

Voyage d'études 2009

Journée de travail à l'Ambassade France
Lisbonne – Portugal

7 novembre 2009

Intervention de **Madame Gachucha Courrégé**, *Avocat au Barreau de Paris, Administrateur de Droit & Commerce*

La responsabilité des banques envers leurs clients

Compte tenu de l'étendue du sujet et du cadre de cette intervention : l'association Droit et Commerce, je limiterai mon propos à l'examen de la responsabilité de la banque à l'égard de son client commerçant/entreprise.

Plutôt que la responsabilité de la banque, je devrais parler des responsabilités de la banque tant les obligations de celle-ci se sont multipliées ces dernières années.

Si ainsi que le rappelle le Professeur STOUFLET, les grands ouvrages de droit bancaire des années 30/40 font peu de place au "devoir professionnel", c'est que les principales obligations du banquier étaient à l'époque purement "techniques" : elles concernaient l'exécution d'opérations :

le banquier était essentiellement le responsable de l'argent qu'on lui confiait.

Cependant, au fil des ans le rôle de la banque va considérablement se développer et elle est devenue un acteur majeur et indispensable de l'activité économique.

Le banquier finançant l'activité économique de son client est devenu responsable de ce qu'il finance et de ce qu'il refuse de financer...

- C'est à compter des années 70 que se sont développés en France les procès contre les banquiers dispensateurs de crédit aux entreprises.

Les premiers ont été engagés au nom des créanciers des entreprises ayant fait faillite, tiers aux relations de la banque avec son client, mais qui avaient été trompés sur la situation réelle de l'entreprise par l'apparence de solvabilité créée par le crédit accordé.

Les banques se sont vues reprocher l'octroi de certains crédits ou le soutien abusif de l'entreprise, à savoir :

- avoir financé imprudemment une entreprise qui n'était pas viable ;
- ou avoir financé une entreprise qui n'était plus viable lors de l'octroi du crédit ;
- ou avoir consenti des crédits dont la charge financière de remboursement excédait les facultés, existantes ou prévisibles, de l'entreprise.

Ces actions ont largement contribué à la reconnaissance de l'existence d'un principe de responsabilité de la banque.

- Après les actions engagées par les tiers, ce sont les entreprises elles-mêmes ou leurs dirigeants, le plus souvent cautions des prêts accordés, qui ont pris l'initiative de mettre en œuvre la responsabilité des banques, conduisant ainsi les Tribunaux à clarifier le contenu des obligations du banquier à l'égard de l'entreprise.
- Parallèlement, outre l'accroissement du rôle des banques dans le développement de l'économie, on a assisté à l'accélération et à la complexification des techniques bancaires, sources de nouveaux risques, conduisant législateurs et Juges à chercher à les contenir par la définition de nouvelles obligations.

Le banquier, compte tenu de sa parfaite connaissance tant des mécanismes financiers que de l'activité économique des entreprises, est considéré en droit français comme un "professionnel", ce qui signifie que comme tout professionnel il supporte une responsabilité aggravée envers ses clients.

- Enfin, l'évolution de la responsabilité du banquier à l'égard de son client résulte non seulement de l'évolution des techniques financières et matérielles, mais également de son rôle social.

La question reste de savoir si le banquier est l'instrument d'un service public de la distribution et de la régulation du crédit, dès lors qu'il est un acteur de la réalisation de certaines politiques publiques, d'une part, et que se développe tant dans les textes que dans la jurisprudence la fixation de "règles de bonne conduite" d'autre part.



La diversité des sources

- Pour l'essentiel, les principes de la responsabilité bancaire ont été dans un premier temps élaborés par les juridictions avant d'être fixés par le législateur.

A cet égard, le fait que l'examen des litiges relatifs à la responsabilité de la banque à l'égard de l'entreprise relève en première instance de la compétence d'une juridiction composée uniquement de "commerçants" (les Tribunaux de Commerce) permet que le contentieux de la responsabilité du banquier soit examiné au plus près des réalités économiques, au fur et à mesure de l'apparition des sources de contentieux.

Je précise ici que par commerçants, il faut entendre entrepreneurs et cadres dirigeants qui sont tous issus du monde de l'entreprise – et tous bénévoles.

