



**HAL**  
open science

## La responsabilité civile du banquier en droit malagasy

Loulla Chaminah

► **To cite this version:**

Loulla Chaminah. La responsabilité civile du banquier en droit malagasy. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2015. Français. NNT : 2015PA010304 . tel-01542475

**HAL Id: tel-01542475**

**<https://theses.hal.science/tel-01542475v1>**

Submitted on 19 Jun 2017

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



# **THESE**

**En vue de l'obtention du  
DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE PARIS I PANTHEON-  
SORBONNE**

**Délivré par l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne**

**Discipline : Droit des affaires**

**Présentée et soutenue par CHAMINAH Loulla**

**Le : 15 décembre 2015**

**Titre :**

**LA RESPONSABILITE CIVILE DU BANQUIER EN DROIT  
MALAGASY**

**Jury :**

Monsieur Remy CABRILLAC, Professeur à l'Université de Montpellier, (Rapporteur)

Monsieur Frédéric Jérôme PANSIER, Chargé d'enseignement à l'Université de Paris I  
(Rapporteur)

Monsieur RAMAROLANTO-RATIARAY, Professeur à l'Université d'Antananarivo  
(Codirecteur)

Monsieur Philippe DELEBECQUE, Professeur à l'Université de Paris I (Codirecteur)

**Ecole doctorale : Droit**

**Unité de recherche : Droit des affaires**

**Codirecteurs de Thèse : Monsieur Philippe DELEBECQUE et Monsieur  
RAMAROLANTO- RATIARAY**

*« L'Université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du  
candidat »*

*Tous mes remerciements*

*A ma famille, et à mes amis*

*pour leur soutien*

*A Monsieur le Professeur Philippe DELEBECQUE*

*et à Monsieur le Professeur RAMAROLANTO-RATIARAY*

*pour leurs enseignements et leurs encouragements*

## **SOMMAIRE :**

SOMMAIRE : .....	3
ABREVIATIONS ET SIGLES .....	7
INTRODUCTION .....	9
Section 1 : La notion d'établissement de crédit et d'opérations de crédit .....	12
Section 2 : L'historique du droit bancaire malgache .....	37
Section 3 : Les sources du droit bancaire malgache .....	40
Section 4 : La responsabilité civile, cambiaire, disciplinaire, pénale ou administrative du banquier .....	42
Section 5 : L'importance de l'étude de la responsabilité du banquier .....	43
PARTIE PRELIMINAIRE : LE DROIT DE LA RESPONSABILITE CIVILE APPLICABLE AU DROIT BANCAIRE ..	47
TITRE I : LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE DU BANQUIER .....	49
CHAPITRE 1 : L'EXISTENCE D'UN CONTRAT ENTRE LE BANQUIER ET SON CLIENT .....	49
Section 1: La formation d'un contrat entre la banque et le client .....	50
Section 2 : L'exigence d'écrit dans la convention d'ouverture de compte bancaire .....	60
Section 3 : Les autres contrats nés de la convention d'ouverture du compte.....	64
CHAPITRE 2 : LA FAUTE CONTRACTUELLE .....	66
Section 1 : La notion de faute.....	66
Section 2 : La faute et le préjudice .....	69
Section 3 : Les aménagements conventionnels et les causes d'exonération de responsabilité.....	70
TITRE 2 : LA RESPONSABILITE EXTRA CONTRACTUELLE DU BANQUIER .....	77
Section 1 : Le fait générateur de la responsabilité.....	77
Section 2 : Le dommage .....	81
Section 3 : Le lien de causalité entre le fait générateur et le dommage.....	81
Section 4 : Les conventions relatives à la responsabilité extracontractuelle.....	82
TITRE 3 : LES EFFETS DE LA RESPONSABILITE CIVILE DU BANQUIER .....	85
CHAPITRE 1 : LES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES LITIGES AVEC LA BANQUE .....	86
Section 1 : Le règlement amiable des litiges avec la banque auprès de la banque .....	86
Section 2 : La médiation et l'arbitrage bancaire.....	87
CHAPITRE 2 : L'ACTION EN RESPONSABILITE DU BANQUIER .....	91

Section 1 : Les titulaires de l'action en responsabilité contre le banquier .....	91
Section 2 : La procédure à suivre pour la mise en œuvre de la responsabilité du banquier .....	95
PREMIERE PARTIE : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DEPOSITAIRE.....	101
TITRE 1 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS LE CONTRAT DE DEPOT DE FONDS .....	102
CHAPITRE 1 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER LORS DE L'OUVERTURE D'UN COMPTE BANCAIRE	102
Section 1 : La responsabilité du banquier pour refus d'ouvrir un compte bancaire.....	103
Section 2 : La responsabilité du banquier pour manquement aux obligations dues par le banquier au moment de l'ouverture du compte.....	116
CHAPITRE 2 : LES OBLIGATIONS DU BANQUIER PENDANT LA TENUE DU COMPTE.....	127
Section 1 : Les obligations professionnelles du banquier pendant la tenue de compte .....	127
Section 2 : L'obligation du banquier relative au contrat de dépôt : l'obligation de restitution .....	157
CHAPITRE 3 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER AU MOMENT DE LA CLOTURE DU COMPTE BANCAIRE .....	165
Section 1 : Le refus du banquier de maintenir le compte bancaire .....	165
Section 2 : La question de la résiliation tacite de la convention de compte bancaire .....	168
TITRE 2 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS LE CONTRAT DE DEPOT DE TITRES .....	170
CHAPITRE 1 : LES OBLIGATIONS DU BANQUIER DANS LE CONTRAT DE DEPOT DE TITRES.....	173
Section 1 : L'obligation de conservation .....	173
Section 2 : L'obligation de restitution .....	176
CHAPITRE 2 : LES OBLIGATIONS INHERENTES A LA GESTION ACCESSOIRE AU CONTRAT DE DEPOT DE TITRES.....	178
Section 1 : L'encaissement des coupons et des titres amortis.....	178
Section 2: L'information du déposant.....	179
DEUXIEME PARTIE : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DISPENSATEUR DE CREDIT .....	181
TITRE 1 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS LES CREDITS AUX ENTREPRISES .....	183
CHAPITRE 1 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER LIEE AU REFUS DE CREDIT.....	184
Section 1 : Le principe de l'absence du droit au crédit .....	184
Section 2 : Le refus de crédit, source de responsabilité du banquier .....	187
CHAPITRE 2 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER POUR RUPTURE ABUSIVE DU CONTRAT DE CREDIT .....	194
Section 1 : Les principaux types d'opérations de crédit.....	194
Sous-section 1 : Les opérations de crédits internes.....	194

Sous-section 2 : Les crédits du commerce international .....	206
Section 2 : Les conditions de rupture de crédit.....	217
Section 3 : La sanction de la rupture abusive du crédit .....	236
CHAPITRE 3 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER POUR OCTROI DU CREDIT.....	237
Section 1 : Les crédits fautifs .....	238
Section 2 : Le soutien abusif du crédit dans le cadre d’une procédure collective d’apurement du passif.....	241
Section 3 : L’action en responsabilité pour soutien abusif du crédit .....	247
TITRE 2 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DISPENSATEUR DE CREDIT A LA CONSOMMATION ....	254
CHAPITRE 1 : LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE DU BANQUIER .....	256
Section 1 : La réglementation des publicités.....	256
Section 2 : Les informations précontractuelles.....	259
CHAPITRE 2 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER POUR OCTROI DU CREDIT A LA CONSOMMATION	264
Section 1 : Les principales techniques de crédit à la consommation.....	264
Section 2 : Les formalités requises pour la conclusion du contrat de crédit à la consommation...	274
CHAPITRE 3 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS L’EXECUTION DU CONTRAT DE CREDIT .....	278
Section 1 : L’obligation d’information pendant l’exécution du contrat de crédit.....	278
Section 2 : Le remboursement anticipé .....	279
Section 3 : La défaillance de l’emprunteur.....	279
TROISIEME PARTIE : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER PRESTATAIRE DE SERVICES.....	281
TITRE 1 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS LA GESTION DES MOYENS DE PAIEMENT.....	281
CHAPITRE 1 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER EN MATIERE DE CHEQUE.....	282
Section 1 : La responsabilité du banquier lors de la délivrance du carnet de chèques .....	282
Section 2 : La responsabilité du banquier lors du paiement du chèque .....	287
CHAPITRE 2 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER EN MATIERE DE CARTE DE PAIEMENT .....	301
Section 2 : La responsabilité du banquier dans le contrat fournisseur .....	308
Section 3 : La responsabilité du banquier en cas de perte, de vol ou de l’utilisation frauduleuse de la carte de paiement .....	310
CHAPITRE 3 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER EN MATIERE DE VIREMENT ET DE PRELEVEMENT	319
Section 1 : La responsabilité du banquier en matière de virement .....	319
Section 2 : La responsabilité du banquier dans l’exécution d’un avis de prélèvement .....	322

TITRE 2 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS LES SERVICES DE RENSEIGNEMENTS FINANCIERS ET COMMERCIAUX .....	325
CHAPITRE 1 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER A L'EGARD DE LA PERSONNE SUR QUI LES RENSEIGNEMENTS SONT DEMANDES .....	326
Section 1 : La responsabilité du banquier pour cause de confidentialité des renseignements fournis .....	326
Section 2 : La responsabilité du banquier pour cause d'inexactitude des renseignements fournis	327
Section 3 : La responsabilité du banquier en raison du caractère diffamatoire des renseignements fournis .....	328
CHAPITRE 2 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER A L'EGARD DU DEMANDEUR DE RENSEIGNEMENTS .....	329
TITRE 3 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS LE SERVICE DE LOCATION DE COFFRE-FORT .....	331
CHAPITRE 1 : LES CONTROVERSES DOCTRINALES SUR LA NATURE DE LA LOCATION DE COFFRE-FORT .....	331
CHAPITRE 2 : LES OBLIGATIONS DU BANQUIER EN MATIERE DE LOCATION DE COFFRE-FORT .....	334
Section 1 : L'obligation de surveillance due par le banquier .....	334
Section 2 : Les aménagements conventionnels .....	337
Section 3 : L'intervention des pouvoirs publics et la saisie des objets déposés dans un coffre-fort .....	339
§2 : La saisie des objets déposés dans un coffre-fort.....	340
TITRE IV : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS LES OPERATIONS AUTRES QUE LA GARDE DU TITRE SUR LES VALEURS MOBILIERES.....	342
CHAPITRE 1 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER EN MATIERE D'EMISSION ET DE SOUSCRIPTION DE VALEURS MOBILIERES .....	342
Section 1 : La responsabilité du banquier à l'égard de la société émettrice .....	342
Section 2 : La responsabilité du banquier vis-à-vis du souscripteur .....	344
CHAPITRE 2 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER EN MATIERE DE GESTION DE PORTEFEUILLE DU CLIENT.....	347
Section 1 : La notion de gestion de portefeuille .....	347
Section 2 : Les obligations du banquier en matière de gestion de portefeuille.....	347
CONCLUSION .....	354
BIBLIOGRAPHIE.....	356

## ABREVIATIONS ET SIGLES

Act. Proc. Coll	Actualités des procédures collectives.
Art.	Article.
Banque	Revue Banque.
Banque Suppl.	Revue Banque Supplémentaire.
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires.
Bull.civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles.
Bull.crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres criminelles.
C. civ.	Code civil.
C. com.	Code de commerce.
C.C.C	Contrats Concurrence Consommation
C. consom.	Code de la consommation.
C.proc.pén.	Code de procédure pénale.
CA	Cour d'appel.
Civ.1 <sup>re</sup>	Première chambre civile de la Cour de cassation.
Civ. 2 <sup>e</sup>	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation.
Civ. 3 <sup>e</sup>	Troisième chambre civile de la Cour de cassation.
Com.	Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation.
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation.
CECEI	Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.
Cons.Constit.	Conseil Constitutionnel.
D.	Recueil Dalloz.
D. Aff.	Dalloz Affaires.
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois.
Dr. et Patrim.	Droit et Patrimoine.
éd.	Edition ou éditeur.

Fasc.	Fascicule.
Gaz.Pal.	Gazette du Palais.
<i>Infra</i>	Ci-dessous.
JCP E	La semaine juridique édition entreprise et affaires.
JCP G	La semaine juridique édition générale.
JO	Journal officiel.
JOAN	Journal officiel Assemblée nationale.
LPA	Les petites affiches.
NCPCiv.	Nouveau Code de Procédure Civile.
Quot. Jur.	Le Quotidien juridique
RD banc. et bourse	Revue de droit bancaire et bourse.
RD banc. et fin.	Revue de droit bancaire et financier.
Rev.proc. coll.	Revue des procédures collectives.
Rev.Sc.Crim.	Revue de science criminelle.
Rev.Sociétés	Revue des sociétés.
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires.
RLDA	Revue Lamy de droit des affaires.
RLDC	Revue Lamy de droit civil.
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil.
RTD Com	Revue trimestrielle de droit commercial.
Spéc.	Spécialement.
<i>Supra</i>	Ci-dessus.
Trib.	Tribunal.
Trib.civ.	Tribunal civil.
T.com.	Tribunal de commerce.
TGI	Tribunal de grande instance.
V.	Voir.
v°	<i>verbo.</i>

## INTRODUCTION

1. La responsabilité du banquier est un sujet qui intéresse aussi bien les entreprises, les consommateurs que les banquiers eux-mêmes. Il intéresse les entreprises en ce sens que la banque est le pilier central des affaires. La majorité des opérations dans les relations d'affaires transitent par la banque. Presque tous les règlements se font par le biais de la banque que ce soit par virement, prélèvement, paiement d'un chèque, paiement par carte que pour toutes les opérations de mobilisations de créances telles que l'escompte ou l'affacturage<sup>1</sup>. En outre, aucune entreprise ne peut survivre sans le crédit. Pour effectuer cette opération, il faut passer par l'intermédiaire des établissements de crédit. A Madagascar, l'utilisation des services bancaires par les entreprises est en courbe croissante. Rares sont les entreprises sises à Madagascar qui n'ont pas de compte en banque même ceux qui sont informelles. Les petites et moyennes entreprises ont surtout recours aux institutions de microfinance, étant donné que ce sont des banques de proximité.

2. Du côté des consommateurs, le recours à la banque est en expansion et touche timidement la majorité de la population malgache essentiellement paysanne<sup>2</sup>. En effet, l'introduction de la microfinance au niveau du monde rurale commence à créer une rupture comportementale sur les types de thésaurisation traditionnelle. Ce début de rupture comportementale est rendu possible par l'arrivée d'un nouveau paysan instruit dans la zone rurale. Malgré la réticence encore très prononcée des paysans traditionnels c'est-à-dire ceux qui sont attachés à la structure parcellaire, la réussite rapide du nouveau paysan en relation d'affaires avec la microfinance commence à provoquer un changement de perception de la microfinance dans le monde rural notamment dans les agglomérations à fort potentiel agropastorale ou agroindustrielle.

---

<sup>1</sup> Par exemple, l'article 4 de la loi n° 2004-020 du 19 août 2004 sur le blanchiment, le dépistage, la confiscation et la coopération internationale en matière de produits de crimes dispose que « Tout paiement en espèces ou par titres au porteur d'une somme globalement supérieur à 50 millions de Fmg ou 10 tapitrisa ariary est interdit ». Ce paiement doit passer par les banques.

<sup>2</sup> « Madagascar compte actuellement plus de 20 millions d'habitants dont 70% sont de paysans vivant en milieu rurale. Sur le plan économique, le secteur primaire reste encore la base de l'économie malgache qui est assise sur l'agriculture, l'élevage et la pêche. Ce secteur fournit les 95 % des apports alimentaires nationaux et plus de 75 % des recettes de devises grâce aux différents produits d'exportation: café, vanille, girofle, poivre et des divers produits halieutiques », dans [www.jeuneagrimadagascar.org](http://www.jeuneagrimadagascar.org): « paysans malgaches : acteurs et victimes du changement climatique », Achille, Jeunes et agriculture de Madagascar, [www.jeunesagrimadagacar.org](http://www.jeunesagrimadagacar.org). 2011.

Dans la zone urbaine, l'accroissement du nombre des petites et moyennes entreprises locales augmente le nombre de la population qui sollicite les services bancaires. Aussi bien ces consommateurs urbains que ceux ruraux méritent de connaître la responsabilité du banquier afin de conforter leur confiance et savoir exactement leurs droits et obligations afin de se protéger. La connaissance des cas de responsabilité du banquier est un moyen pour convaincre la population paysanne qui résiste à la bancarisation. Mais, elle est également primordiale pour ceux qui ont déjà des relations avec la banque.

**3.** Quant au banquier lui-même, la connaissance des cas possibles de la mise en œuvre de sa responsabilité lui permet de mieux respecter ses obligations professionnelles, il développera ainsi son activité. Plus les banquiers sont conscients de leurs obligations, plus, ils offrent des services meilleurs et plus les clients leur font confiance. Lorsque les clients ont confiance, ils ouvrent des comptes en banques, l'activité bancaire se développe et cela profitera à la Nation toute entière. Ce, puisqu'il ne faut pas oublier que l'activité bancaire est l'un des moteurs très puissants du développement quand elle est bien gérée et bien règlementée, comme elle peut être un facteur très puissant pour causer une crise politique, économique et sociale<sup>3</sup>.

**4.** Donc, du bon fonctionnement de l'activité bancaire dépend la vie de toute une Nation. Un Etat qui ne favorise pas l'investissement se trouve souvent dans la difficulté. Or tout investissement exige un crédit et tout crédit suppose l'existence d'établissement de crédit. Aussi, une bonne politique bancaire est un des moyens pour lutter contre la pauvreté. On ne va pas s'étaler sur l'importance de la bancarisation dans un Etat du point de vue économique, sociale ou politique puisque tel n'est pas l'objet de cette étude, toutefois afin de bien réaliser l'importance de l'étude sur la responsabilité du banquier en droit malgache, il est non négligeable de préciser que la société malgache est une société qui commence tout juste à apprendre l'existence et le fonctionnement de la banque. Des textes sur les activités bancaires existent à peine à Madagascar, alors qu'il faut absolument accompagner ces premiers frémissements d'une étude la plus exhaustive possible en la matière d'où le choix du titre de l'étude : « la responsabilité civile du banquier en droit malgache ».

**5.** Le terme responsabilité vient du verbe latin « *respondere* » qui signifie « se porter garant ou répondre de ». C'est donc une obligation de répondre de ses actions ou de celles des autres, d'être garant de quelque chose. C'est l'idée d'avoir la perception des conséquences

---

<sup>3</sup> On peut prendre l'exemple du Krach boursier de 1929 ainsi que celui de la crise bancaire et financière de l'automne de 2008.

des actes et d'être capable de les assumer. Au sens juridique, la responsabilité est « l'obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences civiles, pénales, disciplinaires [...] soit envers la victime, soit envers la société... »<sup>4</sup>.

6. Le terme banquier, quant à lui, est utilisé ici dans son sens large, il vise les établissements de crédit. Il recouvre toutes les entreprises qui exercent une profession bancaire au sens juridique, c'est-à-dire des entreprises qui effectuent en principe des opérations de banques à titre habituel<sup>5</sup>. D'une manière générale, on peut définir le banquier comme « un commerçant qui spéculé sur l'argent et le crédit »<sup>6</sup>

7. La responsabilité du banquier est un thème qui a déjà fait l'objet de plusieurs recherches importantes dans le monde. Par contre, traiter spécialement le cas de Madagascar est une idée novatrice dans la sphère du droit bancaire. En effet, le droit bancaire malgache se trouve actuellement dans un dynamisme relativement positif. La bancarisation est toujours faible mais en progrès. La rareté de la jurisprudence sur la question montre que cette responsabilité est mal connue par les clients. A Madagascar, le banquier est encore considéré comme une personne « intouchable » qui ne peut être inquiétée par une quelconque action en justice. Ce qui explique la rareté de la jurisprudence en la matière. Les rares décisions du tribunal le concernant consistent en une demande reconventionnelle de la part du client<sup>7</sup>. Le client a encore une réticence très marquée à ester en justice contre son banquier. La connaissance et la conscience qu'il existe des cas pouvant engager la responsabilité du banquier permettra dorénavant, au client de mieux protéger son droit tout en suscitant le banquier malgache à respecter encore plus ses devoirs et obligations. Par conséquent, il est fondamental de procéder à une analyse se basant sur un état très complet des cas de la responsabilité civile du banquier en droit malgache, objet de cette étude.

8. On essaiera ainsi d'analyser les opérations que les établissements de crédit établis à Madagascar effectuent, tout en parlant de ce qui se pratique déjà dans d'autres pays comme la France et que Madagascar suivrait probablement. De cette manière on étudiera à la fois les cas effectifs, c'est-à-dire la pratique bancaire malgache et en même temps on essaiera

---

<sup>4</sup> G. CORNU, Vocabulaire juridique Association Henri Capitant, PUF, 8e éd. 2007, v. « responsabilité ».

<sup>5</sup> Article 3 de la loi n° 95-030 du 22 février 1996 relative au contrôle et à l'activité des établissements de crédit.

<sup>6</sup> G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial, tome II*, LGDJ, 17e éd. par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, 2004, n° 2216.

<sup>7</sup> T. Com d'Antananarivo du 14 novembre 2008, n° 242, BNI Madagascar c/ la société FAFIMAH, Jugements commentés du Tribunal de commerce d'Antananarivo année 2008, t. 1, Coopération franco- malgache, Jurid'ika, 2011, p.300 et s., note RAMAROLANTO-RATIARAY ; T. Com. d'Antananarivo du 13 juin 2008, n° 149-C, BNI Madagascar c/ La société ERI SARL, Jugements commentés du Tribunal de commerce d'Antananarivo année 2008, t1, Coopération franco- malgache, Jurid'ika, 2011, p.305 et s., note RAMAROLANTO-RATIARAY.

d'anticiper certains cas jugés nécessaires. Tout cela en faisant une étude approfondie de la situation actuelle de Madagascar afin de relever la spécificité et les lacunes du droit bancaire malgache et subsidiairement on parviendra à montrer dans une étude comparative l'écart qui se trouve entre le droit bancaire malgache et le droit bancaire des pays évolués comme la France. En effet, Il n'est pas aisé de décrire une règle juridique sans réfléchir ne serait-ce qu'accessoirement, en faveur de telle ou telle solution meilleure inspirée des enseignements du droit comparé ou d'une prise en considération plus réaliste des besoins de la pratique. A l'inverse, il est très difficile d'argumenter en faveur de telle ou telle réforme législative sans d'abord réaliser un état des lieux aussi exact et complet que possible.

Dans le dessein de faciliter la compréhension de cette thèse on va commencer dans cette introduction générale par étudier d'abord la notion d'établissement de crédit et d'opérations de crédit (Section 1), puis entamer une brève historique de droit bancaire malgache (Section 2), ensuite, on énoncera les principales sources du droit bancaire à Madagascar (Section 3), enfin, il sera analysé l'importance de la responsabilité du banquier (Section 4).

## **Section 1 : La notion d'établissement de crédit et d'opérations de crédit**

9. L'étude de la responsabilité civile du banquier nécessite la maîtrise de la notion d'établissement de crédit et comme les activités principales des établissements de crédit sont les opérations de banque, il est non négligeable également de définir ces opérations.

Depuis la loi du 24 janvier 1984 portant statut bancaire<sup>8</sup>, le Code monétaire et financier français a toujours défini les établissements du crédit par rapport aux opérations de banque<sup>9</sup>, alors que les établissements de crédit peuvent être amenés à fournir d'autres prestations en dehors des opérations de banque et que d'autres organismes peuvent effectuer des opérations de banque sans être qualifiés d'établissements de crédit<sup>10</sup>. Avec l'Ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013, le législateur français a modifié la formulation de l'article L. 511-1, dorénavant « Les établissements de crédit sont les personnes morales dont l'activité consiste, pour leur propre compte et à titre de profession habituelle, à recevoir des fonds remboursables du public [...] et à octroyer des crédits ». Il a ainsi enlevé la notion

---

<sup>8</sup> Article 1<sup>er</sup> de la loi française du 24 janvier 1984 : « Les établissements de crédit sont des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque ».

<sup>9</sup> Article L. 511-1 du Code monétaire et financier, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz 2013.

<sup>10</sup> Thierry BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd. 2011, p.35.

d'opérations de banque dans la définition de l'établissement de crédit et l'a défini conformément aux termes de la première Directive européenne de coordination bancaire<sup>11</sup>.

Le droit malgache, quant à lui, dans la loi n° 95-030 du 22 février 1996 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit<sup>12</sup> dispose que « Les établissements de crédit sont les organismes qui effectuent à titre habituel des opérations de banque ; assurent la gestion pour le compte des tiers de portefeuilles de valeurs mobilières en recevant à cet effet des fonds assortis d'un mandat de gestion ; ou apportent leur concours au placement de valeurs mobilières en se portant ducroire »<sup>13</sup>.

Outre les opérations de banque donc, la loi malgache ajoute dans le même article deux autres opérations sur les valeurs mobilières qui sont celles d'assurer « la gestion pour le compte des tiers de portefeuilles de valeurs mobilières en recevant à cet effet des fonds assortis d'un mandat de gestion » et d'apporter « leur concours au placement de valeurs mobilières en se portant ducroire ». Pourtant, ces deux opérations entrent dans la délimitation des opérations connexes que les établissements peuvent également exercer, dans « le placement, la souscription, l'achat, la gestion, la garde et la vente de valeurs mobilières et de tout produit financier »<sup>14</sup>. Par cette précision le législateur malgache a-t-il voulu signifier que ces deux opérations ne sont pas des opérations connexes à l'activité des établissements de crédits ? Sont-elles au contraire des opérations faisant partie intégrante de l'activité bancaire et seraient ainsi soumises au monopole des établissements de crédit ? On répondra à ces questions dans l'étude des opérations connexes de la banque<sup>15</sup>.

Avant de pouvoir citer les types d'établissements de crédit à Madagascar (§2), il est nécessaire de décrire d'abord ce que sont les opérations de banque, les opérations qui lui sont connexes et les activités non bancaires mais exercées par les établissements de crédit (§1).

---

<sup>11</sup> Directive n° 77-780 du 12 décembre 1977, JOCE n° L 322, 17 déc. 1977 : les dispositions de cette directive sont aujourd'hui intégrées dans la Directive n° 2006/48/CE du 14 juin 2006, JOUE n° L177, 30 juin 2006.

<sup>12</sup> J. O. n° 2350 du 04 mars 1996, Edition spéciale, p. 292.

<sup>13</sup> Article 3 de la loi n° 95-030 du 22 février 1996 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit J. O. n° 2350 du 04 mars 1996, Edition spéciale, p. 292.

<sup>14</sup> Article 7. 3- de la loi n° 95-030 du 22 février 1996 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit J. O. n° 2350 du 04 mars 1996, Edition spéciale, p. 292.

<sup>15</sup> V. *infra*, les activités non constitutives d'opérations de banque, n° 29, p. 23 et 24.

## **§1 : Les opérations de banques, les opérations connexes et les opérations accessoires de l'activité bancaire**

### **A- Les opérations de banques**

**10.** L'alinéa 2 de l'article 3 de la loi n° 95-030 édicte que « Les opérations de banque comprennent la réception de fonds du public, l'octroi de crédits, la mise à disposition du public ou la gestion de moyen de paiement »<sup>16</sup>.

#### **1- La réception de fonds du public**

**11.** L'article 4 de la loi n° 95-030 donne la définition de la notion de réception de fonds du public. Il dispose : « sont considérés comme fonds reçus du public, les fonds qu'une personne physique ou morale recueille d'un tiers, notamment sous forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte, mais à charge pour elle de les restituer »<sup>17</sup>. De cet article on peut ressortir les éléments caractéristiques de l'opération de la réception de fonds du public.

#### **a- La remise du fonds**

**12.** La remise du fonds est un acte de remise de monnaie nationale ou en devise, réalisé en espèces, par chèque ou par virement, le moyen de la remise étant indifférent<sup>18</sup>. Comme le « notamment » l'indique, la nature juridique de l'opération ayant donné lieu à la remise importe peu également<sup>19</sup>. Le dépôt n'est qu'un exemple, la remise peut provenir

---

<sup>16</sup> A comparer avec l'article L. 311-1 du Code monétaire et financier modifié par l'Ordonnance n° 2013-544, 27 juin 2013 : « Les opérations de banque comprennent la réception de fonds remboursables du public, les opérations de crédit, ainsi que les services bancaires de paiement ». Le législateur français depuis 2009 a préféré utiliser « les services bancaires de paiement » à la place de la « mise à disposition du public ou la gestion des moyens de paiement ». Cette modification de terminologie entraîne une diminution importante des activités relevant de cette opération de banque.

<sup>17</sup> Cette définition est la définition donnée par l'ancien article L. 312-2 du Code monétaire et financier français, le nouvel article issu de l'Ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 utilise désormais la notion de « fonds remboursables du public » à la place de « fonds reçus du public ». La raison en est le souci de viser « non seulement les instruments financiers dont la caractéristique intrinsèque est d'être remboursable, mais également ceux qui, bien que ne possédant pas cette caractéristique, font l'objet d'un accord contractuel prévoyant le remboursement des fonds versés » (CJCE, 11février 1999, arrêt C-366/97, *Dalloz Affaires* 1999. 595, obs. X. D ; DD. 2000 ; *cahier droit des affaires*, som. com. 454, obs. SYNDET).

<sup>18</sup> Thierry BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd. 2011, p.41. ; Philippe NEAU-LEDUC, *Droit bancaire*, 4<sup>e</sup> éd., Cours Dalloz, p. 14.

<sup>19</sup> Thierry BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd. 2011, p.41.

d'autre contrat, telle que la remise effectuée en vertu d'une convention de compte-courant<sup>20</sup>. Par conséquent, la preuve de la remise peut être apportée par tous les moyens<sup>21</sup>.

**13.** Les fonds reçus doivent provenir du « public ». L'alinéa 2 de l'article précité lui-même exclut ainsi du monopole des établissements de crédit les fonds détenus en comptes pour les associés ou les dirigeants, les fonds provenant de prêts participatifs, ainsi que les fonds reçus des salariés<sup>22</sup>.

L'article L. 511-7-3° du Code monétaire et financier français ajoute une autre exception à ces trois cas prévus par l'alinéa 2 de l'article 4<sup>23</sup> en disposant que « I.-Les interdictions à l'article L.511-5<sup>24</sup> ne font pas obstacle à ce qu'une entreprise, quelle que soit sa nature, puisse [...] 3°. Procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres ». Ainsi, les fonds provenant des sociétés du même groupe ne sont pas non plus considérés comme provenant du public.

#### **b- La liberté de disposer des fonds pour son propre compte**

**14.** Comme la loi ne précise pas les emplois que les établissements de crédit peuvent effectuer sur les fonds déposés, ils sont par conséquent, libres de les utiliser comme ils l'entendent, ils les emploient particulièrement pour distribuer des crédits. Ce droit de disposer des fonds reçus est un élément caractéristique de cette opération de banque. En effet, la réception de fonds n'est pas une opération de banque que si l'établissement de crédit a ce droit de disposer de ces fonds là pour son propre compte<sup>25</sup>. A partir du moment où la convention entre le banquier et son client stipule l'interdiction de disposer librement du fonds, on ne retient plus la qualification d'opération de banque<sup>26</sup>. Ce qui signifie que, même si les

---

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> Com., 8 mars 2005, n° 02-11-154, inédit.

<sup>22</sup> Article 4, alinéa 2 de la loi n° 95-030 du 22 fév. 1996 « Toutefois, ne sont pas considérés comme fonds reçus du public :

1. Les fonds reçus ou laissés en compte par les associés en nom ou les commanditaires d'une société de personnes, les associés ou actionnaires détenant au moins cinq pour cent du capital social, les administrateurs, les membres du directoire et du conseil de surveillance ou les gérants ainsi que les fonds provenant de prêts participatifs ; 2. Les fonds qu'une entreprise reçoit de ses salariés sous réserve que leur montant n'excède pas dix pour cent de ses capitaux propres ».

<sup>23</sup> Equivalent de l'article L. 312-2 du Code monétaire et financier français.

<sup>24</sup> Article L. 511-5 du Code monétaire et financier français « ... Il est en outre interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit de recevoir à titre habituel des fonds remboursables du public... ».

<sup>25</sup> Christian GAVALDA et Jean STOUFFLET, *Droit bancaire institutions-Comptes-Opérations –Services*, Litec LexisNexis, 8<sup>e</sup> éd. 2010, p.23.

<sup>26</sup> Crim. 21mars 1996, *Bull. crim.*, n°126.

fonds sont assortis d'une affectation particulière mais que cette affectation n'emporte pas interdiction de disposer librement les fonds, elle est toujours constitutive d'une opération de banque<sup>27</sup>

### **c- L'obligation de restitution du fonds**

**15.** L'établissement de crédit qui a reçu le fonds a l'obligation de le restituer<sup>28</sup>. La restitution peut se faire de différentes manières, directement en espèces ou indirectement par le paiement d'ordre de paiement émanant du client. On ne va pas s'étaler ici sur cette question puisque la question de l'obligation de restitution fera l'objet d'une section à part entière dans le développement qui va suivre. Il est à noter simplement que pour dégager le banquier de son obligation de restitution, ledit paiement doit se faire entre les mains du véritable créancier ou de celui qui a reçu pouvoir de ce créancier de recevoir le paiement<sup>29</sup>.

## **2- L'opération de crédit**

**16.** L'article 5 de la loi n° 95-030 du 22 février 1996<sup>30</sup> définit l'opération de crédit comme étant « 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. Sont assimilés à des opérations de crédit le crédit-bail, et, de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat ». L'analyse de cet article permet de dégager les éléments constitutifs de l'opération de crédit et les différentes formes de crédit.

### **a- Les éléments constitutifs de l'opération de crédit**

#### **- Le caractère onéreux de l'opération**

**17.** L'article 5 précité précise très bien que l'opération s'effectue « à titre onéreux ». *A contrario*, toute remise consentie entre les particuliers à titre gratuit ne constitue pas une opération de crédit. Celle-ci échappe dès lors au monopole des établissements de crédit. Autrement dit, les prêts gratuits entre particuliers ne constituent pas un délit d'exercice illégal de la profession du banquier. Le caractère onéreux se manifeste dans l'existence d'une réelle

---

<sup>27</sup> Thierry BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd. 2011, p.41.

<sup>28</sup> V. H CAUSSE, « L'obligation de restitution du banquier dépositaire peut-elle être payante », *RD bancaire et financier*, n° 5, septembre-octobre 2003. 315.

<sup>29</sup> Article 1239 et 1937 du Code civil français.

<sup>30</sup> V. article L. 313-1 Code monétaire et financier.

contrepartie, quelle qu'en soit la teneur<sup>31</sup>. La stipulation d'intérêts, de commissions ou de frais suffit ainsi à satisfaire cette condition<sup>32</sup>.

Il est cependant à noter que la circonstance qu'un solde débiteur ne s'accompagne pas de perception d'intérêts ne signifie pas que l'opération est gratuite puisque le caractère onéreux peut, dans ce cas découler de la perception de commissions de report, qui n'existait pas s'il n'y avait pas des facilités accordées<sup>33</sup>. La perception de commissions de report est considérée comme la contrepartie de la remise effectuée par les facilités.

#### **- La mise à disposition de fonds**

**18.** La mise à disposition consiste dans l'obtention du client d'un avantage quelconque de la part du banquier. Cet avantage peut se présenter de différentes manières, il peut résider dans le paiement anticipé d'une créance, dans l'obtention d'un prêt ou d'une promesse de prêt, ou encore dans une garantie accordée par le banquier afin de faciliter la réalisation d'une opération<sup>34</sup>.

#### **- La restitution du fonds mis à la disposition**

**19.** L'article 5 susmentionné ne fait pas expressément référence à l'obligation pour l'emprunteur de restituer le fonds mis à sa disposition mais cette restitution est un caractère intrinsèque de l'opération de crédit. La restitution est le plus souvent faite par le bénéficiaire lui-même par un simple débit de son compte ; mais elle peut également être faite par le produit de la créance tel le cas de l'escompte ou de l'affacturage<sup>35</sup>.

#### **b- Les principales modalités d'octroi du crédit**

**20.** L'alinéa premier de l'article précité énonce les formes classiques de l'opération de crédit, celle de la remise de fonds, la promesse de crédit et le crédit par signature. Le deuxième alinéa, assimile d'autres mécanismes à l'opération de crédit c'est le cas du crédit-bail et de la location assortie d'une option d'achat. A ces deux formes précises s'ajoutent les crédits par mobilisation des créances qui consistent en une remise mais pas à la remise au sens classique du terme. Ainsi, il convient de les étudier dans une rubrique séparée afin de comprendre la notion de crédit par mobilisation de créance. Cette forme de crédit n'a pas été

---

<sup>31</sup> J.-L. RIVES-LANGES, M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd. 1995, n° 31.

<sup>32</sup> Philippe NEAU-LEDUC, *Droit bancaire*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd. 2010, p. 17.

<sup>33</sup> CE 25 juill. 2007, n° 266735, *Société Dubus SA*.

<sup>34</sup> Thierry BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd. 2011, p. 45.

<sup>35</sup> C.GAVALDA et J.STOUFFLE, *op.cit.*, p. 26.

prévus expressément dans cette loi sur le contrôle et l'activité des établissements de crédit mais dans la loi relative aux sûretés<sup>36</sup> alors que le mécanisme répond très bien à la définition classique de l'opération de crédit qu'on vient d'évoquer.

### **- La remise immédiate des fonds**

**21.** C'est la forme de l'opération du crédit dans laquelle les fonds sont immédiatement décaissés au moment de la conclusion du contrat sans aucun acte postérieur<sup>37</sup>. Ce décaissement peut se faire manuellement, mais c'est très rare<sup>38</sup>, le plus souvent, il se fait à l'intérieur d'un compte bancaire, c'est-à-dire par l'écriture au crédit du compte du client par le banquier de la somme convenue ou par l'écriture au débit du compte du client en autorisant ce dernier à rendre débiteur son compte dans la limite de plafond convenu. Dans le premier cas, le banquier effectue un virement dans le compte du client et dans le deuxième cas, le banquier laisse le compte devenir débiteur, c'est l'hypothèse d'une autorisation de découvert par exemple.

### **- La promesse de crédit**

**22.** Au sens de l'article 5 de la loi n° 95-030, constitue également une véritable opération de crédit l'opération par laquelle « une personne [...] promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ». Pour la Cour de cassation française<sup>39</sup>, cette opération reste une promesse de crédit et non une opération du crédit. Par conséquent, en cas d'inexécution de la promesse par la banque, le litige se résout par des dommages-intérêts, l'exécution forcée est écartée. En effet, en formulant ainsi ce texte, le législateur vise principalement le cas d'une ouverture de crédit<sup>40</sup>. L'ouverture de crédit est soit un contrat-cadre dont la mise en œuvre implique, une nouvelle convention d'application lors de chaque opération<sup>41</sup> soit un engagement du banquier à consentir une opération de crédit déterminée, reconnaissant à son client une option dont la levée lui permettra d'obtenir le crédit promis<sup>42</sup>.

---

<sup>36</sup> Loi n° 2003-041 du 03 septembre 2004 sur les sûretés.

<sup>37</sup> Commentaire de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd. 2013, p. 481.

<sup>38</sup> A comparer avec le cas dans les agences de microfinance où l'établissement dispensateur de crédit qui est l'agence de microfinance donne un chèque tiré sur une autre banque et il appartient ensuite au client d'encaisser le chèque.

<sup>39</sup> Com. 21 janv. 2004, arrêt n° 171 FS-P+B : *Bull. civ.* IV, n° 13; D. 2004. 1149, note JAMIN; *ibid.* AJ 498, obs. AVENA-ROBARDET; *RTD com.* 2004. 352, obs. CABRILLAC et LEGEAIS; *JCP E* 2004, 736, n° 16, obs. J. STOUFFLET; *RD bancaire et financier* mai-juin 2004, p. 178, obs. CREDOT et GERARD. – Civ. 1<sup>re</sup>, 28 sept. 2004, n° 03-10.850, *JurisData* n° 024946, obs. A. –S. BARTHEZ; *JCP* 2005, I, 184, n° 16.

<sup>40</sup> Commentaire de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, *Dalloz*, 3<sup>e</sup> éd. 2013, p. 482.

<sup>41</sup> C.GAVALDA et J. STOUFFLET, *op. cit.*, p. 321.

<sup>42</sup> Commentaire de l'article L-313-1, *Dalloz*, 3<sup>e</sup> éd. 2013, p. 482.

Ce n'est ainsi qu'une promesse unilatérale<sup>43</sup> dans laquelle, le banquier reste seul engagé jusqu'à la levée de l'option. Le contrat de crédit se forme uniquement au moment où le client lève l'option et ce, à concurrence des fonds utilisés<sup>44</sup>.

### **- Le crédit par signature**

**23.** Est également une opération de crédit l'acte par lequel une personne prend dans l'intérêt d'une autre personne «un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie» dispose l'article précité. Une garantie à première demande, un crédit documentaire ou sa confirmation, un du croire répondent tout aussi bien à cette définition de l'engagement par signature<sup>45</sup>. Ici, l'établissement de crédit ne met pas immédiatement les fonds à la disposition de son client, mais il s'engage seulement à procéder à cette mise à disposition si jamais le client ne peut pas faire face à son paiement<sup>46</sup>. Le banquier n'intervient que si le client est défaillant. Ainsi, le crédit par signature est un mécanisme de garantie assortie d'une opération de crédit.

### **- Le crédit avec mobilisation de créances**

**24.** « La mobilisation de créances est l'opération par laquelle un créancier obtient d'un établissement de crédit une avance à court terme en contrepartie soit de la souscription d'un effet de commerce remis en propriété à l'établissement de crédit (lettre de change, billet à ordre, etc.), soit par la cession de créances professionnelles par le biais d'un bordereau (bordereau de cession de créances professionnelles, dit aussi « bordereau Dailly »)<sup>47</sup>. La mobilisation de créance est donc un transfert de créances en propriété ou à titre de nantissement<sup>48</sup> en pleine propriété du client au banquier afin de garantir le crédit consenti par le banquier<sup>49</sup>. Le droit malgache régit ce mécanisme dans la loi sur les sûretés et non dans la loi relative aux établissements de crédit.

---

<sup>43</sup> C.GAVALDA et J. STOUFFLET, *op. cit.*

<sup>44</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 18 nov. 2004, arrêt 00-19. 893 P+B : *JurisData* n° 025644.

<sup>45</sup> C.GAVALDA et J. STOUFFLET, *op. cit.*, p. 26. ; Philippe Neau-Leduc, *op. cit.*, p. 17.

<sup>46</sup> Commentaire de l'article L-313-1, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd. 2013, p. 481.

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> Article L. 313-24 du Code monétaire et financier, *LexisNexis*, 2014, p. 418 : « Même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix, la cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée ».

<sup>49</sup> L'escompte est qualifié d'opération de crédit : Crim., 6 mai 1964 : *D.* 1965, p.468, note C. GAVALDA- L'affacturage également : CA Versailles, 24 nov. 1989 : *JCP E* 1991, n° 91, note C. GAVALDA et J.STOUFFLET- La cession Dailly, fut qualifiée d'opération de crédit par une réponse ministérielle : Rép. min. n° 4067 : *JOAN Q* 27 janv. 2003, p. 600.

Dans le droit français, pendant longtemps, c'était la jurisprudence qui qualifiait sur la question de savoir si telle ou telle opération de mobilisation de créances constitue ou non une opération de crédit<sup>50</sup> avant que des dispositions claires ne soient intégrées dans le Code monétaire et financier par l'Ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 dans l'article L. 313-23<sup>51</sup>.

## **- Le crédit par assimilation**

### **Le crédit-bail**

**25.** Le crédit-bail « est une opération par laquelle le crédit bailleur achète, à la demande du crédit preneur, auprès d'un fournisseur, un bien, en vue de le donner en location pour une durée déterminée, moyennant le versement par le crédit preneur d'un loyer périodique. Le crédit bailleur demeure propriétaire du bien pendant la durée du contrat de crédit-bail, qui inclut une période irrévocable égale ou inférieure à la période de location, pendant laquelle les parties ne peuvent ni résilier ni réviser les termes du contrat »<sup>52</sup>. Le crédit-bail est une opération de crédit en ce sens que c'est l'établissement de crédit qui finance le bien mobilier ou immobilier à usage professionnel, il procède en ce faisant à une avance de fonds ; le crédit preneur client loue ce bien, propriété de la banque, crédit bailleur, pendant une certaine période à l'issue de laquelle le crédit preneur disposera d'une option qui lui confère la faculté soit de restituer le bien à la banque soit de l'acheter moyennant le paiement d'un prix résiduel<sup>53</sup>.

### **La location assortie d'une option de vente**

**26.** Le mécanisme de la location assortie d'une option de vente se rapproche de celui du crédit-bail dans la mesure où l'établissement de crédit achète le bien, le client loue ce bien et à terme, il disposera d'une option lui conférant exactement comme dans le crédit-bail la faculté de restituer ou d'acquérir le bien loué. La différence entre les deux opérations réside dans le fait que le crédit-bail ne peut porter que sur un bien meuble ou immeuble « à usage

---

<sup>50</sup> Thierry BONNEAU, *op. cit.*, p. 458.

<sup>51</sup> Article L. 313-24 du Code monétaire et financier, *LexisNexis*, 2014, p.414.

<sup>52</sup> Article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2004-052 du 28 janvier sur le Crédit-bail, JO n° 2967 du 02 mai 2005, p. 3478.

<sup>53</sup> V. Commentaire de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, 3<sup>e</sup> éd. *Dalloz*. 2013, p. 482. ; Stéphane PIEDELIEVRE et Emmanuel PUTMAN, *Droit bancaire*, Economica 2011, p. 544-556 ; BRUNEAU CHANTAL, *Le crédit-bail mobilier : la location de longue durée et la location avec option d'achat*, 1999 ; Philippe BLETTERIE, *Le contrat de crédit-bail immobilier en droit français*, Thèse, Toulouse 2003.

professionnel »<sup>54</sup> alors que la location assortie d'une option de vente peut porter sur un bien à usage ménager ou non professionnel.

Les opérations de crédit peuvent se présenter sous diverses formes, l'analyse de chaque type d'opération de crédit nécessite une toute autre étude que nous n'allons pas effectuer dans cette thèse. On y reviendra dans la deuxième partie de cette thèse, on y apportera plus de précision sans pour autant entrer dans le détail. Dans cette introduction on a simplement essayé de décrire d'une manière générale ce qu'on entend par opération de crédit sans entrer dans le fond du sujet.

### **3- La mise à disposition du public ou la gestion de moyens de paiement**

**27.** Le droit français à la différence du droit malgache a changé de formulation de la « mise à disposition du public ou la gestion de moyen de paiement », depuis l'Ordonnance n° 2009-866 du 15 juillet 2009<sup>55</sup>, leur législateur emploie actuellement le terme de « services bancaires de paiement ». Cette dernière notion rétrécit le champ d'application du monopole des établissements de crédit puisque désormais en droit français la mise à disposition et la gestion des moyens de paiement se retrouvent partagées entre les services de paiement et les services bancaires de paiement<sup>56</sup>. Les services bancaires de paiement restent le monopole des établissements de crédit tandis que pour le service de paiement, les établissements de crédit ne sont plus en situation de monopole. En effet, les services de paiement peuvent également être exercés à titre principal par des opérateurs spécialisés dits établissements de paiement<sup>57</sup>. Après la loi française n° 100 du 28 janvier 2013 qui a créé l'autonomie de la monnaie électronique, les services bancaires de paiement soumis au monopole des établissements de crédit se limitent à la délivrance des formules de chèque<sup>58</sup>. Cette question de services bancaires de paiement et services de paiement est encore aujourd'hui au cœur de débat doctrinal en droit français<sup>59</sup>.

---

<sup>54</sup> Article L. 313-7 code monétaire et financier, *LexisNexis*, 2014, p. 392-393.

<sup>55</sup> Cette ordonnance a transposé en droit français la directive n° 2007/ 64/ CE du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur.

<sup>56</sup> H. BOUTHINON-DUMAS, « la directive sur les services de paiement et la concurrence entre les établissements de paiement et les banques », *RTD com.* 2009. 59.

<sup>57</sup> Commentaire de l'article L. 311-2 du code monétaire et financier, *Dalloz*, 3<sup>e</sup> éd. 2013, p. 427-428.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> C. GAVALDA et J.STOUFFLET, *Droit bancaire, Instrument- Comptes- Opérations –Services*, Litec LexisNexis, 2010, p 27-28 ; Thierry BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd. 2011, p. 60-64 ; Stéphane PIEDELIEVRE et Emmanuel PUTMAN, *Droit bancaire*, Economica, 2011, p.48-50.

28. Pour revenir au droit malgache, il est important d'expliquer ce qu'on entend par la mise à disposition du public et la gestion de moyens de paiement. La loi malgache donne la définition des moyens de paiement. Selon l'article 6 de la loi malgache n° 95-030, « Sont considérés comme moyens de paiement tous les instruments, qui, quel que soit le support ou le procédé technique utilisé, permettent à toute personne de transférer des fonds »<sup>60</sup>. Peu importe le procédé par lequel est effectué le transfert de fonds, il peut s'agir de supports matériels comme il peut s'agir de supports magnétiques<sup>61</sup> ; ce terme englobe tous les procédés de transfert de fonds au sens large : chèque, carte, virement, prélèvement. Ce qui importe c'est l'existence du transfert de fonds<sup>62</sup>. A partir du moment où il y a transfert de fonds, l'opération entre dans le monopole des établissements de crédit. Concrètement, la gestion des moyens de paiement couvre tous les services de caisse aussi bien les encaissements que les paiements<sup>63</sup>. Concernant la notion de la mise à disposition, il n'y pas de définition légale, l'article L. 311-3 du Code monétaire et financier français dans son alinéa 2 se borne à disposer que « Les opérations de mise à disposition de la clientèle ou de gestion de moyens de paiement comprennent les services bancaires de paiement [...], les activités d'émission et de gestion de monnaie électronique et les services de paiement ». Cet article tend seulement à expliquer la dissociation que le législateur français a faite entre les services bancaires de paiement et les services de paiement, les deux constituent la mise à disposition et de gestion de moyens de paiement.

Bref, il y a mise à disposition dès que l'établissement de crédit émet ou crée un moyen de paiement<sup>64</sup>, telle que la création et l'émission de la carte bancaire. Celle-ci n'englobe pas par contre, le matériel qui permet d'utiliser le moyen de paiement à l'instar des distributeurs automatiques de billets<sup>65</sup> parce que le matériel n'est pas un moyen de paiement mais un appareil pour rendre fonctionnel le moyen de paiement.

---

<sup>60</sup> Même formulation que l'article L.311-3, alinéa 1 du code monétaire et financier français, LexisNexis, 2014, p. 339.

<sup>61</sup> Stéphane PIEDELIEVRE et Emmanuel PUTMAN, *Droit bancaire*, Economica, 2011, p.48.

<sup>62</sup> Crim., 26 février 1998, *Bull. crim.*, n° 77 ; *JCP E*, 1999 758, n° 5, obs. GAVALDA et STOUFFLET. En l'espèce une société se faisait remettre en paiement des marchandises qu'elle vendait aux marchands forains, des chèques établis sans ordre de bénéficiaire par les clients des marchands forains, en prenant une commission. Les juges du fond avaient considéré qu'il y avait là exercice illégal de la profession de banquier. L'arrêt des juges du fond a été cassé aux motifs « qu'en statuant ainsi, sans caractériser l'existence d'opérations passées au débit ou au crédit de comptes ouverts à des tiers permettant le transfert de fonds [...], la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ».

<sup>63</sup> Thierry BONNEAU, *op. cit.*, p. 62.

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> *Ibid.*

Nous avons pu expliquer la notion d'opérations de banque, l'explication n'est complète que si on la compare avec d'autres notions voisines. C'est ce qu'on va faire dans la rubrique suivante.

## **B- Les activités non constitutives d'opérations de banque**

**29.** L'article 3 de la loi n° 95-030 énonce dans les activités principales des établissements de crédit deux autres opérations en sus des opérations de banques. Selon cet article « Les établissements de crédit sont les organismes qui [...] assurent la gestion pour le compte des tiers de portefeuilles de valeurs mobilières en recevant à cet effet des fonds assorties d'un mandat de gestion ou apportent leur concours au placement de valeurs mobilières en se portant du croire ». Ces activités sont généralement des opérations connexes des activités des établissements de crédit et comme le législateur malgache lui-même les réitère dans les opérations connexes de l'établissement de crédit, il est préférable de les traiter dans cette rubrique. Aux termes de l'article 7 de la même loi : « Les établissements de crédit peuvent effectuer les opérations connexes à leur activité telles que : [...] 3. Le placement, la souscription, l'achat, la gestion, la garde et la vente de valeurs mobilières de tout produit financier ». Mais on se demande quand même si les opérations sur les valeurs mobilières en droit malgache est une opération connexe ou une opération principale de l'établissement de crédit. L'intérêt de la question réside dans le fait que si elles sont une activité principale de l'établissement de crédit, elles entrent dans le monopole des établissements de crédit. A notre avis, le droit malgache a voulu juste porter une attention particulière quant à l'importance de ces opérations par rapport aux autres opérations connexes. Ce, parce qu'il n'y a pas encore d'autres sociétés spécialisées dans le service de placement à Madagascar à part les banques, ainsi, même si ce sont des opérations par nature connexes<sup>66</sup> à l'activité bancaire, les banques à Madagascar exercent encore le monopole sur ces opérations.

Ce qui ne tardera pas de poser problème vu le développement rapide des établissements de crédit à cette ère de mondialisation ou Madagascar essaie de faciliter l'investissement étranger dans le pays.

---

<sup>66</sup> Paris, 13 juin 2003, *JCP E* 2004, n° 20-21, p. 811, obs. STOUFFLET. Cet arrêt juge que la recherche d'un acquéreur pour les actions d'une société ou d'un groupe de société fait partie des opérations connexes des établissements de crédit.

Concernant le ducroire, c'est une mention superflue parce que de toutes les manières le ducroire entre déjà dans les crédits par signature<sup>67</sup> donc c'est déjà une opération de crédit à part entière. Le ducroire consiste en effet à garantir l'exécution d'une obligation par une autre personne<sup>64</sup>. Et le ducroire consistant dans le placement des valeurs mobilières avec le concours des banques entre dans les opérations sur les valeurs mobilières.

Puisque le droit malgache semble assez flou, il serait préférable qu'on se réfère au droit français<sup>68</sup> et faire entrer comme l'article 7 de la loi malgache l'indique, les opérations sur les valeurs mobilières dans les opérations connexes des établissements de crédit et partir de l'idée selon laquelle toutes les activités que les établissements de crédit effectuent mais qui ne sont pas constitutives d'opérations de banque ne sont pas soumises au monopole bancaire<sup>69</sup>. Ces activités non constitutives d'opérations de banque sont d'une part les opérations connexes et les opérations extra-bancaires<sup>70</sup>.

### **1- Les activités connexes des établissements de crédit**

**30.** Les activités connexes des établissements de crédit sont des activités qui ne relèvent pas du monopole bancaire c'est-à-dire qu'elles peuvent être effectuées à titre principal par d'autres établissements, mais qui font néanmoins partie des activités bancaires en ce sens où elles se trouvent dans le prolongement des opérations de banque. Elles peuvent ainsi être accomplies par les établissements de crédit sans limite et à titre habituel<sup>71</sup>. Ces activités sont énumérées dans l'article 7 de loi n° 95-030<sup>72</sup>.

---

<sup>67</sup> RIPERT et ROBLLOT, *Le traité du droit commercial*, tome. 2, 17<sup>e</sup> éd. Par DELEBECQUE et GERMAIN, n° 2652 ; GORE, *Le commissionnaire ducroire : Mélange Hamel*, p. 281.

<sup>68</sup> C. GAVALDA et J.STOUFFLET, *op.cit.*, p. 524.

<sup>69</sup> Article L. 311-2 du code monétaire et financier, *LexisNexis*, 2014, p.338 et 637.

<sup>70</sup> Thierry BONNEAU, *op.cit.*, p. 65.

<sup>71</sup> Commentaire de l'article L. 311-2 du code monétaire et financier, *LexisNexis*, 2014, p. 338.

<sup>72</sup> Article 7 de la loi n° 95-030 « Les établissements de crédit peuvent effectuer les opérations connexes à leur activité telles que : 1. les opérations de change et les opérations sur or, métaux précieux et pièces, sous réserve des dispositions législatives et réglementaires en vigueur ; 2. la location de compartiments de coffres-forts ; 3. le placement, la souscription, l'achat, la gestion, la garde et la vente de valeurs mobilières et de tout produit financier ; 4. le conseil et l'assistance en matière de gestion de patrimoine ou financière, l'ingénierie financière, et, d'une manière générale, tous les services destinés à faciliter la création ou le développement des entreprises, sous réserve des dispositions législatives relatives à l'exercice illégal de certaines professions ; 5. les opérations de location simple de biens mobiliers ou immobiliers pour les établissements habilités à effectuer des opérations de crédit-bail. » Cet article se rapproche de l'article L. 311-2 du code monétaire et financier français de 2014 à l'exclusion de la partie qui traite la location de compartiments de coffres-forts. En plus, en raisons de modification de la formule « mise à disposition et gestion des moyens de paiement » dans les opérations de banque, en « services bancaires de paiement » l'article L ; 311-2 a dû rajouter aux activités connexes « les services de paiement ». Et la conséquence de l'autonomisation de la gestion de monnaie électronique par l'ordonnance 2013-100 du 28 janvier 2013 est le rajout dans les activités connexes « l'émission et la gestion du monnaie électronique ».

## 2- Les opérations extra-bancaires

31. Les opérations extra-bancaires, quant à elles, sont des opérations qui ne peuvent en principe être exercées par les établissements de crédit qu'à titre occasionnel<sup>73</sup> et accessoires<sup>74</sup>. L'article 8 de la loi n° 95-030 énonce l'existence de ces opérations extra-bancaires : « Les établissements de crédit ne peuvent prendre ou détenir dans les entreprises existantes ou en création, exercer à titre habituel une activité autre que celles visées aux articles 3 à 7 que dans les conditions définies par instructions de la Commission de Supervision Bancaire et Financière, instituée au chapitre premier du titre III de la présente loi, qui définira notamment le niveau maximal autorisé pour ces opérations ».

Les participations et autres activités en dehors des opérations de banque et des activités connexes sont des opérations non bancaires. La remarque est utile dans la mesure où dans la formulation de l'article L. 511-2 et L. 511-3 du Code monétaire et financier français, les participations semblent être des opérations non constitutives d'opérations de banque mais, une opération qui n'est pas non plus non bancaire ; parce que si le droit malgache emploie le terme de « ne peuvent que » l'article L. 511-2 utilise « peuvent » mais « dans des conditions définies par le ministre chargé de l'économie ».

L'article L. 511-3 confirme en disposant que « Les établissements de crédit et les sociétés de financement ne peuvent exercer à titre habituel une activité autre (activité non bancaire) que celle mentionnées aux articles L. 311-1 (les opérations de banque), L. 311-2 (les opérations connexes) et L. 511-2 (participations) » que dans des conditions définies par le ministre chargé de l'économie ».

La réserve dans les prises de participations<sup>75</sup> des établissements de crédit s'explique par le souci d'éviter la prise des risques excessifs dans les sociétés commerciales ainsi que pour éviter que les banques développent plus leurs participations au détriment des opérations de banques.

Le droit français dans l'alinéa 2 de l'article L. 511-3 du Code monétaire et financier de 2014 précise en outre que les opérations extra-bancaires « doivent en tout état de cause, demeurer d'une importance limitée par rapport à l'ensemble des activités habituelles de

---

<sup>73</sup> Commentaire de l'article L. 311-2 du Code monétaire et financier.

<sup>74</sup> Thierry BONNEAU, *op.cit.*, p. 65.

<sup>75</sup> Sur les participations V.T. SAMIN, « La réglementation applicable aux établissements de crédit lors des prises de participation dans les entreprises non financières », *Banque et droit* n°75, janvier-février 2001. 3 ; G. THEOCHAROPOULOU, *Les établissements bancaires et les prises de participations en droit français et en droit hellénique*, préf. Ph. Merle, LGDJ, 2004.

l'établissement ou de la société et ne pas empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence »<sup>76</sup>.

Après avoir fait le contour de la notion d'opérations de banque on va entamer celle de l'établissement de crédit étant entendu que la délimitation des opérations de banque concourt à la délimitation de la notion d'établissement de crédit.

## **§2 : Les établissements de crédit**

**32.** Avant d'invoquer les types d'établissement de crédit (B) il est nécessaire de noter que l'exercice de l'activité d'établissement de crédit à titre habituel est subordonné à l'agrément de la Commission de Supervision Bancaire et Financière (A).

### **A- L'agrément des établissements de crédit**

**33.** L'article 16 de la loi n° 95-030 dispose : « L'exercice de l'activité d'établissement de crédit, telle que définie à l'article 3 de la présente loi, est subordonnée à l'agrément de la Commission de Supervision Bancaire et Financière ».

#### **1- La Commission de Supervision Bancaire et Financière (CSBF)**

**34.** La CSBF joue le rôle de l'Autorité de contrôle prudentiel exigée par l'article L. 511-10 du Code monétaire et financier français<sup>77</sup>. La CSBF est composée par le Gouverneur de la Banque Centrale de Madagascar qui en assure la présidence, le Directeur du Trésor, un membre désigné par le Ministre chargé des Finances, le Directeur Général de la Banque Centrale de Madagascar, un magistrat ayant au moins rang de Conseiller à la Cour Suprême, désigné par le Premier Président de la Cour Suprême ainsi que trois membres choisis en raison de leurs compétences en matière bancaire et financière et de leur honorabilité<sup>78</sup>.

**35.** La mission de la CSBF est prévue dans les articles 35, 41 et suivants de la loi n° 95-030. Elle a notamment pour mission générale de veiller au bon fonctionnement des établissements de crédit. Elle s'assure de la sécurité de la clientèle en contrôlant la liquidité, la solvabilité et l'équilibre de leur structure financière. Elle est chargée de vérifier le respect des

---

<sup>76</sup> V. F. J. CREDOT et Y. GERARD, « L'exercice par les établissements de crédit d'activités extra-bancaires », *RD bancaire et bourse* n° 2, mai/juin 1987. 40.

<sup>77</sup> Sur le rôle de l'Autorité de contrôle prudentiel V. Stéphane PIEDELIEVRE et Emmanuel PUTMAN, *Droit bancaire*, Economica, 2011, p.126-134 ; Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ et Sophie MOREIL, *Droit bancaire*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd. 2010, p. 11 et 12.

<sup>78</sup> Article 36 de la loi n° 95-030 précitée.

lois et des règles de bonne conduite par ces établissements et d'en sanctionner les manquements. La Commission est ainsi pourvue d'un pouvoir disciplinaire tel que l'article 49 le prévoit : « si un établissement de crédit a enfreint une disposition législative ou réglementaire afférente à son activité, n'a pas déféré à une injonction ou n'a pas tenu compte d'une mise en garde, la Commission peut prononcer une ou plusieurs des sanctions disciplinaires suivantes : l'avertissement, le blâme, l'interdiction d'effectuer certaines opérations et toutes autres limitations dans l'exercice de ses activités, la révocation du ou des commissaires aux comptes, la suspension temporaire de l'une ou de plusieurs des personnes visées à l'article 23( organe de direction) de la présente loi avec ou sans nomination d'administrateur provisoire, la démission d'office de l'une ou de plusieurs de ces mêmes personnes avec ou sans nomination d'administrateur provisoire, le retrait d'agrément de l'établissement ». L'alinéa 2 de cet article prévoit une possibilité de sanctions pécuniaires.

## **2- L'agrément**

**36.** L'agrément de la CSBF est préalable à l'exercice d'activité des établissements de crédit. L'agrément assure aux établissements de crédit le monopole des opérations de banques. Seuls les établissements de crédit titulaires d'un agrément sont habilités à effectuer des opérations de banque<sup>79</sup>.

### **a- Les conditions d'agrément**

#### **- La personnalité morale**

**37.** Dans son article L. 511-1 du Code monétaire et financier, le droit français est très clair en disposant que les établissements de crédit sont des « personnes morales... ». Par conséquent, ne peut obtenir un agrément qu'un établissement ayant une personnalité morale à l'exclusion d'une personne physique, des sociétés en participation, des entreprises individuelles et toutes autres entreprises qui ne sont pas dotées d'une personnalité juridique.

Le législateur malgache quant à lui dans l'article 3 de la loi n° 95-030 parle d' « organismes » sans autre précision. Qu'entend le législateur malgache par organisme ? Un organisme est une notion large pouvant englober toute structure organisée en vue de certain but. Il peut être une entreprise individuelle, une société ou une association etc. Heureusement que l'article 21 de la même loi est venu apporter une précision « Sous réserve de dispositions législatives particulières visant certaines catégories d'établissements, les établissements de

---

<sup>79</sup> GAVALDA et STOUFFLET, *op.cit.*, p. 44.

crédit sont obligatoirement constitués sous forme de personne morale ». Certes, c'est une précision mais, une précision incomplète, puisque la loi n'a pas précisé quelles sont ces catégories d'établissements qui peuvent bénéficier d'un agrément d'exercer une profession bancaire sans être une personnalité morale. On va ainsi rester sur le principe selon lequel, ne peut obtenir un agrément qu'un établissement doté d'une personnalité morale.

**38.** La loi ni française ni malgache n'a pas en revanche exigé une forme juridique spécifique des établissements de crédit<sup>80</sup>. Il est toutefois à noter que dans la pratique, la CSBF prend en considération la forme de la société. Les formes juridiques limitant trop strictement la responsabilité des associés et leur capacité à apporter, en cas de défaillance de la société, le soutien nécessaire sont en principe inacceptables<sup>81</sup>.

### - Les dirigeants sociaux

**39.** L'article 23 de la loi n° 95-030 impose un certain nombre d'exigences quant aux dirigeants sociaux. « La direction générale de tout établissement de crédit, à savoir la détermination effective de l'orientation de ses activités, doit être assurée par deux personnes au moins »<sup>82</sup>. Ce, pour éviter le risque de malversation et afin d'assurer la continuité de direction même en l'absence momentanée d'un dirigeant<sup>83</sup>.

**40.** L'article L. 500-1 du Code monétaire et financier français et l'article 14 de la loi n° 95-030 énoncent que les personnes ayant fait l'objet de certaines condamnations ne peuvent « diriger, gérer, administrer ni être membre d'un organe collégial de contrôle »<sup>84</sup>.

---

<sup>80</sup> GAVALDA et STOUFFLET, *op. cit.*, p. 45. ; V. les observations de Ph. PORTHIER, *RD bancaire et financier* nov.-déc. 2002, p. 329.

<sup>81</sup> Commentaire de l'article L. 511-10 du Code monétaire et financier, *Dalloz*, 3<sup>e</sup> éd., 2013, p. 865 ; Commentaire de l'article L. 511 du Code monétaire et financier, *LexisNexis*, 2014, p. 650 ; *CECEI*, Rapport annuel 2009, p. 97.

<sup>82</sup> Equivalent de l'article L. 511-13, alinéa 2 du Code monétaire et financier, *LexisNexis*, 2014, p.658.

<sup>83</sup> Commentaire de l'article L. 511-10 du Code monétaire et financier, *Dalloz*, 3<sup>e</sup> éd. 2013, p. 866.

<sup>84</sup> Article 14 de la loi n° 95-030 : « Nul ne peut être membre du Conseil d'Administration d'un établissement de crédit, ni directement ou par personne interposée, administrer, diriger ou gérer à un titre quelconque, un établissement de crédit, ni disposer du pouvoir de signer pour le compte d'un tel établissement :

1. S'il a fait l'objet d'une condamnation :
  - a) Pour crime ;
  - b) Pour violation des dispositions des articles 177 à 179, 418 à 420 du Code pénal ;
  - c) Pour vol, escroquerie, abus de confiance, faux ou usage de faux en écriture privée, de commerce ou de banque ;
  - d) Pour détournement de deniers publics, soustractions commises par dépositaire public, extorsion de fonds et de valeurs, banqueroute, atteinte au crédit de l'Etat, infraction à la législation des changes ;
  - e) Pour infraction à la législation sur les stupéfiants et blanchiment de fonds d'origine criminelle ;
  - f) Pour recel de choses obtenues à la suite des infractions visées aux paragraphes c,d et e ci-dessus ;
  - g) Par application des dispositions des articles 82 à 85 de la présente loi ;

41. L'article L. 511-10, alinéa 8 ajoute une autre condition qui n'est pas aussi explicitement prévue dans la loi n°95-030 malgache, celle de « l'honorabilité et la compétence nécessaire ainsi que l'expérience adéquate à leur fonction ». En effet, la loi malgache sur les établissements de crédit dans son article 25 se contente de prévoir que la désignation des dirigeants et des commissaires aux comptes de l'établissement de crédit doit être notifiée à la CSBF au moins un mois avant sa prise d'effet accompagnée de tous éléments permettant d'apprécier l'honorabilité et l'expérience de la personne concernée. Pour apprécier l'honorabilité des dirigeants, l'Autorité de contrôle prudentiel du droit français peut prendre en considération l'existence d'autres condamnations qui ne sont pas prévues dans l'article 500-1, ou même d'une sanction disciplinaire ; il est toutefois à noter, que l'existence d'une telle condamnation ne lie pas cette Autorité<sup>85</sup>.

42. L'alinéa 2 de l'article 23 de la loi n° 95-030 exige en outre que les dirigeants de l'établissement de crédit réside à Madagascar, cet article ne pose pas une exigence de nationalité malgache mais exige la résidence fixe à Madagascar.

#### **- Les apporteurs des capitaux**

43. L'article 18 nouveau de la loi n° 95-030<sup>86</sup> impose l'exigence des informations relatives à la situation économique, financière et sociale des actionnaires, il énonce d'une manière générale que le dossier de demande d'agrément doit comporter « tous autres éléments

---

h) Pour tentative ou complicité de toutes les infractions ci-dessus ;

2. S'il a été condamné à une peine d'emprisonnement supérieure à deux mois pour émission de chèques sans provision ;

3. S'il a été déclaré en faillite, sauf réhabilitation en sa faveur ;

4. S'il a été condamné en tant qu'administrateur, dirigeant de droit ou de fait d'une société, en vertu de la législation sur la faillite ou la banqueroute, sauf réhabilitation en sa faveur ;

5. s'il a fait l'objet, d'une mesure de destitution de sa qualité d'officier ministériel en vertu d'une décision judiciaire ;

6. Si le système bancaire malgache porte des créances douteuses ou contentieuses, au sens du plan comptable bancaire, sur sa signature, ou à l'appréciation de la Commission de Supervision Bancaire et Financière, sur celle d'entreprise placées sous son contrôle ou sa direction. » L'art. L. 500-1 du Code monétaire et financier édicte d'autres infractions telles que des infractions prévues au Code de travail, pratique de taux usuraires etc. ».

<sup>85</sup> CE, 16 février 2005, n° 258339 : *Banque et Droit* mai-juin 2005, p.46, obs. DAIGRE et VAUPLANE ; *RD bancaire et financier* juill.-août 2005, obs. CREDOT et GERARD. Par contre, une condamnation pénale alors même qu'elle n'est pas énumérée dans l'article 500-1 du Code monétaire et financier peut motiver la révocation d'un dirigeant dont l'honorabilité se trouve remise en cause (V. CE, 30 juin 2010, n° 314841 : *JurisData* n° 2010-010682 : Le dirigeant d'un établissement de crédit ayant fait l'objet d'une condamnation à quatre mois d'emprisonnement avec sursis qui n'était même pas encore définitive a été révoqué de son poste au motif qu'il ne remplissait plus les conditions d'honorabilité).

<sup>86</sup> Issu de l'article 83 de la loi n° 2005-016 du 29 septembre 2005 relative à l'activité des institutions de microfinance.

susceptibles d'éclairer la décision des autorités ». Ce contrôle de l'actionnariat est important dans la mesure où il permet de s'assurer concrètement du degré de sécurité financière de l'établissement ainsi que de permettre à l'Autorité de ne pas agréer comme établissement de crédit, une société susceptible de se livrer à des activités illicites tel que le blanchiment d'argent<sup>87</sup>. L'Autorité va ainsi prendre en compte « la qualité des apporteurs de capitaux, le cas échéant, de leurs garants »<sup>88</sup>. En droit français, des renseignements doivent être fournis sur les détenteurs de capitaux qui détiennent au moins 10% des droits de vote ou du capital de l'établissement de crédit<sup>89</sup>. Il exige même la désignation d' « actionnaires de référence », censés assister financièrement l'établissement en cas de difficulté<sup>90</sup>.

#### **- Le contrôle financier**

44. L'article 21 de la loi n° 95-030<sup>91</sup> pose des exigences formelles quant à la situation financière de l'établissement de crédit : «ils doivent disposer au jour de leur constitution d'un capital libéré dont le montant minimum est fixé pour chacune des catégories définies à l'article 17 par décret pris sur avis de la Commission de Supervision Bancaire et Financière. Ce minimum pourra différer selon les catégories d'établissements et selon le nombre de guichets ouverts au public »<sup>92</sup>. La Loi malgache ajoute en son article 24 que les établissements de crédit doivent être contrôlés par au moins deux commissaires aux comptes.

#### **b- La procédure d'agrément**

45. La demande est formée auprès de la CSBF<sup>93</sup>. A partir de la clôture de l'instruction, la CSBF dispose d'un mois pour statuer<sup>94</sup>. La décision d'agrément doit préciser la catégorie dans laquelle est agréé l'établissement de crédit. La décision énumère les opérations de banque qui sont autorisées en faveur de l'établissement agréé. Elle doit être ensuite publiée au Journal Officiel et dans un journal national au frais du bénéficiaire<sup>95</sup>. Des mesures dérogatoires peuvent être prises par l'instruction de la CSBF pour les institutions de

---

<sup>87</sup> Commentaire de l'article L. 511-10, *Dalloz*, 3<sup>e</sup> éd.2013, p. 866.

