadre d'une procédure collective.

L'article 60 de la loi du 24 janvier 1984, devenu article L. 313-12 du Code monétaire et financier, a donc vocation à s'appliquer.

Ainsi, les conditions de rupture sont les mêmes, que l'on se trouve en période d'observation ou, dans le cadre d'un plan de redressement.

D'ailleurs, une inexécution de plan par le débiteur pourrait, éventuellement, justifier la rupture des crédits.

Si ce sont les dispositions de droit commun qui s'appliquent en l'occurrence, nous pouvons néanmoins observer que la résolution du plan pourra avoir une incidence sur les modalités de la rupture des concours financiers.

En effet, la résolution qui tend à la liquidation judiciaire offre la possibilité au banquier de résilier l'ouverture de crédit sans préavis pour situation irrémédiablement compromise de son client. Ceci, afin d'éviter le maintien du crédit en raison de la poursuite temporaire de l'activité pour les seuls besoins de la liquidation.

La résolution du plan peut aussi tendre à la cession de l'entreprise, dans ce cas, le banquier est libéré de ses engagements s'il ne désire maintenir le crédit au profit du repreneur. Car l'*intuitu personae* de l'ouverture de crédit s'oppose à la cession forcée du contrat, sur le fondement de l'article L. 621-88 du Code de commerce¹⁴⁸.

En revanche, l'adoption d'un plan de continuation ne change rien. En effet, il a été jugé que « le changement de régime juridique dans la procédure de redressement passant de la phase d'observation à la phase d'exécution du plan de continuation de l'entreprise, ne suffit pas à légitimer la rupture brutale des concours précédemment accordés »¹⁴⁹

Notons enfin que, les solutions sont les mêmes, que les crédits aient été maintenus ou qu'ils aient été librement accordés après l'ouverture de la procédure.

Mais pour que puisse être exigée l'exécution du contrat, encore faut-il qu'il y ait effectivement ouverture de crédit, c'est à celui qui s'en prévaut de l'établir...

¹⁴⁸ Article 86 de la loi du 25 janvier 1985.

¹⁴⁹ CA Agen, 2 avril 1987, D. 1987, jur., p. 592, note F. Derrida.

Paragraphe II : L'ouverture de crédit

L'existence d'une ouverture de crédit peut, dans certaines conditions, rendre fautif le refus du banquier de consentir un crédit.

L'ouverture de crédit s'analyse juridiquement comme une promesse de crédit. Rappelons que, selon le type d'ouverture de crédit, le banquier promettant s'engage, à concurrence d'un certain plafond, à octroyer des prêts au bénéficiaire, à lui consentir des avances en compte courant, à lui escompter des effets de commerce ou à lui fournir son cautionnement pour des engagements envers des tiers.

Il s'agit donc d'une promesse unilatérale qui oblige le banquier sollicité à octroyer le crédit promis.

Si bien que, conformément au droit commun, en cas d'absence d'exécution de cette promesse, le banquier engage sa responsabilité contractuelle.

Mais, la réelle difficulté en pratique résulte de l'absence de convention écrite.

Dans cette hypothèse, la question de l'existence d'une ouverture de crédit pose un problème de distinction qui repose sur la manifestation de volonté de la banque ou du moins, sur la manière dont le client pouvait légitimement l'interpréter.

A - L'application du principe de la manifestation tacite de la volonté

Il s'agit, pour Stéphane Piédelièvre¹⁵⁰, de faire la « distinction entre les vraies et fausses ouvertures de crédit ».

Car en pratique, le banquier, pour se dégager de sa responsabilité, pourra légitimement prétendre que son client bénéficiait seulement d'une simple tolérance de découvert qui est toujours révocable sans qu'il puisse être constaté un quelconque abus de droit.

D'autant plus que, dans ce cas, le banquier n'est même pas tenu de respecter un préavis.

Ceci étant, l'absence de formalisation des découverts ne mettra pas, pour autant, la banque à l'abri en cas de dénonciation de concours.

Car, face à cette situation les juges devront établir une distinction entre la notion de découvert autorisé, constitutif d'une ouverture de crédit, et celle d'une simple tolérance non attributive de droits ultérieurs pour le client.

Aussi, la décision de la banque doit-elle être relative à une opération de crédit ; de telle sorte que, le refus de renouveler des formules de chèques (qui ne sont que des instruments de paiement) ne constitue pas une rupture de crédit.¹⁵¹

En application de l'article 1315 du Code civil, il appartient au client¹⁵² qui se prévaut de l'ouverture de crédit d'en rapporter la preuve par tout moyen¹⁵³.

¹⁵⁰ La responsabilité liée à une opération de crédit, Droit et patrimoine, op.précitée, p. 62.

¹⁵¹ Cass. com., 6 mai 1997, Bull.civ., IV, n°116.

La jurisprudence ancienne se contentait d'indices, comme la constitution de sûretés ou encore le renouvellement de facilités de caisse, pendant un certain temps, pour en déduire l'existence d'une ouverture de crédit.

Désormais, celle-ci résulte de l'appréciation d'éléments de fait, par les juges du fond, de nature à révéler l'octroi de concours durables et renouvelés.

Ceci, afin d'éviter la confusion entre le découvert, concours permanent qui engage la banque, et les simples facilités de caisse, concours occasionnels que la banque n'est pas tenue de renouveler.

Si bien que, la différence entre l'ouverture de crédit tacite et la simple facilité de caisse que la banque entendait accorder à l'origine sera révélée par la durée pendant laquelle le solde du compte est resté débiteur sans que la banque n'ait protesté¹⁵⁴.

En outre, les soldes débiteurs doivent refléter l'expression d'un crédit réellement consenti et non pas des créances de la banque résultant de la contre-passation d'effets de commerce ou de l'inscription au débit du compte de la créance de remboursement de la banque, née de la mise en jeu d'engagements par signature donnée sur demande du client pour son compte¹⁵⁵.

B -La détermination du montant du découvert autorisé

S'agissant du montant contractuel du crédit, la jurisprudence va déterminer l'intention des parties par l'examen de l'allure du compte.

Il en ressort que, ce n'est pas le plus fort découvert constaté qui peut résulter d'une tolérance exceptionnelle, mais le découvert moyen, en l'absence de dépassement à caractère exceptionnel, qui est retenu par la jurisprudence pour fixer la limite du crédit consenti.

En effet, seuls les critères propres à révéler la volonté de la banque quant au montant précis du concours accordé, sont désormais retenus par la Cour de cassation qui a préféré le principe du découvert durable et régulier reflétant parfaitement la limite admise par la banque.

Ceci donc à l'exclusion de tout dépassement ponctuel toléré par la banque pour pallier une difficulté passagère du client qui ne peut alors prétendre à la pérennité de cette tolérance¹⁵⁶.

De telle sorte que sera ainsi fixée la position débitrice admise sans réserve par la banque ou au contraire, il en sera conclu une absence de découvert autorisé.

¹⁵² La Cour de cassation est encore amenée à cassé des décisions pour confirmer sa jurisprudence qui exige de la personne qui s'en prévaut la preuve d'une ouverture de crédit tacitement accordée. Cass. com., 13 mars 2001, Banque et Droit, mars-avril 2002, p.61, obs. J.-L. Guillot.

¹⁵³ Selon l'article 109, devenu L.110-3 du Code de commerce, « à l'égard des commerçant,(tel que le banquier), les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens ».

¹⁵⁴ Le banquier est amené, en pratique, à préciser par courrier qu'un dépassement non autorisé est exceptionnel et ne constitue, en aucun cas, le plafond autorisé de l'ouverture de crédit.

¹⁵⁵ Redressement et liquidation judiciaires, op.précitée, fasc.520, n°30.

¹⁵⁶ Cass. com., 29 juin 1993, Bull.civ., IV, n°269.

Pour conclure, nous observerons que la liberté du banquier quant à l'octroi de crédit n'est nullement remise en cause. Toutefois, force est de constater que l'élargissement de la notion d'ouverture de crédit, et la régression de l'*intuitu personae* du contrat de crédit au moment de l'ouverture de la procédure collective marquent les contours de cette liberté. Ceci s'explique par le lien de dépendance de l'entreprise vis à vis de sa banque. Mais la limite à au pouvoir discrétionnaire du banquier réside surtout dans la manière de rompre son crédit.

Section II : La rupture brutale d'une ouverture de crédit

Les tribunaux après avoir défini l'existence d'une convention de crédit ont à définir la faute du banquier en matière de révocation de l'ouverture de crédit ou, à définir les conditions dans lesquelles le crédit doit être en principe rompu (§1^{er}) selon les dispositions légales, avant de se prononcer sur la responsabilité du banquier. Mais, c'est surtout pour les conditions dans lesquelles le crédit peut être exceptionnellement rompu (§2nd) que l'appréciation des tribunaux est nécessaire au respect des conditions légales.

Paragraphe I : Les conditions de révocation selon la durée du crédit concerné : le principe

Beaucoup de crédits sont consentis pour une durée indéterminée. C'est le cas le plus souvent du découvert et de l'escompte.

Dans ce cas, le principe est que chacune des parties peut mettre fin au contrat unilatéralement, en vertu du principe de prohibition des engagements perpétuels, par une simple notification au cocontractant. Mais compte tenu des circonstances particulières il a fallu prendre en compte les intérêts du client.

Il paraît évident, en effet, que la dénonciation brutale d'un crédit par une banque peut mettre le client en grande difficulté.

Dés lors, les tribunaux ont d'abord considéré que commet une faute dans l'exercice de son droit à résiliation de la convention, le banquier qui, sans raison sérieuse, n'accorde pas au bénéficiaire du crédit un délai suffisant pour lui permettre de prendre les dispositions qu'appelle la perte de bénéfice du crédit¹⁵⁷.

Puis, le législateur est venu renforcer cette protection des entreprises contre les risques graves que leur fait courir la perte brutale d'un financement.

Désormais, il existe donc une obligation légale du préavis pour les crédits bancaires aux entreprises.