Les Juges des Tribunaux de Commerce sont en France élus par des délégués consulaires représentants de toutes les branches professionnelles.

La présence de Juges issus des établissements bancaires au sein des Tribunaux de Commerce leur permet d'avoir une parfaite connaissance des usages professionnels et des mécanismes bancaires quasiment "en temps réel".

Actuellement sur les 172 Juges du Tribunal de Commerce de PARIS, 33 Juges sont issus du secteur bancaire et financier dont le Président du Tribunal.

- Le fait que les jugements des Tribunaux de Commerce soient soumis en appel à l'examen de Magistrats professionnels permet d'étayer juridiquement si besoin était les décisions pragmatiques des premiers Juges avant examen, le cas échéant, par la Cour de Cassation dans sa formation spécialisée, à savoir la Chambre Commerciale.
- Le législateur a souvent repris et codifié les obligations ainsi "déterminées" par les juridictions.

Bien entendu, et par ailleurs, le législateur intervient pour fixer les obligations du banquier à l'égard de la Société, la collectivité, en fixant les règles de la responsabilité pénale ou encore en approuvant les textes des autorités de régulation (AMF), dont l'examen ne relève pas de mon propos d'aujourd'hui.

- La responsabilité du banquier à l'égard de son client qui nous intéresse aujourd'hui est régie principalement par :
 - le Code monétaire et financier entré en vigueur le 1^{er} janvier 2001, qui a codifié de nombreux textes particuliers depuis le décret-loi du 30 octobre 1935 sur le chèque jusqu'à la loi du 25 juin 1999 relative à l'épargne et la sécurité financière ;
 - certaines dispositions du Code de commerce ;
 - certaines dispositions du Règlement Général de l'AMF, texte produit par l'autorité de régulation ;
 - et bien sûr certaines dispositions du Code civil, notamment relatives à la responsabilité contractuelle,

Code qui a vocation à régir toutes les situations qui ne font pas l'objet d'un texte particulier.

A cet égard, je rappellerai que le Code civil n'avait pas, à l'origine, vocation à régir les relations entre commerçants.

Cependant, il a été le support juridique des nombreuses décisions consacrant la responsabilité de la banque à l'égard de son client et élaborant à ces occasions la définition d'un certain nombre d'obligations.

Enfin et pour mémoire, je rappellerai ici que le Code pénal, le Code de la consommation, le Code de la construction et de l'habitation ou encore le Code de la santé publique contiennent plusieurs dispositions susceptibles d'intéresser la responsabilité du banquier.



On ne peut pas examiner la responsabilité du banquier sans rappeler certains devoirs fondamentaux de la banque, à savoir :

- le devoir de non-ingérence et de non immixtion dans les affaires de son client ;
- le devoir de prudence ;
- l'obligation de sécurité ;
- l'obligation de surveillance ;
- le secret et la confidentialité ;
- l'obligation de conseiller et d'informer.

C'est au regard de ces devoirs et obligations, initialement dégagés par les Tribunaux à l'occasion des contentieux engagés par les clients, que s'apprécie la responsabilité de la banque.



Mon exposé reprendra la distinction classique fondée sur les deux piliers de l'activité bancaire :

- le crédit ;
- les services.



I - La responsabilité du banquier dans le service du crédit

La jurisprudence a dégagé 4 types de faute, à savoir :

- la fourniture de crédit inadapté ou excessif ;
- le soutien abusif de l'entreprise ;
- la rupture abusive du crédit ;
- le non-respect de l'affectation des fonds prêtés, que je n'examinerai pas ici compte tenu du faible nombre de contentieux qu'elle génère.

I-A. La fourniture de crédit inadapté ou excessif

I-A-1. En principe, en raison du devoir de non immixtion de la banque dans les affaires de son client, celle-ci n'engage pas sa responsabilité en accordant à l'entreprise les crédits qu'elle a sollicités.

Cependant, la banque assume à l'égard de son client une certaine responsabilité lors de l'octroi du crédit, responsabilité trouvant son origine sur l'obligation générale de prudence et de discernement : la banque ne doit pas accorder un crédit de manière inconsidérée... sauf à engager sa responsabilité envers son client.