<sup>88</sup> Article L.511-10, alinéa 2 du Code monétaire et financier, *LexisNexis*, 2014

<sup>89</sup> Notice CECEI du 27 juin 1997.

<sup>90</sup> GAVALDA et STOUFFLET, *op. cit.*

<sup>91</sup> Equivalent de l'article L. 511-11 du Code monétaire et financier français.

<sup>92</sup> L'article 22 de la loi 95-030 ajoute qu'en cours de fonctionnement « Tout établissement doit pouvoir justifier à tout moment que son actif excède effectivement d'un montant au moins égal au capital minimum qui lui est imparti par le passif dont il est tenu envers les tiers ».

<sup>93</sup> Article 18, alinéa 2 de la loi n°95-030.

<sup>94</sup> Article 19, alinéa 2 de la loi n° 95-030.

<sup>95</sup> Article 20 de la loi n°95-030.

microfinance (IMF)<sup>96</sup>. Ces mesures concernent notamment la délivrance de licence aux IMF de niveau 1<sup>97</sup>, la possibilité de reclassement<sup>98</sup>, et la possibilité de délivrance d'autorisation collective<sup>99</sup>.

### **c- Les effets de l'agrément**

**46.** L'agrément a pour effet de permettre à l'entreprise d'accomplir les opérations de banques sans encourir les sanctions d'exercice illégal de la profession bancaire et de porter la dénomination de « banque »<sup>100</sup>. La décision d'agrément peut être totale ou partielle<sup>101</sup>. L'Autorité<sup>102</sup> peut limiter l'agrément à l'exercice de certaines opérations de banque biens définies ; elle peut assortir l'agrément de conditions particulières ou encore subordonner l'octroi de l'agrément au respect d'engagements souscrits par l'établissement<sup>103</sup>. La modification structurelle de l'établissement de crédit nécessite une autorisation préalable de l'Autorité de contrôle prudentiel notamment lorsqu'il y a un changement de forme juridique de l'établissement de crédit, un changement de dénomination ou une modification de programme d'activité ou une réduction du capital<sup>104</sup>.

**47.** Les modifications de moindre importance telles que l'augmentation de capital, la modification du conseil de surveillance seront seulement soumises à la déclaration auprès de l'Autorité<sup>105</sup>. En cas de refus, l'entreprise ne peut pas effectuer des opérations de banque à titre habituel.

**48.** L'agrément peut être retiré d'office par la CSBF si l'établissement de crédit ne remplit plus les conditions exigées ; ou n'exerce plus depuis au moins six mois; ou dans les douze mois de l'acceptation de l'agrément, l'établissement de crédit n'a pas fait usage de son

---

<sup>96</sup> Article 18, alinéa 3 de la loi n° 95-030 modifié par la loi sur les institutions de microfinance de 2005.

<sup>97</sup> Article 19 de la loi n° 2005-016 du 29 septembre 2005 sur les institutions de microfinance.

<sup>98</sup> Article 23 de la loi n° 2005-016 sur les institutions de microfinance.

<sup>99</sup> Article 26 de la Loi de 2005-016 sur les institutions de microfinance.

<sup>100</sup> Philippe NEAU-LEDUC, *Droit bancaire*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd. 2010, p.30.

<sup>101</sup> Article L. 511-10 al.5 Code monétaire et financier.

<sup>102</sup> L'équivalent de la CSBF à Madagascar mais comme de telles dispositions n'existent pas en droit malgache on utilise celles qui sont relatives à l'Autorité prudentielle de droit français.

<sup>103</sup> Article L. 511-10 al.6 Code monétaire et financier.

<sup>104</sup> Règl. CECEI, n° 96-16 du 20 déc. 1996, modif. Règl. N° 2001-5 du 29 oct. 2001.

<sup>105</sup> Philippe NEAU-LEDUC, *op. cit.*

agrément<sup>106</sup>. Le retrait peut aussi être prononcé à la demande de l'établissement de crédit. Il peut également être prononcé à titre disciplinaire<sup>107</sup>.

En cas de retrait de l'agrément, l'entreprise entre immédiatement en phase de liquidation, elle arrête ses activités, elle ne pourra plus exister que pour le besoin de la liquidation mais elle est toujours sous le contrôle constant de la CSBF<sup>108</sup>. La décision de retrait fait l'objet d'une publicité. Si l'entreprise continue à fonctionner malgré le défaut ou le retrait d'agrément, le banquier encourt des sanctions pénales d'emprisonnement et d'amende<sup>109</sup>.

## **B- Les différents types d'établissement de crédit**

**49.** Le terme « établissement de crédit » est un terme générique désignant toute personne morale exerçant les opérations de banque ou une des opérations de banque à titre habituel<sup>110</sup>. La répétition est importante parce que toute personne peut effectuer occasionnellement des opérations de banque sans être un établissement de crédit<sup>111</sup>.

L'article 17 de la loi n° 95-030 tel qu'il est modifié par l'article 82 de la loi n° 2005-016 dispose que « les établissements de crédit sont agréés en qualité de banque territoriale ou extraterritoriale, d'établissement financier, d'institution de microfinance [...], ou d'institution financière spécialisée »<sup>112</sup>.

L'ancien article était libellé comme suit : « Les établissements de crédit sont agréés en qualité de banque territoriale ou extraterritoriale, d'établissement financier, l'institution financière mutualiste [...], ou d'institution financière spécialisée ». La nouvelle formulation est due au fait que l'Etat malgache dans le but de réduire la pauvreté conformément aux objectifs de développement du millénaire<sup>113</sup> a promulgué la loi n° 2005-016 du 29 septembre

---

<sup>106</sup> V. F. LADOUCE, « Du non-usage par le CECEI du retrait d'office de l'agrément bancaire », *RD bancaire et financier* mai-juin 2003, p. 186.

<sup>107</sup> Article 26 de la loi n° 95-030.

<sup>108</sup> Article 27 de la loi n°95-030.

<sup>109</sup> Article 82 de la loi n°95-030.

<sup>110</sup> Stéphane PIEDELIEVRE et Emmanuel PUTMAN, *Droit bancaire*, Economica, 2011, n° 53 p.53.

<sup>111</sup> Com., 27 février 2001, *RD bancaire*, 2001, p. 73, obs. CREDOT et GERARD.

<sup>112</sup> A comparer avec l'article. L. 511-9 du Code monétaire et financier français: « Les établissements de crédit sont agréés en qualité de banque, banque mutualiste ou coopérative, de caisse de crédit municipal, de société financière ou d'institution financière spécialisée ».

<sup>113</sup> Exposé des motifs de la Loi sur les institutions de microfinance.

2005 relative à l'activité et au contrôle des institutions de microfinance<sup>114</sup> et a créé ainsi une catégorie à part entière d'établissement de crédit complétant ceux qui sont prévus dans la loi n° 95-030. Afin de faciliter la compréhension de ce paragraphe on va traiter dans une partie les banques et les autres établissements de crédit prévus par la loi n° 95-030 et dans une autre partie les institutions de microfinance.

## **1- Les banques, les établissements financiers, et les institutions financières spécialisées**

### **a- Les banques**

**50.** L'agrément d'un établissement de crédit en tant que banque lui confère une compétence générale pour effectuer toutes les opérations de banque<sup>115</sup>. Cette compétence conférée à la banque a permis de parler de ce qu'on appelle les banques universelles<sup>116</sup>.

En effet, seules les banques sont habilitées d'une manière générale à recevoir des fonds du public à vue ou à moins de deux ans de terme<sup>117</sup>. Cette universalité n'empêche toutefois pas les banques de se spécialiser dans une des domaines des opérations de banque<sup>118</sup>. Ont le statut de banques à Madagascar, la BMOI, la BNI Madagascar, la MCB Madagascar, la BFV SG, la BICM, la SBM Madagascar, l'Accès Banque Madagascar, la Microcred Banque Madagascar, la BGFI Bank Madagascar, La BM Madagascar, la BOA Madagascar<sup>119</sup>.

**51.** La loi malgache fait une distinction entre les banques territoriales et les banques extraterritoriales<sup>120</sup>. Mais elle n'a pas donné une définition de ce qu'on entend par banque extraterritoriale. Elle a simplement annoncé que « Les banques extraterritoriales ne peuvent recevoir que des dépôts en devises émanant des non-résidents au sens défini par la réglementation des changes en vigueur »<sup>121</sup>.

---

<sup>114</sup> Cette loi entre dans le programme des objectifs de développement du millénaire fixé par le gouvernement malgache. L'exposé des motifs énonce que « L'Etat malgache a décidé de faire de la microfinance un instrument privilégié de réduction de la pauvreté pour diminuer le niveau de celle-ci de moitié en dix ans ».

<sup>115</sup> Philippe NEAU-LEDUC, *op. cit.*, p. 21 ; Article 17-2 de la loi n° 95-030 ; Article 511-9 al. 3 Code monétaire et financier.

<sup>116</sup> GAVALDA et STOUFFLET, *op. cit.*, p. 66.

<sup>117</sup> Article 17-1 de la loi n° 95-030. Pour les autres établissements telles que les institutions de microfinance, la réception des fonds du public à vue ou à moins de 2 ans est soumise à des conditions (article 82, alinéa 1 de la loi sur les institutions de microfinance).

<sup>118</sup> L'accès banque Madagascar (filiale de l'Access Holding) et le Microcred Banque Madagascar (filiale du groupe Microcred) sont par exemple spécialisés en microfinance.

<sup>119</sup> [www.banque-centrale.mg](http://www.banque-centrale.mg), agences bancaires par région.

<sup>120</sup> Article 17-1 de la loi n° 95-030.

<sup>121</sup> Article précité.

52. La loi malgache<sup>122</sup> exige que pour avoir un agrément, il faut que la direction générale de l'activité de l'établissement de crédit réside à Madagascar ; la nationalité de la personne qui contrôle la banque est indifférente. Il est à noter qu'aucune banque n'est enregistrée à la CSBF comme banque extraterritoriale de Madagascar<sup>123</sup>.

### **b- Les institutions financières spécialisées**

53. Les institutions financières spécialisées sont définies par l'article 17 -5 nouveau de la loi n° 95-030 comme des établissements de crédit investis par l'Etat d'une mission permanente d'intérêt public. Elles ne peuvent effectuer d'autres opérations de banque que celles afférentes à cette mission.

Elles ne peuvent recevoir de fonds du public qu'à titre accessoire, et ce dans les conditions définies par la CSBF<sup>124</sup>. A Madagascar, comme exemple d'institution financière spécialisée on a l'ADMMEC<sup>125</sup> et FIARO et l'IFRA.

### **c- Les établissements financiers**

54. Selon l'article 17-3 nouveau de la loi n° 95-030, les établissements financiers sont des établissements de crédit spécialisés dont l'activité consiste à titre habituel : soit à effectuer une ou plusieurs des opérations de banque soit à assurer la gestion pour le compte de tiers de portefeuilles de valeurs mobilières en recevant à cet effet des fonds assorties d'un mandat de gestion ; soit à apporter leur concours au placement de valeurs mobilières en se portant ducroire.

Ils ne sont autorisés à recevoir des fonds du public à vue ou à moins de deux ans de termes qu'à titre accessoire en corollaire direct de ses activités sous forme de fonds de garantie ou de provision en vue d'une opération bien déterminée. La réception de fonds du public doit être d'importance marginale par rapport à son activité principale. Ils ne peuvent effectuer que des opérations prévues par la décision d'agrément.

---

<sup>122</sup> Article 23, alinéa 2 de la loi précitée.

<sup>123</sup> [www.banque-centrale.mg](http://www.banque-centrale.mg).

<sup>124</sup> V. Thierry BONNEAU, *op. cit.*, n° 137, p. 99 ; GAVALDA et STOUFFLET, *op. cit.*, n°107, p.66 ; Philippe NEAU-LEDUC, *op. cit.*, n° 56, p. 26.

<sup>125</sup> Décret n° 93-016 du 19 janvier 1993 déclarant d'utilité publique l'ADMMEC.

## **2- Les institutions de microfinance (IMF)**

**55.** La loi n° 2005-16 du 29 septembre 2005 relative à l'activité des institutions de microfinance complète la loi bancaire de 1996 en instituant une catégorie particulière d'établissement de crédit qui est l'institution de microfinance. L'activité de microfinance est plus adaptée à un pays en voie de développement tel que Madagascar<sup>126</sup>. Pour la majorité de la population malgache qui n'a généralement pas accès aux services des établissements de crédit traditionnels, la microfinance est censée contribuer à l'amélioration de son niveau de vie afin de lui permettre une meilleure intégration sociale, et l'accès à un développement humain durable<sup>127</sup>. C'est un instrument puissant de la lutte contre la pauvreté<sup>128</sup>.

### **a- Les opérations de microfinance**

**56.** L'article 3 de la loi de 2005 définit l'activité de microfinance comme « l'offre à titre habituel de services financiers de proximité à des personnes physiques ou morales n'ayant généralement pas accès au système bancaire traditionnel ». Ce qui présente un intérêt particulier à Madagascar étant donné que le taux de la population malgache qui a un compte bancaire est de 3%<sup>129</sup>.

L'article 3 continue en précisant ce qu'on entend par services financiers fournis par les institutions de microfinance, « ce sont des services d'épargne et de crédit qui sont nécessaires pour promouvoir ou soutenir des activités génératrices de revenus permettant à cette catégorie de population d'améliorer son niveau de vie, d'atteindre une meilleure intégration sociale et d'accéder à un développement humain durable ». Cet article veut marquer plus le rôle social des institutions de microfinance que la définition elle-même<sup>130</sup>.

De cet article on peut quand même relever que les IMF effectuent également comme tout établissement de crédit des opérations de crédit mais seulement dans la limite du plafond fixé par instruction par la CSBF suivant la classification de l'établissement<sup>131</sup>.

Elles effectuent des opérations d'épargne qui se définissent comme des « fonds reçus de leurs membres par les institutions mutualistes, sous forme de dépôts, autres que les apports

---

<sup>126</sup> V. [www.microfinancegateway.org](http://www.microfinancegateway.org), « importance et couverture de la microfinance », 2014.

<sup>127</sup> Exposé des motifs de la loi n° 2005-016 du 29 septembre 2005.

<sup>128</sup> V. [www.adie.org](http://www.adie.org), « Principes clés de la microfinance élaborés par le CGAP (Consultative Group to Assist the Poor) », juin 2004.

<sup>129</sup> Statistique donnée par la banque centrale de Madagascar sur [www.banque-centrale.mg](http://www.banque-centrale.mg) en 2014.

<sup>130</sup> V. Analyse du cadre juridique et réglementaire pour la microfinance, USAID/ Madagascar, Avril 2003.

<sup>131</sup> Articles 14, 15 et 16 de la loi n° 2005-016 du 29 septembre 2005.

en capital, les droits d'adhésion et les cotisations, avec le droit d'en disposer dans le cadre de leurs activités, à la charge pour elles de les restituer »<sup>132</sup>. Cette définition se rapproche de la définition de l'opération de réception de fonds du public, elle englobe la liberté de disposer des fonds reçus et l'obligation de restitution. On parle d'épargne particulièrement lorsque l'IMF est une institution mutualiste parce que dans ce cas les fonds perçus ne proviennent pas du public mais uniquement de leurs membres.

Comme tout autre établissement de crédit, les IMF ont le droit d'effectuer des opérations connexes. Constituent des opérations connexes à la microfinance « les opérations de virement interne, pour le comptes de la clientèle », virement au sein d'une même institution de microfinance ou au sein d'un réseau mutualiste ; « des virements de fonds, non libellés en devises avec les établissements de crédit habilités à effectuer ces opérations à Madagascar » ; « la location de coffre-fort, les prestations de conseil et de formation »<sup>133</sup>. La formation est importante puisqu'il ne faut pas perdre de vue que le public ciblé est la majorité de la population qui n'a pas de compte en banque.

### **b- Les différentes catégories d'institution de microfinance**

**57.** Les IMF peuvent être mutualistes ou non mutualistes. Elles sont mutualistes lorsque leur activité est guidée par les principes « de coopération, de solidarité et d'entraide mutuelle et ayant principalement pour objet de collecter l'épargne de ses membres et/ou de consentir du crédit à ceux-ci »<sup>134</sup>. Les IMF mutualistes ne peuvent ainsi collecter des fonds du public tandis que les IMF non mutualistes peuvent le faire mais sous certaines conditions telle que la constitution en société anonyme à capital fixe comportant plusieurs actionnaires<sup>135</sup>.

La loi sur la microfinance distingue trois niveaux progressifs d'IMF, le niveau s'élève par rapport à la complexité des opérations, des ressources fournies et de l'organisation de l'IMF<sup>136</sup>. L'IMF de niveau un est soumise à l'autorisation de la CSBF appelée licence tandis que les deux autres sont soumis à l'agrément<sup>137</sup>. La licence est ainsi réservée aux IMF qui ne

---

<sup>132</sup> Article 6 de la loi n° 2005-016 du 29 septembre 2005.

<sup>133</sup> Article 7 de la loi n° 2005-016 du 29 septembre 2005.

<sup>134</sup> Article 10 de la loi n° 2005-016 du 29 septembre 2005.

<sup>135</sup> Article 15 alinéa 3 de la loi n° 2005-016 du 29 septembre 2005.

<sup>136</sup> Exposé des motifs de la loi n° 2005-016 du 29 septembre 2005.

<sup>137</sup> Article 8 de la loi n° 2005-016 du 29 septembre 2005.

collectent pas d'épargne comme les IMF 1 non mutualistes ou qui limitent la collecte de celle-ci à leurs membres pour les IMF mutualistes<sup>138</sup>.

Les IMF à Madagascar sont : le réseau OTIV, SIPEM, PAMF, Vola Mahasoia , Mampita, Mada credito, Fanampiana Ivoarana , MECI, Mamelasoia,CECAM,ONG Vahatra, ACEP Madagascar,CEFOR,Soahita, Mutua Fide Microfinance, Réseau TIAVO, Muteulle de Mandrare, HARDI-FINANCE, TITEM, ORDIMIC, VATSY,AGRICRED,ODRD, EAM FINANCE, APEM PAIQ, PAPM<sup>139</sup>.

**58.** L'étude de la notion d'établissement de crédit et d'opération de crédit est nécessaire pour pouvoir entamer l'analyse de la responsabilité du banquier. Dans cette thèse le terme « banquier » est utilisé dans son sens large, il peut désigner la banque comme il peut désigner d'autres établissements de crédit. L'étude se focalisera plus particulièrement sur la banque, parce qu'étant donné que c'est le seul établissement de crédit qui peut effectuer toutes les opérations de banque sans limitation, avec ses activités connexes nous arriverons à montrer un large éventail de cas de responsabilité du banquier. Nous ne parlerons d'un établissement de crédit particulier que si l'intérêt de l'analyse l'exige. Maintenant qu'on a pu avoir un aperçu des notions nécessaires à cette étude, on va entamer une petite historique de droit bancaire à Madagascar afin de pouvoir comprendre les spécificités et les lacunes du droit bancaire malgache.

## **Section 2 : L'historique du droit bancaire malgache**

**59.** Si le secteur bancaire national malgache compte actuellement une dizaine de banques territoriales, auxquelles s'ajoutent les établissements financiers, institutions financières et une vingtaine d'institutions de microfinance, implantés dans pratiquement toutes les régions de Madagascar, cela résulte d'une histoire marquée notamment par un processus de privatisation enclenché en 1998-1999<sup>140</sup>. Quand on parle de la banque, c'est la monnaie qui est à l'origine. On va ainsi commencer par une brève historique de la monnaie malgache (§1) avant d'entamer celle des banques primaires à Madagascar (§2).

---

<sup>138</sup> *Ibid.*

<sup>139</sup> [www.banque-centrale.mg](http://www.banque-centrale.mg), Institutions de microfinance.

<sup>140</sup> Newsmada du 7 mars 2014.

## §1 : L'historique de la monnaie malgache

60. La monnaie fut introduite à Madagascar pour la première fois au XIII<sup>e</sup> siècle par les immigrés arabes et persans installés sur les côtes Nord-Est de l'Ile<sup>141</sup>. La Monarchie malgache, malgré quelques essais n'a pas pu créer une monnaie qui lui soit propre<sup>142</sup>.

61. La monnaie divisionnaire française<sup>143</sup> fut introduite à Madagascar après la loi d'annexion du 26 Août 1896. C'est par une loi du 22 Décembre 1925 que fut ensuite créée la première banque d'émission malgache appelée BANQUE DE MADAGASCAR, à laquelle fut confié le privilège d'émission de billets et monnaies sur le territoire de Madagascar. Une monnaie propre à Madagascar fut à la suite créée, c'est le « FRANC » qui est devenu en 1945 le franc de la Communauté Financière Africaine (FRANC CFA).

Plus tard, le 10 mars 1962, la BANQUE DE MADAGASCAR ET DES COMORES s'est substituée à la BANQUE DE MADAGASCAR dans l'émission du FRANC. Après l'accession de Madagascar à l'indépendance, l'INSTITUT D'EMISSION MALGACHE fut créé le 18 mai 1962, laquelle assura dans le cadre de la zone franc l'émission du FRANC CFA. A compter de 1963, le FRANC MALGACHE (FMG) a remplacé le FRANC CFA<sup>144</sup>. Madagascar quitta la Zone Franc en 1972 et la Banque Centrale de la République de Madagascar<sup>145</sup> qui devint plus tard la Banque Centrale de Madagascar (BCM) prit la relève dans le domaine de l'émission de monnaies ayant cours légal à Madagascar. Avec la loi n° 2003- 004 du 07 Juillet 2003 portant l'unité monétaire à Madagascar, l'Unité monétaire malgache est devenue l'ARIARY. A partir de cette date, furent émis de nouveaux billets de banque libellés en Ariary<sup>146</sup>.

---

<sup>141</sup> [www.banque-centrale.mg](http://www.banque-centrale.mg), Historique de la monnaie malgache.

<sup>142</sup> Les signes monétaires utilisés étaient constitués par des pièces d'argent européennes ou américaines. Le Code des 305 articles, le premier texte malgache, promulgué le 29 mars 1881 sous le règne de Ranaivalona II a par exemple déterminé comme suit la liste des monnaies admises « Les piastres quelles qu'elles soient : Ngita (piastres espagnoles), Tanamasoandro (piastre mexicaines), Tsangan'olona ( piastres françaises de 5 francs, dès 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> Républiques), Tokazo (piastres boliviennes), Malamakely ( pièces du Consulat et Empire), Behataka (pièces à l'effigie de Louis XVIII), ou Tombotsisina (pièces de l'Union Latine). »

<sup>143</sup> C'est la première monnaie divisionnaire introduite à Madagascar. Depuis le règne du Roi ANDRIAMASINAVALONA (1675-1710) une piastre pouvait être subdivisée en 720 parties dénommés variraiventy. Selon la tradition, ce fut le Roi ANDRIANAMPOINIMERINA (1787-1810) qui était le premier à réglementer les balances et les poids utilisés pour estimer la valeur de la monnaie coupée, auparavant, ceux-ci n'était pas uniformes.

<sup>144</sup> Par le Décret n° 63-397 Bis du 30 juin 1963.

<sup>145</sup> V. Ordonnance n° 73-025 du 12 juin 1973.

<sup>146</sup> Les billets de banque sont libellés en Ariary, mais comportant la contre-valeur en Franc Malgache écrite en petits caractères sur chacune des deux faces. Les billets de banques remplacés étaient libellés en Franc Malgache avec mention de la contre-valeur Ariary écrite en petits caractères.

## §2 : L'historique des banques primaires malgaches

**62.** Inspiré du de la loi française de 1945, Madagascar avait classifié les banques en trois catégories : les banques de dépôts dont l'activité principale est de recevoir les dépôts du public et d'effectuer les opérations de crédit à court terme ; les banques d'affaires dont l'activité principale est, outre l'octroi du crédit, la prise et la gestion des participations dans les affaires existantes et les banques de crédit qui sont spécialisées dans les crédits au moyen et long terme.

**63.** A partir de la création de la Banque Centrale de Madagascar les banques ont été nationalisées. L'ordonnance du 18 avril 1988 consacrait la distinction entre les établissements financiers et les établissements bancaires. La différence entre les deux notions réside principalement dans leurs ressources, celles des banques proviennent de leurs fonds propres et des fonds issus du public tandis que celles de l'établissement financier sont constituées uniquement par ses fonds propres.

**64.** On avait fait également la distinction entre banques nationales et banques étrangères<sup>147</sup> puis banques privées et banques du secteur public.

**65.** Avec la loi de 1996, le législateur emploie le terme générique d' « établissement de crédit » et à l'intérieur il procède à une division quadripartite composée par les banques, les établissements financiers, les institutions financières mutualistes et les institutions financières spécialisées. Cette notion d'établissement de crédit est subdivisée actuellement en raison des modifications apportées par la loi de 2005 en banques, établissements financiers, institutions de microfinance et institutions financières spécialisées.

**66.** Le désengagement de l'Etat malgache du secteur bancaire en privatisant le système bancaire en 1998-1999 et en ne gardant que des participations minoritaires dans certaines banques a eu pour conséquence que tous les établissements de crédit importants sont à capitaux majoritairement étrangers<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> On considérait comme banque étrangère celle dont la gestion était placée sous le contrôle d'étranger ou d'organisme dépendant d'étranger c'est-à-dire plus de 50% du capital est détenu par des étranger et dont la gestion est placée sous leur contrôle.

<sup>148</sup> Les actionnaires majoritaires des quatre principales banques à Madagascar sont des banques étrangères. La BOA-Madagascar qui a 79 agences appartient au Groupe Banque Of Africa ; la BFV-SG qui compte 46 agences a pour actionnaire principal la Société Générale ; la BNI-Madagascar qui compte 29 agences, son principal actionnaire est le Groupe CIEL et la BMOI avec ses 12 agences a pour principale actionnaire le Groupe BPCE.

67. La banque Centrale de Madagascar recense aujourd'hui douze banques territoriales; sept établissements financiers et vingt-neuf institutions de microfinance<sup>149</sup>. Madagascar a en tout deux cent vingt agences de banques sur tout le territoire<sup>150</sup>.

### **Section 3 : Les sources du droit bancaire malgache**

#### **§1 : Les textes internationaux**

68. Malgré l'ouverture du commerce bancaire malgache au marché international, Madagascar n'a ratifié que quelques textes qui portent sur quelques opérations de banque bien définies. On a par exemple ratifié la Convention de Genève du 7 Juin 1930 portant Loi Uniforme sur les effets de commerce mais on n'a pas ratifié la Convention d'Ottawa du 28 mai 1988 sur le crédit-bail. A côté des conventions internationales proprement dites, les Règles et Usances Uniformes (RUU) de la Chambre de Commerce Internationale concernant les crédits documentaires constituent également une source importante du droit bancaire malgache.

#### **§2 : Les textes nationaux**

69. En dehors des textes concernant la Banque Centrale de Madagascar qu'on va laisser en dehors de cette étude, les principaux textes intéressant la responsabilité du banquier et qui régissent le droit bancaire malgache sont la loi n° 95-030<sup>151</sup> du 22 février 1996 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit<sup>152</sup>( modifiée par la loi n° 2004-052 du 28 janvier 2005 et par la loi n° 2005-016 du 29 septembre 2005 relative à l'activité et au contrôle des institutions de microfinance) et la loi n° 2005-016 du 29 septembre 2005 relative à l'activité et au contrôle des institutions de microfinance.

En application de ces lois, des décrets d'application ont été pris tels le décret n° 2007-12 du 8 janvier 2007 fixant les formes juridiques des institutions de microfinance et les modalités de leur immatriculation au registre du Commerce et des Sociétés ainsi que le décret n° 2007-013 du 9 janvier 2007 portant fixation du capital minimum des établissements de crédit et de la valeur nominale des titres de participation.

---

<sup>149</sup> [www.banque.centrale.mg](http://www.banque.centrale.mg).

<sup>150</sup> *Ibid.*

<sup>151</sup> J.O. n° 2350 du 04/ 03/ 96 Edition spéciale, p. 292.

<sup>152</sup> Nous tenons à signaler qu'aussi bien l'intitulé que le contenu de la loi de 1996 se rapprochent considérablement à la loi française du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, dite « Loi bancaire ».

**70.** Le législateur a ensuite pris des textes par rapport à des opérations de banques bien déterminées, en l'occurrence, il y a la loi n° 2004-052 du 28 janvier 2005 sur le crédit-bail.

**71.** On a également des lois très anciennes mais qui n'ont jamais fait l'objet d'une abrogation comme la loi du 15 juin 1872 relative aux titres au porteur ; la loi du 27 février 1880 relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits et à la conversion de ces mêmes valeurs en titre au porteur ; la loi n° 51-59 du 18 janvier 1951 relative au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement. Sur les chèques on a le décret du 30 octobre 1935 unifiant le droit en matière de chèque ; la loi du 28 février 1941 relative à la certification du chèque ; la loi du 1<sup>er</sup> février 1943 relative aux règlements par chèque et virements ; la loi n° 49-1093 du 2 août 1949 relative à la publicité des protêts ; le décret-loi n° 55-584 du 20 mai 1955 relatif aux conditions de fonctionnement des comptes sur lesquels il peut être disposé par chèque ; l'ordonnance n° 72-041 du 16 novembre 1972 sur la prévention et la répression des infractions en matière de chèque. Enfin concernant le change il y a la loi n° 67-028 du 18 décembre 1967 relative aux relations financières de la République Malgache avec l'étranger.

**72.** Ces lois présentent de nombreuses lacunes, comme on a déjà pu constater. C'est pour cette raison qu'on a recourt fréquemment au droit français. En effet la Cour Suprême de Madagascar a décidé dans un arrêt du 4 mai 2007<sup>153</sup> que « Les Cours et les Tribunaux malagasy peuvent recourir aux dispositions du Code civil français lorsque la loi malgache ne prévoit pas le cas soumis à leur examen ou que les textes du Code Civil soient plus explicites »<sup>154</sup>.

### **§3 : Les usages bancaires**

**73.** Les usages professionnels<sup>155</sup> constituent une des principales sources du droit des affaires. Les usages bancaires peuvent régir aussi bien les rapports entre établissements de crédit que ceux avec les clients. Les usages s'appliquent sans restriction dans les opérations interbancaires.

---

<sup>153</sup> Cour Suprême de Madagascar du 4 mai 2007, n° 37/03-CO, bull.arr.c.sup.2007.44, Imram TAYBALY c/ Mohamed Hassan Mozize Raza, *jugements commentés du Tribunal de Commerce d'Antananarivo Année 2008, Jurid'ika* 2011.

<sup>154</sup> V. également A. RAHARINIRIVONIRINA, *convention judiciaire franco-malgache du 4 juin 1973*, J-Cl. Dr. int. Vol. X, 1987., fasc. 598.

<sup>155</sup> V. J.-L. GUILLOT, « Pratiques bancaires, source du droit des affaires », *Les petites affiches* n° 237, 27 novembre 2003. 14.

Le problème se pose quant à l'opposabilité des usages à des personnes qui n'appartiennent pas à la profession bancaire. Pour que l'usage soit opposable au client, il faut que l'usage invoqué par le banquier concerne les rapports juridiques avec la clientèle. Si l'usage est propre à la gestion exclusive de la banque ou interne à la banque, les usages ne leur seront pas opposables. Il faut ensuite que la preuve de la connaissance soit rapportée par le banquier à l'encontre du client<sup>156</sup>. Cette connaissance est supposée acquise si le client est particulièrement averti des procédés bancaires<sup>157</sup>.

Le contenu des usages est parfois établi, en cas de litige, au moyen d'un parère qui est un certificat délivré par un organisme professionnel, d'autres sont consacrés par la jurisprudence<sup>158</sup> ou par le législateur<sup>159</sup>. Parmi les usages en vigueur, on peut citer celui des dates de valeur ou celui consistant à retenir une année de 360 jours pour le calcul des intérêts.

#### **Section 4 : La responsabilité civile, cambiaire, disciplinaire, pénale ou administrative du banquier**

74. La mise en jeu de la responsabilité civile du banquier suppose, conformément au droit commun, soit une faute contractuelle soit une faute délictuelle<sup>160</sup>. En matière contractuelle, la faute suppose un manquement à l'une des obligations dont il est tenu alors qu'en matière délictuelle, il faut simplement une faute à l'origine du préjudice en dehors de tout contrat<sup>161</sup>. La spécificité de la responsabilité du banquier repose sur le fait que cette responsabilité est une responsabilité professionnelle<sup>162</sup>, une responsabilité dans laquelle les obligations du banquier se trouvent accentuées. On étudiera cette spécificité dans la partie préliminaire.

---

<sup>156</sup> V. Com., 4 mai 1999, *Bull. civ.* IV n° 90, p. 75 ; *Dalloz Affaires* 1999. 939, obs. X.D.; *RIDA* 7/99 n° 821, p. 659; *RD. bancaire et bourse* n° 74, juillet - août 1999. 121, obs. Crédot et Gérard ; *Défrénois* 1999, art. 37041, n° 73, p. 997, obs. Delebecque ; *RTD com.* 1999. 731, obs. CABRILLAC ; *D.* 2000, *cahier droit des affaires*, p. 191, obs. Djoudi.

<sup>157</sup> V. à propos des usages boursiers, Com., 6 juillet 1964, *JCP G* 1965, II. 14024, note Gavalda.

<sup>158</sup> En matière d'effets de commerce : J.-P. ARRIGHI, « La protection du banquier escompteur par l'usage (à propos de l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 23 mai 1989) », *JCP E* 1990, II, 15861.

<sup>159</sup> V. Article. L. 313-12 du Code monétaire et financier et article 78 de la loi n° 95-030 à propos de préavis observé par les banques en cas de réduction ou d'interruption d'un concours indéterminée consenti à une entreprise.

<sup>160</sup> Pour la commodité de langage, on va assimiler la faute quasi-délictuelle à la faute délictuelle.

<sup>161</sup> Jack VEZIAN, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, Librairies techniques, 1974, p. 11.

<sup>162</sup> Jack VEZIAN, *op. cit.* ; ESCARRA et RAULT, *Principes de droit commercial*, t. IV, Sirey 1937, n° 245 et s. ; RIPERT et ROBLOT, *Tr. El. Dr. com.*, 7<sup>e</sup> éd., 1972, n° 1933, p. 1062 et s.

75. La faute contractuelle est liée à l'objet des obligations c'est-à-dire aux opérations de banque. Or, nombreux sont des opérations de banque qui ont pour objet les effets de commerce, ce qui implique l'application des règles en matière de la responsabilité cambiaire. Aussi, même si ces opérations ont des sanctions propres<sup>163</sup>, force est de constater que ces effets de commerce contribuent à déterminer les fautes que le banquier peut commettre<sup>164</sup>. Ainsi, les règles cambiaires participent-elles à l'exécution des obligations contractuelles du banquier et corollairement de la responsabilité de celui-ci.

76. Ensuite, il est à noter que dans cette thèse nous allons se focaliser uniquement sur la responsabilité civile du banquier à l'exclusion de sa responsabilité pénale qui présuppose une commission d'infractions pénales prévues et punies par les lois répressives. Certes, des fautes qui causent un dommage à autrui peuvent constituer parallèlement une infraction pénale mais il est plus judicieux de diriger nos recherches sur les fautes délictuelles ou contractuelles sources de responsabilité civile uniquement.

77. Pareillement, on va également laisser de côté la responsabilité administrative du banquier qui est du domaine de droit administrative. Par conséquent, on ne va pas parler des relations que le banquier noue avec l'Etat ni les collectivités décentralisées ni d'autres personnes morales de droit public à l'instar de la Banque Centrale.

78. La faute du banquier peut entraîner une sanction disciplinaire. Cette sanction disciplinaire laissée à l'organisation interne de la banque ne répond pas à la finalité de cette recherche, d'où son exclusion également.

Bref, on va se focaliser uniquement mais entièrement sur la responsabilité civile du banquier à l'exclusion de toute autre forme de responsabilité.

## **Section 5 : L'importance de l'étude de la responsabilité du banquier**

79. Le législateur a mis à la charge du banquier des obligations de diligence renforcées en raison de la mission de service public qui leur incombe<sup>165</sup>, cette mission se manifeste surtout dans les rôles que la banque joue quant à l'utilisation des moyens de paiement ainsi que dans les rôles de plus en plus importants que celle-ci joue dans l'économie

---

<sup>163</sup> Présentation hors délai de l'effet de commerce entraîne par exemple la déchéance du recours du banquier contre son client endosseur ; c'est le cas également lorsque le banquier n'a pas prévenu en temps utile le tireur du défaut de paiement à l'échéance.

<sup>164</sup> Com. 14 déc. 1954, *Bull. civ.* III, n° 390, p. 297 ; Com. 5 déc. 1955, *Bull. civ.* III, n° 352, p. 297.

<sup>165</sup> Jack VEZIAN, *op. cit.*, p. 14.

de l'Etat particulièrement en tant que dispensateur de crédit. Economiquement, les banques sont des intermédiaires financiers, elles octroient des crédits et elles collectent des dépôts<sup>166</sup>. Il est important de noter qu'il ne faut pas prendre cette notion de service public dans son sens technique et lui faire produire toutes les conséquences juridiques de celle-ci. Cette notion est essentielle simplement afin de permettre de réaliser l'importance que jouent les banques dans la vie d'une collectivité.

**80.** En effet, nonobstant l'évolution économique sociale et technologique de ces dernières décennies qui ont eu des impacts considérables sur le droit bancaire en général, spécialement après la crise bancaire de septembre-octobre 2008<sup>167</sup>, la loi malgache n'a pas été mise à jour depuis sa promulgation en 1996 sauf sur les dispositions concernant le crédit-bail qui ont été abrogées par la loi n° 2004-052 du 28 janvier 2005 sur le crédit-bail et quelques dispositions qui touchent les institutions de microfinance. Or, étant donnée sa corrélation étroite avec l'économie, l'adéquation des textes face à des évolutions peut entraîner de lourdes conséquences. A titre d'exemple, la difficulté du secteur bancaire a souvent été présentée comme la cause majeure de la crise économique<sup>168</sup>.

**81.** Le droit bancaire a connu dans le monde entier une évolution qui résulte particulièrement de l'informatisation des techniques et l'internationalisation des échanges. Dans la pratique, les activités bancaires malgaches essaient de suivre tant bien que mal cette évolution, mais de nombreuses activités exercées par des établissements de crédit dans les pays développés telle que la France restent encore inexistantes à Madagascar à l'instar du service de bourses. Ce, en dehors du fait que même si les activités existent à Madagascar, elles restent mal encadrées. Ce sont des dispositions d'ordre général qui les régissent, des dispositions qui ne sont pas en plus à jour par rapport l'évolution observée dans d'autres pays<sup>169</sup>.

L'informatique a profondément fait évoluer l'activité bancaire, elle l'a transformé<sup>170</sup>. Elle a d'abord été utilisée pour la gestion interne de la banque et la tenue des comptes mais

---

<sup>166</sup> HOUIN, obs. *RTD com.* 1955,p; 150; Jack VEZIAN,*op. cit.*

<sup>167</sup> V.Stéphane PIEDELIEVRE et Emmanuel PUTMAN, *op. cit.*, n° 21, p. 19-20 « elles ont également un pouvoir de création monétaire, car le plus souvent, elles n'octroient pas des crédits sur la base de ressources préexistantes[...]L'activité bancaire est tributaire de l'épargne des ménages ; or celle-ci varie selon l'évolution démographique de la population ».

<sup>168</sup> V. Thierry BONNEAU, *op. cit.*, p. 30.

<sup>169</sup> Stéphane PIEDELIEVRE et Emmanuel PUTMAN, *op. cit.*, n° 21, p. 19.

<sup>170</sup> V. R. THOMAS, « La banque des années 1990 : perspectives et enjeux », *Banque* n° 521, novembre 1991. 1012, spéc. p. 1013 ; J. DE CORBIERE et M. VAUTIER, « Les débuts de l'informatique bancaire », *Banque, suppl.* au n° 533, décembre 1992, p. 75.

rapidement cette fonction s'est développée avec l'association de l'informatique et les télécommunications, conjonction appelée télématique<sup>171</sup> par l'utilisation des échanges de données informatisées (EDI) qui « consiste essentiellement en un dialogue entre ordinateurs, via les réseaux de télécommunications, en vue d'un échange électronique d'information traditionnellement communiquées par courrier »<sup>172</sup>.

La pratique montre que les banques malgaches arrivent dans son ensemble à suivre ces évolutions technologiques, le problème va se poser quand des litiges surviendront, puisqu'aucun texte ne régit ces pratiques informatisées.

**82.** Les litiges entre le client et la banque restent pour le moment encore très singuliers à Madagascar, mais il est opportun de prévoir des textes précis mis à jour. Nous tenons en effet à préciser que contrairement au droit bancaire français, où les cas pouvant engager la responsabilité du banquier augmentent de plus en plus, à Madagascar, rares sont les clients qui s'ingénient à porter l'affaire en justice contre les banques<sup>173</sup>. La pratique montre que le texte sur le droit bancaire semble être prévu plus pour la protection du banquier que pour la protection des consommateurs, par définition la partie « faible » dans le contrat.

Dans tous les cas, cette thèse va essayer d'analyser la responsabilité du banquier dans chaque opération de banque existante à Madagascar en y introduisant de temps à autre quelques comparaisons par rapport au droit français dans le dessein de montrer les spécificités du droit bancaire malgache axées surtout sur ses lacunes.

**83.** Pour ce faire, on va dans un tout premier temps invoquer dans une partie préliminaire le régime de la responsabilité du droit commun applicable au droit bancaire (Partie préliminaire), avant d'entrer dans le vif de notre sujet, en commençant par l'étude de la responsabilité du banquier dépositaire (Partie 1), ensuite de la responsabilité du banquier

---

<sup>171</sup> Thierry BONNEAU, *op. cit.*, n° 29, p. 24 : « Lorsqu'une telle conjonction de techniques est mise en œuvre, on ne parle plus d'informatique, mais de télématique » ; V. J. HARRASSE, « Quel horizon pour la télématique ? », *Banque* n° 541, octobre 1993. p.48.

<sup>172</sup> V. « Les paiements dans le marché intérieur européen », annexe 5, « L'échange de données informatisée », *Com.*, (90), 447 final ; *adde*, J. HUET, « Aspect juridiques de l'EDI, Echange de données informatisées (Electronic Data interchange) », *D.* 1991, chr. XXXVII, p. 181 ; J.-C. GUYOT, « edi et banque », *Banque* n° 81, avril 1992. 206 ; A. BRESSAND, « Banques et financiers à l'ère du réseau de réseaux électronique », *Banque* n° 78, janvier 1992. 24.

<sup>173</sup> Les rares décisions qu'on rencontre consistent dans la plupart du temps en une demande reconventionnelle et non une demande à titre principale diligentée par le client. V. par exemple le jugement du Tribunal commercial d'Antananarivo du 14 novembre 2008 n° 242 BNI Madagascar c/ la société FAFIMAH- Trib. Com. Antananarivo, 13 juin 2008 n° 149 BNI Madagascar c/ La société ERI SARL, précité.

dispensateur de crédit (Partie 2) et enfin de la responsabilité du banquier lorsqu'il agit en tant que prestataire de services dans lequel il agit souvent en vertu d'un mandat (Partie 3).

## **PARTIE PRELIMINAIRE : LE DROIT DE LA RESPONSABILITE CIVILE APPLICABLE AU DROIT BANCAIRE**

**84.** La loi sur la théorie générale des obligations (LTGO)<sup>174</sup> distingue deux sources d'obligations<sup>175</sup> : l'acte juridique et le fait juridique. « L'acte juridique est une manifestation expresse ou tacite d'une ou de plusieurs volontés ayant pour but de créer, modifier, transmettre ou éteindre un droit » tandis que le fait juridique « est un événement ou un agissement ayant pour effet de créer, modifier, transmettre ou éteindre un droit sans que ce résultat ait été recherché »<sup>176</sup>. De part ces définitions, la responsabilité civile du banquier est fondée soit sur un acte juridique, plus précisément sur un contrat, qu'il conclut avec ces clients soit sur un fait juridique en dehors de tout lien né d'une obligation contractuelle.

La responsabilité civile est l'« obligation de réparer le préjudice résultant soit de l'inexécution d'un contrat (responsabilité contractuelle), soit de la violation du devoir général de ne causer aucun dommage à autrui par son fait personnel, ou du fait des choses dont on a la garde, ou du fait des personnes dont on répond [...] ; lorsque la responsabilité n'est pas contractuelle, elle est dite délictuelle ou quasi-délictuelle »<sup>177</sup>.

Certes, certains auteurs<sup>178</sup> estiment qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle du banquier puisque la faute du banquier est toujours « le manquement à la diligence due »<sup>179</sup>.

Cependant, il est important de noter qu'en droit de la responsabilité civile on oppose la responsabilité délictuelle<sup>180</sup> à la responsabilité contractuelle. La responsabilité contractuelle suppose la violation par l'une des parties une des obligations issues d'un contrat

---

<sup>174</sup> Loi n°66-003 du 2 juillet 1966 relative à la théorie générale des obligations, J.O.n°486 du 09 juillet 1966, p.1429 ; RAMAROLANTO-RATIARAY et Jean-Baptiste SEUBE, *La théorie générale des obligations en droit malgache, tome 1 : l'acte juridique*, Coopération Franco-Malgache et Jurid'ika, 2013 ; RAMAROLANTO-RATIARAY et Jean-Baptiste SEUBE, *La théorie générale des obligations en droit malgache, tome 2 : le fait juridique, le régime général des obligations*, Coopération Franco-Malgache et Jurid'ika, 2013.

<sup>175</sup> Article 2 de la loi précitée.

<sup>176</sup> Article 2, alinéa2 de la loi précitée.

<sup>177</sup> Lexique des termes juridiques, Dalloz 2014, p. 824.

<sup>178</sup> Jack VEZIAN, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, Paris 1977, p. 16 ; Ph. TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2010/2011, n°s 811 et s. ; D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.*1994. 223 ; P. REMY, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997. 323 ; C. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle » in *Mél. Pierre Catala, Litec*, 2001, p. 543 ; G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », in *Mél. J. Ghestin, LGDJ*, 2001, p. 920.

<sup>179</sup> Jack VEZIAN, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, Paris 1977, p. 16.

<sup>180</sup> Terme générique qui englobe également la responsabilité quasi-délictuelle.

valable<sup>181</sup>. La partie débitrice d'une obligation qui exécute mal celle-ci ou qui ne l'exécute pas du tout engage sa responsabilité<sup>182</sup>. La responsabilité délictuelle quant à elle est engagée même en dehors de tout manquement à une obligation contractuelle. En effet, le banquier peut causer un préjudice à son client en dehors de toute obligation que le contrat qui les lie met à sa charge, comme il peut causer des dommages à des personnes autres que son cocontractant. La responsabilité du banquier peut par exemple être mise en cause par un tiers victime d'un agissement fautif de sa part, tel qu'un préjudice causé par le soutien abusif du crédit par le banquier. On engage la responsabilité extracontractuelle du banquier sur la base des règles posées par les articles 204 et suivants de la LTGO<sup>183</sup>. Le principe étant « Chacun est responsable du dommage causé par sa faute même de négligence ou d'imprudence »<sup>184</sup>.

Nous estimons que pour une meilleure compréhension de cet ouvrage et afin d'analyser la portée de la responsabilité civile vis-à-vis du banquier, il est nécessaire de dissocier ces deux notions, aussi allons-nous dans un premier volet procéder à l'étude générale de la responsabilité contractuelle (Titre 1) puis, énoncer en second lieu d'une manière générale également la responsabilité extracontractuelle du banquier (Titre 2) et enfin dans un troisième volet évoquer les effets de la responsabilité civile du banquier (Titre 3). Dans cette partie préliminaire, on ne va pas entrer en détail, on va simplement essayer de comprendre le cadre général de la responsabilité civile du banquier.

---

<sup>181</sup> Article 123, alinéa 1 de la LTGO : « Le contrat légalement formé s'impose aux parties au même titre que la loi » ; article 1134 al.1 du Code civil. : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

<sup>182</sup> Sur le droit des obligations, voir RAMAROLANTO-RATIARAY et Jean-Baptiste SEUBE, *La théorie générale des obligations en droit malgache, t. 1 : l'acte juridique*, Coopération Franco-Malgache et Jurid'ika, 2013 ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 10ème éd., Dalloz, 2009 ; Ph. MALAURIE, L. Aynès, Ph. STOFFEL-MUNK, *Les obligations*, 4ème éd., DEFRENOIS, 2009 ; J. CARBONNIER, *Les obligations*, t.4, 22ème éd., PUF, 2000 ; J. FLOUR, J-L. AUBERT, E.SAVAUUX, *Les obligations, tome 1 : l'acte juridique*, 13<sup>e</sup> éd., 2008.

<sup>183</sup> Equivalents des articles 1382 et suivants du Code civil français.

<sup>184</sup> Article 204 de la LTGO à comparer avec l'article 1382 du Code civil selon lequel : « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

## **TITRE I : LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE DU BANQUIER**

**85.** L'inexécution des obligations contractuelles demeure la source principale de la responsabilité civile du banquier parce que toute opération effectuée par le banquier suppose à la base une relation contractuelle<sup>185</sup>. On ne peut parler de responsabilité contractuelle que s'il y a un contrat ou du moins un engagement unilatérale (Chapitre 1) et que dans l'exécution des obligations nées de ce contrat, une des parties commet une faute (Chapitre 2). On parle de contrat lorsqu'il y a accord de volonté entre le client et le banquier alors qu'on parle d'engagement unilatéral lorsque seul le banquier s'engage sans avoir besoin du consentement de son client. Dans l'un ou l'autre cas, l'acte de volonté qu'il soit unilatéral ou bilatéral est source d'obligation et le manquement à une obligation résultant d'un contrat ou d'un acte de volonté unilatéral engage la responsabilité du banquier. Comme, l'obligation du banquier est née le plus souvent d'un contrat et plus rarement d'un engagement unilatéral alors que les conditions et les effets de ces deux types d'actes juridiques sont quasi-similaires en dehors de l'accord de volonté des parties, on va se contenter de voir le régime du contrat à l'exclusion de celui d'un engagement unilatéral. On déduira le régime de ce dernier par l'analyse du premier.

### **CHAPITRE 1 : L'EXISTENCE D'UN CONTRAT ENTRE LE BANQUIER ET SON CLIENT**

**86.** Il y a contrat lorsque quatre conditions prévues par l'article 64 de la LTGO<sup>186</sup> sont réunies, outre les conditions de formes exigées par certains contrats. Ce sont : la capacité de contracter, l'accord de volonté des parties, un objet certain et une cause licite. Comment se forme le contrat de base entre la banque et le client (Section 1) ? Le formalisme exigé dans ces contrats avec le banquier est-il une condition de validité de ces contrats ou un formalisme probatoire ou un formalisme de publicité (Section 2) ? Enfin on va parler sommairement des autres contrats qui pourront naître de ce contrat de base (Section 3). On va traiter ce troisième paragraphe sommairement parce que ce sont tous ces contrats qui vont faire l'objet des parties qui vont suivre.

---

<sup>185</sup> F.GRUA, *Les contrats de base de la pratique bancaire*, Ed. Litec, Paris, 2000, p.1.

<sup>186</sup> Article 64 de la LTGO : « Quatre conditions sont essentielles pour la formation d'un contrat : la capacité de contracter ; la volonté des parties, un objet certain, une cause licite. En outre sa validité peut être subordonnée à l'observation des formes prévues par la loi ».

## **Section 1: La formation d'un contrat entre la banque et le client**

**87.** En général, la relation de la banque avec le client commence par la convention d'ouverture de compte bancaire, même s'il existe des cas où une personne puisse avoir un lien contractuel avec la banque sans pour autant ouvrir un compte<sup>187</sup>. Mais si on reste sur la figure de base, le client ouvre d'abord un compte bancaire, par la convention d'ouverture de compte bancaire, ensuite au cours de l'exécution de cette convention de base, les deux parties peuvent recourir à de nombreux autres contrats, tel qu'un contrat de crédit. La base de toute relation entre l'établissement de crédit et la banque est ainsi la convention d'ouverture de compte en banque.

**88. Le compte bancaire ou compte en banque :** avant de parler de la convention d'ouverture de compte bancaire proprement dit, on doit d'abord définir ce qu'on entend par compte bancaire ou compte en banque. Un compte bancaire est un document sur lequel sont retracées toutes les opérations que les parties au contrat c'est-à-dire le banquier et son client effectuent sur le compte<sup>188</sup>. Le compte bancaire ne peut être ouvert que s'il y a accord de volonté entre les deux parties, il est ainsi une convention.

Toutefois, lorsqu'on s'attache à sa forme matérielle, à la manière dont il est établi, présenté et utilisé, le compte bancaire est un document comptable. Un document comptable qui retrace les créances et les dettes réciproques entre le banquier et le titulaire du compte. Il comporte généralement trois colonnes, une colonne pour les crédits, une autre pour les débits et une troisième pour le solde. Le compte est identifié sous le nom du client et par une série de chiffres servant à désigner l'établissement de crédit, le guichet qui tient le compte et le client<sup>189</sup>.

Puisque derrière ce document comptable se cache une convention préalable, le compte bancaire est par conséquent, une convention doublée d'un document comptable. Il est destiné à constater les opérations juridiques et exprimer les résultats de ces opérations en chiffres.

Cette précision terminée, on va se cantonner maintenant au contrat d'ouverture de compte, base de la faute contractuelle sur lequel la responsabilité contractuelle du banquier est

---

<sup>187</sup> C'est le cas des opérations de banque dites faites par caisse, c'est lorsqu'elles sont considérées isolément et fait l'objet d'un règlement immédiat en espèce. Le banquier conserve la trace de l'opération mais il n'est pas nécessaire d'ouvrir un compte pour effectuer une opération de caisse (exemple : un porteur de chèque retire de l'argent contre un ordre de paiement).

<sup>188</sup> Thierry BONNEAU, *Droit bancaire*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd.2013, p.283 ; Sur la notion de compte, v. A CHAVANNE, *Essai sur la notion de compte en droit civil*, Thèse 1947, LGDJ ; D.R. MARTIN, « De l'idée de compte », in *Mél. AEDBF-France II*, 1999, Banque éditeur, p. 285 et s.; F. GRUA, « Qu'est-ce qu'un compte en banque ? », *D.* 1999, chr.p. 255.

<sup>189</sup> Thierry BONNEAU, *Droit bancaire*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd. 2013, p. 283.

fondée. Comme tout contrat, la convention d'ouverture de compte obéit aux conditions prévues par l'article 64 de la LTGO.

## §1 : La capacité des parties

**89.** Evidemment, pour conclure un contrat valable, il faut avoir la capacité juridique<sup>190</sup>. Le premier élément de la capacité juridique est l'existence de la personnalité juridique. Ne peut ainsi contracter avec la banque qu'une personne physique et un groupement ayant une personnalité morale. Sont ainsi exclus les groupements dépourvus de personnalité morale, tels que les groupes de sociétés<sup>191</sup>, les sociétés de fait<sup>192</sup>, les sociétés en participation<sup>193</sup> et les sociétés en formation<sup>194</sup>.

**90.** Pour la capacité de personne physique<sup>195</sup>, celle-ci n'est pas altérée par la situation matrimoniale des époux. C'est ce qui est prévu dans l'article 221, alinéa 1 du Code civil français. En ces termes, il dispose que : « chacun des époux peut se faire ouvrir, sans le consentement de l'autre, tout compte de titres en son nom personnel ». Même si aucun texte malgache n'édicte expressément ce droit, on sait qu'en vertu du principe de l'égalité entre l'homme et la femme, la restriction qui était prévue à l'égard de femme mariée dans l'ancien droit ne peut plus avoir lieu.

**91.** Les mineurs non émancipés<sup>196</sup> quant à eux ne peuvent avoir un compte bancaire que par l'intermédiaire de leurs représentants légaux<sup>197</sup>. Les banques peuvent alors proposer aux mineurs de se faire ouvrir un compte par leurs représentants et de le faire fonctionner eux-mêmes<sup>198</sup>. Ainsi le compte est ouvert avec l'autorisation<sup>199</sup> du représentant légal qui donne

---

<sup>190</sup> G. CORNU, Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant, V° capacité : « aptitude à acquérir un droit et à l'exercer reconnue à tout individu et, en fonction de leur nature, de leur objet et de leur forme, aux personnes morales ».

<sup>191</sup> Com., 2 avril 1996, *Dr. sociétés*, mai 1996, n° 102 note CHAPUT et juin 1996, n° 118, note BONNEAU ; *JCP G* 1997, II, 22803, note J.-P. CHAZAL.

<sup>192</sup> Prévues par l'article 902 à 906 de la loi n° 2003-036 du 30 janvier 2004 sur les sociétés commerciales.

<sup>193</sup> Article 1871 du Code civil.

<sup>194</sup> Tant qu'elle n'est pas immatriculée, elle n'acquiert pas la personnalité morale, v. E. GARAUD, « L'ouverture d'un compte-chèques au nom d'une société en formation », *Bull. Joly*, juillet 1992, §236, p. 728.

<sup>195</sup> Article 65 LTGO : « Toute personne peut valablement contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi ».

<sup>196</sup> V. J. LASSERRE CAODEVILLE, « Le compte en banque du mineur », *RD bancaire et financier*, mars-avril 2008, §6, p. 11 : selon l'auteur, le mineur peut seul demander l'ouverture d'un compte, déposer de l'argent, opérer des retraits et effectuer des paiements d'un montant « raisonnable », notamment par l'utilisation de cartes bancaires à montant limité.

<sup>197</sup> T. BONNEAU, *op. cit.*, p. 307.

<sup>198</sup> Cas de la BNI Madagascar lorsqu'elle propose directement au campus universitaire l'ouverture d'un compte étudiant. La majorité civile étant fixée à l'âge de 21ans en droit malgache (art. 15 de l'Ordonnance 62-

mandat au mineur pour le faire fonctionner<sup>200</sup>. Le mineur ne doit en conséquence effectuer que des dépôts et des retraits d'importance modeste<sup>201</sup>, l'autorisation pour le mineur d'accomplir des retraits élevés peut s'analyser comme un non-respect de la règle de la capacité et pourrait dans certaines conditions engager la responsabilité du banquier<sup>202</sup>.

**92.** Concernant les majeurs protégés<sup>203</sup>, lorsqu'ils sont sous tutelle, ils sont frappés d'une incapacité totale<sup>204</sup>, lorsqu'ils sont sous curatelle, ils sont frappés d'une incapacité partielle<sup>205</sup>, lorsqu'ils sont sous sauvegarde de la justice, ils ne sont pas frappés d'incapacité, donc ils peuvent ouvrir un compte bancaire et le faire fonctionner seul<sup>206</sup>. Le majeur sous tutelle ne peut ainsi ouvrir un compte alors que la personne en curatelle le pourrait étant donné qu'elle peut, sans l'assistance du curateur faire tous les actes, qui, en cas de tutelle ne requerrait pas une autorisation du juge ou du conseil de famille<sup>207</sup>.

Mais d'une manière générale, après la promulgation de la loi française du 5 mars 2007<sup>208</sup>, en droit français, les majeurs sous régime de tutelle ou de curatelle plus particulièrement si celle-ci est renforcée ne pourront ouvrir un compte que représentés ou assistés de leur tuteur ou curateur<sup>209</sup>. Le droit malgache n'a pas prévu une disposition particulière sur ce point, on applique le droit commun de la capacité.

---

041 du 19 septembre 1962 relative aux dispositions du droit interne et du droit international privé), au moins la moitié des étudiants sont mineurs.

<sup>199</sup> Sur la nullité de la convention de compte conclue par un établissement de crédit avec un mineur qui a agi sans l'autorisation ni l'assistance de son représentant légal, v. Versailles, 26 octobre 1990, *D.* 1993. IR 125, obs. Lucet.

<sup>200</sup> J. STOUFFLET, « L'activité juridique du mineur non émancipé », *Mél. Voirin*, p. 782, spéc. p. 794 ; J. DELGADO, « Réflexion sur la pratique bancaire et les mineurs non émancipés », *JCP N*, 1994, doct. 283.

<sup>201</sup> On peut ainsi analyser l'opération comme un acte de la vie courante ou l'usage prévu par l'article 408 du Code civil.

<sup>202</sup> V. sous la direction de J. HUET, « Détournement (bancaire) de mineurs ? (rappel des règles de capacité dans les contrats) », *D.* 1987, chr. XXXIX, p. 215, spéc. p. 219-220 ; G KENGNE, « La banque et le mineur », *Les Petites affiches* n° 16, 5 février 1997.19.

<sup>203</sup> V. RAOUL-CORMEIL et J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Le compte bancaire du majeur protégé. Difficultés pratiques soulevées par le droit des incapacités et le droit bancaire », *R D bancaire et financier*, mai-juin 2013, Dossier 23 et s.

<sup>204</sup> Article 473, alinéa 2 du Code civil : « toutefois, le juge, peut, dans le jugement d'ouverture ou ultérieurement, énumérer certains actes que la personne en tutelle aura la capacité de faire seule ou avec assistance du tuteur ».

<sup>205</sup> Article 467 du Code civil : « La personne en curatelle ne peut, sans l'assistance du curateur, faire aucun acte qui, en cas de tutelle, requerrait une autorisation du juge ou du conseil de famille. »

<sup>206</sup> Article 435 du Code civil : « La personne placée sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits. Toutefois, elle ne peut, à peine de nullité, faire un acte pour lequel un mandataire spécial a été désigné en application de l'article 437. »

<sup>207</sup> Article 467, alinéa 1 du Code civil.

<sup>208</sup> Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

<sup>209</sup> Thierry BONNEAU, *op. cit.*, p. 308 ; M. DUCASSE, « Les obligations du banquier et l'ouverture d'un compte bancaire », *Echos Judiciaires Girondins*, Journal n° 6105 du 11 juillet 2014.

93. L'ouverture d'un compte est également soumise à une certaine réserve lorsqu'il s'agit des personnes frappées de déchéances ou d'interdictions professionnelles dans le cas où la condamnation porte sur la législation bancaire ou sur le chèque<sup>210</sup>. En effet, elles ne peuvent conclure une convention d'ouverture de compte que selon la procédure prévue pour le droit au compte<sup>211</sup>.

94. L'ouverture d'un compte est subordonnée à l'autorisation de la Banque Centrale concernant les étrangers non-résidents.

95. Et enfin, du côté de la banque, celle-ci a la capacité de contracter avec un client capable dès lors qu'elle remplit les conditions d'ouverture et d'exercer la profession du banquier sous réserve des limites fixées dans sa décision d'agrément<sup>212</sup>.

## §2 : Le consentement des parties

96. Aux termes de l'article 67 de la LTGO : « Le contrat se forme par la rencontre des volontés des parties ». Il faut ainsi que le consentement existe, ensuite il faut que ce consentement soit exempt de vices, tel que l'article 69 de la LTGO le prévoit : « La volonté de chacun des contractants doit être exprimée en connaissance de cause. Elle doit être libre. Elle doit émaner d'une personne saine d'esprit ».

97. Concrètement, à Madagascar, lorsqu'une personne veut se faire ouvrir un compte en banque<sup>213</sup>, elle vient devant une agence et demande un rendez-vous pour ouverture de compte. Un gestionnaire de compte la reçoit au jour du rendez-vous, lui cite des pièces à fournir, en l'occurrence, une photocopie certifiée de la carte d'identité nationale, une photocopie d'un justificatif des sources de revenu (avis de crédit, fiche de paie, contrat de bail pour les rentiers, pour les entreprises : la carte professionnelle, la carte statistique, le NIF, le certificat de non faillite et le justificatif de l'inscription au RCS), deux photos d'identité et un premier dépôt. Cet apport initial ne doit pas être constitué par un pourcentage du revenu mensuel de l'intéressé<sup>214</sup>. En effet, celui-ci est fixé forfaitairement indépendamment du

---

<sup>210</sup> Stéphane PIEDELIEVRE et Emmanuel PUTMAN, *Droit bancaire*, Economica, 2011, p. 238 et 239.

<sup>211</sup> V. La responsabilité du banquier pour refus d'ouvrir un compte, p. 103 et s.

<sup>212</sup> V. Introduction sur l'agrément de l'établissement de crédit, p. 26 et s. ; articles 16 à 25 de la loi n° 95-030 du 22 février 1996 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit.

<sup>213</sup> On a pris comme exemple l'ouverture d'un compte auprès de la banque BNI Madagascar.

<sup>214</sup> Thierry BONNEAU, *op cit*, p. 305.

revenu du client<sup>215</sup> et le montant est le même pour tout client ouvrant un même type de compte.

Avec le justificatif du premier dépôt et les pièces à fournir, le futur client reprend un autre rendez-vous et revient auprès du gestionnaire de compte qui l'a reçu la première fois. Au moment convenu, le gestionnaire lui donne la convention d'ouverture de compte, accompagnée d'une convention portant conditions générales des banques, la personne signe, écrit de la main « lu et approuvé » et le contrat est formé. On a pris expressément un exemple concret dans le but d'apporter quelques observations.

**98.** A partir de cet exemple, on peut remarquer que la convention d'ouverture de compte est un contrat d'adhésion<sup>216</sup>. Par opposition à un contrat de gré à gré où il y a une négociation effective entre les parties, le contrat d'adhésion est un contrat dans lequel un seul contractant fixe le contenu du contrat, l'autre contractant a le choix soit d'accepter en bloc soit de refuser en bloc<sup>217</sup>. L'ouverture d'un compte par un professionnel ne pose pas de difficulté particulière parce qu'un client averti n'a pas besoin d'être protégé, il sait à quoi s'attendre en ouvrant un compte bancaire.

Concernant l'ouverture d'un compte par un particulier, à défaut de dispositions particulières dans la récente loi sur la consommation<sup>218</sup> en droit malgache pour régir un tel contrat entre le banquier professionnel et le client consommateur, on doit se référer sur l'unique article de la LTGO qui prévoit la question. Selon l'article 127 de la LTGO : « Lorsqu'une partie adhère à un contrat dont les clauses ont été établies d'une manière unilatérale par l'autre partie, elle n'est liée par les dispositions contenues dans ces clauses que si elle a pu en avoir une exacte connaissance ». Avec l'exemple de l'ouverture de compte auprès de la BNI Madagascar, peut-on dire que le client a pu avoir une exacte connaissance des clauses du contrat ? Le client vient conclure le contrat, il signe, appose la mention « lu et approuvé » et il repart, sans même un exemplaire du contrat<sup>219</sup>. Déjà, il est difficile de croire

---

<sup>215</sup> Le premier dépôt auprès de la BNI Madagascar est de 160.000 Ariary, une somme qui est supérieure au salaire minimum d'embauche à Madagascar, celui d'un salarié de catégorie professionnelle qui se trouve au plus bas de l'échelle M1- 1A est de 124 243 Ariary.

<sup>216</sup> Sur le contrat d'adhésion, v. G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd. 1973 ; BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, LGDJ, 1999 ; « Les contrats d'adhésion et la protection du consommateur, Colloque Droit et Commerce 1978, ENAJ 1978.

<sup>217</sup> RAMAROLANTO-RATIARAY et Jean- Baptiste SEUBE, *La théorie générale des obligations en droit malgache, tome 1, l'acte juridique*, Coopération Franco-Malgache et Jurid'ika 2013, p. 64.

<sup>218</sup> Le contenu des règles protectrices des consommateurs consiste à renforcer la réflexion du consommateur afin de lui permettre d'avoir connaissance des informations exactes et d'avoir la possibilité de se repentir s'il s'aperçoit après un certain temps raisonnable fixé par le législateur qui est de sept jours qu'il s'est trompé.

<sup>219</sup> Auprès de la banque BFV-SG, le client obtient un exemplaire du contrat.

que le client ait pu lire les clauses du contrat vu la célérité avec laquelle le contrat se forme, (seulement lire, on ne parle pas du fait qu'il a compris ou non le sens des clauses du contrat) mais en plus il ne peut même pas avoir un exemplaire pour prendre connaissance de ce qu'il a signé. Se pose alors la question de savoir la portée de la mention « lu et approuvé »<sup>220</sup> dans la convention d'ouverture de compte bancaire à Madagascar. Il est à noter qu'identiquement au droit français, le client peut *a posteriori* demander la fourniture de la convention d'ouverture de compte<sup>221</sup>.

**99.** Mais à propos de la connaissance par le client de la convention, plus précisément lorsqu'il s'agit d'un non professionnel, le droit français a des règles protectrices des consommateurs bien précises. L'article L. 312-1-1 du Code financier et monétaire français dispose par exemple dans son alinéa 6 : « Avant que le client ne soit lié par cette convention, l'établissement de crédit l'informe desdites conditions sur support papier ou sur un autre support durable. L'établissement de crédit peut s'acquitter de cette obligation en fournissant au client une copie du projet de convention de compte de dépôt ». Ce qui signifie que le client consommateur reçoit en principe avant toute conclusion du contrat le projet de convention lui permettant ainsi d'avoir une exacte connaissance de la convention qu'il va conclure. En plus, L'article L. 121-20 du Code de la consommation précise que : « Le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour. Le délai mentionné court à compter de la réception pour les biens ou de l'acceptation de l'offre pour les prestations de services. Lorsque le délai de sept jours expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant ». En droit malgache, une nouvelle loi vient d'être promulguée, la loi n° 2015-014 du 19 juin 2015 sur les garanties et la protection des consommateurs, son article 5 dispose que : « Tout professionnel vendeur de bien ou prestataire de service doit, avant la conclusion du contrat, mettre les consommateurs en mesure de connaître explicitement les caractéristiques et conditions essentielles de biens, produits et services ». Evidemment, la pratique se présente encore autrement.

---

<sup>220</sup> Sur la question de savoir si un « lu et approuvé » vaut « exacte connaissance » des clauses, J. LACOMBE, *La théorie générale des obligations dans le nouveau droit malgache*, tome 2, Annales de l'Université de Madagascar 1965, p.87 et s., spéc. p.105.

<sup>221</sup> Article L. 312-1-1, IV : « à tout moment de la relation contractuelle, l'établissement de crédit fournit à la demande de l'utilisateur les termes de la convention de compte de dépôt sur support papier ou sur un autre support durable ».

### §3 : L'objet de la convention d'ouverture de compte

100. On ne va pas s'étaler ici, sur les différentes acceptions de la notion de l'objet<sup>222</sup> du contrat, on va simplement essayer de répondre à la question de savoir qu'est-ce-que les parties ont voulu lorsqu'elles ont conclu une convention d'ouverture de compte. On va de ce fait analyser l'étendue de la convention. L'objet de la convention de compte ne se limite pas à l'enregistrement des opérations effectuées par les parties. La convention d'ouverture de compte s'analyse en deux principaux mécanismes. Elle est d'abord un contrat-cadre des services bancaires<sup>223</sup>, elle est ensuite un instrument de règlement des créances<sup>224</sup>.

#### A- La convention d'ouverture de compte, contrat-cadre des services bancaires

101. Un contrat-cadre est un contrat par lequel les parties prévoient les modalités de base qui vont aboutir à la conclusion des contrats ultérieurs<sup>225</sup>. La convention d'ouverture de compte est un contrat-cadre car d'une part, par ce contrat de base, les parties ont entendu prévoir d'autres services dont les modalités pratiques seront régies par les conventions d'application ultérieures. En effet, la convention d'ouverture de compte a pour but de faciliter les offres de services que la banque fera postérieurement au client<sup>226</sup>. La convention de compte est par exemple une étape importante pour une offre de crédit, puisqu'il est plus facile de convaincre un client qui a déjà une relation établie et stable avec la banque que d'en chercher en dehors de celle-ci ; puis étant son client, la banque connaît dans sa généralité le fonctionnement du compte de ce client, ce qui est une base à la confiance que le banquier peut lui porter ou non, confiance qui est un élément non négligeable dans la convention de crédit ; enfin, logiquement le client prend plus en considération l'offre de services de sa banque que celle des autres banques dans lesquelles il ne possède aucun compte. Ainsi, sur la base d'un contrat initial de base qui ne prévoit que des conditions générales de fonctionnement de compte entre le banquier et le client, d'autres contrats peuvent naître entre ces deux mêmes parties.

---

<sup>222</sup> Sur la notion de l'objet v. RAMAROLANTO-RATIARAY et Jean-Baptiste SEUBE, *La théorie générale des obligations en droit malgache, tome 1, l'acte juridique*, Jurid'ika 2013, p. 107 à 128.

<sup>223</sup> RIVES-LANGES et CONTAMINE- RAYNAUD, *Droit bancaire*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd. 1995, n° 255, p. 240 ; Thierry BONNEAU, *op. cit.*, p. 284.

<sup>224</sup> RIVES-LANGES et CONTAMINE- RAYNAUD, *op. cit.*, n° 182, p. 172 ; C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire, institutions, comptes, opérations, services*, Litec, 4<sup>e</sup> éd. 1999, n° 200.

<sup>225</sup> A comparer avec un contrat-cadre de distribution qui est une « convention passée en la forme écrite entre un fournisseur de produits ou services et son distributeur, attestant les modalités de négociation et les obligations respectives des parties pour aboutir à la fixation du prix des prestations ». Lexique des termes juridiques, *Dalloz* 2014, p. 245.

<sup>226</sup> Thierry. BONNEAU, *op. cit.*, p. 285.