¹⁵⁷ Cass. com., 13 janvier 1987, D.1987, inf.rap. p.17 ; RD bancaire et bourse 1987, p.53, obs.F.-J. Crédot et Y. Gérard.

Ainsi, l'article L.313-12 du Code monétaire et financier dispose « que tout concours à durée indéterminée, autre qu'occasionnel, qu'un établissement de crédit consent à une entreprise, ne peut être réduit ou interrompu que sur notification écrite à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi de concours. »

L'alinéa premier du texte opère donc une distinction pour les crédits autre qu'occasionnel : entre les crédits à durée indéterminée et crédit(A) et les crédits à durée déterminée(B).

A - Le contrat de crédit à durée indéterminé

Le premier alinéa de l'article L.313-12 du Code monétaire et financier se réfère aux concours à durée indéterminée et fait exception pour les crédits occasionnels.

Mais, nous l'avons vu, la convention de crédit n'étant soumise à aucune forme, il appartient aux tribunaux de constater s'il existe ou non un véritable contrat susceptible d'entrer dans le champ d'application de l'article.

En d'autres termes, cette disposition de la loi ne trouve à s'appliquer uniquement que pour les « vraies » ouvertures de crédit à durée indéterminée.

Le crédit ne pourra être interrompu ou réduit qu'à deux conditions. Il sera nécessaire que d'une part une notification en ce sens soit adressée. D'autre part, un délai de préavis devra être respecté.

1) L'obligation de notification écrite

L'interruption de crédit doit ainsi faire l'objet d'une notification - qui, selon la jurisprudence est un élément d'ordre public - selon des termes clairs et non équivoques¹⁵⁸ manifestant explicitement la volonté de rompre le contrat.

La Cour d'appel de Reims¹⁵⁹ a par ailleurs jugé qu'« une lettre simple ne peut constituer la notification de la rupture du crédit, laquelle implique, compte tenu de l'importance de la mesure pour le débiteur et de la nécessité d'attirer particulièrement son attention, le recours à une lettre recommandée avec avis de réception ».

Si les premières solutions tenant à des conditions de fonds découlent du sens de la loi, il en va autrement pour la seconde solution tenant à une condition de forme.

SI bien que, la question demeure de savoir si la décision rendue par la Cour d'appel de Reims peut avoir une portée générale, étant donné que le texte n'impose pas de forme à la lettre et oblige le banquier à se ménager une sécurité supplémentaire. Mais, est-il nécessaire de préciser que celle-ci sera aussi source de sécurité juridique pour le banquier.

¹⁵⁸ Cass. com., 18 mai 1993, Bull. civ., IV, n°189.

¹⁵⁹ CA Reims, 31 juillet 1996, RD bancaire et bourse, 1997, p. 218, obs. F.- J. Crédot et Y. Gérard.

Sera, ainsi, jugée fautive une banque qui a brusquement retiré une ouverture de crédit à une société en situation difficile, sans avoir adressée la notification au client directement et dans des « circonstances anormales ». Autrement dit, si les lettres ne sont pas expédiées aux dates indiquées et que la lettre de dénonciation est envoyée au directeur administratif et financier, et non aux dirigeants¹⁶⁰.

Par ailleurs, la notification de la rupture adressée le jour du jugement d'ouverture n'a pas pour effet d'empêcher le maintien forcé du contrat de crédit, au motif, selon la Cour de cassation¹⁶¹ que le banquier ne pouvait rompre ses crédits pour des causes antérieures au jugement d'ouverture, en vertu de l'article 37 alinéa 2 de la loi de 1985(devenu L. 621-28 du Code de commerce). Mais surtout parce qu'elle affirme qu'à compter du jugement de redressement judiciaire, il devient impératif de notifier la résiliation des concours bancaires continués pendant la période d'observation à l'administrateur judiciaire.

2) L'obligation de préavis

En principe, le préavis doit être fixé soit dans la convention elle-même, soit dans les conditions générales de la banque¹⁶².

L'obligation s'applique pour tout crédit à une entreprise, même non commerciale. Dans la pratique, le préavis contractuel est de deux mois.¹⁶³

Selon l'article 313-12, alinéa 1^{er}, du Code monétaire et financier, il doit être fixé lors de l'octroi du concours. Or, il arrive fréquemment que tel ne soit pas le cas ; d'autant plus que ces conventions de crédit peuvent être tacites.

La difficulté alors concernera la durée du préavis à respecter. Aucune réponse légale ne peut être donnée¹⁶⁴.

La jurisprudence exige alors un « délai raisonnable ». Mais cette notion est de nature à engendrer de nombreux litiges, d'autant plus que sa détermination devrait pouvoir résulter de nombreux facteurs, comme la nature du crédit, son montant, la durée depuis laquelle l'ouverture a été consentie.

Il appartient donc au juge d'apprécier au cas par cas. En effet, tout dépendra des circonstances. Il faut souligner que la jurisprudence est très attachée à ce que le délai soit suffisant pour que le client ait le temps de trouver une solution de remplacement.

Aussi, la Cour d'appel d'Agen était-elle allée jusqu'à décider que le banquier que le banquier devait laisser au débiteur le temps de trouver d'autres concours¹⁶⁵.

¹⁶⁰ Cass. com., 5 janvier 1999, Bull. civ., IV, n°3.

¹⁶¹ Cass. com., 28 juin 1994, RD bancaire et bourse, 1995, p. 17, obs. F.- J. Crédot et Y. Gérard.

¹⁶² C.Gavalda et J. Stoufflet, Droit bancaire, op.précitée, n°386, p.189.

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ L'A.F.B. (*L'Association Française des Banques*) a diffusé un avis, concernant ce délai, qui est devenu un usage, auquel il reste toujours possible de déroger. Le délai est d'un mois si le crédit est assorti de garanties; à défaut, il est porté à deux mois.

¹⁶⁵ CA Agen, 2 avril 1987, D.1987, jur.,p.592, note F.Derrida.

Nous comprenons qu'une telle solution ait été jugée excessive par nombre d'auteurs, car le délai pourrait alors s'étendre jusqu'à l'ouverture d'une éventuelle procédure de redressement judiciaire. Cependant, la jurisprudence ultérieure a préféré se référer aux usages bancaires. Ainsi, dans une décision du 29 mars 1989, la Cour d'appel de Paris¹⁶⁶ demande d'observer un délai de 60 jours pour les découverts et 30 jours pour l'escompte et la mobilisation de créances commerciales.

Mais comme tout dépend des circonstances, des délais de 15 jours ou même de 8 jours (exceptionnellement), ont été jugés raisonnables

La Cour de cassation a naturellement jugé que 48 heures était un délai trop court¹⁶⁷.

Une notification de dénonciation conditionnelle ne permet pas à la banque de s'affranchir de son obligation de respecter un préavis.

Ce premier alinéa de l'article 313-12 du Code monétaire et financier est ainsi destiné, par l'obligation de notifier la décision tout en laissant un délai raisonnable de préavis, à empêcher la brutalité de la rupture.

B - Le contrat de crédit à durée déterminée

Le principe est l'impossibilité d'une résiliation unilatérale. En effet, en vertu du droit commun des contrats, un engagement contractuel à durée déterminée ne peut pas être révoqué unilatéralement par son auteur. Un tel comportement engagerait la responsabilité contractuelle de ce dernier, en vertu de la stricte application de l'article 1134 du Code civil imposant le respect des termes contractuels. Car, contrairement au crédit à durée indéterminée, la durée joue, ici, un rôle prépondérant de condition de fond.

Ainsi, le banquier ne peut-il pas revenir sur une ouverture de crédit avant l'échéance du terme stipulé. A moins que les parties conviennent de le modifier ou d'y mettre fin par anticipation ; ou encore qu'il existe dans la convention des dispositions relatives aux cas d'exigibilité anticipée (ce qui est une pratique courante dans le domaine bancaire).

Enfin, ce n'est qu'en vertu du droit commun que le banquier pourra invoquer l'exception d'inexécution ou provoquer la résolution judiciaire sur le fondement de l'article 1184 du Code civil, le client, par hypothèse, n'ayant pas rempli ses obligations.

Certains auteurs, s'inspirant de la doctrine allemande attachée à la notion de « dignité de crédit », se sont demandés si la simple perte de confiance du banquier en son client ne justifie pas une rupture unilatérale du crédit à durée déterminée dans la mesure où la cause de l'engagement du banquier se trouverait justement dans la confiance que mérite son client¹⁶⁸.

¹⁶⁶ CA Paris, 29 mars 1989, RTD com. 1989, p.507, obs. Cabrillac et Teyssié.

¹⁶⁷ Cass. com., 5 mars 1996, D., 1996, IR, p.97.

¹⁶⁸ J.-L. Rives-Langes et M. Contamine Raynaud, Droit bancaire, Dalloz, n°468.

D'autres auteurs ont estimé que cette solution ne pouvait être acceptée, notamment M. Piédelièvre qui souligne que cette solution nécessiterait que l'on admette que la cause joue lors de l'exécution du contrat, idée à laquelle la jurisprudence ne serait pas favorable.

Mais la loi elle-même ne consacre-t-elle pas une telle solution en introduisant la possibilité de rompre unilatéralement le crédit lorsque la situation du client est irrémédiablement compromise ou lorsqu'il a eu un comportement gravement répréhensible ?

Assurément, il faut reconnaître que ces hypothèses se rattachent à la notion de « dignité du crédit »¹⁶⁹. Soulignons néanmoins que ces exceptions ont été **expressément** prévues par le législateur, contrairement à la notion de « dignité du crédit » ou de « perte de confiance ». Notion dont le caractère trop vague, par ailleurs, serait susceptible d'entraîner des problèmes d'appréciation et nombre de litiges.

Car, il est possible d'imaginer bien d'autres cas de perte de confiance que ceux prévues par le législateur.

Si la banque respecte les dispositions de l'article 313-12, alinéa 1, du Code monétaire et financier, le débiteur ne pourra être fondé à invoquer un abus au seul motif que la rupture n'est pas justifiée. Autrement dit, si la rupture n'est pas brutale, elle n'a pas besoin d'être motivée.