➤ La responsabilité de la banque s'apprécie *in concreto*.

Elle tient compte de :

- la qualité du client ;
- la solvabilité de l'emprunteur
- le risque de l'opération financée.

Les obligations de la banque à l'égard de son client dégagées par la jurisprudence sont :

- une obligation d'information ;
- une obligation de conseil ;
- et la plus récente, consacrée par la Cour de Cassation en 2006 et 2007, le devoir de mise en garde.

- La jurisprudence a élaboré une distinction essentielle pour apprécier la responsabilité de la banque, la distinction entre l'emprunteur "averti" et l'emprunteur "non averti".

Cette distinction ne recoupe pas la distinction existant par ailleurs entre le "professionnel" et le "consommateur".

Pour apprécier si l'emprunteur est "averti" ou non, il est tenu compte de sa capacité à mesurer le risque pris.

Il est donc tenu compte de sa personnalité et des caractéristiques de l'opération.

C'est au regard de ces deux éléments que la jurisprudence considère que la banque est tenue à l'égard de son client :

- soit uniquement d'une obligation d'information : laquelle se caractérise par la remise d'une information neutre, objective et spontanée et compréhensible ;
 - soit également d'une obligation de conseil, laquelle consiste pour la banque non seulement à donner des informations brutes à son client, mais également à l'éclairer (sans s'immiscer, attention !) sur l'opportunité de l'opération : le bilan coût/avantage ;
 - soit en outre une obligation de "mise en garde", l'obligation de mise en garde consistant à attirer l'attention du client sur les risques...
- Cette obligation de mise en garde, qui est le fruit de la construction de la jurisprudence qui a été consacrée tant en matière civile qu'en matière commerciale par la Cour de Cassation, serait selon certains analystes le moyen de garantir dans le contrat bancaire une juste répartition des risques.

Il convient en effet d'une part de ne pas décourager les banques de prêter leur concours à la réalisation d'opérations économiques, mais également d'autre part de répondre au souhait que les emprunteurs aient conscience des objectifs qu'ils poursuivent et des risques qu'ils prennent.

- En l'état actuel de la jurisprudence, le client "averti" ne bénéficie pas des devoirs de conseil et de mise en garde de la banque lors de l'octroi d'un crédit.

Pour autant, la banque est cependant susceptible d'engager sa responsabilité pour l'octroi d'un crédit inadapté ou excessif à un client averti, notamment dans les hypothèses très rares où :

- la banque détient des informations ignorées de l'emprunteur averti ;
- ou encore lorsque des circonstances exceptionnelles justifient sa responsabilité (par exemple le financement d'une opération illicite ou encore le rôle actif de la banque qui sollicite le client en lui proposant un prêt à l'effet de financer un placement qu'elle lui conseille par ailleurs...).



I-A-2. La responsabilité envers la caution

Quand bien même à l'égard de son client averti la banque n'engagerait pas sa responsabilité pour l'octroi d'un crédit inadapté ou excessif, il convient de préciser qu'elle pourrait engager sa responsabilité à l'égard de celles et ceux qui se sont portés cautions du remboursement de ce crédit.

Les cautions (dirigeants, conjoints de dirigeants, associés de l'entreprise) sont donc susceptibles de mettre en cause la responsabilité de la banque pour l'octroi d'un crédit excessif ou inadapté, constituant une faute à leur égard.

Les cautions pourront se prévaloir du devoir d'information et de mise en garde dont elles bénéficient personnellement sous réserve qu'elles ne soient pas elles-mêmes "averties".

Par ailleurs, que la caution soit "avertie" ou "non avertie", qu'il s'agisse du chef d'entreprise, de sa femme ou d'un de ses actionnaires, je rappellerai brièvement ici que la loi française a consacré un principe dégagé par la jurisprudence de proportionnalité de l'engagement de caution.

La loi du 1^{er} août 2003 a fixé le principe selon lequel la banque ne peut se prévaloir de l'engagement souscrit par une personne physique "*dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution au moment où celle-ci est appelée ne lui permette de faire face à son obligation*".



