

FOCUS MESURE DU RISQUE ET PERTE DE CHANCE

14966

Dossier dirigé par
Bénédicte BURY
Avocat associé
Cabinet
B. Moreau-Avocats
Membre du Conseil
national des barreaux

L'EFFICACITÉ D'UNE OBLIGATION SE MESURE, ON LE SAIT, À L'EFFECTIVITÉ DE SA SANCTION.

L'OBLIGATION DE MISE EN GARDE DU BANQUIER A ÉTÉ PRÉCISÉE AU FIL DU TEMPS PAR LA JURISPRUDENCE ⁽¹⁾, EN SON PRINCIPE, SA NATURE CONTRACTUELLE ⁽²⁾, SON ÉTENDUE ET SON DOMAINE – OPÉRATIONS DE CRÉDIT, GARANTIES ⁽³⁾, ET OPÉRATIONS BOURSIÈRES ⁽⁴⁾. PAR UN ARRÊT DE PRINCIPE DU 20 OCTOBRE 2009 ⁽⁵⁾, LA CHAMBRE COMMERCIALE DE LA COUR DE CASSATION A JUGÉ QUE « LE PRÉJUDICE NÉ DU MANQUEMENT PAR UN ÉTABLISSEMENT DE CRÉDIT À SON OBLIGATION DE MISE EN GARDE S'ANALYSE EN UNE PERTE DE CHANCE DE NE PAS CONTRACTER », ET RETENU SON COROLLAIRE POUR CE QUI CONCERNE LA PRESCRIPTION DONT IL EST RAPPELÉ QU'ELLE COURT « À COMPTER DE LA RÉALISATION DU DOMMAGE OU DE LA DATE À LAQUELLE IL EST RÉVÉLÉ À LA VICTIME SI CELLE-CI ÉTABLIT QU'ELLE N'EN AVAIT PAS EU PRÉCÉDEMMENT CONNAISSANCE ». LA HAUTE JURIDICTION A PAR AILLEURS PRÉCISÉ QUE « LE DOMMAGE RÉSULTANT D'UN MANQUEMENT À L'OBLIGATION DE MISE EN GARDE CONSISTANT EN UNE PERTE DE CHANCE DE NE PAS CONTRACTER SE MANIFESTE DÈS L'OCTROI DES CRÉDITS », SOIT DÈS LA SIGNATURE DU CONTRAT.

LA QUESTION DE SAVOIR SI LA NOTION DE PERTE DE CHANCE AVAIT VOCATION À ÊTRE UTILISÉE EN MATIÈRE D'OBLIGATION D'INFORMATION OU DE MISE EN GARDE A ÉTÉ – ET DEMEURE – DISCUTÉE EN DOCTRINE ET EN JURISPRUDENCE ⁽⁶⁾ TANT IL EST INCONTESTABLE QU'ELLE PEUT ÊTRE DÉVOYÉE POUR PALLIER L'INCERTITUDE DU LIEN DE CAUSALITÉ. QU'AURAIT FAIT LE CLIENT S'IL AVAIT ÉTÉ MIS EN GARDE ? N'AURAIT-IL PAS NÉANMOINS CONTRACTÉ ? QU'AURAIT-IL FAIT S'IL N'AVAIT PAS CONTRACTÉ ? CE QUI REVIENT À SCRUTER, À SONDER LA PSYCHOLOGIE DE L'EMPRUNTEUR, ADHÉRENT, INVESTISSEUR, POUR DÉTERMINER QUELLE AURAIT ÉTÉ SON ATTITUDE S'IL AVAIT PU MESURER LE RISQUE « SOUSCRIT ».

OR, IL N'APPARAÎT PAS DISCUTÉ QUE LA PERTE DE CHANCE NE PEUT OUVRIR DROIT À RÉPARATION QU'À LA CONDITION QU'ELLE CONSTITUE UN PRÉJUDICE RÉPARABLE, C'EST-À-DIRE CERTAIN, ET NON PAS SIMPLEMENT ÉVENTUEL. LE PRÉJUDICE CAUSÉ PAR LA PERTE D'UNE CHANCE PRÉSENTE UN CARACTÈRE CERTAIN « CHAQUE FOIS QU'EST CONSTATÉE LA DISPARITION DE LA PROBABILITÉ D'UN ÉLÉMENT FAVORABLE » ⁽⁷⁾. IL APPARAÎT DONC QUE DEUX QUESTIONS DOIVENT ÊTRE RÉSOLUES, LA PREMIÈRE CONSISTANT À DÉTERMINER S'IL EXISTE UNE CERTITUDE DE CHANCE PERDUE, LA SECONDE À DÉTERMINER LA PROBABILITÉ DE RÉALISATION DE CETTE CHANCE AFIN DE QUANTIFIER LE PRÉJUDICE, DONT IL EST CERTAIN QU'IL NE PEUT ÊTRE ÉGAL À LA CHANCE PERDUE.

NI LE JUGE, NI LE PLAIDEUR NE PEUVENT FAIRE L'ÉCONOMIE DE LA DÉTERMINATION DE LA PERTE DE CHANCE DE MESURER LE RISQUE, NI DU CALCUL DE PROBABILITÉ NÉCESSAIRE À LA MESURE DE LA RÉPARATION.

AINSI, IL EST APPARU UTILE DE FAIRE UN POINT DE L'ÉVOLUTION DE CETTE NOTION DE PERTE DE CHANCE DE MANIÈRE GÉNÉRALE ⁽⁸⁾, AVANT QU'ELLE NE SOIT PLUS SPÉCIFIQUEMENT ANALYSÉE DANS LES OPÉRATIONS DE CRÉDIT ET GARANTIES ⁽⁹⁾, AINSI QUE DANS LES OPÉRATIONS BOURSIÈRES ⁽¹⁰⁾.

(1) RDBF mai-juin 2007, Observations sur l'exigence d'un consentement libre et éclairé et le recentrage de l'obligation d'information du banquier, B. Bury, p. 66 et s.

(2) Même si l'obligation relève de la période précontractuelle : voir not. RDC 2010, p. 31, obs. D. Mazeaud et RDC juill. 2010, n° 3, p. 843, « Le point de départ de l'action en responsabilité contractuelle en cas de manquement du banquier à son obligation d'information », J.-S. Borguetti.

(3) Contribution de F. Juredieu, *infra* p. 13.

(4) Contribution de M. Roussille, *infra* p. 16.

(5) Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-20274, F. Juredieu, contribution, D. Houtciéff, D. 2009, p. 2971, n° s 3 et s., J.-S. Borguetti, op. cit. et références citées.

(6) V. not. thèse de Muriel Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, LGDJ 1992, p. 477 et s.

(7) Sur la perte d'une chance, v. *Les obligations*, Terré, Simler, Lequette, p. 679, n° 701, et réf. citées.

(8) Contribution de P. Oudot, *infra* p. 8.

(9) Contribution de F. Juredieu, *infra* p. 13.

(10) Contribution de M. Roussille, *infra* p. 16.