Paragraphe II : Les conditions de révocation : l'exception

Selon l'article 313-12, alinéa 2, du Code monétaire et financier, « l'établissement de crédit n'est tenu de respecter aucun délai de préavis, que l'ouverture de crédit soit à durée indéterminée ou déterminée, en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire de crédit ou au cas où la situation financière de ce dernier s'avérerait irrémédiablement compromise ».

A la différence du premier alinéa, le deuxième alinéa indique que la banque pourra, mais seulement dans les deux cas énumérés, mettre fin au crédit ou le réduire sans être tenue à aucun délai de préavis et quel que soit le type de crédit (à durée déterminée ou non).

Soulignons, toutefois, que le banquier est tenu, même dans cette hypothèse, de notifier sa décision.

Ainsi, cette possibilité de déroger à l'alinéa premier s'appliquerait-elle indifféremment aux crédits à durée indéterminée et déterminée selon l'expression de la loi. Si bien que, même si le texte précité n'a expressément prévu qu'une dispense de préavis, c'est dans le silence

¹⁶⁹ Au sens de la perte de confiance, qui concerne les rapports créateur-crédité, et non pas au sens de la notion de « dignité du crédit » au regard à la situation économique de l'entreprise, c'est à dire la notion qui vise à protéger les intérêts des tiers et donc de l'économie en général.

de la loi que le banquier pourra mettre fin à un crédit à durée déterminée dans les cas où une dispense de préavis est accordée pour la dénonciation d'un crédit à durée indéterminée.

En d'autres termes, lorsque les conditions d'une éventuelle rupture ne seront pas des conditions de délai (telle la condition de préavis pour le cas des crédits à durée indéterminée), elles seront des conditions de fond.

Dans les cas d'application de l'alinéa 2, l'exception est donc double, puisqu'elle constitue des cas légaux de résiliation unilatérale pour l'ouverture de crédit à durée déterminée, en plus d'une dispense de préavis.

A - Le comportement gravement répréhensible

Il n'existe pas de définition légale ou jurisprudentielle précise. Mais, à la différence du constat de la situation irrémédiablement compromise qui est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, celui d'un comportement gravement répréhensible du crédité relève du contrôle de la Cour de cassation.

Car, si la situation de l'entreprise est une question de fait qui nécessite une appréciation « de terrain », le comportement grave est plus une question de qualification qui nécessite le contrôle de la Cour suprême.

Le banquier ne trouvera guère de difficulté à apprécier ce qui constitue un comportement gravement répréhensible en présence de cas extrêmes qui imposent d'eux même cette qualification. Il en est ainsi de tous les actes délictueux de l'entreprise bénéficiaire du crédit : remises de chèques ou de traites de cavalerie, de faux bilans, de factures fictives ou encore de créances éteintes, émission de chèques postérieurement à une interdiction bancaire.

Autrement dit, toutes les fois où la nature du comportement aura une coloration pénale, la preuve de la gravité du comportement de son client sera aisée à établir pour le banquier.

Si bien que, dans un tel contexte, ce dernier pourra, en toute sécurité, se libérer de l'obligation de préavis pour mettre fin à son soutien financier.

En revanche, en dehors de ces hypothèses, la banque devra apprécier avec prudence le comportement de son client. Selon MM. Crédot et Gérard¹⁷⁰, le comportement gravement répréhensible implique un comportement dolosif, une intention de nuire. Or, cette dernière attitude semble, *a priori*, malaisée à dévoiler.

Une jurisprudence bien établie s'est montrée favorable à la qualification du comportement gravement répréhensible, en présence de l'addition d'un certain nombre de faits justifiant une rupture des crédits sans délai.

¹⁷⁰ Sous Cass. com. 2 juin 1992, Rev. dr. bancaire et bourse 1992, p. 246.

Ainsi, selon la Cour de cassation¹⁷¹, le dépassement en permanence du découvert autorisé, la non fourniture des documents demandés et de la garantie promise sont propres à fonder la décision des juges du fond, selon laquelle, la banque pouvait « regarder le comportement du bénéficiaire du crédit comme gravement répréhensible » et qu'en conséquence, aucune rupture abusive ne pouvait être reprochée à la banque au sens de la loi.

Selon MM. Crédot et Gérard, il existe, en l'espèce une volonté consciente d'abuser du crédit et un comportement déloyal du client. Mais nous pouvons souligner que, puisqu'en l'espèce, la banque maintenait son crédit en considération de la garantie, la faute du crédit aurait pu être, simplement, qualifiée d'inexécution contractuelle.

En effet, en pratique, les fautes d'inexécution sont souvent une illustration du comportement gravement répréhensible.

Mais l'on constate surtout, que dans tous les cas, son comportement doit laisser supposer que le client ait porté atteinte aux rapports de confiance régnant dans les conventions de crédit.

Aussi, la Haute cour¹⁷² a-t-elle considéré que, lorsque le client dépasse à maintes reprises le découvert autorisé malgré les rappels et mises en garde du banquier, qu'il manque à son obligation d'information du banquier, par la fourniture des documents comptables, il altère « notablement la confiance » de ce dernier.

Cette solution n'est-elle pas une illustration de consécration implicite de la notion de la perte de confiance du banquier envers son client ?

Pour répondre, nous ne pouvons contester le fait que tout comportement grave du client est de nature à altérer la confiance d'une banque, mais nous ne pouvons pas affirmer qu'indubitablement, toute perte de confiance aurait pour origine un comportement pouvant être qualifié de gravement répréhensible.

C'est pourquoi, nous pensons que si, c'est l'altération de « la dignité de crédit du client » qui justifie les cas de dispense de préavis accordés par la loi bancaire¹⁷³, il n'en demeure pas moins que ceux-ci ont été strictement limités, et qu'ils ne pourraient couvrir une notion aussi large que celle de « la perte de confiance ».

Aussi, pour pallier le risque de qualification inhérent à la décision du banquier, celui-ci aura-t-il intérêt de prévoir, dans la convention de crédit, des cas constitutifs de comportement gravement répréhensible. Ceci lui permettra d'élargir, par la loi du contrat, les dispenses légales de préavis.

Mais, encore faut-il, dans ce cas, qu'il y ait eu formalisation par écrit de l'ouverture de crédit. Si tel n'est pas le cas ou, si rien n'a été prévu à ce sujet, et que le doute subsiste quant à l'appréciation de la notion, il sera conseillé au banquier d'agir prudemment, autrement dit, de respecter le préavis de dénonciation des concours. Nous verrons que cette attitude est beaucoup moins évidente à avoir dans l'hypothèse de la situation irrémédiablement compromise de l'entreprise.

¹⁷¹ Cass. com. 2 juin 1992, *ibid.*

¹⁷² Cass. com. 2 novembre 1994 (2^{ème} espèce), Rev. dr. bancaire et bourse 1995, p.17, obs. J.Crédot et Y.Gérard.

¹⁷³ C'est ce qu'affirme certains auteurs, notamment, C.Gavalda et J. Stoufflet, op.précitée, n°388 p.190.

Notons que la faute doit être antérieure à la décision d'octroi par la banque, qui ne peut invoquer un fait répréhensible postérieur pour justifier une rupture de crédit brutale, car celle-ci doit être fondée à la date à laquelle elle a été indiquée.

Le comportement gravement répréhensible qui justifie une rupture immédiate et exonère le banquier de toute responsabilité peut donc poser des difficultés. Mais celles-ci demeurent moins grandes que celles que pose la notion de situation irrémédiablement compromise, toujours sévèrement appréciée.

B - La situation irrémédiablement compromise

La notion de situation irrémédiablement compromise pour l'application de l'article 313-12 alinéa 2 du Code monétaire et financier n'est pas plus clairement déterminée que celle de la situation désespérée pour l'appréciation du caractère abusif de l'octroi de crédit ; la jurisprudence reprend le plus souvent les mêmes termes.

De telle sorte que, à chaque fois que le banquier rompt ou réduit brutalement ses concours financiers en se fondant sur la situation de l'entreprise il risque aussi de commettre une erreur source de responsabilité.

De surcroît, une innovation importante est apportée par la loi bancaire par rapport à la situation antérieure : le renversement de la charge de la preuve.

Désormais, lorsque le banquier a rompu les crédits sans préavis, il doit apporter la preuve de la situation irrémédiablement compromise¹⁷⁴.

L'appréciation du caractère abusif de la rupture, en l'occurrence, est donc fonction de l'appréciation de la situation de l'entreprise. Selon que la situation était réellement compromise ou non, la rupture brutale sera jugée abusive ou non.

1) La rupture jugée abusive

Il ne s'agit pas seulement d'éviter que les difficultés de l'entreprise deviennent un prétexte pour le banquier de se rétracter, mais il s'agit surtout d'éviter le pire. Car, assurément, si les concours bancaires sont une nécessité économique, ils le sont particulièrement en période difficile, et parfois même, au point de commander la poursuite de l'exploitation.

Naturellement, il peut arriver que, face à une situation alarmante, mais pas irrémédiablement compromise, le banquier soit tenté de mettre un terme à la relation. Mais la rupture de crédits résulte le plus souvent d'une erreur dans l'appréciation de la situation

¹⁷⁴ Cette preuve, par exemple, peut-être constituée par les termes de la requête tendant à la désignation d'un mandataire ad hoc pour l'aider à se redresser.

de l'entreprise. Cette erreur est néanmoins sévèrement sanctionnée, car la logique économique ne peut admettre que « le banquier prête un parapluie à son débiteur quand il fait beau et lui retire dès qu'il commence à pleuvoir »¹⁷⁵.

En d'autres termes, il ne faut pas que la réaction du banquier transforme une situation comptable difficile en crise financière irréversible.

C'est pourquoi le banquier doit être particulièrement prudent en présence d'une telle difficulté, et disposer d'information lui permettant d'effectuer une analyse **prospective** de la situation de l'entreprise.