**102.** D'autre part, la convention d'ouverture de compte met en principe à la charge de l'établissement de crédit l'obligation de mettre à la disposition du client un certain nombre de services<sup>227</sup> dont les éléments ne sont pas forcément inclus dans le contrat initial de base. Des indications sur les modalités générales d'utilisation de ses services sont stipulées dans le contrat-cadre de compte et les contrats dits d'application c'est-à-dire les services proprement dits s'appuient sur les principes posés par la convention de compte dans l'exécution de chaque contrat découlant de ladite convention. L'ouverture d'un compte sert généralement de base à des services des paiements et des encaissements. Sauf, cas exceptionnel<sup>228</sup>, l'ouverture de compte emporte la délivrance de chèques et de carte de paiement ainsi que la possibilité de donner des ordres de virement, d'avis de prélèvement etc. Ce qui présuppose la mise à disposition du client des services susmentionnés, constituant l'application de la convention – cadre de compte. En raison de ses services rendus par la banque, c'est la convention d'ouverture de compte qui en constitue le contrat-cadre<sup>229</sup>. Il est en effet à remarquer que l'ouverture d'un compte implique un service minimum au client tel que le service comptable nécessaire à la tenue des comptes et un service de caisse<sup>230</sup>.

**103.** A propos de la détermination du prix, principale difficulté dans les contrats-cadres, la loi française, dans l'article R. 312-1, alinéa 2 du Code monétaire et financier dispose que « lorsqu'ils ouvrent un compte, les établissements de crédit doivent informer leurs clients sur les conditions d'utilisation du compte, le prix qu'ils pratiquent pour les opérations qu'ils effectuent ». Cet article impose à la banque la détermination du prix particulièrement pour les services minima découlant de la convention de compte qu'elle est tenue d'effectuer pour le compte du client. L'article 88, alinéa 2 de la LTGO<sup>231</sup> et l'article 1129 du Code civil<sup>232</sup> du droit commun retrouvent ainsi application. Cet article impose que l'objet du contrat doit être

---

<sup>227</sup> VASSEUR, *Droit bancaire français et marché commun*, Revue internationale de droit comparé, 1981, p. 87 ; RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.*, n° 182, p. 172 ; GAVALDA et STOUFFLET, *op. cit.*, n° 200 ; Thierry BONNEAU, *op.cit.*, p. 284.

<sup>228</sup> C'est le cas, lorsqu'on a dans le cadre de l'exercice d'un client d'un droit au compte imposé à une banque primaire par la Banque Centrale de Madagascar, dans ce cas, la banque peut limiter les services qu'elle lui offre.

<sup>229</sup> F. GRUA, *Contrats bancaires, tome 1, contrats de services*, Economica, 1990, n° 51, p. 53-54; T. BONNEAU, *op. cit.*, p. 285 ; RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.*, p. 173 ; GAVALDA et STOUFFLET, *op. cit.*, n° 201. Rappr. J. GATSI, *Le contrat-cadre*, préf. Behar-Touchais, LGDJ, 1996, n° 16, p. 18 ; CREDA, *Le contrat-cadre, 1-Exploration comparative*, Litec, 1994, spéc. n° 48 et s., p. 39.

<sup>230</sup> L'article L. 312 -1 du Code monétaire et financier, consacre cette obligation en édictant que les services bancaires de base liés à l'ouverture d'un compte de dépôt ne peuvent être limités que dans des conditions définies par décret.

<sup>231</sup> Article 88, alinéa 2 de la LTGO : «La prestation ou l'abstention doit être déterminée ou déterminable ».

<sup>232</sup> Article 1129 du Code civil : «Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée »

déterminé ou déterminable. En vertu du principe posé par cet article le prix doit être déterminé au moment de la conclusion du contrat. Il faut remarquer cependant que la jurisprudence française a décidé que cet article 1129 ne s'applique pas dans les contrats-cadres. En effet, la décision de l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation française du 1<sup>er</sup> décembre 1995<sup>233</sup> décide que l'article 1129<sup>234</sup> du Code civil concernant la détermination du prix ne trouve pas application dans les contrats-cadres sauf dispositions légales particulières. La règle est que l'indétermination du prix de ces contrats ultérieurs dans la convention initiale n'affecte pas leur validité, sauf dispositions légales particulières. L'article R. 312-1, alinéa 2 du Code monétaire et financier constitue une disposition légale contraire. Ainsi exceptionnellement dans ce contrat-cadre, le prix doit être déterminé.

## **B- La convention d'ouverture de compte, un instrument de règlement des créances**

**104.** Traditionnellement, on fait la distinction entre un compte de dépôt, un compte courant et des comptes dits spéciaux<sup>235</sup>. Même si l'effet de règlement des créances dans un compte bancaire est plus l'effet d'un compte courant que celui d'un compte de dépôt, on le retrouve également dans le mécanisme de ce dernier<sup>236</sup>. Les créances et les dettes qui entrent en compte sont soumises au régime du compte, qu'il s'agisse des intérêts, de la prescription ou de la compétence juridictionnelle en cas de litige. Ils perdent leur individualité pour devenir des articles de comptes liés entre eux et formant un tout indivisible qui est destiné au règlement final. Un article de compte ne peut servir au règlement d'une opération déterminée sauf accord des parties. Tous les articles sont présumés indivisibles, il ne peut y avoir individualisation d'un article que s'il y a volonté contraire des parties<sup>237</sup>. La convention

---

<sup>233</sup> Bulletin 1995 A. P. N° 7 p. 13.

<sup>234</sup> Article 1129 du Code civil : « Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée. » ; article 88, alinéa 2 de la LTGO : « La prestation ou l'abstention doit être déterminée ou déterminable ».

<sup>235</sup> On ne va pas parler des comptes spéciaux ici.

<sup>236</sup> Sur la notion de dualité ou unité du compte courant et du compte de dépôt, v. Thierry BONNEAU, *op. cit.*, p. 287 à 297.

<sup>237</sup> L'indivisibilité du compte courant a une limite aussi bien à l'égard des tiers qu'à l'égard des parties. A l'égard des tiers le solde provisoire du compte reste saisissable. A l'égard des parties, la convention de compte et la convention d'ouverture de crédit par exemple demeurent des contrats distincts. D'autres limites à l'indivisibilité du compte courant sont traditionnellement admises au bénéfice du banquier. Il est ainsi le titulaire de la faculté de contre-passer les effets de commerce que le client lui a remis à l'escompte mais qui lui reviennent impayés, même après la clôture du compte.

d'ouverture est ainsi le cadre de ces règlements de créances vu que ceux-ci se font à l'intérieur du compte bancaire.

### §3 : La cause de la convention d'ouverture de crédit

**105.** La cause répond à la question : pourquoi une partie s'oblige-t-elle ? Une partie peut s'obliger dans un contrat à titre onéreux en considération de la contrepartie ou les avantages qu'elle va recevoir ou encore parce qu'elle a certains motifs ou mobiles<sup>238</sup>. Ici non plus, nous n'allons pas nous étaler sur la notion de cause, on va juste répondre à la question : pourquoi le client et le banquier ont-ils conclu une convention d'ouverture de crédit ?

**106.** La première réponse qui vient à l'esprit est : le client contracte de telle convention pour pouvoir déposer ses avoirs auprès de la banque à charge pour cette dernière de la restituer. De même pour l'établissement de crédit, s'il accepte d'ouvrir un compte au nom de son client, c'est pour pouvoir disposer des fonds déposés par celui-ci. La cause principale de la convention d'ouverture de compte bancaire est par conséquent les dépôts.

**107.** En plus des dépôts, les services que le banquier offre à sa clientèle peuvent aussi constituer la cause de la convention d'ouverture de compte. En droit français, l'article D. 312-5 du Code monétaire et financier énumère des services bancaires de base telles que l'ouverture, la tenue, la clôture du compte et la fourniture de certains moyens de paiement<sup>239</sup>. Ce qui suppose que les parties ont contracté la convention de compte également dans le but d'utiliser ces services bancaires. Ces services bancaires constituent ainsi, au même titre que les dépôts, la cause de la convention d'ouverture de compte bancaire<sup>240</sup>. Le client conclut une convention d'ouverture de compte également en vue de bénéficier de ces services bancaires offerts par la banque. Du côté de la banque, le banquier conclut une convention d'ouverture de compte afin de non seulement disposer des sommes déposées par

---

<sup>238</sup> Sur la notion de cause objective et cause subjective voir RAMAROLANTO-RATIARAY et Jean-Baptiste SEUBE, *op. cit.*, tome 1, p. 128 à 138.

<sup>239</sup> Article D. 312-5 du Code monétaire et financier : « Les services bancaires de base mentionnés aux troisième et quatrième alinéas de l'article L. 312-1 comprennent : 1° L'ouverture, la tenue et la clôture du compte ; 2° Un changement d'adresse par an ; 3° La délivrance à la demande de relevés d'identité bancaire ; 4° La domiciliation de virements bancaires ; 5° L'envoi mensuel d'un relevé des opérations effectuées sur le compte ; 6° La réalisation des opérations de caisse ; 7° L'encaissement de chèques et de virements bancaires ; 8° Les dépôts et les retraits d'espèces au guichet de l'organisme teneur de compte ; 9° Les paiements par prélèvement, titre interbancaire de paiement ou virement bancaire ; 10° Des moyens de consultation à distance du solde du compte ; 11° Une carte de paiement dont chaque utilisation est autorisée par l'établissement de crédit qui l'a émise ; 12° Deux formules de chèques de banque par mois ou moyens de paiement équivalents offrant les mêmes services. »

<sup>240</sup> T. BONNEAU, *op. cit.*, p. 286.

le client mais aussi afin de pouvoir proposer les services qui rentrent dans le cadre de son activité<sup>241</sup>.

Après avoir étudié les conditions de fond de la formation du contrat de base d'ouverture de compte entre l'établissement de crédit et son client, nous allons expliquer l'exigence d'écrit dans ce contrat.

## **Section 2 : L'exigence d'écrit dans la convention d'ouverture de compte bancaire**

**108.** L'exigence d'écrit est prévue pour un contrat soit à titre de validité soit à titre probatoire, quelque fois juste à titre d'opposabilité<sup>242</sup>. La loi bancaire malgache de 1996 ne prévoit rien quant à la forme de la convention d'ouverture de compte. Aussi, sur la base du fameux arrêt de la Cour Suprême de 2007<sup>243</sup> on estime que la loi française est applicable en la matière. Nous n'avons pas non plus à étudier des jurisprudences malgaches en la matière puisqu'il y a peu sinon pas du tout de litige porté devant la justice concernant la forme de ladite convention pour avoir une idée de la pratique à Madagascar, la majorité des litiges portés devant le tribunal concerne les opérations de crédit.

Par conséquent, tout en se basant sur les règles de droit français (§1), nous allons évoquer l'usage des banques malgaches en la matière en fournissant les informations qu'on a recueilli à partir des enquêtes qu'on a pu effectuer auprès des principaux établissements de crédit existant à Madagascar et essayer de supposer la solution à partir des décisions concernant les litiges sur les opérations de crédit (§2).

### **§1 : Le formalisme de la convention de compte en droit français**

**109.** Aux termes de l'article L. 312-1-1 alinéa 2 du Code monétaire et financier<sup>244</sup>: « La gestion d'un compte de dépôt des personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels est réglée par une convention écrite passée entre le client et son établissement

---

<sup>241</sup> *Ibid.*

<sup>242</sup> Sur les conditions de forme d'un contrat, voir RAMAROLANTO-RATIARAY et Jean-Baptiste SEUBE, tome 1, *op. cit.*, p. 138 à 149.

<sup>243</sup> Cour Suprême de Madagascar du 4 mai 2007, n° 37/03-CO, bull.arr.c.sup.2007.44, Imram TAYBALY c/ Mohamed Hassan Mozize Raza, *jugements commentés du Tribunal de Commerce d'Antananarivo Année 2008, Jurid'ika* 2011, p.3, note RAMAROLANTO-RATIARAY : « Attendu qu'il est de jurisprudence constante que les Cours et Tribunaux malgasy peuvent recourir aux dispositions du Code Civil Français lorsque la loi malgache ne prévoit pas le cas soumis à leur examen ou que les textes du Code Civil soient plus explicites ».

<sup>244</sup> Cette obligation est issue de la loi MURCEF du 11 Décembre 2001.

de crédit [...] ». Cet article pose le principe selon lequel, la convention d'ouverture de compte de dépôt à une personne physique agissant en dehors d'une activité professionnelle doit être faite par écrit. En général un particulier ouvre un compte de dépôt et non un compte courant<sup>245</sup> et plus rarement des comptes spéciaux. La règle est établie pour la protection des consommateurs.

Mais la loi n° 2013- 672 de séparation et de régulation des activités bancaires a ajouté dans l'article L. 312-1-6 du Code monétaire et financier que « La gestion d'un compte de dépôt pour les personnes physiques agissant pour des besoins professionnels est réglée par une convention écrite entre le client et son établissement de crédit ». Le législateur français a dépassé par cet article le simple souci de protection des consommateurs, désormais l'exigence d'écrit est imposée à toute convention de compte conclue pour un compte de dépôt à des personnes physiques quel que soit le cadre pour lequel elles le font, qu'elles agissent en tant que consommateurs ou en tant que professionnelles.

Toujours, dans la sphère de la règle de rédaction d'acte écrit, l'alinéa 5 de l'article L. 312-1-1 prescrit le contenu de cet écrit, en ces termes : « Les principales stipulations que la convention de compte de dépôt doit comporter, notamment les conditions générales et tarifaires d'ouverture, de fonctionnement et de clôture, sont précisées par un arrêté du ministre chargé de l'économie ».

**110.** De tout ce qui précède, on peut déduire que la convention d'ouverture de compte de dépôts par des personnes morales et les comptes courants sont exclus du champ d'application de l'exigence d'écrit. Aussi, ces conventions peuvent- elles se reposer aussi bien sur des écrits que sur le consentement verbal ou tacite des parties. La preuve de l'existence d'un contrat peut dans ce cas correspondre au premier acte d'exécution tel que la première inscription en compte d'une opération<sup>246</sup>.

**111.** Il est toutefois à noter que lorsque le service de paiement proposé est lié à un compte de paiement ne faisant pas l'objet d'une convention de compte de dépôt en application du I de l'article L. 312-1-1<sup>247</sup> ou à un instrument de paiement spécifique, un contrat-cadre de services de paiement mentionnant les informations et les conditions sur le prestataire de services de paiement, sur l'utilisation d'un service de paiement, sur les frais, les taux d'intérêt

---

<sup>245</sup> Un compte courant est par essence un compte ouvert à un commerçant.

<sup>246</sup> T. BONNEAU, *op. cit.*, p. 302.

<sup>247</sup> Article L.312-1-1 du Code monétaire et financier « Les établissements de crédit sont tenus d'informer leur clientèle et le public sur les conditions générales et tarifaires applicables aux opérations relatives à la gestion d'un compte de dépôt, selon des modalités fixées par un arrêté du ministre chargé de l'économie ».

et les taux de change, sur la communication entre l'utilisateur et le prestataire de services de paiement, sur les mesures de protection et les mesures correctives, sur la modification et la résiliation du contrat-cadre et sur les recours doit être conclu<sup>248</sup>.

**112.** Dans la législation récente, on impose fréquemment que le contrat soit rédigé par écrit. Les formes que doivent revêtir ces formes sont nombreuses : parfois on exige que le contrat soit entièrement rédigé par écrit ; parfois on impose que le contrat reproduise une disposition légale; parfois on requiert que le contrat contienne, de la main de la partie qu'on entend protéger, certaines mentions. Dans la convention d'ouverture de compte, il s'agit d'un contrat d'adhésion dont les clauses sont unilatéralement rédigées par le banquier, avec des mentions obligatoires prévues par arrêté ministériel<sup>249</sup> ainsi que les signatures des parties. Le législateur a imposé un écrit mais n'a pas dicté de sanction quant à l'inobservation de cette forme.

**113.** Pour connaître la sanction du non-respect d'écrit il faut étudier les dispositions légales selon qu'elles disent sans ambiguïté que l'absence d'écrit entraînera la nullité ou selon qu'elles restent silencieuses. La question qui se pose est alors : dans le silence de la loi sur la sanction de l'absence d'écrit, l'écrit est-il exigé à titre de validité ou à titre probatoire ? Si on choisit la première solution, l'absence d'écrit entraînera la nullité du contrat ; par contre, si l'on opte pour la seconde, le contrat ne pourra pas être prouvé par témoins s'il y a un commencement de preuve par écrit ou une impossibilité, matérielle ou morale, de rédiger un écrit.

La jurisprudence française<sup>250</sup> semble opter pour la solution selon laquelle si le législateur n'a pas prévu expressément la nullité de l'acte, l'écrit n'est pas exigé *ad validatem*, l'écrit est seulement édicté *ad probationem*. Pour le droit malgache, la question est déjà résolue par le législateur dans l'article 97 de la LTGO : « Lorsque la loi prévoit la rédaction d'un écrit sous-seing privé sans en faire expressément une condition de validité de l'acte juridique, l'écrit n'est requis qu'à titre de preuve»<sup>251</sup>.

---

<sup>248</sup> Article L. 314-12 du Code monétaire et financier.

<sup>249</sup> Arrêté du ministère de l'économie du 29 juillet 2009 relatif aux relations entre les prestataires de services de paiement et leurs clients en matière d'obligation d'information des utilisateurs de services de paiement et précisant les principales stipulations devant figurer dans les conventions de compte de dépôt et les contrats-cadres de services de paiement.

<sup>250</sup> Civ., 1<sup>re</sup>, 4 juillet 1978, D. 1979, inf. rap., p. 193, obs. H. Groutel.

<sup>251</sup> La LTGO continue dans son article 98 : « Il en est de même, sauf volonté contraire, lorsque les parties ont prévu la rédaction d'un acte authentique, authentifié ou sous-seing privé ».

L'écrit exigé pour la convention d'ouverture de compte est donc un formalisme informatif<sup>252</sup> qui même s'il est très marqué, son absence n'entraîne pas la nullité du contrat. Selon la jurisprudence, un établissement de crédit qui a omis de stipuler dans la convention d'ouverture de compte des conditions relatives au prix et aux frais des services, n'est pas déchu du droit de les percevoir, il suffisait qu'il régularise en obtenant l'accord ultérieur du client, cet accord *a posteriori* pouvant résulter de la non-protestation du client lors de la réception d'un relevé d'opération<sup>253</sup>.

**114.** Il est à remarquer enfin que ce formalisme imposé aux établissements de crédit quand il s'agit d'un non professionnel se justifie par le souci de protection de consommateur, par contre, lorsqu'il est imposé même dans le cas où la personne physique agit à titre professionnel et lorsqu'il s'agit du contrat-cadre de services de paiement avec un professionnel, le formalisme alourdit la relation et va à l'encontre de l'exigence de célérité et de simplicité nécessaire dans les relations d'affaires.

## **§2 : Le formalisme dans la convention d'ouverture de compte et la pratique à Madagascar**

**115.** Comme on a expliqué plus haut, la loi n° 95-030, loi de base sur le droit bancaire à Madagascar ne prévoit rien quant à la forme de la convention d'ouverture de compte. Aussi, va-t-on se référer à la pratique des banques malgaches et sur la jurisprudence qu'on a pu recueillir afin de pouvoir apporter la réponse à la question si l'écrit est exigé ou non dans la conclusion du contrat d'ouverture de compte.

Premièrement, eu égard à la procédure d'ouverture de compte qu'on a évoqué dans la notion de consentement dans ledit contrat<sup>254</sup> celle-ci se fait par un imprimé préétabli signé par les parties. Ce qui signifie que l'usage consiste dans un contrat écrit. Deuxièmement, à partir d'un jugement<sup>255</sup> concernant un litige sur l'existence ou non de contrat de crédit entre les parties, le jugement a fait mention de l'existence d'une attestation d'ouverture de compte, une attestation n'est pas certes, un contrat mais elle constitue une preuve écrite.

---

<sup>252</sup> Stéphane PIEDELIEVRE et Emmanuel PUTMAN, *Droit bancaire*, Economica, 2011, p.237.

<sup>253</sup> Com, 3 mars 2001, *RTD com.*, 2001 743, obs. Cabrillac.

<sup>254</sup> *Supra* Le consentement des parties, p. 50.

<sup>255</sup> Tribunal de commerce d'Antananarivo du 04 septembre 2008, *Jugements commentés du Tribunal de commerce d'Antananarivo Année 2008, tome 1, Jurid'ika* 2011, p. 509.

Même si la loi n'a rien prévu, les banques malgaches font usage comme en droit français d'un écrit pour la conclusion d'une convention de compte, la différence est qu'elles ne font pas la distinction entre une personne physique et une personne morale. Dans la pratique, les deux concluent un contrat écrit. En cas de litige, il ne sera pas surprenant que le juge malgache va appliquer la règle du droit français.

Si telles sont les conditions de formation d'une convention d'ouverture de compte en banque, quels sont les contrats qui pourront naître de cette convention-cadre ?

### **Section 3 : Les autres contrats nés de la convention d'ouverture du compte**

**116.** En dehors de quelques opérations isolées qui ne nécessitent pas l'ouverture d'un compte bancaire telles que les opérations faites par caisse<sup>256</sup>, tous les contrats entre le client et son banquier trouvent sa source dans la convention d'ouverture de compte.

On ne va pas citer dans ce chapitre préliminaire tous les contrats que l'établissement de crédit peut conclure avec son client à partir de leur convention de compte puisque, ces contrats vont être sources de responsabilité du banquier qui est l'objet même de cette étude, ainsi on les verra dans les parties qui suivront. Dans le présent chapitre, on se cantonnera à dire qu'en dehors de la convention d'ouverture de compte elle-même, d'autres contrats ultérieurs tels que la convention d'ouverture de crédit, le contrat de location de coffre-fort etc. peuvent engager la responsabilité du banquier. On peut citer à titre d'exemple que la faute commise par le banquier dans une convention de crédit à l'instar de la rupture abusive du crédit est source de responsabilité de l'établissement de crédit. Ainsi, la convention d'ouverture de compte n'est que la base de la relation du banquier avec son client, d'autres contrats peuvent s'y ajouter.

Toutefois, il est capital de noter que les conditions générales de banque font partie intégrante de la convention de compte. Lorsque le client signe le contrat et écrit de sa main « lu et approuvé », il reconnaît avoir lu également les conditions générales des banques<sup>257</sup>. Les conditions générales comportent généralement les conditions d'ouverture de compte c'est-à-dire les formalités à suivre et les modalités d'ouverture de compte ; le fonctionnement du compte ; les principales opérations du compte ; les conditions tarifaires et les autorisations

---

<sup>256</sup> C'est le cas par exemple lorsqu'un porteur de chèque retire de l'argent contre un ordre de paiement. On n'a pas besoin d'ouvrir un compte en banque pour faire ce type d'opération.

<sup>257</sup> Pour la BNI par exemple, avant la signature, il est écrit « Le client reconnaissant avoir reçu un exemplaire des conditions générales », [www.secure.bni.mg](http://www.secure.bni.mg).

de crédit. Les conditions générales de banque font une dizaine de pages, ce qui suppose que la plupart des consommateurs ne prendront pas le temps de les lire. Mais de toutes les manières, ces conditions générales sont affichées dans l'enceinte de la banque.

On a dit que pour qu'il y ait faute au contrat il faut d'abord l'existence d'un contrat. On a pu démontrer l'existence d'un ou plusieurs contrats entre le client et l'établissement de crédit susceptible d'engager la responsabilité de ce dernier, mais cette responsabilité est une responsabilité pour faute, aussi est-il nécessaire maintenant d'expliquer ce qu'on entend par faute contractuelle.

## CHAPITRE 2 : LA FAUTE CONTRACTUELLE

117. La faute contractuelle se présente sous diverses formes (section 1). Mais pour engager la responsabilité de son auteur l'existence de faute ne suffit pas, il faut en plus que cette faute soit source d'un préjudice (section 2). Dans une relation contractuelle il arrive fréquemment que les parties procèdent à des aménagements conventionnels afin de limiter les conséquences de leur faute contractuelle comme il arrive que des faits indépendants de leurs volontés les aient empêchés d'exécuter le contrat en l'absence de toute faute de leurs parts (section 3).

### Section 1 : La notion de faute

#### §1 : La Définition

118. La faute est une « attitude d'une personne qui par négligence, imprudence ou malveillance ne respecte pas ses engagements contractuels (faute contractuelle) ou son devoir de ne causer aucun dommage à autrui [...] (faute délictuelle ou quasi-délictuelle)<sup>258</sup>. L'article 123 de la LTGO pose le principe de la force obligatoire du contrat, en ses termes : « le contrat légalement formé s'impose aux parties au même titre que la loi. Elles doivent l'exécuter de bonne foi, dans le sens qu'elles ont entendu lui donner. Elles ne peuvent le révoquer ou le modifier que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise ».

Le premier alinéa pose la règle selon laquelle un contrat valablement formé doit recevoir exécution par les parties. Par conséquent, l'inexécution des obligations nées du contrat est constitutive de faute. Tel est le cas lorsque le banquier refuse d'exécuter un ordre de paiement d'un chèque régulièrement signé ne présentant aucune signe apparente de falsification ou de contrefaçon et dont le compte présente une provision suffisante<sup>259</sup>.

L'alinéa suivant exige que l'exécution doive être de bonne foi. Ainsi toute mauvaise exécution ou une exécution défectueuse ou le retard dans l'exécution est également une violation de l'obligation contractuelle. Le non-respect de l'obligation de confidentialité quoi

---

<sup>258</sup> Lexique des termes juridiques, *Dalloz* 2014, p. 426.

<sup>259</sup> Article L. 131-70, alinéa 2 du Code monétaire et financier : « Tout banquier qui, ayant provision et en l'absence de toute opposition, refuse de payer un chèque régulièrement assigné sur ses caisses est tenu responsable du dommage résultant, pour le tireur, tant de l'inexécution de son ordre que de l'atteinte portée à son crédit »

que le banquier exécute la tenue de compte constitue une mauvaise exécution du contrat d'ouverture de compte<sup>260</sup>.

Enfin, la modification ou la rupture unilatérale en l'absence de l'accord de l'autre partie, sous réserve des fautes commises par ce dernier et des dispositions légales contraires, s'analyse aussi en une faute contractuelle, tel est le cas de la rupture anticipée d'une convention de crédit à durée déterminée<sup>261</sup>.

En dehors des conséquences qu'on a pu tirer de l'article 123 de la LTGO, l'article 177 de la même loi édicte expressément que : « en cas d'inexécution totale ou partielle d'une obligation contractuelle, ou d'exécution tardive, le débiteur doit réparer le préjudice causé de ce fait au créancier ».

## **§2 : La preuve de la faute : obligation de moyens / obligation de résultat**

**119.** L'article 179 de la LTGO fait une distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat en disposant que : « Le débiteur d'une obligation de résultat est responsable du préjudice découlant de l'inexécution de celle-ci par le seul fait que le résultat prévu au contrat n'a pas été atteint. Le débiteur d'une obligation de moyens est responsable du préjudice découlant de son défaut de prudence ou de diligence dans l'exécution d'un contrat dont il n'avait pas garanti le résultat ». En d'autres termes, lorsque le débiteur est tenu d'une obligation de résultat, il commet une faute par le simple fait que le résultat attendu n'ait pas été atteint, tandis que s'il est tenu d'une obligation de moyens, sa responsabilité n'est engagée que si le créancier prouve qu'il a commis une négligence ou une imprudence<sup>262</sup>.

Appliquant cette règle en droit bancaire, la question qui se pose est : dans l'exécution de ses obligations contractuelles le banquier est-il tenu d'une obligation de moyen ou d'une obligation de résultat ? De la réponse à cette question découle la solution de : qui a la charge de la preuve ? Est-ce le client qui doit apporter la preuve que le banquier ait commis une faute ou au contraire la faute du banquier est présumée en cas d'inexécution, de mauvaise exécution ou de retard dans l'exécution et que pour se dégager il lui appartient d'apporter la preuve contraire ?

---

<sup>260</sup> V. Richard ROUTIER, *Obligations et responsabilité du banquier*, 3<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2011, p. 625-631.

<sup>261</sup> *Infra* Partie 2 : La responsabilité du banquier dispensateur de crédit, p. 253 et s.

<sup>262</sup> Sur la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat, v. RAMAROLANTO-RATIARAY et Jean- Baptiste SEUBE, *op. cit.*, tome 1, p.268-270.

**120.** Contrairement à certains auteurs qui estiment qu'il est inutile de faire la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat en matière de la responsabilité du banquier parce que « la preuve de l'inexécution de l'obligation de moyens une fois rapportée, c'est au débiteur à tenter de se libérer, et il le fait de la même façon qu'en matière d'obligation de résultat : il peut démontrer soit qu'il a exécuté son obligation, autrement dit qu'il n'a pas commis de faute, soit qu'il a été empêché par un événement qui exigeait de lui une diligence supérieure à celle qu'il devait »<sup>263</sup>, nous estimons qu'une distinction s'impose étant donné qu'en matière de procédure civile si on a posé le principe de « *l'actori incumbit probatio* » c'est parce qu'il est plus facile d'engager la responsabilité lorsqu'on n'a pas la charge de la preuve. Ce qui signifie que si l'obligation du banquier est une obligation de résultat, il sera plus facile au client d'engager sa responsabilité que s'il était tenu d'une obligation de moyens.

**121.** Dans le mécanisme de la responsabilité du banquier, deux aspects doivent être impérativement pris en considération : la qualité du professionnel du banquier qui alourdit son obligation et le risque permanent qu'il prend, qui doit être pris en compte pour alléger sa responsabilité. On ne peut pas sortir une théorie générale sur le régime de responsabilité du banquier car sa responsabilité dépend de l'opération qu'il est amené à effectuer. Aussi, nous ne pouvons pas dire d'une manière générale que l'obligation du banquier est une obligation de moyens ou une obligation de résultat puisqu'il faut pour ce faire étudier un par un les actes du banquier. De ce fait, au fur et à mesure de notre étude et tout au long de cette thèse on sortira dans chaque opération qu'il effectuera la nature et l'étendue de son obligation et comment la faute doit être prouvée.

**122.** Cependant, on tient d'ores et déjà à apporter des explications quant à l'étendue générale de la responsabilité du banquier, sans aller jusqu'à dire que dans l'exercice de ses fonctions, le banquier est tenu d'une obligation générale de résultat ni de trancher qu'il n'est tenu que d'une obligation de moyens simple.

En effet, il est essentiel de noter que comme tout professionnel, le modèle de référence change et se particularise « l'homme avisé est remplacé par un bon professionnel »<sup>264</sup>, ce qui sous-entend un renforcement de l'obligation du banquier. Un « bon professionnel » doit agir avec plus de diligence qu'un homme avisé ou averti. En plus, la jurisprudence est venue pour confirmer ce renforcement en décidant que l'intervention de la banque l'oblige « à apporter

---

<sup>263</sup> Jack VEZIAN, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, Paris 1977, p. 17.

<sup>264</sup> Ph. Le TOURNEAU, *Responsabilité civile professionnelle*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz Référence, 2005, n° 1. 10.

dans l'exécution des opérations qu'elle a effectuées les soins que l'on peut normalement attendre d'un professionnel avisé »<sup>265</sup>. Par conséquent, on peut conclure que si l'obligation du banquier est une obligation de moyens, celle-ci sera une obligation de moyens accentuée, dans laquelle la faute consiste en une faute professionnelle. Richard ROUTIER explique : « la responsabilité du banquier même a subi une évolution considérable. La responsabilité du banquier est passée en quelque sorte du régime général de la responsabilité civile au régime particulier de la responsabilité des professionnels, mais aussi de la responsabilité particulière des professionnels à une responsabilité qui parfois, nous le verrons est peut-être encore plus particulière »<sup>266</sup>. A titre d'exemple, on peut citer quelques obligations dont le banquier est tenu envers son client par le seul fait qu'il est un professionnel : l'obligation d'information, l'obligation de surveillance, l'obligation de mise en garde etc. On reviendra sur ces obligations tout au long de cette thèse.

La simple preuve d'une faute commise par le banquier ne suffit pas à engager sa responsabilité, il faut en outre que cette faute ait causé un préjudice.

## **Section 2 : La faute et le préjudice**

**123.** La responsabilité contractuelle suppose une faute contractuelle, un dommage et un lien de causalité entre la faute et le dommage. Il faut que la faute contractuelle soit la cause directe du dommage, la gravité de la faute importe peu. Que la faute soit légère ou lourde, en principe la responsabilité est toujours engagée. Le droit malgache retient qu'il n'est pas nécessaire de prouver le préjudice subi par le créancier dans la responsabilité contractuelle, la seule inexécution ou retard dans l'exécution de son obligation par le débiteur suffit à prouver l'existence d'un préjudice subi par le créancier<sup>267</sup>. Prenons l'exemple d'un ordre de virement, si le banquier refuse d'exécuter l'ordre de virement donné par le client alors que le compte est autonome et présente une provision suffisante, le banquier commet une faute et sa

---

<sup>265</sup> Civ.1<sup>re</sup>, 22 mars 1977, n° 75-11.030, *Bull. civ. I*, n° 143 ; *D.* 1977. IR 401, obs. Vasseur ; *RTD com.* 1977.566, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange ; *JCP G* 1979. II. 19118.

<sup>266</sup> Richard ROUTIER, *Obligations et responsabilités du banquier*, Dalloz, 2005, p. 17.

<sup>267</sup> Par exemple, Tribunal de commerce d'Antananarivo, 10 octobre 2008, n° 218-C, 220-C, 242-C, 149-C, *Jugements commentés du Tribunal de commerce d'Antananarivo, Jurid'ika et coopération franco-malgache*, 2011, p. 295, obs. Ramarolanto-Ratiaray ; Tribunal de commerce d'Antananarivo, 6 novembre 2008, n° 229-C, *Jugements commentés du Tribunal de commerce d'Antananarivo, Jurid'ika et coopération franco-malgache*, 2011, p. 357, obs. Ramarolanto-Ratiaray ; Tribunal de commerce d'Antananarivo, 10 octobre 2008, n° 251-C, *Jugements commentés du Tribunal de commerce d'Antananarivo, Jurid'ika et coopération franco-malgache*, 2011, p. 329, obs. Andrianaivotseheno ; Tribunal de commerce d'Antananarivo, 14 août 2008, n° 193-C, *Jugements commentés du Tribunal de commerce d'Antananarivo, Jurid'ika et coopération franco-malgache*, 2011, p. 507.

responsabilité est engagée du seul fait de l'inexécution de son obligation contractuelle qui est d'exécuter l'ordre de virement en vertu du contrat de mandat qui le lie avec son client ; ce, même si le client ne prouve pas le préjudice subi<sup>268</sup>. On estime que le préjudice existe à partir du moment où le débiteur n'exécute pas son obligation contractuelle.

### **Section 3 : Les aménagements conventionnels et les causes d'exonération de responsabilité**

**124.** Le contrat qui lie le banquier à son client reste soumis à la théorie générale des obligations de telle sorte que le régime des aménagements conventionnels (§1) et celui des causes d'exonération de responsabilité lui sont applicables (§2).

#### **§1 : Les clauses relatives à la responsabilité contractuelle**

**125.** L'article 180 de la LTGO édicte que « Sauf dans les cas où la loi l'interdit, les parties peuvent étendre ou limiter par avance leur responsabilité contractuelle. Elles peuvent notamment restreindre les cas de responsabilité du débiteur, convenir qu'il prendra à sa charge les conséquences d'une force majeure et du fait d'un tiers présentant ou non le caractère de force majeure, ou réduire le montant des dommages-intérêts auxquels le débiteur pourra être tenu ». Cet article est applicable à la relation contractuelle du banquier. La LTGO consacre deux sortes d'aménagements : les clauses limitatives de responsabilité et les clauses pénales.

#### **A- Les clauses limitatives de responsabilité**

##### **1- Les règles du droit commun**

###### **a- Le principe posé par la LTGO**

**126.** Les clauses limitatives de responsabilité sont des clauses qui permettent à une partie de limiter le montant de l'indemnité qu'elle pourrait être amenée à verser en cas d'inexécution de sa part<sup>269</sup>. Ce sont des clauses qui fixent un plafond de responsabilité, un montant maximum de dommages-intérêts qui pourraient être versés. La réparation due ne dépassera

---

<sup>268</sup> CA Paris, 28 mars 1989, *D.* 1989.IR 129 - Com. 19 déc. 2000, n° 97-15.394, *Bull.civ.* IV, n° 193 ; *D. Affaires* 2001.920, note V. Avena-Robardet ; *RD banc. fin.* 2001, 78, obs. D.-R. Martin ; *RTD com.* 2001. 749, obs. M. Cabrillac.

<sup>269</sup> RAMAROLANTO-RATIARAY et Jean- Baptiste SEUBE, *op. cit.*, tome 1, p.283.

pas la somme inscrite conventionnellement. Le banquier et son client peuvent par exemple insérer dans la convention d'ouverture de compte qu'en cas de faute commise par le banquier dans la tenue du compte et qui causerait un dommage à son client, il lui verserait une somme qui ne peut dépasser par exemple 100.000 Ariary. Ainsi, la réparation due par le banquier ne dépassera pas cette somme convenue même si la faute cause un dommage. Toutes fautes commises par le banquier et qui entrent dans le champ d'application de la clause sera ainsi limitée à cette somme maximale. Les parties sont en principe libres de limiter leur responsabilité. Ces clauses sont valables et s'imposent aux parties et au juge.

### **b- Les exceptions posées par la LTGO**

**127.** Au principe de liberté d'insérer des clauses limitatives de responsabilité dans un contrat, l'article 181 de la LTGO pose deux limites.

D'une part, il interdit la clause exclusive de responsabilité, c'est-à-dire la clause qui exonère par avance une partie de toute responsabilité<sup>270</sup>. Une partie peut certes limiter sa responsabilité par un plafond maximal déterminé mais elle ne peut pas prévoir par avance qu'il ne sera pas responsable de la faute qu'elle commettrait en cours de l'exécution du contrat. Le banquier ne peut par exemple insérer dans la convention de compte qu'il ne sera pas responsable de dysfonctionnement des automates qu'il met à la disposition de ses clients pour le retrait par carte au cas où ce dysfonctionnement causerait un préjudice à ses clients.

D'autre part, il exclut du champ d'application des clauses limitatives de responsabilité le dol ou la faute lourde. En effet, l'article 181 dispose que « On ne peut s'exonérer par avance ni de toute responsabilité, ni des conséquences de la faute lourde ou du dol imputables tant à soi-même qu'aux personnes dont on répond »<sup>271</sup>. Le dol est l'intention de commettre un acte sachant que cet acte viole une disposition légale. La faute est qualifiée de lourde lorsqu'elle est d'une gravité telle qu'il est évident d'estimer qu'elle résulte probablement d'une faute intentionnelle de la partie. Ainsi, à partir du moment où le banquier a commis une faute lourde ou un dol, l'application de la limitation de responsabilité est écartée. Tel est le cas

---

<sup>270</sup> Contrairement au droit français qui reconnaît les clauses exclusives de responsabilité en matière contractuelle, v. civ. 2<sup>e</sup>, 17 fév. 1955, *D.* 1956.17, note Esmein; civ. 2<sup>e</sup>, 28 nov. 1963, *RTD civ.* 1964, obs. R. Rodière.

<sup>271</sup> Sur l'application de la jurisprudence française en droit malgache à propos de l'exception concernant le fait que la clause limitative de responsabilité qui porte sur une obligation est réputée non écrite si elle contredit la portée de l'engagement pris, v. Ph. DELEBECQUE, *L'actualité de la théorie générale des obligations, in Regards sur le droit, Mélanges en l'honneur du Pr. Alisaona Raharinarivonirina*, l'Harmattan, Jurid'ika, Coopération Franco-Malgache, 2010, p.187 et s. spéc. n° 10.

lorsque le banquier a payé un chèque dont la signature est non conforme au spécimen déposé à la banque. Dans ce cas, soit le banquier a commis une faute lourde, c'est le cas lorsque celui-ci n'a pas pris soin de vérifier la signature, parce que c'est la première reflexe que doit avoir un banquier avant de payer un chèque ; soit il a commis un dol, c'est le cas lorsqu'il est prouvé qu'il a payé quand même sachant que la signature n'est pas conforme au modèle déposé par le titulaire à la banque. En effet, le législateur défend le banquier de payer si le chèque ne présente pas la régularité requise<sup>272</sup>. Dans l'un ou l'autre cas, le banquier ne peut limiter sa responsabilité.

## 2- L'application des clauses limitatives de responsabilité en droit bancaire

**128.** Concernant l'application des clauses limitatives de responsabilité dans les contrats bancaires, le droit malgache reste encore une fois muet. Aussi, il est capital de recourir au droit français pour avoir quelques précisions.

Les contrats bancaires sont en principe des contrats d'adhésion, or en droit français « aucune disposition légale ne prohibe de façon générale l'insertion des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans les contrats d'adhésion »<sup>273</sup>. Juridiquement, les clauses limitatives de responsabilité peuvent être insérées dans leurs contrats<sup>274</sup>. Dans les contrats conclus entre professionnels, la clause est valable.

Toutefois, il ne faut pas perdre de vue la législation sur les clauses abusives applicables dans les relations entre professionnels et consommateurs. En effet, le Décret du 18 mars 2009<sup>275</sup> renforce la protection des consommateurs en établissant deux listes de clauses abusives : une liste « noire » de douze clauses interdites et une liste « grise » de dix clauses simplement présumées abusives dans les contrats conclus avec les professionnels<sup>276</sup>.

**129.** Les clauses qui font l'objet de la liste noire sont interdites, elles sont réputées non écrites lorsqu'elles se trouvent dans un contrat entre le consommateur et le professionnel. Tandis que les clauses prévues dans la liste grise sont présumées abusives, d'une présomption simple, qui tombe lorsqu'il y a preuve contraire. Les clauses limitatives de responsabilité font

---

<sup>272</sup> *Infra*, L'obligation de vérification du banquier lors de la délivrance des chèquiers, p. 282 et s.

<sup>273</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 janvier 1982, *RTD civ.* 1983, 144, obs. G. Durry.

<sup>274</sup> C. JAMIN, D. MAZEAUD, *Les clauses abusives entre professionnels*, tome 3, Economica, 1998.

<sup>275</sup> Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L.132-1 du code de la consommation, *JORF* n°0067 du 20 mars 2009, p. 5030.

<sup>276</sup> V. Gilles PAISANT, Le décret portant listes noire et grise de clauses abusives, Décret du 18 mars 2009, *La Semaine Juridique Edition Générale*, 6 Juillet 2009, n° 28.

l'objet de la liste noire c'est-à-dire qu'elles sont interdites dans une convention entre le professionnel bancaire et le client si celui-ci est un consommateur. En effet, l'article R. 132-1 du Code de la consommation prévoit les clauses abusives faisant l'objet de la liste noire, en ses termes : « Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives [...] (les clauses tendant à) 6° Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ». C'est une interdiction générale qui concerne tous les professionnels dans leurs relations avec les consommateurs. Dans ces contrats avec les consommateurs, le banquier ne peut ainsi opposer les clauses limitatives de responsabilité, ces clauses sont réputées non écrites<sup>277</sup>.

Bref, dans la relation entre professionnels, les clauses limitatives de responsabilités sont valables mais dans la relation entre un professionnel et un consommateur, en vertu des règles protectrices de consommateurs, la clause limitative de responsabilité est une clause abusive, elle est réputée non écrite nonobstant toute preuve contraire. Elle l'est d'une manière irréfragable, elle ne peut tomber même en cas de preuve contraire.

**130.** La question reste entière en droit malgache puisque concernant les clauses abusives, la loi n° 2015-014 sur les garanties et la protection des consommateurs du 19 juin 2015 dans son article 43 se limite à énoncer simplement que « sont interdits les contrats, conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs pouvant contenir des clauses abusives, qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties contractantes ». En l'absence de dispositions spécifiques contraires, sommes-nous tentés de conclure que la clause limitative de responsabilité est valable en matière bancaire à Madagascar que ce soit dans une relation entre professionnels que dans une relation entre professionnels et consommateurs. On appliquera ainsi les règles posées par la LTGO puisqu'aucune disposition malgache spécifique n'est venue restreindre son champ d'application en droit bancaire.

---

<sup>277</sup> Dans l'ancien article R. 132-1, l'interdiction ne visait que le vendeur professionnel, désormais, elle concerne tous les contrats conclus avec les consommateurs et tous les manquements aux obligations contractuelles des professionnels, que ce soit une inexécution totale ou partielle, une mauvaise exécution ou un retard dans l'exécution de l'obligation contractuelle.

## **B- Les clauses pénales**

### **1- La notion de clauses pénales**

**131.** Aux termes de l'article 182 de la LTGO, la clause pénale est une clause par laquelle on s'engage au paiement d'une réparation forfaitaire en cas d'inexécution d'une obligation<sup>278</sup>. Si la clause limitative comme son nom l'indique limite la réparation à une somme maximale, c'est-à-dire que la réparation peut être inférieure à la somme convenue mais ne peut être supérieure à celle-ci, la clause pénale, quant à elle est une clause qui fixe forfaitairement le montant de la réparation. Par exemple, si les parties conviennent que le banquier paiera une somme de 100 000 Ariary au client au cas où il commettra une faute dans un virement. Que le préjudice soit supérieur ou inférieur à la somme convenue de 100.000Ariary, le banquier paiera toujours 100 000 Ariary. Il est toutefois à signaler que ce cas où la clause pénale est prévue à l'encontre du banquier est rare. En effet, le plus souvent le schéma se présente comme suit : la clause limitative de responsabilité est stipulée en général au profit du banquier, c'est-à-dire que c'est la responsabilité du professionnel qui est limitée au cas où celui-ci ne remplit pas son obligation, tandis que la clause pénale est principalement prévue à l'encontre du client c'est-à-dire si le client n'exécute pas son obligation, il sera soumis à un montant de réparation forfaitaire. Dans les deux cas c'est toujours le banquier professionnel qui gagne puisque s'il commet des fautes, sa responsabilité sera limitée à une somme maximale et si le client commet une faute il lui imposera de payer une somme forfaitaire. Selon la jurisprudence française « constitue une clause pénale la clause d'un contrat par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée »<sup>279</sup>.

### **2- L'application des clauses pénales en droit bancaire**

**132.** Dans le contrat conclu entre la banque et son client, on retrouve la stipulation des clauses pénales principalement dans les conventions de crédit. Dans la convention de crédit, le banquier insère en général une clause prévoyant par exemple une indemnité forfaitaire d'un

---

<sup>278</sup> Sur les clauses pénales, voir RAMAROLANTO-RATIARAY et Jean-Baptiste SEUBE, *op. cit.* tome 1, p.286- 288 ; D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, LGDJ, 1992.

<sup>279</sup> Civ.1<sup>re</sup> , 10 octobre 1995, *D.* 1996, p.486, note B. Fillion-Dufouleur ; Civ. 3<sup>e</sup> , 26 janvier 2011, *RLDC* 2011, p. 8817, obs. Y.-M. Laithier ; Civ. 1<sup>re</sup> , 20 mars 2013, n°12-15578.

certain pourcentage du capital échu dû par le débiteur en cas de retard dans le paiement d'une échéance<sup>280</sup>.

A l'instar des clauses limitatives de responsabilité, les clauses pénales insérées dans les contrats de crédit à la consommation restent strictement réglementés par le code de la consommation en droit français<sup>281</sup>. A propos de la législation sur les clauses abusives susmentionnées, l'article R. 132-2 du Code de la consommation 3° voit dans la clause imposant « au non-professionnel ou au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné » une clause présumée abusive, d'une présomption simple que le professionnel peut renverser en rapportant la preuve contraire<sup>282</sup>. Les clauses pénales se trouvent ainsi dans la liste grise. Elles sont valables si le professionnel prouve qu'elles n'étaient pas abusives.

Comme en matière de clause limitative de responsabilité, le contrat de crédit conclu avec une personne morale échappe aux dispositions relatives aux clauses abusives puisqu'il échappe au droit de la consommation<sup>283</sup>. Egalement, puisque le droit malgache n'a pas de dispositions spécifiques contraires en la matière, on appliquera le droit commun. Et en droit commun, qu'il s'agisse du contrat entre professionnels ou celui entre un professionnel et un consommateur lorsque la clause pénale est manifestement excessive ou dérisoire, le juge peut la réviser<sup>284</sup>.

## §2 : Les causes d'exonération de la responsabilité

**133.** Aux termes de l'article 178 de la LTGO : « Le débiteur est exonéré de toute responsabilité s'il prouve que l'inexécution provient du fait de son créancier. Il en est de même en cas de force majeure ou d'intervention d'un tiers présentant ce caractère, dès lors que ces événements ne sont pas imputables au débiteur et qu'ils sont antérieurs à toute mise en demeure ». La LTGO énonce trois causes d'exonération de responsabilité : le fait du créancier, le fait du tiers et la force majeure. Ces trois causes exigent classiquement chacune

---

<sup>280</sup> Voir par exemple, Civ. 1<sup>re</sup> , 19 juin 2013, n° 12-18478, note M. Mignot, *LEDB*, 2013, n° 8, p. 3 et Ch. Gisjbers, *RLDC*, 2013, n° 107.

<sup>281</sup> V. les articles L.311-24, D. 311-6, R. 312-3, L. 312-22 et L. 132-2 du Code de la consommation.

<sup>282</sup> Florent Bonnard, La clause pénale et la banque, réflexions autour de l'arrêt Civ. 1<sup>re</sup> , 19 juin 2013, *Banque et Droit*, n° 151 septembre-octobre 2013, p. 10.

<sup>283</sup> *Ibid.*

<sup>284</sup> Article 1152 du Code civil : « Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ».

trois conditions pour exonérer le débiteur de sa responsabilité : l'imprévisibilité, l'irrésistibilité et l'extériorité<sup>285</sup>. Les trois éléments de force majeure contrairement à l'évolution jurisprudentielle en droit français sont toujours retenus par les Tribunaux et Cours malgaches<sup>286</sup>. En matière de droit bancaire, cette question n'appelle pas de discussion particulière, le banquier demeure soumis au droit commun.

On a pu étudier d'une manière générale la responsabilité contractuelle du banquier vis-à-vis de son client. On n'a pas encore parlé de la mise en œuvre de sa responsabilité contractuelle puisqu'il est préférable de l'analyser dans la partie consacrée aux deux régimes de responsabilités, contractuelle et délictuelle. On va maintenant se focaliser sur l'étude de la responsabilité délictuelle du banquier, c'est-à-dire, sa responsabilité en dehors de tout lien contractuel et faute contractuelle.

---

<sup>285</sup> Concernant les causes d'exonération de responsabilité, voir RAMAROLANTO-RATIARAY et Jean Baptiste SEUBE, *op. cit.*, tome 1p.270- 273.

<sup>286</sup> Voir l'arrêt de l'Assemblée plénière du 14 avril 2006, *Dr. et patrimoine*, octobre 2006, p. 99, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *JCPG* 2006, II, 10087, note P. Grosser ; *D.* 2006, p. 1577, note P. Jourdain et p. 1933, note Ph. Brun ; *RLDC* juillet 2006, p. 17, note M. Mekki ; *Défrénois* 2006, p. 1083, obs. E. Savaux ; *D.* 2006, p. 2645, obs. B. Fauvarque-Cosson ; *RLDC* 2006, p. 1207, obs. G. Viney, et p. 1083, obs. Y. M. Laithier ; adde, D. Noguero, La maladie du débiteur, cas de force majeure, *D.* 2006, chron., p. 1566.

## **TITRE 2 : LA RESPONSABILITE EXTRA CONTRACTUELLE DU BANQUIER**

**134.** Dans les relations du banquier avec son client, le premier peut causer des dommages au dernier en dehors de toute faute contractuelle, dans ce cas, le recours en responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle contre le banquier lui est ouvert. Telle est par exemple, la faute du banquier pendant les pourparlers, la faute s'analyse ici en une faute précontractuelle engageant non la responsabilité contractuelle du banquier mais sa responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle. En outre, le banquier peut causer des préjudices aux personnes qui ne sont nullement engagées dans une relation contractuelle avec lui, tel est le cas des dommages causés aux créanciers de son client par un soutien abusif du crédit dont il est l'auteur. Sa responsabilité peut ainsi être engagée en dehors de toute inexécution des obligations contractuelles et par des personnes autres que ses contractants. En effet, étant donné le rôle important que joue le banquier dans l'économie, ses actes peuvent avoir des répercussions préjudiciables aux tiers.

**135.** La responsabilité du banquier peut être délictuelle ou quasi-délictuelle, elle est délictuelle lorsque le préjudice résulte d'une faute intentionnelle du banquier et quasi-délictuelle lorsqu'il résulte de sa faute non intentionnelle<sup>287</sup>. Comme la responsabilité contractuelle, il faut la réunion de trois éléments cumulatifs pour mettre en œuvre la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle du banquier. Le phénomène de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle implique la réunion de diverses conditions : quant au dommage (section 2); quant au fait générateur de responsabilité (section 1) et quant au lien de causalité entre le fait et le dommage (Section 3). Dans une dernière section, on va parler du cas spécifique de la LTGO quant à la légalité des conventions relatives à la responsabilité extracontractuelle (Section 4).

### **Section 1 : Le fait générateur de la responsabilité**

**136.** La LTGO édicte trois types de faits générateurs de responsabilité. Ces faits peuvent résulter du fait personnel (§1), du fait des personnes dont on doit répondre (§2) ou du fait des choses dont on a la garde (§3). Il est utile d'étudier ses sources une à une, cependant il est important de souligner d'ores et déjà que la responsabilité est principalement celle de la

---

<sup>287</sup> Selon la Lexique des termes juridiques, 21<sup>e</sup> éd., D. 2014, p. 309 : Au sens large, le délit civil est tout fait illicite de l'homme engageant sa responsabilité civile ; dans une acception étroite : fait de l'homme résultant d'une faute intentionnelle et engageant sa responsabilité civile (par opposition au quasi-délit qui résulte d'une faute non intentionnelle).

banque, personne morale, les juges ne s'attachent pas à identifier au sein de la banque l'agent responsable de la faute.

## §1 : La responsabilité du fait personnel

**137.** L'article 204 de la LTGO pose le principe de la responsabilité du fait personnel, en ses termes : « Chacun est responsable du dommage causé par sa faute, même de négligence ou d'imprudence ».

En tant que professionnel, le banquier a des devoirs et obligations, le manquement à ces obligations devient source de responsabilité lorsqu'il cause un dommage à un tiers. Le fait générateur de la responsabilité du banquier peut ainsi être le manquement à ces obligations professionnelles lorsque celui-ci cause un dommage au tiers. Le banquier manque par exemple à ses obligations professionnelles lorsqu'il finance une entreprise dont la situation est irrémédiablement compromise<sup>288</sup>. Le préjudice pour les créanciers du client résulte ainsi de la diminution de l'actif et de l'augmentation des passifs.

**138.** Ensuite, le fait générateur peut consister en une faute indépendamment de la qualité de professionnel du banquier, tel est le cas, lorsqu'il se comporte comme un dirigeant de fait d'une entreprise qu'il finance et cette entreprise est par la suite tombée sous le coup de la procédure collective d'apurement du passif. Dans ce cas comme tout gérant d'une entreprise, il risque l'action en comblement du passif social ou l'extension de la procédure collective en son encontre<sup>289</sup>. La banque peut se voir reconnaître sa responsabilité même pour des fautes les plus légères<sup>290</sup>, il peut même être responsable pour le risque créé par une activité mise en œuvre par sa profession<sup>291</sup>.

**139.** Quand on parle du fait personnel on fait référence à la banque, en tant que personne morale c'est-à-dire le fait des personnes qui sont habilitées à engager la personne morale.

---

<sup>288</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 2 juillet 1997, *Bull. civ.* II, n° 212; *D.* 1998. Jur. 231, note G. Bolard, précité.

<sup>289</sup> Com. 22 mars 2005, n° 03-12.922, *D.* 2005, AJ 1020, obs. A. Lienhard; Com. 19 nov. 2003, n° 00-19.584; CA Paris, 28 oct. 1997, *JurisData*, n° 023 281; CA Paris, 10 juin 1987, *RD bancaire et bourse* 1988.92, obs. F. Crédot et Y. Gérard.

<sup>290</sup> Com. 7 janv. 1976, n° 72-14.029, *Bull. civ.* IV, n° 6; *D.* 1976. Jur. 277, note J.- P. Sortais et F. Derrida; *JCP G* 1976.II. 18327, note C. Gavalda et J. Stoufflet; *ibid.* I. 2786, note J. Ghestin; *Gaz. Pal.* N° 168, 17 juin 1976, p. 412, note Bouloc; CA Paris, 17 mars 1978, *D.*; 1978, IR 420, obs. M. Vasseur, Banque 1978.656, obs. L. -M. Martin; CA 15 déc. 1995, *BRDA* 3/1996, p. 4; CA Paris, 6 janv. 1977, *JCP* 1977. II. 18689, note J. Stoufflet.

<sup>291</sup> H., J. et L. Mazeaud et A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, tome1*, Montchrestien, n° 515-4.

## §2 : La responsabilité du fait d'autrui

**140.** L'article 220 de la LTGO pose le principe selon lequel : « toute personne juridique, individu ou groupement, qui exerce son activité par l'intermédiaire de préposé est responsable des dommages causés par ceux-ci dans les mêmes conditions que si elle avait agi personnellement ». La responsabilité du banquier peut également ainsi être le fait d'autrui. En effet, le banquier est responsable des fautes commises par ses préposés, en l'occurrence, ses agents et employés dans l'exercice de leurs fonctions<sup>292</sup>.

**141.** La condition reste que les fautes commises aient été perpétrées dans l'exercice de fonction de l'agent. Ce sont donc toutes les fautes que celui-ci commet pendant qu'il se trouve au service de la banque ; à ce moment, en vertu de la théorie de l'apparence, il est censé se trouver sous la dépendance de la banque<sup>293</sup>. Dans ce cas c'est la banque en tant que personne morale qui voit sa responsabilité engagée par la faute de ses salariés. C'est le cas, par exemple, lorsque des banquiers permettent à des clients malhonnêtes d'ouvrir un compte et de le faire fonctionner, provoquant ainsi des agissements dommageables pour les tiers. Ce client malhonnête pourrait utiliser son compte pour obtenir une carte bancaire, qu'il utilisera frauduleusement pour créer des préjudices dommageables aux tiers. Le banquier, préposé de la banque, ayant donc manqué à son devoir de discernement et de vigilance, engagera la responsabilité de la banque émettrice pour ce manquement<sup>294</sup>. Vis-à-vis du client, la banque, personne morale est responsable de la faute commise par son préposé et qui a causé un préjudice à ce client. Mais ensuite la banque dispose d'une action récursoire contre son préposé. A la fin, c'est le préposé qui supporte les conséquences de sa faute. En effet, le préposé est responsable de sa propre faute vis-à-vis de la banque. La banque peut même poursuivre son préposé que ce dernier ait causé un dommage à un client ou à la banque personne morale elle-même<sup>295</sup>.

Il est à noter que la responsabilité de la banque n'est pas engagée si son employé a agi en dehors du cadre de son travail, tel est le cas lorsque les relations du client et du préposé qui ont entraîné la faute se sont nouées en dehors des fonctions du préposé<sup>296</sup>.

---

<sup>292</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juillet 1965, *Bull. civ.* II, 1965, n° 679 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> octobre 1975, *Bull. civ.* II, 1975, n° 235, p. 189, *RTD com.* 1974, 6, 385.

<sup>293</sup> *Ibid.*

<sup>294</sup> C A Paris du 14 oct. 1960, *JCP* 1961, II, 12075.

<sup>295</sup> Crim. 19 mars 2014, affaire Kerviel.

<sup>296</sup> Req. 12 mai 1943, *Gaz. Pal.* 1943, 2, 62 ; 11 fév. 1947, *JCP.* 1947, IV, 59.

### §3 : La responsabilité du fait de la chose

**142.** Aux termes de l'article 206 de la LTGO : « toute personne qui, pour son fait, par les animaux ou les choses dont elle a la garde, cause la mort ou porte atteinte à l'intégrité physique d'une autre personne, occasionne un dommage aux animaux et aux choses appartenant à autrui, doit réparer le préjudice causé ». Cet article pose un principe général de responsabilité du fait des choses. Ce qui signifie que l'on est responsable du fait des dommages causés par le fait des choses que l'on a sous garde.

**143.** Trois conditions sont nécessaires pour l'application de l'article, il faut l'existence d'une chose, les choses de toutes sortes et les plus diverses. Peu importe que la chose soit atteinte ou non d'un vice interne ; il suffit que la chose objet du dommage soit présente au moment du dommage puis, un rapport de causalité doit avoir été constaté entre la chose et le dommage enfin, la garde de la chose : la responsabilité n'est pas attachée aux choses elles-mêmes, mais à leur garde. La responsabilité du banquier est engagée par le fait des choses qu'elle utilise dans ses activités professionnelles. Dans le cas du système de la carte bancaire, les automates qui sont des choses appartenant à la banque émettrice, peuvent faire l'objet de certains dysfonctionnements qui pourraient créer des dommages aux porteurs des cartes. Dans ce cas, la banque est responsable de tous les dommages causés par les automates qu'elle a sous sa garde<sup>297</sup>.

**144.** Cependant il est capital de préciser que l'on n'est responsable du fait des choses dont on a la garde que si cette chose a causé la mort ou a porté atteinte à l'intégrité physique de la personne ou a occasionné un dommage aux animaux et aux choses appartenant à autrui<sup>298</sup>. Par conséquent, on ne peut pas retenir la responsabilité de la personne qui a la garde de la chose si cette chose n'a causé qu'un dommage patrimonial ou économique à la victime. C'est le cas le plus souvent en matière de dysfonctionnement des automates, le dysfonctionnement d'un distributeur automatique de billets ne cause en général qu'une perte d'argent à la victime. Ainsi, en matière d'utilisation des automates, la responsabilité du banquier est recherchée sur la base contractuelle et non extracontractuelle. Ce, parce que l'utilisation des automates fait partie de l'exécution par le banquier de son obligation contractuelle de restitution des fonds déposés. Tel n'est pas le cas par contre, si le dysfonctionnement a causé la mort ou a porté atteinte à l'intégrité physique de la personne ou a occasionné un dommage aux animaux et aux choses appartenant à autrui, dans ce cas la

---

<sup>297</sup> Com. 27 janvier 1998, DIT octobre 1999, n° 4, p. 29, note Garance.

<sup>298</sup> Article 206 de la LTGO.

responsabilité du banquier sera retenue sur la base de responsabilité du fait de la chose dont on a la garde.

## **Section 2 : Le dommage**

**145.** L'article 204 de la LTGO précité nous dit que « chacun est responsable du dommage causé par sa faute même de négligence ou d'imprudence ». L'article 205 de la LTGO poursuit qu' « en l'absence de toute faute, certains dommages doivent être réparés par ceux qui en sont déclarés responsables [...] ». Ainsi, quand il y a faute, tous les dommages sont indemnisables, tandis qu'en l'absence de toute faute, certains dommages seulement peuvent être indemnisés<sup>299</sup>. Dans tous les cas, l'article 233 de la LTGO ajoute que le dommage doit présenter quelques caractères pour être indemnisable. En ses termes : « Dans l'appréciation et l'évaluation du dommage subi, les juges doivent tenir compte du préjudice direct, actuel et certain, aussi bien matériel que moral ». Si on reprend l'exemple du banquier qui a financé un client alors que celui-ci se trouve dans une situation irrémédiablement compromise, le préjudice individuel des créanciers antérieurs à la faute de la banque est l'atteinte portée à leur droit de gage général sur le patrimoine du débiteur. En effet, l'aggravation de l'insuffisance d'actif réduit ou anéanti même leurs chances de percevoir un dividende dans la procédure collective, leur préjudice correspond à la différence entre ce qu'ils percevront véritablement et ce qu'ils auraient perçu si la procédure avait été mise en œuvre plutôt<sup>300</sup>.

## **Section 3 : Le lien de causalité entre le fait générateur et le dommage**

**146.** La réparation des dommages n'est pas subordonnée uniquement à la double existence d'un dommage et d'un fait générateur de responsabilité. Encore faut-il que ce dommage se rattache à ce fait générateur de responsabilité par un lien de cause à effet, par un lien de causalité. Il faut que le fait générateur de responsabilité ait été la cause du dommage, qu'il soit sa cause efficiente. La victime doit ainsi prouver que le préjudice qu'elle a subi est

---

<sup>299</sup> Sur le dommage, voir, RAMAROLANTO-RATIARAY et Jean-Baptiste SEUBE, *La théorie générale des obligations en droit malgache, tome 2 : le fait juridique, le régime général des obligations*, Jurid'ika et Coopération Franco-Malgache, 2013, p. 20 à 32.

<sup>300</sup> Com. 23 janv. 2001, n° 97-21.193 ; Com. 11 oct. 1994, n° 90-12.129, *RD bancaire et bourse* 1995.16, obs. F. Crédot et Y. Gérard.

effectivement causé par la faute du banquier<sup>301</sup>. Quand la faute reprochée à l'établissement de crédit est le fait d'avoir soutenu un débiteur en situation désespérée, le lien de causalité ne présente pas particulièrement de difficulté. Un arrêt de la Cour de cassation<sup>302</sup> a par exemple estimé qu'il y a lien de causalité entre le fait générateur et le dommage dans le fait qu'un débiteur n'a pas pu payer une créance à cause du soutien abusif de la banque. En l'Espèce, les époux X ont acquis un appartement dans un immeuble placé sous le statut de la copropriété au moyen d'un prêt accordé par la banque. Les époux n'ont pas pu payer les échéances du prêt et les charges de copropriété. L'appartement a été vendu sur adjudication et la créance de la banque a absorbé la totalité du prix de vente, le syndicat des copropriétés n'ayant pu obtenir paiement de sa créance a assigné la banque en soutenant que la banque avait commis une faute génératrice de son préjudice. La Cour de cassation française a condamné la banque au motif que « l'obligation au paiement des charges de copropriété était directement liée à l'acquisition du bien immobilier et que lors de l'octroi du prêt la situation des débiteurs était déjà obérée et connue de la banque, ce dont il résultait un lien de causalité direct entre l'octroi du prêt et le défaut de paiement des charges de copropriété ».

Il a été aussi jugé que le lien de causalité n'existe pas lorsque les difficultés de l'entreprise sont dues à la défaillance de l'un de ses plus importants débiteurs<sup>303</sup> ou à des circonstances propres à l'opération financée<sup>304</sup>.

Pour pouvoir engager la responsabilité extracontractuelle du banquier, il faut ainsi remplir les trois conditions du droit commun.

Pour clore ce chapitre, il est important de remarquer que contrairement au droit français, la LTGO reconnaît les clauses limitatives de responsabilité même en matière extracontractuelle.

#### **Section 4 : Les conventions relatives à la responsabilité extracontractuelle**

**147.** Le principe est la réparation intégrale du préjudice, « le juge doit réparer le préjudice dans tous ces éléments »<sup>305</sup>. « Le dommage n'est pas, comme en matière contractuelle, limité au dommage que l'auteur pouvait prévoir compte tenu de son acte ou

---

<sup>301</sup> Com. 19 nov. 2003 n° 00-19.584; Com. 7 févr. 1983, *Bull. civ. IV*, n° 49, *RTD com.* 1984. 319, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

<sup>302</sup> Civ. 2<sup>e</sup> 2 juillet 1997 n° 95-10.377, *RTD com.* 1997.659, obs. M. Cabrillac.

<sup>303</sup> Com. 5 mai 1998, n° 95-16.873.

<sup>304</sup> Com. 10 mai 1994, n° 92-15. 214.

<sup>305</sup> Civ. 2<sup>e</sup> , 22 fév. 1995, *somm.* 233 obs. D Mazeaud.

compte tenu des prévisions du contrat : ce dernier doit réparer tous les dommages effectivement survenus même s'ils dépassent ceux que l'on pouvait raisonnablement prévoir »<sup>306</sup>. Le dommage doit ainsi être réparé intégralement, ce qui logiquement devrait exclure les conventions sur la limitation de responsabilité en matière délictuelle. En effet, le droit français<sup>307</sup> considérant les articles 1382 et suivants comme d'ordre public, exclut la possibilité de conclure des conventions d'exonération ou d'atténuation de responsabilité en matière extracontractuelle et déclare nulles ces clauses. La LTGO par contre, édicte dans ses articles 241 et 242 respectivement que : « On peut néanmoins par accord contractuel, hormis les cas de faute lourde ou de dol, stipuler qu'on ne sera responsable des fautes commises par une personne dont on répond civilement. » et « On peut même stipuler contractuellement qu'on ne sera pas responsable, hors le cas de faute, d'un dommage qui doit conformément à l'article 206 être réparé indépendamment de toute faute »<sup>308</sup>.

On peut ainsi imaginer que la banque peut limiter ou s'exonérer de sa responsabilité face à la faute commise par son préposé. Ce qui est quand même assez illogique surtout eu égard en sa qualité de professionnel.

Quoi qu'il en soit, il est à remarquer que l'article 240 exclut du champ d'application de ces clauses la faute personnelle<sup>309</sup>.

Dans tous les cas, en pratique, ces clauses trouvent difficilement application<sup>310</sup>. Comment une banque, un professionnel peut limiter par avance sa responsabilité délictuelle et faire accepter à un client ou au tiers qui subirait des dommages qu'elle ne sera pas tenue pour responsable de la faute que son préposé pourrait commettre dans l'exercice de ses fonctions ? C'est presque étonnant que cette clause puisse avoir application en matière de la responsabilité du banquier<sup>311</sup>.

---

<sup>306</sup> V. RAMAROLANTO-RATIARAY et Jean-Baptiste SEUBE, *op.cit.*, tome 2, p. 114.

<sup>307</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 17 fév. 1955, *D.* 1956.17 note P. Esmein, *JCP* 1955, II, 8951 note R. Rodière ; Civ. 2<sup>e</sup>, 28 nov. 1962 *D.* 1963. 465 note J. Borricand, *JCP* 1064, II, 1371 à obs. M. de Juglart.

<sup>308</sup> V. RAMAROLANTO-RATIARAY et Jean-Baptiste SEUBE, *op.cit.*, tome 2, p. 118 à 121.

<sup>309</sup> Article 240 LTGO : « On ne peut souscrire des clauses d'exonération ou d'atténuation de responsabilité quant aux conséquences de sa faute personnelle ».

<sup>310</sup> Sur l'impossibilité d'application des clauses d'exonération de responsabilité ou d'atténuation de responsabilité en matière délictuelle, V. RAMAROLANTO-RATIARAY et Jean-Baptiste SEUBE, *op.cit.*, tome 2, p. 121.

<sup>311</sup> A comparer avec l'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations articles 1101 à 1386 du Code civil et du droit de la prescription articles 2234 à 2281 du Code civil du 22 septembre 2005 : « on ne peut exclure ou limiter la réparation du dommage causé par sa faute. Dans les autres cas, la convention n'a d'effet que si celui qui l'invoque prouve que la victime l'avait acceptée de manière non équivoque » article 1382-4.

Par le développement qui a précédé, on a pu expliquer le régime propre des responsabilités. On a ainsi pu relever la différence entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle du banquier, selon que ce dernier est lié avec son client par un contrat ou non. Dans un troisième volet de cette partie préliminaire, il est question de s'attaquer aux effets de la responsabilité, c'est-à-dire à l'action en responsabilité en soi. Et dans cette rubrique nous n'allons pas faire la différence entre l'action en responsabilité contractuelle et l'action en responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle que pour des cas spécifiques à chacune d'elles tels que la nécessité d'une mise en demeure ou la limitation de la réparation aux seuls dommages prévisibles. Aussi, avons-nous décidé d'analyser dans un même et unique volet l'action en responsabilité contre le banquier, que celle-ci provienne de son client ou du tiers.

### TITRE 3 : LES EFFETS DE LA RESPONSABILITE CIVILE DU BANQUIER

148. D'ores et déjà, il est à noter qu'au moment d'ester en justice contre la banque, il faut savoir qu'en présence d'une faute contractuelle, le demandeur doit agir sur le terrain de la responsabilité contractuelle, et en l'absence d'un contrat ou de faute contractuelle le tiers agit en responsabilité extracontractuelle. En aucun cas, le demandeur ne peut utiliser les deux voies en même temps en vertu du principe de non cumul des responsabilités selon lequel « le créancier d'une obligation contractuelle ne peut se prévaloir contre le débiteur de cette obligation, quand bien même il y aurait intérêt, des règles de la responsabilité délictuelle »<sup>312</sup>. L'option entre les deux domaines n'est pas ouverte au demandeur, une fois qu'il y a faute contractuelle, il doit agir en responsabilité contractuelle. La Cour de cassation française est très claire là-dessus : « les articles 1382 et suivants ne sont pas applicables lorsqu'il s'agit d'une faute commise dans l'inexécution d'une obligation résultant d'un contrat »<sup>313</sup>. Cette règle de non cumul est également applicable à Madagascar<sup>314</sup>. Afin de bien marquer la partie pratique des contentieux avec les banques, on doit parler d'abord des modes alternatifs de règlement des litiges qui sont fréquents dans la pratique bancaire (Chapitre 1) avant de procéder à l'étude de la procédure judiciaire concernant la mise en œuvre de la responsabilité du banquier (chapitre 2).

---

<sup>312</sup> Req., 21 janv. 1890, S.1890, I, p. 408; DP 1891, I, p.380; Civ. 1re , 44 nov. 1992, Bull. Civ. I, n° 276 ; Civ. 2e , 26 mai 1992, Bull. Civ. II, n° 154; RTD. Civ. 1992, p. 767, obs. P. Jourdain; Civ. 3e , 8 juil. 1998, Bull. civ. III, n° 159; RTD. civ; 1998, p. 909, obs. P. Jourdain; Com., 24 sept. 2003, Bull. civ. IV, n° 145; RTD. civ. 2004, p. 94, obs. P; Jourdain; Com., 13 juillet 2010, RDC.2011, p. 51, obs. Y.-M. Laithier.

<sup>313</sup> Civ. 2<sup>e</sup> , 6 avril 1927, S. 1927, 1, 201, note Mazeaud.

<sup>314</sup> RAMAROLANTO-RATIARAY et Jean-Baptiste SEUBE, *La théorie générale des obligations en droit malgache, tome 1 : l'acte juridique*, Jurid'ika et Coopération Franco-Malgache, 2013, n° 574, p. 282.