I-B. La responsabilité pour octroi ou soutien abusif

- J'ai rappelé en introduction l'élaboration à compter des années 70 d'une jurisprudence reconnaissant une responsabilité des banques à l'égard de leur client pour "octroi ou soutien abusif".

Pendant plus de 30 ans, les Tribunaux ont patiemment construit et fixé ces principes de responsabilité, aboutissant à retenir la responsabilité de la banque lorsqu'elle :

- " - *octroyait un crédit dont le montant est sans rapport avec les capacités financières de l'entreprise ou ses perspectives économiques ou pratique en connaissance de cause une politique de crédit ruineux pour l'entreprise devant nécessairement provoquer une croissance continue et insurmontable de ses charges financières,*
 - *ou bien apporte par l'octroi d'un nouveau crédit ou le maintien d'un crédit existant un soutien artificiel à une entreprise dont il connaissait ou aurait dû connaître s'il s'était informé la situation irrémédiablement compromise.*"
- Cependant, la loi du 27 juillet 2005 relative à la "sauvegarde des entreprises", qui a modifié les procédures collectives, a profondément réformé les règles de la responsabilité de la banque en la matière.

Pour favoriser la sauvegarde de ces entreprises et encourager le crédit aux entreprises en difficulté, le législateur a considéré que la jurisprudence relative au soutien abusif de crédit constituait un frein important au concours bancaire.

Bien que le coût du soutien abusif représentait seulement pour les banques en France environ 15.000.000 € par an, la crainte de la mise en jeu de leur responsabilité constituait pour les banques un frein à l'octroi de prêt à certaines entreprises.

- Le législateur a en conséquence consacré une quasi-irresponsabilité des banques, mais pas uniquement des banques puisque le texte concerne tous les créanciers fournissant du crédit à l'entreprise, en adoptant le texte suivant :

" Les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnés à ceux-ci. Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ces concours sont nulles."

L'exclusion de responsabilité résultant de ce texte est très large.

La dérogation apportée par ce texte aux principes généraux de la responsabilité civile au profit des établissements bancaires a conduit à la saisine du Conseil Constitutionnel.

En effet le Conseil Constitutionnel, sur le fondement de l'article 4 de la déclaration de 1789 en vertu duquel *"la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui"*, considère que la constitution garantit le droit pour la victime à agir contre celui qui lui a nuit pour obtenir réparation.

Le Conseil Constitutionnel a considéré que l'exigence constitutionnelle précitée ne faisait pas obstacle à ce qu'en certaines matières **"pour un motif d'intérêt général le législateur aménage les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée"**.

Selon le Conseil Constitutionnel, ce texte doit être considéré comme conforme à la Constitution car **"une clarification du cadre juridique de la responsabilité du prêteur destinée à favoriser l'octroi des apports financiers nécessaires à la pérennité des entreprises en difficulté répond à un motif d'intérêt général"**.

Compte tenu de la date de ce texte, qui s'applique aux concours accordés à compter du 1^{er} janvier 2006, nous n'avons pas encore de "retour d'expérience" alors qu'il n'existe pas encore de décision significative des Tribunaux faisant application de ce nouveau texte. Le cas de figure de la fraude sera certainement extrêmement rare.

La notion "d'immixtion caractérisée" laisse au Juge un large pouvoir d'appréciation.

Mais très probablement, pour établir une "immixtion caractérisée", le plaideur aura beaucoup de difficulté.

C'est principalement la troisième exception à ce principe de non responsabilité qui sera le plus souvent invoquée à l'avenir, à savoir la prise de garanties excessives.

La question reste ouverte de savoir à quelle date il conviendra d'apprécier la "disproportion" entre le concours et les garanties, tout comme reste ouverte la détermination des critères d'appréciation de la disproportion.



I-C. La rupture abusive de crédit

- J'examinerai maintenant les principes dégagés en droit français de la responsabilité de la banque à l'égard de son client dans ce que nous appelons la "rupture abusive de crédit".

Par principe, la banque est toujours libre d'accorder ou de refuser un crédit à son client.

En conséquence de ce principe, la banque est libre de rompre à tout moment un crédit consenti pour une durée indéterminée.

Les conséquences, souvent désastreuses pour l'entreprise, de la rupture par la banque du crédit à durée indéterminée, et le plus souvent le caractère brutal de cette rupture, avaient conduit les Tribunaux à mettre à la charge de la banque un certain nombre d'obligations.