Il est vrai que l'appréciation de la banque d'une situation irrémédiablement compromise est nécessairement subjective, dès lors que la banque ne peut se déterminer qu'en fonction de ce qu'elle peut connaître de l'extérieure de la situation de l'entreprise. Ceci étant, lorsqu'il s'avère que « la banque avait des informations précises sur la situation financière de sa cliente », elle ne peut déduire de ses inquiétudes, même « justifiées par des dangers croissants », que la situation de sa cliente est forcément irrémédiablement compromise¹⁷⁶.

Le caractère abusif de la rupture est, donc, plus facilement retenu lorsque le banquier disposait d'éléments objectifs (informations financières précises) pour apprécier la situation.

La Cour de cassation dans un arrêt rendu le 5 mars 1996¹⁷⁷ a approuvé la décision de la cour d'appel qui a jugé abusive la cessation brutale des concours bancaires. Ceci, au motif que le délai de quarante huit heures dont disposait la société en l'espèce était insuffisant pour rechercher une solution de rechange. En outre, la décision brutale de la banque aurait **privé l'entreprise de toute chance** de négocier des marchés attendus, ce qui aurait dû permettre l'obtention de nouveaux concours destinés à surmonter cette étape financière difficile.

La responsabilité contractuelle de la banque à l'égard de son client sera donc retenue chaque fois qu'une rupture brutale de concours n'aura pas été justifiée par celle-ci. Et nous savons qu'une situation difficile ne saurait suffire à apporter une telle justification. C'est ce qu'a jugé, notamment, la Cour de cassation¹⁷⁸ confirmant la solution de la Cour d'appel qui relève que « la banque qui connaissait la situation difficile de la société a **pourtant** diminué puis interrompu soudainement ses concours dans des circonstances anormales... »

Notons qu'en l'espèce, c'est justement la connaissance de la situation difficile qui a été jugée contradictoire avec le fait de rompre les crédits. Les juges confirment donc l'idée selon laquelle, le banquier doit toujours agir en préservant au mieux les intérêts de son client, au travers desquelles se trouvent également ceux des autres créanciers de l'entreprise.

¹⁷⁵ Cette formule est souvent reprise en doctrine, notamment par R.Routier, La responsabilité du banquier, op.précitée, p.23.

¹⁷⁶ Cass.com., 2 novembre 1994(1^{ère} espèce), précité.

¹⁷⁷ Cass.com., 5 mars 1996, D.inf.rap., p.97.

¹⁷⁸ Cass. com., 5 janvier 1999, précité.

Nous pouvons déduire de cette position jurisprudentielle traditionnelle, qu'elle tend à prévenir le risque du passage de la situation compromise (qui peut être surmontée), à la situation irrémédiablement compromise. Ceci, dans la mesure où, dans une telle hypothèse, c'est la rupture des crédits qui peut entraîner la situation irrémédiablement compromise. En effet, le préjudice causé par la banque peut avoir un tel impact que, s'il provoque, dans un premier temps, la déclaration de cessation des paiements, il peut être, indirectement, à l'origine du prononcé de la liquidation judiciaire.

2) La rupture brutale jugée non abusive

En revanche, si la rupture ne fait que mettre à jour la situation irrémédiablement compromise de la société qui est la seule cause de son dépôt de bilan, la banque ne pourra voir sa responsabilité engagée.

C'est pourquoi, la faute doit toujours être appréciée au moment auquel elle est prétendument commise et selon la situation de l'emprunteur toujours à ce même moment. Un important arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation¹⁷⁹ précise qu'il est tout à fait possible pour une banque, de constater que la société se trouvait dans une situation irrémédiablement compromise alors même que postérieurement à la rupture de crédit sans préavis, un plan de continuation fut mis en place dans le cadre d'un redressement judiciaire.

Cette solution vient ainsi censurer l'arrêt de la cour d'appel qui se référait à une décision judiciaire organisant un plan de redressement, assorti d'un report de l'exigibilité des créances et de diverses mesures de restructuration, pour considérer que la situation de l'entreprise n'était pas irrémédiablement compromise avant l'ouverture de la procédure.

Nous ne pouvons qu'approuver cette solution qui confirme le principe logique selon lequel l'appréciation du banquier de la situation de son client ne peut se situer dans la perspective d'un plan de redressement judiciaire.

Par ailleurs, nous savons qu'en cas de situation irrémédiablement compromise, le banquier est tenu de ne pas accorder de nouveaux crédits à l'entreprise concernée. Si bien que, l'on ne peut tenir pour abusive une rupture de crédit lorsque la poursuite du soutien de la banque peut lui être reprochée en étant tenue pour abusive.

En d'autres termes, « le devoir de refuser un nouveau crédit implique le droit d'opposer ce refus »¹⁸⁰

Aussi, la Cour de cassation¹⁸¹ a-t-elle déjà expressément retenu cette logique en approuvant la décision de la cour d'appel affirmant que « la banque n'avait pas commis de faute en ne renouvelant pas ses crédits » au motif que la situation du débiteur était telle « que la poursuite de son soutien aurait pu être tenue pour abusive ».

¹⁷⁹ Cass. com., 19 octobre 1999, précité

¹⁸⁰ Dictionnaire Permanent Difficultés des entreprises, feuillet 65, 9 octobre 2000, n°71.

¹⁸¹ Cass. com., 3 décembre 1991, JCP 1992, IV, p. 49, n°456.

La rupture abusive de crédit prend de l'importance quand intervient une période de difficultés. Dès lors, en cas de procédure collective, le représentant des créanciers ou le liquidateur va être tenté de rechercher si la rupture des concours bancaires n'est pas à l'origine, au moins partiellement, de la situation de l'entreprise. Si tel est le cas, un tribunal pourra voir, dans la rupture des concours, un abus de droit qui doit être réparé.

Chapitre II : Sanction d'une rupture abusive

Le législateur a précisé la sanction de la faute du banquier qui ne respecte pas les conditions légales de la rupture du crédit prévues aux alinéas 1 et 2 de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier.

En effet, aux termes de l'alinéa 3 de ce texte, « le non-respect de ces dispositions peut entraîner la responsabilité pécuniaire de l'établissement de crédit ».

L'entier préjudice occasionné par la brusque rupture se résout ainsi en dommages et intérêt, que se soit à l'égard de l'entreprise, sur la base la responsabilité contractuelle ou, encore à l'égard des tiers, sur la base de la responsabilité délictuelle.

Nous aurions pu nous poser la question de savoir si la banque déclarée responsable vis à vis de l'entreprise pouvait être contrainte à rétablir l'ouverture de crédit interrompu. Mais, nous savons que l'ouverture de crédit est une promesse de consentir des crédits, elle crée, ainsi, une obligation de faire à la charge de la banque. Or, aux termes de l'article 1142 du Code civil, toute obligation de faire se résout en dommages et intérêts, si bien que la sanction pécuniaire, en vertu du droit commun, sera la seule possible.

Ceci étant, avant tout jugement au fond, le rétablissement du crédit pourra être envisagé comme mesure provisoire.

En effet, dans l'attente du résultat portant sur l'éventuelle responsabilité bancaire en présence d'une rupture de crédit sans préavis, le juge des référés, s'il est saisi, pourra rétablir le crédit de façon temporaire. Ceci, en se fondant soit sur l'article 809 alinéa 1er soit sur l'article 873 du Nouveau code de procédure civile, qui permet au président du tribunal, même en présence d'une contestation sérieuse, de prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Aussi, a-t-il été jugé qu'une rupture brutale de mobilisation de créances « Dailly » injustifiée constituait un tel trouble¹⁸², et la Haute¹⁸³ cour a approuvé cette solution qui sera confirmée par la jurisprudence ultérieure.

¹⁸² CA. Agen, 2 avril 1987, précité.

¹⁸³ Cass. com., 14 février 1989, précité, rejetant le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'Agen, 2 avril 1987.

Ceci étant, il faut rappeler que la démonstration de la faute de la banque qui a mis fin brutalement à ses concours¹⁸⁴, alors qu'elle n'y était ni légalement, ni contractuellement autorisée ne suffit pas à établir la responsabilité de la banque.

Nous savons, en effet, que les principes généraux de la responsabilité civile obligent le juge à constater, outre la faute du banquier, l'existence d'un préjudice subi par le demandeur, et d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice invoqué.

Aussi, convient-il d'apprécier successivement en quoi consistent le préjudice(**Section I**) en l'occurrence, et la relation causale (**Section II**) dont l'existence subordonnera le droit à réparation de celui-ci.

Section I : Le préjudice

Si le banquier a provoqué ou précipité le dépôt de bilan le préjudice est constitué. Dans ce cas, la première victime est, naturellement, l'entreprise emprunteuse. Celle-ci invoquera son droit à réparation sur la base de la convention qui la lie au banquier.

En outre, les tiers à cette convention de crédit, mais qui par ailleurs, ont un lien avec le débiteur principal, pourront être considérés comme des victimes indirectes dans la mesure où ils subissent les répercussions de la rupture abusive. Ces victimes par ricochet vont-elles ainsi tenter d'engager la responsabilité délictuelle de la banque.

Paragraphe I : Le préjudice du crédit

La rupture abusive pourrait être définie comme étant l'inexécution de l'obligation du banquier de mettre ou maintenir à la disposition de l'emprunteur le crédit promis. Ainsi, la mise en cause de la responsabilité de celui-ci sera, nécessairement, de source contractuelle. Or, la rupture abusive de crédit se révélant par sa suppression ou sa réduction, le manque de temps pour trouver un nouveau partenaire financier ou le refus de mettre en place un crédit attendu, il est certain qu'elle est de nature à causer un préjudice à l'emprunteur. Mais celui-ci doit être démontré car dans le cas contraire, la rupture brutale d'une ouverture de crédit même fautive, n'engage pas la responsabilité civile du banquier.

Aussi, pour engager la responsabilité de la banque, son client devra-il, le plus souvent, démontrer que la faute aura poussé son entreprise vers la cessation des paiements. Si bien que, le préjudice sera révélé par le redressement ou la liquidation judiciaire qui s'ensuit.