## **CHAPITRE 1 : LES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES LITIGES AVEC LA BANQUE**

**149.** Dans un litige, il est souvent préférable de régler l'affaire à l'amiable ou du moins trouver une solution en dehors de l'intervention du juge. Les MARL ou Modes Alternatifs de Règlement des Litiges recouvrent tout mécanisme permettant de trouver des solutions acceptables par des parties en différend en dehors des procédures judiciaires traditionnelles. Aussi dans ce chapitre on va voir d'abord le règlement amiable des litiges avec la banque auprès de la banque (Section 1) ensuite parler de l'emploi de médiation et d'arbitrage en matière bancaire (Section 2).

### **Section 1 : Le règlement amiable des litiges avec la banque auprès de la banque**

**150.** Le traitement des affaires à l'amiable est le plus utilisé à Madagascar parce qu'avec la culture de « Fihavanana Malagasy »<sup>315</sup>, rares sont les malgaches qui portent l'affaire en justice si un règlement amiable peut encore se faire. La mentalité des malgaches épouse parfaitement l'adage « mieux vaut un mauvais arrangement qu'un bon procès ». En effet, il est souvent pénible pour un malgache de devoir traiter l'affaire en justice parce que socialement cela signifie que les parties ne s'entendent pas, ce qui est contraire à ce concept sacro-saint de « Fihavanana ». On est même tenté d'aller plus loin et dire que dès fois, même si le client ou la victime n'a pas pu être indemnisé amiablement, il préfère laisser tomber que d'aller devant le tribunal. C'est en partie pour cette raison que la jurisprudence malgache<sup>316</sup> en matière bancaire concerne dans la majorité des cas en des recours de la banque contre les clients pour non-paiement des prêts et non l'inverse, le recours du client contre la banque reste des cas isolés. Aussi, lorsqu'il y a un problème avec la banque, le client contacte d'abord la banque pour essayer de régler l'affaire à l'amiable. Les banques malgaches de leur côté privilégient le règlement amiable. Un procès coûte cher et prend du temps vu la lenteur de l'administration en la matière.

---

<sup>315</sup> Le « Fihavanana malagasy » est une des valeurs culturelles malgaches qui se manifestent sous forme de lien social, de l'entraide et de solidarité très valorisées dans la culture de Madagascar. Cette valeur constitue un principe de base de la vie collective à Madagascar.

<sup>316</sup> Par exemple, T. com. Antananarivo, 10 oct. 2008, BNI Madagascar c/ Dame Randrianarivelo Olivia, *Jugements commentés du Tribunal de commerce d'Antananarivo Année 2008, tome 1*, Jurid'ika 2011, p. 297 ; T. com. Antananarivo, 7 août 2008, BFV/SG c/ Razafintsalama Solofonirina, *Tribunal de commerce Jugements commentés du Tribunal de commerce d'Antananarivo Année 2008, tome 1*, Jurid'ika 2011, p. 308 et s.

## **Section 2 : La médiation et l'arbitrage bancaire**

**151.** La médiation désigne « tout processus structuré par lequel deux ou plusieurs personnes tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire, en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers dénommé médiateur, qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence »<sup>317</sup>. La médiation est toujours un règlement à l'amiable du litige mais à la différence du cas qu'on a parlé dans la première section, la médiation suppose l'intervention d'un tiers qui va jouer le rôle d'un conciliateur ou d'un médiateur. Pour recourir à ce mode de règlement de litige, les parties stipulent en général, dans leur contrat ce qu'on appelle la « clause de médiation conventionnelle » qui va permettre aux parties de recourir d'abord à un tiers pour tenter de trouver la solution et n'agir en justice qu'en dernier ressort, c'est-à-dire que les parties agiront en justice uniquement en cas d'échec de la médiation. Cette clause permettra ainsi au juge, d'opposer aux parties une fin de non-recevoir si elles vont directement saisir le juge en dehors de tout échec de la médiation.

**152.** Les banques peuvent également opter pour une convention d'arbitrage au lieu de la convention de médiation. L'arbitrage est une « procédure de règlement de litiges conventionnellement prévue par les parties : celles-ci s'engagent au terme d'une convention d'arbitrage (compromis ou clause compromissoire), à soumettre leur litige à une ou plusieurs personnes privées [...], à qui elles confèrent ainsi un véritable pouvoir juridictionnel »<sup>318</sup>. A la différence d'un médiateur, l'arbitre ne cherche pas à concilier les solutions proposées par chaque partie, il tranche le litige tel un juge. Et la sentence arbitrale s'impose aux parties, elle produit les mêmes effets qu'un jugement<sup>319</sup>.

**153.** Afin de bien montrer l'état actuel de ce système de modes alternatifs de règlement des litiges, plus particulièrement celui de la médiation, il est important de se référer à la pratique française (§1) afin de pouvoir la comparer avec ce qui se passe à Madagascar (§2).

---

<sup>317</sup> Lexique des termes juridiques, 21<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, p. 597.

<sup>318</sup> Lexique des termes juridiques, Dalloz 2014, p. 71.

<sup>319</sup> Les voies de recours ordinaires sont l'appel et le recours en annulation, les voies de recours extraordinaires sont le recours en révision, la tierce opposition et le pourvoi en cassation.

## §1 : La pratique du système de médiation et d'arbitrage bancaire en France

**154.** C'est à partir de 1996 qu'on a pu apercevoir que certaines banques françaises ont commencé à voir l'intérêt d'un système de médiation et ont commencé à l'adopter, c'est le cas notamment de la Société Générale<sup>320</sup>, le Crédit Lyonnais et le Crédit du Nord. La BNP quant à elle n'avait pas mis en place un médiateur au sens strict du terme mais a toutefois mis en place un service téléphonique pour régler les problèmes des clients<sup>321</sup>. La Loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier ou loi MURCEF<sup>322</sup> a mis en place un médiateur qui a pour mission de recommander des solutions à certains litiges<sup>323</sup>. L'établissement de crédit qui ne dispose pas de médiateur, peut utiliser les services de celui que la Fédération Bancaire Française met à sa disposition.

**155.** Par rapport au client, le recours au médiateur est facultatif. Le Code monétaire et financier prévoit que ses modalités d'accès sont régies par la convention, et les banques, même si elles ne font pas expressément de la médiation un passage obligé, ne précisent pas expressément son caractère facultatif. Mais avec la loi du 28 janvier 2005<sup>324</sup>, la clause qui restreindrait l'exercice d'action en justice du consommateur en l'obligeant « à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges » est désormais abusive<sup>325</sup>.

**156.** En dehors de la technique de médiation, les banques peuvent recourir également à la convention d'arbitrage susmentionnée. La convention d'arbitrage prend la forme soit d'une clause compromissoire soit d'un compromis. La clause compromissoire est une clause insérée dans un contrat, par laquelle les parties s'engagent à recourir à l'arbitrage pour les différends qui surgiraient entre elles relativement à ce contrat<sup>326</sup>. Le compromis est une « convention par laquelle deux ou plusieurs personnes décident de soumettre un litige déjà né et concernant les droits dont elles ont la libre disposition à l'arbitrage d'un tiers »<sup>327</sup>. Les parties peuvent ainsi décider de soumettre leur litige à l'arbitrage soit au moment de la conclusion du contrat bancaire soit au moment de la naissance du litige. Si la médiation et le

---

<sup>320</sup> V. par exemple la lettre de la Société Générale, n°8, juin 1996, annonçant la nomination de Mme Scrivener aux fonctions de médiateur.

<sup>321</sup> Médiafil, Capital juill. 1996, p. 142.

<sup>322</sup> La Loi Murcef a pour objectif d'améliorer les relations entre les banques et leur clientèle.

<sup>323</sup> V. l'article. L.312-1- 3, I, qui vise les litiges relatifs à la convention écrite ou à l'interdiction des ventes groupées ou à prime.

<sup>324</sup> Loi n° 2005-67, 28 janv. 2005, tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur.

<sup>325</sup> Article L. 132-1 du Code de la consommation ; art. 6 L. n° 2005-67 précitée.

<sup>326</sup> V. Lexique des termes juridiques, Clause compromissoire [procédure civile], Dalloz 2014, p. 170 ; Article 1442 du NCPciv.

<sup>327</sup> V. Lexique des termes juridiques, Compromis [procédure civile], Dalloz 2014, p. 204.

compromis sont facultatifs, les clauses compromissoires, elles, ne sont valables qu'entre les commerçants, à l'exclusion des consommateurs<sup>328</sup>.

L'arbitre est un véritable juge dont la décision s'impose aux parties. L'arbitrage permet donc de régler un litige sans passer par les tribunaux de l'État mais par une juridiction arbitrale, en confiant le litige à un ou plusieurs particuliers choisis par les parties. Il constitue dès lors un mode de règlement extra-judiciaire des conflits.

Les modes alternatifs de règlement des litiges sont des techniques qui se développent de plus en plus pour éviter la lenteur des juridictions dans le monde des affaires où la célérité est un des principes majeurs.

## **§2 : La médiation et l'arbitrage bancaire à Madagascar**

**157.** A Madagascar, les banques stipulent de plus en plus dans les contrats d'adhésion qu'elles mettent à la disposition de leurs clients des clauses de médiation ou des clauses d'arbitrage, ce, afin de privilégier le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges. On va citer à titre d'exemple l'article 18 de la convention Elionet de la BNI Madagascar : « Les Parties conviennent de se concerter pour aboutir à un règlement amiable de leurs différends. Si aucun accord ne peut intervenir au terme d'un délai de 45 jours à compter de leur survenance, une procédure d'arbitrage pourra être lancée sur l'initiative de la Partie la plus diligente. Les différends résultant de la présente Convention seront tranchés définitivement par un ou plusieurs arbitres suivant le Règlement de Conciliation du Centre d'Arbitrage et de Médiation de Madagascar ». De cet exemple on peut tirer que les banques de Madagascar essaient de favoriser d'abord le règlement amiable. Le règlement amiable commence par la négociation entre les deux parties d'abord, puis, la partie la plus diligente peut faire entrer un médiateur ou un conciliateur, si le différend n'est toujours pas résolu, une procédure d'arbitrage sera initiée. Les clauses existent bel et bien dans la convention, mais force est de constater que rares sont les litiges avec les banques qui arrivent jusqu'au Centre d'Arbitrage et de Médiation de Madagascar<sup>329</sup>. L'arbitrage existe depuis 1998 à Madagascar mais il trouve rarement application. « La preuve, il n'y a actuellement que 3 cas d'arbitrage traités

---

<sup>328</sup> Article 2061 du Code civil : « Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ».

<sup>329</sup> Le CAMM ou le Centre d'Arbitrage et de Médiation de Madagascar est créé en 2001, il a pour mission d'assurer l'amélioration de l'environnement des affaires à Madagascar, afin de prévenir et de régler les litiges des entreprises, à travers les MARL (Modes Alternatifs de Règlement des Litiges).

par le Centre d'Arbitrage et de Médiation de Madagascar (CAMM) » jusqu'en 2014<sup>330</sup>. En résumé les clauses existent, mais dans la pratique, les banques malgaches utilisent plus le règlement amiable entre les parties sans intermédiaire ni d'un médiateur ni d'un conciliateur ni d'un arbitre.

**158.** Le problème avec des clauses de médiation ou clauses d'arbitrage<sup>331</sup> dans les contrats avec la banque, c'est qu'en présence de ces clauses les parties sont tenues de passer par une médiation et ce n'est qu'en cas d'échec de la médiation qu'elles peuvent porter l'affaire en justice, et dans le cas des clauses d'arbitrage, les sentences arbitrales s'imposent aux parties, ces clauses sont ainsi un passage obligé pour les clients. Entre les professionnels, entreprise et banque, le problème ne se pose pas, mais qu'en est-il lorsque le client est un particulier ? En vertu de l'article 123 de la LTGO, « le contrat s'impose aux parties au même titre que la loi », les clauses s'appliquent que le client soit une personne morale ou une personne physique sous réserve que les clauses soient jugées abusives au sens de l'article 43 de la loi n° 2015-014. Il est toutefois à signaler que comme on calque souvent les solutions données par le droit français, lorsque la difficulté se présentera, les juges malgaches recourront certainement au droit français.

**159.** Le règlement du CAMM s'applique si les parties à un litige ont valablement prévu, dans leur contrat, le recours au CAMM par l'insertion d'une clause d'arbitrage, ou si leur contrat ne prévoit pas une telle clause, elles peuvent avoir recours audit Règlement en adoptant un compromis d'arbitrage ; un fois le litige nait, ce compromis donne exclusivement compétence au CAMM pour régler leur différend<sup>332</sup>. Le CAMM peut jouer le rôle soit d'un médiateur, soit d'un conciliateur soit d'un arbitre selon la volonté des parties.

Les modes alternatifs de règlement des litiges existent à Madagascar, les banques privilégient le recours au CAMM mais cet effort n'empêche pas que certains litiges arrivent quand même au tribunal, c'est la question qui va faire l'objet du chapitre suivant.

---

<sup>330</sup> Midi Madagasikara, Edmond R., 22 janvier 2014.

<sup>331</sup> Sur l'arbitrage, v. art. 439 à 464 du Code de procédure civile.

<sup>332</sup> V. Règlement d'arbitrage du CAMM.

## CHAPITRE 2 : L'ACTION EN RESPONSABILITE DU BANQUIER

**160.** C'est dans ce chapitre que nous allons voir la procédure judiciaire proprement dite de la responsabilité civile du banquier. Pour ce faire on va d'abord étudier dans une section première les personnes habilitées à demander la mise en œuvre de la responsabilité du banquier (section 1) puis dans une section deuxième, la procédure à suivre quand on veut intenter l'action en responsabilité contre le banquier (section 2) et enfin les conséquences de l'action en responsabilité (section 3).

### Section 1 : Les titulaires de l'action en responsabilité contre le banquier

**161.** Par application de la règle selon laquelle « pas d'intérêt pas d'action », on estime que les principales personnes qui ont intérêt à agir contre le banquier sont d'abord son client (§1) ensuite parmi les tiers, le créancier du client (§2) qui est représenté par le syndic dans la procédure collective d'apurement du passif (§3) et enfin, la caution du client (§4).

#### §1 : Le client du banquier

**162.** Le client est la personne qui est liée avec la banque par au moins une convention d'ouverture de compte bancaire. Par la suite, ce client peut conclure d'autres conventions avec la banque telles que la convention de crédit, la gestion du patrimoine, la location de coffre-fort etc. et chacune de ces conventions peut être source du litige. Le client peut demander une réparation du moment qu'il a subi un dommage résultant du manquement aux obligations contractuelles<sup>333</sup>. Il est toutefois à noter qu'en cas d'inexécution, de mauvaise exécution ou de retard dans l'exécution des obligations contractuelles, le client n'engage pas obligatoirement ou systématiquement la responsabilité du banquier, il peut demander par exemple seulement la résolution ou la résiliation du contrat, il peut également se contenter de demander l'exécution forcée du contrat<sup>334</sup>, qui est signalons-le assez difficile en pratique, sans demander des dommages-intérêts. L'action en responsabilité est intentée pour demander la

---

<sup>333</sup> Il est à noter que dans ce cas, le client agira sur le plan de la responsabilité contractuelle, tandis que les tiers qui ont subi un dommage du fait du manquement du banquier à ses obligations contractuelles agiront sur le terrain de la responsabilité délictuelle.

<sup>334</sup> V. RAMAROLANTO-RATIARAY et Jean-Baptiste SEUBE, *La théorie générale des obligations en droit malgache, tome 1 : l'acte juridique*, Jurid'ika et Coopération Franco-Malgache, 2013, p. 260- 263.

réparation d'un préjudice subi, et généralement, l'inexécution des obligations contractuelles cause un dommage au créancier<sup>335</sup>.

**163.** En dehors de tout manquement aux obligations contractuelles, le client peut engager la responsabilité délictuelle de la banque dans tous les cas où l'agissement de ce dernier lui a causé un préjudice.

Dans ce volet, afin de faciliter la terminologie utilisée on va assimiler au client de la banque le « futur client », c'est-à-dire la personne qui s'est vu refuser par la banque l'ouverture d'un compte, même s'il est évident que le contrat n'est pas encore formé puisque dans la théorie générale des obligations, le contrat est formé par l'acceptation à ouvrir le compte. Le client peut avoir intérêt à engager la responsabilité du banquier dans le cas où il se voit refuser l'ouverture d'un compte. Si la publicité de la banque est analysée comme une offre de contracter, l'acceptation du client devra former le contrat. Mais l'offre doit être précise c'est-à-dire contenir déjà tous les éléments du contrat ; ferme c'est-à-dire qu'elle ne contient aucune réserve et non équivoque, or dans la publicité faite par la banque, la publicité ne contient pas toutes les conditions du contrat à former et en plus et surtout le banquier se réserve le choix de ses clients. Ainsi, le client n'a pas une action contractuelle contre le banquier. Le client qui s'est vu refusé l'ouverture d'un compte bancaire peut engager la responsabilité du banquier mais ce sur la base extracontractuelle, puisque le contrat n'est pas encore formé. Il doit simplement prouver la faute du banquier, le préjudice qu'il a subi et le lien de causalité entre la faute et le dommage.

## **§2 : Le créancier**

**164.** Le créancier du client est un tiers dans le contrat conclu par celui-ci avec son banquier. Comme on a dit plus haut, le banquier joue un rôle économique important, de ce fait, son action peut avoir des conséquences considérables sur les personnes qui n'ont aucun rapport contractuel avec lui. Tel est le cas du créancier de son client. En droit commun des obligations, en vertu du principe de l'opposabilité du contrat par le tiers lorsqu'un tiers subit un préjudice du fait de la mauvaise exécution du contrat, il peut rechercher la responsabilité délictuelle des contractants. Il est alors entendu que le tiers ne poursuit pas l'exécution du contrat mais cherche à obtenir l'indemnisation d'un préjudice. Le manquement du banquier à ses obligations contractuelles peut ainsi lui causer des préjudices. Mais également, le

---

<sup>335</sup> *Supra*, la faute contractuelle, p.66.

manquement tout court du banquier à ses obligations en tant que bon professionnel est source de responsabilité que le créancier peut invoquer à l'instar de l'octroi du crédit fautif au client.

**165.** Ce sont en particulier les créanciers chirographaires qui ont intérêt à agir contre la banque. Ce sont ceux qui ne bénéficient que d'un droit de gage général sur le patrimoine du débiteur. Ils n'ont aucune sûreté particulière c'est-à-dire, ils n'ont ni le droit de suite ni le droit de préférence. Tous les contrats conclus par leurs débiteurs peuvent soit enrichir leur patrimoine soit appauvrir leur patrimoine, leur gage subit une fluctuation en fonction du comportement de leurs débiteurs.

Les créanciers munis de sûretés agissent rarement contre le banquier, vu que le paiement de leurs créances est garanti, et que même si la conséquence de la faute du banquier est par exemple l'aggravation du passif de son débiteur, ils ne sont pas touchés par le règlement par contribution ou paiement au franc dans lequel ils risquent de ne pas être payés intégralement d'où l'absence d'intérêt pour agir contre la banque. Le problème se pose uniquement si le créancier en question ne se trouve pas au premier rang d'une hypothèque par exemple. Si le créancier a pris le soin d'être au bon rang dans la constitution de ses sûretés, ou a pris une caution solvable, il n'aura pas logiquement intérêt à agir contre le banquier.

### **§3 : Le syndic**

**166.** Lorsque le client se trouve happé par la procédure collective d'apurement du passif, à partir du jugement d'ouverture, toute poursuite individuelle contre lui est suspendue. Dorénavant, ses créanciers suivent la procédure de la déclaration des créances et forment ce qu'on appelle la masse des créanciers. Dès lors ils n'agiront plus individuellement, c'est le syndic<sup>336</sup> qui les représente et qui va se charger de protéger leurs intérêts collectifs<sup>337</sup>. Le syndic va ainsi agir au nom et pour le compte des créanciers qui composent la masse des créanciers. Le syndic est seul habilité à représenter les créanciers, ces derniers ne pourront plus agir individuellement<sup>338</sup>. Un créancier individuellement ne peut donc engager

---

<sup>336</sup> Selon l'article 32 de la loi n° 2003-042 du 15 juillet 2004 sur les procédures collectives d'apurement du passif : « le ou les syndics sont chargés de représenter les créanciers ».

<sup>337</sup> Sur les procédures collectives d'apurement du passif, v. Alain LIENHARD, Procédures collectives, 5e éd., Dalloz 2013.

<sup>338</sup> A comparer l'article L. 622-20 du Code de commerce français : « le mandataire judiciaire désigné par le tribunal a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers ».

directement d'action contre le banquier<sup>339</sup>. Ce qui signifie que n'ayant pas pouvoir d'agir pour le débiteur, il n'est pas habilité à exercer le recours en responsabilité contractuelle contre le banquier.

Il est à noter que le syndic représente les créanciers du client et non le client débiteur. Par conséquent, le recours du syndic est forcément délictuel parce que ces créanciers ne sont pas liés contractuellement avec la banque.

#### **§4 : La caution**

**167.** La caution de l'emprunteur, c'est-à-dire celle du client est fondée à demander la réparation de son préjudice dans plusieurs cas. Dans le cas d'un soutien abusif apporté à la banque au débiteur par exemple, la caution peut engager la responsabilité dans tous les cas où le soutien abusif est à l'origine de l'aggravation de sa dette<sup>340</sup>. La Cour de cassation<sup>341</sup> française apporte une illustration, elle a jugé que le versement des sommes dues « générerait nécessairement un déficit chronique très important, de sorte que l'opération cautionnée n'était économiquement pas viable, la société étant dès l'origine en état de cessation des paiements [alors que l'organisme de crédit était] une société spécialisée et disposait de tous les paramètres d'appréciation nécessaires à l'évaluation de l'opération financée [et] que les cautions n'étaient des professionnels ni de la finance, ni de [l'activité concernée] : qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la Cour d'appel a pu estimer [que l'organisme de crédit] a commis une faute en sollicitant le cautionnement [...] et en incitant [les cautions] à se méprendre sur les risques réels de leur engagement ».

**168.** La caution peut en connaissance de cause valablement s'engager pour un débiteur déjà insolvable<sup>342</sup>. Par contre, si elle s'est engagée parce que le banquier lui a caché la situation irrémédiablement compromise du débiteur<sup>343</sup>, la caution pourra engager la responsabilité du banquier. En effet, le banquier a une obligation précontractuelle de

---

<sup>339</sup> En ce sens : T. com Chambéry, 5 oct. 1987, *Gaz. Pal* 1988. Somm. 96 estimant qu'un créancier ne peut se substituer à lui ; Com. 25 nov. 1986, *D.* 1987. Jur. 88, note F ; Derrida décidant qu'aucun créancier ayant produit n'est recevable à agir lui-même ; CA Montpellier, 24 oct. 1991, *Juris-Data*, n° 049469.

<sup>340</sup> CA Paris, 15e ch. B, 12 janv. 2007, RG n° 05/09476, *JurisData*, n° 327809 ; *Gaz. Proc. Coll.* N° 4/2007 ; *Gaz.Pal.* 27 oct. 2007, n° 300, p. 53, note R. Routier.

<sup>341</sup> Com. 23 juin 1998, n° 95-16.117, *Bull.civ.* IV, n° 208 ; *JCP E* 1998, p. 1831, note D. Legeais ; *JCP E* 1999, n° 17, obs. C. Gavalda et J. Stoufflet ; *RD bancaire et bourse* 1998, n° 70, p. 193, note Legeais ; *CCC* oct. 1998, p. 8.

<sup>342</sup> Com. 10 octobre 1995, *Bull. civ.* IV, n° 223 ; *D.* 1996. Somm. 265, obs. L. Aynès.

<sup>343</sup> Com. 11 mars 2003, *Bull. Joly* 2003, 635.

renseignement vis-à-vis de la caution<sup>344</sup>. Il doit veiller à ce que la caution soit « pleinement informée »<sup>345</sup> de la situation du client. Si la banque cache à la caution la fragilité de la situation financière du débiteur principal, la caution n'a pas la possibilité de peser le risque qu'elle encourt en se substituant à ce débiteur en cas de défaillance de celui-ci. La banque manque ainsi à ses obligations de loyauté et de conseil<sup>346</sup>.

## **Section 2 : La procédure à suivre pour la mise en œuvre de la responsabilité du banquier**

**169.** Lorsqu'on est en présence d'un manquement à une obligation contractuelle, différentes possibilités s'ouvrent au créancier, il peut par exemple demander la résolution ou la résiliation<sup>347</sup> du contrat passé avec la banque ou demander l'exécution forcée<sup>348</sup> de l'obligation. Mais l'existence de ces actions ne fait pas obstacle à la possibilité de demander la réparation du préjudice subi. Tel que l'article 56 de la LTGO l'illustre « Si l'exécution en nature laisse subsister un préjudice, le créancier peut exiger des dommages-intérêts complémentaires ». Du moment qu'on prouve l'existence d'un préjudice, d'une faute du banquier et du lien de causalité entre la faute et le préjudice, la responsabilité du banquier peut être engagée, que ce soit sur la base contractuelle que sur la base extracontractuelle. Même si on a demandé la résolution, la résiliation ou l'exécution forcée du contrat, si un préjudice subsiste, l'action en responsabilité contractuelle lui reste toujours ouverte.

**170.** La procédure de la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle présente une certaine particularité par rapport à celle de la responsabilité extracontractuelle. D'où l'intérêt de voir dans un premier paragraphe la procédure de mise en demeure préalable à suivre pour engager la responsabilité contractuelle (§1) et en deuxième paragraphe la procédure commune aux deux régimes de responsabilités, contractuelle et extracontractuelle (§2).

---

<sup>344</sup> Richard ROUTIER, *Obligations et responsabilités du banquier*, 3e éd. Dalloz Action 2011, p. 736.

<sup>345</sup> Richard ROUTIER, précité, p. 737.

<sup>346</sup> TGI Bobigny, 14 mars 2003, inédit, Afub n° 030314A : « la baisse importante du chiffre d'affaires mentionné dans l'acte de vente n'avait pas été portée par la banque à la connaissance des cautions pour lesquelles l'assentiment avait été préalablement sollicité » ; Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juil. 2003, n° 01-02.664, D. 2003, AJ 2308, obs. V. Avena-Robardet ; *Bull. Joly* 2004, 1272, note P. Scholer.

<sup>347</sup> Articles 164 à 170 de la LTGO.

<sup>348</sup> Articles 51 à 57 de la LTGO.

## **§1 : La procédure de mise en demeure obligatoire dans la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle**

**171.** Avant toute procédure devant la juridiction compétente, la LTGO impose au créancier une procédure préalable de mise en demeure. Aux termes de l'article 188 de la LTGO : « Le créancier ne peut poursuivre la réparation du préjudice subi qu'après avoir mis le débiteur en demeure d'exécuter son obligation devenue exigible ». Ce qui signifie qu'avant toute procédure judiciaire, il faut que le créancier fasse cette procédure préalable de mise en demeure. La mise en demeure équivaut à un avertissement par lequel le créancier rappelle au débiteur l'inexécution de son obligation<sup>349</sup>.

Le créancier ne peut en principe agir en réparation s'il n'a pas mis le débiteur en demeure d'exécuter. L'article 189 LTGO apporte des atténuations en disposant que la mise en demeure n'est pas nécessaire lorsque la loi en dispose autrement ; lorsque le débiteur a méconnu une obligation de ne pas faire ; lorsque l'exécution de l'obligation est devenue impossible ou lorsque le contrat prévoit une date précise pour l'exécution sans stipuler la nécessité d'une mise en demeure, dans ce cas l'arrivée de l'échéance suffit à mettre en demeure le débiteur.

**172.** Sauf lorsque la loi en dispose autrement, la mise en demeure n'est soumise à aucune forme spéciale<sup>350</sup>. Cette mise en demeure peut être faite par un acte d'huissier ou par simple lettre. Cependant, elle ne peut pas être verbale.

## **§2 : La procédure commune aux régimes de responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle**

**173.** L'analyse va se porter d'abord sur l'étude de la juridiction compétente pour connaître l'affaire (A) ensuite sur l'introduction de l'instance (B).

### **A- La juridiction compétente**

**174.** On va évoquer la compétence d'attribution et la compétence territoriale.

---

<sup>349</sup> Selon la Lexique des termes juridiques, 21e éd., Dalloz 2014 : la mise en demeure est un « acte par lequel un créancier demande à son débiteur d'exécuter son obligation ».

<sup>350</sup> Article 188, alinéa 2 de la LTGO.

## 1- La compétence d'attribution

175. La compétence d'attribution est la « compétence d'une juridiction en fonction de la nature des affaires, parfois aussi de leur importance pécuniaire. Les règles de compétence d'attribution répartissent les litiges entre les divers ordres, degrés et nature de juridiction »<sup>351</sup>.

176. La demande peut être portée devant le tribunal civil, comme elle peut être portée devant le tribunal répressif, dans le cas où ceux-ci sont saisis par la victime en la présence d'une infraction dans laquelle elle se constitue partie civile<sup>352</sup>. Dans cet ordre-là, aucune difficulté particulière ne se pose.

177. Par contre, la difficulté se présente lorsqu'il s'agit de savoir si les demandes de dommages intérêts relèvent de la compétence du tribunal commercial ou du tribunal civil dans le litige avec la banque. La banque effectue des opérations de banque, qui sont des actes de commerce par nature<sup>353</sup>, et la banque est une société commerciale si elle cause des dommages à autrui, quel sera le tribunal compétent, le tribunal civil de droit commun ou le tribunal commercial ?

Le principe étant que le tribunal commercial est compétent en matière d'acte mixte si l'acte est commercial à l'égard du défendeur<sup>354</sup>. La position de la Cour de cassation<sup>355</sup> de Madagascar crée une confusion quant à ses décisions. Celle-ci s'est prononcée « d'une manière singulière »<sup>356</sup> sur la question de la responsabilité civile soulevée devant les tribunaux de commerce<sup>357</sup>. La Cour de cassation semble vouloir dire que toute demande en responsabilité extracontractuelle échappe au tribunal de commerce en se basant sur l'article 72 du Code de

---

<sup>351</sup> Lexique des termes juridiques, 21 éd., Dalloz 2014, p.201.

<sup>352</sup> Article 7 Code de procédure pénale malgache : « L'action civile peut être exercée en même temps que l'action publique et devant la même juridiction ; elle sera recevable tant contre le délinquant que contre ceux qui en sont civilement responsables ; elle pourra viser tous les chefs de demande, matériels, corporels ou moraux, qui découleront des faits objets de poursuite ».

<sup>353</sup> Article 1-2 de la Loi n° 99-018 du 07 juillet 1999 sur le statut du commerçant : « Ont le caractère d'actes de commerce notamment [...] les opérations de banque ».

<sup>354</sup> Article 72, 4° Code de procédure civile malgache.

<sup>355</sup> C. Cass. Madagascar, décision n° 12 du 13 mars 2012.

<sup>356</sup> RAMAROLANTO-RATIARAY et JEAN-BAPTISTE, *op.cit.*, tome 2, p.109.

<sup>357</sup> CA Toliary n° 12 Com du 3 mai 2007 (inédit) ; Trib. com Antananarivo n° 21-C du 31 janvier 2008, sieur Antoine c/ Bankin'ny Indostria-Crédit Agricole, *jugements commentés du tribunal de commerce d'Antananarivo (année 2008) t. 2, Jurid'ika et SCAC 2012*. 69 note Ramarolanto-Ratiaray (la responsabilité extracontractuelle échappe-t-elle vraiment à la compétence du juge commercial ?) ; Trib.com. Antananarivo n° 142-C du 5 juin 2008, Mme Rafalimanana Yolande c/ Mme Ravolamasoandro Marie Odette, *Jugements commentés du tribunal de commerce d'Antananarivo (année 2008) tome 1, Jurid'ika et SCAC 2011*. 29 note F ; Esoavelomandroso ; Trib. com. Antananarivo n° 146-C du 6 juin 2008, Société Aéromarine SARL c/ Société Newpack SA et autres, *jugements commentés du tribunal de commerce d'Antananarivo (année 2008) tome 1, Jurid'ika et SCAC 2011*. 69 note Ramarolanto-Ratiaray (de la compétence du juge commercial) ; Trib. com. Antananarivo n° 114 du 2 mai 2008, la Société Moulins de Madagascar SARL c/ banque SBM SA et autres, *jugements commentés du tribunal de commerce d'Antananarivo (année 2008) tome 2, Jurid'ika et SCAC 2011*. 82 note C. Ranjatoson.

procédure civile malgache, en effet cet article prévoit que « les tribunaux de commerce [...] ont compétence pour statuer 1° sur tous les litiges qui ont leur cause dans un acte de commerce, 2° en matière de contestation entre associés à raison d'une société commerciale, 3° en matière de faillite et de règlement judiciaire ; 4° en matière d'acte mixte si l'acte est commercial à l'égard du défendeur ». Dans un cas, un préposé d'une banque a utilisé la somme inscrite au compte bancaire d'un client, à tel point que les chèques émis par ce client sont déclarés sans provision et retournés auprès de l'émetteur. Le client porte l'affaire devant le tribunal de commerce d'Antananarivo et réclame des dommages intérêts. Le tribunal s'est déclaré incompétent aux motifs que « certes, les parties en cause sont toutes des sociétés commerciales, cependant l'objet du litige tend principalement à la mise en cause de la responsabilité civile de la banque [...] et ce genre de litige n'entre pas dans la compétence attribué par le code de procédure civile au tribunal de commerce »<sup>358</sup>. Il est à souligner que l'expression « responsabilité civile » dans un premier sens, est le « terme générique (qui englobe la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle) pour désigner toute obligation de répondre civilement du dommage que l'on a causé à autrui, c'est-à-dire de le réparer en nature ou par équivalent »<sup>359</sup>. Dans un sens plus strict, elle « désigne la responsabilité civile délictuelle par opposition à la responsabilité pénale »<sup>360</sup>. Ainsi à la responsabilité civile s'oppose non la responsabilité « commerciale » encore moins « administrative », mais la responsabilité pénale<sup>361</sup>.

De tout ce qui précède, à l'heure actuelle, la jurisprudence malgache retient qu'à partir du moment où le dommage ne résulte pas d'un acte de commerce, le tribunal civil de droit commun est exclusivement compétent à l'exclusion du tribunal commercial et ce quelle que soit la qualité du défendeur et du demandeur. De l'autre côté, la doctrine malgache estime qu'il n'y pas lieu de faire une distinction basée sur la qualification de l'acte. Pour la doctrine, la responsabilité civile est le terme générique consacré pour désigner l'obligation de répondre du dommage que l'on a causé à autrui, quelle que soit, à l'égard du droit, la qualification juridique de l'acte<sup>362</sup>.

---

<sup>358</sup> T. Com. Antananarivo n° 114 du 2 mai 2008, la Société Moulins de Madagascar SARL c/ banque SBM SA et autres, *jugements commentés du tribunal de commerce d'Antananarivo (année 2008) tome 2, Jurid'ika et SCAC* 2011. 82 note C. Ranjatoson.

<sup>359</sup> Vocabulaire juridique Association Henri Capitant « Cornu », V° responsabilité civile.

<sup>360</sup> *Ibid.*

<sup>361</sup> RAMAROLANTO-RATIARAY et Jean-Baptiste SEUBE, *op.cit.*, tome 2, p. 110.

<sup>362</sup> RAMAROLANTO-RATIARAY et Jean-Baptiste SEUBE, *op.cit.*, tome 2, p. 111.

## 2- La compétence territoriale

**178.** Le principe est posé par l'article 79 du Code de procédure civile<sup>363</sup>, le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur. La banque étant une personne morale, le domicile des personnes morales est le lieu de son siège social. Cependant, il arrive souvent que des tiers ont un litige avec une succursale qui se trouve très éloignée du siège social. L'article 80 du Code de procédure civile a apporté une solution à ce problème en édictant qu'« en matière de société jusqu'à sa liquidation définitive, les actions sont portées devant le juge du lieu où la société a son siège ou le siège de l'une de ses succursales »<sup>364</sup>. La succursale peut ainsi constituer un domicile.

**179.** En matière délictuelle, cet article 80 donne également une option au profit de la victime quant au tribunal compétent, en ses termes: « la demande en réparation du dommage causé par un délit, une contravention ou un quasi-délit, peut être portée devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ».

### B- Le procès

**180.** L'introduction de la demande en réparation du dommage causé par la banque se fait soit par une requête introductive d'instance adressée au président du tribunal de première instance compétent soit par une assignation<sup>365</sup>. L'acte introductif d'instance<sup>366</sup> déposé auprès du greffe de ce tribunal saisit le juge. Le déroulement du procès suit les règles du droit commun, il est essentiellement écrit et se manifeste par les échanges de conclusions sauf en matière de référé à bref délai en cas d'urgence où il y a la possibilité de plaidoirie<sup>367</sup>.

**181.** Les principes gouvernant le procès doivent être respectés tels que le respect du droit de la défense, le principe du contradictoire, le principe du double degré de juridiction qui ouvre aux parties les voies de recours dans le cas où elles ne sont pas satisfaites de la décision du premier juge etc. L'exécution de la décision rendue par le tribunal suit également les règles du droit commun.

---

<sup>363</sup> Article 79 Code de procédure civile malgache : « La compétence territoriale appartient au tribunal du domicile réel ou du domicile élu à Madagascar du défendeur ou si celui-ci n'y a qu'une résidence, au tribunal de sa résidence ».

<sup>364</sup> V. Jean-Pierre LEGROS « Théorie des gares principales : une société peut être assignée devant les tribunaux de l'une de ses agences alors que les options de compétence de l'article 46 du NCPC ne s'appliquent pas dans le domaine des quasi-contrats », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 29 Mars 2007, n° 13.

<sup>365</sup> Article 115 Code de procédure civile : « l'instance est introduite soit par requête, soit par assignation ».

<sup>366</sup> Article 115 à 153 du Code de procédure civile.

<sup>367</sup> Article 223 à 231 du Code de procédure civile.

**182.** Le résultat du procès doit permettre la réparation intégrale du dommage causé. Cette réparation peut être en nature comme elle peut être par équivalence. La réparation idéale est la réparation en nature parce qu'elle « s'opère par rétablissement de la situation antérieure au dommage »<sup>368</sup>. En cas de rupture abusive du crédit par exemple, la réparation en nature est le rétablissement du crédit. Il est à noter toutefois qu'en pratique cette réparation en nature est rare. Pour obliger le débiteur de l'obligation à réparer le dommage, le juge peut sanctionner le retard dans l'exécution de la décision de justice par le paiement d'une astreinte<sup>369</sup>.

La réparation par équivalence qui représente la plupart des réparations quant à elle se fait par l'octroi des dommages intérêts à la victime, c'est-à-dire l'allocation d'une somme d'argent d'une valeur égale à celle dont la victime a été privée par le fait du responsable<sup>370</sup>. En matière contractuelle, les dommages intérêts peuvent être des dommages intérêts moratoires qui indemnisent la victime du retard dont elle a été victime dans l'exécution de son obligation par le débiteur ; ou des dommages intérêts compensatoires destinés à indemniser le préjudice causé par l'inexécution définitive du contrat<sup>371</sup>. En matière extracontractuelle, on ne fait pas une telle distinction. En matière contractuelle également, la réparation se limite au dommage prévisible tandis qu'en matière délictuelle, la réparation peut englober même des préjudices qui n'étaient pas prévisibles.

**183.** Pour conclure cette partie préliminaire, on a vu que le banquier qui est un professionnel est soumis aux différents types d'obligations qui peuvent être sources de sa responsabilité civile contractuelle, délictuelle ou quasi-délictuelle. Une fois ce terrain des règles de droit commun débroussaillé, on va pouvoir analyser en détail les différents types de contrats qui peuvent lier le banquier à son client et qui peuvent engager sa responsabilité vis-à-vis du client mais également vis-à-vis des tiers qui pourront être victimes de ses agissements. Dans les parties qui vont suivre il va être analysé la responsabilité du banquier lorsqu'il agit en tant que mandataire de son client, puis la responsabilité du banquier dispensateur de crédit et enfin la responsabilité du banquier prestataire de services. Tel est l'objet de l'étude qui va suivre.

---

<sup>368</sup> Vocabulaire juridique Association Henri Capitant « Cornu », *op. cit.* V° réparation.

<sup>369</sup> L'astreinte est une condamnation judiciaire du débiteur à payer une somme d'argent fixé par rapport au retard mis dans l'exécution de la décision de justice (ex : 10.000Ar par jour de retard). L'astreinte a pour but de faire pression sur le débiteur et se distingue des dommages-intérêts avec lesquels elle peut se cumuler.

<sup>370</sup> RAMAROLANTO-RATIARAY et Jean-Baptiste SEUBE, *op.cit.*, tome 2, p. 114.

<sup>371</sup> *Ibid.*

## **PREMIERE PARTIE : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DEPOSITAIRE**

**184.** Dans l'exercice de ses activités de commerce d'argent, le banquier peut être amené à effectuer différentes opérations, certaines découlant directement de la convention d'ouverture de compte, certaines nécessitant d'autres contrats. Lorsqu'on parle du banquier dépositaire, cela suppose à la base l'existence d'un contrat de dépôt conclu avec le client. Les questions qui se posent ici sont, qu'est-ce qu'un contrat de dépôt ? Quand est-ce qu'il existe un contrat de dépôt entre la banque et son client ? « Le contrat de dépôt est un contrat réel par lequel une personne (le déposant) remet une chose mobilière à une autre (dépositaire), qui accepte de la garder et s'engage à la restituer en nature lorsque la demande en est faite »<sup>372</sup>. Le contrat de dépôt est prévu par les articles 1915 à 1954 du Code civil français, le droit malgache n'a pas de texte particulier pour régir ce contrat spécial, ce dernier se base sur le droit commun et sur le droit français. Aussi, allons-nous tenir compte des éléments constitutifs d'un contrat de dépôt prévu par le Code civil pour chercher quelles sont les opérations de banque qui se fondent sur un contrat de dépôt que le banquier conclut avec son client. Lors de l'ouverture d'un compte, la première opération de banque que le banquier effectue est la réception de fonds du public<sup>373</sup>. Lorsque le client dépose ses fonds auprès de la banque, les deux parties concluent un contrat de dépôt. A côté de fonds proprement dits, le client peut également déposer à la banque ses titres. Ainsi, on va voir successivement la responsabilité du banquier dans le dépôt de fonds (Titre 1) et la responsabilité du banquier lors du dépôt des titres (Titre 2).

---

<sup>372</sup> Lexique des termes juridiques, *op. cit.*, p. 319.

<sup>373</sup> Article 3 alinéa 2 de la loi n° 95-030 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit.

## **TITRE 1 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS LE CONTRAT DE DEPOT DE FONDS**

**185.** Au moment de l'ouverture du compte (Chapitre 1), toute au long de la tenue de compte (Chapitre 2) et lors de la clôture du compte (Chapitre 3), le banquier peut commettre des fautes pouvant engager sa responsabilité.

### **CHAPITRE 1 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER LORS DE L'OUVERTURE D'UN COMPTE BANCAIRE**

**186.** Actuellement, un compte en banque devient de plus en plus incontournable particulièrement dans le monde des affaires. A Madagascar, même si le taux de bancarisation est encore très faible, on note quand même une augmentation considérable du nombre de la clientèle des banques, cela se traduit notamment par l'accroissement du nombre des agences des banques sur l'ensemble de l'Ile<sup>374</sup>. Ce faible taux explique que la législation malgache présente des lacunes non négligeables en la matière. Toutefois, l'augmentation du nombre de la clientèle prouve que le secteur est un secteur en pleine expansion qui nécessite une étude approfondie afin de pallier aux difficultés qui ne manqueront pas de survenir. La banque, comme il a été maintes fois répété constitue un moteur à part entière de développement, elle est un secteur clé dans l'économie nationale. C'est pourquoi, la profession est strictement règlementée. D'une part, eu égard à son rôle et la façon dont un compte bancaire peut être utilisé, le législateur met à la charge du professionnel de la banque un certain nombre d'obligations. D'autre part, le compte bancaire peut être utilisé à des fins malhonnêtes alors que le banquier est un commerçant d'argent qui court un risque dans l'exercice de ses activités. Par conséquent, des questions se posent quant à ses obligations et à ses droits vis-à-vis de son client : peut-il librement refuser d'ouvrir un compte à un client à qui il n'inspire pas confiance ? (Section 1) Et si le banquier a ouvert un compte sans procéder à des vérifications de renseignements du client, sa responsabilité sera-t-elle engagée ? (Section 2).

---

<sup>374</sup> En 2015 par exemple, la BNI Madagascar a ouvert deux nouvelles agences à Antananarivo. Monsieur François Hoffmann, Directeur Général de BNI Madagascar lors de l'inauguration de ces agences le 30 janvier 2015 a annoncé que la BNI Madagascar va amplifier le développement de son réseau d'agences en 2015 et continuer à se rapprocher de sa clientèle : [www.orange.mg](http://www.orange.mg), 30 janvier 2015. La BFV/SG est à sa 47<sup>e</sup> agence à Madagascar : [www.midi.madagascar.mg](http://www.midi.madagascar.mg), 15 octobre 2014.

## **Section 1 : La responsabilité du banquier pour refus d'ouvrir un compte bancaire**

**187.** Le banquier fait des publicités pour attirer la clientèle, il incite le public à ouvrir un compte auprès de son établissement, lorsque celui-ci attiré par sa publicité, ou pour d'autres fins arrive pour ouvrir un compte, est-ce-que le banquier peut librement refuser cette ouverture? Ou bien sa liberté de se réserver le choix de sa clientèle est restreinte par le législateur ? En cas de refus, est-ce qu'il est obligé de motiver sa décision ?

Dans cette section nous allons essayer de répondre à ces questions, afin de dégager à quel moment lors de ce refus, la responsabilité du banquier peut être mise en œuvre. On commencera d'abord par les propositions qui expliquent le droit pour le banquier de refuser l'ouverture d'un compte (§1) afin de pouvoir répondre si le banquier a ou non la liberté de refuser d'ouvrir un compte (§2), et à la fin on parlera de l'exercice du droit au compte reconnu à chaque individu face à la liberté contractuelle reconnue au banquier (§3).

### **§1 : Les justifications sur la faculté pour le banquier de refuser d'ouvrir un compte**

**188.** On va commencer ici par se demander si la publicité abondante de la banque équivaut à une offre permanente de contracter (A) ; puis se poser la question si l'intuitu personae existe dans le contrat d'ouverture du compte afin de justifier la liberté de refuser le cocontractant(B), ensuite, il nous faut voir si le banquier a une mission de service public auquel cas, il ne peut pas librement refuser d'ouvrir le compte (C), et enfin si on peut analyser le refus d'ouvrir un compte à un refus de prestation de services (D).

#### **A- L'offre permanente de contracter ?**

**189.** Les banques font des publicités très abondantes pour attirer la clientèle. A Madagascar, ces publicités consistent surtout en la publicité sur les crédits à la consommation ou aux entreprises, mais comme on l'a souligné, pour bénéficier de ces offres de crédit, il faut avoir un compte auprès de la banque. Donc, en raison de ces publicités, le client vient ouvrir un compte auprès de la banque et celle-ci refuse l'ouverture. Se pose la question de savoir si la publicité abondante équivaut à une offre permanente de contracter.

Si la réponse est positive, le banquier n'aura pas le droit de refuser l'ouverture du compte puisque le contrat se forme par la rencontre de l'offre et de l'acceptation<sup>375</sup>. L'article 82 *in fine* de la LTGO précise bien que la révocation de l'offre n'est valable que si la rétractation de celle-ci parvient à l'offrant avant l'acceptation. Une fois que le client accepte, le banquier ne peut plus revenir sur son offre.

Par contre, si la réponse est négative, c'est-à-dire, si la publicité abondante n'équivaut pas à une offre de contracter, le banquier conservera la liberté de se réserver le choix de ses cocontractants et par conséquent le droit de refuser l'ouverture d'un compte<sup>376</sup>.

**190.** Pour apporter des réponses il faut revenir à la notion même de l'offre. La LTGO n'a pas défini ce qu'on entend par offre, par contre, on a pu ressortir les caractères qu'elle doit revêtir, parce que l'offre ne s'entend pas de n'importe quelle proposition. Elle doit être précise et ferme<sup>377</sup>.

L'offre doit être précise, c'est-à-dire, elle doit comporter tous les éléments essentiels du contrat et qu'une simple acceptation suffit à conclure le contrat. Or, dans les publicités que font les banques, les banques mettent sur les formules publicitaires seulement les éléments qui peuvent attirer l'attention des clients, par exemple, la simplicité dans la constitution des dossiers, le taux d'intérêt assez bas... mais les banques en aucun cas ne donnent des précisions quant aux modalités d'exécution du contrat<sup>378</sup> telles les prix qu'elles vont pratiquer dans la tenue de compte, la mise à disposition d'une carte de paiement ou des chèques.

Ensuite, l'offre doit être ferme, ce qui signifie que l'offre ne doit comporter aucune réserve. Or, comme on a dit précédemment, à Madagascar, les banques ne font pas généralement de publicité par rapport à l'ouverture de compte mais par rapport à une offre de crédit, qui nécessite l'ouverture d'un compte. La banque, quand elle fait une offre de crédit, elle se réserve la possibilité d'étudier le dossier des éventuels emprunteurs. Même si à proprement parler, la convention d'ouverture de compte ne nécessite pas forcément un niveau de confiance qui est le socle de toute convention de crédit, on peut quand même retenir que

---

<sup>375</sup> Article 81 LTGO : « Le contrat se forme par la rencontre des volontés des contractants se manifestant par l'acceptation d'une offre de contracter ».

<sup>376</sup> J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ 1970, n° 41.

<sup>377</sup> RAMAROLANTO-RATIARAY et Jean-Baptiste SEUBE, *op. cit.*, tome 1, p. 79.

<sup>378</sup> Le Code civil a donné les éléments essentiels d'un contrat de vente qui sont la chose et le prix mais pas ceux d'un contrat de dépôt. Cependant, partant de là, on peut estimer, que pour un contrat de dépôt notamment une convention d'ouverture de compte, les éléments essentiels seraient, le fonds à déposer et les conditions générales de la tenue de compte : commissions, frais de la tenue de compte, frais de mise à disposition d'une carte de paiement, de chèque... Or, tous ces éléments ne se trouvent pas dans les formules publicitaires de la banque.

dans sa publicité, la banque fait déjà savoir au client qu'elle ne contracte pas avec n'importe qui.

En conséquence, la publicité du banquier ne remplit pas les caractères de l'offre de contracter, elle n'est ni précise ni ferme<sup>379</sup>. Donc, n'étant pas une offre au sens juridique du terme, la publicité que la banque fait ne la lie pas et n'est pas une source d'obligation de contracter. Il garde sa faculté d'accepter ou de refuser d'ouvrir un compte.

**191.** Il est toutefois à noter que si la banque remet à la clientèle le formulaire contenant la convention de compte, là il s'agit bel et bien d'une offre de contracter. Dans ce cas si l'acceptation parvient à l'auteur de l'offre dans le délai fixé par celui-ci, ou dans le délai normal résultant des circonstances<sup>380</sup>, le banquier n'a plus le droit de refuser d'ouvrir le compte, sinon, sa responsabilité pourra être engagée, elle est même tenue de l'obligation d'exécuter le contrat puisque le contrat est formé, la révocation de son offre après l'acceptation n'est plus possible<sup>381</sup>.

**192.** En 1960, le Tribunal commercial de la Seine<sup>382</sup> a apporté une autre solution à cette question et a décidé que l'offre faite à personne indéterminée (au public) d'un contrat comportant l'intuitu personae n'engage pas ferme son auteur, celui-ci conserve la liberté d'agréeer ou non son cocontractant. Se pose ainsi un autre questionnement, la convention d'ouverture de compte est ou non un contrat intuitu personae ?

### **B- L'intuitu personae dans la convention d'ouverture de compte**

**193.** L'intuitu personae ou la considération de la personne est l'expression qui signifie que « les qualités personnelles du cocontractant, constituent un élément déterminant de la conclusion d'un contrat »<sup>383</sup>. L'offre de contracter peut s'adresser à une personne déterminée, comme elle peut être faite à des personnes indéterminées<sup>384</sup> ; dans ce dernier cas, celle-ci se manifeste souvent par des publicités sur des prospectus mises à la disposition du public.

La publicité si elle contient tous les éléments caractéristiques de l'offre précise et ferme constitue bel et bien une offre de contracter au sens juridique. Pourtant, le tribunal de

---

<sup>379</sup> J. VEZIAN, *op. cit.*, p.23.

<sup>380</sup> Article 82, alinéa 1 LTGO.

<sup>381</sup> Article 82 alinéa 2 LTGO.

<sup>382</sup> T. Com. Seine 27juin 1960.

<sup>383</sup> Lexique des termes juridiques, *op. cit.*, p. 527.

<sup>384</sup> RAMAROLANTO-RATIARAY et Jean-Baptiste SEUBE, *op. cit.*,p. 78.

commerce de la Seine a fait une distinction entre un contrat conclu *intuitu personae* et un contrat qui peut être conclu indépendamment des qualités personnelles du cocontractant. Si le contrat objet de publicité est un contrat qui doit être conclu *intuitu personae*, même si la publicité est assez précise, l'offrant se réserve toujours le choix de son cocontractant. Aussi est-il important de savoir si la convention d'ouverture de compte est un contrat conclu *intuitu personae* ou non<sup>385</sup>.

**194.** Il est rare qu'une convention d'ouverture de compte ne porte pas délivrance de chéquier ni de carte de paiement<sup>386</sup>. Alors que ces moyens de paiement peuvent être sources d'agissement malhonnêtes, la commission des chèques sans provision<sup>387</sup> par exemple. Par conséquent, le banquier ne peut pas ouvrir des comptes à n'importe qui, il ouvre un compte en considération des qualités personnelles du client. La convention d'ouverture de compte en banque est ainsi un contrat conclu *intuitu personae*. A partir de cette constatation, on peut conclure que le banquier a parfaitement le droit de choisir son cocontractant.

### **C- Le compte en banque, un service public ouvert à tout usager ?<sup>388</sup>**

**195.** Au sens matériel, le service public désigne « toute activité destinée à satisfaire à un besoin d'intérêt général et qui, en tant que telle, doit être assurée ou contrôlée par l'administration, parce que la satisfaction continue de ce besoin ne peut être garantie que par elle »<sup>389</sup>. C'est une notion de droit administratif qui sert à définir le champ d'application du droit administratif<sup>390</sup>. Donc, nonobstant le contrôle qu'exercent la CSBF<sup>391</sup> et la Banque Centrale sur les banques primaires et même si certaines personnes telles que les commerçants doivent obligatoirement ouvrir un compte bancaire<sup>392</sup> et que certains

---

<sup>385</sup> V. HAMEL, « Le droit du banquier de refuser l'ouverture d'un compte », *Banque* 1959, p. 6 et s.

<sup>386</sup> Il n'y a que les compte-livrets ou comptes-épargne et les comptes fonctionnant pendant l'interdiction frappant son titulaire d'émettre des chèques qui n'empêche pas la délivrance des moyens de paiement.

<sup>387</sup> V. Loi. 2004-045 du 14 janvier 2005 relative à la prévention et à la répression des infractions en matière de chèques.

<sup>388</sup> Le service public est une notion de droit administratif qui consiste en « toute activité destinée à satisfaire à un besoin d'intérêt général et qui, en tant que telle, doit être assurée ou contrôlée par l'Administration, parce que la satisfaction continue de ce besoin ne peut être garantie que par elle », *Lexique des termes juridiques, op. cit.*, Service public [Droit administratif], p. 868.

<sup>389</sup> V. GRUA, *op. cit.*, n°53, p. 55.

<sup>390</sup> CE, avis contentieux du 29 avril 2010, n° 323179.

<sup>391</sup> Commission de Supervision Bancaire et Financière.

<sup>392</sup> Article L.123-24 du Code de commerce impose expressément à tout commerçant de se faire ouvrir un compte dans un établissement de crédit ou dans un bureau de chèques postaux et art. L. 526-13 du même Code : « l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est tenu de faire ouvrir dans un établissement de crédit un ou plusieurs comptes bancaires exclusivement dédiés à laquelle le patrimoine a été affecté ».

règlements doivent se faire obligatoirement par le biais d'un compte en banque<sup>393</sup>, le banquier n'a pas une mission de service public, et plus particulièrement le compte bancaire ne constitue pas un service public au sens technique.

Certes, l'activité bancaire s'apparente au service public surtout dans l'octroi de crédit, mais elle ne peut pas être prise dans le sens technique du droit administratif<sup>394</sup>. La mission de service public sert seulement à justifier l'étendue et la force particulières des obligations que le banquier assume à l'égard des tiers dans l'utilisation des instruments bancaires et la distribution du crédit<sup>395</sup>. Ne constituant pas un service public, le compte en banque n'est pas ouvert à tout usager, et la banque peut ainsi se réserver le droit de choisir ses clients.

#### **D- Le refus d'ouvrir un compte équivaut-il à un refus de prestation de service ?**

**196.** Sur le plan contractuel, le futur client ne peut pas engager la responsabilité du banquier puisque le contrat n'est pas formé étant donné que le banquier n'a pas donné son consentement. La question se pose sur le plan délictuel : est-ce que le futur client qui s'est vu refuser l'ouverture d'un compte en banque peut engager la responsabilité du banquier en se basant sur les textes réprimant le refus de vente et le refus de prestation de services ? Lorsque la demande émane d'un consommateur, le refus par un professionnel de satisfaire la demande de prestation de service d'un client peut constituer une infraction pénale outre l'action en responsabilité civile ouverte à ce client<sup>396</sup>.

**197.** La doctrine se trouvait controversée quant à l'application ou non du texte concernant le refus de vente au banquier. Le problème se posait surtout dans le caractère illicite du refus. Si on regarde la finalité du texte, l'article concernant le refus de vente a pour but de réprimer les hausses de prix ou d'empêcher leur baisse mais non d'organiser sur les bases juridiques les relations du commerçant avec sa clientèle<sup>397</sup>, le texte pénal étant d'interprétation stricte et le motif du refus du banquier n'est pas la hausse des taux des commissions, au contraire, c'est

---

<sup>393</sup> V. Article L.112-6 du Code monétaire et financier ; article 4 de la loi n° 2004-020 du 19 août 2004 sur le blanchiment, le dépistage, la confiscation et la coopération internationale en matière de produits du crime.

<sup>394</sup> J. Stoufflet, note au *JCP*.68, II, 15518 et obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Langes, *RTD com.*1968, p.1102.

<sup>395</sup> J. VEZIAN, *op. cit.*, p.20.

<sup>396</sup> Article. L. 122-1 et R. 121-13 2° du Code de Consommation française ; Madagascar n'a pas de code de consommation.

<sup>397</sup> HAMEL, *Une enquête sur les contrats d'exclusivité, le refus de vente et les prix imposés dans les pays du Marché commun*, Revue de droit international comparé 1964, p.6 et s.

pour écarter les clients indésirables, le banquier obéit à la « moralité commerciale ou à l'opportunité pratique »<sup>398</sup>.

Ensuite, le refus n'est illicite que s'il est contraire à un usage commercial, or l'usage dans le secteur bancaire a toujours été que le banquier est libre du choix de ses clients<sup>399</sup>.

D'autre courant estime que l'intention coupable existe par le simple fait de refuser de vendre, de la simple volonté consciente d'accomplir l'acte illicite. Puis, l'acte est illicite lorsque le commerçant a accepté de satisfaire à une demande, mais le fait à des conditions inhabituelles<sup>400</sup>. Pour ce courant, la répression sur le refus de vente est applicable lorsque le refus est injustifié, c'est le cas du refus d'ouvrir un compte qui ne nécessite pas la délivrance d'un chéquier tels que les comptes purs et simples de dépôts. Ce qui signifie qu'en l'absence de toute mauvaise foi de la part du banquier, l'article n'est pas applicable c'est le cas lorsque le client ne présente pas suffisamment de garanties d'honorabilité ou lorsque la demande est anormale<sup>401</sup>.

**198.** L'article L.511-4 du Code monétaire et financier français a tranché le problème et décide que les dispositions relatives aux pratiques individuelles restrictives de la concurrence ne sont pas applicables aux opérations de banques.

Telles sont les explications en présence, on va maintenant exposer la liberté contractuelle, conséquence du principe de l'autonomie de la volonté sur laquelle repose le droit du banquier de choisir son cocontractant et refuser ainsi les clients qui ne lui inspirent suffisamment confiance.

## **§2 : La liberté contractuelle du banquier**

**199.** Par le principe de la liberté contractuelle qui est un des effets de l'autonomie de la volonté, personne n'est obligée de contracter, si ce n'est que de sa propre volonté, il n'y a de contrat que si les parties l'ont voulu<sup>402</sup>. D'où, la liberté de conclure et la liberté de ne pas conclure un contrat. Cette liberté contractuelle entraîne la liberté de commerce et de l'industrie. Le banquier de part cette liberté a le droit de conclure ou de refuser de conclure la convention d'ouverture de compte bancaire.

---

<sup>398</sup> *Ibid.*

<sup>399</sup> J. VEZIAN, *op.cit.*, p. 3.

<sup>400</sup> Crim. 13 juillet 1961, *JCP*. 61, II, 12241 ; D 1961, 525, rapp. Costa.

<sup>401</sup> Exemple, lorsque le client refuse d'effectuer le dépôt minimum nécessaire à l'ouverture de compte.

<sup>402</sup> RAMAROLANTO-RATIARAY et Jean-Baptiste SEUBE, *op. cit.*, tome 1, p. 68.

**200.** Cependant, toute liberté souffre d'exceptions. Et en vertu de la règle selon laquelle « le droit s'arrête là où l'abus commence », le refus du banquier constitue une faute et engage sa responsabilité lorsque celui-ci est abusif<sup>403</sup>.

Le refus du banquier est abusif lorsqu'il est décidé dans une pure intention malicieuse et indépendamment de toute considération d'ordre bancaire<sup>404</sup>. Tel est le cas lorsque le refus d'ouvrir un compte est motivé par des raisons politiques ou religieuses. Le refus est également abusif si le banquier donne une réponse « intempestive et vexatoire »<sup>405</sup> ou s'il la donne avec une certaine publicité qui peut provoquer des craintes chez les tiers et en particulier chez les autres banquiers qui vont fermer aussi leurs portes à l'intéressé<sup>406</sup>.

**201.** Le refus du banquier est soumis au contrôle des tribunaux, ce qui signifie que le refus du banquier doit être motivé et fait de bonne foi.

**202.** La loi française du 24 janvier 1984 et le décret toujours français du 24 juillet 1984 imposent au banquier de notifier son refus. En effet, le banquier a l'obligation de remettre sans délai au demandeur une « attestation de refus d'ouverture de compte et informe le demandeur que celui-ci peut demander à la Banque de France de lui désigner un établissement de crédit pour lui ouvrir un compte. Il lui propose, s'il s'agit d'une personne physique, d'agir en son nom et pour son compte en transmettant la demande de désignation d'un établissement de crédit à la Banque de France ainsi que les informations requises pour l'ouverture du compte »<sup>407</sup>.

De tout ce qui précède, on peut conclure que le banquier a le droit de refuser l'ouverture d'un compte s'il trouve que le client ne présente pas de garantie d'honorabilité suffisante. Il n'engage sa responsabilité qu'en cas de refus abusif<sup>408</sup>.

**203.** Quoi qu'il en soit, à côté de cette liberté de refuser d'ouvrir un compte à un client estimé ne pas présenter les qualités essentielles à l'ouverture de compte bancaire, le législateur, aussi bien français que malgache, reconnaît à toute personne le droit au compte.

---

<sup>403</sup> V. J. VEZIAN, *op. cit.*, p. 29; F. GRUA, « Responsabilité civile du banquier en matière de compte », *Juris.cl. Banque et crédit*, Fasc. 150, 1989, n°7.

<sup>404</sup> BECQUE et CABRILLAC, *RTD com.* 1960, p. 864, n. 6.

<sup>405</sup> M. VASSEUR et X. MARIN, *Banques et opérations de banque, de Joseph Hamel, t. I : Les comptes en banque*, *Revue de droit international comparé*, 1966, p.25.

<sup>406</sup> J. VEZIAN, *op.cit.*, p. 34.

<sup>407</sup> Article L. 312-1 alinéa 2 du Code monétaire et financier.

<sup>408</sup> GAVALDA, « Les refus du banquier », *JCP*, 1962 I 1727 ; HAMEL, « Le droit de refuser l'ouverture d'un compte », *Banque*, 1959, p. 6.

### **§3 : Le droit au compte**

**204.** Certes, le banquier conserve le droit de choisir son cocontractant, cependant, vu l'importance que l'activité bancaire prend de jour en jour aussi bien dans la vie économique que dans la vie quotidienne<sup>409</sup>, le législateur a institué un véritable droit reconnu à toute personne d'avoir un compte en banque<sup>410</sup>. Afin de pouvoir faire la comparaison de l'exercice de ce droit au compte on va voir successivement ce que les textes malgaches prévoient (A) et ce que le Code monétaire et financier français dispose (B).

#### **A- L'exercice du droit au compte à Madagascar**

##### **1- Les conditions requises pour l'exercice du droit au compte**

**205.** Aux termes de l'article 77 de la loi n° 95-030 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit : « Toute personne qui s'est vue refuser l'ouverture d'un compte de dépôt par plusieurs banques et qui, de ce fait, ne dispose d'aucun compte bancaire, peut demander à la Commission de Supervision Bancaire et Financière de lui désigner une banque auprès de laquelle elle pourra ouvrir un tel compte ». Cette formulation est identique à la formulation de la loi française dite loi bancaire du 24 janvier 1984.

De cet article, on peut tirer que le droit au compte est reconnu à toute personne aussi bien physique que morale, c'est-à-dire, qu'il s'agisse de commerçants que de consommateurs sous réserve des règles relatives à la capacité bien évidemment<sup>411</sup>. Les mineurs non émancipés et les incapables majeurs peuvent bénéficier de ce droit mais suivant le régime de l'incapacité, par le biais de leurs représentants ou assistés selon le cas.

Ensuite, ne bénéficient de ce droit au compte que les personnes qui se sont vues refuser l'ouverture d'un compte par « plusieurs banques ». Le refus d'un seul établissement de crédit ne suffit pas pour ouvrir le droit au compte. Si un seul établissement de crédit refuse l'ouverture de compte à une personne cette personne devra demander à une autre banque et non demander directement l'exercice de ce droit. Ni la loi ni la jurisprudence malgache ne définit pas ce qu'on entend par plusieurs banques. A partir de combien de refus peut-on dire

---

<sup>409</sup> Certains règlements doivent se faire obligatoirement par le biais d'un compte bancaire (Article L.112-6 du Code monétaire et financier et article 4 de la loi n° 2004-020 du 19 août 2004 sur le blanchiment, le dépistage, la confiscation et la coopération internationale en matière de produits du crime).

<sup>410</sup> V.TH. SAMIN, « Origine et portée du droit au compte », *Banquemagazine* n° 665, janvier 2005 ; Th. DE RAVEL D'ESCLAPON, « La vocation sociale du banquier : l'exemple du droit au compte et aux services bancaires de base », in *Finance et éthique*, Lamy 2013, p. 33 ; ACP, Commission des sanctions, 3 juillet 2013, procédure n° 2012-09, Le Crédit Lyonnais.

<sup>411</sup> *Supra*, partie préliminaire, la capacité, p.51.

qu'on s'est vu refuser l'ouverture d'un compte par plusieurs banques ? Puisque la loi est muette là-dessus, on est tenté d'emprunter la règle qu'on utilise généralement lorsqu'on parle d'habitude ou de répétition en droit<sup>412</sup>, la jurisprudence retient toujours que l'habitude ou la répétition est constituée à partir de la deuxième fois. Si on transpose cette règle au terme de « plusieurs banques », on dira qu'à partir de deux refus, la personne pourrait se prévaloir du droit au compte.

La condition suivante pour pouvoir se prévaloir de ce droit au compte est que la personne ne dispose d'aucun compte bancaire. Donc, même si la personne se voit refuser l'ouverture d'un compte bancaire par plusieurs banques, si elle est titulaire même d'un seul compte, elle ne peut pas exercer ce droit.

## **2- La procédure à suivre pour l'exercice du droit au compte**

**206.** Concernant l'exercice de ce droit, la personne dépose une demande auprès de la CSBF pour demander à ce que cette dernière désigne un établissement de crédit auprès duquel, elle pourra ouvrir un compte. La personne ne choisit plus la banque auprès de laquelle il va ouvrir le compte, c'est la CSBF qui « désigne » la banque.

**207.** L'alinéa 2 de l'article 77 de la loi n° 95-030 ajoute que « la banque ainsi désignée peut limiter les services liés à l'ouverture de ce compte aux opérations de caisse ». La banque n'est pas obligée de lui fournir tous les services qu'elle offre habituellement à sa clientèle. Elle est seulement tenue de lui fournir des opérations de caisse. Le législateur malgache énonce le droit au compte, mais ne prévoit pas les modalités dans lesquelles il est exercé.

Après avoir vu le droit au compte prévu par le droit malgache, on va présenter ce qu'il en est en droit français.

## **B- Le droit au compte prévu par le droit français**

**208.** L'ancienne loi bancaire française, la loi du 24 janvier 1984 susmentionnée a prévu que la personne, ayant essuyé une série de refus qui n'avait aucun compte de dépôt, pouvait demander à la Banque de France de lui désigner un établissement de crédit pour y ouvrir un compte. Cette loi prévoit le même exercice du droit au compte que celui de la loi malgache.

---

<sup>412</sup> Par exemple, lorsqu'on interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit de s'adonner à des opérations de banques à titre habituel, la jurisprudence décide toujours qu'à partir de la deuxième fois, il y a habitude.

**209.** Depuis, le droit français a connu une évolution, la loi du 28 juillet 1998<sup>413</sup> sur la lutte contre les exclusions a modifié l'exercice de ce droit. Désormais, l'article L. 312-1 dans son alinéa 1<sup>er</sup> du Code monétaire et financier prévoit que « Toute personne physique ou morale domiciliée en France, dépourvue d'un compte de dépôt, a droit à l'ouverture d'un tel compte dans l'établissement de crédit de son choix ». L'article prévoit le même droit pour toute personne « physique » de nationalité française résidant hors de France<sup>414</sup>.

Ici, il s'agit vraiment d'un droit au compte, car le droit à l'ouverture d'un compte n'est subordonné à aucune série de refus de la part de plusieurs banques. Il suffit simplement que la personne n'ait pas de compte de dépôt, qu'il ait essuyé ou non des refus. La personne a simplement à remettre auprès de l'établissement de crédit « une déclaration sur l'honneur attestant le fait que le demandeur ne dispose d'aucun compte »<sup>415</sup>. En outre, la personne peut ouvrir un tel compte auprès d'un établissement « de son choix », à la différence de ce qui est prévu par le droit malgache.

**210.** L'alinéa 2 de l'article L. 312 du Code monétaire et financier autorise toutefois l'établissement de crédit choisi de refuser<sup>416</sup>.

Le résultat de ce refus rejoint la solution du droit malgache, le demandeur pourra alors s'adresser à la Banque de France afin de lui désigner un établissement auprès duquel il pourra ouvrir un compte.

L'établissement désigné doit procéder « à l'ouverture du compte dans les trois jours à compter de la réception de l'ensemble des pièces qui lui sont nécessaires pour procéder à cette ouverture »<sup>417</sup>. Le refus de la banque désignée expose celle-ci aux sanctions disciplinaires<sup>418</sup>.

Cependant, l'alinéa 6 de l'article L. 312-1 précité donne la possibilité au banquier désigné de clôturer le compte sous certaines conditions. La décision de clôture doit être faite par écrit,

---

<sup>413</sup> Suivie de la loi n° 2005-516 du 20 mai 2005, de la Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010, de la Loi n° 2010-737 du 1er juill. 2010, de la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010, de la Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 et de la Loi n° 2013-672 du 26 juill. 2013 qui sont prises en compte dans la formulation du nouvel article L. 312-1 du Code monétaire et financier.

<sup>414</sup> Ce droit a été étendu aux personnes physiques ayant la nationalité française qui résident hors de France par la Loi de simplification du droit n° 2011-525 du 17 mai 2011.

<sup>415</sup> Article L. 312-1 alinéa 2 du Code monétaire et financier.

<sup>416</sup> Il faut toutefois que le banquier lui fasse une attestation de refus d'ouverture de compte et informe le demandeur que celui-ci peut demander à la Banque de France de lui désigner un établissement de crédit pour lui ouvrir un compte. Il lui propose, s'il s'agit d'une personne physique, d'agir en son nom et pour son compte en transmettant la demande de désignation d'un établissement de crédit à la Banque de France ainsi que les informations requises pour l'ouverture du compte.

<sup>417</sup> Article L. 312-1 alinéa 2 Code monétaire et financier.

<sup>418</sup> Stéphane PIEDELIEVRE et Emmanuel PUTMAN, *op. cit.*, p. 238.

elle doit être motivée et elle doit faire l'objet d'une notification au client et à la Banque de France.

Enfin, l'article prévoit un délai de préavis que le banquier doit observer. En ces termes, « un délai minimum de deux mois doit être consenti obligatoirement au titulaire du compte ».

L'alinéa 3 du même article dispose que le banquier doit respecter la Charte d'accessibilité bancaire adoptée par l'Association française des établissements de crédit et des entreprises d'investissement<sup>419</sup>. Cette charte a pour objet de renforcer l'effectivité du droit au compte.

**211.** Comme en droit malgache, le banquier peut limiter ses services, aux services bancaires de base<sup>420</sup> pour le droit français, aux services de caisse pour le droit malgache. Alors que le droit malgache ne définit pas ce qu'il entend par services de caisse, le droit français, lui, dans l'article D. 312-5 du Code monétaire et financier donne ce qu'il entend par services de base. Ceux-ci comprennent : l'ouverture, la tenue et la clôture du compte ; un changement d'adresse par an, la délivrance à la demande de relevés d'identité bancaire ; la domiciliation de virement bancaires ; l'envoi mensuel d'un relevé des opérations effectuées sur le compte ; la réalisation des opérations de caisse ; l'encaissement de chèques et de virements bancaires ; les dépôts et les retraits d'espèces au guichet de l'organisme teneur de compte ; les paiements par prélèvement, titre interbancaire de paiement ou virement bancaire ; des moyens de consultation à distance du solde du compte ; une carte de paiement dont chaque utilisation est autorisée par l'établissement de crédit qui l'a émise ; deux formules de chèques de banque par mois ou moyens de paiement équivalents offrant les mêmes services. Il est à noter que ces services bancaires de base sont gratuits<sup>421</sup>.