La construction jurisprudentielle a été reprise et organisée par la loi.

- La rupture d'un crédit consenti pour une durée indéterminée n'est en principe fautive qu'en l'absence de respect d'un préavis, le Code monétaire et financier obligeant à la banque à respecter un préavis dont le délai est fixé à 60 jours.

La banque est cependant dispensée de préavis :

- lorsque la situation du client est irrémédiablement compromise : lorsqu'il n'y a plus d'espoir...
- en cas de comportement "gravement répréhensible" de la part du client.

Les principales difficultés rencontrées dans la mise en œuvre de ce principe de responsabilité consistent dans la détermination du "crédit" qui est rompu.

C'est la question de la preuve du montant du crédit en matière de découvert, c'est la distinction entre la "facilité de caisse ponctuelle" et "l'ouverture de crédit"...

S'agissant du préjudice subi par le client en cas de défaut de respect du préavis et de la réparation de ce préjudice :

- l'entreprise peut obtenir du Juge des référés – Juge de l'urgence et de l'évidence – le rétablissement du concours : en pratique, la banque sera obligée de payer les chèques dont elle a refusé le paiement ;
- l'entreprise pourra obtenir du Tribunal – statuant à l'issue d'une procédure dite "de fond" – ou, si la rupture l'a conduite à la faillite, son administrateur ou son liquidateur pourront obtenir la réparation du préjudice subi.

La difficulté réside alors dans la démonstration que doit faire le demandeur à l'action du "préjudice" et du "lien de causalité" existant entre la faute et le préjudice : exigence de la mise en œuvre de la responsabilité civile de droit commun.

Lorsque l'entreprise dépose son bilan, le Juge recherchera d'abord si la rupture fautive du crédit est la cause de cette faillite, et ensuite s'il s'agit de la cause unique.

- La mise en œuvre de la responsabilité de la banque dans ces hypothèses était fréquente mais le contentieux s'est raréfié, les banques étant devenues plus prudentes au fur et à mesure que les Tribunaux fixaient les conditions de leur responsabilité à l'égard de leurs clients.

Ces actions étaient – cependant - rarement couronnées de succès ou en tout cas elles donnaient rarement lieu à une indemnisation importante – réserve faite de l'hypothèse où la brutale rupture du crédit a contribué à l'échec d'une négociation avec un repreneur...

- S'agissant de la rupture d'un crédit consenti pour une durée déterminée, elle est toujours par principe fautive.

Pendant la jurisprudence – et non la loi, à la différence du crédit indéterminé – exonère en fait le banquier de sa responsabilité en cas de comportement gravement répréhensible de l'emprunteur ou en cas de situation irrémédiablement compromise.

On retrouve là le pragmatisme des décisions rendues par les Tribunaux de Commerce confirmées par les juridictions d'appel spécialisées.

Les autres conditions relatives à la mise en œuvre de la responsabilité de la banque dans cette hypothèse sont similaires à celles de la rupture du crédit à durée indéterminée.



II – La responsabilité de la banque dans les services

J'examinerai ci-après les services traditionnels de paiement, les services d'investissement et les services complémentaires.

II-A. Les services de paiement

Les services de paiement comprennent le chèque, le virement, le prélèvement et le paiement par carte bancaire et les effets de commerce.

Compte tenu du temps qui m'est imparti, seul sera examiné ici le chèque, étant rappelé que sont désormais en principe harmonisés au sein de l'Union Européenne un certain nombre des conditions d'exécution de ces opérations ainsi qu'un certain nombre d'obligations des banques envers leurs clients, par la Directive européenne sur les services de paiement.

II-A-1. Le chèque

Le chèque est encore en France la source de nombreux contentieux.

La responsabilité de la banque à l'égard du client est appréciée sévèrement par la jurisprudence qui se fonde :

- soit sur le contrat de dépôt : le banquier est gardien des fonds confiés par le client ;
 - soit sur le mandat : le client doit agir sur les instructions de son client.
- Mandataire rémunéré de son client, la banque répond de ses fautes mêmes "légères" tant dans le mandat d'encaissement des chèques remis par son client que dans le mandat de paiement de ceux émis par celui-ci.