Le préjudice consiste en la perte d'une chance qui ne doit pas être hypothétique : elle doit apparaître comme suffisamment sérieuse.

¹⁸⁴ Sur « La rupture brutale d'une ouverture de crédit » v. F.-D. Poitral, Droit et Patrimoine, 1994, p.41.

Les juges du fond ont à cet égard un pouvoir souverain d'appréciation, d'autant plus important que, la perte d'une chance suppose toujours un aléa. Il en sera d'ailleurs tenu compte dans la détermination du préjudice indemnisable.

Ainsi, toute la difficulté réside dans la mesure de cette chance perdue, autrement dit, dans l'appréciation des chances réelles que l'entreprise aurait eu de ne pas déposer le bilan.

Ceci, notamment, grâce à des concours bancaires de substitution. Mais, « encore faut-il que la société, à qui la charge de la preuve incombe, rende crédible et vraisemblable la possibilité raisonnable qui aurait été la sienne d'obtenir d'une autre banque, dans un délai relativement bref des concours de substitution ».¹⁸⁵

Le dommage indemnisable causé par la rupture brutale des crédits ne sera pas nécessairement égal au niveau du passif défini par la procédure collective.

Selon M.Crédot, le passif de l'entreprise ne doit pas être pris comme référence pour évaluer la chance perdue, mais seulement pour apprécier « la réalité, la consistance de la chance perdue ». Car, la valeur de celle-ci « implique, par définition, une évaluation abstraite du degré de probabilité de réalisation de la chance perdue ».

Aussi, la crédibilité de cette chance sera t-elle fonction de la structure financière de l'entreprise et des paramètres d'exploitation. Autrement dit, « c'est au regard de la situation intrinsèque de l'entreprise, de sa situation objective, de ses forces, comme de ses faiblesses, que doit être déterminée la probabilité d'obtention de concours de substitution »¹⁸⁶.

D'autant plus que, ce sont précisément ces éléments qui vont conduire la nouvelle banque, le cas échéant, à subordonner l'octroi de crédit à des conditions dont la réalisation sera aussi fonction de la situation intrinsèque de l'entreprise.

Or, une banque ne va pas dénoncer ses concours sans raison. Et le nouveau banquier sollicité le sait. Autant de considérations, qui viendront tempérer le degré de probabilité de la chance perdue.

Ensuite, une fois appréciée la probabilité de la chance, il faudra l'évaluer pécuniairement, et ceci en fonction de la situation estimée de la société dans le cas où elle aurait pu « survivre » grâce à l'obtention de nouveaux concours.

Paragraphe II : Le préjudice des tiers

Puisque le dommage consiste en l'ouverture de la procédure collective, il est subi par la collectivité des créanciers au nom et dans l'intérêt de laquelle l'action est engagée¹⁸⁷. Mais les tiers peuvent également être des victimes des agissements de la banque et agir contre celle-ci pour avoir subi un préjudice direct et individuel ne se confondant pas avec

¹⁸⁵ F.-J. Crédot, « La relation causale et le préjudice en cas de rupture brutale de concours bancaires », Mélanges Vasseur, Banquediteur, p.61.

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ Action sur laquelle nous ne reviendrons pas dans les détails étant donnée que nous l'avons déjà traité.

le préjudice collectif dont la réparation ne peut être obtenue que par le représentant des créanciers.

C'est le cas en particulier de ceux qui se sont portés caution des engagements de l'entreprise envers la banque fautive ou encore envers d'autres banques de cette même entreprise.

A – Le préjudice de la caution

En effet, la caution peut prétendre à réparation d'un préjudice personnel, donc étranger à celui ayant déjà motivé la condamnation de la banque à des dommages et intérêts à l'initiative du représentant des créanciers.

Rappelons que cette action de la caution ne peut toutefois se fonder sur l'application de l'article 2037 du Code civil, dans la mesure où ce préjudice personnel à la caution ne découle pas de la perte d'une sûreté imputable au créancier, mais simplement de la mise en jeu de la garantie qui aurait pu être évitée.

Ainsi, la caution assignée en paiement par une banque peut faire valoir reconventionnellement ou comme moyen de défense au fond, qu'en l'absence d'interruption fautive des concours dont bénéficiait l'entreprise créditée et conséquemment d'une mise en redressement ou liquidation judiciaire de celle-ci, son engagement de cautionnement n'aurait pas été mis en jeu.

Elle reprochera généralement à la banque de l'avoir obligée à payer plus qu'elle n'aurait dû le faire, par une augmentation de passif garanti. Elle invoquera donc la perte d'une chance.

Ainsi, les juges considèrent que, « en réclamant d'être déchargée du montant de son obligation, la caution a nécessairement et implicitement, réclamé une réparation du préjudice qu'elle a subi » en raison du comportement du banquier. En effet, lorsque ce dernier ne laisse pas au débiteur principal le temps de trouver d'autres concours, il l'a empêché de prolonger l'existence de son activité. La caution perd ainsi « une chance de ne pas être inquiétée ». Si bien que, son préjudice doit être réparé par l'allocation de dommages et intérêts¹⁸⁸.

Ici aussi, la réparation est fonction de la plus ou moins grande probabilité de réalisation de la chance perdue.

La jurisprudence a déjà admis dans quelques hypothèses une responsabilité de ce type.

Mais, il s'agit d'hypothèses assez limitées en pratique, car il appartient à la caution de démontrer outre la faute et le préjudice, un lien de causalité.

¹⁸⁸ CA Paris, 15^e ch.B, 27 janvier 1995, JCP,1995, IV,p.181, n°1420.

B – Le préjudice des créanciers

Les créanciers impayés dans la procédure collective vont faire valoir qu'ils ont perdu une chance : celle d'avoir pu être payés par un débiteur *in bonis*.

Il s'agit du préjudice collectif. Préjudice mesuré par rapport au montant du passif impayé imputable à la seule faute de la banque, et pondéré en fonction du degré d'évaluation de la chance perdue par ces créanciers d'obtention du paiement de leurs créances.

Nous savons qu'un tiers au contrat de crédit ne peut demander réparation d'un préjudice qui ne saurait être distinct de celui subi par l'ensemble des créanciers.

Nous savons également que le préjudice inhérent à la procédure n'est pas considéré comme distinct ou personnel, pour l'être, il doit exister indépendamment de celle-ci¹⁸⁹.

Il en résulterait, logiquement, une impossibilité pour les tiers d'agir lorsque la réparation aurait été déjà obtenue sur le plan contractuel puisque le préjudice est le même. Ceci, en vertu du principe selon lequel on ne peut condamner deux fois à réparer le même préjudice.

En tout état de cause, en présence d'un préjudice, l'action est recevable si la faute bancaire est établie. Mais le lien de causalité demeure souvent incertain.

Car, une brusque rupture précédant la cessation des paiements n'ouvre pas forcément droit à réparation : « l'appréciation du lien de causalité oblige à s'interroger sur le cours des événements qui aurait été celui de l'entreprise si la banque avait assorti d'un préavis l'interruption de ses crédits¹⁹⁰ ».

Aussi s'agit-il d'une appréciation délicate qui constitue selon André Buthurieux¹⁹¹, l'un des exercices les plus difficiles de l'expert qui devra éclairer le magistrat sur les éléments techniques de la causalité, sachant que celle-ci relève du domaine du droit et du juge.

De telle sorte que, comme dans le cadre du soutien abusif, c'est surtout autour de ce thème que les banques vont trouver leur meilleur moyen de défense, en présence d'une faute établie...

Section II : L'existence du lien de causalité

Le refus fautif de crédit entraîne la responsabilité du banquier lorsqu'il est la cause de l'état de cessation des paiements de son client. Mais il ne suffit pas qu'il en soit la cause formelle et immédiate, il faut encore « qu'il en soit la source, l'origine, la cause réelle, c'est à dire celle sans laquelle le client n'aurait pas connu l'état de cessation des paiements ».¹⁹²

C'est à la victime du comportement bancaire de rapporter la preuve d'un lien causal.

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ F.-J. Crédot, « Risque juridique et crédit bancaire aux entreprises », PA, 7 juillet 1993, p.15.

¹⁹¹ Op. précitée, n°195, p.94.

¹⁹² D. Vidal note sous Cass. com., 24 novembre 1992, JCP E, 1993, II, Jur., n°402, p.47.

Elle doit démontrer que la rupture abusive de crédit est à l'origine de l'ouverture de la procédure collective.

Rappelons, à cet égard, que la faute doit être appréciée au moment auquel elle est commise et selon la situation de l'emprunteur à ce même moment. Or, puisque le lien de causalité est établi uniquement lorsque l'absence de crédit a provoqué ou précipité le dépôt de bilan, celui-ci ne pourra plus être invoqué dans le cas où plusieurs années auraient séparé la faute et le dépôt de bilan¹⁹³.

En revanche, la question de l'existence d'une relation causale se pose véritablement en cas de dépôt de bilan brutal de l'entreprise consécutivement au retrait de ses crédits.

Elle consiste à se demander si la rupture en est la source. Ou, au contraire, si la rupture ne fait que mettre à jour la situation irrémédiablement compromise de la société, celle-ci étant, dès lors, la seule cause du dépôt de bilan. Dans ce dernier cas, la banque ne pourra voir sa responsabilité engagée.

La réponse à cette question procède donc d'une analyse chronologique : la causalité pouvant être écartée sur ce terrain (le plus souvent en pratique) (§1^{er}), comme elle peut être révélée à un moment particulièrement préjudiciable (§2nd).

Paragraphe I : La relation de causalité écartée sur le terrain du critère chronologique :

Selon ce critère, le lien de causalité est absent lorsque l'état de cessation des paiements était inéluctable.

Dans ce cas, la question de la causalité ne pose pas de difficulté, l'état de cessation des paiements était virtuel ou latent. Un tel état sera révélé par une appréciation de l'expert de causes intrinsèques à l'entreprise, des raisons de sa défaillance (déséquilibre de sa structure financières, de trésorerie, d'exploitation...).