**212.** Le banquier peut ainsi, refuser d'autres services tels que l'octroi de crédit, l'usage d'un chéquier ou des services plus complexes tels le dépôt de fonds provenant de la libération de parts sociales d'une société en formation<sup>422</sup>. Mais le banquier doit mettre à disposition du client ces services de base, si le client refuse de les utiliser, le banquier ne peut pas le forcer

---

<sup>419</sup>V. Arrêté du 18 déc. 2008 portant homologation de la charte d'accessibilité pour renforcer l'effectivité de droit au compte.

<sup>420</sup> HUGON, « Le droit au compte », *Mélanges Cabrillac*, Litec, p. 483 ; SAMIN, « Article 137 de la Loi sur les exclusions. Droit au compte, droit au chèque », *Banque et droit*, 1999 3 ; « Origine et portée du droit au compte », *Banque*, 2005 n° 665 45 ; STOUFFLET, « Un élargissement du droit aux services bancaires. La refonte de l'article 58 de la loi bancaire par l'article 137 de la loi du 29 juillet 1998 », *RD bancaire*, 1998 153.

<sup>421</sup> Commentaire de l'article L. 312-1 précité.

<sup>422</sup> Rép. min. n° 89139 : JOAN Q 20 juin 2006 ; CA Toulouse, 28 avr. 2009, *JurisData* n° 2009-377968.

mais la preuve du refus doit être apportée par le banquier et celle-ci ne peut se déduire du seul fait que les clients n'ont pas pris l'initiative de solliciter l'attribution de ces services<sup>423</sup>.

**213.** La loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 a encore renforcé le dispositif du droit au compte en permettant à certaines institutions (département, caisse d'allocations familiales ou centre communal d'action sociale) d'agir auprès de la Banque de France au nom de la personne qui en bénéficie<sup>424</sup>.

**214.** On peut constater après ces quelques explications que pour le droit français, il s'agit vraiment d'un droit au compte qui recouvre tous les services bancaires de base, tandis qu'en droit malgache, il s'agit plus d'une mesure de tolérance dans laquelle, le banquier ne fournit qu'un service minimum qui se limite au service de caisse. Comme on a pu ressortir cette brève comparaison, on va maintenant étudier la responsabilité du banquier lorsque dans l'exercice du droit au compte des clients, ceux-ci sont en situation irrégulière.

### **C- La responsabilité du banquier et l'exercice du droit au compte des clients en situation irrégulière**

**215.** Le droit malgache n'est pas aussi précis que le droit français quand il dit que le droit bénéficie à « toute personne ».

Le droit français quant à lui est très clair et prévoit expressément que le droit au compte est ouvert à toute personne domiciliée en France et aux français résidant hors de France. Se pose alors le problème des étrangers en situation irrégulière (1) et l'exercice du client d'une activité irrégulière (2).

#### **1- La responsabilité du banquier face à l'exercice du droit au compte des étrangers en situation irrégulière**

**216.** Les textes sur l'entrée et le séjour des étrangers et du droit d'asile, prévoient des répressions pénales à l'encontre des personnes qui fournissent une aide directe ou indirecte au séjour irrégulier<sup>425</sup>. On peut raisonnablement se poser la question si le banquier qui ouvre un compte à un étranger en situation irrégulière dans l'exercice de celui-ci de son droit au compte ne se trouve pas happé par ce texte pénal.

---

<sup>423</sup> Autorité de contrôle prudentiel, décision de la commission des sanctions n° 2012-09 du 3 juil. 2013.

<sup>424</sup> Commentaire de l'article L. 312-1 du Code monétaire et financier, *LexisNexis*, 2014, p. 343.

<sup>425</sup> Article L. 622-1 du Code français de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Comme toujours, le droit malgache ne prévoit rien, par contre, le tribunal administratif de Paris<sup>426</sup> a tranché la question en décidant que comme l'article L. 312 du Code monétaire et financier qui prévoit le droit au compte ne subordonne pas la désignation par la Banque de France à la régularité du séjour du demandeur, la responsabilité de la banque primaire qui est désigné par la Banque de France ne doit pas être engagée. Cette solution est confirmée par une décision ministérielle<sup>427</sup> et une lettre du directeur des affaires criminelles et des grâces du Ministère de la justice qui estime qu'aucune incrimination pénale ne saurait être reprochée au banquier qui de bonne foi, se contente d'exécuter les prescriptions du Code monétaire et financier. Ces décisions excluent la responsabilité pénale mais reste silencieux quant à la responsabilité civile.

## **2- La responsabilité du banquier et le droit au compte exercé par une personne s'adonnant à une activité irrégulière ou illicite**

**217.** Même si toute personne a droit au compte, le compte ne doit pas servir à l'exercice illégal d'une activité<sup>428</sup>. La jurisprudence estime que le tribunal a le droit d'ordonner la clôture immédiate d'un compte ouvert sur le fondement du droit au compte mais qui sert d'intermédiaire à l'exercice d'une activité irrégulière<sup>429</sup>.

**218.** L'article L. 561-22, V du Code monétaire et financier édicte que « sauf concertation frauduleuse », la responsabilité pénale du banquier ne peut être retenue, lorsqu'il ouvre un compte sur désignation de la Banque de France pour le trafic de stupéfiant. La loi ne prévoit rien sur la responsabilité civile mais comme la règle retenue dans le précédent cas, le banquier qui a exécuté les prescriptions légales ne peut être tenu pour responsable du dommage causé par cette exécution. L'ordre de la loi étant un fait justificatif d'une infraction<sup>430</sup>, il supprime l'élément légal de l'infraction, il supprime en même temps le fait générateur de la responsabilité civile.

En résumé, le banquier n'est pas responsable, des irrégularités ou d'illicéité des actes du client dans le cadre d'une désignation de la part de la Banque de France, sous réserve des

---

<sup>426</sup> TA Paris, ord. Réf., 16 mars 2005, n° 050280519, *RD bancaire et fin.* 2008, p. 36, note F.-J. Crédot et Th. Samin.

<sup>427</sup> Rép. min. n° 65599 : JOAN Q 22 nov. 2005, p. 10839 ; *JCP E* 2005, n° 1818.

<sup>428</sup> Commentaire de l'article L. 312-1 précité, p. 343.

<sup>429</sup> T. com. Créteil, 6 déc. 2011, *RD bancaire et fin.* 2012, comm. 2, obs. F.-J. Crédot et Th. Samin.

<sup>430</sup> Article 327 du Code pénal.

obligations dont il est tenu normalement pour toute opération de banque que ses clients effectuent.

**219.** Telle est l'étude de la responsabilité du banquier, lorsqu'il refuse d'ouvrir un compte à un demandeur. Lorsque le client décide d'ouvrir un compte, quelles sont les obligations dues par le banquier au client ?

## **Section 2 : La responsabilité du banquier pour manquement aux obligations dues par le banquier au moment de l'ouverture du compte**

**220.** Au moment de l'ouverture du compte bancaire, le banquier est tenu des obligations dont l'inexécution est source de responsabilité. En tant que professionnel, le banquier doit informer ses clients avant même que ceux-ci s'engagent (§1), puis il est tenu d'une obligation de vérification quant aux renseignements fournis par le client (§2). Le manquement du banquier à ces obligations, si celui-ci a provoqué un préjudice, pourrait engager sa responsabilité.

### **§1 : L'obligation d'information due par le banquier au client**

**221.** Comme le droit malgache ne prévoit rien sur la question on est contraint de faire appel au droit français qui est applicable sur le territoire malgache. Les articles L. 312-1-1et R. 312-1 du Code monétaire et financier français imposent au banquier une obligation d'information. De part ces articles le banquier est tenu non seulement d'informer le public (A) mais il est également tenu d'informer le futur client au moment de l'ouverture de compte (B).

#### **A- L'obligation d'information permanente du public**

**222.** Aux termes de l'article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier : « les établissements de crédit sont tenus d'informer leur clientèle et le public sur les conditions générales et tarifaires applicables aux opérations relatives à la gestion d'un compte de dépôt, selon des modalités fixées par un arrêté du ministre chargé de l'économie ». L'article R.312-1 alinéa 1<sup>o</sup> renforce la disposition en prévoyant que « les établissements de crédit sont tenus de porter à la connaissance de leur clientèle et du public les conditions générales de banques

qu'ils pratiquent pour les opérations qu'ils effectuent ». Les arrêtés d'applications<sup>431</sup> prévoient une communication des tarifs par voies d'affichage et remise de dépliants en agence. Ils obligent également les établissements de paiement de tenir gratuitement les conditions générales applicables aux opérations à la disposition de leurs clients par tout moyen approprié : affichage, prospectus etc.

L'esprit de l'obligation d'information vise ici non à la protection des consommateurs mais plutôt à apporter plus de transparence dans les relations entre les établissements de crédit et leurs clients, elle n'est pas réservée aux seules personnes physiques agissant en dehors de leur activité professionnelle, elle bénéficie à toute la clientèle<sup>432</sup>.

En pratique à Madagascar comme en France, cette obligation est respectée, puisque dans toutes les grandes banques il y est toujours affiché les conditions tarifaires, notamment celles des intérêts, des frais de dossier et des conditions générales des banques.

## **B- L'obligation d'information du banquier due au client au moment de l'ouverture du compte**

**223.** L'alinéa 2 de l'article R. 312-1 dispose que « lorsqu'ils ouvrent un compte, les établissements de crédit doivent informer leurs clients sur les conditions d'utilisation du compte, le prix des différents services auxquels ils donnent accès et les engagements réciproques de l'établissement et du client ». Aucun arrêté n'est venu préciser les modalités de cette information, par conséquent, on peut déduire qu'elle peut se faire par tous les moyens appropriés.

**224.** L'obligation d'information pèse sur le banquier pour toute ouverture de compte, que ce soit les comptes ouverts par les consommateurs que ceux ouverts par les entreprises, mais elle est plus stricte lorsqu'il s'agit des consommateurs.

Lorsqu'il s'agit de la convention de compte ouvert au nom des consommateurs agissant en dehors de leurs activités professionnelles<sup>433</sup>, le banquier a l'obligation d'informer le client sur la convention de compte, l'alinéa 6 de l'article L. 312-1-1 exige que « avant que le client ne soit lié par cette convention, l'établissement de crédit l'informe desdites conditions sur support papier ou sur un autre support durable ». Cette obligation peut être acquittée par la

---

<sup>431</sup> Arrêté du 08 mars 2005 puis celui du 29 juil. 2009.

<sup>432</sup> Rép. min. n° 1617, 30 août 2007 : JO Sénat Q 8 janv. 2009 ; *RD bancaire et fin.* 2009, comm.81, note Th. Samin.

<sup>433</sup> Commentaire de l'article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier, *LexisNexis* 2014, p. 352.

fourniture d'une copie du projet de la convention. Le banquier est donc, tenu avant que le client ne s'engage de lui fournir les informations nécessaires à l'exécution de la convention pour que celui-ci puisse savoir exactement à quoi il s'engage. Cette information doit être préalable à la formation du contrat d'ouverture de compte et non concomitante à celle-ci. Comme on l'a déjà dit, cette pratique ne se fait pas à Madagascar<sup>434</sup>. Toutefois, le banquier peut s'acquitter de cette obligation après la conclusion de la convention de compte si celle-ci a été conclue à la demande du client, par un moyen de communication à distance ne lui permettant pas de se conformer à cette obligation avant la conclusion du contrat<sup>435</sup>. L'information se fait soit sur un support papier, soit sur un support durable, soit par la communication d'une copie du projet de convention de compte.

**225.** Cette obligation d'information sur la convention de compte ne s'arrête pas à l'ouverture de compte, le paragraphe IV de l'article L. 312-1-1 du Code précité prévoit qu' « à tout moment de la relation contractuelle, l'établissement de crédit fournit à la demande de l'utilisateur les termes de la convention de compte de dépôt sur support papier ou sur un autre support durable ». Et ce, quelle que soit la finalité du compte, professionnelle ou non.

L'alinéa 5 de l'article précité précise des stipulations obligatoires que la convention de compte doit contenir notamment les conditions générales et tarifaires de la convention<sup>436</sup>.

**226.** En dehors des dispositions du Code monétaire et financier, le Code de consommation prévoit également l'obligation d'information à l'égard des consommateurs. L'article 5 de la loi malgache n° 2015-014 sur les garanties et la protection des consommateurs et l'article L. 111-1 du Code de la consommation prévoit d'une manière générale que « Tout professionnel vendeur de bien ou prestataire de service doit, avant la conclusion du contrat, mettre les consommateurs en mesure de connaître explicitement les caractéristiques et conditions essentielles de biens, produits et services »<sup>437</sup>.

**227.** Pour terminer cette partie concernant l'obligation d'information, aussi bien le droit malgache que le droit français prévoit l'obligation mais ne prévoit pas de sanctions<sup>438</sup> en cas d'inexécution de cette obligation, ce qui signifie que l'absence d'écrit, de stipulations

---

<sup>434</sup> *Supra*, partie préliminaire, le consentement des parties, p. 53 à 56.

<sup>435</sup> Article L. 312-1-1 al. 7 du Code monétaire et financier.

<sup>436</sup> Ces stipulations obligatoires sont prévues pour être précisées par l'arrêté du 29 juillet 2009.

<sup>437</sup> Selon l'article L. 111-3 du Code de la consommation, les dispositions de l'article L. 111-1 s'appliquent « sans préjudice des dispositions plus favorables aux consommateurs qui soumettent certaines activités à des règles particulières en ce qui concerne l'information du consommateur ». Il en est ainsi dans le domaine du crédit aux consommateurs.

<sup>438</sup> En dehors de l'amende fiscale prévue par l'article L.351-1.

obligatoires ou de l'une quelconque de ces obligations d'information n'entraîne pas la nullité du contrat. Par contre, si le manquement à ses obligations cause un préjudice au client, celui-ci peut mettre en œuvre la responsabilité du banquier.

**228.** D'une part, le banquier, en tant que professionnel a l'obligation d'information vis-à-vis du public et de son client que celui-ci soit professionnel ou consommateur au moment de l'ouverture de compte mais d'autre part, afin d'éviter que le compte bancaire ne soit utilisé à des faits illicites causant ainsi un dommage au tiers ou à la banque, le banquier a l'obligation de vérifier certains renseignements du client.

## **§2 : L'obligation de contrôle du banquier**

**229.** Comme H. CABRILLAC le dit si bien : « un compte en banque peut prêter à toutes sortes de manœuvres frauduleuses de la part d'un individu malhonnête, dans notre société moderne, ouvrir un compte sans précautions, c'est livrer en circulation une arme qui peut être dangereuse »<sup>439</sup>. Ainsi, l'obligation de contrôle est prévue aussi bien dans l'intérêt de la banque qui doit connaître la personne de son client que dans l'intérêt des tiers, étant donné que les comptes peuvent être « un instrument commode pour réaliser des opérations illicites »<sup>440</sup>. Aussi, au moment de l'ouverture d'un compte bancaire, la loi fait peser sur le banquier une obligation de vérification. La vérification porte surtout sur l'identité, sur l'adresse du client ainsi que sur la capacité du client. Le contrôle peut porter sur la profession du client si celui-ci demande une ouverture du crédit. L'inobservation de cette obligation de vérification surtout s'il a permis au client de frauder la loi engage la responsabilité du banquier.

### **A- L'obligation de contrôle de l'identité et du domicile**

**230.** Comme le droit malgache n'a pas de disposition concernant cette obligation, on va se référer comme on l'a toujours fait aux dispositions des textes français. L'obligation de contrôle d'identité et du domicile est prévue par l'article R. 312-2 alinéa 1<sup>er</sup> en prévoyant que « Le banquier doit, préalablement à l'ouverture d'un compte, vérifier le domicile et l'identité du postulant, qui est tenu de présenter un document officiel comportant sa photographie ».

---

<sup>439</sup> H. CABRILLAC, *Introduction au droit bancaire*, Dalloz 1965, p. 49.

<sup>440</sup> Thierry BONNEAU, *op. cit.*, p. 313.

**231.** Pour les personnes physiques, l'obligation de contrôle d'identité porte sur la carte d'identité nationale ou tout autre acte pouvant justifier l'identité et le domicile du client. En effet, la vérification est obligatoire mais les moyens sont laissés à la libre appréciation du banquier. La jurisprudence a défini le contour de ce que la loi entend par « document officiel » en décidant que ce document doit comporter à la fois la signature et la photographie du postulant. Par exemple, dans le contrôle d'identité il peut exiger la carte d'identité nationale comme il peut se suffire d'un permis de conduire, ces deux documents présentent ces caractéristiques<sup>441</sup>. Le permis de conduire qui ne mentionne pas l'adresse de son titulaire, n'est pas admis puisqu'il ne permet pas de contrôler le domicile du client<sup>442</sup>.

Le banquier a non seulement l'obligation de contrôler l'identité et l'adresse du postulant mais, il doit également conserver certaines informations comme le « nom, prénoms, date et lieu de naissance du postulant, nature, date et lieu de délivrance du document présenté et nom de l'autorité ou de la personne qui l'a délivré ou authentifié »<sup>443</sup>.

**232.** Pour le contrôle d'identité et du domicile d'une personne morale, le postulant doit fournir « la prestation de l'original ou l'expédition ou la copie de tout acte ou extrait de registre officiel datant de moins de trois mois constatant la dénomination, la forme juridique, l'adresse du siège social et l'identité des dirigeants ». Aussi bien en France qu'à Madagascar, ce contrôle porte généralement sur l'extrait du registre du commerce et des sociétés de moins de trois mois constatant la dénomination sociale, la forme, l'adresse du siège social et l'identité des dirigeants de la personne morale. La banque demande un extrait de registre de commerce et des sociétés pour les sociétés et une photocopie du journal officiel ou tout acte démontrant la déclaration à la préfecture pour les associations. La jurisprudence française impose au banquier l'obligation de vérifier la pertinence des mentions inscrites dans l'extrait lorsqu'il existe « des circonstances de nature à faire naître une suspicion sur le sérieux du nouveau client »<sup>444</sup>.

Lorsque le compte est ouvert au nom d'une société en formation, comme celle-ci n'a pas encore une personnalité juridique, ce sont les fondateurs qui sont titulaires du compte. Aussi, le banquier doit vérifier l'identité et le domicile de tous ces fondateurs. La vérification de l'identité ou du domicile de l'un d'entre eux seulement est jugée insuffisante et en cas de

---

<sup>441</sup> TGI Paris, 24 janvier 1980, Banque n° 397, juillet-août 1980. 908, obs. Martin ; conf. Par Paris, 9 juin 1981, D. 1981. IIR 495, obs. Vasseur ; JCP 1983, éd. CI, II, 13939, n° 18, obs. Gavalda et Stoufflet.

<sup>442</sup> V. Com., 21 janv. 1997, RTD com. 1997. 296, obs. Cabrillac.

<sup>443</sup> Article R. 312-2 du Code monétaire et financier.

<sup>444</sup> Com., 19 juin 1990, Bull. civ. IV, n° 177, p. 121; RTD com. 1991. 74, obs. Cabrillac et Teysié.

préjudice causé par le fait des autres titulaires du compte par le biais du compte ouvert, la responsabilité du banquier est engagée<sup>445</sup>.

**233.** La vérification du domicile en France se fait de différentes manières, généralement elle se fait par l'envoi d'une lettre d'accueil<sup>446</sup> qui peut être une lettre simple ou une lettre recommandée avec accusé de réception<sup>447</sup>. Cette technique permet de contrôler la réalité de l'adresse fournie, en effet, si la lettre est retournée, cela signifie que l'adresse n'est pas exacte. C'est le cas lorsque le banquier se contente de la présentation de la carte d'identité nationale alors que le postulant a changé l'adresse entre temps<sup>448</sup> mais ce contrôle peut aussi s'effectuer sur la présentation d'une facture EDGF-GDF ou des télécommunications. La jurisprudence française a toutefois décidé que ni un contrat de location<sup>449</sup> ni une quittance de loyer<sup>450</sup> ne permet de justifier le domicile du postulant.

A Madagascar les banques se contentent de la carte d'identité nationale et d'un certificat de résidence. Elles n'envoient aucune lettre d'accueil, le premier courrier qu'elles envoient à leurs clients est généralement, le premier relevé de compte. Si l'adresse est inexacte, c'est là qu'elles s'en rendront compte. Et vu que ce courrier n'arrive à son destinataire qu'au moins vingt jours après, si le client a ouvert le compte pour des fins malhonnêtes, il aura tout le temps de le faire avant que le banquier se rende compte de l'inexactitude de l'adresse fournie. Alors que l'omission de vérifier un domicile déclaré par le postulant engage en principe la responsabilité du banquier<sup>451</sup>.

**234.** Dans la vérification de l'identité et du domicile, le banquier n'a pas le droit d'utiliser des moyens discriminatoires. En France, le Défenseur des droits estime que l'exigence d'un titre de séjour, qui vise les seuls clients de nationalité étrangère est discriminatoire<sup>452</sup>.

---

<sup>445</sup> Com. 24 mars 1992, *Bull. civ.* IV, n° 124, p. 89; *Dr. sociétés*, juin 1992, n° 128, p. 7, obs. Bonneau ; *RD bancaire et bourse* n° 32, juin/juillet 1992. 150, obs. Crédot et Gérard ; *Banque* n° 528, juin 1992. 646, obs. Rives-Langes.

<sup>446</sup> Com., 12 mars 1996, *Dalloz Affaires* n° 20/1996. 615 ; *RD bancaire et bourse* n° 56, juillet-août 1996. 172, obs. Crédot et Gérard ; *adde*, Rives-Lange, obs. sous Com ;, 9 oct. 1985, *Banque* n° 458, février 1986, p. 189.

<sup>447</sup> Com. 6 avril 1993, *RJDA* juin 93, n° 533, p. 455 ; *RTD com.* 1993. 548, obs. Cabrillac et Teyssié.

<sup>448</sup> Sur la carte d'identité nationale périmée mentionnant une adresse différente de celle déclarée, v. Civ.2<sup>e</sup>, 2 nov. 2005, *Banque et droit* n° 106, mars-avril 2006. 66, obs. Bonneau ; *JCP* 2006, 1850, n° 14 et s., obs. AS.

<sup>449</sup> Paris, 15 mars 1991, *RJDA* juin 1991, p. 448.

<sup>450</sup> Com. 17 oct. 1995, *Bull. civ.* IV, n° 231, p. 215; *Quotidien juridique* n° 98, 7 déc. 1995.6, note J.-P. D. ; *RD bancaire et bourse* n° 52, novembre-décembre 1995. 214, obs. Crédot et Gérard.

<sup>451</sup> Com., 9 oct. 1985, *Banque* n° 458, février 1986. 189, obs. Rives-Langes ; *RTD. com.* 1991. 74, obs. Rives-Langes.

<sup>452</sup> Délibération du Défenseur des droits du 1er février 2010, voir les réserves concernant cette délibération, Thierry Bonneau, *Banque et droit* mars-avril 2011.

**235.** Il est également important de souligner qu'aussi bien le défaut de contrôle que l'insuffisance de contrôle engage la responsabilité du banquier lorsque le compte qu'il a ouvert a permis ou a facilité les agissements dommageables du titulaire du compte tel que l'encaissement de chèques volés ou l'émission de chèque sans provision<sup>453</sup>.

**236.** Afin de lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement des activités terroristes, en plus de l'obligation de vérification proprement dite, le législateur impose au banquier une certaine obligation de vigilance<sup>454</sup> lors de ce contrôle. Dans l'esprit de lutte contre le blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme, les articles R. 561-7 et suivants imposent par exemple au banquier de faire diligence pour identifier le bénéficiaire effectif de la relation d'affaires.

**237.** Il est à noter enfin que l'article R. 561-6 donne au banquier la possibilité de procéder à la vérification de l'identité après l'ouverture du compte mais au plus tard avant la réalisation de la première opération sur le compte, ou en cas de conclusion d'un contrat avant l'opération qui est l'objet d'un contrat. Toutefois, il doit être en mesure de justifier à l'autorité de contrôle leur décision de ne pas vérifier l'identité de leur client avant d'entrer en relation d'affaires par la nécessité de poursuivre l'affaires déjà engagée et le faible risque de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme.

A côté de la vérification de l'identité et du domicile du postulant au moment de l'ouverture du compte, le banquier a également l'obligation de contrôler la capacité de celui-ci.

## **B- L'obligation de contrôle de la capacité et du pouvoir du demandeur d'ouverture compte**

**238.** Il faut voir l'étendue de cette obligation selon qu'il s'agisse de la personne physique ou de la personne morale.

---

<sup>453</sup> V. Thierry BONNEAU, *op. cit.*, p. 315.

<sup>454</sup> Article R. 561-5 3° et article R. 561-20 du Code monétaire et financier.

## 1- La vérification de la capacité et du pouvoir d'une personne physique

**239.** L'inobservation d'une des conditions de formation du contrat peut entraîner la nullité de ce contrat. La capacité étant l'une de ces conditions de formation du contrat<sup>455</sup>, afin d'éviter que les actes passés par le titulaire du compte encourt la nullité, le banquier a l'obligation de vérifier cette capacité-là. Et dans le cas où la personne qui ouvre le compte n'agit pas en son nom propre mais au nom et pour le compte de quelqu'un d'autre, pour assoir la présentation, le banquier vérifie le pouvoir conféré à cette personne.

**240.** Concernant la capacité, on applique la règle de droit commun, « toute personne peut valablement contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi »<sup>456</sup>. On a évoqué l'incapacité frappant les mineurs non émancipés, les majeurs sous tutelle et les majeurs sous curatelle<sup>457</sup>. Pour les mineurs non émancipés, le problème ne se pose pas puisqu'un mineur non émancipé ne dispose pas de carte d'identité nationale. La preuve de l'émancipation d'un mineur par mariage se fait à l'aide d'un acte de mariage ou d'un livret de famille.

**241.** Concernant le pouvoir, pour ouvrir un compte au nom d'un mineur non émancipé, il faut l'intervention d'un représentant. Dans ce cas, la vérification du pouvoir conféré au représentant doit être faite par le banquier. Les parents du mineur étant ses représentants légaux, le pouvoir de le représenter est conféré par la loi, la seule preuve de leur filiation suffit à prouver leur pouvoir d'agir au nom de leur enfant. A propos des tuteurs ou toute autre personne qui selon la loi ou les usages exercent l'autorité sur l'enfant. Il faut prouver cette autorité-là pour prouver le pouvoir qu'ils ont pour agir au nom et pour le compte de l'enfant mineur. Pour toute autre personne à qui la loi n'a pas donné un pouvoir de représentation, il faut apporter un contrat de mandat, pour pouvoir agir au nom et pour le compte du mineur.

Pour les incapables majeurs<sup>458</sup>, il est plus difficile au banquier de connaître cette incapacité. Et le banquier ne vérifie pas systématiquement si le client majeur qui vient ouvrir un compte est ou non un incapable majeur. Dans ce cas, il appartient au client, d'informer le banquier de son incapacité, l'incapacité qui survient après l'ouverture de compte peut entraîner la clôture du compte<sup>459</sup>. En cas de décès du titulaire du compte par exemple, il appartient à ses héritiers d'en informer le banquier. La convention de compte étant un contrat conclu *intuitu personae*, cette modification de la condition juridique du client peut entraîner la

---

<sup>455</sup> Article 64 de la LTGO.

<sup>456</sup> Article 65 de la LTGO.

<sup>457</sup> Article 435 du Code civil, les majeurs sous sauvegarde de justice n'étant pas d'incapacité peut seul demander l'ouverture d'un compte bancaire.

<sup>458</sup> *Supra*, partie préliminaire, la capacité, p.50.

<sup>459</sup> T. BONNEAU, *op. cit.*, p. 309.

résiliation de la convention d'ouverture de compte. La loi française a institué une mesure générale de protection des majeurs protégés quant à l'ouverture d'un compte. Selon l'article 427 alinéa 1 du Code civil : « La personne chargée de la mesure de protection ne peut procéder ni à la modification des comptes ou livret ouverts au nom de la personne protégée, ni à l'ouverture d'un autre compte ou livret auprès d'un établissement habilité à recevoir des fonds du public »<sup>460</sup>. L'alinéa 2 de cet article poursuit que lorsque la personne protégée n'est titulaire d'aucun compte ou livret ou lorsque le juge des tutelles ou le conseil de famille l'y autorise si « l'intérêt de la personne protégée le commande », la personne chargée de la protection peut lui ouvrir un compte. Dans ce cas, il faut qu'elle prouve également son pouvoir conféré par le juge ou par le conseil de famille s'il a été constitué.

## **2- La capacité de la personne morale et le pouvoir de la personne physique qui la représente**

**242.** Une personne morale a la capacité d'ouvrir un compte en son nom à partir du moment où elle acquiert la personnalité morale. Cette personnalité morale s'acquiert après enregistrement régulier de la société au registre du commerce et des sociétés. C'est pour cette raison qu'au moment de l'ouverture du compte au nom de la société, le banquier demande la fourniture de l'extrait du registre du commerce et des sociétés (RCS). Cet extrait prouve l'existence de la personnalité juridique de la société. Pour les associations, le banquier exige la photocopie du Journal Officiel ou tout acte démontrant la déclaration en préfecture.

**243.** La société ou association étant une personne morale, une entité abstraite qui ne peut exercer elle-même les prérogatives qui lui sont reconnues, elle doit, en conséquence, être représentée par des organes agissant en son nom et pour son compte. Cette fonction peut être dévolue aux associés, ou aux sociétaires mais, vu leur nombre et les difficultés qui en découleraient, la loi prévoit un mécanisme de représentation. Telle est la fonction des dirigeants sociaux et de l'organe exécutif d'une association qui assument la direction et la représentation de la société ou de l'association. Et comme toute représentation nécessite un pouvoir, ses représentants doivent prouver l'existence de ce pouvoir. Les dirigeants d'une société sont inscrits comme tels au RCS, la preuve de ce pouvoir résulte de ce fait de l'extrait du RCS. Pour les représentants de l'association, il résulte de l'acte de déclaration auprès de la

---

<sup>460</sup> Le tuteur ne peut pas procéder à l'ouverture d'un compte bancaire d'un majeur protégé sans autorisation préalable. Celle de la personne en tutelle est soumise à l'intervention du conseil de famille et celle de la personne sous curatelle ses capitaux sont versés directement sur un compte ouvert à son seul nom et mentionnant son régime de protection (article 468 alinéa 1 du Code civil).

préfecture. Le banquier vérifie à la fois et l'existence du pouvoir et la conformité de ce pouvoir à la loi ainsi qu'aux statuts qui constituent le contrat de société<sup>461</sup>.

Pour les sociétés en formation, puisque celle-ci n'a pas encore de personnalité juridique, le banquier doit vérifier la réalité du projet de constitution de la société, l'identité de tous les fondateurs de celle-ci, ainsi que leurs pouvoirs prouvant qu'ils agissent effectivement au nom et pour le compte de la société<sup>462</sup>.

**244.** Il est à remarquer, que le banquier n'est pas tenu de vérifier la profession du postulant mais il peut le faire, ce, aussi bien pour se prémunir contre le risque qu'il encourt au cas où il a l'intention de convenir un contrat de crédit avec lui, que pour se prémunir contre le blanchiment d'argent. En effet, la connaissance de la profession permet de savoir la source de revenu du client. Et à Madagascar, le banquier, demande systématiquement la profession du postulant<sup>463</sup>.

**245.** La preuve de l'accomplissement de ces contrôles au moment de l'ouverture du compte bancaire incombe au banquier<sup>464</sup>. Faute de pouvoir prouver l'accomplissement de ces vérifications, la responsabilité du banquier est engagée pour tout dommage causé par ce défaut de contrôle qui est en résumé un devoir général de prudence imposé à tout banquier<sup>465</sup>. Ce devoir de prudence n'impose pas toutefois au banquier de vérifier ni l'honorabilité<sup>466</sup> ni la moralité<sup>467</sup> du client, étant donné que ces dernières exigeraient une enquête que le banquier n'aurait pas les moyens de mener<sup>468</sup>. Cette absence d'obligation de vérification d'honorabilité et de moralité du client, ne dispense cependant pas le banquier de son obligation générale de prudence qui lui impose d'être vigilant sur tout élément pouvant lui faire suspecter une absence de moralité<sup>469</sup>.

---

<sup>461</sup> Com. 27 mai 2008, *Banque et droit* n° 120 juillet- août 2008. 14, obs. Bonneau ; *RD bancaire et financier* septembre-octobre 2008, n° 130, obs. Crédot et Samin.

<sup>462</sup> Com., 8 octobre 1985, *Bull. civ. IV*, n° 229, p. 191 ; Paris, 29 janvier 1992, *D.* 1992. IR 121.

<sup>463</sup> Lorsqu'on verse une somme nettement supérieure à ce qu'on gagne habituellement, la banque demande le justificatif de la source de cet argent. Pour une personne qui gagne moins de 2. 000. 000 Ariary par exemple, lorsqu'elle verse plus de 5. 000.000 Ariary, il faut le justifier (Source : Enquête auprès de la BNI Madagascar , agence Mahajanga).

<sup>464</sup> Com., 11 janv. 2000, *Bull. civ. IV*, n° 7, p. 5 ; *Dr. sociétés*, avril 2000, n° 53, note Bonneau ; *RJDA* 5/000 n° 581, p.459 ; *RD bancaire et financier* n° 2, mars-avril 2000.75, obs. Crédot et Gérard ; *JCP E* 2000, p.1041, obs. Gavalda et Stoufflet ; *RTD com.* 2000. 421, obs. Cabrillac ; Com. 8 nov. 2005, n°04-11. 307, *JCP E* 2006, 1850, p. 959, obs. A. Salgueiro.

<sup>465</sup> T. BONNEAU, *op. cit.*, p. 316.

<sup>466</sup> CA Amiens, 28 mars 1963, *D.* 1963. Jur. 477, note E. Georgiades ; *JCP G* 1963. II. 13186, note H. Cabrillac.

<sup>467</sup> Com. 17 janv. 1968, *JCP G* 1969. II. 15839, note J. Stoufflet.

<sup>468</sup> R. ROUTIER, *op. cit.*, p. 493.

<sup>469</sup> CA Paris, 5 oct. 1989, *D.* 1990. Somm. 119, obs. M. Cabrillac.

**246.** Le banquier est tenu d'une obligation générale de prudence au moment de l'ouverture de compte, mais cette obligation ne s'arrête pas là, la loi et la jurisprudence imposent en outre au banquier d'autres obligations pendant le fonctionnement du compte.

## **CHAPITRE 2 : LES OBLIGATIONS DU BANQUIER PENDANT LA TENUE DU COMPTE**

**247.** Dans ce chapitre, on va d'abord étudier les obligations professionnelles dont le banquier est tenu envers le client pendant la tenue du compte (Section 1) ensuite, analyser sa responsabilité quant à son obligation relative au contrat de dépôt ou l'obligation de restitution de fonds déposés (Section 2).

### **Section 1 : Les obligations professionnelles du banquier pendant la tenue de compte**

**248.** Tout au long du fonctionnement du compte, la première obligation dont le banquier est tenu est celle de tenir le compte (§1), ensuite il est tenu d'une obligation de surveillance (§2) et d'une obligation d'information (§4). A côté de ses obligations de faire, la loi et la jurisprudence impose aussi au banquier des obligations de ne pas faire, ces obligations consistent en l'obligation de non-immixtion dans les affaires du client (§3) et l'obligation de secret professionnel (§5).

#### **§1 : L'obligation de tenir le compte**

**249.** On parlera dans un premier temps de la consistance de cette obligation (A), puis exposera le cas de relevés des comptes (B).

##### **A- L'exécution de l'obligation du banquier de tenir le compte**

**250.** Une fois un compte bancaire ouvert, la banque assure la tenue du compte. Il appartient au banquier d'exécuter cette obligation de tenue de compte. L'entrée en compte d'une créance doit être matérialisée par l'écriture d'un banquier et le client reçoit le double de ces écritures. Le banquier n'est pas seulement tenu de l'obligation de tenir matériellement le compte mais il est également obligé de tenir ce compte avec ponctualité et exactitude<sup>470</sup>.

---

<sup>470</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, p. 246 ; T. BONNEAU, *op. cit.*, p. 317.

## **1- Le devoir de ponctualité du banquier**

### **a- Le principe**

**251.** Le banquier doit effectuer la tenue du compte du client avec ponctualité. Le devoir de ponctualité impose en principe au banquier l'inscription immédiate des opérations au crédit ou au débit du compte. Normalement, toutes les opérations que le client effectue sur son compte sont transcrites le jour même dans le compte. Pour chaque opération, l'établissement de crédit doit inscrire au compte la nature de l'opération (exemple : retrait, versement, virement, prélèvement) ; le montant de l'opération ; la date à laquelle l'opération est effectuée, la date de valeur si elle existe et enfin le solde provisoire qui se dégage du compte.

L'opération effectuée la veille doit en principe être déjà inscrite au compte au plus tard le lendemain avec le solde provisoire. Un client qui consulte son solde par des procédés à distance doit pouvoir vérifier au moins le solde de la veille. Tout retard dans l'inscription est une faute susceptible d'engager la responsabilité du banquier si un préjudice en résulte pour le client ou pour le tiers<sup>471</sup>.

Pour que le compte fonctionne normalement, il doit être suffisamment approvisionné. La banque doit pouvoir disposer de la somme nécessaire au paiement des opérations qui se présentent à elle. Ainsi, le compte doit normalement présenter un solde créditeur. Mais, avec l'accord de la banque, ce solde peut être débiteur.

### **b- L'exception : la pratique des dates de valeur**

**252.** La pratique des dates de valeur<sup>472</sup> consiste à inscrire les dépôts effectués par le client après la véritable opération et ses retraits avant cette date. Dans cette pratique, l'écriture en compte ne coïncide pas avec la date de l'opération. La date de valeur est la date à partir de laquelle une opération, enregistrée au compte, est prise en considération pour le calcul des intérêts débiteurs. Cette date ne coïncide pas forcément avec la date à laquelle l'opération de retrait, de paiement ou de dépôt a été enregistrée en comptabilité par la banque.

Généralement, toutes les opérations au crédit affichent une date de valeur postérieure à la date d'opération, et celles au débit présentent une date de valeur antérieure à la date

---

<sup>471</sup> J. VEZIAN, *op. cit.*, n° 76, p. 50 ; v. également, T.Com. Marseille, 6 juin 1988, Rev. jurisp. com.1989. 135, note Gallet.

<sup>472</sup> Sur les dates de valeur, v. Mouly, Bilan provisoire d'une critique des dates de valeur, *RJDA*, 1993 503 ; Vignerot, Dates de valeur bancaires : censure de la Cour de cassation, *Dr. et patrimoine*, mai 1993 10 ; Du nouveau sur la prohibition des dates de valeur, *Dr. et patrimoine*, mars 1995 14.

d'opération : les sommes qui vont être créditées ne vont produire d'intérêt qu'à une date postérieure à la remise (24h ou 48h). Le cours de l'intérêt cesse la veille ou l'avant-veille du retrait. Ce décalage entre la date d'opération et la date prise en compte est utilisé surtout pour le calcul des intérêts afin de permettre de compenser le temps nécessaire au traitement comptable et technique des opérations. On considère d'un côté que le banquier doit toujours avoir une encaisse improductive pour faire face aux demandes de retraits, de l'autre côté, le banquier ne peut pas placer immédiatement sur le marché monétaire et financier l'argent crédité.

**253.** La jurisprudence n'admet pas les dates de valeur lorsqu'elles concernent des opérations dont le dénouement est immédiat. Elle est illégale concernant les opérations de remise et de retrait d'espèce, parce qu'ici, le banquier n'a pas besoin de délai pour procéder à la remise ni au retrait. La date de valeur est ainsi dépourvue de cause<sup>473</sup>. Au contraire pour les effets de commerce ou les chèques, quand on veut les encaisser, cela nécessite toujours un délai d'où la pratique de la date de valeur.

A propos de la pratique des dates de valeur, l'article L. 133-14 prévoit des dispositions selon lesquelles la date de valeur d'une somme portée au crédit du compte du bénéficiaire ne peut être postérieure à celle du jour ouvrable au cours duquel le montant de l'opération de paiement est crédité sur le compte du prestataire de services de paiement du bénéficiaire. Cet article reconnaît ainsi la licéité des dates de valeur pour les opérations de paiement par chèque, mais cette date ne doit pas dépasser la durée d'un jour ouvré.

Bref, la date de valeur n'affecte en fin de compte que le calcul des intérêts. Un débit peut être comptabilisé comme ayant été fait antérieurement et un crédit postérieurement par rapport à sa date réelle. L'impossibilité de placer le jour même la somme déposée et la nécessité de conserver en caisse des fonds pour faire face aux retraits semblent expliquer cette pratique. La banque qui prend en compte une date différente de celle de l'entrée en compte pour le calcul des intérêts doit en informer son client<sup>474</sup>.

---

<sup>473</sup> Com., 6 avril 1993, *Bull. civ.* IV, n° 138; JCP, 1993 III 22062 note Stoufflet; *D.*, 1993 310 note Gavalda; *RJ com.*, 1993 262 note GRUA; *RTD com.*, 1993 549 obs. Cabrillac et Teyssié; Com., 29 mars et 7 juin 1994, *Banque*, 1994 91, obs. Guillot; Com., 10 janv. 1995, *D.*, 1995 229 note Gavalda; Com., 21 mai 1996, *RTD com.*, 1996 507, obs. Cabrillac.

<sup>474</sup> La seule mention « SBF » ou « Sauf bonne fin étranger » portée sur le relevé adressé au client bénéficiaire du chèque ne peut, compte tenu de son hermétisme pour un client non averti, suffire à informer celui-ci qu'à la date de l'inscription du montant du chèque au crédit du compte, son encaissement n'a pas encore été obtenu et qu'il ne s'agit que d'une avance, susceptible, le cas échéant, d'une contre-passation en cas de non-paiement.

**254.** Le banquier commet une faute susceptible d'engager sa responsabilité s'il n'attire pas expressément l'attention du client sur le risque pouvant résulter d'une utilisation prématurée de la provision du chèque sans attendre son encaissement effectif alors qu'elle l'avait préalablement convaincu, à raison des mentions portées sur le bordereau, que la provision lui serait définitivement acquise dès lors qu'elle serait portée au crédit du compte<sup>475</sup>.

## **2- L'exactitude de la tenue de compte**

**255.** Dans l'inscription des opérations au compte du client, le banquier a non seulement l'obligation de tenir le compte mais les écritures doivent être également exactes. Toute erreur ou omission de la part du banquier dans la tenue de compte est une faute susceptible d'engager sa responsabilité dans le cas où celle-ci cause un dommage au client ou à un tiers<sup>476</sup>. L'erreur peut par exemple consister dans le fait que le banquier débite le compte d'un client au profit d'un tiers alors qu'il n'est pas débiteur, dans ce cas ce client a le droit de demander le remboursement auprès du banquier<sup>477</sup>, mais si cette erreur est source de préjudice pour ce client ou pour un tiers, le recours en responsabilité contre le banquier est ouvert. L'omission peut consister en la non inscription d'une créance au crédit du compte du client, le client croyant avoir provision peut signer un chèque, celui-ci est retourné pour défaut de provision. Le préjudice sera l'atteinte à son honneur, le préjudice que la commission d'un chèque sans provision peut causer dans ses relations d'affaires mais surtout la perte de temps et d'argent pour prouver l'omission du banquier et l'impact d'une éventuelle détention puisqu'il faut signaler que la commission d'un chèque sans provision est encore une infraction pénale à Madagascar<sup>478</sup>.

**256.** L'article L. 133-22 alinéa 2 du Code monétaire et financier dispose que « si l'identifiant unique fourni par l'utilisateur du service de paiement est inexacte, le prestataire

---

<sup>475</sup> CA Aix-en-Provence, 22 sept.2011, n° 09/06463, *JurisData* n° 2011-020650 ; *EDBA* 2011, n° 3, p. 7, note G. GRUNDELER.

<sup>476</sup> T. BONNEAU, *op. cit.*, p. 317.

<sup>477</sup> Le banquier peut agir à son tour contre le tiers sur la base de l'action en répétition de l'indu selon qu'il s'agit d'un indu objectif ou d'un indu subjectif. Lorsqu'il s'agit d'un indu objectif c'est-à-dire, le tiers n'a pas de créance, le banquier n'a pas à prouver son erreur, par contre s'il s'agit d'un indu subjectif, c'est-à-dire que l'accipiens (le tiers) n'a reçu que ce qui lui est dû, l'action en répétition de l'indu n'est admise que si le solvens (le banquier) prouve son erreur.

<sup>478</sup> Article 11 de la loi n° 2004-045 du 14 janvier 2005 précitée : « Est passible d'un emprisonnement de six mois à cinq ans et d'une amende de 1.000.000 Ariary à 10.000.000 Ariary [...] ou de l'une de ces deux peines seulement: celui qui a, dans l'intention de nuire ou par mauvaise foi, émis un chèque non couvert par une provision préalable, suffisante et disponible... ».

de services de paiement n'est pas responsable de la mauvaise exécution de l'opération de paiement. *A contrario*, si le client a donné un identifiant exacte, la mauvaise exécution de l'opération de paiement serait imputable au banquier, et sa responsabilité serait engagée. C'est le cas lorsque le paiement est fait en faveur d'une personne autre que le bénéficiaire.

Une fois que le banquier ait inscrit les opérations en compte, toutes les écritures sont reportées sur un relevé de compte adressé périodiquement au titulaire du compte.

## **B- Le relevé de compte**

**257.** Le relevé de compte est le support matériel adressé au client sur lequel toutes les opérations du client sur le compte sont inscrites. Les relevés de compte sont destinés à informer le client des écritures en compte que le banquier a effectuées. Afin d'informer le client des opérations faites sur son compte, le banquier lui adresse des relevés de compte mais il lui adresse également ce qu'on appelle l'avis d'exécution<sup>479</sup>. A la différence des relevés du compte qui retracent toutes les opérations inscrites en compte ainsi que le solde provisoire du compte généralement, l'avis d'exécution est un bordereau qui sert à informer le client de la réalisation ou de l'exécution d'une opération déterminée pour son compte<sup>480</sup>.

### **1- L'obligation d'envoi des relevés de compte**

**258.** Le banquier est tenu d'informer le client des opérations effectuées sur son compte par l'envoi obligatoire des relevés de compte. Le plus souvent, il s'agit de relevés de compte mensuels gratuits. Cependant, le titulaire peut demander à sa banque un relevé de compte tous les quinze jours. Ce type d'envoi est généralement facturé par les banques. Les relevés de compte peuvent être envoyés soit par courrier soit par des procédés informatiques. Le client choisit son mode d'envoi selon les propositions de la banque.

**259.** La jurisprudence française<sup>481</sup> a décidé qu'aussi bien l'envoi que la réception des relevés de compte sont des faits qui peuvent être prouvés par tous moyens ; la production de copies par la banque fait présumer tant l'envoi que la réception des relevés. Toutefois, cette présomption d'envoi est une présomption simple, en conséquence, elle peut être renversée par

---

<sup>479</sup> On parle également d'avis de l'opéré, GRUA, *op. cit.* p.15.

<sup>480</sup> T. BONNEAU, *op. cit.*, p.318.

<sup>481</sup> Com., 3 juillet 2012, *Banques et droit*, n° 146, novembre-décembre 2012. 25, obs. Bonneau ; *RTD com.* 2013. 119, obs. Legeais ; Com. 13 novembre 2012, *Banque et droit* n° 148 mars-avril 2013. 29, obs. Bonneau ; *RD bancaire et financier* mars-avril 2013, com. N° 41, obs. Crédot et Samin ; *JCP E* 2013.1282, n°8, obs. Salgueiro.

la preuve contraire. Pour la Cour de cassation française<sup>482</sup>, le client n'ayant pas reçu de relevés ou les ayant reçus tardivement doit avoir avisé la banque de l'absence de réception des relevés périodiques ou de leur réception tardif, à défaut, il est mal fondé à soutenir qu'il n'a pas reçu les relevés.

Les relevés de compte sont établis par le banquier, le problème peut se poser si le banquier a commis une erreur dans l'inscription de compte, comment le client peut-il contester ces écritures ? Ensuite, qu'en est-il de l'envoi tardif du relevé de comptes ?

## **2- La contestation des relevés de compte par le client**

**260.** Lorsque le banquier envoie des relevés de compte à son client, ce dernier peut approuver les inscriptions expressément, dans ce cas, aucun problème ne se pose, par contre, si le client garde le silence, quelle est la valeur de ce silence. Le silence gardé par le client après réception du relevé de compte vaut-il approbation des écritures en compte ? Le droit malgache n'a pas donné de réponse, mais l'article L. 133-23 et L. 133-24 du Code monétaire et financier français a fourni des solutions concernant la contestation du client pour les services de paiement. Pour d'autres services, c'est la jurisprudence qui s'en est chargée.

### **a- La contestation des opérations autres que les services de paiement**

**261.** Selon la jurisprudence, le silence du client vaut approbation du relevé de compte<sup>483</sup>. Cette règle s'applique aussi bien aux commerçants qu'aux consommateurs<sup>484</sup>. La doctrine<sup>485</sup> retient que c'est l'usage qui est le fondement de cette règle. Cependant, la jurisprudence considère qu'il s'agit d'une présomption simple, le client peut agir en justice pour apporter la preuve contraire<sup>486</sup>. Il peut par exemple prouver que son compte a été débité par un virement

---

<sup>482</sup> Com., 3 juillet et 13 novembre 2012, précité.

<sup>483</sup> Com., 14 janvier 1997, *RJDA* mai 97 n° 671, p. 455.

<sup>484</sup> Com., 10 mai 1994, *Bull. civ. IV*, n° 170, p. 137; *RD bancaire et bourse* n° 46, novembre-décembre 1994. 262, n° 9, obs. Crédot et Gérard ; *RTD com.* 1994. 533, n° 3, obs. Cabrillac et Teyssié ; *Quotidien juridique* n° 87, 1er novembre 1994.6, note J.P.D. ; *RJDA* 10/94, n° 1947.

<sup>485</sup> GAVALDA et STOUFFLET, *op. cit.*, n° 260 ; adde, M. STORCK, « Le silence du client après réception d'un avis d'opéré portant sur des opérations de bourse », *RD bancaire et bourse* n° 29, janvier-février 1992.

<sup>486</sup> Com., 13 mai 1997, *Bull. civ. IV*, n° 128, p. 112 ; *Quotidien juridique* n° 46, 10 juin 1997. 2 ; *RD bancaire et bourse*, n° 62, août-septembre 1997. 165, obs. Crédot et Gérard ; *Civ. 1<sup>re</sup>*, 1er juillet 1997, *Bull. civ. I*, n° 218, p. 146 ; *Dalloz Affaires* n° 30/1997, 964 ; *RD bancaire et bourse*, n° 62, août-septembre 1997. 165, obs. Crédot et Gérard ; *quotidien juridique* n° 91, 13 novembre 1997. 2 ; Com. 10 février 1998, *Dalloz Affaires* 1998. 424, obs. V.A.-R., *Quotidien juridique* n° 27, 2 avril 1998. 3 ; *Banque* n° 591, avril 1998.80, obs. Guillot ; *RD bancaire et bourse* n° 67, mai-juin 1998. 103, obs. Crédot et Gérard ; *RTD com.* 1998. 394, obs. Cabrillac ; *JCP E* 1999, p.

alors qu'il n'a donné aucun accord à l'exécution de ce virement<sup>487</sup>, ou que cet accord émane d'une personne qui n'a reçu aucun mandat pour le faire<sup>488</sup>. Le client peut ainsi contester les relevés de compte chaque fois qu'il peut prouver l'erreur du banquier. La question qui se pose à présent est de savoir quel est le délai que le client a pour agir contre son banquier pour contester le contenu d'un relevé de compte ?

**262.** Généralement, dans les relevés de compte, le banquier donne un délai d'un mois pour agir en contestation des écritures, plus précisément pour faire des réclamations auprès de la banque ; en plus, il indique souvent expressément que passé ce délai, le relevé de compte est censé être approuvé par le client. Si le client agit pendant le délai prévu dans le relevé, le client est recevable pour contester le relevé. Par contre, lorsque celui-ci agit après le délai, les auteurs se trouvent divisés. Certains auteurs<sup>489</sup> estiment que la contestation peut être élevée même après le délai mentionné sur le relevé. L'arrêt du 10 février 1998, donne une solution quant à ce délai, mais les termes que la Cour de cassation française a utilisés ne sont pas tout à fait clairs, en ces termes la Cour de cassation française a décidé « que si la réception sans protestation ni réserve des avis de l'opéré et des relevés de compte fait présumer l'existence et l'exécution des opérations qu'ils indiquent, elle n'empêche pas le client, pendant le délai convenu ou, à défaut, pendant le délai de la prescription, de reprocher à celui qui a effectué ces opérations d'avoir agi sans mandat ».

La discussion se pose quant à la signification du « délai convenu ». Le délai convenu s'entend-il du délai mentionné dans le relevé de compte ? Auquel cas si ce délai existe, le client ne peut plus contester le relevé passé ce délai et si rien n'est convenu dans le relevé, l'action est recevable avant le délai de prescription légale<sup>490</sup>. Le délai convenu peut également s'agir du délai prévu dans la convention qui peut ne pas correspondre à celui mentionné dans le relevé<sup>491</sup>. D'autres auteurs<sup>492</sup> font la distinction entre le délai prévu dans le relevé, au terme duquel l'approbation est présumée et le délai pour contester les opérations mentionnées sur le compte. Dans ce cas, « la clause qui stipule uniquement un délai au terme duquel l'approbation est présumée ne prive pas le client de sa faculté de contester, pendant la

---

760, n° 13, obs. Gavalda et Stoufflet ; Com., 3 novembre 2004, *Bull. civ.* IV, n° 187 ; D., 2005 579 note Naudin ; *RTD com.*, 2005 150 obs. Cabrillac ; *Gaz. Pal.*, 7 juin 2005 25, note Piedelièvre.

<sup>487</sup> Com 13 mai 1997 précité.

<sup>488</sup> Com., 10 février 1998 précité.

<sup>489</sup> Guillot, obs. préc. spéc. p. 81 ; Cabrillac, obs. préc.

<sup>490</sup> Crédot et Gérard obs. préc., *RD bancaire et bourse* n° 67, mai-juin 1998, spéc. p. 104.

<sup>491</sup> Crédot et Gérard, *op. cit.* fait également référence au délai convenu dans la convention de compte.

<sup>492</sup> T. BONNEAU, *op. cit.*, p. 320.

durée de la prescription légale, les opérations mentionnées sur les relevés de compte »<sup>493</sup>. Ce délai de contestation des opérations doit ainsi être plus long pour permettre une contestation effective, il doit être un délai raisonnable<sup>494</sup>. Une clause prévoyant un délai trop court peut être annulée pour clause abusive<sup>495</sup>.

Quoi qu'il en soit, à notre avis, le délai mentionné dans le relevé ne sert qu'à présumer l'approbation du client, à partir du moment où le client peut apporter la preuve contraire, la présomption devrait tomber, le client retrouve son droit d'agir en contestation, l'unique limite qui est d'ordre public est la prescription. Ainsi, même après le délai de réclamation prévu dans le relevé, le client peut toujours contester les inscriptions s'y trouvant, pourvu qu'il soit en possession de la preuve contraire. Cette solution semble logique, puisque tant que le client garde la possibilité de contester les opérations sur le relevé, le relevé restera susceptible de rectification donc de contestation. Prenons l'exemple de l'absence de mandat, les inscriptions sur le relevé consistent en la transcription des opérations que le client est censé avoir effectué, or, dans le cas où le client arrive à prouver l'absence du mandat, l'opération effectuée sans mandat est censée n'avoir jamais existé, par conséquent, les écritures sur le relevé faites sur cette base sont également contestables, et doivent même être rectifiées.

**263.** Toutefois, le problème subsiste lorsqu'il ne s'agit que d'une erreur de la banque sur des opérations non contestées, comme, le client ne conteste pas l'existence de l'opération, on est tenté de dire que le client a l'obligation d'agir dans le délai prévu dans le relevé, et à défaut, il ne sera plus recevable pour demander la rectification.

### **b- La contestation sur les services de paiement**

**264.** Le Code monétaire et financier français prévoit deux règles très claires concernant la contestation des inscriptions en compte lorsqu'il s'agit de services de paiement<sup>496</sup>.

---

<sup>493</sup> Com. 3 novembre 2004, *Bull. civ.* IV n° 187, p. 215; *Banque et droit* n° 100, mars-avril 2005. 49, obs. Bonneau ; *Revue Banque* n° 669, mai 2005. 85, obs. Guillot et Fayner ; *D.*2005, J. 579, note Naudin ; *RD. bancaire et financier*, janvier-février 2005. 12, obs. Crédot et Gérard ; *RTD com.* 2005. 150, obs. Cabrillac ; *JCP E* 2005, 782, n° 12, obs. J. S. ; *D.* 2006, pan. 163, obs. Martin.

<sup>494</sup> T. BONNEAU, *op. cit.*, p. 320.

<sup>495</sup> Com., 26 mars 1996, *Bull. Joly Bourse et produits financiers*, septembre-octobre 1996, § 80, p. 514, spéc. n° 15, p. 519 et 21, p. 521.

<sup>496</sup> V. J. LASSERRE CAPDEVILLE, « La contestation des opérations de paiement non autorisées », *RD bancaire et financier* 2011, dossier 6.

**265.** D'une part, l'article L. 133-23 dispose quant à la charge de la preuve que « lorsqu'un utilisateur de services de paiement nie avoir autorisé une opération de paiement qui a été exécuté, ou affirme que l'opération de paiement n'a pas été exécutée correctement, il incombe à son prestataire de service de paiement de prouver que l'opération en question a été authentifiée, dûment enregistrée et comptabilisée et qu'elle n'a pas été affectée par une déficience technique ou autre ». Autrement dit, il appartient au banquier de prouver la bonne exécution des services de paiement lorsqu'une contestation s'élève de la part du client. La seule preuve de l'utilisation de l'instrument de paiement telle qu'enregistrée par le banquier ne suffit pas nécessairement en tant que telle à prouver l'autorisation du client ni à prouver que celui-ci n'a pas satisfait intentionnellement ou par négligence grave aux obligations lui incombant en la matière<sup>497</sup>. Le banquier et le client peuvent déroger par le contrat aux dispositions prévues par cet article L. 133-23, lorsque le client est un commerçant<sup>498</sup>. Cette règle est différente de celle admise par la jurisprudence puisqu'elle ne prévoit aucune présomption à l'égard du banquier. La convention de compte peut par conséquent stipuler que la charge de la preuve incombe au commerçant ou que la seule utilisation de l'instrument de paiement enregistrée par le banquier suffit à prouver l'exécution de la prestation de services de paiement.

**266.** D'autre part, l'article 133-24 du Code monétaire et financier prévoit un délai quant à la contestation, le client doit « sans tarder signaler à la banque une opération de paiement non autorisée ou mal exécutée et au plus tard dans les treize mois suivant la date de débit sous peine de forclusion à moins que le prestataire de services de paiement ne lui ait pas fourni ou n'ait pas mis à sa disposition les informations relatives à cette opération de paiement conformément au chapitre IV du titre 1er du livre III ». Cette règle diffère également de celle de la jurisprudence, puisqu'elle enferme l'action en contestation dans un seul et unique délai qui est de treize mois. En plus, ce délai est un délai de forclusion, après ce délai, aucune action n'est plus recevable. Comme en matière de la charge de la preuve prévue par l'article L. 133-23, la règle de l'article L. 133-24 peut également être écartée par une convention

---

<sup>497</sup> Article L. 133-23 alinéa 2 du Code monétaire et financier.

<sup>498</sup> Article L. 133-2 du Code monétaire et financier : « Sauf dans les cas où l'utilisateur est une personne physique agissant pour des besoins non professionnels, il peut être dérogé par un contrat aux dispositions de l'article [...] L. 133-23 ».

contraire lorsque le client est une personne autres que les personnes physiques agissant pour des besoins non professionnels<sup>499</sup>.

### **3- L'envoi tardif du relevé de compte**

**267.** En cas d'envoi tardif du relevé de compte par le banquier, la jurisprudence française oblige le client de signaler le banquier pour pouvoir soutenir ledit retard en cas de contestation<sup>500</sup>. A Madagascar, la pratique en est que le relevé arrive souvent au client en retard d'au moins un mois. Pourtant, l'envoi tardif d'un relevé de compte peut causer un préjudice au client, tel est le cas lorsqu'un client a émis des chèques au profit de ses créanciers, ces chèques ont été retournés par la banque, ses relevés font sortir des débits correspondant au montant de ces chèques et le client n'a appris le retour de ces chèques qu'un an et sept mois plus tard après leur émission<sup>501</sup>. Certes, le relevé de compte est obligatoire, cependant il n'est qu'une aide dans la gestion des comptes du client, il ne doit pas remplacer les obligations du client de vérifier son compte, par conséquent, l'envoi tardif du relevé n'est pas fautif.

Le banquier, en plus de la tenue de compte a une certaine obligation de surveillance au cours de fonctionnement du compte.

### **§2 : L'obligation de surveillance du banquier au cours de fonctionnement du compte bancaire**

**268.** Le devoir général de prudence qui pèse sur le banquier au moment de l'ouverture de compte continue pendant le fonctionnement du compte<sup>502</sup>. En cours de fonctionnement du compte, le banquier a une obligation de surveillance par rapport au compte du client. Il ne faut toutefois pas oublier qu'en vertu du principe de non-immixtion dans les affaires du client<sup>503</sup> par l'intermédiaire du compte de son client, le banquier n'a ni à rechercher la destination des

---

<sup>499</sup>Article L. 133-24, alinéa 2 du Code monétaire et financier : « Sauf dans les où l'utilisateur est une personne physique agissant pour des besoins non professionnels, les parties peuvent convenir d'un délai distinct de celui prévu au présent article ».

<sup>500</sup> Com 3 juillet et 13 novembre 2012, précité.

<sup>501</sup> Tribunal de commerce d'Antananarivo, 1er août 2008, n° 179-C, *Jugements commentés du Tribunal de commerce d'Antananarivo, op. cit.*, tome 1.

<sup>502</sup> *Supra*, obligation de contrôle du banquier lors de l'ouverture de compte, p.119.

<sup>503</sup> *Infra*, Le principe de non-immixtion dans les affaires du client, p. 139 et 140 ;J. VEZIAN, *op. cit.*, n° 82, p.54.

fonds, ni à rechercher les motifs expliquant les opérations effectuées par le client. Le banquier doit simplement veiller à la régularité formelle de ces opérations<sup>504</sup>.

**269.** Le banquier doit surveiller les comptes de ses clients afin de déceler toutes anomalies évidentes et apparentes. Le banquier doit ainsi vérifier la qualité des personnes qui font fonctionner le compte<sup>505</sup> ainsi que la signature du titulaire du compte ou de la personne qui a reçu le pouvoir d'agir en son nom et pour son compte. Cette signature peut être une signature manuscrite, une signature électronique qui est le numéro de code confidentiel ou les griffes qui remplacent la signature manuscrite. Pour tous les ordres émanant du client, le banquier procède à une authentification de la signature, il le fait en confrontant la signature sur l'ordre avec le spécimen qu'il détient. Le banquier vérifie la conformité apparente des deux signatures. La responsabilité du banquier n'est engagée que si la non-conformité est manifeste<sup>506</sup>. Ainsi, le banquier n'est pas seulement un comptable ou un « teneur de livres », il est aussi en quelque sorte le gardien des comptes de ses clients. Il exerce sur eux une certaine surveillance en vue de déceler les irrégularités et les fraudes. Son manque de surveillance est cause de mise en œuvre de sa responsabilité.

**270.** Ce devoir de surveillance est limité par le principe de non-ingérence ou principe de non-immixtion. La non-ingérence signifie que le banquier n'est pas obligé d'intervenir pour empêcher son client d'accomplir un acte irrégulier, inopportun ou dangereux. Le banquier ne saurait à même de refuser d'exécuter les directives de son client au motif que celles-ci auraient dû lui paraître hasardeuses, voire inopportunes. Toutefois, le banquier ne saurait se retrancher derrière le principe de non-ingérence dans les affaires du client pour tenter de justifier qu'il n'aurait pas accompli ou mal accompli des obligations mises à sa charge par le législateur.

**271.** En résumé, le contrôle du banquier porte uniquement sur la régularité formelle et extérieure des opérations mais non pas sur la raison, ni le but des règlements. Prenons un exemple<sup>507</sup>, un banquier tenait à la fois le compte courant d'une Société commerciale et un compte personnel d'un de ses employés, la Société a été victime de détournements de chèques barrés, par cet employé, la Société a mis en cause la responsabilité du banquier mais étant donné que le devoir de surveillance du banquier s'arrête aux irrégularités extérieures et

---

<sup>504</sup> T. BONNEAU, *op. cit.*, p. 321.

<sup>505</sup> Com., 27 mai 2008, précité.

<sup>506</sup> Com., 30 octobre 1984, *Bull. civ. IV*, n° 285, p. 231 ; *Banque*, 1985. 644, obs. Rives-Lange.

<sup>507</sup> Cour d'appel de Riom, 8 mars 1966, *Banque* 1966, 715, obs. X MARTIN.

formelles ou de non-conformité manifeste, la responsabilité du banquier n'a pas été retenue car le banquier n'a pas à effectuer de telles investigations.

**272.** Il est à noter pourtant que certaines circonstances révèlent un fonctionnement anormal du compte et commandent au banquier de clôturer celui-ci sans retard pour empêcher les fraudes de se produire. De plus un devoir de surveillance particulier s'attache au fonctionnement de certains comptes. C'est dans le cas où la fraude est décelable sans une surveillance trop indiscreète c'est-à-dire sans que le banquier ait à percer le secret des affaires de son client ; dans ce cas il y a complicité volontaire ou collusion frauduleuse, si le banquier n'a pas pu déceler la fraude eu égard à certains indices et même à l'allure générale du compte. C'est le cas par exemple<sup>508</sup> de l'endossement par une société à un particulier alors qu'il est de notoriété publique que cette société n'endosse qu'à des banques. L'ampleur des opérations effectuées doit également alerter le banquier professionnel, il doit renforcer sa vigilance lorsqu'il se rend compte d'une opération suspecte. Tel est le cas si le client a un solde créditeur dérisoire alors qu'il demande plusieurs chèquiers en peu de temps, c'est aussi le cas d'un maintien d'un compte après incapacité ou décès du client. Le banquier est responsable du dommage causé au client ou au tiers s'il laisse fonctionner un compte ayant donné lieu à des « incidents » tels que les des effets de complaisance, des chèques impayés, des opérations de cavalerie.

**273.** Le banquier doit être encore plus vigilant concernant le fonctionnement particulier de certains comptes où il faut une obligation de surveillance et de précautions particulières à l'instar d'une personne en procédure collective d'apurement du passif par rapport au rôle du syndic ; d'une société en formation, d'une société qui augmente son capital. Il faut également une obligation de surveillance particulière par rapport au fait de débloquer les fonds au profit d'une autre personne que le notaire ou la Caisse des dépôts ; par rapport aux comptes dits « spéciaux » tels que les comptes ouverts aux agents d'affaires, les « comptes chèque restaurant », les comptes « non-résidents »...

**274.** Cette responsabilité du banquier peut être partagée si le client a également commis une faute et que cette faute a concouru à la survenance du dommage. C'est le cas lorsqu'il le client néglige de contrôler ses relevés de compte<sup>509</sup>.

**275.** A côté de l'obligation de surveillance mise à la charge du banquier, on a évoqué la limite de celle-ci qui est son obligation de non-immixtion dans les affaires du client

---

<sup>508</sup> Paris 1<sup>er</sup> février 1966, *Journ. agrégés* 1966, 170.

<sup>509</sup> Com., 10 juin 1980, *Bull. civ.* IV, n° 252, p. 204 ; *RTD com.* 1981.110, obs. Cabrillac et Teysié.

### §3 : L'obligation de non-immixtion dans les affaires du client

#### A- Le contenu du principe de non-immixtion

**276.** Le banquier dans la tenue du compte du client a, comme on a évoqué, l'obligation de surveillance ou de vigilance ou une obligation générale de prudence<sup>510</sup>, toutefois, dans la vérification qu'il est amené à effectuer, il doit respecter le principe de non-immixtion appelé encore le principe de non-ingérence. Le devoir de vigilance ne doit pas conduire le banquier à s'immiscer dans les affaires de ses clients. Le principe de non-immixtion impose au banquier une obligation de ne pas faire, celle de ne pas intervenir dans les affaires de son client<sup>511</sup>. C'est un principe d'origine jurisprudentielle<sup>512</sup> qui est consacré explicitement dans l'article L. 333-2-1 du Code de la consommation française, dispositions relatives au surendettement. De part ce principe, le banquier s'interdit de s'immiscer dans les affaires du client. Il n'a pas à vérifier ni l'opportunité ni le motif de l'opération de celui-ci, il n'a pas à empêcher l'exécution d'une opération qui lui paraît inopportune ou hasardeuse. L'obligation de non-ingérence interdit au banquier d'intervenir même pour empêcher son client d'accomplir un acte illicite<sup>513</sup>.

**277.** C'est une obligation d'ordre générale<sup>514</sup>, puisqu'elle s'applique à toutes les opérations de banque qu'il s'agisse de service de caisse : dépôts, retraits et encaissements ou de crédit. Lorsqu'il s'agit de service de caisse, l'obligation dispense le banquier de rechercher l'origine et la destination des fonds. Lorsqu'il s'agit des opérations de crédit, le principe dispense le banquier d'apprécier l'opportunité de l'affectation du crédit.

**278.** Cette interdiction de s'immiscer dans les affaires du client se trouve ainsi comme la limite à l'obligation de vigilance du banquier. La frontière entre la vigilance et l'immixtion paraît difficile à tracer<sup>515</sup>.

En effet, il est assez difficile de se placer au milieu, si le banquier ne fait rien alors qu'il devait faire quelque chose dans une opération donnée, on lui taxera de l'inobservation de son obligation de vigilance. Au contraire, s'il oriente la décision du client, il sera taxé de

---

<sup>510</sup> CREDOT, *op. cit.*, p. 20.

<sup>511</sup> Com., 16 mars 2010, *RD bancaire*, juillet-août 2010. 119, obs. Crédot et Samin.

<sup>512</sup> Civ.1<sup>re</sup> 28 janv. 1930, *Gaz. Pal.*, 1930.1.550 ; *RTD civ.*, 1930.369, obs. Demogue : cet arrêt semble être à l'origine du principe de non-ingérence.

<sup>513</sup> Com., 14 oct. 2008, *Banque et droit* n° 123, janvier-février 2009. 20, obs. T. Bonneau.

<sup>514</sup> T. BONNEAU, *op. cit.* p. 367.

<sup>515</sup> CREDOT, « Le principe de non-ingérence et le devoir de vigilance, état de la jurisprudence avant la loi nouvelle, dans Blanchiment des capitaux », *Banque et droit*, n° spécial, 1997. 17 ; LACOTTE, « Quelles limites au devoir de non-ingérence de la banque ? », *banque et droit*, mai-juin 1999.10 ; LASSERRE-CAPDEVILLE, « Que reste-t-il au XXI<sup>e</sup> siècle du devoir de non-ingérence de la banque ? », *Banque et droit*, mars-avril 2005.11.

l'ingérence dans les affaires du client. On a cependant relevé deux critères de distinction<sup>516</sup> : l'un consiste à prendre en compte l'origine de l'acte en cause, si c'est le client qui en est à l'origine, l'intervention du banquier résulte du devoir de vigilance ou du moins celui de conseil, si par contre c'est le banquier qui est à l'origine de l'acte, il s'agit souvent d'une immixtion. Le deuxième critère de distinction consiste à savoir si l'intervention du banquier concernant l'acte en question résulte ou non d'une relation normale entre un établissement de crédit et son client.

**279.** Il est à remarquer enfin que nonobstant cette interdiction, dans certains cas notamment au moment de l'octroi de crédit, le banquier est soumis à l'obligation de mise en garde qui s'analyse à un véritable droit de regard quant à l'opportunité de l'opération, « ce qui débouche obligatoirement sur une forme d'immixtion »<sup>517</sup>.

## **B- Le fondement et l'intérêt du principe de non-ingérence dans les affaires du client**

### **1- Le fondement du principe de non-ingérence dans les affaires du client**

**280.** Le fondement de l'obligation de non-immixtion est encore discuté en doctrine. Certains auteurs voient dans ladite obligation un prolongement de la vie des affaires, plus précisément celui du secret des affaires<sup>518</sup>, d'autres estiment qu'il s'agit d'une application du droit commun de la responsabilité civile<sup>519</sup>, d'autres enfin, pensent que l'obligation se fonde sur le respect de la vie privée<sup>520</sup>.

Fonder l'obligation de non-ingérence sur le respect de la vie privée conduit à conclure que ni le client, ni les tiers ne vont reprocher au banquier de ne pas être intervenu dans leurs affaires. Or, étant donnée la mince frontière entre l'obligation de vigilance et l'obligation de ne pas s'ingérer dans les affaires du client, ce dernier peut engager la responsabilité du banquier pour ne pas s'être intervenu alors qu'il aurait dû le faire. En plus, la jurisprudence française, concernant le respect de la vie privée, a affirmé que la divulgation de renseignement d'ordre patrimonial n'était pas couverte par la protection de la vie privée<sup>521</sup>.

---

<sup>516</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, p. 192.