Le banquier doit agir avec célérité tout en prenant le temps de s'assurer de la régularité matérielle du titre, à savoir :

- la signature ;
- le bénéficiaire ;
- l'endos ;
- la date, dans la mesure où le délai de validité du chèque est limité à 1 an.

Il convient d'observer qu'à l'heure où le système bancaire a en pratique fait disparaître la présentation matérielle des chèques entre les banques (seules des images – photos étant échangées) et où les comptes des entreprises sont immédiatement crédités et débités du montant des chèques, les banques continuent d'assurer à l'égard des clients une responsabilité fondée sur l'examen de l'apparence du chèque-papier.

► Certains chèques particuliers génèrent des responsabilités spéciales.

Je pense ici aux chèques frappés d'opposition ou aux chèques sans provision.

Pour les chèques frappés d'opposition, c'est leur paiement nonobstant l'opposition du client qui est susceptible d'engager la responsabilité de la banque.

Pour les chèques sans provision, la responsabilité de la banque est plus anecdotique, elle sera mise en cause par les tiers pour avoir délivré des carnets de chèques imprudemment à une société ne disposant pas d'assise financière crédible ou encore à un client "escroc".

C'est en matière de chèques apocryphes que le contentieux est le plus important.

On distingue traditionnellement les chèques contrefaits et les chèques falsifiés.

a) *Les chèques contrefaits*

Ce sont les chèques qui ne sont pas revêtus de la signature du client.

Par principe, le chèque revêtu d'une fausse signature ne libère pas la banque de son obligation de restitution des fonds : la banque doit rembourser son client.

La jurisprudence tempère ce principe en considérant que si l'établissement du faux ordre de paiement a été rendu possible par une faute du client, le banquier ne sera plus tenu qu'à la condition d'avoir lui-même commis une négligence et dans la limite de sa part de responsabilité en découlant.

En pratique, c'est principalement lors des litiges relatifs aux détournements opérés par les comptables ou le personnel des entreprises que se rencontre ce type de contentieux.

b) *Les chèques falsifiés*

Ce sont des chèques revêtus de la signature du client, mais qui ont été détournés et encaissés par un tiers après falsification.

La banque, tenue de surveiller la régularité apparente du titre, n'engage sa responsabilité que lorsque la falsification est apparente ou aisément décelable, c'est-à-dire susceptible d'être détectée lors d'un examen rapide par un préposé de banque "normalement diligent".

L'examen de la responsabilité de la banque supposera corrélativement l'examen de la responsabilité du client, celle-ci pouvant atténuer celle-là ou permettre un partage de responsabilité.

II-A-2. Les effets de commerce

Le maniement des effets de commerce offre au client diverses occasions de mettre en œuvre la responsabilité de la banque.

S'agissant du recouvrement des effets confiés par le client à sa banque, c'est principalement le défaut de diligence qui engagera la responsabilité de la banque : retard dans la présentation au paiement/retard dans l'information donnée au client lorsque l'effet est revenu impayé.

S'agissant du paiement des effets domiciliés : c'est le défaut de respect des instructions données par le client qui engagera la responsabilité de la banque. Il n'y a rien d'original dans ce type de contentieux en France.

II-B. Les services d'investissement

L'entreprise est non seulement un emprunteur mais également un investisseur, fût-ce sur une courte période pour placer sa trésorerie ou s'assurer contre le risque de change.

- La première des obligations de la banque est une obligation d'information de son client.

Ces obligations sont fixées par l'article L 533-4 du Code des marchés financiers dans une section intitulée "Bonne conduite" issue de la Directive dite "Service investissement" de 1993, de la Loi de modernisation des activités financières de 1996 et de la Loi de sécurité financière adoptée en 2003.

Ce texte prévoit que la banque est :

"... tenue de respecter des règles de bonne conduite destinées à garantir la protection des investisseurs et la régularité des opérations..."