Aussi, le lien de causalité est-il toujours absent lorsque l'état de cessation des paiements est antérieur à la faute du banquier¹⁹⁴.

Mais, il ne s'agit pas forcément de la date retenue lors de l'ouverture de la procédure collective. Autrement dit, la rupture de crédit ne doit pas être mise en rapport avec la date provisoire de cessation des paiements.

En effet, la Cour de cassation¹⁹⁵ a jugé que c'était à bon droit que les juges du fond s'étaient fondés sur la date de survenance de la cessation des paiements, et non sur celle de sa constatation, pour en déduire l'absence de lien de causalité entre la faute du banquier et la cessation d'activité de la société.

¹⁹³ Cass. com., 9 février 1993, n°227, cité au Dictionnaire Permanent Difficultés des entreprises, op. précitée, n°77.

¹⁹⁴ Encore que, le contraire puisse être démontré par des perspectives sérieuses de redressement, la réalisation de projets de restructuration qui auraient été entravés par la décision brutale et non justifiée de la banque. Mais il s'agira, assurément, d'une hypothèse exceptionnelle.

¹⁹⁵ Cass. com., 24 novembre 1992, op. précitée.

Ainsi, les juges du fond s'étaient donc référés à la date « réelle », objective de la cessation des paiements afin de constater que la rupture fautive n'était intervenue que bien après celle-ci.

Nous avons vu que la notion d'état de cessation des paiements était indépendante (en théorie) de la notion de situation irrémédiablement compromise, et qu'elle ne préjugait pas de la faute du banquier dans son appréciation de la situation de l'entreprise.

Si bien qu'il est intéressant de souligner ici que, si la date d'état de cessation des paiements est donc indépendante de la faute, elle joue néanmoins un rôle essentiel dans l'appréciation du rapport de causalité.

Selon Dominique Vidal, l'appréciation de la relation causale repose, non seulement, sur le critère chronologique, mais aussi sur un critère quantitatif¹⁹⁶.

Selon lui, le critère quantitatif correspond à l'importance du crédit refusé relativement à la situation financière de l'entreprise. Et, il apparaît lorsque le refus de crédit est d'une importance suffisante pour avoir provoqué l'état de cessation des paiements.

Un arrêt important de la Cour de cassation¹⁹⁷ a rejeté les arguments des demandeurs au pourvoi qui reprochaient à la cour d'appel de n'avoir pas procédé à l'analyse financière permettant d'identifier les éléments qui pouvaient caractériser le critère quantitatif du lien de causalité. Ceci, du fait que, le « dépôt de bilan étant inéluctable » cette analyse n'avait pas lieu d'être faite. Si bien que, les juges du fond n'avaient pas à « rechercher le montant précis des actifs disponibles et des dettes exigibles, ni à déterminer le montant des fonds de roulements et des concours bancaires qui auraient été nécessaires pour l'éviter ».

Autrement dit, si le critère chronologique fait défaut, il n'y a pas lieu de vérifier l'existence d'un critère quantitatif. De telle sorte que, les deux critères sont cumulatifs : si l'un d'eux manque, la causalité fait défaut.

En tout état de cause, il n'y a pas de lien de causalité entre le comportement de la banque et l'ouverture de la procédure collective, si le maintien temporaire des concours, n'avait pu empêcher la disparition de la société.

Car, il ne faut pas perdre de vue que la faute de la banque consiste en l'inobservation d'un préavis précédant le refus de crédit, et non pas ce seul refus.

Notons, par ailleurs, que le lien de causalité est écarté lorsque l'attitude fautive a été provoquée par le client pour en tirer profit.

¹⁹⁶ D.Vidal, note sous Cass. com., 24 novembre 1992, op. précitée.

¹⁹⁷ Cass. com., 3 novembre 1992, ibid (1^{er} arrêt).

Paragraphe II : La relation causale constatée sur le terrain du critère chronologique

Si la société n'était pas en état de cessation des paiements consommé, virtuel ou latent, l'existence du rapport causal pourra être établie. Ceci, dans la mesure où la rupture fautive des crédits aura entraîné la cessation de l'exploitation de l'entreprise.

C'est ce qu'illustre un arrêt de la chambre commerciale¹⁹⁸ qui constate que l'entreprise n'était ni en état de cessation des paiements au jour de la rupture fautive de crédit, ni dans une situation de nature à entraîner à court terme sa cessation des paiements.

Si bien que, il s'avérait que si le dirigeant avait disposé de délais suffisants, la société aurait eu des chances raisonnables de bénéficier de nouveaux concours financiers. Le refus par la banque d'assurer l'échéance quelques jours avant le paiement des acomptes sur salaires, dans une entreprise dont les frais de personnel représentaient 50% environ des charges courantes, avait eu pour conséquence de le priver d'une chance de négocier avec succès un concours extérieur, dès lors qu'il était devenu inconcevable que l'administration ou les collectivités locales lui accordent les marchés attendus, mais non encore signés.

La rupture de crédit, en l'occurrence, intervenait donc à un moment particulièrement préjudiciable. Et, le préjudice inhérent à la faute du banquier était bien constitutif de la perte d'une chance qui aurait pu avoir lieu si le délai de préavis avait été raisonnable.

D'où l'approbation de la Haute cour de la cour d'appel de Paris qui avait déduit de ces faits que la faute de la banque était en lien direct et exclusif avec la cessation des paiements de l'entreprise et son arrêt immédiat d'activité.

¹⁹⁸ Cass. com., 5 mars 1996, précité.

L'étude de la responsabilité civile du banquier d'une entreprise en difficulté nous a permis de préciser les limites que la jurisprudence a entendu fixer au risque légitimement pris dans la distribution de crédit.

Nous avons ainsi expliqué en quoi le risque économique, inhérent au financement d'une entreprise, était doublé d'un risque juridique pour le banquier. En particulier, lorsque l'entreprise connaît des difficultés.

Car, dans un tel contexte, il est conduit à apprécier la situation **exacte** de l'entreprise pour maintenir ou renouveler ses crédits ou, inversement, pour les réduire ou les rompre brutalement.

En effet, cette décision est toujours source de responsabilité, quand bien même celle-ci ne résulterait que d'une erreur d'appréciation.

Cela dit, les conditions de la mise en œuvre de la responsabilité civile du banquier, et le développement de la jurisprudence en la matière, marquent les limites d'une telle affirmation.

Autrement dit, l'étude de la responsabilité civile du banquier doit permettre, également, de dégager les limites au risque juridique lié à la dispense de crédits.

L'évolution de la jurisprudence s'efforçant d'établir un juste équilibre a, ainsi, abouti à une certaine stabilité du droit de la responsabilité du dispensateur de crédits.

Quelles que soient les causes de difficultés qu'éprouve une entreprise, elles aboutissent toujours à une crise financière.

Si bien que, le banquier est, inéluctablement, amené à réagir s'il ne veut pas subir les conséquences d'une telle situation.

Juridiquement, il sait qu'il a un devoir de rompre ou de maintenir ses crédits. Ceci, afin d'éviter qu'on lui reproche d'avoir conduit l'entreprise au dépôt de bilan ou d'avoir retardé celui-ci.

S'il pose la question de savoir quand est-ce que s'impose le devoir de rompre, on lui répondra « lorsque le maintien du crédit est condamnable ».

Et lorsqu'il demande : « quand un maintien de crédit est-il condamnable ? », il lui sera répondu : « le maintien de crédit est condamnable s'il est certain que les difficultés rencontrées par l'entreprise sont insolubles »¹⁹⁹.

Or, l'indétermination du banquier – quant à la qualification de la situation devant commander son attitude – n'est toujours pas résolue.

En effet, ni la loi, ni la jurisprudence n'ont pu dégager une définition précise de la situation irrémédiablement compromise²⁰⁰.

Il n'existe pas de critères certains, de normes objectives préétablies qui réduirait la qualification de la situation irrémédiablement compromise à un simple constat.

Si bien qu'elle demeure subordonnée à l'appréciation souveraine du prêteur, à une appréciation au cas par cas.

¹⁹⁹ Formule du professeur Stoufflet.

²⁰⁰ La seule « précision » est la distinction de cette situation avec la situation difficile, et l'état de cessation des paiements.

Etre **certain** de l'insolubilité des difficultés rencontrées par l'entreprise demeure donc une difficulté « insoluble » pour le banquier.

Ceci étant, le devoir du banquier ne réside plus dans la certitude qu'il doit avoir de l'insolubilité ou non des difficultés, mais dans l'accomplissement de son devoir de discernement. Et le manquement d'un tel devoir n'est pas fonction de la situation elle-même, mais de la manière dont le banquier l'a appréciée.

Ainsi, la jurisprudence a-t-elle surtout défini les critères relatifs aux devoirs du banquier dont le contenu s'est progressivement précisé.

De telle sorte que, quelle que soit l'appréciation du risque, qu'elle concerne le risque inhérent au crédit lui-même ou à la situation de l'entreprise, la source de responsabilité est la même. Il s'agit d'un manquement au devoir de prudence du banquier.

Force est donc de constater que si la faute du banquier dispensateur de crédit se traduit par l'**abus**, celle-ci ne sera constatée qu'en présence d'un **manquement**.

D'une manière générale, les juges retiennent la faute du banquier lorsqu'il a été insuffisamment diligent.

Dès lors, l'enseignement principal que nous avons pu tirer de notre étude est la ligne de conduite qui s'impose au banquier dans son activité de distribution de crédits aux entreprises.

Les critères relativement précis de la « dignité du crédit » (au sens financier) dégagés par les tribunaux autour de la question du soutien abusif et de la rupture abusive de crédit constituent une sorte de code de bonne conduite pour le prêteur.

Comment le banquier dispensateur de crédits doit-il se comporter²⁰¹?

Quel est, selon les juges, le degré de risque acceptable dans le financement d'une entreprise?