<sup>517</sup> *Ibid.*

<sup>518</sup> J. VEZIAN, *op. cit.*, n° 82, p.54.

<sup>519</sup> GRUA, *Les contrats de base de la pratique bancaire*, n° 53.

<sup>520</sup> T BONNEAU, *op. cit.*, n° 515, p. 367.

<sup>521</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 1991, *D.*,1992.213, note Kayser ; *JCP*, 1992.II. 21845, note Ringel.

A propos du fondement sur le secret des affaires, le contenu de ce principe interdit au banquier de divulguer un renseignement. Or, en cas d'ingérence du banquier dans les affaires du client, le banquier n'est pas forcément amené à divulguer des renseignements sur les affaires du client, il agit seulement au lieu et place de celui-ci<sup>522</sup>.

En fin de compte en s'immisçant dans les affaires du client, le banquier a effectué un acte qui normalement incombe au client. Par conséquent, son agissement s'analyse à une faute, source de responsabilité civile. Sa faute consiste « à avoir pris une décision qui aurait dû normalement l'être par le client »<sup>523</sup>. Aussi, est-il plus juste de fonder l'obligation de non-immixtion dans les affaires du client sur le droit commun de la responsabilité civile.

## **2- L'intérêt du principe de non-ingérence dans les affaires du client**

**281.** D'une part, le principe présente un intérêt vis-à-vis du client en ce sens qu'il protège le client qui ne veut pas que son banquier se mêle de ses affaires. Le banquier n'a pas ainsi à intervenir pour empêcher celui-ci d'accomplir un acte illicite, ni refuser d'exécuter ses ordres au motif que ceux-ci lui paraissent inopportunes<sup>524</sup>.

D'autre part, il protège le banquier contre les actions en responsabilité du banquier lorsque les opérations que le client a effectuées se sont révélées préjudiciables<sup>525</sup>. Par exemple, le banquier n'est pas responsable du seul fait qu'il a traité les chèques falsifiés par le client parce que « le devoir de non-ingérence fait interdiction à un établissement de crédit d'intervenir pour empêcher son client d'accomplir un acte illicite »<sup>526</sup>.

### **§4 : L'obligation d'information pendant la tenue de compte**

**282.** Nous avons vu que le Code monétaire et financier<sup>527</sup> ainsi que le Code de la consommation<sup>528</sup> français impose une obligation d'informer le client au moment de la conclusion de la convention d'ouverture de compte<sup>529</sup>, on ne va plus revenir là-dessus, ce qui

---

<sup>522</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op.cit.* n° 191, p. 192.

<sup>523</sup> *Ibid.*

<sup>524</sup> V. *Supra* sur le contenu du principe, p. 139 et 140.

<sup>525</sup> T. BONNEAU, *op. cit.* n° 513, p. 365.

<sup>526</sup> Arrêt du 14 octobre 2008, précité.

<sup>527</sup> Article L. 312-1-1 et R.312-1 du Code monétaire et financier.

<sup>528</sup> Article L.111-1 Code de la consommation.

<sup>529</sup> V. *Supra*, La responsabilité du banquier lors de l'ouverture de compte bancaire, p. 102 et s.

nous intéresse dans ce paragraphe c'est l'obligation d'information du client pendant le fonctionnement du compte bancaire.

### **A- L'étendue de l'obligation d'information**

**283.** Cette obligation d'information tire sa source aussi bien de la loi que de la jurisprudence. La convention de compte de dépôt étant analysée comme un contrat de consommation<sup>530</sup>, l'obligation est prévue surtout par le Code de consommation. Cependant, c'est la jurisprudence qui en trace les contours et son étendue. On considère que l'obligation d'information est une obligation d'ordre générale<sup>531</sup>.

Mais il est non négligeable de préciser que l'étendue de cette obligation dépend des cas, l'obligation n'est pas imposée dans tous les cas et elle n'a pas la même étendue pour tous les cas. Il faut tenir compte de la nature de l'opération, le plus souvent l'obligation est exigée plus particulièrement en cas d'octroi de crédit.

Ensuite, il faut également tenir compte de la qualité du client, l'étendue de l'obligation d'information mise à la charge du banquier n'est pas la même selon qu'il s'agisse de profane ou d'un professionnel averti. Il faut ainsi voir si le client peut ou non avoir les informations par ses propres moyens. On n'impose pas la même obligation vis-à-vis d'un professionnel de crédit et vis-à-vis d'un simple consommateur. Le consommateur a plus besoin d'être informé. L'article L. 311-6-I du Code de la consommation en donne une illustration, en ses termes : « préalablement à la conclusion du contrat de crédit, le prêteur ou l'intermédiaire de crédit donne à l'emprunteur, par écrit ou sur un autre support durable, les informations nécessaires à la comparaison de différentes offres et permettant à l'emprunteur, compte tenu de ses préférences, d'appréhender clairement l'étendue de son engagement ». De par cette illustration, on peut tirer que l'obligation d'information est surtout imposée dans le cadre d'un contrat de crédit que le consommateur a à conclure pendant le fonctionnement de son compte de dépôt.

**284.** Lorsqu'il s'agit de consommateur, la question peut se poser quant au souci de savoir si dans la masse d'information que le banquier est amené à lui fournir, le client profane arrive à comprendre la portée de l'information, d'où la nécessité de voir si en plus de l'obligation d'information, le banquier ne serait pas tenu également d'une obligation de conseil.

---

<sup>530</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, n°185, p. 186.

<sup>531</sup> T. BONNEAU, *op. cit.*, n° 529, p. 378 ; S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, p. 187.

## **B- L'obligation d'information et l'obligation de conseil<sup>532</sup>**

**285.** Informer ne veut pas dire conseiller. L'obligation d'information consiste à transmettre une information objective<sup>533</sup> c'est-à-dire une information qui est la même pour toute personne ayant la même qualité se trouvant dans le même cas. L'information porte sur les conditions dans lesquelles une opération donnée est soumise. Par exemple, lorsqu'un consommateur souhaite conclure un prêt avec la banque, à titre d'information, le banquier lui donne le taux effectif global et le taux débiteur pour permettre au client de faire une comparaison lui-même.

**286.** Le conseil quant à lui consiste à transmettre une information mais en plus, le banquier attire l'attention du client sur l'opportunité de l'opération. Si dans l'obligation d'information le banquier n'a pas à se soucier si le client a compris ou non l'information qu'il lui a transmis, au contraire lorsqu'il est tenu d'une obligation de conseil, il a à s'assurer que celui-ci a bien compris la portée de l'information, il doit ainsi non seulement donner l'information mais également expliquer la signification de l'information qu'il lui a donné.

**287.** Quant à la question de savoir si le banquier est tenu seulement d'une obligation d'information ou il est également tenu d'une obligation de conseil, la doctrine se trouve partagée. Certains auteurs<sup>534</sup> estiment que le banquier n'est tenu que de l'obligation d'information, d'autres<sup>535</sup> estiment qu'il n'y a pas lieu à faire une distinction, le banquier est tenu globalement d'une obligation d'information et de conseil.

De l'autre côté, la jurisprudence n'est pas très claire sur l'existence ou non d'une obligation de conseil. Certains arrêts font expressément référence à une obligation de

---

<sup>532</sup> BOUCARD, *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, PUAM 2002 ; S. DION et A. GHOZI, « L'obligation d'information et de conseil du banquier à l'égard des personnes à revenus modestes », *Revue d'économie financière* n° 58 ; J. ATTARD, « Du champ d'application du devoir de conseil du banquier », *RTD com.* 2011.

<sup>533</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, n° 186, p. 187.

<sup>534</sup> RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.*, p. 159.

<sup>535</sup> GRUA, *op. cit.*, n° 34 et s., p. 34 ; Cabrillac et Teyssié, obs. sous Paris, 26 novembre 1991, *RTD com.* 1992.435 ; Crédot et Gérard, obs. *RD bancaire et bourse* n°25, mai-juin 1991 ; 98 ; *RD bancaire et bourse* n° 32, juin-juillet 1992.150, III.

conseil<sup>536</sup> du banquier particulièrement dans un contrat de crédit, certains nient l'existence d'un devoir de conseil<sup>537</sup>.

Mais même dans le cas où les arrêts font expressément référence à l'obligation de conseil du banquier, certains auteurs<sup>538</sup> l'envisagent comme une obligation de mise en garde c'est-à-dire « un conseil négatif : un conseil de ne pas faire, accompagné de l'explication des dangers ou simplement des inconvénients encourus si ce conseil n'est pas suivi »<sup>539</sup>.

De toutes les manières, donner un conseil positif ou un conseil de faire au client équivaudrait à s'immiscer dans les affaires de ce client, ce qui est une atteinte au principe de non-ingérence. L'obligation de conseil, si elle existe s'apparente plus à une obligation de mise en garde lorsqu'il s'agit d'un client-emprunteur.

### **C- L'obligation d'information et l'obligation de mise en garde**

**288.** Au cours de fonctionnement du compte bancaire, le client peut être amené à contracter un contrat de crédit avec la banque, dans ce cas, en plus de l'obligation d'information qui pèse sur le banquier, la jurisprudence impose au banquier également l'obligation de mettre en garde le client-emprunteur. Cette obligation comme il a été expliqué consiste à un conseil négatif ou à un conseil de ne pas faire. Il est préférable d'étudier cette obligation dans la partie se rapportant à l'octroi du crédit, parce que l'obligation de mise en garde est principalement due par le banquier au client au moment de cet octroi du crédit. En effet, d'une manière générale, elle consiste à alerter l'emprunteur quant à ses capacités financières et aux risques d'endettement qui pourront naître de l'octroi du crédit.

---

<sup>536</sup> Civ.1<sup>re</sup> , 27 juin 1995, *D.* 1995. J. 621, note Piedelièvre ; *RD bancaire et bourse* n° 51, septembre-octobre 1995. 185, obs. Crédot et Gérard ; *Quotidien juridique* n° 91, 14 novembre 1995.6 ; *RJDA* 12/95 n° 1400 ; *Défrénois* 1995 art. 36210, n° 149, p. 1416, obs. Mazeaud ; *CCC*, décembre 1995, n° 211, note Raymond.

<sup>537</sup> T. BONNEAU, *op. cit.*, n° 529, p. 379.

<sup>538</sup> M. FABRE- MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1992, n° 477.

<sup>539</sup> Com., 24 septembre 2003, *Bull. civ.* IV, n° 137, p. 157; *Banque et droit* n° 93, janvier-février 2004.57, obs. Bonneau ; *RTD com.*2004. 142, obs. Legeais.

## §5 : L'obligation de confidentialité

### A- Le principe

**289.** Le banquier dans l'exercice de sa fonction est amené à détenir des informations concernant son client qui sont la plupart du temps confidentielles. Est par exemple confidentiel, le montant du solde du client. Ces informations confidentielles, le banquier s'interdit de les divulguer, le banquier est par conséquent, tenu d'une véritable obligation de secret professionnel dont l'inobservation constitue une faute professionnelle<sup>540</sup>.

#### 1- Les personnes débitrices du secret professionnel

**290.** La loi malgache relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit prévoit le secret professionnel mais renvoie celui-ci au Code pénal. Selon l'article 81 de cette loi : « Tout le membre du conseil d'administration d'un établissement de crédit ou de l'organe en tenant lieu, toute personne qui à titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un tel établissement ou est employé par celui-ci, est tenu au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues à cet égard par le Code pénal ». De part cet article, on peut connaître les personnes débitrices du secret bancaire. Ce sont d'une manière générale toute personne qui à titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit ou est employé par celui-ci.

Le droit français ajoute à ces débiteurs, toutes les personnes qui, dans le cadre de leurs fonctions, peuvent obtenir communication des informations confidentielles détenues par les établissements de crédit<sup>541</sup>. L'article L. 612-17 du Code monétaire et financier édicte par exemple expressément qu'est tenue au secret professionnel « toute personne qui participe ou a participé à l'accomplissement des missions d'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution », si on fait le parallèle avec le droit malgache, la CSBF serait également tenue au secret professionnel. Le secret professionnel du banquier s'impose ainsi à tout employé, dirigeant,

---

<sup>540</sup> BERTREL, « Obligation au secret professionnel du banquier », *BRDA*, 1991 n° 14, p. 2 ; BOULOC, « Les limites au secret bancaire », *Mélanges AEDBF I*, Banque, p. 71 ; CREDOT, « Le secret bancaire, son étendue et ses limites, la fourniture de renseignements commerciaux par les banques », *LPA*, 17 février 1993. 8 ; Collomp, Le secret bancaire, Rapport Cour de cassation pour l'année 2004 ; GAVALDA, « Le secret bancaire français », *DPCI*, 1990.57 ; GHICA-LEMARCHAND, « Une certaine idée du secret bancaire, Mélanges Decocq, p. 279 ; GULPHE, « Le secret professionnel du banquier », *RTD com.*, 1948.8 ; LECUYER, « Le secret bancaire », *RJ com.*, 2010. 317 ; LEGRAND, « Le secret bancaire ou la théorie de la relativité. Etat des lieux à l'usage des banques et de leurs clients, *JCP E*, 2005. 999 ; VINCENT PIOLET, « Le secret bancaire suisse : la contre-attaque », *Revue Banque*, n° 738, 28 juin 2011 ; AKOFFODJI R., *Le silence dans les rapports bancaires*, thèse, Tours, 1996 ; JEREZ O., *Le secret bancaire*, Banque Editions, 2000 ; SACKER A., *Du secret professionnel du banquier*, thèse, Paris, 1933 ; TEISSIER A., *Le secret professionnel du banquier*, PUAM, 1999.

<sup>541</sup> T. BONNEAU, *op. cit.*, n° 522, p. 370.

membre du conseil d'administration, de surveillance ou membre du directoire d'un établissement de crédit ou de l'un des établissements autorisés à effectuer à titre habituel des opérations de banque à l'instar des entreprises d'assurance, des institutions de microfinance mutuelles ou non, des entreprises d'investissement, et toute personne qui participe à la direction ou à la gestion d'un tel établissement<sup>542</sup>. Il est à remarquer que ce secret ne lie pas les salariés d'une entreprise concurrente de l'établissement de crédit d'où proviennent les informations<sup>543</sup>.

## 2- La portée de la protection du secret bancaire

### a- Les bénéficiaires du secret professionnel

**291.** L'obligation de confidentialité est imposée au banquier afin de protéger le client<sup>544</sup> ainsi que toutes les personnes concernées par les informations confidentielles telles que le mandataire chargé de faire fonctionner le compte du client<sup>545</sup>, le garant des obligations du client<sup>546</sup> ou le bénéficiaire d'un chèque sur la communication du verso des chèques<sup>547</sup>.

**292.** Ces bénéficiaires du secret bancaire peuvent donner autorisation au banquier de communiquer les informations couvertes par le secret bancaire<sup>548</sup>. Cette renonciation au bénéfice de l'obligation de confidentialité du banquier doit être libre, expresse et donnée par

---

<sup>542</sup> Commentaire de l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier, *LexisNexis* 2014, p.614.

<sup>543</sup> CA Paris, 15 novembre 2002, *JurisData* n°2002-196043.

<sup>544</sup> Com., 11 avril 1995, *Bull. civ. IV*, n° 121, p. 197; *RD bancaire et bourse*, n° 50, juillet/août 1995. 145, obs. Crédot et Gérard ; *RTD com.* 1995. 635, obs. Cabrillac ; *Quotidien juridique*, n° 51, 27 juin 1995. 4 ; *JCP E* 1996, I, 525, n° 6 obs. Gavalda et Stoufflet ; *D.* 1996. J.573, note Matsopoulou.

<sup>545</sup> Com. 25 février 2003, *Bull. civ. IV*, n° 26, p. 30 ; *Banque et droit* n° 89, mai-juin 2003.56, obs. Bonneau ; *RD bancaire et financier* n° 2, mars-avril 2003. 92, obs. Crédot et Gérard ; *D.* 2003, act. Jurisp. 1162, obs. Avena-Robardet, *RTD com.* 2003.343, obs. Legeais ; *JCP G* 2003, 10195, note Ayissi Manga.

<sup>546</sup> TGI Nanterre, 6e ch. 25 mai 2010, *Banque et droit* n° 133, septembre-octobre 2010.37, obs. Bonneau.

<sup>547</sup> Com., 13 juin 1995, *Bull. civ. IV*, n° 172, p. 159 ; *Quotidien juridique* n° 57, 18 juillet 1995.8, note J. P. D., *RD bancaire et bourse* n° 50, juillet-août 1995.145, obs. Crédot et Gérard ; *Banque* n° 563, octobre 1995.93, obs. Guillot ; *JCP E* 1996, I, 525, n° 7, obs. Gavalda et Stoufflet; *RTD com.* 1995.818, obs. Cabrillac; Com., 8 juillet 2003, *Bull. civ. IV*, n° 119, p. 138 ; *Banque et droit* n° 93, janvier-février 2004.54, obs. Bonneau ; *RTD com.* 2003. 783, obs. Cabrillac ; *JCP G* 2004, II, 10068 et E. 1020, note Gibirila ; *D.* 2003, act-jurisp., p. 2170, obs. Avena-Robardet ; *Les Petites Affiches* n° 11, 15 février 2004. 9, note E. C. ; *RD bancaire et financier* n° 1, janvier-février 2004. 15, obs. Crédot et Gérard ; Com., 99 juin 2004, *Banque et droit* n° 97, septembre-octobre 2004. 82, obs. Bonneau ; Com., 21 septembre 2010, *Banque et droit* novembre-décembre 2010, obs. Bonneau.

<sup>548</sup> Article L. 511-33, alinéa 4 du Code monétaire et financier : « Outre les cas exposés ci-dessus, les établissements de crédit et les sociétés de financement peuvent communiquer des informations couvertes par le secret professionnel au cas par cas et uniquement lorsque les personnes concernées leur ont expressément permis de le faire ».

le bénéficiaire après réception d'une information complète lui permettant de prendre une telle décision<sup>549</sup>.

**293.** Il est capital de remarquer qu'on ne peut pas opposer le secret professionnel à ces personnes que le législateur entend protéger. Concernant le garant des obligations du client, c'est-à-dire sa caution par exemple, le banquier est souvent sanctionné pour réticence dolosive vis-à-vis de la caution, ce qui signifie que le banquier doit à la caution des informations plus précises qui dépassent le cadre des informations d'ordre générale dues à des tiers<sup>550</sup>. Un arrêt de la Cour de cassation<sup>551</sup> française a ainsi décidé concernant la mise en œuvre du cautionnement que « dès lors qu'il appartient au banquier d'établir l'existence et le montant de la créance dont il réclame le paiement à la caution ou à ses ayants droit, ceux-ci sont en droit d'obtenir la communication par lui des documents concernant le débiteur principal nécessaires à l'administration d'une telle preuve, sans que puisse leur être opposé le secret bancaire », ce qui semble logique parce que le banquier ne peut pas payer sans avoir la preuve de l'existence et du montant de la créance.

Le secret bancaire est opposable aux tiers pas à la personne dont la loi entend précisément protéger. La question qui se pose est alors de savoir qui sont ces tiers. A partir de quel moment une personne ayant une relation avec le client est considérée comme un tiers ?

### **b- Les tiers dans la protection du secret bancaire**

**294.** Pour pouvoir apporter des réponses à la question posée ci-dessus il est nécessaire de faire la distinction entre un client personne physique et un client personne morale.

**295.** Lorsque le client est une personne physique, le conjoint, les enfants ainsi que tous les membres de la famille du client sont des tiers. Ainsi, le banquier peut leur opposer le secret professionnel. Cette solution est valable lorsque le client est vivant, par contre lors du décès du client, cette opposabilité vis-à-vis des membres de la famille du client tombe<sup>552</sup>. En effet, au moment de son décès, en vertu du principe selon lequel « les héritiers continuent la personne du défunt », les ayants droit du client perdent leur qualité de tiers et par conséquent,

---

<sup>549</sup> CE, 30 déc. 2009, n° 306173, *JurisData* n° 2009-017446.

<sup>550</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, n° 193, p. 195.

<sup>551</sup> Com., 16 décembre 2008, *D.*, 2009.784, note Lasserre Capdeville ; *RTD civ.*, 2009. 147, obs. Crocq ; *JCP E*, 2009. 1037, note Bonneau ; *JCP E*, 2009. 1538, n° 9, obs. Routier cassant Colmar, 7 juin 2007, *JCP*, 2007, II, 10178, note Simler.

<sup>552</sup> Reims, 25 février 1993, *RD bancaire et bourse* n° 39, septembre-octobre 1993.226 et note critique Crédot et Gérard ; TGI Paris, 10 juillet 1991, *Banque*, n° 521, novembre 1991. 1088, obs. Rives-Lange ; *D.* 1993 somm. 55, obs. Vasseur.

le secret bancaire ne leur est plus opposable, ils ont dorénavant droit à la communication des informations concernant le compte du défunt. Quant à l'étendue de ce droit, les auteurs sont partagés, certains auteurs<sup>553</sup> estiment que le banquier ne doit fournir aux héritiers du client que les informations d'ordre patrimonial, à l'exclusion de celles concernant la vie privée du défunt.

**296.** Lorsque le client est une personne morale, il faut faire la distinction entre d'une part l'organe de direction, l'organe de gestion et l'organe de contrôle et d'autre part les associés. Pour le premier groupe, le secret bancaire ne peut leur être opposé sous réserve de certaines limites bien évidemment tandis que pour le deuxième c'est-à-dire concernant les associés, le principe reste que les associés sont des tiers, le banquier peut ainsi leur opposer le secret bancaire.

**297.** Les représentants légaux d'une société ne peuvent en aucun cas se voir opposer le secret professionnel concernant la société qu'ils dirigent<sup>554</sup>, étant donné que c'est sous sa signature que le compte fonctionne. Il n'en va pas de même d'un ancien dirigeant, à partir du moment où celui-ci ne représente plus légalement la société, il devient tiers, aussi, il ne peut plus obtenir des informations confidentielles concernant le compte de la société<sup>555</sup> et ce même si les documents demandés couvrent la période de sa gérance<sup>556</sup>.

**298.** On ne peut pas non plus opposer le secret bancaire au président d'un conseil d'administration d'une société<sup>557</sup>. Par contre pour les membres d'un conseil d'administration et d'un conseil de surveillance pour le droit français, une nuance doit être apportée. Selon l'article 461 de la loi n° 2003-036 sur les sociétés commerciales : « le conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société. Il les exerce dans la limite de l'objet social et sous réserve de ceux expressément attribués par la présente loi aux assemblées d'actionnaires. Le conseil d'administration dispose notamment des pouvoirs suivants : 1° il précise les objectifs de la société et l'orientation qui doit être donnée à son administration ; 2° il exerce un contrôle

---

<sup>553</sup> RIVES-LANGE, obs. sous TGI Paris, 10 juillet 1991 précité ; BERTEL, *op. cit.*, n° 7, p. 4.

<sup>554</sup> T. BONNEAU, *op. cit.*, n° 523, p. 372 ; S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, n°192, p. 194 ; R. ROUTIER, *op. cit.*, n°511.21, p. 629.

<sup>555</sup> Com., 16 janvier 2001, *Bull. civ.*, IV, n° 12 ; *RJ com.*, 2001.133, note Moulin ; *D.*, 2001. 545, obs. Lienhard ; *Dr. sociétés*, avril 2001 n° 555, obs. Bonneau ; *D.*, 2003 somm. 340, obs. Synvet ; *RD bancaire*, mars-avril 2001. 74, obs. Crédot et Gérard ; *Bull. Joly*, 2001. 491, obs. Saitourens.

<sup>556</sup> Com., 16 janvier 2001 précité ; Crim. 14 novembre 2000, *RD bancaire et financier*, mars-avril 2001, p. 75, obs. Crédot et Gérard.

<sup>557</sup> T. BONNEAU, *op. cit.*, n° 523, p. 372 ; S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, n°192, p. 194 ; R. ROUTIER, *op. cit.*, n°511.21, p. 629.

permanent de la gestion assurée, selon le mode de direction retenu, par le président directeur général ou par le directeur général ; 3° il arrête les comptes de chaque exercice. Les dispositions des statuts ou les résolutions de l'assemblée générale limitant les pouvoirs du conseil d'administration sont inopposables aux tiers »<sup>558</sup>. De part cet article, eu égard au pouvoir conféré au conseil d'administration, le banquier ne peut pas lui opposer le secret bancaire. Le droit français ajoute dans l'article L. 225-68, alinéa 1 du Code monétaire et financier que « le conseil de surveillance exerce le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire ». La loi sur les sociétés commerciales malgache ne prévoit pas l'existence d'un conseil de surveillance dans les organes de la société. Dans tous les cas, à partir de ces deux articles, on peut conclure que le conseil d'administration et le conseil de surveillance ne pourraient se voir opposer le secret professionnel par le banquier.

Il est toutefois à remarquer que le pouvoir de gestion du conseil d'administration ainsi que le pouvoir de contrôle du conseil de surveillance sont des pouvoirs qui s'exercent collectivement, aussi on peut dire que si les membres de ces conseils agissent collectivement, ils auront droit à la fourniture des informations confidentielles<sup>559</sup>. Par contre si les membres en font la demande individuellement, certains auteurs<sup>560</sup> estiment le secret bancaire leur est opposable, d'autres<sup>561</sup> pensent que : que la demande soit faite individuellement ou collectivement, les membres d'un conseil d'administration et du conseil de surveillance ont toujours droit à la fourniture des renseignements confidentiels du compte de la société.

**299.** Concernant les associés, le principe est que ce sont des tiers, le secret bancaire leur est opposable<sup>562</sup>. La doctrine se trouve divisée lorsqu'il s'agit des associés d'une société de personnes vu qu'ils sont responsables indéfiniment et solidairement du passif social. Certains auteurs<sup>563</sup> admettent une exception au profit de ces associés tandis que d'autres<sup>564</sup> estiment qu'aucune exception n'est admissible : que la société soit une société de personne ou une société de capitaux, les associés n'ont pas accès aux informations confidentielles, « leur

---

<sup>558</sup> V. article L. 225-35 du Code monétaire et financier « Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et il règle par ses délibérations les affaires qui les concernent ».

<sup>559</sup> BERTREL, *op. cit.*, n°9, p. 4 ; BONNEAU, *op. cit.*, n°523, p. 372, S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, n° 192, p. 194.

<sup>560</sup> VASSEUR, *op. cit.*, p.48.

<sup>561</sup> RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.*, p. 162.

<sup>562</sup> Paris, 20 mars 1990, RD bancaire et bourse n° 21, septembre-octobre 1990. 202, obs. Crédot et Gérard.

<sup>563</sup> GAVALDA et STOUFFLET, *op. cit.*, n° 618 ; RIVES-LANGE et CONTAMINE RAYNAUD, *op. cit.*, p. 162 ; BERTREL, *op. cit.*, n° 10, p. 5.

<sup>564</sup> Crédot, « Le secret bancaire, son étendue et ses limites, la fourniture de renseignements commerciaux par les banques », *op.cit.*,p. 14.

information est assurée selon les procédures légales »<sup>565</sup> prévues dans la loi sur les sociétés commerciales. L'associé a par exemple le droit d'obtenir communication, préalablement à la tenue des assemblées, des documents sociaux<sup>566</sup> (comptes sociaux, rapport de gestion, projet de résolution), ainsi que de poser des questions aux dirigeants<sup>567</sup>. Ce droit à l'information permet à l'associé de contrôler la direction sociale et d'éclairer son vote lorsqu'il y a consultation des associés. Il peut même contraindre le dirigeant qui refuserait de lui donner les informations souhaitées, à ce titre il peut diligenter des expertises<sup>568</sup>.

**300.** Toujours à propos de la personne morale, une société-mère est également considérée comme un tiers quant au secret bancaire, une société-mère même si c'est une banque ne peut obtenir des informations confidentielles concernant le compte de sa filiale<sup>569</sup>.

**301.** Enfin, il est important de savoir si le secret bancaire existe entre les établissements de crédit. La jurisprudence<sup>570</sup> donne une réponse ambiguë et considère que l'usage permet à un banquier d'obtenir d'un autre banquier des renseignements uniquement sur la position générale de son client. Ce qui, à notre avis, équivaut à l'existence du secret entre les établissements de crédit, ils ne peuvent fournir entre eux que des informations d'ordre général à l'exclusion des renseignements ayant un caractère confidentiel. Quoique des informations d'ordre général sur un compte vis-à-vis d'un établissement de crédit peuvent revêtir un caractère confidentiel lorsque le demandeur d'information n'est pas un établissement de crédit.

### **3- Les informations couvertes par le secret bancaire**

**302.** Le secret bancaire ne couvre pas tous les renseignements concernant un compte. En effet, le banquier peut fournir certains renseignements sur un compte à un tiers à l'instar de l'existence d'un compte ou d'un prêt. Le secret bancaire ne couvre que les informations qui présentent un caractère confidentiel<sup>571</sup> et dont le banquier a eu connaissance dans le cadre de l'exercice de sa profession<sup>572</sup>. « Le secret ne s'étend pas à toutes les informations que les établissements bancaires seraient susceptibles de connaître dans le cadre de leur activité

---

<sup>565</sup> RIVES-LANGE et CONTAMINE RAYNAUD, *op. cit.*, n° 177.

<sup>566</sup> Article 321 de la Loi n° 2003-036 du 30 janvier 2004 sur les sociétés commerciales.

<sup>567</sup> Article 176 de la Loi précitée.

<sup>568</sup> Article 178 de la Loi précitée.

<sup>569</sup> CA Paris, 8 octobre 1981, *D.* 1982. IR 124, obs. Vasseur.

<sup>570</sup> Com., 9 janvier 1978, *D.*, 1978, IR 308, obs. Vasseur ; Com., 24 novembre 1983, *RTD com.*, 1984. 321, obs. Cabrillac et Teyssié.

<sup>571</sup> V. RIPERT et ROBLOT par DELEBECQUE et GERMAIN, *Traité de droit commercial*, t. 2, n° 2282.

<sup>572</sup> R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 511.11, p. 627.

professionnelle, mais seulement à celles qui portent sur des renseignements confidentiels présentant un caractère précis, tels que la vie privée ou la fortune des particuliers »<sup>573</sup>. Les informations sont dites confidentielles lorsque celles-ci « comprennent un degré de précision important »<sup>574</sup>. Sont par exemple, confidentiels le montant du solde d'un compte<sup>575</sup> ou le montant d'un crédit consenti<sup>576</sup>. En revanche ne sont pas des informations confidentielles, les informations d'ordre général. « L'obligation au secret professionnel à laquelle sont tenus les établissements de crédit leur interdit de fournir à un client qui en formule la demande des renseignements autres que simplement commerciaux d'ordre général et économique sur la solvabilité d'un autre de leurs clients »<sup>577</sup>. Ainsi, le banquier ne viole pas le secret bancaire en fournissant l'information d'ordre général sur la solvabilité d'un client, c'est le cas lorsqu'il se borne à indiquer que les échéances sont difficiles ou que les paiements sont réguliers<sup>578</sup>.

**303.** Il est enfin à signaler, que dans le cadre de ce secret bancaire, il y a des informations qui ne peuvent être communiquées même au client titulaire du compte, tel le cas des informations couvertes par le secret de l'instruction<sup>579</sup>, le banquier qui communique par exemple à son client la copie d'un procès-verbal de réquisition concernant ses comptes bancaires adressé par un officier de police judiciaire agissant dans le cadre d'une enquête préliminaire viole le secret professionnel<sup>580</sup>. Le Code de consommation français dans son article L. 133-4C interdit également au banquier de communiquer au client les informations contenues dans le fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers.

**304.** En résumé, le principe est que le banquier s'interdit de communiquer aux tiers les informations confidentielles des comptes bancaires qu'il tient. Les renseignements confidentiels sont d'une manière générale, les informations chiffrées ou précises. La violation de cette obligation de secret bancaire est source de responsabilité du banquier.

---

<sup>573</sup> CA Poitiers, 2 novembre 2005.

<sup>574</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, n° 194, p. 195.

<sup>575</sup> Versailles, 23 mars 1994, *D.*, 1994 somm. 328, obs. Vasseur ; *RD bancaire*, 1994. 259, obs. Crédot et Gérard ; Paris, 17 octobre 1931, *Gaz. Pal.*, 1932. 1. 19.

<sup>576</sup> BERTREL, *op. cit.*, p.3 ; adde, Rennes, 13 janvier 1992, *JCP E*, 1993, II, 432, note Gavalda ; *RD bancaire et bourse* n° 46, novembre-décembre 1994. 258, obs. Crédot et Gérard.

<sup>577</sup> Com., 18 septembre 2007, *Bull. civ.* IV, n° 195, p. 226 ; *Banque et droit* n° 117, janvier-février 2008. 27, obs. Bonneau ; *RD bancaire et financier* n° 6, novembre-décembre 2007. 46, obs. Crédot et Samin.

<sup>578</sup> T. BONNEAU, *op. cit.*, n° 521, p. 370.

<sup>579</sup> Com., 10 déc ; 2003, *Bull. civ.* IV, n° 201 ; D. 2004, AJ 209, obs. X. Delpech ; *JCP E* 2004, p. 818, obs. J. Stoufflet ; *Gaz. Pal.* 2004, n° 256, p. 4.

<sup>580</sup> Crim., 30 janv. 2001, *Bull. crim.* n° 29 ; *JCP E* 2001, p. 1328, note J. Stoufflet ; *RTD. Com.* 2001. 787, obs. Crédot ; *Banque et droit* 2002, n° 81, p. 52, obs. Guillot.

A côté de ce principe, on des dérogations qui consistent à obliger le banquier de divulguer les renseignements confidentiels à des personnes bien précises et dans les cas bien limités.

## **B- Les exceptions au secret professionnel**

### **1- L'autorisation du bénéficiaire**

**305.** La première exception consiste dans la renonciation du client, en effet, comme il a été déjà évoqué, l'article L. 511-33 alinéa 4 du Code monétaire et financier donne la possibilité au client de renoncer au bénéfice du secret bancaire, il peut donner autorisation au banquier de divulguer des informations confidentielles. Cette autorisation est une autorisation spéciale pour un cas déterminé comme le précise l'article précité.

Cette renonciation doit être faite en connaissance de cause<sup>581</sup>. La renonciation peut être totale comme elle peut être partielle<sup>582</sup>.

**306.** A part la renonciation de la part du client, le législateur prévoit quelques dérogations au principe du secret bancaires. L'article L. 511-33 alinéa 2 du Code monétaire et financier dispose qu' « outre les cas où la loi le prévoit, le secret professionnel ne peut être opposé ni à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, ni à la banque de France ni à l'autorité agissant dans le cadre d'une procédure pénale, ni aux commissions d'enquête créées en application de l'article 6 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires ». A côté de cet article, on a des textes épars qui dérogent au principe, on va essayer de citer celles qui sont les plus importantes.

### **2- Le secret bancaire et les autorités judiciaires**

#### **a- L'inopposabilité du secret bancaire aux juridictions répressives<sup>583</sup>**

**307.** L'article précité a bien précisé que le banquier ne peut pas opposer le secret bancaire à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale<sup>584</sup>. Ce qui

---

<sup>581</sup> Voir *supra*, La portée de la protection du secret professionnel, p.146 et 147 .

<sup>582</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.* , n° 195, p. 196.

<sup>583</sup> V. J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Le secret bancaire face au juge pénal en droit français », *Revue Lamy droit des affaires* mai 2010. 64.

<sup>584</sup> Article 81 al.2 de la Loi n° 95-030; Crim., 27 avril 1994, *D.* 1994. J. 402, note Gavalda ; *Quotidien juridique* n° 72, 8 septembre 1994. 3 ; *JCP E* 1994, I, 376, n° 3, obs. Gavalda et Stoufflet ; *Bull. Joly Bourse et produits financiers*, 1994, §87, p. 469, note Bonneau; *RD bancaire et bourse* n° 46, novembre-décembre 1994. 258, obs. Crédot et Gérard.

implique que les dirigeants et les employés d'un établissement de crédit ont l'obligation aussi bien de témoigner devant les juridictions répressives que de communiquer les documents qui sont demandés<sup>585</sup>. Toute autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale a le droit d'obtenir du banquier les informations même confidentielles à partir du moment où ces renseignements sont de nature à établir une infraction<sup>586</sup>. Cette procédure commence à partir de l'enquête préliminaire jusqu'à la phase du jugement. Cela suppose que, le secret bancaire ne peut être opposé ni aux officiers de police judiciaire qui agissent sur réquisitions du procureur de la république dans le cadre d'une enquête préliminaire<sup>587</sup> ni au procureur de la république ni au juge d'instruction ni au juge de jugement.

La question qui se pose est de savoir si le secret bancaire peut être opposé aux officiers de police judiciaire agissant d'office sans mandat du juge d'instruction ni réquisitions du procureur de la république. La doctrine<sup>588</sup> se trouve encore divisée. Une partie de la doctrine<sup>589</sup> estime qu'une demande d'informations détenues par le banquier ne s'analyse pas comme les constatations ou examens techniques ou scientifiques. Aussi la copie d'un relevé de compte bancaire peut être obtenue par les officiers de police judiciaire sans autorisation préalable du procureur de la république ni mandat du juge d'instruction<sup>590</sup>.

La Cour de cassation française<sup>591</sup> a de son côté décidé qu'un officier de police judiciaire « s'il n'a mandat du juge d'instruction [...] ne peut, sans l'assentiment exprès de la personne chez qui l'opération a lieu, légalement procéder à une perquisition [...] dans un coffre-fort loué par la banque ». Il ne pourra agir d'office qu'en cas de crime ou de délit flagrants<sup>592</sup>. A la lecture de cet arrêt la solution semble se pencher vers l'opposabilité du secret bancaire aux officiers de police judiciaire qui agissent sans mandat. Comme le droit malgache s'inspire du droit français, l'interprétation de cet article se trouverait certainement applicable à Madagascar.

---

<sup>585</sup> T. BONNEAU, *op. cit.*, n° 524, p. 373.

<sup>586</sup> TGI Paris, 20 nov. 1990, *D.* 1992. Somm. 31, obs. Vasseur; CA Toulouse, 8 févr. 1993, *Dr et patr.* 1993, n° 6, 37.

<sup>587</sup> Crim. 27 avril 1994, précité.

<sup>588</sup> Gavalda, obs. ss : Crim. 27 avril 1994, précité ; Crédot et Gérard, obs. ss : Crim. 27 avril 1994, précité ; LASSERRE CAPDEVILLE, *Le secret bancaire : étude de droit comparé (France, Suisse, Luxembourg)*, thèse, Pau et Pays de l'Adour, 2004, n° 834.

<sup>589</sup> R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 512-21, p.635.

<sup>590</sup> CA, Grenoble, 7 juillet 2000, *JurisData* n° 156486, *D.*2001, Jur. 1128, note Redon.

<sup>591</sup> Crim., 30 mai 1980, *Bull. crim.* n° 165 ; *D.* 1981. Jur. 533, note Jeandidier; *Gaz. Pal.* 1981, p. 221, note M. Suzanne.

<sup>592</sup> Crim., 30 mai 1980, précité.

## **b- L'opposabilité du secret bancaire aux juridictions civiles**

**308.** En matière civile, la solution est différente de celle retenue en matière pénale. Le principe est qu'en matière civile, le secret bancaire n'est pas levé<sup>593</sup>. Des limites sont prévues pour ce principe d'opposabilité du secret bancaire au juge civil.

### **- Le divorce**

**309.** L'article 259-3 du Code civil français<sup>594</sup> prévoit que les époux sont tenus de se communiquer et de communiquer au juge et aux experts, tous les renseignements et tous les documents utiles pour fixer les prestations et les pensions alimentaires et pour liquider le régime matrimonial. Dans son alinéa 2, l'article précité précise que « le juge peut faire procéder à toutes recherches utiles auprès des débiteurs ou de ceux qui détiennent des valeurs pour le compte des époux sans que le secret professionnel puisse être opposé ».

### **- La procédure civile d'exécution**

**310.** L'article 24 de la loi française du 9 juillet 1991 oblige le tiers lorsque celui-ci est régulièrement saisi de prêter leurs concours aux mesures d'exécution. Le droit malgache n'est pas aussi explicite sur ce point. L'article 662 du Code de procédure civile dispose seulement que « Lors de la signification de l'exploit de saisie-arrêt le tiers saisi doit, séance tenante sur l'original, ou, s'il ne le peut pas, dans la huitaine, par déclaration au greffe, fournir tous renseignements concernant le montant de sa dette [...] ». Concernant les mesures d'exécution, en droit malgache aucune disposition ne prévoit expressément l'obligation pour le tiers saisi d'apporter ses concours. Alors que la loi française du 22 décembre 2010 impose par exemple au banquier d'indiquer à l'huissier de justice chargé de l'exécution, si un ou plusieurs comptes sont ouverts au nom du débiteur ainsi que les lieux où sont tenus les comptes, sans pouvoir lui opposer le secret bancaire.

### **- La procédure collective**

**311.** Le secret professionnel ne peut pas être opposé au juge commissaire<sup>595</sup> dans la procédure collective d'apurement du passif. L'article 26 de la loi n° 2003-042 du 15 juillet sur les procédures collectives d'apurement du passif dispose en effet que « nonobstant, toute disposition législative ou réglementaire contraire, il peut obtenir communication, par [...] les

---

<sup>593</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, n° 196, p. 197 ; T. BONNEAU, *op. cit.*, n° 524, p. 373 ; R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 512-22, p. 636 ; T. civ. Strasbourg, 28 avril 1954, *Rev. banque* 1955. 314, note X. Marin.

<sup>594</sup> La loi malgache n° 2007-022 sur le mariage et les régimes matrimoniaux du 20 août 2007 ne prévoit rien sur cette communication au juge et aux experts des renseignements permettant de fixer les pensions alimentaires ni pour liquider le régime matrimonial.

<sup>595</sup> A comparer avec l'article L. 621-9 du Code de commerce français.

établissements de crédit ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement, des renseignements de nature à lui donner une information exacte sur la situation économique et financière de l'entreprise ».

- **La procédure de surendettement**

**312.** La procédure de surendettement n'existe pas à Madagascar, mais le droit français impose la levée du secret professionnel en cas de procédure de surendettement des particuliers<sup>596</sup>. Le dernier alinéa de l'article L. 132-6 du Code de la consommation dispose en effet que « nonobstant toute disposition contraire, le juge peut obtenir communication de tout renseignement lui permettant d'apprécier la situation du débiteur et l'évolution possible de celle-ci ».

**3- L'inopposabilité du secret bancaire à l'administration fiscale**

**313.** Le banquier ne peut pas opposer le secret bancaire à l'administration fiscale. Ce parce que le banquier est tenu de l'obligation de déclaration vis-à-vis de l'administration fiscale, mais également puisque cette dernière a un droit de communication des documents et des informations nécessaires à l'établissement de l'assiette et de contrôle des impôts<sup>597</sup>.

**4- L'inopposabilité du secret bancaire à la Banque Centrale de Madagascar et à la CSBF**

**314.** L'article L. 511-33, alinéa 2 du Code monétaire et financier prévoit à côté des autorités judiciaires agissant dans le cadre d'une procédure pénale une autre dérogation au secret bancaire, c'est celui à l'égard de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution ainsi que la Banque de France. Le droit malgache ne prévoit rien sur ce sujet, mais comme on applique le droit français en cas de lacune de droit malgache, il est raisonnable d'estimer que cette dérogation bénéficie aux organismes qui constituent l'équivalence de ceux qui sont mentionnés en droit français c'est-à-dire la CSBF et la Banque Centrale de Madagascar.

---

<sup>596</sup> Article L. 332-6 du Code de la consommation français.

<sup>597</sup> Article 20.06.01 du Code Général des Impôts : « Les agents des impôts ont le droit général d'obtenir, des personnes physiques ou morales, publiques ou privés, communications de toutes pièces ou documents ainsi que tous renseignements, quel que soit leur support, et de saisir tous les documents et matériels informatiques, nécessaires à l'établissement et au contrôle des impôts prévus par présent Code ».

## 5- Les communications autorisées

**315.** A part les dérogations susmentionnées, l'article L. 511-33, alinéa 3<sup>598</sup> prévoit certaines communications qui sont autorisées. Il s'agit de communication aux agences de notation pour les besoins de la notation des produits financiers et la communication des informations nécessaires à la négociation, à la conclusion ou à l'exécution de certaines opérations prévues à l'article L. 511-33 alinéa 3 précité telles que « les opérations de crédit » et « les opérations sur instruments financiers de garanties ou d'assurance destinées à la couverture d'un risque de crédit ». Le dernier alinéa de cet article impose aux personnes qui ont reçu ces informations couvertes par le secret professionnel pour les besoins de l'une de ces opérations de les « conserver confidentielles, que l'opération aboutisse ou non. Toutefois, dans l'hypothèse où l'opération aboutit, ces personnes peuvent à leur tour communiquer les informations couvertes par le secret professionnel dans les mêmes conditions que celles visées au présent article aux personnes avec lesquelles elles négocient, concluent ou exécutent les opérations énoncés ci-dessus ».

**316.** Il existe d'autres dérogations au principe du secret bancaire puisque celle-ci ne cessent d'augmenter<sup>599</sup>, à l'instar de l'inopposabilité du secret bancaire face aux autorités compétentes en matière de blanchiment d'argent, de lutte contre le terrorisme... Etant donné que l'étude porte surtout sur la responsabilité du banquier, on ne peut pas s'étaler sur le secret bancaire qui exige une autre étude approfondie. L'étude s'est simplement bornée à citer les dérogations qui sont les plus problématiques à Madagascar.

**317.** Pendant la tenue de compte bancaire du client, le banquier est soumis à toutes les obligations qu'on a citées, ces obligations lui sont imposées en raison de son statut de professionnel. De l'autre côté, il ne faut pas oublier que lorsqu'on parle de la tenue de compte, il s'agit de voir la facette du banquier dépositaire, ce qui implique l'existence d'un contrat de dépôt. Quelles sont alors les obligations du banquier par rapport à ce contrat de dépôt ? A quel moment sa responsabilité peut être engagée pour faute contractuelle due au manquement à ses

---

<sup>598</sup> « Les établissements de crédit et les sociétés de financement peuvent par ailleurs communiquer des informations couvertes par le secret professionnel, d'une part, aux agences de notation pour les besoins de la notation des produits financiers et d'autre part, aux personnes avec lesquelles ils négocient, concluent ou exécutent les opérations ci-après énoncées, dès lors que ces informations sont nécessaires à celles-ci : 1° Opérations de crédit effectuées, directement ou indirectement, par un ou plusieurs établissements de crédit ou sociétés de financement ; 2° Opérations sur instruments financiers, de garanties ou d'assurance destinées à la couverture d'un risque de crédit ; 3° Prises de participation ou de contrôle dans un établissement de crédit, une entreprise d'investissement ou une société de financement ; 4° Cessions d'actifs ou de fonds de commerce ; 5° Cessions ou transferts de créances ou de contrats ... ».

<sup>599</sup> T. BONNEAU, *op. cit.*, n°524, p. 373.

obligations de dépositaire ? On va essayer d'apporter des réponses à ces questions dans la section deuxième qui va suivre.

## **Section 2 : L'obligation du banquier relative au contrat de dépôt : l'obligation de restitution**

**318.** Lorsque le banquier et le client concluent une convention d'ouverture de compte, le client déposant s'engage à déposer des fonds ou des titres au banquier dépositaire. Une des principales fonctions du banquier sinon même la plus importante, est celle qui consiste à attirer vers leurs guichets les fonds temporairement inutilisés, dans le but de réaliser certains bénéfices grâce aux placements qu'elles en feront ensuite notamment dans la distribution de crédit. Le banquier reçoit ainsi les fonds du public mais à charge pour lui de les restituer. Dans ce contrat de dépôt de fonds, la principale obligation du banquier dépositaire est donc celle de restituer les fonds déposés.

**319.** Avant d'entrer dans le vif du sujet, il est essentiel d'apporter quelques précisions quant à la nature juridique du contrat de dépôt de fonds. Le contrat de dépôt se définit comme « Un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui à la charge de la garder et de la restituer en nature »<sup>600</sup>. Ainsi, en droit commun, le dépositaire a l'obligation de garder la chose et de la restituer en nature. Ce qui signifie que le dépositaire n'a pas le droit d'utiliser la chose déposée. Or, en droit bancaire, dans le contrat de dépôt de fonds, le banquier dépositaire a le droit d'user de l'argent déposé à charge pour lui de restituer l'équivalent. En effet, le banquier dans le contrat de dépôt de fonds à la différence de dépôt des titres devient propriétaire de fonds, à la seule charge d'en restituer l'équivalent à la fin du dépôt. Il en est ainsi même pour les comptes bloqués car l'argent se confond nécessairement à l'actif de la banque<sup>601</sup>. Ce qui est frappée d'indisponibilité c'est le crédit du compte et non les espèces elles-mêmes<sup>602</sup>. Il n'en serait autrement que lorsque le propriétaire des fonds exprime formellement sa volonté de garder cette propriété et d'empêcher toute confusion des sommes avec les fonds du banquier, ce qui est inconcevable dans la pratique<sup>603</sup>. Le dépôt de fonds est une opération de banque qui entre dans la réception du fonds du public. La réception des

---

<sup>600</sup> Article 1915 du Code civil français. La loi malgache ne donne pas de définition du contrat de dépôt.

<sup>601</sup> MOHAMED ALI IMAM, *La Responsabilité du banquier en matière de dépôt*, Thèse, Librairie générale de droit et de jurisprudence Paris 1939, p.161.

<sup>602</sup> Cour des comptes, 29 déc. 1931, *Ann. Drt. Comm.* 1934, pp. 252-254 ; Paris 2 déc. 1922, *Ann. Drt. Comm.* 11922, p. 38.

<sup>603</sup> Thèse précitée, p. 161.

fonds n'est une opération de banque que si le banquier a le droit d'en disposer pour son propre compte. Les fonds reçus par le récepteur ou le dépositaire au remettant ou déposant peuvent être disposés par le récepteur, la seule obligation qui pèse sur le récepteur est l'obligation de les restituer. L'article 4 de la loi bancaire malgache n° 95 030 dispose en effet que « sont considérés comme fonds reçus du public, les fonds qu'une personne morale recueille d'un tiers notamment sous forme de dépôt avec le droit d'en disposer pour son propre compte à charge pour elle de les restituer ».

**320.** Une deuxième remarque tient au fait que « le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit »<sup>604</sup>. Or, le dépôt bancaire, en principe est presque toujours rémunéré. Les frais payés par le client pour la tenue de compte, s'analyse bel et bien en la rémunération de dépôt.

Même si le dépôt de fonds en banque ne répond pas à tous les éléments du contrat de dépôt du droit commun, il reste un contrat de dépôt mais un contrat de dépôt dans lequel, le banquier dépositaire a une seule obligation principale, celle de restitution. Dans le contrat de dépôt de fonds, le banquier dépositaire a une seule obligation : payer à la fin du contrat une somme équivalente ainsi que ses intérêts. A la différence du contrat de dépôt du droit commun et celui de dépôt des titres, le banquier n'est pas astreint à la conservation de la chose et ne pas en faire usage. Le fait d'utiliser l'argent déposé ne constitue pas par conséquent une infraction d'abus de confiance<sup>605</sup> et en cas de procédure d'apurement du passif le client n'a pas le droit de revendication.

**321.** Dans cette section donc on va étudier l'objet de l'obligation de restitution du banquier dépositaire (§1) puis parler du bénéficiaire de l'obligation de restitution (§2) et enfin citer les procédés de moyens utilisés (§3).

## **§1 : L'objet de la restitution**

**322.** L'objet de la restitution dans le dépôt de fonds consiste dans le remboursement d'une somme équivalente à celle qui est déposée à la banque par le client. Selon l'article 1895 du Code civil français « L'obligation qui résulte d'un prêt en argent, n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat. S'il y a augmentation ou diminution d'espèce avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre

---

<sup>604</sup> Article 1917 du Code civil français.

<sup>605</sup> Crim.29 déc. 1937, *Gaz. Pal.* 1938-1-310.

que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement ». Ainsi, le banquier n'est tenu de rembourser au client que la somme numérique indépendamment de l'augmentation ou de la diminution de la valeur de l'espèce.

**323.** En outre, le paiement se fera par les espèces ayant cours légal au moment de paiement et non par les espèces qui ont été déposés à la banque. Si la somme déposée est libellée en monnaie étrangère, le banquier dépositaire ne sera tenu que de payer la quantité équivalente de la même monnaie au moment convenu. Ce, même si la dépréciation monétaire anéantirait en réalité la dette<sup>606</sup>. En effet, « une monnaie étrangère doit être considérée comme une marchandise quelconque, et non pas un étalon fixe de la valeur ; cette marchandise peut hausser ou baisser, et même tomber à zéro, c'est à son créancier d'en subir le risque, ainsi qu'au créancier de toute autre marchandise »<sup>607</sup>.

**324.** Si le banquier doit livrer de la monnaie nationale, le paiement se fera selon le cours au jour où le paiement aurait dû avoir lieu c'est-à-dire le jour de la mise en demeure et non le jour de versement sauf s'il y a accord sur le cours de change<sup>608</sup>. Si le banquier et le client se sont convenus d'un intérêt créditeur, le banquier sera tenu au paiement et de la somme déposée et des intérêts inscrits au crédit du client à l'échéance.

## **§2 : Le bénéficiaire de la restitution**

**325.** Ici, il est question de savoir à qui la restitution doit être faite ? Le principe est que le paiement n'est valable que s'il est fait à une personne qui a le pouvoir de recevoir le paiement. La personne qui a pouvoir de recevoir paiement est donc le créancier lui-même ou son représentant. Selon l'article 1239 alinéa 2 du Code civil français le paiement fait à une personne qui n'a pas pouvoir de le recevoir n'est valable que si celui-ci le ratifie ou s'il en a profité. Dans le cas où le paiement est fait à une personne autre que le créancier ou son représentant, pour être valable, le créancier doit ratifier le paiement, sinon le débiteur qui a payé doit prouver que le créancier a profité de ce paiement.

**326.** Par conséquent, le banquier doit vérifier l'identité de celui qui reçoit le paiement. Il est responsable dans tous les cas où il commet une faute dans cette vérification d'identité. La vérification d'identité et de capacité est faite en respectant les usages et les précautions

---

<sup>606</sup> Cela est arrivé pour les dépôts en roubles, à la suite de la révolution soviétique ; V. Trib. Civ. Seine-et-Marne, 25 nov. 1926.

<sup>607</sup> Note SAVATIER sous, Paris, 18 fév. et 17 juin 1927. *D. P.* 1928-2-49.

<sup>608</sup> Req.9 mars 1925, *D. H.* 1925, p.237, S 1925-1257.

habituelles<sup>609</sup>. Ainsi, il faut que le créancier soit capable de recevoir selon la règle de droit commun. Cette vérification doit se faire lors de chaque opération de retrait, les constatations faites au moment de la conclusion du contrat ne sont pas suffisantes. Comme il a été déjà expliqué plus haut<sup>610</sup> il est difficile de découvrir en raison des moyens de publicité destinés à rendre public l'incapacité d'une personne capable, l'incapacité d'une personne qui était capable. Le banquier ne doit ainsi être rendu responsable du remboursement fait à un incapable, que lorsqu'il commet une faute<sup>611</sup>. Lorsqu'il arrive à prouver que le paiement a tourné à l'avantage de l'incapable, sa responsabilité n'est pas engagée<sup>612</sup>.

**327.** Lorsque le paiement est fait à un mandataire, le banquier doit demander la preuve de sa qualité, ainsi que le contenu de son mandat. A défaut de vérification ou en raison d'insuffisance de précaution prise par le banquier-payeur, le mandataire dépasse son pouvoir ou en abuse, le banquier en sera responsable envers le client<sup>613</sup>. Selon l'article 2003 du Code civil français après la mort du déposant, le mandat doit cesser et la restitution doit se faire aux héritiers.

**328.** Lorsque le dépôt est effectué au nom des collectivités, le banquier doit vérifier si la personne à qui le banquier fait le remboursement est la personne habilitée à recevoir ce paiement. Toute restitution faite sans l'observation des statuts de la collectivité engage la responsabilité du banquier.

**329.** Lorsque le compte est ouvert au nom de plusieurs personnes non solidaires, il faut le consentement de chacune d'elles pour toute opération. Sinon, la responsabilité du banquier est engagée.

**330.** Lorsqu'il s'agit d'un compte collectif avec solidarité ou compte-joint, chacun des cotitulaires peut effectuer tout seul les opérations sur le compte, et le retrait effectué par l'un d'eux est libératoire pour le banquier.

**331.** Lorsque le compte est ouvert au nom de deux personnes dont l'une est un usufruitier et l'autre un nu-proprétaire l'usufruitier peut librement disposer des capitaux, à l'exclusion des intérêts. C'est-à-dire, le banquier est libéré en payant les capitaux à l'usufruitier, les

---

<sup>609</sup> Voir l'obligation de contrôle du banquier lors de l'ouverture de compte, p. 119 et s. et celle pendant la tenue de compte p.136 et s.

<sup>610</sup> Req. 25 fevr. 1909, S. 1909-1-156.

<sup>611</sup>Bourges, 13 avr. 1937, *Drt. Fin.* 1937, p. 328.

<sup>612</sup>Article 1241 du Code civil français.

<sup>613</sup> V. *Supra*, l'obligation de surveillance du banquier au cours de fonctionnement du compte bancaire, p. 136 et s.

intérêts par contre ne peuvent être payés qu'au nu-propriétaire. Dans le rapport entre l'usufruitier et le nu-propriétaire, l'usufruitier a l'obligation de restituer le montant des capitaux grevés d'usufruit à l'expiration de l'usufruit, obligation dont l'exécution est garantie par la caution qu'il a à fournir. Le décès de l'usufruitier donne au nu-propriétaire tous les droits sur le compte, tandis que le décès du nu-propriétaire ne change rien dans la situation de l'usufruitier. Le banquier n'encourt aucune responsabilité en remettant à l'usufruitier d'une succession le solde créditeur du compte au jour de l'ouverture de la succession<sup>614</sup>.

**332.** Il est à remarquer que le banquier doit rembourser même en cas de survenance de cas fortuit ou de force majeure. Ce parce qu'il est débiteur d'une chose de genre et « *genera non pereunt* », c'est donc pour lui que la chose périt, de quelque manière que cette perte arrive<sup>615</sup>. On applique la règle de « *res perit domino* ».

**333.** Il est enfin à noter qu'à la fin du contrat, le remboursement doit s'effectuer immédiatement et tout retard dans le paiement est source de responsabilité du banquier. Le remboursement tardif constitue une faute sauf si le banquier prouve un motif légitime à ce retard à l'instar d'une saisie-arrêt à l'encontre du client ou l'existence de compensation entre la créance du client et la créance du banquier.

Maintenant qu'on connaît à qui doit être faite la restitution, il faut expliquer comment se fait cette restitution ?

### **§3 : Les procédés de restitution**

#### **A- Le principe : paiement en raison de l'ordre donné par le client**

**334.** Dans ce paragraphe il est question de citer sommairement quels sont les procédés de paiement ou procédés de retrait que le banquier met à la disposition du client aux fins de l'exécution de son obligation de restitution. On va se contenter d'indiquer ces moyens de paiement ici parce que cette étude fera l'objet d'une analyse plus approfondie dans la troisième partie de cette thèse.

**335.** Avant de présenter ces procédés, il est important de signaler que le moment de remboursement se fait selon la convention de compte conclu entre le banquier et son client. Si le dépôt est à vue, le client aura droit au remboursement à n'importe quel moment sans

---

<sup>614</sup> Douai, 12 mai 1924, *Rec. Douai*, 1924, *Rev.banc.* 1925, p. 60.

<sup>615</sup> Article 1893 du Code civil français.

respect ni de délai ni de préavis. Au contraire si le dépôt est à terme, le client ne pourra retirer le fonds qu'à une échéance déterminée. Si la convention prévoit un préavis pour le retrait, le client devra observer ce préavis pour avoir droit au remboursement. Les fonds déposés sont inscrits au crédit du compte du client, ils sont en principe à son entière disposition jusqu'à preuve du contraire. Ces fonds sont ses propriétés. L'obligation de restitution du banquier se concrétise par le droit du client de faire des retraits de fonds.

**336.** Le remboursement peut se faire par une remise des fonds au déposant lui-même contre la remise de chèque tiré à l'ordre de lui-même ou par une carte de retrait. Il peut s'agir d'un virement effectué au profit des tiers à la demande du client. Il peut être également le paiement des chèques tirés sur la banque qui tient des comptes au profit des tiers. Le retrait peut enfin se présenter sous forme d'avis de prélèvement. Dans ce cas le créancier du titulaire du compte bancaire peut retirer des sommes à une date fixée par le contrat. C'est le contrat qui donne l'ordre au banquier de payer une certaine somme à une date prédéterminée.

Le banquier peut ainsi se libérer en offrant au client divers moyens de paiement. Selon l'article 6 de la loi n° 95-030: « Sont considérés comme moyens de paiement tous les instruments qui, quel que soit le support ou le procédé technique utilisé, permettent à toute personne de transférer des fonds ». Ces instruments peuvent être des chèques, des cartes de crédit, des cartes de paiement, de virement ou de prélèvement. Tous ces procédés supposent l'ordre donné par le titulaire du compte que le paiement soit fait directement au client créancier ou à son mandataire ou au tiers.

Il peut pourtant arriver que le banquier soit obligé de payer à un tiers sans que le titulaire du compte donne son consentement : c'est le cas d'une saisie-arrêt.

## **B- L'exception : la saisie-arrêt du compte bancaire**

### **1- La notion de la saisie-arrêt du compte bancaire**

**337.** La saisie-arrêt du compte bancaire est un moyen de paiement qui libère le banquier de son obligation de restitution également sauf qu'ici, ce n'est pas le client créancier qui lui donne l'ordre de payer, l'ordre vient du juge<sup>616</sup>. Le solde créditeur du compte bancaire

---

<sup>616</sup> Sur les saisies arrêts du compte bancaire voir, C. MOULY, « Les saisies des comptes bancaires », *Les Petites Affiches* n° 63, 26 mai 1993.7 ; « Procédures civiles d'exécution et droit bancaire », *RTD civ.*, n° spécial hors-série, « la réforme des procédures civiles d'exécution », p.65 ; J.-M. CALENDINI, « De quelques problèmes liés à la saisie des comptes bancaires », *Les Petites Affiches*, 26 février 1992, n° 25, p.12 ; « La saisie-attribution de compte bancaire », *Les Petites Affiches* n° 17, 9 février 1994.13 ; J. GRILLOT et M. SAINT-CENE, « saisies et

exprime une créance certaine, liquide et disponible du client sur le banquier. Par conséquent, cette créance peut être saisie et arrêtée par les créanciers du client<sup>617</sup>. L'article 652 du Code de procédure civile malgache prévoit en effet que « tout créancier d'une créance civile ou commerciale peut, en vertu de titres authentiques ou privés, saisir-arrêter entre les mains d'un tiers les sommes d'argent et effets mobiliers appartenant à son débiteur ou s'opposer à leur remise. A défaut de titre, le président du tribunal ou de la section du domicile du débiteur peut l'y autoriser par ordonnance sur requête, à charge qu'il lui en soit référé en cas de difficulté».

**338.** Pour pratiquer la saisie-arrêt, le créancier saisissant dépose une requête au juge du domicile de son débiteur afin d'obtenir, par ordonnance, que le tiers saisi fasse remise entre ses mains, jusqu'à due concurrence du titre, des sommes dont il est redevable envers le saisi<sup>618</sup>. En droit malgache il n'y a pas de dispositions spécifiques concernant une saisie-arrêt du compte bancaire, celle-ci obéit aux règles de droit commun<sup>619</sup>. En droit français, des nouveaux textes<sup>620</sup> ont été promulgués, ces textes prévoient des règles particulières en complément des règles générales concernant les saisies portant sur des sommes d'argent, ceux-ci tiennent compte des spécificités de cette saisie<sup>621</sup>.

Les saisies arrêts peuvent toucher tous les comptes, aussi bien les comptes de dépôt que les comptes courants, et même les comptes à termes. Concernant les comptes courants, la saisie porte sur le solde créditeur provisoire. Ainsi, tous les comptes qui expriment une créance de somme d'argent peuvent faire l'objet de saisies<sup>622</sup>.

---

rédaction des conventions d'ouverture de comptes », *RD bancaire et financier* n°2, mars/avril 2001. 119 ; C. JACOMIN, « La saisie-attribution des comptes bancaires », *Banque et droit* n° 77, mai-juin 2001. 20 ; I. CORPART, « Le renforcement de la protection des comptes bancaires contre les saisies et la mise en place du solde bancaire insaisissable », *Les Petites Affiches* n° 95, 1er mai 2003.4.

<sup>617</sup> T. BONNEAU, *op.cit.*, n° 482, p. 326.

<sup>618</sup> Article 657 du Code de procédure civile malgache.

<sup>619</sup> La saisie-arrêt est prévue à l'article 652 à 720 du Code de procédure civile malgache.

<sup>620</sup> La loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, complétée par le Décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi de 1991, cette dernière a été codifiée par l'Ordonnance n° 2011-1885 du 19 décembre 2011 relative à la partie législative du Code des procédures civiles d'exécution et le Décret n° 2012-783 du 30 mai 2012 relatif à la partie réglementaire du Code des procédures civiles d'exécution.

<sup>621</sup> V.F.J. CREDOT, « Les aspects bancaires de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution », *Les Petites Affiches* n°50, 24 avril 1992.8 ; F.J. CREDOT et Y. GERARD, « Aspects bancaires de la réforme des procédures d'exécution » *RD. bancaire et bourse* n° 35, janvier-février 1993.2 ; H. CROZE, « Saisie-attribution bancaire : les mystères de l'article 47 de la loi du 9 juillet 1991 », *Les Petites Affiches* n° 3, 6 janvier 1993.70 ; J.-M. DELLECI, « La saisie-attribution des comptes bancaires : portée de l'article 47 de la loi du 9 juillet 1991 », *Banque et droit* n° 25 septembre 1992. 160.

<sup>622</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 29 mai 1991, *Bull. civ. II*, n° 170, p. 91 ; *RD bancaire et bourse*, septembre/octobre 1991, n° 27, p. 195, n°2, obs. Crédot et Gérard ; *RD immob.*, 1992.358, obs. Stoufflet et Schaufelberger ; *D.1993 som.com.* 57, obs. Vasseur.

## 2- Le mécanisme de saisie-arrêt du compte bancaire

**339.** La saisie ne doit toucher que la somme en compte le jour où elle est effectuée. La saisie bloque au profit du créancier saisissant le solde des comptes du client, elle rend ce solde indisponible. Si le banquier ne maintient pas l'indisponibilité de la somme saisie, le créancier saisissant pourra mettre en œuvre sa responsabilité<sup>623</sup>.

Lorsque le solde du compte du client dépasse la somme qui fait l'objet de la saisie, seule la somme égale à celle qui est inscrite à l'acte de saisie qui est indisponible, la somme qui excède celle-ci reste disponible. En présence de plusieurs comptes inscrits au nom du client, le droit français donne une solution en édictant que « si le débiteur est titulaire des comptes différents, le paiement est effectué en prélevant, en priorité, les fonds disponibles à vue, à moins que le débiteur ne prescrive le paiement d'une autre manière ».

La difficulté se pose quant à la détermination de l'assiette de la saisie-arrêt. Le compte bancaire enregistre des opérations quotidiennement, il y a des opérations qui sont en cours, antérieures ou postérieures à la saisie. La saisie ne doit toucher que la somme en compte le jour où elle est effectuée. Pour connaître l'assiette de la saisie-arrêt, il faut considérer la date à laquelle est apparu le germe de créance. Si le germe de créance est apparu après la signification de l'exploit d'huissier, c'est-à-dire s'il s'agit des opérations nouvelles conclues après la date de la saisie, la créance ne modifie pas l'assiette de la saisie-arrêt<sup>624</sup>. Les opérations antérieures à la saisie font parties de ce qu'on appelle les opérations en cours et peuvent par conséquent affecter le solde des comptes à l'avantage ou au préjudice du saisissant. Il ne faut pas se baser sur la date à laquelle la créance devient exigible ni sur celle inscrite dans le compte bancaire (car il s'agit d'une simple régularisation). Les opérations nouvelles ne modifient pas l'assiette de la saisie, la saisie opère un blocage du compte le jour où elle est effectuée, le solde du compte ne peut être ni augmenté ni diminué par des sommes issues d'opérations nouvelles<sup>625</sup>.

**340.** Après avoir étudié dans les précédents chapitres la responsabilité du banquier au moment de l'ouverture du compte bancaire et pendant la tenue de compte, l'analyse va à présent se porter dans un troisième chapitre sur la responsabilité du banquier au moment de la clôture du compte bancaire.

---

<sup>623</sup> V. com., 8 janvier 2013, *Banque et droit* mars-avril 2013, obs. Bonneau.

<sup>624</sup> Article L.141-2 et L. 523-1 du Code des procédures civiles d'exécution en droit français.

<sup>625</sup> T. BONNEAU, *op.cit.*, n°483, p.330.

## **CHAPITRE 3 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER AU MOMENT DE LA CLOTURE DU COMPTE BANCAIRE**

**341.** Dans ce chapitre, il est impératif de commencer par le refus du banquier de maintenir le compte du client (Section 1) avant d'entamer la question de la clôture tacite du compte bancaire (Section 2). Ce sont les deux principales difficultés qui peuvent surgir lors de la clôture d'un compte bancaire.

### **Section 1 : Le refus du banquier de maintenir le compte bancaire**

**342.** Dans cette section, il est important de savoir si le banquier a le droit de clôturer librement le compte ? Afin de répondre à cette question, nous allons exposer d'abord que la procédure de la clôture du compte obéit généralement aux règles de droit commun sur la résiliation d'un contrat (§1), pour expliquer ensuite l'application des textes particuliers pour certains aspects de cette clôture (§2).

#### **§1 : Les règles du droit commun sur la résiliation d'un contrat**

**343.** Pour connaître les règles de la résiliation d'un contrat en droit commun, il est nécessaire de faire la distinction entre un contrat à durée déterminée et un contrat à durée indéterminée.

##### **A- La convention de compte à durée déterminée**

**344.** Comme tout contrat conclu à durée déterminée, le principe est l'impossibilité de rupture anticipée. Le terme doit être respecté<sup>626</sup>.

Cependant, la convention de compte est un contrat conclu *intuitu personae*, de part ce caractère, elle peut être résiliée en raison de tout événement qui touche la personnalité ou la condition juridique de l'un des contractants à l'instar du décès de l'un des contractants, de l'incapacité de l'un des contractants, la transformation de la société ou la survenance de procédure collective d'apurement du passif à l'un des contractants. Lorsque l'un des contractants a perdu la confiance qu'il avait dans l'autre en raison d'une malhonnêteté, irrégularité ou fraude, celui-ci peut clôturer le compte. La dernière exception à l'impossibilité

---

<sup>626</sup> T. BONNEAU, *op. cit.*, n° 479, p.324.

de rupture anticipée de la convention de compte conclue à durée déterminée est le cas de force majeure.

Bien évidemment la clôture peut être aussi bien à l'initiative du client qu'à l'initiative du banquier, toutefois dans l'étude de la responsabilité du banquier c'est la clôture à l'initiative du banquier qui nous intéresse.

## **B- La convention de compte à durée indéterminée**

**345.** En raison du principe de l'interdiction d'engagement perpétuel, dans les contrats à durée indéterminée il existe la possibilité de résiliation unilatérale sous réserve du respect de préavis. La jurisprudence française ajoute en outre que ce préavis doit être suffisant<sup>627</sup>.

Le droit malgache ne prévoit rien sur ce délai de préavis, en général, le banquier donne un mois de préavis avant de résilier une convention de compte à durée indéterminé d'un client. En droit français par contre, la charte des services bancaires propose un délai de préavis de 30 à 45 jours minimum. Ce délai peut être abrégé en cas d'anomalies graves de fonctionnement du compte<sup>628</sup>.

La règle veut que le banquier respecte un délai de préavis avant de résilier le contrat, elle n'a pas prévu une publicité sauf fraude, malhonnêteté et irrégularité commise par le client qui exige cette publicité<sup>629</sup>. Le préavis est nécessaire afin de permettre la tenue d'un entretien entre la banque et son client ainsi que de permettre au banquier de rappeler au client son droit au compte prévu par l'article 77 de la loi n° 95-030-15.

**346.** Il est cependant à noter que le banquier n'a pas à motiver sa décision<sup>630</sup>. Toutefois, la faculté de résiliation unilatérale ainsi que l'absence de l'exigence de motivation sont limitées par l'abus<sup>631</sup>. En effet, le banquier ne doit pas commettre d'abus dans sa décision auquel cas sa responsabilité est engagée. L'abus consiste en un agissement autre que ne l'aurait fait un banquier avisé dans les mêmes circonstances et qui est fait uniquement dans le but de nuire le client<sup>632</sup>. La responsabilité du banquier est aussi engagée lorsque le banquier

---

<sup>627</sup> Com., 20 mai 1980, *D.* 1981. IR 185, obs. Vasseur.

<sup>628</sup> T. BONNEAU, *op. cit.*, n°479, p.325.

<sup>629</sup> J. VEZIAN, *op. cit.*, p.32.

<sup>630</sup> T. BONNEAU, *op. cit.*, n° 479, p. 325.

<sup>631</sup> *Ibid.*

<sup>632</sup> Com., 26 janvier 2010, *banque et droit* n°131, mai-juin 2010.18, obs. Bonneau ; *RD bancaire et financier* juillet-août 2010, n° 121, note Crédot et Samin ; *RTD com.* 2010. 762, obs. Legeais.

clôture le compte sans prendre toutes les précautions pour que sa décision limite les inconvénients que va ressentir son client<sup>633</sup>.

## **§2 : Les règles particulières prévues par des textes spécifiques**

**347.** Concernant la résiliation de la convention du compte, lorsque celle-ci est faite à l'initiative du banquier, le Code monétaire financier prévoit quelques règles spécifiques pour certains comptes.