Elle oblige notamment à :

- 1 - se comporter avec loyauté et agir avec équité au mieux des intérêts de leurs clients et de l'intégrité du marché ;*
- 2 - exercer leurs activités avec la compétence, le soin et la diligence qui s'imposent, au mieux des intérêts de leurs clients et de l'intégrité du marché ;*
- 3 - être dotées des ressources et des procédures nécessaires pour mener à bien leurs activités et mettre en œuvre ces ressources et procédures avec un souci d'efficacité ;*
- 4 - s'enquérir de la situation financière de leurs clients, de leur expérience en matière d'investissement et de leurs objectifs en ce qui concerne les services demandés ;*
- 5 - communiquer d'une manière appropriée les informations utiles dans le cadre des négociations avec leurs clients ;*
- 6 - s'efforcer d'éviter les conflits d'intérêts et, lorsque ces derniers ne peuvent être évités, veiller à ce que leurs clients soient traités équitablement ;*
- 7 - se conformer à toutes les réglementations applicables à l'exercice de leurs activités de manière à promouvoir au mieux les intérêts de leurs clients et l'intégrité du marché.*

..."

Le texte précise que les règles énoncées "*doivent être appliquées en tenant compte de la compétence professionnelle, en matière de service d'investissement, de la personne à laquelle le service d'investissement est rendu*".

On retrouve là l'idée de la distinction entre le client "averti" et le client "non averti".

- Outre les obligations d'information de son client, la banque assume également la responsabilité de l'accomplissement des actes matériels tels que la transmission des ordres ou la tenue des comptes titres.

Il s'agit là encore d'une responsabilité classique reposant sur les obligations de diligence et de célérité.

II-C. Les services complémentaires

Les services complémentaires, longtemps qualifiés par la doctrine de "services annexes", sont pour certains devenus la source de contentieux importants compte tenu de leur développement.

J'examinerai ci-après deux de ces services, à savoir :

- la fourniture de renseignements commerciaux ;
- la fourniture de conseils et d'assistance aux entreprises.

a) La fourniture de renseignements commerciaux

De par ses compétences et ses nombreux contacts avec les agents économiques, le banquier est en possession de nombreuses informations.

Il est fréquent, avant certaines opérations importantes, que l'entreprise se renseigne auprès de sa banque et/ou auprès de la banque de son co-contractant.

Le banquier assume dans cette activité une responsabilité limitée dans la mesure où il ne garantit jamais l'exactitude des informations communiquées.

L'examen de ce service me permet d'évoquer l'obligation du secret professionnel pesant sur la banque.

Le droit français considère que toutes les informations communiquées au banquier sont confidentielles.

Cette obligation pèse sur toutes les personnes qui travaillent ou agissent pour le compte de la banque et le défaut de respect de celle-ci est pénalement sanctionné (article L 471-4 du Code monétaire et financier) et puni d'un an d'emprisonnement et de 15.000 € d'amende.

C'est la société cliente de la banque qui bénéficie du secret, et ainsi les associés ne peuvent obtenir du banquier des informations concernant la société tout comme une société mère ne peut obtenir de la banque par exemple des informations sur la clientèle de sa filiale.

En marge des sanctions pénales, toute violation par la banque de cette obligation de confidentialité est susceptible d'être la source d'une action en responsabilité civile.

Le législateur a cependant fixé un certain nombre d'exceptions au profit de plusieurs autorités auxquelles le secret professionnel de la banque est inopposable.

Il s'agit de :

- les autorités judiciaires en matière pénale (Juge d'Instruction, Procureur de la République, Officier de Police Judiciaire) ;
- les juridictions civiles dans le cadre d'une action en responsabilité dirigée contre la banque ;
- les juridictions commerciales dans le cadre du droit des difficultés des entreprises (procédures collectives) ;
- les commissaires aux comptes de la société, leur rôle étant de faire des investigations pour accomplir leur mission de contrôle ;
- l'AMF (article L 622-10 du Code monétaire et financier) ;
- les Douanes pour certaines informations ;
- les Huissiers de Justice dans le cadre des saisies dont peut faire l'objet le client.

Compte tenu de l'existence et de l'étendue de l'obligation du secret bancaire, les renseignements commerciaux qu'est susceptible de communiquer la banque sont nécessairement d'ordre général et très limités.

Le banquier ne peut que répercuter "l'opinion de la place" et s'en tient à des considérations du type "échéance difficile" ou "bon crédit".