D'emblée, nous pouvons répondre que l'erreur d'appréciation sur les risques du crédit n'engage pas la responsabilité du prêteur lorsque le risque a été **raisonnablement** calculé.

Car, le banquier n'est pas jugé en fonction de l'aléa – qui subsiste malgré toutes les précautions prises – mais sur les diligences qu'il aura effectuées.

Lors de toute demande de prêt destinée à financer un projet, le métier de banquier est de se montrer pessimiste²⁰².

Lorsqu'il finance un projet, les diligences doivent porter, en premier lieu, sur le projet financé, le « business plan ».

C'est-à-dire, sur la situation de l'emprunteur au moment du financement, mais également, sur l'évolution de la situation, en tenant compte de l'impact du crédit sur cette dernière.

²⁰¹ V. J.-L. Coudert et Ph. Migeot, Appréciation par l'expert comptable du comportement du banquier dans la distribution du crédit, PA, 1999, n°53, p.5.

²⁰² Selon M. Lipzer, directeur de banque.

Autrement dit, le banquier doit s'informer sur les capacités de remboursement de l'emprunteur, en tenant compte notamment de la part des fonds propres dont il dispose, mais également des perspectives de rentabilité.

Il pourra vérifier la rentabilité du projet en suivant son évolution et ses conséquences sur le chiffre d'affaires.

L'analyse du banquier doit être **dynamique** puisqu'elle implique le suivi d'une évolution. Elle doit, en outre, être **prospective** puisqu'elle s'intéresse aux perspectives de rentabilité.

Par ailleurs, le créancier devra s'informer sur l'emprunteur lui-même. En particulier sur son expérience, celle-ci étant le seul moyen de préjuger de la capacité du crédit à mettre en œuvre le projet financé. Il est aussi important de s'assurer que celui-ci ait un successeur, susceptible de reprendre l'affaire en cas d'accident.

En aucun cas, la décision du prêteur est censée résulter de la qualité de la garantie offerte par l'emprunteur.

Car « la meilleure des garanties est celle dont on a jamais besoin de se servir »²⁰³.

L'analyse du « bon banquier » portera aussi sur l'environnement du projet à financer ; c'est-à-dire, sur le contexte économique, le secteur d'activité²⁰⁴, la concurrence, etc.

Mais, la difficulté essentielle du dispensateur de crédits est d'adapter ses concours aux difficultés de l'entreprise.

Il rencontre, souvent, un problème de détection des difficultés, soit parce qu'il a mal effectué la remise à jour de ces difficultés, soit parce que le contrôle est resté faible. Le banquier lui substitue plutôt des relations de confiance et la solidité des garanties.

En outre, au moment de la détection des difficultés, leur ampleur peut être sous-estimée à cause d'un manque d'information. Le banquier persistera, alors, à octroyer de nouveaux crédits, à les augmenter ou à les maintenir.

Inversement, s'il surestime l'ampleur des difficultés, il sera tenté de rompre brutalement ses concours.

Pour prendre la bonne décision ou, plutôt, la plus « raisonnablement calculée », il est indispensable pour le banquier de posséder des outils de contrôle permanent, en amont et en aval.

Ceci lui permettra d'attester, le moment venu, de ses diligences.

Ce qui précède est donc à rapprocher de ce que l'on croise sous le nom de devoir d'information. La banque se doit, avant l'octroi de tout concours, de procéder à des vérifications matérielles qui pourront l'éclairer. La jurisprudence considère que le banquier doit recourir à des méthodes empiriques s'attachant au mieux au cas de chaque entreprise pour prendre sa décision. ce devoir est **fondamental**. Il est, en effet, nécessaire à l'accomplissement du devoir général de prudence, et du devoir précis de discernement.

Il reste indiscutable que les documents comptables constituent une base solide²⁰⁵.

²⁰³ M. Lipzer.

²⁰⁴ Assurément, le banquier ne sait pas tout. Mais, il existe des fiches de métiers qui sont des banques de données relatives aux secteurs d'activités, élaborées par des organismes vendant leurs services aux banques.

²⁰⁵ Il existe également des sociétés spécialisées dans les renseignements commerciaux qui collectent les bilans et font, ainsi, le lien entre tous les banquiers. Notamment, la SFAC (*Société Française d'Assurance Crédit*) qui est au carrefour de tous les renseignements.

Ainsi, le donneur de crédits doit-il prendre soin de réclamer les comptes annuels de l'entreprise cliente. Ces documents définis à l'article L.123-13 du Code de commerce²⁰⁶ sont : le bilan, le compte de résultat et l'annexe.

Le bilan fait notamment apparaître, de façon distincte, les capitaux propres ; il permet, en outre, d'apprécier les équilibres de la structure financière de l'entreprise²⁰⁷ ou plutôt, les déséquilibres qui ne doivent pas être trop importants. Dans le cas contraire, les perspectives de redressement apparaîtront irréalistes ou, le soutien bancaire sera disproportionné ou inapproprié, et donc abusif.

Le compte de résultat fait ressortir le bénéfice ou la perte de l'exercice. L'annexe complète et commente l'information donnée par le bilan.

Le devoir de discernement du banquier implique la recherche de l'information pertinente ; par exemple, pour apprécier la situation irrémédiablement compromise, l'analyse doit être faite à partir du compte d'exploitation, et non du bilan. Car, il s'agit de savoir si l'emprunteur peut poursuivre son exploitation de manière rentable, autrement dit, de vérifier la viabilité économique de l'entreprise.

Une limite demeure cependant, quant à la pertinence de ces documents pour apprécier les perspectives de rentabilité, étant donné qu'ils ne concernent que l'exercice déjà écoulé.

Aussi, pour une étude prospective de la situation de son client, le banquier aura-t-il intérêt à se référer à des documents prévisionnels.

Il existe, en effet des comptes prévisionnels obligatoires pour les entreprises atteignant un certain seuil, et facultatifs pour les autres entreprises dont la gestion nécessite néanmoins l'établissement de tels comptes.

Or, même lorsque l'établissement de ces comptes est obligatoire, ils n'ont qu'un caractère interne à l'entreprise et confidentiel. Seuls le comité d'entreprise et le commissaire aux comptes y ont un droit d'accès.

Le banquier étant un tiers vis-à-vis de l'entreprise n'a pas de droit d'accès à ces documents. Toutefois, il peut en exiger la production dans le cadre d'un renouvellement ou d'un maintien de crédit. Et un refus de la part des dirigeants sociaux pourrait prendre la forme d'une information inquiétante.

Certaines sociétés établissent, par ailleurs, des situations comptables intermédiaires que le banquier a le devoir d'exiger en cas de nécessité.

Ces documents pourront suffire pour des besoins de financement à court terme²⁰⁸, et le respect de ces prévisions pourra être constaté, d'une manière indirecte, par les lignes d'utilisation des crédits.

Le manquement au devoir de prudence peut aussi résulter de la mauvaise qualité de l'information utilisée.

²⁰⁶ Article 9 de l'ancien code de commerce.

²⁰⁷ Les grands principes de l'équilibre de la structure financière suggèrent un endettement à long terme inférieur ou égal aux capitaux propres ; des capitaux permanents supérieurs ou égaux aux immobilisations nettes ; et l'existence d'un fonds de roulement suffisant. A. Buthurieux, op.cité, n°57, p. 25.

²⁰⁸ Contrairement au cas d'un financement à long terme, comme nous l'avons vu, où l'entreprise établit un projet avec notamment un plan d'investissement et de financement et un état de ses garanties.

Il est vrai que la pertinence des crédits bancaires est appréciée à partir des comptes tels qu'ils ont été présentés, et non tels qu'ils auraient dû l'être²⁰⁹.

Mais la prudence nécessite l'exigence de la certification des comptes. Même si la relation créateur-crédité est basée sur la confiance, celle-ci ne doit pas être une entrave à la rigueur du banquier. D'ailleurs, tout ce qui est destiné à mieux prévenir les risques du crédit devrait être de nature à rassurer le créateur de bonne foi.

Le banquier doit exiger les rapports de certification des commissaires aux comptes.

Le rapport général du commissaire aux comptes certifie la régularité, la sincérité et la fidélité des comptes. En principe, cette certification implique, en outre, que la situation de l'entreprise ne soit pas irrémédiablement compromise.

Autrement dit, la certification devrait permettre de sécuriser le banquier et justifier sa confiance.

En revanche, le refus de certification par le commissaire aux comptes devra alerter le banquier.

Par ailleurs, lorsque le seuil rendant obligatoire le rapport du commissaire aux comptes n'est pas atteint, le compte rendu de l'expert comptable « indépendant » s'avérera utile. Car, ce rapport comporte notamment une analyse des risques.

Si l'analyse financière à partir de la production de documents constitue une base dans l'accomplissement du devoir d'information du banquier, celle-ci peut néanmoins être complétée.

En effet, le banquier pour être « normalement averti » procédera à une étude économique des comptes, mais surtout il les mettra en rapport avec les autres informations dont il dispose ou **peut** disposer. Il procédera à une analyse critique.

Il ne doit pas hésiter à demander tout éclaircissement dans le cas d'un élément non déterminé ou d'un doute. Dans un tel contexte, les entretiens avec les dirigeants représentent un outil d'information privilégié.

La vigilance attendue du dispensateur de crédits ne peut donc se limiter à une analyse statique des documents comptables.

A ce titre, le fonctionnement du compte bancaire est une source d'information précieuse.

D'une manière générale, lorsque l'utilisation de la trésorerie s'alourdit pendant que le chiffre d'affaires ne cesse de baisser, la situation tend à devenir compromise.

La surveillance de son évolution offre une possibilité de suivre l'évolution de la situation de l'entreprise cliente.

Si bien qu'elle permettra au banquier de détecter des difficultés, il trouvera des signes d'alerte dans la fréquence des dépassements d'autorisation de découvert, les incidents de paiement (notamment des fournisseurs), la découverte de traites frauduleuses...

La surveillance de la ponctualité des remboursements de prêts octroyés à moyen ou long terme est tout aussi opportune.