La première règle concerne les comptes ouverts en application du droit au compte. L'article L. 312-1, alinéa 5 de ce Code édicte que « toute décision de clôture de compte à l'initiative de l'établissement de crédit désigné par la Banque de France doit faire l'objet d'une notification écrite et motivée adressée au client et à la Banque de France pour information ». Ainsi, à la différence de tout autre compte, la décision de résiliation des comptes ouverts en application du droit au compte doit être motivée et la décision doit en plus être notifiée à la Banque de France. Ce texte ajoute qu' « un délai de deux mois doit être consenti obligatoirement au titulaire du compte ».

La deuxième règle concerne les comptes de dépôts conclus avec des personnes physiques n'agissant pas pour leurs besoins professionnels, celle-ci est prévue par l'article L. 312-1-1, III, alinéa 3. Selon cet article, « l'établissement de crédit résilie une convention de compte de dépôt conclue pour une durée indéterminée moyennant un préavis d'au moins deux mois. Les frais régulièrement imputés pour la prestation de services de paiement ne sont dus par le client qu'au prorata de la période échue à la date de résiliation de la convention de compte de dépôt. S'ils ont été payés à l'avance, ces frais sont remboursés au prorata ». Ainsi, ici la décision de résiliation n'a pas à être motivée. Ce texte sous-entend que lorsque la convention de compte de dépôt est conclue avec des personnes physiques n'agissant pas pour leurs besoins professionnels, la résiliation ne semble possible que s'il s'agit d'une convention à durée indéterminée. Le texte ne parle pas d'une convention à durée déterminée.

En conséquence, en dehors de ce qui est prévu par ces textes, la résiliation de la convention de compte est soumise au droit commun. Ces cas sont notamment, le compte courant, le compte de dépôt ouvert à une personne morale et à une personne physique agissant pour leurs besoins professionnels dont l'ouverture a été faite en dehors de l'application de droit au compte.

---

<sup>633</sup> Besançon, 25 mai 1925, *DH* 1925, 476 ; T. com. Seine, 17 avril et 2 mai 1931, *Gaz. Pal.*, 1931,2, 1959.

## **Section 2 : La question de la résiliation tacite de la convention de compte bancaire**

**348.** La question qui se pose ici est que : si ni le client ni le banquier ne manifeste une volonté expresse de résilier la convention de compte alors que le client n'effectue plus aucune opération de banque sur ce compte, le banquier pourra-t-il clôturer le compte au bout d'un certain laps de temps ? Et si le banquier ne clôture pas le compte, aura-t-il le droit de poursuivre le client pour paiement des frais de la tenue de compte durant tout le temps que le client n'a rien effectué sur ce compte ? A Madagascar, le cas se présente plus fréquemment que ne laisse paraître le problème.

**349.** Du point de vue purement juridique, la convention n'est résiliée que si l'une des parties manifeste sa volonté de résilier le contrat. Mais ne peut-on pas déduire cette volonté du client du seul fait qu'il n'effectue aucune opération sur ce compte ? Il aurait été semble-t-il plus intéressant si le banquier prévoyait dans la convention d'ouverture de compte que le non usage du compte par le client pendant un délai déterminé vaudrait résiliation de plein droit du compte. Une telle solution aurait été souhaitable pour que le client n'ait pas à supporter la charge de frais de tenue de compte pendant des mois ou même des années alors qu'il n'utilise plus le compte.

Il est cependant à remarquer que comme il a été étudié dans le chapitre préliminaire, la convention de compte est un contrat d'adhésion, c'est le banquier qui fixe unilatéralement les clauses du contrat. Or, laisser le compte ouvert sans que le client ne procède à aucune opération profite plus au banquier qu'au client puisque le banquier garde toujours la possibilité de poursuivre le client en paiement des frais de tenue de compte. Ces frais peuvent être très élevés si le compte reste ouvert pendant un laps de temps plus ou moins long<sup>634</sup>. Pour que le client n'ait pas à supporter ces charges, il aurait été préférable de clôturer le compte au-delà d'un certain délai. Cette règle protégerait le client, car si celui-ci veut réactiver son compte, il pourra toujours demander l'ouverture d'un autre compte sans payer des frais de la tenue de compte pendant laquelle il n'a pas utilisé le compte.

**350.** Bref, il arrive donc que la volonté du client de clore son compte soit implicite, il laisse une somme modique dans le compte et il ne procède plus à aucune opération. Le principe est que l'inactivité prolongée d'un compte ne peut pas être interprétée comme de la volonté de clôturer le compte. Mais si dans le compte il ne subsiste plus qu'une somme dérisoire qui ne couvre même pas les frais de la tenue de compte, l'usage est la clôture de ce

---

<sup>634</sup> Montant des frais de la tenue de compte en une année à la BFV/SG est de 108 000Ar.

compte<sup>635</sup>. Toutefois, la clôture après un laps de temps plus ou moins long n'enlève en rien l'obligation pour le client de payer la somme due pendant le non-usage du compte.

**351.** Dans la partie concernant la responsabilité du banquier dépositaire, il a été constaté que le banquier agit en tant que dépositaire, lorsqu'il agit dans le cadre de l'opération de dépôt de fonds. Les obligations dont le manquement constitue une faute susceptible d'engager la responsabilité du banquier ont été mises en exergue. Ces obligations existent depuis l'ouverture du compte, la tenue de ce compte jusqu'à la clôture dudit compte. Il a été évoqué les obligations qui sont mises à la charge du banquier en raison de son statut de professionnel dans l'opération de dépôt, mais nous nous sommes également étendus sur les obligations dont il est tenu à titre de dépositaire. Cette opération ne constitue pas l'unique opération de banque dans laquelle le banquier est lié avec son client par un contrat de dépôt, il y a également le contrat de dépôt des titres. C'est de ce sujet qu'il va être question dans le deuxième titre de cette partie.

---

<sup>635</sup> Par exemple, à la BNI Madagascar, si le client ne réapparaît pas au-delà de 2 ans, elle clôture le compte. La fermeture après deux ans est quand même assez longue puisque dans ce cas, le client restera débiteur du banquier d'environ 192 000 Ariary, somme qui est importante pour un particulier moyen à Madagascar.

## TITRE 2 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS LE CONTRAT DE DEPOT DE TITRES

**352.** A Madagascar, il n'existe pas de marché boursier proprement dit, cependant, toutes les grandes banques malgaches telles que la BNI, la BFV/SG ou la BOA extériorisent dans les conditions générales qu'elles placardent dans leurs enceintes l'existence de services sur les valeurs immobilières. Aussi, afin d'atteindre l'objectif de cette thèse c'est-à-dire parvenir à montrer plus de cas de responsabilité possible du banquier en droit malgache, il est capital d'analyser cette question et ce, même si très peu de texte malgache parle des valeurs mobilières. En effet, en dehors de la loi sur les sociétés commerciales<sup>636</sup>, la loi bancaire n'énonce la matière que seulement par deux articles : le premier<sup>637</sup>, c'est quand le législateur donne la définition de ce qu'on entend par établissement de crédit et le second<sup>638</sup> quand il définit les opérations connexes des établissements de crédit. Nous allons essayer de ce fait expliquer la matière en se basant principalement sur les textes français. Il est nécessaire de parler de l'opération de valeurs mobilières lorsque le banquier agit en tant que dépositaire de celles-ci puisqu'à côté des entreprises d'investissement, l'article 7-3° de la loi malgache n° 95-030 ainsi que l'article L.531-2 du Code monétaire et financier français donnent aux établissements de crédit la faculté de proposer à ses clients ce service.

**353.** Avant d'entrer dans le fond du problème de la responsabilité du banquier en la matière de dépôt de titres, il est nécessaire de définir ce qu'on entend par valeurs mobilières. Classiquement, constituent des valeurs mobilières « les titres émis par des personnes morales, publiques ou privées, transmissibles par inscription en compte ou tradition, qui confèrent des

---

<sup>636</sup> Articles 738 au 875 de la loi n° 2003-036 sur les sociétés commerciales qui régissent plus les valeurs mobilières par rapport au fonctionnement de la société et non par rapport au droit bancaire.

<sup>637</sup>Article 3 de la loi n° 95-030 : « Les établissements de crédit sont les organismes qui : effectuent à titre habituel des opérations de banque ; assurent la gestion pour le compte des tiers de portefeuilles de valeurs mobilières en recevant à cet effet des fonds assortis d'un mandat de gestion ; ou apportent leur concours au placement de valeurs mobilières en se portant du croire ».

<sup>638</sup> Article 7 de la loi précitée : « Les établissements de crédit peuvent effectuer les opérations connexes à leur activité telles que :

1. les opérations de change et les opérations sur or, métaux précieux et pièces, sous réserve des dispositions législatives et réglementaires en vigueur ;
2. la location de compartiments de coffres forts
3. le placement, la souscription, l'achat, la gestion, la garde et la vente de valeurs mobilières et de tout produit financier ;
4. le conseil et l'assistance en matière de gestion de patrimoine ou financière, l'ingénierie financière, et, d'une manière générale, tous les services destinés à faciliter la création ou le développement des entreprises, sous réserve des dispositions législatives relatives à l'exercice illégal de certaines professions ;
5. Les opérations de location simple de biens mobiliers ou immobiliers pour les établissements habilités à effectuer des opérations de crédit-bail ».

droits identiques par catégorie et donne accès, directement ou indirectement, à une quotité du capital de la personne morale émettrice ou à un droit de créance général sur son patrimoine »<sup>639</sup>. C'est la définition retenue par le droit malgache<sup>640</sup>, cette définition suppose la distinction entre les obligations et les actions mais en raison de diversification des valeurs mobilières, il arrive qu'une société émette des obligations qui sont convertibles en actions. Le titre est dit action lorsqu'il confère à son titulaire des droits à une quotité de capital de la société. Il s'agit d'obligation, lorsque le titre donne à son titulaire un droit de créance général sur le patrimoine de la société. L'article L. 211-1 du Code monétaire et financier ne définit plus les valeurs mobilières en opposant les actions aux obligations, il parle plutôt d'instruments financiers et fait la distinction entre ce qu'on entend par titres financiers et contrats financiers. En ses termes : « Les instruments financiers sont les titres financiers et les contrats financiers. Les titres financiers sont : les titres de capital émis par les sociétés par actions ; les titres de créance, à l'exclusion des effets de commerce et des bons de caisse ; les parts ou actions d'organismes de placement collectif. Les contrats financiers, également dénommés « instruments financiers à terme », sont les contrats à terme qui figurent sur une liste fixée par décret ». Ainsi, les actions et les obligations font partie de ce qu'on appelle titres financiers.

**354.** Donc, à part le fonds, somme d'argent, le client dépose également auprès de la banque des valeurs mobilières. Le banquier est de ce fait amené à garder les valeurs mobilières de ce client au même titre qu'il garde ses fonds. Cependant, le plus souvent les propriétaires des valeurs mobilières ne disposent pas des informations nécessaires et du temps nécessaires à la gestion de leur portefeuille. Alors que de l'autre côté, les banquiers dont le métier est précisément de suivre de près la conjoncture économique, sont tout particulièrement désignés pour assurer, en même temps que la garde des titres, leur gestion<sup>641</sup>. Aussi, outre la garde des titres et les opérations accessoires à cette garde, le banquier peut effectuer les opérations de gestion sur ces valeurs mobilières. Mais à la différence de la garde des titres dans laquelle le banquier et le client sont liés par un contrat de dépôt<sup>642</sup>, en matière

---

<sup>639</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, n°791, p.757.

<sup>640</sup> Article 738, alinéa 2 de la loi sur les sociétés commerciales : « Les sociétés anonymes émettent des valeurs mobilières dont la forme, le régime et les caractéristiques sont énumérés au présent Titre. Elles confèrent des droits identiques par catégorie et donnent accès directement ou indirectement à une quotité du capital de la société émettrice, ou à un droit de créance général sur son patrimoine... ».

<sup>641</sup> J. VEZIAN, *op. cit.*, p. 215.

<sup>642</sup> LEGAL, « Le dépôt des titres en banque », 1926 ; J. VEZIAN, *op. cit.*, p. 215 ; MOHAMED ALI IMAM, *La Responsabilité du banquier en matière de dépôt*, Thèse, Librairie générale de droit et de jurisprudence Paris 1939, p.20.

de gestion de portefeuille, ils sont unis par un contrat de prestation de services ou de mandat<sup>643</sup>. C'est pour cette raison que ce titre va se limiter à l'étude de la responsabilité du banquier dans l'opération de garde de titres et des opérations accessoires à celle-ci à l'exclusion de la question de la gestion de portefeuille qui sera exposée dans la troisième partie concernant la responsabilité du banquier prestataire de services.

**355.** La garde matérielle des titres se fait de plus en plus rare en raison de la dématérialisation des valeurs mobilières, on assiste à un déclin du support papier. Les valeurs mobilières sont dorénavant inscrites en compte par les banques qui sont des intermédiaires agréés ou par la société émettrice. En effet, selon l'article 740 de la loi sur les sociétés commerciales, « Les valeurs mobilières, qu'elles soient nominatives ou au porteur, peuvent être représentées par une inscription dans un compte ouvert au nom de leur propriétaire et tenu, soit par la société émettrice, soit par un intermédiaire financier habilité par le Ministère chargé des Finances ». Lorsque ces titres sont inscrits en compte, le contrat de dépôt de titres n'appelle pas de discussion particulière puisque la tenue de compte de titres est similaire à la tenue de compte alimenté par les fonds du client. Les titres se transmettent dans ce cas par virement de compte à compte<sup>644</sup>. Les obligations respectives des parties sont définies dans la convention conclue entre le banquier teneur de compte et le titulaire du compte. Mais d'une manière générale, le teneur du compte des valeurs mobilières est tenu de toutes les obligations qui sont celles d'un dépositaire. Par conséquent, s'attarder sur la question de compte de titres serait superflu. Aussi, allons-nous nous focaliser uniquement sur les points qui n'ont pas été expliqués dans le titre qui traite le dépôt de fonds<sup>645</sup>. Pour ce faire, il est préférable de s'orienter plus vers le dépôt matériel des titres que sur l'inscription en compte des titres. Même si le cas de dépôt matériel de titre se fait de plus en plus rare surtout dans les pays développés, le sujet présente encore d'intérêt pour le droit malgache simplement parce que celui-ci se présente encore plus souvent que laisse paraître l'évolution technologique.

**356.** Afin de pouvoir bien cerner le problème, dans un premier temps, l'attention sera portée sur les obligations du banquier dans le contrat de dépôt de titres (chapitre 1) avant de relater dans un second volet la responsabilité du banquier dans la gestion accessoire au contrat de dépôt de titres (chapitre 2).

---

<sup>643</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op.cit.*, n° 790, p. 760 ; V. DEPONDT, « La responsabilité des professionnels de la gestion de patrimoine et la réglementation de leurs activités », *Dr.et patrimoine*, décembre 1997.24 ; VINCENT, « La gestion de patrimoine en France », *Banque*, 1990.255.

<sup>644</sup> Article 740 de la loi sur les sociétés commerciales.

<sup>645</sup> Ce qui explique la brièveté de ce deuxième titre.

## **CHAPITRE 1 : LES OBLIGATIONS DU BANQUIER DANS LE CONTRAT DE DEPOT DE TITRES**

**357.** Le contrat de dépôt matériel des titres se forme par la remise des titres au banquier, à la suite le plus souvent d'un achat effectué par le banquier pour le compte de son client. Ni la nature de la convention ni les obligations essentielles qui en résultent ne font l'objet de discussion<sup>646</sup>. Pour le dépôt fait par inscription en compte, certaines modalités telles que la possibilité pour le client d'administrer lui-même ses titres nominatifs<sup>647</sup> remettent en question la qualité de dépositaire du banquier mais comme le banquier teneur de compte est soumis à toutes les obligations qui sont celles d'un dépositaire<sup>648</sup>, le dépôt des titres qu'il s'agisse d'un garde matériel que d'une inscription en compte constitue un contrat de dépôt. Il s'agit donc ici d'un contrat de dépôt au sens de l'article 1915 du Code civil, en ces termes le contrat de dépôt se définit comme « un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui à la charge de la garder et de la restituer en nature ». De cette définition découle les obligations classiques à la charge du banquier quant à ce contrat de dépôt de titres proprement dit, ce sont l'obligation de conservation (section 1) et l'obligation de restitution (section 2).

### **Section 1 : L'obligation de conservation**

**358.** L'étendue de cette obligation est mieux présentée si l'analyse portera séparément sur la garde matériel des titres (§1) et sur l'inscription en compte des titres (§2).

#### **§1 : L'obligation de conservation dans la garde matériel des titres**

**359.** Lorsqu'il s'agit de garde matériel des titres, le banquier doit prendre toutes les mesures de sécurité nécessaires pour la conservation des titres. Il doit observer la vigilance et la prudence qu'aurait apportées un bon père de famille. Il a donc l'obligation de protéger ces titres contre le vol, contre la confusion des titres et contre tout acte frauduleux que ceux-ci peuvent faire l'objet. Le banquier a l'obligation d'apporter tous ses soins à la conservation des instruments financiers qu'ils soient matérialisés dans des supports papiers ou dématérialisés. Mais lorsqu'ils sont matérialisés, la conservation se porte sur le support lui-même et non

---

<sup>646</sup> J. VEZIAN, *op.cit.* p.215.

<sup>647</sup> Dans ce cas le client est en rapport directement avec la société émettrice.

<sup>648</sup> L'obligation de conservation et l'obligation de restitution sont prévues par l'article 322-4 du règlement général de l'Autorité des Marchés financiers (AMF).

seulement sur la valeur des titres qui y sont matérialisés. Le banquier est ainsi tenu de protéger les titres contre toute éventuelle détérioration. Le banquier est responsable de toute atteinte portée sur les titres gardés que ce soit une atteinte matérielle c'est-à-dire une détérioration de ceux-ci ou une atteinte à la valeur de ces titres.

**360.** En cas de perte ou de vol des titres déposés, le banquier en tant que dépositaire ayant la garde a le droit de se défendre au moyen d'une action en revendication. Une action en revendication est normalement une action en justice accordée à tout propriétaire pour faire reconnaître son titre. Le banquier, n'étant pas propriétaire mais ayant la garde de la chose agira en revendication pour le compte de son client, propriétaire.

**361.** La voie de l'opposition lui est également ouverte c'est-à-dire que le banquier peut aller auprès de la société émettrice des titres pour porter sa connaissance la perte ou le vol des titres afin que celle-ci les annule.

**362.** Dans la conservation des titres, le banquier ne peut ni faire usage de ces titres déposés ni les donner en gage, ni en transférer la propriété sans l'accord exprès du client. Le banquier n'a ainsi aucun droit sur les titres, il ne fait que les garder. Toutes les opérations qu'il fait sur ces titres doivent recueillir le consentement du client déposant. En d'autres termes, il ne peut effectuer une quelconque opération sur les titres déposés que si le client lui en donne l'ordre. Le banquier ne peut même pas procéder au déplacement des titres sans l'autorisation du déposant. Il ne peut par exemple pas déplacer un titre déposé à la BFV/SG Mahajanga à la BFV/SG Antananarivo alors même qu'il s'agit d'une seule et même personne morale et que celle de Mahajanga n'est qu'une succursale de celle qui se trouve à Antananarivo. Comme tout principe toutefois, celui-ci souffre d'exception qui est celle de besoin urgent de sécurité. En effet, si les titres courent un risque à l'endroit où ils ont été déposés, en cas d'urgence, le banquier peut les déplacer sans l'accord du client. Son obligation de vigilance prime ainsi par rapport à l'interdiction de déplacer les titres. En effet, l'obligation de conservation du banquier étant une obligation de résultat, le banquier ne peut s'exonérer de cette responsabilité qu'en prouvant la force majeure ou la faute de la victime. Afin d'atteindre ce résultat, si l'existence des titres déposés est en péril, il peut effectuer tout acte nécessaire pour assurer la sécurité de ceux-ci.

En dehors de ce besoin urgent de sécurité, le banquier qui déplace les titres déposés sans l'accord exprès du client commet un abus de dépôt, qui est une faute susceptible d'engager sa responsabilité. En cas d'aliénation des titres par le banquier sans que le client lui en ait donné

l'ordre<sup>649</sup> celui-ci peut même être poursuivi pour abus de confiance, vol ou escroquerie suivant les cas.

**363.** En outre, puisque le banquier n'est pas le propriétaire des titres, il ne peut pas produire les titres en vue d'assister à une assemblée d'actionnaires. Le droit d'assister aux assemblées générales des actionnaires est réservé aux propriétaires des actions, à l'exclusion de leurs banquiers. Si la garde des titres est une opération financière, le droit au vote dans une assemblée d'actionnaires est un droit personnel qui ne peut pas être exercé par le banquier du seul fait qu'il en a la garde matériel.

**364.** Il est enfin à noter que selon l'article 1931 du Code civil « Le dépositaire ne doit point chercher à connaître quelles sont les choses qui lui ont été déposées, si elles lui ont été confiées dans un coffre fermé ou sous une enveloppe cachetée ». Cette situation est très rare, puisque le déposant cherche souvent à se décharger, sur son banquier, des opérations accessoires. Mais le plus souvent lorsque le client veut déposer quelque chose à la banque alors qu'il ne souhaite pas que cette chose soit connue du banquier, il contracte non un contrat de dépôt mais un contrat de location de coffre-fort<sup>650</sup>. Dans tous les cas, le banquier dans le contrat de dépôt de titres même si les titres ne sont pas confiés dans un coffre fermé ou enveloppe cachetée, celui-ci a une obligation de discrétion<sup>651</sup>, il n'a pas à donner des renseignements concernant les titres qui lui sont déposés à n'importe qui à l'exclusion bien évidemment de l'administration fiscale, de la justice ainsi que des renseignements d'ordre général<sup>652</sup>.

## **§2 : L'obligation de conservation des titres inscrits en compte**

**365.** Même si les titres ne sont pas matériellement déposés entre la main du banquier, celui-ci est toujours tenu de cette obligation de conservation. Il doit ainsi surveiller l'écriture en compte, la tenue de compte, la comptabilisation ainsi que le mouvement de ce compte de titres dans le respect des procédures en vigueur<sup>653</sup>. La tenue du compte de titres suit les règles de la tenue du compte bancaire. On retrouve ici, toutes les obligations du banquier dans la

---

<sup>649</sup> En dehors du service achat-vente des titres qui fait partie de service que le banquier peut fournir à sa clientèle.

<sup>650</sup> V. infra titre 3 de la troisième partie sur la responsabilité du banquier en matière de location de coffre-fort.

<sup>651</sup> MOHAMED ALI IMAM, *La Responsabilité du banquier en matière de dépôt*, Thèse, Librairie générale de droit et de jurisprudence Paris 1939, p.44.

<sup>652</sup> V. *Supra*, l'obligation de confidentialité du banquier, p.145 et s.; SACHER, *Du secret professionnel du banquier*, thèse, Paris 1933.

<sup>653</sup> V. supra tenue de compte bancaire.

tenue du compte bancaire telle que l'obligation de vigilance, celle de non-immixtion, celle d'envoyer des relevés de compte etc.

**366.** La seule différence avec le dépôt de fonds, c'est que dans la conservation des titres, le banquier ne peut pas ni faire usage des instruments financiers inscrits en compte et des droits qui y sont attachés ni de les donner en gage, ni en transférer la propriété sans l'accord exprès du client. Contrairement au compte de dépôt de fonds donc, les titres ne sont pas mis à la disposition du banquier. Ici, le banquier joue le rôle d'un dépositaire de droit commun, puisque dans le contrat de dépôt de droit commun, le dépositaire n'a pas le droit d'usage sur la chose déposée.

## **Section 2 : L'obligation de restitution**

**367.** Le banquier dépositaire a l'obligation de restituer les titres matériellement déposés ou les instruments financiers inscrits en compte. A la différence de dépôt de fonds dans lequel la restitution peut se faire en valeur, dans le dépôt matériel des titres, la restitution doit se faire en nature, le banquier doit restituer les titres mêmes qu'il a reçus.

**368.** La restitution en valeur équivaldrait en une dation en paiement qui n'est valable qu'avec le consentement du créancier<sup>654</sup>. C'est une dation en paiement parce que dans ce cas le paiement sera fait par un objet de même valeur à la place du paiement normalement convenu entre les parties. Est par exemple une dation en paiement le fait pour le banquier de restituer à un client qui a déposé trois actions de 200 000 Ariary la valeur nominale de la société STAR, trois actions toujours de 200 000 Ariary la valeur nominale mais de la société Holcim. Le nombre d'actions est le même, leur valeur nominale également, mais les dividendes que génèrent ses deux actions ne seront probablement les mêmes, ni les autres droits en dehors du droit financier conférés par ces actions d'ailleurs. C'est ce qui justifie l'obligation pour le banquier de restituer les titres mêmes qu'il a reçu, ce, qu'il s'agisse de dépôt matériel des titres que des titres inscrits en compte. Il en est ainsi même si la substitution de nouveaux titres au lieu des anciens ne produit aucun effet sur la situation du déposant<sup>655</sup>. La dation en paiement est valable, mais il faut le consentement du déposant. Ce qui signifie que si le client donne son consentement pour recevoir une restitution par

---

<sup>654</sup> Article 1244 du Code civil.

<sup>655</sup> Com. 27 nov. 1900, S. 1901-1-113, note LYON-CAEN; D. P. 1902-1-473, note THALLER. RAPP ; Req. 15 déc. 1902, D. P. 1903-1-609, note GUENEE.

équivalence ou par des titres autres qu'il a déposés, la restitution sera libératoire pour le banquier.

**369.** A côté des obligations nées du dépôt des titres proprement dits, le banquier est également tenu d'un certain nombre d'obligations qui sont inhérentes à la gestion accessoire au dépôt des titres. Ici, il s'agit d'une gestion qui est accessoire au dépôt et non de la gestion essentielle du patrimoine du client qui fera l'objet d'une autre analyse dans la troisième partie de cette recherche.

## CHAPITRE 2 : LES OBLIGATIONS INHERENTES A LA GESTION ACCESSOIRE AU CONTRAT DE DEPOT DE TITRES

**370.** Le client confie ses titres au banquier parce qu'il cherche quelque chose en plus, de même que lorsque le banquier assume cette tâche délicate moyennant un droit de garde minime, c'est parce qu'il prévoit la compensation de ce service par d'autres profits. Et ces profits résulteront de certaines opérations communément appelées « opérations accessoires »<sup>656</sup>. La Cour de cassation française a décidé que « la banque, simple dépositaire de titres, assume, en vertu des usages, les obligations accessoires au contrat, inhérentes à la détention de ces titres, aux droits qui sont attachés et à leur restitution »<sup>657</sup>. Avec son rôle de dépositaire, le banquier est donc amené à gérer les titres du client, la gestion dont il est question ici est la gestion qui est accessoire à la détention du titre et non la gestion essentielle des valeurs mobilières qui constitue un contrat de mandat à part entière appelé gestion de portefeuille. Il y a ainsi des opérations qui sont mises de plein droit à la charge du banquier dépositaire même en l'absence de stipulation contractuelle, des opérations qui sont accessoires à la détention des titres ; ce sont notamment, l'encaissement des coupons et des titres amortis d'une part (section 1) et l'information du client d'autre part (section 2).

### Section 1 : L'encaissement des coupons et des titres amortis

**371.** Selon les usages bancaires, la bonne garde juridique implique implicitement de conserver matériellement et juridiquement la chose confiée<sup>658</sup>. Par conséquent, en l'absence de stipulation contraire, c'est-à-dire à défaut d'une clause contractuelle qui écarte ou aménage cette obligation accessoire à la détention des titres, le banquier a l'obligation de détacher les coupons des titres à leur échéance et de procéder à leur encaissement. Même si les parties n'ont pas prévu cette obligation dans le contrat de dépôt de titres, le banquier a l'obligation d'y procéder puisque l'encaissement des coupons et des titres amortis est analysé comme la conservation juridique des titres. L'obligation de conservation mise à la charge du banquier implique de plein droit cette conservation juridique.

---

<sup>656</sup> MOHAMED ALI IMAM, *op.cit.*, p. 73.

<sup>657</sup> Com., 9 janvier 1990, *JCP* 1990, II. 21459, note Stoufflet ; *Banque*, 1990.92, obs. Rives-Lange ; *D.*, 1990. 173, note Brill ; *RTD com.*, 1990.239, obs. Cabrillac et Teyssié ; *Bull. Joly*, 1990.267, note Jeantin ; *LPA*, 20 février 1991. 15, note Dagorne-Labbé ; *RD bancaire*, 1990.76, obs. Crédot et Gérard.

<sup>658</sup> M. GAVALDA note à propos de Com. 12 juill. 1971, *D.* 1972, J, 153 ; J. VEZIAN, *op.cit.*, p. 218.

**372.** En outre cet encaissement doit être fait dans un « délai normal conforme à l'usage »<sup>659</sup>. Tout retard injustifié de la part du banquier et qui cause un préjudice au client déposant engage la responsabilité du banquier<sup>660</sup>. Le préjudice pour le déposant peut consister en la perte au change, en l'impossibilité d'encaissement ou bien en paiement d'un impôt plus élevé.

**373.** Dans le cas où l'encaissement des coupons ou des titres amortis fait courir un risque au client déposant, le banquier dépositaire doit procéder aux opérations tout en émettant des réserves auprès de la société émettrice<sup>661</sup>. Ce, puisque ce n'est pas le banquier qui est le propriétaire des titres, c'est le client. Il ne peut ainsi faire courir le risque à son client.

## **Section 2: L'information du déposant**

**374.** Le dépositaire est tenu d'informer son client déposant de tous les événements relatifs à la détention du titre et « aux droits qui en résultent comme des encaissements de dividendes, des distributions de dividendes en actions etc. »<sup>662</sup>. Cette solution se base sur l'arrêt de la Cour de cassation du 9 janvier 1990 précité qui estime que « la banque, simple dépositaire de titres, assume, en vertu des usages, les obligations accessoires au contrat, inhérentes à la détention de ces titres, aux droits qui sont attachés et à leur restitution »<sup>663</sup>.

**375.** La jurisprudence ajoute en plus que le banquier dépositaire peut engager sa responsabilité s'il omet d'informer le déposant d'une mise en garde de l'AMF<sup>664</sup>. Le règlement général de l'AMF prévoit à cet effet que « le teneur de compte conservateur est tenu d'informer dans les meilleurs délais chaque titulaire de compte d'instruments financiers 3° Des événements modifiant les droits du titulaire sur les instruments financiers conservés, lorsque le teneur de compte conservateur est fondé à penser que le titulaire n'en est pas informé »<sup>665</sup>. *A contrario*, le banquier se trouve déchargé de cette obligation chaque fois qu'il est prouvé que le titulaire aurait dû avoir connaissance de l'information. Tel est le cas lorsque l'information « était connue du grand public »<sup>666</sup>.

---

<sup>659</sup> V. H. CABRILLAC, « La responsabilité des banques dans le paiement des coupons », *JCP E.* 1989 41, I, 179.

<sup>660</sup> *Ibid.*

<sup>661</sup> ESCARRA et RAULT, *op. cit.*, t. VI, p. 735. P 219-228.

<sup>662</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, n° 794, p. 761.

<sup>663</sup> Com., 9 janvier 1990, *JCP*, 1990, II. 21459, note Stoufflet ; *Banque*, 1990.92, obs. Rives-Lange ; *D.*, 1990. 173, note Brill ; *RTD com.*, 1990.239, obs. Cabrillac et Teyssié ; *Bull. Joly*, 1990.267, note Jeantin ; *LPA*, 20 février 1991. 15, note Dagorne-Labbé ; *RD bancaire*, 1990.76, obs. Crédot et Gérard.

<sup>664</sup> Com., 3 juillet, *RTD com.*, 2001. 963, obs. Cabrillac.

<sup>665</sup> Article 322-5 3° du règlement général de l'AMF.

<sup>666</sup> Com, 9 janvier 1990 précité.

**376.** La Cour de cassation a ainsi mis à la charge du banquier en sa qualité du dépositaire l'obligation d'attirer l'attention du déposant sur les difficultés qu'il rencontre ou les anomalies qu'il constate ou ne peut manquer de constater en sa qualité de professionnel de la bourse<sup>667</sup>. Elle impose au banquier d'informer son client sur les risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme<sup>668</sup>. A cet égard, l'obligation du banquier s'apparente à une obligation générale de vigilance et de conseil<sup>669</sup>. La seule réserve au principe est que le devoir d'informer le client des risques courus cesse ou s'affaiblit sensiblement lorsque le client est un professionnel ou, du moins, une personne expérimentée. « L'obligation d'information et de conseil présente un caractère d'autant moins impérieux que le client dispose d'une expérience technique suffisante des opérations qu'il réalise et des risques encourus »<sup>670</sup>.

**377.** En conclusion, le banquier agit en tant que dépositaire lorsqu'il est lié avec son client par un contrat de dépôt de fonds ou par un contrat de dépôt de titres. A cet égard, certain nombre d'obligation est mis à la charge du banquier. Le manquement à ces obligations est constitutif d'une faute pouvant engager la responsabilité de ce dernier. Vis-à-vis de son client, la source de sa responsabilité est contractuelle, en vertu de la convention d'ouverture de compte de dépôt de fonds ou bien en vertu du contrat de dépôt de titres. Le préjudice causé à un tiers dans la mauvaise exécution, de l'inexécution ou du retard dans l'exécution de ces contrats engage toujours la responsabilité du banquier mais sur la base délictuelle. A part la réception du fonds du public, d'autres opérations de banque sont pour le banquier source de la mise en œuvre de sa responsabilité, tel est le cas de l'octroi du crédit. Aussi, dans la deuxième partie de cette thèse, nous allons analyser la responsabilité du banquier dispensateur de crédit.

---

<sup>667</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, n° 795, p. 762.

<sup>668</sup> Com, 5 novembre 1991, *RTD com.*1992, p. 436, note M. Cabrillac et Teyssié.

<sup>669</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, n° 795, p. 762.

<sup>670</sup> Note M. Cabrillac et Teyssié sous l'arrêt Com. 5 novembre 1991, précité.

## DEUXIEME PARTIE : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DISPENSATEUR DE CREDIT

**378.** Le banquier fait le commerce de l'argent, ce faisant, il met à la disposition du client les fonds disponibles qu'il a en grande partie reçu par le biais de dépôt de fonds effectué par le public. Plusieurs paramètres sont pris en compte par le banquier dans la décision d'octroyer du crédit à un client, de refuser d'en octroyer à celui-ci ou d'interrompre un crédit octroyé. Le banquier en octroyant du crédit n'est pas guidé par un esprit philanthropique, il apporte son concours à un client en espérant être remboursé à l'échéance convenue en capital et en intérêts. Il prête de l'argent car il veut augmenter ses chiffres d'affaires en encaissant les commissions, les agios et toute sorte d'intérêts que le prêt génère. Il spéculé sur l'argent prêté. Le financeur ne prête pas parce qu'il veut seulement aider le client. Il le fait pour faire des profits.

**379.** Le crédit met en jeu le facteur temps. Ce temps n'est pas maîtrisé par le banquier. Pendant l'attente entre l'octroi du crédit et le remboursement, le patrimoine du client peut fluctuer, la conjoncture économique du pays ou d'un secteur d'activité peut changer modifiant ainsi la faculté de remboursement du débiteur et la survie du projet financé. Pour s'y prémunir, le banquier a l'obligation de peser le risque qu'il court en octroyant le crédit. Après avoir pesé le risque, il décide de faire confiance ou non au client. C'est à partir de ce moment seulement qu'il octroie, augmente, réduit ou interrompt le crédit. Le risque de non-paiement des commissions ou de capital lui-même existe toujours mais le travail du banquier consiste précisément à savoir prendre un risque raisonnable. S'il se méfie de tout et est très réticent à donner du crédit, il ne jouera plus son rôle correctement et sa réputation sera remise en cause. S'il prend trop de risque, la banque en pâtira, elle tomberait sous la menace d'une ouverture de procédure collective d'apurement du passif. De ce fait, il accorde des crédits car c'est son métier mais, il a l'obligation de ne pas octroyer ce crédit qu'à celui qui lui inspire confiance. Un banquier doit précisément avoir ce « *flair* », et ce « *bon sens* » de connaître les bons projets<sup>671</sup>. Il accorde du crédit à celui qui lui donne une assurance d'être solvable et capable de le rembourser. Selon G. PETIT-DUTAILLIS<sup>672</sup>: « *Faire crédit, c'est faire confiance* ». La confiance est la base de l'octroi de crédit. Le crédit même vient du mot latin « *credere* » qui signifie croire. La confiance est donc inséparable de la notion de crédit.

---

<sup>671</sup> A. BOUDINOT et J.C. FRABOT, *Technique et pratique bancaires*, éd. Sirey 1967, p. 182.

<sup>672</sup> G. PETIT-DUTAILLIS, *Le crédit et les banques*, éd. Sirey 1963, p.15.

C'est l'existence ou l'absence de cette confiance qui guide la décision du banquier. Or, la confiance est une notion subjective même si elle se base le plus souvent sur des faits matériels objectifs tels que la solvabilité du client. Selon les termes de BUTHURIEUX : « Le banquier est un homme, avant d'être une personne morale ou une institution. Le facteur humain est donc primordial et toute opération de crédit repose sur un capital confiance »<sup>673</sup>. Cette subjectivité explique que le banquier peut se tromper sur la réalité. Aussi, il peut arriver que le banquier en faisant confiance en la capacité d'une entreprise de se renflouer par exemple soit taxé d'un soutien abusif parce qu'en réalité la situation du client se trouve irrémédiablement compromise. Le cas inverse peut se produire, lorsque sa responsabilité est mise en jeu à cause d'une rupture abusive du crédit.

**380.** Il y a plusieurs types de crédit et deux types de client : le client consommateur et le client professionnel. Le régime de la responsabilité du banquier dispensateur de crédit diffère selon que celui-ci octroie du crédit à une personne agissant dans le cadre d'une activité professionnelle ou à un consommateur. On pourrait choisir de traiter la responsabilité du banquier selon le type de crédit mais afin de pouvoir ressortir les lacunes du droit malgache dans certains aspects du droit de crédit, il est opportun de traiter cette partie selon que le client agit en tant que consommateur ou dans le cadre d'une activité professionnelle. Pour désigner cette deuxième catégorie de client on va utiliser indifféremment le terme « entreprise » ou « société ».

**381.** L'étude va ainsi se porter dans un titre premier à la responsabilité du banquier dans les crédits aux entreprises (titre 1) et dans un deuxième titre à la responsabilité du banquier dans les crédits à la consommation (titre 2).

---

<sup>673</sup> André BUTHURIEUX, *La responsabilité du banquier*, 2<sup>e</sup> éd. LexisNexis, 2004, p. 1.

## TITRE 1 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS LES CREDITS AUX ENTREPRISES

**382.** Le crédit est le « *levier essentiel*<sup>674</sup> » des affaires ; aucune entreprise ne peut se développer en l'absence du crédit. D'un moyen de financement, il est devenu un moyen de gestion de l'entreprise. Le contrat de prêt d'argent qui n'occupait que très peu d'articles dans le Code civil et qui était qualifié de « petit contrat » par rapport au contrat de vente qui est consacré dans 120 articles, a connu un développement tel qu'il est devenu le droit de crédit. Le banquier apporte son concours à une entreprise en vertu d'un contrat de prêt. Ce contrat de prêt qui lie la banque avec son client professionnel se démarque de plus en plus du contrat de prêt prévu par l'article 1892 du Code civil français<sup>675</sup>. Cet article classe le contrat de prêt dans la catégorie des contrats réels. La Cour de cassation française a tranché par rapport au contrat de prêt qui unit le banquier à ses clients en décidant que « le contrat de prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel »<sup>676</sup>. Le contrat de prêt est ainsi un contrat consensuel qui se forme par simple accord de volontés<sup>677</sup>. Par conséquent, la non-exécution de son obligation par le banquier peut donner lieu à exécution forcée<sup>678</sup>.

**383.** Les concours bancaires constituent un élément à part entière sur lequel dépend la vie de l'entreprise. Son interruption, sa réduction brusque ou son octroi inconsidéré cause souvent des préjudices à l'entreprise ainsi qu'aux personnes qui y sont liées par un contrat quelconque. Ce qui est source de responsabilité pour le banquier. Ainsi, la responsabilité du banquier peut être engagée s'il octroi inconsidérément du crédit à une entreprise comme elle peut être engagée s'il refuse abusivement d'octroyer un crédit ou qu'il interrompt abusivement un crédit. Pour bien appréhender le sujet, dans un premier temps, l'analyse sera faite sur la question de savoir si le refus du banquier d'octroyer un crédit peut engager sa responsabilité (chapitre 1) ensuite elle se portera de la rupture abusive du crédit (chapitre 2) et enfin on étudiera le soutien abusif du crédit (chapitre 3).

---

<sup>674</sup> A. BOUDINOT et J.C. FRABOT, *Technique et pratique bancaires*, éd. Sirey 1967, p. 181.

<sup>675</sup> En droit malgache, le contrat de prêt reste régi par le Code civil français, on n'a pas de texte particulier qui le régit.

<sup>676</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 2000, n° 97-21.422 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 2 mai 2001, n°98-21.187 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 27 nov. 2001, Bull.civ. I, n°297 ; D. 2002. Jur. 119, note Y. Chartier ; JCP G 2002. IV. 1047 ; et JCP G 2002. II. 10050, p. 607, note S. Piedelièvre ; Defrénois, 2002, n° 4, n°37486, p.259 ; note R. Libchaber ; RTD civ. 2002. 121, obs. Trevet ; Civ. 1<sup>re</sup>, 5 juill. 2006, Bull. civ. I, n° 358 ; D. 2006. IRR 2276 ; *ibid.* 2007. Jur.50, note Ghestin, *ibid.* Jur. 753, note D. – R Martin ; Banque et droit nov.-déc. 2006, p. 22, note T. Bonneau ; RTD com 2006. 887, obs. Legeais.

<sup>677</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 27 juin 2006, *Contrats, Concurrence, Consommation* 2006, p. 10, obs. L. Leveneur.

<sup>678</sup> V. Art. 53 et 54 de la LTGO.

## **CHAPITRE 1 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER LIEE AU REFUS DE CREDIT**

**384.** Plusieurs questions se posent dans le cadre du refus de crédit de la part du banquier. Est-ce que le banquier est tenu d'octroyer du crédit à une entreprise qui en fait la demande. S'il a le droit de refuser son concours, sera-t-il obligé de motiver sa décision ? Ou de notifier sa décision ? Dans quels cas le refus du banquier est-il fautif ? Afin de répondre à toutes ces problématiques il faut commencer par expliquer le principe de l'absence du droit au crédit (section 1) avant de démontrer que dans certains cas particuliers le refus de crédit peut engager la responsabilité du banquier (Section 2).

### **Section 1 : Le principe de l'absence du droit au crédit**

**385.** En matière de droit du crédit, le principe est qu'il n'y a pas de droit au crédit. Aucun emprunteur ne peut obliger le banquier à lui octroyer un crédit contre son gré. On va montrer successivement le fondement de ce principe (§1) et le contenu ainsi que la portée du principe (§2).

#### **§1 : Le fondement du principe de l'absence du droit au crédit**

##### **1- Le fondement juridique**

**386.** A la base d'un octroi de crédit, il y a le contrat de prêt. Or, tout contrat doit remplir les conditions de formation dont l'accord de volontés<sup>679</sup>. Par conséquent, sans le consentement du banquier, le contrat de prêt ne peut être formé. L'article 69 de la LTGO<sup>680</sup> continue en précisant que ce consentement doit être exprimé en connaissance de cause et en toute liberté. Aussi, ne peut-on contraindre le banquier à consentir un crédit.

**387.** La question s'est posée sur le point de savoir si du point de vue du droit de la concurrence, le refus de prêt pouvait être assimilé au refus de vente. La réponse est négative.

---

<sup>679</sup> Article 67 de la LTGO : « Le contrat se forme par la rencontre des volontés des parties ».

<sup>680</sup> Article 69 de la LTGO : « La volonté de chacun des contractants doit être exprimée en connaissance de cause. Elle doit être libre. Elle doit émaner d'une personne saine d'esprit. L'absence de vice du consentement est présumée ».

Ce, puisque le texte<sup>681</sup> sur le refus de vente « ne sont pas applicables aux opérations de banque [...], lesquelles comprennent les opérations de crédit »<sup>682</sup>. Comme il a été souligné dans la partie concernant le refus d'ouvrir un compte bancaire, le texte sur le refus de vente ne vise que les pratiques anticoncurrentielles à l'exclusion des pratiques restrictives individuelles.

## 2- Du point de vue économique

**388.** Il a été dit que toute décision d'octroyer du crédit se fonde sur l'élément subjectif qu'est la confiance et que cette confiance se base elle-même sur des éléments objectifs dont le plus important est la solvabilité de l'emprunteur. Si le banquier estime que le client ne présente pas assez de garantie de solvabilité, il devra être libre de refuser l'octroi de crédit. L'appréciation du risque-client doit lui appartenir. Engager imprudemment les fonds déposés par les clients pour un financement hasardeux peut causer des préjudices à toute une entité économique. Par conséquent, il est préférable de laisser au banquier, professionnel en la matière d'évaluer les risques et décider ainsi l'octroi ou le refus de crédit.

### §2 : Le contenu et la portée du principe

**389.** Le banquier dispose d'un pouvoir discrétionnaire quant à la décision d'octroi du crédit<sup>683</sup>. La Cour de cassation française a affirmé ce pouvoir en 1968<sup>684</sup>, pouvoir qui a été confirmé par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en 2006<sup>685</sup> qui a décidé que « hors le cas où il est tenu par un engagement antérieur, le banquier est toujours libre, sans avoir à

---

<sup>681</sup> Article 442-6 du Code de commerce français ; article 16 de la loi malgache n°2005-020 du 27 juillet 2005 sur la concurrence.

<sup>682</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 11 oct. 1994, *Bull. civ. I*, n° 289 ; *D.* 1994. IR 241 ; *RD bancaire et bourse* 1994, p. 259 ; *JCP E* 1995, I, 463, n° 3, obs. C. Gavalda et J. Stoufflet.

<sup>683</sup> V. Lamy *Droit du financement* 2008, « Responsabilité du banquier dispensateur de crédit », spéc., n° 2929.

<sup>684</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 4 janvier 1968, *Bull. civ. II*, n° 2.

<sup>685</sup> Ass. plén., 9 octobre 2006, *Lexbase hebdo éd. Privée gén*, 19 oct. 2006, n° N4036AL3, note R. Routier ; *D.* 2006, AJ 2525, note X. Delpech ; *ibid. Jur.* 2933, note Houtcieff ; *JCP G* 2006. II. 10175, note T. Bonneau ; *JCP E* 2006, p. 2618, note A. Viandier ; *RD banc. fin.* nov-déc. 2006, p. 13, obs. F.-J. Crédot et T. Samin ; *Banque et droit* janv.-févr. 2007, p. 25, obs. T. Bonneau ; *RLDC* nov. 2006, p. 25, note C. Kleitz ; *Gaz. Pal.* 11 oct. 2006, n° 284, p. 20 ; *Bull. Joly* 2007, 57, note F.-X. Lucas ; *D.* 2007. Somm. 753, obs. D.-R. Martin ; *JCP E* 2007. 1679, n° 19, note N. Mathey ; *RTD civ.* 2007. 115, obs. J. Mestre et B. Fages ; *ibid.* 148, obs. P.-Y. Gautier ; *Dr et patr.* Mars 2007, p. 103, obs. J.-P. Mattout et A. Prüm ; *RLDA* nov. 2006, p. 42, obs. M.-A. Rakotovahiny.

justifier sa décision qui est discrétionnaire, de proposer ou de consentir un crédit quel qu'en soit la forme, de s'abstenir ou de refuser de le faire ». Cette décision prévoit de manière explicite et non équivoque la liberté du banquier.

**390.** Le refus du banquier n'a pas à être motivé, c'est un pouvoir discrétionnaire laissé à la libre appréciation du banquier. Ce, aussi bien lorsqu'il s'agit d'un client professionnel que d'un client consommateur, puisque l'arrêt ne fait pas référence à la qualité de l'emprunteur ; et quel que soit le type de crédit que ce soit un crédit de décaissement, une ouverture de crédit ou un crédit par signature<sup>686</sup>. Ce principe de liberté s'applique même si le client présente un degré de solvabilité assez important puisque le crédit met en jeu le facteur temps, le patrimoine de l'emprunteur peut fluctuer et la conjoncture peut changer entre l'octroi et le remboursement. Et comme il a été expliqué, le crédit dépend du degré de confiance que le banquier a vis-à-vis de l'emprunteur, alors que la notion même de confiance est subjective. Ainsi, même dans certains cas où le refus du banquier est suspect<sup>687</sup>, et qu'on sera tenté de mettre en jeu la responsabilité du banquier pour agissement fautif causant un dommage au client<sup>688</sup>, le principe reste la liberté du banquier.

**391.** L'étude des dossiers par le banquier peut se baser sur une notation appelée le *scoring*<sup>689</sup>. Cette technique consiste à noter les données à caractère personnel du client demandeur de crédit et la décision d'octroyer ou de refuser le crédit dépend de la note que le client emprunteur obtiendra. La question se pose de savoir quel sera le sort de la décision de refus si la mauvaise note est due à une erreur sur les informations obtenues par le banquier. Dans ce cas, la loi française relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés<sup>690</sup> prévoit la possibilité pour le client d'obtenir « la communication, sous une forme accessible, des données à caractère personnel qui la concernent ainsi que de toute information disponible quant à l'origine de celles-ci »<sup>691</sup> et exiger ainsi « du responsable d'un traitement que soient, selon les cas, rectifiées, complétées, mises à jour, verrouillées ou effacées les données à caractère personnel la concernant, qui sont inexactes, incomplètes, équivoques, périmées, ou

---

<sup>686</sup> X. DELPECH, Affaire Tapie, D. 2006, AJ, p. 2525.

<sup>687</sup> C'est le cas par exemple lorsque le client présente une solide garantie de solvabilité mais que le refus du banquier est décidé pour avantager un autre client du banquier qui est le concurrent du demandeur de crédit.

<sup>688</sup> Tel est le cas d'un banquier qui refuse un financement à une entreprise à restructurer afin que l'entreprise échoue pour favoriser sa reprise par un autre de ses clients. V. R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 711-33, p. 908-909.

<sup>689</sup> « C'est un traitement automatisé qui permet, à partir d'un certain nombre de critères tirés de la situation familiale, professionnelle et bancaire des demandeurs de prêt, d'évaluer le risque encouru par le prêteur » : T. BONNEAU, *op. cit.*, p. 435.

<sup>690</sup> Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

<sup>691</sup> Article 39, I, 4° de la Loi précitée.

dont la collecte, l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite »<sup>692</sup>. Ces articles peuvent être utilisés pour obtenir le crédit, mais tel qu'il a été toujours répété, la confiance est une notion subjective, d'autres considérations peuvent être prises en compte par le banquier et l'amènera à refuser quand même le concours nonobstant une bonne notation en *scoring*.

**392.** Il arrive également que le client sollicite un autre crédit pour rembourser un prêt consenti à un taux plus élevé. La jurisprudence française considère « qu'il ne peut pas être imposé à un établissement de crédit de renégocier les conditions financières des prêts consentis à ses clients emprunteurs »<sup>693</sup> ni de restructurer le prêt<sup>694</sup>.

**393.** De tout ce qui précède, on peut conclure qu'à l'état actuel du droit, il n'y a pas de droit au crédit<sup>695</sup>. Toutefois, cette liberté de refuser discrétionnairement un crédit ne vaut que pour l'octroi de nouveaux concours<sup>696</sup> ou de renouvellement de crédit<sup>697</sup>, elle ne saurait concerner la promesse de crédit. La manière dont le banquier refuse le crédit peut également être fautive. Ainsi, ces règles particulières peuvent limiter la liberté du banquier.

## **Section 2 : Le refus de crédit, source de responsabilité du banquier**

**394.** Dans la relation banquier-professionnel, deux cas peuvent particulièrement se présenter, cas où le comportement du banquier dans le refus de crédit est jugé fautif : le cas d'une promesse de crédit (§1) et le comportement fautif du banquier dans la négociation du crédit (§2).

---

<sup>692</sup> Article 40, al. 1er de la même Loi.

<sup>693</sup> CA Paris, 15<sup>e</sup> ch.B, 24 nov. 2006, *JurisData*, n° 322385; *JCP E* 2007.1679, n° 20, note N. Mathey.

<sup>694</sup> CA Aix-en-Provence, 8<sup>e</sup> ch. C, 26 oct. 2006, *Juris-Data*, n° 321436, *JCP E* 2007, 1679, n° 20, note Mathey: " la restructuration d'un prêt n'est pas une obligation pour le banquier ».

<sup>695</sup> Outre la jurisprudence, la doctrine partage également cette absence du droit au crédit : A. PRÜM, P. LECLERC et R. MOURIER, *Relations Entreprises Banques*, Ed. Francis Lefebvre, 2003, n° 5510 ; R. ROUTIER, *Obligations et responsabilités du banquier*, Dalloz, 2005, 2005, n° 111.11.

<sup>696</sup> V. Com. 22 mai 2007, *JCP E* 2007.2377, n° 17, obs. L. Dumoulin.

<sup>697</sup> Com., 19 juin 2007, *JurisData* n° 2007-039724, *JCP E* n° 46, 15 novembre 2007, 2377, spec. N° 17, obs. L. Dumoulin.

## **§1 : La promesse de crédit**

**395.** Certes, il est impossible d'obliger le banquier à octroyer un crédit à un emprunteur. Par contre, si le banquier s'est déjà engagé à le faire, on appliquera la règle de la « *pacta sunt servanda* », il ne pourra plus revenir sur sa décision et refuser d'octroyer le crédit promis. Avant d'entrer dans le vif du sujet, il est important de savoir quand est ce qu'on est en présence d'une promesse de crédit qui vaut engagement.

### **A- La notion de promesse de crédit**

#### **1- La nature juridique de la promesse de crédit**

**396.** Pour définir ce qu'on entend par promesse de crédit, il est impératif de rappeler d'abord la notion de l'opération de crédit. Selon l'article 5 de la loi n°95-030 du 22 février 1996 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, constitue une opération de crédit « tout acte par lequel une personne physique ou morale 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. Sont assimilés à des opérations de crédits le crédit-bail, et de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat quelle que soit la devise dans laquelle est libellée l'opération de crédit». Cet article prévoit que la mise à disposition du fonds peut être immédiate comme elle peut être future, dans ce dernier cas on parle de promesse de crédit. Une promesse de crédit peut ainsi se définir comme l'engagement du banquier à accorder ultérieurement un crédit à son client<sup>698</sup>. Si le contrat de crédit n'est plus un contrat réel qui ne se forme que par la remise de la chose mais un contrat consensuel dans lequel l'accord de volonté suffit à conclure le contrat, l'engagement pris par le banquier d'octroyer ultérieurement un crédit sera un véritable contrat dont l'inexécution constitue un manquement à l'obligation contractuelle. Par conséquent, une promesse de crédit constitue un contrat de crédit à part entière.

---

<sup>698</sup> T. BONNEAU, *op.cit.*, n° 619, p. 439.

## 2- Les différents types de promesse de crédit

397. On a trois types de promesse de crédit : l'ouverture de crédit, l'épargne-logement et le crédit différé. L'épargne- logement ne sera pas traité dans cette rubrique puisque celui-ci concerne le crédit à la consommation et non le crédit aux entreprises.

### a- L'ouverture de crédit

#### - Notion d'ouverture de crédit

398. La Cour de cassation française a admis expressément que l'ouverture de crédit constitue une promesse de crédit en considérant que « l'ouverture de crédit, qui constitue une promesse de prêt, donne naissance à un prêt à concurrence des fonds utilisés par le client »<sup>699</sup>. L'ouverture du crédit est une convention par laquelle une banque autorise un crédit à son client qui peut dépasser pendant une période donnée et dans une limite déterminée les disponibilités de son compte<sup>700</sup>. Cette ouverture correspond à un montant plafond d'emprunt, accordé par le banquier pour une durée donnée, le plus souvent d'un an. Elle est utilisable par le bénéficiaire, en cas de besoin, mais ce, dans la limite du plafond accordé. Le client peut ainsi mettre son compte courant débiteur dans la limite de ce plafond. Le client, n'est pas obligé d'utiliser les fonds. Le banquier met à sa disposition les fonds, il appartient au bénéficiaire de lever l'option en cas de besoin. Dès l'engagement du banquier, les fonds sont mis à la disposition du client. De ce fait, son engagement est définitif et il s'agit bel et bien du crédit accordé à ce client<sup>701</sup>.

L'ouverture de crédit consiste surtout en une promesse de découvert et en un crédit d'escompte. Dans la promesse de découvert, le banquier s'engage à autoriser le compte du client à devenir débiteur jusqu'à concurrence de la limite du plafond accordé, il doit ainsi honorer les chèques émis par le client entrant dans le découvert autorisé. Le crédit d'escompte

---

<sup>699</sup> Com., 21 janv.2004, *Bull. civ.* IV, n° 13, p. 14; *Banque et droit*, n° 95, mai-juin 2004.50, obs. Bonneau ; *Les Petites Affiches* n° 28, 9 février 2004.5, rapport Cohen-Branche ; *JCP* 2004, éd. G, II, 10062, note Piedelièvre et éd. E, 649, note Salati ; *JCP* 2004, éd. E, 736, n° 16, obs. Stoufflet ; *RTD com.* 2004.352, obs. Legeais ; *D.* 2004, J. 1149, note Jamin ; *RD bancaire et financier* n° 3, mai-juin 2004. 178, obs. Crédot et Gérard ; *RJDA* juin 2004 n° 744.

<sup>700</sup> [www.lexinter.net](http://www.lexinter.net), *ouverture de crédit*.

<sup>701</sup> V. D.R. MARTIN, « De l'ouverture de crédit », *RD bancaire et financier* n° 2, mars/avril 2004.134 ; Y. TCHOTOURIAN, « L'engagement pris par l'emprunteur d'utiliser le crédit que la banque met à sa disposition constitue-t-il le nouveau critère de la distinction du prêt et de l'ouverture de crédit ? » *RJDA* juillet 2004, p. 731.

quant à elle consiste en un engagement pour le banquier d'escompter les effets de commerce remis par son client<sup>702</sup>.

### **- La preuve de l'ouverture de crédit**

**399.** L'ouverture de crédit peut être écrite comme elle peut être verbale ; elle peut être expresse comme elle peut être tacite. Le banquier étant commerçant, le client une entreprise par principe commerçant, la règle est la preuve par tous moyens. Partant de là, le juge peut tirer de certains indices l'existence d'une ouverture de crédit ou non ainsi que le montant du découvert autorisé. La preuve de l'existence d'une ouverture de crédit peut résulter par exemple d'une constitution de sûretés, de la perception d'une commission d'engagement et de la fréquence des découverts<sup>703</sup>. Le montant de découvert lorsqu'il est stipulé dans un écrit ne pose pas de difficulté. En l'absence d'écrit, le juge doit rechercher la volonté des parties, et ce faisant, il n'est pas tenu d'adopter la méthode du plus fort découvert, c'est-à-dire le solde débiteur le plus élevé<sup>704</sup>.

### **b- Le crédit différé**

**400.** Le crédit différé est une opération de crédit dans laquelle le banquier promet d'octroyer un crédit à un client après un délai d'attente qui permet au client d'effectuer un certain versement préalable, versement qui conditionne la mise à disposition immédiate du fonds. Ce type de crédit repose sur la constitution d'un fonds commun. Ce fonds va ensuite permettre à l'établissement de crédit de consentir un crédit à chacun des clients qui participent à ce fonds à l'issue du délai d'attente. La loi française n° 52-332 du 24 mars 1952 relative aux entreprises de crédit différé restreint le domaine de ce crédit « à la réalisation de prêts destinés à l'accession à la propriété immobilière ou à la réparation, l'agrandissement et à la modernisation d'immeubles appartenant aux emprunteurs »<sup>705</sup> que l'immeuble soit à destination professionnelle ou pour habitation à l'exclusion des acquisitions des meubles. Cette loi exige un écrit avec des mentions obligatoires telles que les droits et obligations des

---

<sup>702</sup> SOUSI-ROUBI, *Lexique de banque et de bourse*, v° crédit d'escompte.

<sup>703</sup> V. T. BONNEAU, *op.cit.*, n° 623, p. 441.

<sup>704</sup> Com., 16 janvier 1990, *Bull. civ. IV*, n° 12, p. 8 ; *Banque* n°505, mai 1990.538, obs. Rives-Lange ; *RD bancaire et bourse* n° 22, novembre-décembre 1990.2388, obs. Crédot et Gérard ; *RTD com.* 1990. 440, obs. Cabrillac et Teyssié ; Com., 14 janvier 1992, *Bull. civ. IV*, n° 11, p. 8 ; Com., 4 mars 1997, *Bull. civ. IV*, n° 61, p. 55 ; *Dalloz Affaires* n° 15/1997.473 ; *Quotidien juridique* n° 37, 8 mai 1997.3 : *RJDA* 6/97.537 ; *RD bancaire et bourse* n°61, mai/juin 1997.116, obs. Crédot et Gérard.

<sup>705</sup> Article 1<sup>er</sup> alinéa 2 de la Loi du 24 mars 1952.

parties plus particulièrement le montant du prêt et sa date d'attribution<sup>706</sup>. Aucune disposition malgache particulière ne prévoit le crédit différé, on se contentera ainsi d'y appliquer le droit commun du crédit.

## **B- La promesse de crédit face au principe de l'absence du droit au crédit**

**401.** La promesse de crédit étant déjà un contrat de crédit à part entière, toute inexécution de l'obligation contractuelle est fautive. En effet, une fois que le banquier « promet de mettre à la disposition » du client des fonds, dès lors que ce client lève l'option d'employer lesdits fonds, ceux-ci doivent être disponibles. Le refus du banquier de mettre à la disposition du client la somme promise est constitutif de faute contractuelle pouvant engager sa responsabilité. Ce, parce que le refus peut causer des préjudices au client. Dès l'instant où le lien de causalité est établi entre le refus de promesse de crédit et le dommage causé au client, la responsabilité du banquier peut être reconnue<sup>707</sup>. Tel est par exemple le cas lorsque le refus de promesse de crédit a précipité la cessation des paiements du client<sup>708</sup>.

L'unique motif admissible pour que le banquier puisse refuser son concours après une telle promesse est le fait qu'il a accompagné son concours à des réserves bien précis. Tel est le cas lorsque le banquier promet de mettre à la disposition du client une somme « sous réserve de garantie hypothécaire » et cette hypothèque n'est pas par la suite été constituée par le client. En dehors des réserves, le banquier peut difficilement se dégager de sa responsabilité. Il ne peut par exemple pas refuser la promesse au motif que les conditions initiales ont été modifiées<sup>709</sup>. En conséquence, le principe de l'absence de droit au crédit ne s'applique pas aux promesses de crédit pour la simple et bonne raison que la promesse de crédit constitue déjà une opération de crédit à part entière et que le refus d'exécuter une obligation contractuelle est constitutive de faute source de responsabilité.

**402.** On ne peut pas obliger le banquier à octroyer un crédit à un client, toutefois, ce refus ne peut être fait dans des circonstances de nature à engager la responsabilité extracontractuelle du banquier.

---

<sup>706</sup> Article 6 de la loi précitée.

<sup>707</sup> Com., 18 déc. 1986, *Gaz. Pal.* 1987, 1, pan. 57 ; Com. 3 et 24 nov. 1992, *JCP E* 1993, II.402, obs. D. Vidal.

<sup>708</sup> Com., 2 mai 1989, n° 87-10-360; Com., 31 mars 1992, *Bull. civ.* IV, n°145, *JCP E* 1993, I, 302, n° 11, obs. C. Gavalda et J. Stoufflet.

<sup>709</sup> R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 311.22, p. 307.

## §2 : La faute du banquier dans la négociation du crédit

403. En dehors du refus proprement dit, « le banquier peut commettre une faute de nature à engager sa responsabilité dans la négociation même du crédit »<sup>710</sup>. En effet, nonobstant le fait que le banquier n'a aucune obligation de fournir un crédit à un client, le refus ne doit pas être fait d'une manière telle que celui-ci cause un préjudice au client demandeur. C'est le cas par exemple lorsque le refus est fait d'une manière vexatoire ou accompagné d'une publicité. Cela peut causer des dommages au demandeur en ce sens que la publicité du refus peut amener les autres banques à lui fermer la porte.

404. Outre les agissements fautifs accompagnant le refus de crédit, la faute du banquier peut être recherchée dans le cadre de responsabilité précontractuelle. On sait qu'avant de conclure un contrat définitif, les contractants peuvent passer au stade de pourparlers<sup>711</sup>. Les pourparlers ont pour but de négocier la conclusion du contrat définitif. A ce stade précontractuel, les parties n'ont pas l'obligation de conclure le contrat définitif, chacune des parties peut unilatéralement rompre les pourparlers. Toutefois, la bonne foi devant présider toutes relations d'affaires<sup>712</sup>, la rupture des pourparlers engage la responsabilité de son auteur, lorsqu'elle intervient dans des circonstances fautives, contraire à l'exigence de bonne foi. Ainsi, même si la négociation du crédit n'entraîne pas l'obligation pour le banquier de conclure le contrat de crédit, il est quand même tenu de négocier de bonne foi. Tout comportement contraire à cette obligation de bonne foi peut être source de responsabilité. Est par exemple contraire à la bonne foi le fait de prendre l'initiative de la négociation sans intention sérieuse de négocier ou le fait que le banquier entretienne son partenaire dans l'espoir de la conclusion d'un contrat sans avoir réellement l'intention de contracter ou lorsqu'il a engagé des pourparlers à la seule fin d'empêcher le client de contracter avec autrui, ou pour obtenir la révélation de certains secrets ou enfin lorsque la rupture intervient de façon brutale alors que les pourparlers étaient très avancés. Le banquier commet également une faute dans la négociation du crédit lorsqu'il laisse durablement croire qu'il va fournir les concours nécessaires, puis il refuse le concours, revient ensuite sur sa décision et fournit ses concours

---

<sup>710</sup> R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 311.21, p. 306.

<sup>711</sup> L'expression pourparlers désigne la « discussion entre personnes explorant la possibilité de conclure un accord », Lexique juridique, D. 2014, p.709.

<sup>712</sup> V. Com., 8 nov. 2005, *RD banc. fin.* janv.-fév. 2006, p. 13, obs. J.-F. Crédot et T. Samin ; *JCP E* 2006.1850, n° 36, p. 963, obs. Dumoulin.

mais partiellement en contrepartie d'engagements non prévus à l'origine, et à un moment où le demandeur ne pouvait plus se dégager<sup>713</sup>. Bien évidemment, on ne peut pas ici invoquer la responsabilité contractuelle puisque le contrat n'est pas encore conclu, par contre, on peut se baser sur la responsabilité délictuelle en prouvant la faute, le préjudice et le lien de causalité entre la faute et le dommage sur la base de l'article 204 de la LTGO<sup>714</sup>.

**405.** Il est à signaler cependant quant à la réparation du préjudice que la Cour de cassation française a posé des règles bien déterminées : le préjudice réparable ne saurait consister dans la perte de chance de réaliser des gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat, mais seulement des frais exposés pour la négociation<sup>715</sup>. En effet, la Cour de cassation française a bien précisé qu' « une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels n'est pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait la conclusion du contrat »<sup>716</sup>. Cette solution est justifiée dans la mesure où la rupture n'est pas fautive en elle-même en vertu du principe de liberté contractuelle, elle l'est uniquement en cas d'abus<sup>717</sup>, c'est-à-dire en cas de preuve de mauvaise foi de l'auteur de la rupture. En plus, l'indemnisation à hauteur de la perte de chance est financièrement plus lourde, celle-ci peut constituer un frein dans les possibilités des acteurs économiques de conduire des pourparlers avec plusieurs partenaires en même temps. Bref, au stade de négociation du crédit, le client n'a aucun droit au contrat, cependant, la rupture de négociation ne doit pas être faite dans l'unique intention de nuire au client. L'agissement fautif au moment de négociation de crédit peut engager la responsabilité délictuelle du banquier.

**406.** On peut conclure ce chapitre en affirmant l'absence du droit au crédit: le banquier est libre d'octroyer ou non ses concours. Toutefois ce refus ne doit pas être fait d'une manière abusive et que le refus ne saura concerner les promesses de crédit parce que celles-ci sont assimilées à un engagement définitif. De cette étude, il a été ressortis les cas possibles pour retenir la responsabilité du banquier au moment de l'octroi du crédit, il est maintenant judicieux d'analyser la responsabilité du banquier en cours d'exécution du contrat de crédit, notamment lorsqu'il interrompt ses concours.

---

<sup>713</sup> Com., 31 mars 1992, *Bull. Civ. IV*, n° 145.

<sup>714</sup> V. Article 1382 et 1383 du Code civil français.

<sup>715</sup> Com., 26 nov. 2003, *Bull. civ. IV*, n° 186 ; *D.2004. Jur. 869*, note A.-S. Dupré-Dallemagne; *ibid.* Somm. 2922, obs. Lamazerolles ; *RTD. Civ.* 2004.80, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Rev. sociétés* 2004. 325, obs. N. Mathey.

<sup>716</sup> Civ., 28 juin 2006, 04-20040 n° 793.

<sup>717</sup> En vertu du principe selon lequel « le droit cesse où l'abus commence ».

## **CHAPITRE 2 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER POUR RUPTURE ABUSIVE DU CONTRAT DE CREDIT**

**407.** L'importance du crédit dans la vie et la survie d'une entreprise a été démontrée, aussi ne peut-on ignorer que lorsque le banquier fournit ses concours à celle-ci, il ne peut pas le rompre brutalement sans aucun motif valable au risque de causer des préjudices considérables pouvant aller jusqu'à l'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif à l'encontre de cette entreprise. Est assimilée à la rupture du crédit, la réduction brusque du crédit puisqu'un crédit insuffisant ne sert généralement à rien. Si on demande un crédit, c'est pour financer une opération bien précise, un crédit qui ne peut pas financer l'opération visée ne présente aucun intérêt pour l'entreprise. Afin de bien cerner la question de la responsabilité du banquier, il nous faut avant tout définir sommairement, quand est-ce qu'on est en présence d'une opération de crédit. Cette question nous amène à citer les principaux types d'opérations de crédit (Section 1). Ensuite, afin de connaître que la rupture est ou non abusive, il nous faut voir quelles sont les conditions légales mises à la charge du banquier pour pouvoir interrompre le crédit en l'absence desquelles la rupture est abusive (Section 2). Enfin, il est important de voir en dernier lieu quelle est la sanction d'une rupture abusive du crédit (Section 3).

### **Section 1 : Les principaux types d'opérations de crédit**

**408.** Il convient de traiter séparément les mécanismes de crédits internes (Sous-section 1) et ceux de crédits internationaux (Sous-section 2).

#### **Sous-section 1 : Les opérations de crédits internes**

**409.** Afin de pouvoir citer ces principales techniques d'opérations de crédit, il est fondamental de revenir sur ce qu'on entend par opération de crédit. Selon l'article 5 de la loi n° 95-030 « Constitue une opération de crédit, [...] tout acte par lequel une personne physique ou morale agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ». L'opération peut ainsi consister aussi bien en une mise à disposition future des fonds (§1) qu'en une mise à disposition immédiate des fonds (§2). Cet article continue en

édicte : « ou prend dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement ou une garantie » (§3) et enfin, « sont assimilées à des opérations de crédit le crédit-bail et de manière générale toute opération de location assortie d'une option d'achat. Il est à rappeler qu'étant donné qu'on est dans la rubrique de la responsabilité du banquier vis-à-vis d'un professionnel, on ne va pas parler des opérations de crédit à la consommation.

## **§1 : La mise à disposition future des fonds**

**410.** La mise à disposition future du crédit pour les entreprises concerne les promesses de crédit qu'on a déjà étudiées dans le précédent chapitre, nous n'allons pas revenir là-dessus<sup>718</sup>. Il s'agit d'ouverture de crédit et du crédit différé. Rappelons simplement que l'ouverture du crédit est une convention par laquelle une banque autorise un crédit à son client qui peut dépasser pendant une période donnée et dans une limite déterminée les disponibilités de son compte<sup>719</sup>. Cette ouverture correspond à un montant plafond d'emprunt, accordé par le banquier pour une durée donnée, le plus souvent d'un an. Elle est utilisable par le bénéficiaire, en cas de besoin, mais ce, dans la limite du plafond accordé. Tandis que le crédit différé est une opération de crédit dans laquelle le banquier promet d'octroyer un crédit à un client après un délai d'attente qui permet au client d'effectuer un certain versement préalable, versement qui conditionne la mise à disposition immédiate du fonds. Ce type de crédit repose sur la constitution d'un fonds commun, ce fonds va ensuite permettre à l'établissement de consentir un crédit à chacun des clients qui participent à ce fonds à l'issue du délai d'attente.

## **§2 : La mise à disposition immédiate des fonds**

**411.** La mise à disposition des fonds est dite immédiate lorsque « le décaissement qu'implique l'opération de crédit est contemporaine à la conclusion et qu'il n'est subordonné à aucun acte postérieur »<sup>720</sup>. Il est à rappeler cependant qu'en pratique la mise à disposition immédiate des fonds est souvent précédée d'une promesse de crédit et une promesse de crédit

---

<sup>718</sup> *Supra*, La de promesse de crédit, p.188 et s.

<sup>719</sup> [www.Lexinter.net](http://www.Lexinter.net), ouverture de crédit.

<sup>720</sup> T. BEAU, op. cit., n° 632, p. 44.

se dénoue par la mise à disposition immédiate des fonds. Pour faciliter l'étude de ces types de crédits, on va distinguer les crédits avec mobilisation de créances (A) des crédits sans mobilisation de créances (B).