Il faut savoir que l'information financière sur les entreprises est centralisée par la BANQUE DE FRANCE, qui la collecte tant auprès des entreprises que des banques et des Greffes des Tribunaux de Commerce dans la mesure où les entreprises ont l'obligation d'y déposer annuellement leurs comptes.

La BANQUE DE FRANCE attribue à chaque entreprise une cotation qui est une appréciation sur la capacité de l'entreprise à honorer ses engagements à un horizon de 3 ans.

Cependant, cette information est destinée à l'usage exclusif des banques et est elle-même couverte par le secret professionnel.

Engage dès lors la responsabilité de la banque le fait de communiquer la cotation de son client.

b) La fourniture de conseil et d'assistance aux entreprises

- En premier lieu, j'évoquerai brièvement la responsabilité de la banque dans le cadre de l'introduction en bourse de son client.

Dans le cadre d'une opération d'introduction en bourse, deux contrats régissent les relations du banquier introducteur avec son client – l'émetteur :

- un mandat d'introduction en bourse ;
- un contrat de garantie et de placement des titres.

C'est à raison du mandat d'introduction en bourse que le client est susceptible de rechercher la responsabilité de la banque sur de multiples fondements :

- le non-respect des obligations fixées par le contrat ;

- le non-respect des règles de bonne conduite qui sont celles précédemment évoquées dans le cadre des services d'investissement ;
 - l'obligation de conseil de la banque, voire celle de mise en garde.
- Les mêmes obligations vont peser sur la banque qui prête son concours à la recherche par son client de capitaux sur le marché, notamment dans le cadre de l'émission d'emprunt obligataire.
- En second lieu, j'évoquerai la responsabilité de la banque en matière de restructuration et de cession d'entreprise le développement des activités dites "de banque d'affaires", ayant largement étendu le champ de ces responsabilités.

C'est notamment dans la contradiction apparente des obligations de la banque que résident les difficultés.

Comment concilier le principe de non immixtion du banquier dans les affaires de son client et son activité de conseil ?

Comment concilier l'obligation de secret professionnel et la nécessaire communication en matière de cession d'entreprise ?

Dans chaque dossier, les juridictions apprécieront la responsabilité de la banque envers son client au regard des obligations traditionnelles évoquées tout au long de cet exposé.

- En outre, certaines situations sont génératrices de conflits d'intérêts, le banquier n'ayant pas d'obligation d'exclusivité à l'égard de son client.

Dès lors, comment assurer à l'égard de chacun des clients le respect de ces obligations lorsque l'on est tout à la fois la banque de l'entreprise à restructurer et le banquier d'un candidat à sa reprise ?

Comment en outre assurer à chacun de ses clients que ce sont ses intérêts dont il est tenu compte à l'occasion de ce type d'opération et non les intérêts de la banque ?

Comment respecter les devoirs d'indépendance, d'impartialité et de rigueur dont la banque est débitrice à l'égard des clients ?

La réponse des banques aux inquiétudes des clients réside dans le compartimentage du département "affaires", voire l'isolement affaire par affaire.

La construction des "murailles de Chine" au sein de la banque est un moyen mais n'est qu'un moyen d'éviter la mise en cause éventuelle de la responsabilité fondée sur le respect des devoirs d'indépendance, d'impartialité et de rigueur.



En conclusion

Le développement, la complexité et l'accroissement du rôle social de la banque ont multiplié les responsabilités de celle-ci à l'égard de son client.

Au-delà des lois particulières répondant ou soucieuses de répondre au plus près, et depuis quelques années au plus vite, aux besoins des acteurs de l'activité économique et à la diversification des métiers du banquier, ce sont toujours les principes fondamentaux rappelés en introduction qui sous-tendent l'examen de la responsabilité bancaire.

Tandis que les banques augmentent leur rôle pour répondre aux besoins des entreprises, les Juges augmentent leurs responsabilités avant qu'intervienne le législateur...

Le Professeur ROUTIER voit dans le développement de la responsabilité bancaire l'application contemporaine du vieil adage de l'Evangile : "*à qui on aura confié beaucoup, on réclamera davantage*".

Je vous remercie de votre attention.