²⁰⁹ Cette dernière solution est plutôt de nature à engager la responsabilité du chef d'entreprise.

Naturellement, la prudence du banquier implique que celui-ci tire les conséquences des informations que lui procure l'analyse de la structure financière, des résultats et de l'évolution de l'entreprise. Ceci tout en restant dans les limites de son rôle de bailleur de fonds, afin de ne pas se voir reprocher une faute d'ingérence ou de se voir condamner en tant que dirigeant de fait.

De toute façon, si le banquier a accompli ses devoirs – qui ne sont, rappelons le, que des obligations de moyens- il n'a aucun besoin de s'immiscer dans la gestion de son client, afin de redresser la situation de ce dernier et éviter la mise en cause de sa propre responsabilité. En effet, les rapports du banquier et de son client demeurent dans le cadre des relations privées. Le banquier est un commerçant, il ne remplit pas une mission de service public ; le débat autour de cette question est d'ailleurs largement dépassé.

En d'autres termes, sa responsabilité ne sera pas recherchée pour ne pas avoir redressé l'entreprise, mais pour avoir entraîné la chute de celle-ci ou pour avoir aggravé ses difficultés par manque de discernement.

En somme, si le banquier peut justifier de ses diligences accomplies dans le cadre de ses devoirs professionnels, sans avoir commis d'erreurs grossières (ou volontaires), il pourra se dégager d'une éventuelle mise en cause suite à la « faillite » de son client.

Il pourra, alors, prouver qu'il a agi avec discernement, dans la limite du prévisible, et qu'il « ne pouvait pas savoir » ou « n'aurait pas pu savoir ».

La question du risque économique du crédit, étant son essence même, ne sera jamais résolue. Car la nature de ce risque même s'il est identifié, il est plus ou moins aléatoire, et totalement imprévisible dans le cas contraire.

C'est pourquoi, imposer des obligations de résultat à l'appréciation du risque aurait conduit à interdire le crédit aux entreprises.

En revanche, l'évolution du droit de la responsabilité civile du banquier a montré que la **gestion du risque juridique** est moins aléatoire.

Dès lors, nous pouvons affirmer que le risque juridique, demeurant dans le cadre des principes généraux de la responsabilité civile, est largement tempéré par son degré de prévisibilité.

Or, un risque prévisible peut être évité.

Force est donc d'en conclure que, si le plus souvent, la marge de manœuvre du banquier d'une entreprise en difficulté demeure étroite, elle ne peut plus être assimilée à une impasse.

Car une ligne de conduite s'est progressivement dégagée. Une ligne de conduite étroite²¹⁰, certes, mais pas sans issue.

²¹⁰ Bien que les différents devoirs du banquier doivent être regardés comme des obligations de moyens, celles-ci doivent être interprétées très strictement en raison de la spécialisation et de la technicité du banquier.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux :

- ☞ F.Derrida, P.Godé, J.-P.Sortais, Redressement et Liquidation judiciaire des entreprises, Dalloz, n°406.
- ☞ J. Devèze, Lamy, Droit du financement, 2001, n°3317 et s.
- ☞ C. Gavalda et J. Stoufflet, Droit bancaire, Litec, 1999, n°385 et s., p.189.
- ☞ Guyon, Droit des affaires, tome 2, Entreprises en difficultés, n° 1073 et s., p.82.
- ☞ J.-L.Rives-Lange et M.Contamine Raynaud, Droit bancaire, Dalloz 1995, N°650 et s., p. 599.
- ☞ B. Soinne, Traité théorique et pratique des procédures collectives, Litec,1987, n°1334 et s., p.1172.
- ☞ Dictionnaire Permanent Difficultés des entreprises, 2000, feuillets 65, n° 53 et s., p.1154.

Ouvrages spéciaux :

- ☞ A.Buthurieux, La responsabilité du banquier, Litec, 1999.
- ☞ G.A. Likillimba, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Litec, 2001.
- ☞ G.Prat, La responsabilité du banquier et la « faillite » de son client, Technique et documentation, 1980.
- ☞ R. Routier, La responsabilité du banquier, LGDJ, 1997.
- ☞ Ph.Simler, Le cautionnement, 2000, n°450, p.415

Articles :

☞ D. Bouchery, La responsabilité des banques dans les procédures : comment prévenir le risque de rupture ou de soutien abusif, Droit et Patrimoine, 1998, p.53.

☞ P.Bouteiller, Redressement et liquidation judiciaire, Responsabilité du banquier, J.-Cl Banque-Crédit-Bourse, 2000, Fasc.520.

☞ M. Cabrillac sous Cass. com., 18 juin 1996, RTD com. 1996, p.701

☞ M.-J. Campana , L'incidence du redressement judiciaire sur les créances bancaires, in La banque et l'entreprise en difficulté, Colloque Toulouse 1989, Banque éditeur, p. 237

☞ J.-L. Coudert et Ph. Migeot, Appréciation par l'expert comptable du comportement du banquier dans la distribution du crédit, PA, 1999, n°53, p.5.

☞ J. Crédot et Y. Gérard,

☞ Sous Cass. com. 2 juin 1992, Rev. dr. bancaire et bourse 1992, p. 246.

☞ sous CA Paris, 15^{ème} Ch. Sect.A, 20 octobre 1998 et CA Paris, 15^{ème} Ch. Sect.A, 1^{er} décembre 1998, précités.

☞ F.-J. Crédot,

☞ Risques juridiques et crédits bancaires aux entreprises, Banque, 1993, p.30.

☞ La relation causale et le préjudice en cas de rupture brutale de concours bancaires, Mélanges Vasseur, Banquéditeur, p.61.

☞ A.Feitz, Soutien abusif : un risque croissant pour les banques. Op. Finance, 1996, p.10

☞ F. Grua, La responsabilité civile de celui qui fournit le moyen de causer un dommage, RTD. Civ., 1994, p.1.

☞ D.Legeais, sous Cass.com., 11 mai 1999.

☞ J. Stoufflet,

☞ L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers, JCP, 1965, I, p.1882.

☞ Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit, Mélanges Cabrillac, 1999, p.517.

☞ S.Piédelièvre, La responsabilité du banquier liée à une opération de crédit, Droit et Patrimoine, 2001, p.63.

☞ F.-D. Poitrinal, La rupture brutale d'une ouverture de crédit, Droit et Patrimoine, 1994, p.41.

☞ A. Reygrobelle, Essai sur le concept juridique d'endettement des entreprises, RTD com., 2001, p.315.

☞ M.Vasseur, sous Cass. com. 2 mai 1983, D.1984, IR, p.89.

☞ D.Vidal, sous Cass. com., 24 novembre 1992, et Cass. com., 3 novembre 1992, JCP E, 1993, II, Jur., n°402, p.47.

TABLE DES MATIERES

Introduction

Titre I : La responsabilité du banquier liée au maintien ou à l'octroi de crédit

Chapitre I : Les conditions de mise en œuvre de l'action en responsabilité du banquier

Section I : La faute du banquier

Paragraphe I : La faute dans l'appréciation des risques liés à la situation générale de l'entreprise : La connaissance d'une situation irrémédiablement compromise.

A - L'existence d'une situation irrémédiablement compromise

B - La connaissance de la situation

Paragraphe II : La faute dans l'appréciation des risques liés au crédit en particulier

A - La question de l'« inopportunité » du crédit.

1) Le principe de la faute dans l'octroi d'un crédit inapproprié

2) Les limites à la responsabilité du banquier dans l'octroi d'un crédit inapproprié.

B - Le défaut de surveillance de l'utilisation des fonds prêtés

Section 2 : Le préjudice et l'existence d'un lien de causalité.

Paragraphe I : Le préjudice

A- La nature du préjudice

B- L'étendue du préjudice

Paragraphe II- Le lien de causalité

A - L'existence du lien de causalité

B - La pluralité de causes

Chapitre II : Le régime de l'action

Section I : Le demandeur à l'action

Paragraphe I : Les personnes généralement non fondées à agir pour soutien abusif

A - L'emprunteur

B - La caution dirigeante.

Paragraphe II : les personnes ayant qualité à agir

A - Les créanciers de l'entreprise

1) L'action collective

2) L'action individuelle

B - La caution non-dirigeante

Section II : La réparation

Paragraphe I : L'étendue du droit à réparation

A - L'évaluation du préjudice collectif

B - L'évaluation du préjudice personnel

Paragraphe II : L'affectation du produit de l'action

Titre II : La responsabilité du banquier liée au retrait de crédit

Chapitre I : Les conditions de la responsabilité du banquier en cas de rupture du crédit.

Section I : L'existence d'une ouverture de crédit

Paragraphe I : La liberté du banquier dans l'octroi de crédit

A - La liberté de refuser ses concours

B - Le maintien d'un crédit en cours à l'ouverture du redressement judiciaire

- 1) La possibilité du maintien d'un crédit en cours
- 2) Les possibilités de rupture du crédit maintenu

Paragraphe II : L'ouverture de crédit

A - L'application du principe de la manifestation tacite de la volonté

B - La détermination du montant du découvert autorisé

Section II : La rupture brutale d'une ouverture de crédit

Paragraphe I : Les conditions de révocation selon la durée du crédit concerné : le principe

A - Le contrat de crédit à durée indéterminée

- 1) L'obligation de notification écrite
- 2) L'obligation de préavis

B - Le contrat de crédit à durée déterminée

Paragraphe II : Les conditions de révocation : l'exception

A - Le comportement gravement répréhensible

B - La situation irrémédiablement compromise

- 1) La rupture jugée abusive
- 2) La rupture brutale jugée non abusive

Chapitre II : Sanction d'une rupture abusive

Section I : Le préjudice

Paragraphe I : Le préjudice du crédit

Paragraphe II : Le préjudice des tiers

A - Le préjudice de la caution

B - Le préjudice des créanciers

Section II : L'existence du lien de causalité

Paragraphe I : La relation de causalité écartée sur le terrain du critère chronologique

Paragraphe II : La relation causale constatée sur le terrain du critère chronologique

Conclusion

Bibliographie