## **A- Les crédits avec mobilisation de créances**

**412.** Dans le monde des affaires, lorsqu'un commerçant a une créance à terme à l'encontre d'un de ses contractants, le plus souvent, il cherchera à mobiliser sa créance afin qu'il puisse avoir des liquidités avant l'arrivée du terme de cette créance. Ce mécanisme se présente fréquemment dans les rapports entre un fournisseur créancier, ses clients débiteurs et la banque du fournisseur, établissement mobilisateur. En effet, la mobilisation est définie comme « l'opération par laquelle un créancier retrouve auprès d'un organisme mobilisateur, la disponibilité des sommes qu'il a prêtées à son débiteur »<sup>721</sup>. Le banquier du créancier accorde du crédit à son client, en ce sens qu'il avance la somme que ce client a comme créance vis-à-vis de son débiteur. Il appartient ensuite au banquier de se faire payer à l'arrivée du terme. Différentes techniques de crédit peuvent être utilisées pour mobiliser une créance, notamment l'escompte des effets de commerce (1), l'affacturage (2), la cession de créance professionnelle (3).

### **1- L'escompte**

#### **a- La notion d'escompte**

**413.** La plupart du temps, l'escompte porte sur un effet de commerce à l'instar de la lettre de change même s'il est possible d'escompter d'autres titres tels que les chèques. L'escompte est « une technique de mobilisation de créance par laquelle un banquier endossataire paie le montant de l'effet de commerce à l'endosseur, avant l'échéance prévue par l'effet, sous déduction d'une somme représentant les intérêts du montant de l'effet à courir jusqu'à l'échéance »<sup>722</sup>. Par cette technique, le banquier va avancer à son client le montant de la créance inscrite dans cet effet, qui est encore non échue déduction faite de l'agio d'escompte. Cet agio correspond à l'intérêt à courir jusqu'à l'échéance c'est-à-dire le loyer de l'argent

---

<sup>721</sup> SUSI-RUBI, Lexique de banque et de bourse, v° mobilisation.

<sup>722</sup> Lexique des termes juridiques, D. 2014, v° Escompte, p. 3--.

avancé jusqu'à l'échéance de l'effet plus les diverses commissions. Par l'endossement, le banquier acquiert la propriété de l'effet ainsi que la provision de la lettre de change<sup>723</sup>. Le banquier peut garder le titre pour se faire payer à l'arrivée de l'échéance comme il peut le réescompter à son tour, c'est-à-dire l'endosser à la banque centrale pour avoir des disponibilités immédiates.

### **b- La mise œuvre de l'escompte**

**414.** L'escompte peut être occasionnel comme il peut être habituel. Il est occasionnel lorsqu'il s'agit d'un escompte isolé ou par caisse du tireur qui ne porte que sur un titre. Lorsqu'il est habituel, il nécessite l'ouverture préalable d'une ligne de crédit qui prévoit l'escompte de plusieurs effets de commerce pour un montant global déterminé<sup>724</sup>. On parle alors de crédit d'escompte. Dans le cadre de crédit d'escompte, le banquier n'est pas tenu d'escompter tous les effets couverts par le plafond. Il n'est tenu d'escompter que les effets tirés sur des commerçants solvables en représentation d'opérations normales. Par contre, si l'effet présente le degré de solvabilité et de normalité requis et qu'en plus la somme est encore couverte par le plafond, le banquier qui refuse de payer engagera sa responsabilité contractuelle vis-à-vis de son client escompteur.

**415.** En principe l'escompteur est le tireur, cependant la possibilité d'un escompteur tiré ne peut être totalement bannie même si le cas se présente plus rarement. C'est ce qu'on appelle l'escompte fournisseur. On a recours à cette technique particulièrement lorsque c'est le tiré qui bénéficie du meilleur crédit auprès du banquier par rapport au tireur<sup>725</sup>. La technique se présente comme suit : le fournisseur qui est le tireur, tire une lettre de change et l'endosse au profit du banquier de l'acheteur tiré avant de la remettre à ce dernier (acheteur tiré). Le tiré l'accepte et la remet à l'escompte auprès de sa banque, cette dernière verse directement la valeur nominale de l'escompte moins l'agio d'escompte au fournisseur tireur. Les parties procèdent à ce mécanisme simplement pour bénéficier des conditions plus avantageuses offertes par la banque du tiré puisqu'en fin de compte, l'escompte est effectué par le tiré mais il est toujours fait au profit du tireur. L'escompte peut également être fait par

---

<sup>723</sup> Si bien évidemment il s'agit de l'escompte d'une lettre de change. On prend l'exemple de la lettre de change parce que c'est le cas le plus courant de la technique d'escompte.

<sup>724</sup> V. R. ROUTIER, op. cit., n° 242.33, p.203.

<sup>725</sup> *Ibid.*

le tiré dans le cas où le fournisseur payé au comptant par l'acheteur tire une lettre de change sur cet acheteur avant de l'endosser au profit toujours de cet acheteur. Le tiré l'accepte et la remet à l'escompte auprès de sa banque. Il peut le faire parce qu'il est en même temps endossataire en plus d'être le tiré. Il l'escompte pour avoir l'équivalent des disponibilités qu'il a dû payer à son fournisseur.

## **2- L'affacturage**

**416.** L'affacturage appelé aussi factoring est une « technique par laquelle un client, appelé adhérent ou fournisseur, transmet ses créances à une société d'affacturage, dénommée factor ou affacteur, qui moyennant rémunération, se charge d'en opérer le recouvrement, d'en garantir la bonne fin même en cas de défaillance du débiteur et de régler par anticipation tout ou partie des créances transférées »<sup>726</sup>. L'affacteur qui n'est autre que le banquier accepte par ce mécanisme de se charger des risques de recouvrement des factures d'une entreprise cliente en se subrogeant à son client dans ses droits et actions. Le client du banquier se décharge sur lui, l'affacteur, de la gestion de ses comptes clients. Par la convention d'affacturage<sup>727</sup>, il appartient désormais au banquier de gérer les comptes clients de son client. La technique d'affacturage s'est développée de sorte qu'actuellement on ait des nouvelles formules.

### **a- L'affacturage traditionnel**

**417.** L'affacturage traditionnel a pour objet le paiement des factures approuvées par le banquier factor. L'adhérent transmet les factures au factor et ce dernier règle toutes les factures qu'il a acceptées en créditant immédiatement le compte-courant de l'adhérent de leur montant. Le règlement se fera après déduction des commissions et agios bien évidemment.

La transmission des factures peut se faire par bordereau Dailly<sup>728</sup> mais en général elle se fait par une subrogation conventionnelle. L'inscription en compte de la somme des factures déduites des commissions et agios se fera ainsi contre une quittance subrogative. Le

---

<sup>726</sup> T. BEAU, *op.cit.*, ° 6-4, p. 488.

<sup>727</sup> Sur l'affacturage, v.C GAVALDA et . STOUFFLET, « Le contrat dit de factoring », *JCP G* 1966, I, 2044 ; P. BERTHELIER, « L'affacturage », RFC 252, janvier 1994.32 ; Commission bancaire, L'affacturage e France, in Rapport pour 1994, p. 171 et s. ; E.-M.BEY, « L'affacturage international », *RJDA Francis Lefebvre*, 1996, ° 4, p. 326.

<sup>728</sup> V. infra, 3. La cession de créances professionnelles.

banquier doit informer le débiteur de l'adhérent de l'existence de la subrogation sous quelque forme que ce soit<sup>729</sup> puisque si celui-ci n'est pas informé, il se libèrera valablement de sa dette en payant à l'adhérent<sup>730</sup>. Vis-à-vis des tiers, la subrogation leur est opposable sans aucune formalité<sup>731</sup>. A partir de cette subrogation, les créances inscrites sur les factures transmises au factor sortent du patrimoine de l'adhérent et échappent ainsi à toute saisie-arrêt ultérieure<sup>732</sup>.

Afin d'éviter que l'adhérent ne sélectionne pas les factures remises au banquier c'est-à-dire pour qu'il ne transmette seulement celles qui présentent les plus grands risques de non recouvrement, la convention d'affacturage impose souvent la transmission de toutes les factures.

### **b- L'affacturage moderne**

**418.** Si l'affacturage traditionnel est à la fois une technique de financement, de gestion et de garantie, des formules sont en train de se développer et celles-ci enlèvent l'une de ces composantes<sup>733</sup>.

On a par exemple la technique d'affacturage mandat<sup>734</sup> dans lequel le factor n'accepte pas les factures mais se charge seulement du recouvrement au nom de l'adhérent à titre de mandat. Il ne devient pas propriétaire des créances inscrites aux factures et par conséquent, il n'est pas non plus subrogé au droit de l'adhérent. Le factor mandataire ne paie donc en principe qu'à l'échéance, toutefois il arrive qu'il consente quand même à lui octroyer des avances en raison de ces factures<sup>735</sup>.

On a également une technique d'affacturage qui exclut la garantie<sup>736</sup>, c'est lorsque le factor assure la gestion et le financement des créances tout en se réservant un recours contre son adhérent en cas de non-paiement des factures à l'échéance<sup>737</sup>.

---

<sup>729</sup> Rappr. Com., 4 octobre 1982, *Bull. civ.* IV, n° 287.

<sup>730</sup> V. Com., 15 octobre 1996, *Bull. civ.* IV, n° 230 ; Com., 18 mars 1997, *RTD com.*, 1997. 492, obs. Cabrillac ; Com., 20 janvier 1998, *JCP*, 1998, II, 10121, note Dagorne-Labbé.

<sup>731</sup> Com., 3 avril 1990, *RTD com.*, 1999. 444, obs. Cabrillac et Teyssié.

<sup>732</sup> Civ 1<sup>re</sup>, 25 janvier 2005, *Bull. civ.* I, n° 50.

<sup>733</sup> T. BONNEAU, *op. cit.*, n° 696, p. 488.

<sup>734</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op.cit.*, n° 531, p. 533.

<sup>735</sup> *Ibid.*

<sup>736</sup> On l'appelle le *factoring with recourse*.

<sup>737</sup> T. BONNEAU, *op. cit.*, n° 696, p. 489.

### 3- La cession de créances professionnelles (CCP) ou le bordereau Dailly

**419.** La cession de créances professionnelle est régie par les articles 98 à 111 de la loi n° 2003-041 sur les sûretés du 15 juillet 2004<sup>738</sup>. La loi prévoit deux procédés : le premier étant le nantissement et le second la cession de créances professionnelles par bordereau. L'avantage de ces techniques c'est que d'une part, elle permet aux entreprises d'obtenir du crédit en cédant plusieurs créances dans un même titre qui est le bordereau. La cession du bordereau emporte cession globale des créances qui y sont inscrites. Et d'autre part, cette technique permet de céder des créances selon une forme simplifiée puisque l'acte de nantissement ou l'acte de cession de créances professionnelles est opposable aux tiers sans avoir à respecter les formalités de l'article 1690 du Code civil pour la cession ni celles de l'article 2337 du Code civil pour le nantissement<sup>739</sup>.

#### a- Le mécanisme

**420.** Un professionnel quelconque, un commerçant en général appelé cédant remet à son banquier cessionnaire un ensemble de créances qu'il a contre ses propres clients afin d'obtenir un financement<sup>740</sup>. La remise du bordereau peut se faire de deux manières.

La première technique consiste à donner le bordereau en nantissement, auquel cas le bordereau ne sert que de garantie au crédit que le banquier a octroyé au client. Il n'en acquiert pas la propriété. Le banquier et le cessionnaire peuvent donc conclure une convention de crédit et pour garantir ce crédit, le client lui cède le bordereau<sup>741</sup>. Il peut recouvrer les créances inscrites sur le bordereau à l'échéance mais sur le montant recouvré il ne doit prélever que la somme qui correspond aux créances qu'il a contre son client.

La seconde technique de remise consiste à céder les créances inscrites dans le bordereau en pleine propriété au banquier. Dans cette hypothèse, le banquier cédant inscrit en compte au profit du client le montant égal à la valeur des créances inscrites au bordereau, à charge pour le banquier de se faire rembourser par le biais de recouvrement de ces créances. Dans ce cas, le cessionnaire rembourse le crédit par le transfert de propriété du bordereau Dailly.

---

<sup>738</sup> En droit français c'est la Loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant les crédits aux entreprises aujourd'hui codifiée aux articles L. 313-23 à L.313-34 du Code monétaire et financier qui régit la cession de créance professionnelle.

<sup>739</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, n°518, p. 523.

<sup>740</sup> V. *Ibid* ; R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 242.52, p. 204.

<sup>741</sup> V.Com., 8 janvier 1991, *RJ com.*, 1993. 190 note Fenouillet ; Com., 9 février 2010, *D.*, 2010. 578.

## **b- Les conditions de validité de la cession de créances professionnelles**

### **- Les conditions de fond**

**421.** Concernant la qualité du cédant, la loi malgache est restée à la première version de la loi de 1981 du droit français, c'est-à-dire à l'exigence du caractère professionnel qu'il s'agisse d'une personne morale ou d'une personne physique<sup>742</sup>. Pour le droit français, la nouvelle version de la loi susdite exige que le cédant agisse dans l'exercice de son activité professionnelle lorsqu'il est une personne physique mais n'exige pas ce caractère professionnel lorsque le cédant est une personne morale<sup>743</sup>. Quant au cessionnaire, celui-ci doit être un établissement de crédit.

**422.** Concernant les créances cédées, si le droit français précise que les créances sont celles détenues par le cédant sur un tiers qui doit être une personne morale de droit privé ou public ou une personne physique agissant dans le cadre d'une activité professionnelle, le droit malgache prévoit simplement que les créances sont celles qu'il détient sur un tiers et n'a pas précisé la qualité du tiers<sup>744</sup>. Ensuite, les créances doivent être liquides et exigibles, même à terme<sup>745</sup>. Peuvent également être cédées ou données en nantissement les créances résultant d'un acte déjà intervenu ou à intervenir mais dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés<sup>746</sup>.

### **- Les conditions de forme**

**423.** La loi que ce soit française ou malgache exige des mentions obligatoires, ce qui suppose que le contrat de cession de créances professionnelles doit être écrit. Aux termes de l'article 102 de la loi sur les sûretés, le bordereau de cession doit comporter : « la dénomination, selon le cas d' « acte de cession de créances professionnelles » ou d'« acte de nantissement de créances professionnelles » ; la mention que l'acte est soumis aux

---

<sup>742</sup> Article 101 alinéa 1 de la loi sur les sûretés : « Tout crédit qu'un établissement de crédit consent à une personne physique ou morale peut donner lieu au profit de cet établissement, par la seule remise d'un bordereau, à la cession ou au nantissement par le bénéficiaire du crédit, de toute créance née de l'activité professionnelle de celui-ci et qu'il détient sur un tiers ».

<sup>743</sup> Article L. 313-23 alinéa 1 du Code monétaire et financier : « Tout crédit qu'un établissement de crédit ou qu'une société de financement consent à une personne morale de droit privé ou de droit public, ou à une personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle, peut donner lieu au profit de cet établissement ou de cette société, par la seule remise d'un bordereau, à la cession ou au nantissement par le bénéficiaire du crédit, de toute créance que celui-ci peut détenir sur un tiers, personne morale de droit public ou de droit privé ou personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle ».

<sup>744</sup> V. Art. 101 al. 1 de la loi malgache et art. L. 313-23 al. 1 du droit français.

<sup>745</sup> V. art. L. 313-23 al. 2 du Code monétaire et financier et art. 101 al. 2 de la loi sur les sûretés ; Com., 8 janvier 1991, *Bull. civ.*, IV, n° 8.

<sup>746</sup> *Ibid.*

dispositions de la présente Loi; le nom ou la dénomination sociale de l'établissement de crédit bénéficiaire ; la désignation ou l'individualisation des créances cédées ou données en nantissement ou des éléments susceptibles d'effectuer cette désignation ou cette individualisation, notamment par l'indication du débiteur, du lieu de paiement, du montant des créances ou de leur évaluation et, s'il y a lieu, de leur échéance ; le cas échéant, l'indication de toutes les sûretés qui garantissent chaque créance ». A défaut de l'une de ces mentions obligatoires, la cession n'est pas valable comme une cession de créances professionnelles<sup>747</sup>.

La transmission des créances peut s'effectuer par un procédé informatique, dans ce cas, il doit préciser le moyen par lequel les créances sont transférées, leur nombre et leur montant global<sup>748</sup>.

En cas de contestation portant sur l'existence ou la transmission des créances, il appartient au cessionnaire de la prouver<sup>749</sup>.

Il est enfin à noter que le bordereau doit être signé et daté. « La signature est apposée soit à la main, soit par tout procédé non manuscrite mais dont l'origine doit être certaine et incontestable »<sup>750</sup>.

Si telles sont les techniques de crédit qui se font avec mobilisation de créances, quelles sont celles qui se font sans mobilisation des créances ?

## **B- Les opérations de crédit sans mobilisation de créances**

**424.** Les deux principales techniques de crédit sans mobilisation de créances sont le prêt (1) et le crédit-bail (2).

### **1- Le prêt**

**425.** Le prêt étant généralement fait à un consommateur, il est plus judicieux de le traiter dans la partie concernant le crédit à la consommation<sup>751</sup>. Comme l'article 1892 du Code

---

<sup>747</sup> Article 106 de la loi sur les sûretés ; concernant les conséquences de mentions erronées, v. Com. , 21 juin 1994, *Bull. civ.*, IV, n° 223.

<sup>748</sup> Article 104 de la loi sur les sûretés ; Com ; 20 février 2007, *RTD com.*, 2007. 423, obs. Legeais.

<sup>749</sup> Article 105 de la loi précitée ; Com., 18 octobre 1994, *Bull. civ.*, IV, n° 290 ; Com., 18 février 1997, *RTD com.*, 1997. 299, obs. Cabrillac.

<sup>750</sup> Article 103 de la loi précitée.

civil le prévoit : « Le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité. ». Le contrat de prêt est régi par le Code civil et le Code de la consommation, il est ainsi préférable de le traiter dans la rubrique susmentionnée.

## **2- Le crédit-bail**

**426.** On rappelle ici que selon l'article 5 de la loi n° 95-030 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit : « Sont assimilés à des opérations de crédit le crédit-bail et, de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat quelle que soit la devise dans laquelle est libellée l'opération de crédit ». Le crédit-bail est ainsi une opération de crédit au sens de la loi susmentionnée. Par rapport à la terminologie, on parle de crédit-bail lorsque le bien qui en fait l'objet est destiné à être utilisé dans le cadre d'une activité professionnelle alors qu'on parle plutôt de « location avec option d'achat » lorsqu'on est dans le cadre d'un crédit à la consommation<sup>752</sup>. A Madagascar, le crédit-bail est régi par la loi n° 2004-052 du 28 janvier 2005 sur le crédit-bail. Aux termes de l'article premier de cette loi : « le crédit-bail est une opération par laquelle le crédit bailleur achète, à la demande du crédit preneur, auprès d'un fournisseur, un bien, en vue de le donner en location pour une durée déterminée, moyennant le versement par le crédit preneur d'un loyer périodique ».

### **a- Les conditions de validité de l'opération de crédit-bail**

**427.** La première condition tient au fait que le contrat de crédit-bail doit absolument comporter une promesse unilatérale de vente de la part du crédit bailleur. Le crédit preneur doit ainsi bénéficier de l'option d'achat. Cette promesse unilatérale de vente doit être contemporaine au contrat de crédit-bail, elle ne peut pas être stipulée ultérieurement à ce contrat<sup>753</sup>. A défaut de promesse unilatérale de vente, le contrat est requalifié en un autre contrat tel que la location<sup>754</sup>.

---

<sup>751</sup> V. *Infra*, titre 2 : Le crédit à la consommation, p.253 et s.

<sup>752</sup> R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 244.11, p. 211.

<sup>753</sup> Com., 28 juin 2005, *RJDA* 2005, n° 1378.

<sup>754</sup> Com., 14 avril 1972, *Bull. civ.* IV, n° 105 ; *JCP G* 1972. II. 17269, note Alfandari.

**428.** Ensuite, la levée de l'option doit être précédée d'une location, c'est-à-dire que le contrat de crédit-bail doit comporter la location du bien par le crédit preneur<sup>755</sup> et non une modalité de paiement échelonné ou différé d'un contrat de vente. La durée de crédit-bail doit en principe correspondre « à la durée de vie économique du bien »<sup>756</sup> objet du crédit-bail. Le bien doit être acheté par le bailleur en vue de cette location ce qui suppose l'existence d'un fournisseur. Le bailleur ne peut pas ainsi être le fabricant du bien mis en crédit-bail<sup>757</sup>. Le bien peut être neuf ou d'occasion. Le crédit-bail peut porter aussi bien sur des biens mobiliers corporels tels que les biens d'équipement et matériels d'outillages, véhicules et autres biens non consommables que sur des biens mobiliers incorporels à l'instar des fonds de commerce ou de l'un de leurs éléments incorporels, dont notamment les droits de propriété industrielle que sur des biens immobiliers<sup>758</sup>.

**429.** Il est enfin à souligner que le crédit bailleur doit être un établissement de crédit<sup>759</sup>. Le crédit-bail est un monopole de l'établissement de crédit.

### **b- Les effets de l'opération de crédit-bail**

**430.** L'établissement de crédit a l'obligation de délivrer le bien objet du contrat de crédit-bail. Toutefois, cette obligation ne se manifeste pas par l'obligation du crédit bailleur de livrer la chose. En effet, il appartient au crédit preneur de prendre livraison du bien auprès du fournisseur afin qu'il puisse vérifier l'adéquation du bien par rapport à l'usage que celui-ci veut en faire. Un procès-verbal de livraison est ensuite signé par le vendeur et le crédit preneur. A partir de cette signature, le crédit bailleur est libéré de son obligation de délivrance, aucune action en responsabilité contractuelle sur la base du manquement de cette obligation ne peut plus être intentée par le client contre la banque.

---

<sup>755</sup> Cette exigence de location interdit la stipulation de clause de réserve de propriété, puisque cette dernière présuppose la conclusion d'un contrat de vente avec paiement du prix différé ou échelonné, Com. 19 juin 1978, *Bull. civ. IV*, n° 166.

<sup>756</sup> R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 244.23, p. 213. C'est plus une exigence fiscale qu'une exigence contractuelle parce que l'article 39 du CGI français prévoit que « l'amortissement des biens donnés en location est réparti sur la durée normale d'utilisation ».

<sup>757</sup> Com. , 9 janvier 1990, *Bull. civ. IV*, n° 127 ; *JCP E* 1977. II. 18667, note E.- M. Bey.

<sup>758</sup> Article 2 de la loi sur le crédit-bail.

<sup>759</sup> Article 4 de la loi précitée : « La présente loi s'applique à toutes entités qui exercent, à titre habituel, une activité de crédit-bail. Elles sont soumises à l'agrément de la Commission de Supervision Bancaire et Financière (CSBF) , conformément à la loi n° 95-030 du 22 février 1996 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit. Elles doivent avoir leur siège à Madagascar ».

**431.** En plus de cette obligation de délivrance, le banquier crédit bailleur est également tenu d'une obligation de garantie. Cependant, cette obligation n'étant pas l'obligation essentielle dans le contrat de crédit-bail, peut être écartée par clause contraire, mais ce, uniquement lorsque certaines conditions sont remplies. C'est le cas lorsque les qualités techniques du matériel ont été librement déterminées par le client crédit preneur et que l'action en garantie contre le vendeur est transmise par la banque au crédit preneur de telle sorte que l'action soit intentée directement par le client contre le fournisseur et non plus contre l'établissement de crédit<sup>760</sup>.

**432.** A côté de tous les procédés de crédit qui viennent d'être invoqués, il est à rappeler enfin que l'article 5 de la loi n° 95-030 prévoit une autre modalité qui consiste à prendre « dans l'intérêt de celle-ci [d'une personne], un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie ».

### **§3 : Le crédit par signature**

**433.** Dans ce type de crédit, le banquier ne met pas à la disposition de l'emprunteur le crédit, il ne lui ouvre pas non plus une ligne de crédit, il prend seulement l'engagement selon lequel, il mettra éventuellement à la disposition du client un crédit si jamais celui-ci est défaillant. Le décaissement du fonds est ainsi subordonné à la défaillance du client. Ce type de crédit ne nécessite donc pas immédiatement un décaissement mais seulement une signature. Il n'avance pas le fonds lui-même mais il s'engage à payer celui qui les avancera au cas où le client n'arrivera pas à payer.

Il s'analyse plus à un mécanisme de sûreté qu'à une opération de crédit, il est une opération de crédit en ce sens qu'il permet au client de bénéficier le financement voulu tout en permettant à celui-ci de différer le paiement de sa dette. Ces crédits sont liés à l'exercice de certaines professions ou à l'accomplissement de certaines opérations ou exigés par l'administration<sup>761</sup>. A titre d'exemple on peut citer quelques opérations qui exigent l'engagement par signature d'une banque : pour la soumission à un marché public par exemple, l'administration exige souvent sinon toujours une caution bancaire afin de garantir la bonne fin des travaux ; en cas de cession d'une société, on exige souvent une caution bancaire pour garantir le passif.

---

<sup>760</sup> Com., 7 mai 1974, *Bull. civ.* IV, n°147.

<sup>761</sup> T. BONNEAU, *op. cit.*, n° 736, p. 528.

**434.** Quant à la forme de cette opération de crédit, un engagement par signature suppose une signature, ce qui implique l'exigence d'un écrit qui traduit la volonté du banquier de s'engager à payer au cas où le client n'arrivera pas à le faire. Pour le reste, il peut prendre la forme de cautionnements bancaires, des avals d'effet de commerce, de souscription d'un billet à ordre ou d'une lettre de crédit etc.

**435.** On a cité dans la sous-section première les principaux procédés utilisés par les établissements de crédit afin d'octroyer son concours au client professionnel dans le cadre d'une relation interne, maintenant il nous faut citer, les crédits du commerce international dans la deuxième sous-section.

## **Sous-section 2 : Les crédits du commerce international**

**436.** Comme il a été fait avec les crédits internes, on ne va pas s'étaler sur l'étude de chacun des procédés de crédit qui touchent le commerce international, l'étude va se limiter à invoquer les principales techniques et expliquer en quelques phrases leur mécanisme sans entrer en détail puisque notre étude n'est pas axée particulièrement sur l'étude des opérations de crédit. Dans cette section, il faut indiquer les crédits internationaux qui se font par caisse (§1) et ceux qui se font par signature (§2).

### **§1 : Les crédits internationaux par caisse**

**437.** Lorsqu'on dit qu'un crédit se fait par caisse, cela signifie qu'il y a mise à disposition future ou immédiate de fonds à l'opposition d'un crédit par signature qui n'implique que la mise à disposition éventuelle du fonds<sup>762</sup>. En droit français, on a principalement, le crédit fournisseur, le crédit acheteur, le crédit-bail international et l'affacturage international. Aucune loi malgache ne prévoit ces types de crédit. En outre, Madagascar n'a pas ratifié la convention internationale qui régit le crédit-bail international et l'affacturage international<sup>763</sup>. Cependant, pour la bonne analyse de cette recherche il est important de se référer au droit français et parler sommairement de ces types de financement.

---

<sup>762</sup>T. BONNEAU, *op. cit.*, n° 745, p. 533.

<sup>763</sup> Convention du 28 mai 1988 appelée aussi « convention d'unidroit ».

## **A- Le crédit fournisseur**

**438.** Le crédit fournisseur est un terme générique qui désigne tous les crédits octroyés à un exportateur. Le crédit peut consister en un découvert mobilisable. Cette mobilisation se fait généralement par l'escompte des effets de commerce qui représentent la créance que l'exportateur a sur son acheteur, et à l'échéance, l'acheteur paiera à la banque escompteur. Cette technique permet ainsi à l'exportateur d'avoir la liquidité immédiate en attendant le paiement de son acheteur ou en attendant la vente de ses marchandises dans le cas où le crédit est un préfinancement ou un crédit de prospection c'est-à-dire que le financement est accordé soit pour la fabrication des produits à exporter ou soit pour la prospection des marchés<sup>764</sup>. En principe à l'échéance, si l'acheteur ne paie pas, le banquier aura un recours contre l'exportateur sauf en cas de forfaitage<sup>765</sup> dans lequel le risque de non-paiement n'est pas supporté par l'exportateur mais par le banquier.

**439.** La technique de forfaitage consiste en un « escompte sans recours d'effets commerciaux avalisés ou garantis par une banque du pays de l'importateur »<sup>766</sup>. Le forfaitage est donc une cession de créance sans recours. Généralement, ces créances sont couvertes par des garanties bancaires dans les pays d'achat.

## **B- Le crédit acheteur**

**440.** Si dans le crédit fournisseur, le financement est accordé à l'exportateur et en principe c'est celui-ci qui supporte le risque de non-paiement, dans le crédit acheteur, ce n'est plus l'exportateur qui supporte le risque de non-paiement mais le banquier. Généralement, c'est la banque de l'exportateur qui accorde ce crédit mais directement à l'acheteur. Donc, au lieu d'octroyer par exemple un découvert mobilisable à l'exportateur, il consent une ouverture de crédit à l'acheteur.

Le mécanisme repose sur trois éléments : l'ouverture de crédit au nom de l'acheteur par le banquier, la notification de cette convention au fournisseur et la souscription d'une

---

<sup>764</sup> V. A. CHEVALIER, « Le préfinancement export : principes et montages », *L P A*, n° 92, 2 août 1993. 12 ; F. MOLY, « risque bancaire sur le crédit prospection, une méthode algorithmique », *Banque*, n° 534, janvier 1993.55.

<sup>765</sup> V. R. ROUTIER, *op.cit.*, n°252.30 et s., p. 240.

<sup>766</sup> P. CHAREYRE, « Le forfaitage, une alternative compétitive pour le financement des exportations », *Banque* n°476, octobre 1987. 911.

lettre d'engagement par le fournisseur<sup>767</sup>. A la conclusion du contrat commercial entre le fournisseur et son acheteur, les parties conviennent que l'ouverture de crédit au nom de l'acheteur mais au profit du fournisseur est une condition suspensive de leur contrat. Ensuite, l'ouverture de crédit est notifiée au fournisseur parce que c'est lui qui va avoir la disposition des fonds. Le fournisseur est tenu de justifier l'accomplissement de ses prestations auprès du banquier et ce dernier s'engage à lui verser les fonds.

Il s'agit ici, d'un engagement personnel, direct et autonome de la banque. Le fournisseur quant à lui s'engage qu'en cas de mauvaise exécution du contrat commercial qu'il a conclu avec l'acheteur, il verse au banquier le montant de l'indemnité dont il serait débiteur à cause de cette mauvaise exécution<sup>768</sup>.

### **C- Le crédit-bail international**

**441.** Comme dans le crédit-bail national ce mécanisme est prévu pour permettre au crédit preneur d'avoir le financement d'un bien spécifique avec à terme une option d'achat. Le crédit-bail international se définit comme une opération dans laquelle « une partie (le crédit bailleur) conclut, sur l'indication d'une autre partie (le crédit preneur), un contrat (le contrat de fourniture) avec une troisième partie (le fournisseur) en vertu duquel elle acquiert un bien d'équipement, du matériel ou de l'outillage (le matériel) dans des termes approuvés par le crédit preneur pour autant qu'ils le concernent, et conclut un contrat (le contrat de crédit-bail) avec le crédit preneur donnant à celui-ci le droit d'utiliser le matériel moyennant le paiement de loyers »<sup>769</sup>.

**442.** La condition de l'application du crédit-bail international est bien évidemment la ratification de la Convention d'Ottawa du 28 mai 1988 sur le crédit-bail international. Les Etats des trois parties (crédit bailleur, crédit preneur et fournisseur) doivent être contractants de la Convention. Selon l'article 5 de ladite Convention les parties au contrat de crédit-bail peuvent consentir à l'exclusion de la Convention. Et comme il a été évoqué précédemment, Madagascar n'a pas ratifié cette Convention.

**443.** Concernant le mécanisme lui-même, le crédit bailleur a l'obligation de mettre à la disposition du crédit preneur la chose louée et d'assurer la jouissance paisible de ce bien par

---

<sup>767</sup> V. T. BONNEAU, *op. cit.*, n° 749 et s., p. 535.

<sup>768</sup> *Ibid.*

<sup>769</sup> Article 1<sup>er</sup>, 1, Convention d'Ottawa du 28 mai 1988 sur le crédit-bail international.

le crédit preneur. Le crédit preneur a le droit de refuser un matériel non conforme. Cela implique que le crédit bailleur ne peut pas modifier les clauses du contrat passé avec le fournisseur et que le crédit preneur a une action directe contre le vendeur. Par cette liberté laissée au crédit preneur quant au choix du matériel, le banquier est exonéré de toute responsabilité ayant trait à ce choix. Toutefois sa responsabilité peut être recherchée en tant que propriétaire<sup>770</sup>. En cas de procédure collective d'apurement de passif ouverte à l'encontre du crédit preneur, étant donné que le crédit bailleur est toujours propriétaire de la chose louée, son droit de propriété est préservé.

#### **D- L'affacturage international**

**444.** L'affacturage international est régi par la même convention qui régit le crédit-bail international<sup>771</sup>. Cette convention définit l'affacturage international comme un contrat conclu entre le fournisseur et l'entreprise d'affacturage (ou le cessionnaire) et en vertu duquel le fournisseur peut ou doit céder au cessionnaire des créances nées des contrats de vente de marchandises conclus entre le fournisseur et ses clients (débiteurs), à l'exclusion de ceux qui portent sur des marchandises achetées à titre principal pour leur usage personnel, familial ou domestique<sup>772</sup>. En plus, « le cessionnaire doit prendre en charge au moins deux des fonctions suivantes : le financement du fournisseur, notamment le prêt ou le paiement anticipé ; la tenue des comptes relatifs aux créances ; l'encaissement des créances ; et la protection contre la défaillance des débiteurs »<sup>773</sup>.

**445.** Selon l'article 1<sup>er</sup> 2b de la convention, pour que celle-ci soit applicable il faut que les créances cédées soient nées d'un contrat de vente de marchandises entre un fournisseur et un débiteur qui ont leur établissement dans des Etats différents. Il faut ensuite que ces Etats ainsi que celui du cessionnaire soient des Etats membres ou que le contrat de vente de marchandises et le contrat d'affacturage soient régis par la loi d'un Etat contractant.

**446.** Les créances cédées doivent être déterminables même si elles sont futures<sup>774</sup>. La cession doit être notifiée au débiteur et cette notification doit être faite par écrit, peu importe les procédés dans lesquels elle est faite : télégramme, faxe et tout autre moyens laissant trace

---

<sup>770</sup> V. R. ROUTIER, *op.cit.*, n° 253 et s., p. 242 à 243.

<sup>771</sup> Convention d'Ottawa du 28 mai 1988.

<sup>772</sup> Article 1<sup>er</sup>, 2a de la convention précitée.

<sup>773</sup> Article 1<sup>er</sup>, 2b de la même convention.

<sup>774</sup> Article 5 de convention du 28 mai 1988.

écrite<sup>775</sup>. Cette notification peut être faite aussi bien par le cédant que par le banquier cessionnaire<sup>776</sup>. Une fois notifié, le débiteur cédé doit en principe payer auprès du factor.

Si tels sont les cas des crédits internationaux qui sont faits par caisse, quels sont ceux qui sont faits par signature ?

## **§2 : Les crédits internationaux par signature**

**447.** Ce sont en général le crédit documentaire (A) et les garanties autonomes (B).

### **A- Le crédit documentaire**

#### **1- La notion du crédit documentaire**

**448.** Le crédit documentaire est « l'opération par laquelle une banque appelée banque émettrice ou banque apéritrice accepte, à la demande d'un acheteur appelé donneur d'ordre ou ordonnateur, de mettre des fonds à la disposition de vendeur appelé bénéficiaire contre remise de documents constatant la bonne exécution d'une vente »<sup>777</sup>. Comme son nom l'indique le crédit documentaire est un financement accordé sur la base des documents<sup>778</sup>. Ces documents sont ceux qui représentent les marchandises objets de l'importation, ils sont de différentes sortes, ils peuvent être des factures commerciales, des polices d'assurances, des connaissements etc.

Ainsi, le crédit documentaire est avant tout un instrument de garantie pour les entreprises exportatrices<sup>779</sup>. En effet, au moment de la conclusion du contrat commercial, l'importateur donne à l'exportateur la garantie qu'une banque s'engage à payer le montant du contrat contre la remise de certains documents. Cette opération met en théorie en présence donc l'importateur, l'exportateur et le banquier garant du paiement des marchandises importées, en pratique il y a l'intervention d'une deuxième banque qui va aider à la réalisation

---

<sup>775</sup> Article 1<sup>er</sup>, 4 de la convention du 28 mai 1988.

<sup>776</sup> R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 252.16, p. 238.

<sup>777</sup> T. BONNEAU, *op.cit.*, n° 761, p. 541.

<sup>778</sup> Sur le crédit documentaire V. BOUDINOT, *Pratique du crédit documentaire*, 1<sup>re</sup> éd. , Sirey 1978 ; BOURDEAUX, *Le crédit dit acheteur international*, Economica 1995 ; CAPRIOLI, *Le crédit documentaire : évolution et perspective*, Litec 2005 ; COSTA, *Le crédit documentaire comparatif*, LGDJ 1998 ; EISEMANN, *Le crédit documentaire dans le droit et dans la pratique*, Delmas et Cie Bordeaux 1963 ; STOUFFLET, *le crédit documentaire*, Sirey, 1957 ; M. Vasseur, « Réflexions sur le crédit documentaire à paiement différé », *D.1987.Chron.59* ; MATTOU, *Droit bancaire internationale*, 4<sup>e</sup> éd., Banque 2009.

<sup>779</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op.cit.*, n° 579, p. 570 .

de l'opération de crédit documentaire. Le degré de son engagement varie selon l'accord des parties<sup>780</sup>.

**449.** La chambre de commerce internationale a élaboré ce qu'on appelle les règles et usances uniformes relatives au crédit documentaire (RUU) en 1933, ces règles et usances ont été remaniées à plusieurs reprises<sup>781</sup>. Selon l'article 1<sup>er</sup> des RUU elles s'appliquent « dès lors que le texte du crédit stipule expressément qu'il est soumis à ces règles » dès lors, « elles lient toutes les parties intéressées, sauf dispositions contraires expressément modifiées ou exclues par le crédit. »

## **2- Le mécanisme de crédit documentaire**

**450.** Afin de ne pas risquer le non-paiement de ses marchandises, l'exportateur (vendeur,) va exiger de l'importateur (acheteur) l'intervention d'une banque dont le rôle est de garantir le paiement de ces marchandises en cas de défaillance de l'acheteur. Par conséquent, si l'acheteur n'exécute pas son obligation c'est-à-dire le paiement des marchandises, le vendeur devra présenter les documents qui prouvent l'existence des marchandises au banquier, ce dernier devra lui payer la somme due. L'ouverture d'un crédit documentaire est une obligation essentielle du contrat<sup>782</sup> de vente, le refus d'exécuter cette obligation peut donner à exception d'inexécution ou à résolution du contrat de vente ou au paiement des dommages-intérêts<sup>783</sup>.

## **3- Les obligations du banquier émetteur**

### **a- Les obligations du banquier émetteur vis -à -vis du donneur d'ordre**

**451.** Le contrat de crédit documentaire précise les obligations dont chacune des parties sont tenues d'exécuter notamment le volume, la nature et l'échéance du crédit, l'opération

---

<sup>780</sup> Lorsqu'il n'est là que pour notifier le crédit à l'exportateur bénéficiaire du crédit (c'est le cas lorsque le bénéficiaire et la banque émettrice du crédit ne sont pas de la même nationalité), il ne prend aucun engagement vis-à-vis du bénéficiaire. Par contre lorsqu'on est en présence d'un crédit documentaire confirmé, la deuxième banque prend un engagement ferme qui s'ajoute à celui de la banque émettrice au profit du bénéficiaire.

<sup>781</sup> V.R. Routier, « de nouvelles règles pour le crédit documentaire : les règles et usances uniformes 600 », *Lexbase hebdo éd ; Privée générale*, 28 juin 2007, n° N5790BB3.

<sup>782</sup> RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, n° 761 ; BACCAR, « La clause d'ouverture du crédit documentaire : une clause sensible », *RD bancaire*, novembre-décembre 2008.24.

<sup>783</sup> Com., 16 avril 1991, *D.*, 1992 somm. 303, obs. Vasseur ; *RTD com.*, 1992. 844, obs. Cabrillac et Teyslié.

pour laquelle le crédit est accordé ainsi que les documents qui devront être présentés au banquier. Le banquier remet ensuite à l'acheteur donneur d'ordre une lettre de crédit appelée encore accreditif. Une fois que le banquier s'est engagé à ouvrir le crédit documentaire, sa rétractation ainsi que l'ouverture d'un crédit non conforme à son engagement est source de responsabilité<sup>784</sup>. Le banquier est tenu d'exécuter les instructions de l'importateur donneur d'ordre.

### **b- Les obligations du banquier émetteur vis-à-vis du bénéficiaire**

**452.** L'engagement du banquier peut être révocable ou irrévocable. Les RUU ne prévoient plus que les crédits documentaires irrévocables. Toutefois, les parties peuvent conventionnellement stipuler la révocabilité du crédit documentaire. La différence c'est qu'en cas de crédit irrévocable, le banquier s'engage personnellement et directement vis-à-vis du bénéficiaire<sup>785</sup>. Lorsque le crédit documentaire est révocable, le banquier n'a d'obligation que vis-à-vis du donneur d'ordre, d'où la possibilité de révoquer le crédit par rapport au bénéficiaire. Alors que lorsque celui-ci est irrévocable, en plus de l'engagement qu'il prend au profit du donneur d'ordre il a aussi une obligation ferme par rapport au vendeur bénéficiaire. Ce qui donne à ce bénéficiaire un droit direct contre le banquier émetteur. Par conséquent, on applique le principe de l'inopposabilité des exceptions dans la relation qui unit le banquier et le bénéficiaire<sup>786</sup>. Le banquier ne peut pas opposer au bénéficiaire les exceptions tirées du contrat de vente entre le vendeur et l'acheteur pour ne pas exécuter son obligation vis-à-vis du vendeur bénéficiaire qui est autonome<sup>787</sup>.

**453.** Il ne faut toutefois pas perdre de vue que le crédit documentaire repose sur un document, d'où l'importance de la vérification des documents présentés.

---

<sup>784</sup> Paris, 19 septembre 1989, *D.*, 1990 somm. 181, obs. Vasseur ; *RD bancaire*, 1990.210, obs. Bloch ; *RTD com.*, 1990.443, obs. Cabrillac et Teyssié.

<sup>785</sup> V. S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, n° 584, p. 575 ; T. BONNEAU, *op. cit.*, n° 765, p. 542.

<sup>786</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, n° 584, p. 575 ; Van Der Haggen, « Le principe de l'inopposabilité des exceptions dans le crédit documentaire irrévocable », *RD. Aff. Int.*, 1986, 703..

<sup>787</sup> Com., 8 janvier 1991, *D.*, 1991 somm. 223, obs ; Vasseur ; *RTD com.*, 1991.424, obs. Cabrillac et Teyssié ; Com., 29 avril 1997, *JCP E.*, 1997. 976, obs. Stoufflet ; *RTD com.*, 1997.493, obs. Cabrillac.

### **c- La responsabilité du banquier par rapport à la vérification des documents présentés dans le crédit documentaire**

**454.** Lorsque l'acheteur donneur d'ordre reçoit l'accréditif, celui-ci doit remettre au banquier les documents énumérés dans la lettre. Ces documents sont importants parce que c'est sur présentation de ces documents que le vendeur va pouvoir réclamer paiement auprès du banquier. Le banquier quant à lui ne se libère valablement de son obligation que s'il paie sur présentation de tous les documents énumérés dans le contrat du crédit documentaire. Ces documents doivent être conformes à ceux qui y sont énumérés. Le banquier est ainsi tenu de vérifier la conformité de ces documents par rapport à ceux prévus par l'accréditif. Comme son obligation repose sur la présentation de ces documents indépendamment de la réalisation du contrat de vente, sa seule obligation a trait à la vérification de la régularité apparente des documents. Il n'a pas à vérifier si le contrat a été bien exécuté ou si les marchandises sont bien conformes à celles qui sont décrites dans les documents<sup>788</sup>.

L'obligation du banquier se limite à la vérification formelle à l'exclusion de toute autre considération. En effet, afin d'exonérer le banquier de sa responsabilité pour tout autre irrégularité en dehors de considération formelle, les RUU dans son article 34 prévoient : « les banques n'assument aucun engagement ni responsabilité quant à la forme, la suffisance, l'exactitude, l'authenticité, la falsification ou l'effet juridique du/des documents, ni quant aux conditions générales et/ou particulières stipulées dans les documents ou qui y sont surajoutées ; elles n'assument également aucun engagement ni responsabilité quant à la désignation, la quantité, le poids, la qualité, l'état, l'emballage, la livraison, la valeur ou l'existence des marchandises représentées par un document quel qu'il soit, ni encore quant à la bonne foi, ou aux actes et/ ou omissions, à la solvabilité, à la prestation ou à la réputation des expéditeurs, transporteurs, transitaires, destinataires ou assureurs de la marchandise ou de toute autre personne que ce soit ».

Ce formalisme exclut toute appréciation personnelle du banquier<sup>789</sup>. Dès qu'il y a conformité des documents avec ceux de l'accréditif le paiement doit être effectué. Par contre, dès qu'un seul document y manque, le banquier doit refuser les documents. On exige la conformité stricte des documents. Le banquier qui paie sur présentation des documents non conformes est fautif et engage sa responsabilité contractuelle vis-à-vis du donneur d'ordre.

---

<sup>788</sup> Com., 24 novembre 1987, *Banque.*, 1988.133, obs. rives-Lange ; *RD bancaire*, 1988.153, obs. Contamine-Raynaud.

<sup>789</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, n° 587, p. 578.

En cas de non-conformité il est tenu de rejeter les documents<sup>790</sup> et doit en informer le bénéficiaire. En cas d'irrégularités mineures, le banquier peut recourir à la réalisation du crédit documentaire sous réserve. Dans ce cas il paie le bénéficiaire mais sous réserve de la ratification du donneur d'ordre. Le bénéficiaire s'engage à payer au cas où le donneur d'ordre refuse la ratification<sup>791</sup>.

**455.** En dehors de la vérification de conformité des documents proprement dite, le délai de vérification peut également être source de responsabilité du banquier étant entendu que la vérification qui traîne dans le temps peut causer du préjudice aussi bien pour le bénéficiaire que pour le vendeur. Pour le bénéficiaire parce que le paiement tardif peut causer des torts à ses affaires et pour l'acheteur car cela peut entraîner la perte de confiance du vendeur, ce qui peut être source de rupture du lien commercial. Comme on le sait la célérité est primordiale dans les affaires. Là où la maxime « le temps c'est de l'argent » voit le plus d'application, tout retard dans le traitement des dossiers est fautif.

Concernant le délai de vérification, les RUU prévoient que le banquier dispose de cinq jours ouvrés au maximum pour le faire. Le délai court à partir du jour de la présentation des documents. Si le banquier constate une non-conformité dans les documents et qu'il les rejette, il devra notifier cette décision au bénéficiaire. Et cette notification doit être faite à « bref délai »<sup>792</sup>.

Si les documents sont conformes le paiement doit être fait immédiatement<sup>793</sup>, à moins qu'il n'existe des modalités de paiement prévues entre les parties tel que le paiement différé<sup>794</sup>. Et bien évidemment tout retard dans le paiement peut engager la responsabilité du banquier<sup>795</sup>.

## **A- Les garanties autonomes**

**456.** A côté des crédits documentaires, le banquier peut s'engager à mettre à la disposition du bénéficiaire des fonds en cas de défaillance de son client par le biais de ce

---

<sup>790</sup> STOUFFLET, « Les devoirs du banquier qui reçoit des documents irréguliers », *Banque*, 1965.418.

<sup>791</sup> Com., 7 janvier 2004, *Bull. civ. IV*, n° 1; *RTD com.*, 2004. 359, obs. Cabrillac et Legeais.

<sup>792</sup> Com., 5 juillet 1983, *Bull. civ. IV*, n° 201; *Gaz Pal.*, 1983.2.686, note A. Piedelièvre; *RTD com.*, 1984. 125, obs. Cabrillac et Teyssié; *D.*, 1984. 181, note Vasseur.

<sup>793</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op.cit.*, n° 588, p. 578.

<sup>794</sup> BONTOUX, « Réflexions sur un type de crédit documentaire, le crédit à paiement différé », *Banque*, 1983. 1285; VASSEUR, « réflexions sur le crédit documentaire à paiement différé », *D.*, 1987.59.

<sup>795</sup> Com., 27 septembre 2005, *Banque et droit*, novembre-décembre 2005.79, obs. Stoufflet.

qu'on appelle les garanties autonomes. La garantie autonome « est un engagement bancaire de payer une certaine somme à première demande du bénéficiaire, en se référant au seul texte de l'engagement sans pouvoir invoquer des moyens tirés du contrat de base »<sup>796</sup>.

### **1- Le mécanisme**

**457.** Cette garantie peut être souscrite soit pour l'acheteur soit pour le vendeur. Lorsqu'on parle de garanties autonomes on fait habituellement la distinction entre la garantie à première demande et le crédit standby. Selon les RUU le crédit standby est une forme de crédit documentaire<sup>797</sup> à la différence près que pour le crédit standby, le bénéficiaire n'a pas à présenter tous les documents pour recevoir un paiement, il a juste à présenter « une simple attestation par laquelle il déclare ne pas avoir reçu sa prestation ou son paiement ou que la prestation a été mal exécutée »<sup>798</sup>.

**458.** Concernant la garantie à première demande, celle-ci se caractérise par la force de l'engagement du banquier garant. En effet, celui-ci doit payer le bénéficiaire à première demande c'est-à-dire sans discuter. Ce qui implique bien sûr l'application du principe de l'inopposabilité des exceptions tirées du contrat principal au bénéficiaire. Au moment de la conclusion du contrat de base, le débiteur s'engage à fournir une banque qui le paiera à première demande en cas de défaillance. Ici, le banquier s'engage personnellement vis-à-vis du bénéficiaire et cet engagement est indépendant du contrat de base.

### **2- Les obligations du banquier**

#### **a- Les obligations du banquier envers le donneur d'ordre**

**459.** Dans le contrat de garantie à première demande entre le banquier et son client donneur d'ordre « le banquier s'engage doublement vis-à-vis du donneur d'ordre, en lui promettant d'apporter son concours dans une opération de garantie et en lui promettant de s'engager au profit du bénéficiaire dans une lettre de garantie »<sup>799</sup>. Le banquier garant doit respecter les termes de la promesse de crédit par signature de la garantie à première demande et payer le bénéficiaire en cas de défaillance du donneur d'ordre. Le non-respect des termes de ce contrat engage la responsabilité du banquier vis-à-vis du donneur d'ordre.

---

<sup>796</sup>RIVES-LANGE J.-L., « Les garanties indépendantes et le rôle des banques », *Banque* n° 468, janvier 1987.11.

<sup>797</sup> V. art. 1 des RUU 600.

<sup>798</sup> T. BONNEAU, *op. cit.*, n°808, p. 573..

<sup>799</sup> T. BONNEAU, *op. cit.*, n°792, p. 561.

## **b- Les obligations du banquier envers le bénéficiaire**

**460.** Le banquier s'engage dans la lettre de garantie à payer une somme déterminée à la première demande du bénéficiaire. Il est à signaler que cet engagement est autonome et indépendant du contrat de base et de la promesse de crédit, d'où l'application du principe de l'inopposabilité des exceptions<sup>800</sup>.

Pour qualifier le contrat de garantie à première demande, le banquier doit s'engager à renoncer à soulever quelle que contestation que ce soit afin de ne pas payer le bénéficiaire<sup>801</sup> mais en outre il doit s'engager à s'acquitter d'une obligation nouvelle distincte de celle de payer la dette du débiteur principal. L'engagement de payer le bénéficiaire doit donc être un engagement autonome indépendant de celui de paiement des dettes du donneur d'ordre débiteur principal, sinon l'engagement est analysé comme un simple cautionnement et non une garantie autonome<sup>802</sup>. A partir du moment où l'appel en garantie est conforme à la lettre de garantie, le banquier doit payer le bénéficiaire, sans discuter. S'il refuse de payer, sa responsabilité pourra être engagée à l'égard du bénéficiaire<sup>803</sup>.

**461.** Maintenant qu'on a pu présenter sommairement les différents types de techniques de crédit, on sait quand est-ce qu'il y a rupture de crédit. La responsabilité du banquier n'est pas engagée par le simple fait de rompre les concours qu'il a accordé, elle l'est uniquement lorsque celle-ci est faite abusivement. Ce qui suppose qu'il y a des conditions légales à suivre pour pouvoir interrompre ou réduire le financement, et c'est l'inobservation de ces conditions légales qui est répréhensible et fait que la rupture soit qualifiée d'abusive. Par conséquent, il nous est nécessaire de développer une à une ces conditions.

---

<sup>800</sup> Article 5 des RUGD ; V. Paris, 2 décembre 1991, *D.* 1994.J.28, note Vasseur.

<sup>801</sup> Com., 9 janvier 1990, *D.* 1991 som.com. 191, obs. Vasseur ; Com., 20 février 1985, *Bull. civ.* IV, n°74, p. 64 ; *D.* 1986 ; Com., 28 janvier 1992, *Bull. civ.* IV, n° 35, p. 28 ; *D.* 1992 som. Com. 234, obs. Vasseur ; Com. 12 juillet 2005, *D.* 2005, act. Jurisp. 2214, obs. Delpech ; *Revue Banque*, n° 676, janvier 2006.98, note Guillot et Fayer ; *RTD com.* 2005.823, obs. Legeais ; *JCP E* 2006.1850 et s., obs. JS.

<sup>802</sup> Com. 13 décembre 1994, *Bull. civ.* IV, n° 375., p.309 ; *quotidien juridique* n° 7, 24 janvier 1995. 6 ; *Défrenois* 1995art. 36040, n° 36, p. 421, obs. Aynès ; *Contrats, Concurrence, Consommation, bourse* n° 50, juillet-août 1995, n° 51, note Leveneur ; *D.* ; 1995.J.209, rapport le Dauphin, note Aynès ; *RD bancaire et bourse* n° 50 juillet-août 1995.150, obs. Contamine-Raynaud ; Com. 11 mars 1997, *Bull. civ.* IV, n° 67, p.60 ; *RTDcom.* 1997.302 , obs. Cabrillac ; *Dalloz Affaires* n° 15/1997.472 ; *RD bancaire et bourse* n° 61, mai-juin 1997. 123, obs. Contamine-Raynaud ; Com., 14 juin 2000, *RD bancaire et financier* n° 6, novembre-décembre 2000.355, obs. Mattout.

<sup>803</sup> Com., 20 décembre 1982, 1<sup>re</sup> espèce, *D.* 1983.J.365, note Vasseur.

## **Section 2 : Les conditions de rupture de crédit**

**462.** Le seul article de loi malgache qui parle de la rupture du crédit est l'article 78 de la loi n° 95-030 du 22 février 1996 relative au contrôle et à l'activité des établissements de crédit et qui dispose en son alinéa 1<sup>er</sup> : « tout concours à durée indéterminée, autre qu'occasionnel, qu'un établissement de crédit consentit à une entreprise, ne peut être réduit ou interrompu que sur notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours »<sup>804</sup>. Cet article pose les conditions de rupture de crédit mais seulement il se limite à certains cas, aussi nous faut-il d'abord délimiter le champ d'application de cet article (§1) avant d'entrer dans les conditions légales de rupture proprement dites (§2).

### **§1 : Le champ d'application de l'article 78**

**463.** L'article 78 délimite son champ d'application par trois éléments distincts, il concerne le concours à durée indéterminé et ne concerne pas le crédit à durée déterminée (A), ensuite il parle de concours autre qu'occasionnel (B) et enfin il précise que la règle s'applique uniquement aux entreprises à l'exclusion des crédits à la consommation (C).

#### **A- Distinction concours à durée déterminée et concours à durée indéterminée**

##### **1- Les concours à durée indéterminé**

**464.** Sont à durée indéterminée les contrats dont l'échéance n'est pas fixée d'une manière précise au moment de la conclusion du contrat. Lorsque le banquier accorde son concours à un client sans prévoir la date où ce concours prendra fin, on dit que la convention du crédit est à durée indéterminée. Dès lors que cette convention est à durée indéterminée, elle entre dans le champ d'application de l'article 78 et sa rupture est ainsi soumise à des conditions qui y sont prévues. Est par exemple un contrat de crédit à durée indéterminée l'ouverture de crédit sans limitation de la date d'échéance mais comportant uniquement un plafond de découvert à ne pas dépasser par le client, peu importe la durée à laquelle il l'utilise. La question des conventions de crédit à durée indéterminée n'appelle pas de remarque particulière dans cette rubrique puisque les modalités de rupture de ce type de crédit vont être mises en exergue ultérieurement<sup>805</sup>.

---

<sup>804</sup> Même formulation que celle de l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier français.

<sup>805</sup> V. *Infra*, Les conditions de rupture de crédit, p. 217 et s.

Par contre puisque le contrat de crédit à durée déterminée n'a pas été règlementé par l'article, comment se fait la rupture de celui-ci ?

## **2- La rupture de la convention de crédit à durée déterminée**

**465.** Les crédits à durée déterminée sont les prêts proprement dits qui comportent une échéance de remboursement précise ou un tableau d'amortissement, ainsi que les ouvertures de crédits qui permettent au client d'obtenir un concours au moment qu'il décide jusqu'à une date précise ou objectivement déterminable<sup>806</sup>

**466.** Le principe est qu'un contrat à durée déterminée ne peut être rompu qu'à l'arrivée de l'échéance (a), aussi doit-on considérer qu'« une rupture abusive ne peut se concevoir que si elle intervient avant le terme stipulé »<sup>807</sup>. Il est toutefois à noter que toute rupture intervenue avant terme n'est pas toute abusive. Ainsi il est important d'indiquer dans quels cas le banquier peut-il rompre un crédit à durée déterminée sans encourir la sanction d'une rupture abusive du crédit (b).

### **a- Le principe : l'interdiction d'une rupture anticipée**

**467.** Le propre des contrats à durée déterminée est l'interdiction de désengagement unilatéral avant le terme convenu. Si les parties se sont donc convenues d'un délai précis pour l'exécution du contrat, un délai pendant lequel le banquier s'est engagé à mettre à la disposition du client un pouvoir d'achat, il ne peut ni réduire ni interrompre ce concours avant l'arrivée du terme. La rupture avant terme portera certainement préjudice à l'emprunteur, étant donné qu'étant mis à sa disposition, les fonds ont déjà une affectation bien précise, ils constituent un fonds de trésorerie que l'entreprise espère utiliser pendant la durée que dure le contrat. Une rupture avant l'échéance convenue affectera ainsi la bonne marche de l'entreprise. Par conséquent, la rupture anticipée d'un crédit à durée déterminée est une inexécution des obligations nées du contrat et engage ainsi la responsabilité contractuelle du banquier. Même avec préavis, le banquier ne peut ainsi résilier unilatéralement un crédit à

---

<sup>806</sup> GAVALDA et STOUFFLET, *Droit bancaire*, Litec, 3<sup>e</sup> éd., 1997, p. 580.

<sup>807</sup> R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 312.11, p.313.

durée déterminée<sup>808</sup>. La convention d'ouverture de crédit est à durée déterminée par exemple lorsque la banque n'a consenti qu'un découvert de deux mois<sup>809</sup>.

**468.** Comme il a été exposé précédemment, même si le principe est que le banquier ne peut ni réduire ni rompre un crédit à durée déterminée, il arrive que certaines circonstances justifient la rupture du crédit avant terme. Et en présence de ces circonstances, la rupture anticipée du banquier n'est pas constitutive de faute.

### **b- Les exceptions : hypothèses où la rupture anticipée d'un crédit à durée déterminée n'est pas source de responsabilité du banquier**

#### **- Les exceptions issues du droit commun**

**469.** Le contrat de crédit est un contrat synallagmatique<sup>810</sup>. Un contrat est synallagmatique lorsqu'il y a réciprocité d'obligations<sup>811</sup>. La convention de crédit l'est en ce sens que le banquier s'engage à mettre à la disposition du client un fonds tandis que le client lui, s'engage à le rembourser selon les dispositions contractuelles. Etant un contrat synallagmatique, les règles spécifiques applicables à ce type de contrat lui sont également applicables notamment celles de l'exception d'inexécution, du dissentiment mutuel et de la résolution.

**470.** Concernant le dissentiment mutuel, c'est l'application pure et simple de l'autonomie de la volonté. Les parties ont donné leur consentement mutuel pour la conclusion du contrat, si elles décident de mettre un terme à ce contrat, elles pourront également le faire par accord de volonté. Ainsi, lorsque le banquier et le client conviennent une rupture anticipée du crédit, la rupture n'est pas abusive.

**471.** A propos de l'exception d'inexécution, en raison de la réciprocité d'obligations, « aucune des parties ne peut être forcée à exécuter ses engagements si l'autre ne le fait pas »<sup>812</sup>. Le contrat synallagmatique est guidé par la règle du donnant-donnant, l'une des parties fournit sa prestation parce que l'autre exécute la sienne. A partir du moment où l'une des cocontractants n'exécute pas son obligation, l'autre partie est en droit de refuser

---

<sup>808</sup> CA Paris, 15<sup>e</sup> ch.b, 3 juillet 2008, *JurisData*, n° 2008-000610 ; *Gaz. Proc. Coll.* n°1/2009 ; *Gaz. Pal.* 21-22 janvier 2009, p. 22, note R. Routier.

<sup>809</sup> Com. 30 juin 1992, *RD bancaire et bourse* 1992, p. 246, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.

<sup>810</sup> Com. 28 mars 2000, n° 97-16153 .

<sup>811</sup> *Lexique des termes juridiques*, Dalloz 2014, v° synallagmatique, p. 904 : « se dit d'un contrat qui fait naître à la charge des parties des prestations réciproques ».

<sup>812</sup> RAMAROLANTO-RATIARAY et Jean Baptiste SEUBE, *op. cit.*, t.1, p. 288.

l'exécution de la sienne. Etant une exception, c'est donc un moyen de défense *in limine litis*<sup>813</sup>.

Il est toutefois important de préciser que l'exception d'inexécution ne permet pas au cocontractant de sortir unilatéralement du contrat, c'est seulement une mesure suspensive par laquelle, le cocontractant peut refuser d'exécuter tant que l'autre n'exécute pas la sienne. Mais pour sortir définitivement du contrat il faut saisir le juge pour demander une résolution. En droit bancaire, l'hypothèse consiste par exemple dans le fait que le banquier et le client conviennent un financement d'un marché de travaux publics, dans le contrat, il est convenu que le banquier verse des sommes mensuellement mais que le client, rembourse au fur et à mesure qu'il reçoive de l'argent de l'Etat pour la construction. Le banquier avance donc les sommes et n'attend pas la fin des travaux pour être remboursé mais au fur et mesure que les travaux avancent. Aussi si l'entrepreneur emprunteur ne paie pas à une échéance, le banquier peut refuser de lui octroyer la nouvelle tranche du crédit. Notons cependant que ce non-paiement peut être utilisé par le banquier pour rompre définitivement le crédit en dehors de la mesure suspensive de l'exception d'inexécution. En général, la suite logique de l'exception d'inexécution est la résolution.

**472.** La résolution est la « sanction consistant dans l'effacement rétroactif des obligations nées d'un contrat synallagmatique, lorsque l'une des parties n'exécute pas ses prestations »<sup>814</sup>. Si l'une des parties n'exécute pas ses obligations, la victime d'inexécution saisira normalement le juge afin de prononcer la résolution du contrat. En sus, la victime peut demander le paiement des dommages intérêts pour préjudice subi en raison de ladite inexécution.

**473.** Indépendamment de ces règles de droit commun applicables à tout contrat synallagmatique, il a été répété à maintes reprises que la base de toute convention conclue *intuitu personae* est la confiance, c'est la perte de confiance à l'emprunteur qui amène généralement le banquier à interrompre le financement. Aussi est-il nécessaire de voir quelles sont les raisons qui justifieront une rupture anticipée d'un contrat de crédit liées à cette notion de confiance.

---

<sup>813</sup> C'est un moyen de défense de l'autre partie au litige avant tout débat au fond.

<sup>814</sup> Lexique des termes juridiques, Dalloz 2014, v° résolution, p.823.

- **Les exceptions liées à la perte de confiance du banquier à l'emprunteur**

**474.** Les auteurs comme RIVES-LANGE, CONTAMINE-RAYNAUD<sup>815</sup>, GAVALDA et STOUFFLET<sup>816</sup> s'attachent au fait que l'engagement du banquier trouverait sa cause dans la confiance que mérite son client et toute perte de confiance peut justifier une rupture anticipée de la convention de crédit. Ces auteurs parlent des circonstances de nature à altérer la confiance du banquier. Dans ce sens, ils estiment que les deux cas prévus par l'article 78 pour le contrat à durée indéterminée sont également applicables au contrat à durée déterminée puisque ces deux cas se basent sur la perte de confiance. Aussi, peut justifier la rupture anticipée d'un contrat de crédit à durée déterminée le comportement gravement répréhensible et la situation irrémédiablement compromise de l'article 78<sup>817</sup> ainsi que toutes autres circonstances de nature à altérer cette confiance à l'instar de la non constitution des garanties promises, la transformation de la forme de la société, la condamnation pénale, la difficulté de l'entreprise...

• **La non-constitution des garanties promises**

**475.** « Les sûretés sont les filles du crédit »<sup>818</sup>, cette phrase souligne l'importance des sûretés dans la décision du banquier d'octroyer le crédit. En effet, le banquier n'accorde sa confiance et par conséquent, son financement qu'à celui qui lui offre une sécurité optimale sur le remboursement. Or, les sûretés sont conçues pour répondre à ce souci de remboursement. Aussi, généralement lorsque le banquier accorde son concours il va exiger la constitution de sûretés. La constitution de sûretés nécessite la plupart du temps des lourdes formalités<sup>819</sup>, ce qui implique un laps de temps plus ou moins long. Il arrive qu'au moment de la conclusion du contrat de crédit, l'emprunteur conclut une promesse de sûretés avec le banquier en attendant l'accomplissement des formalités de constitution. Si après le délai accordé par le banquier au client afin d'accomplir ces formalités l'emprunteur n'accomplira pas les formalités et que le client ne constitue donc pas la sûreté promise, le banquier est en droit de rompre le crédit.

• **La dissolution ou la transformation de la forme de la société**

**476.** Le contrat de crédit est un contrat dans lequel *l'intuitu personae* est très accentué. Ainsi le changement intervenu sur les qualités du client peut avoir une incidence sur la

---

<sup>815</sup> RIVES-LANGE et CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd. 1990, p. 594.

<sup>816</sup> GAVALDA et STOUFFLET, *Droit bancaire*, 3<sup>e</sup> éd., Litec 1997, p. 581.

<sup>817</sup> *Infra* p. 29.

<sup>818</sup> CABRILLAC et MOULY, *Droit des sûretés*, LexisNexis 2004, p. 5.

<sup>819</sup> V. par exemple l'article 10 concernant la forme du cautionnement et article 188 concernant les formalités à suivre pour la constitution d'hypothèque de la Loi 2003-041 relative aux sûretés.

continuité de la relation. La confiance que le banquier a sur son emprunteur qui lui a permis de lui octroyer son concours s'assoit sur des qualités personnelles et subjectives du client. Par conséquent il est déraisonnable de ne pas autoriser la révocation du crédit lorsque les qualités prises en considération au moment de l'octroi du crédit subissent un changement tel que la confiance du banquier en pâtit. C'est le cas lorsque la société est dissoute ou se transforme en une autre société. Par exemple si une société en nom collectif (SNC) se transforme en une SARL, le banquier est en droit de croire que sa garantie de remboursement diminue puisque dans une SARL il ne peut plus compter sur la pluralité des débiteurs solidaires en la personne des associés étant donné que contrairement aux SNC, dans la SARL, les associés ne sont pas indéfiniment et solidairement responsables du passif social, ils le sont jusqu'à concurrence de leurs apports<sup>820</sup>.

Concernant la dissolution il est clair que la personnalité morale de la société disparaît et le banquier ne peut pas continuer à financer une société qui n'existe plus.

- **La condamnation pénale**

**477.** La condamnation pénale est une cause légitime de rupture de contrat de crédit conclu à durée déterminée surtout lorsque celle-ci concerne la personne physique qui dirige l'entreprise et qui est de nature à justifier la perte de confiance. Pour le droit français qui connaît la responsabilité pénale des personnes morales, la condamnation pénale de l'entreprise peut motiver l'interruption anticipée du crédit. La condamnation pénale dont il est question ici est celle qui concerne les infractions aux affaires telles que l'escroquerie.

- **La difficulté de l'entreprise**

**478.** Comme il a été expliqué plus haut, la situation financière de l'emprunteur est l'un des plus importants des éléments objectifs sur lesquels repose la confiance du banquier. De ce fait, la question se pose de savoir si le banquier peut se retirer lorsque les conditions financières du client ne sont plus à la hauteur de ses espérances. Il est très difficile de laisser le banquier rompre le contrat précisément au moment où le client a le plus besoin de son concours. En effet, le concours bancaire est l'un des moyens efficaces pour se sortir d'une mauvaise passe. Et la rupture de crédit au moment inopportun peut entraîner la société au bord de précipice. Ce qui est à éviter, vu qu'on cherche toujours à sauvegarder l'entreprise. Cependant, il peut arriver que la société se trouve dans une difficulté telle que le concours

---

<sup>820</sup> V. article 285 et article 325 de la loi n° 2003-036 du 30 janvier 2004 sur les sociétés commerciales.

bancaire au lieu de l'aider aggravera encore plus le cas de l'entreprise. C'est le cas lorsque le concours n'est qu'un moyen artificiel pour retarder la cessation des paiements. Si le banquier n'a pas su discerner à temps la situation irrémédiablement compromise de l'entreprise, il pourrait être poursuivi pour soutien abusif du crédit<sup>821</sup> ou même pour complicité de banqueroute.

Bref, le banquier ne pourra rompre le contrat si le client est encore dans une difficulté passagère, son concours pourra l'aider à s'en sortir. Il en est autrement lorsque l'exploitation est vouée à la liquidation des biens. Il est à remarquer alors que la défiance du banquier causée par la situation de difficulté de son client est sacrifiée sur l'autel du besoin de sauvegarder l'entreprise en difficulté. Même si le banquier n'a plus confiance en la viabilité de la société, il ne peut refuser d'exécuter son obligation que si l'entreprise est vouée à la disparition, qu'elle n'a plus de chance de survie.

**479.** On a pu expliquer que l'article 78 de la loi sur l'activité et le contrôle des établissements a exclu de son champ d'application la rupture des conventions de crédit conclues à durée déterminée. Ce, parce que le principe étant qu'il est interdit d'interrompre un contrat à durée déterminée avant le terme. Or, il a été constaté que la rupture anticipée est parfois justifiée, mais la loi n'a pas donné les formalités à suivre pour cette rupture. On se demande s'il faut suivre celles prévues pour les conventions à durée indéterminée ou au contraire la rupture peut se faire sans préavis et sans notification. A notre avis, la rupture à l'arrivée des termes ne nécessite de notification encore moins de préavis. La question reste entière lorsqu'il s'agit d'une rupture anticipée. Si le banquier se rend compte par exemple de la non-constitution de garantie promise à la date convenue, il est logique d'estimer qu'il doit lui adresser une mise en demeure<sup>822</sup> d'exécuter son obligation avec mention selon laquelle s'il ne s'exécute pas le banquier interrompra son crédit. Cette formalité vaudrait préavis et notification. Pour la dissolution ou la transformation de la société, la condamnation pénale ou la situation irrémédiablement compromise le préavis ne semble pas nécessaire parce que cela augmentera le risque de non remboursement du banquier. L'emprunteur pourra par exemple être tenté de faire fuir son patrimoine par le biais d'une simulation<sup>823</sup>. La notification doit en tout état de cause être nécessaire, puisque l'emprunteur a le droit d'être informé du changement intervenu dans le contrat.

---

<sup>821</sup> V. *Infra*, Le soutien abusif du crédit, p. 238 et s.

<sup>822</sup> Article 188 de la LTGO.

<sup>823</sup> V. article 161 à 163 de la LTGO.

**480.** En dehors de la distinction entre contrat à durée déterminée et contrat à durée indéterminé, l'article 78 opère également une distinction entre un concours occasionnel et concours habituel.

### **B- La distinction entre crédit ponctuel et crédit habituel**

**481.** Lorsque l'octroi du crédit est fait d'une manière ponctuelle, l'emprunteur n'a aucun droit au renouvellement. Le banquier ne commet ainsi une faute en ne lui accordant plus le concours. Tel est par exemple le cas lorsque la banque permet au débiteur d'assurer ses échéances une seule fois. Ce faisant le banquier ne s'engage pas à le couvrir chaque fin de mois, et ne commet aucune faute en ne le renouvelant pas<sup>824</sup>. Seuls les crédits qui sont accordés à titre habituel entre dans le champ d'application de l'article 78. Une opération isolée n'est ainsi qu'une opération de caisse. La Cour de cassation a jugé que « lorsqu'elle exécute, de manière ponctuelle, un ordre de virement bien qu'il n'existe pas de provision préalable suffisante, la banque consent, à due concurrence, une simple facilité de caisse à son client, sur la demande implicite de celui-ci »<sup>825</sup>. Aussi, sont des crédits ponctuels les facilités de caisse qui sont considérés comme une tolérance exceptionnelle et non un crédit au sens juridique du terme<sup>826</sup>. Ces facilités ne donnent pas droit au renouvellement et l'interruption ne nécessite ni un préavis ni une notification.

**482.** Il est pourtant assez difficile de différencier une facilité de caisse de véritable crédit lorsque la convention n'est pas passée par écrit. La jurisprudence a sorti des critères de différenciation à partir des cas qui lui ont été soumis. Le plus significatif d'entre eux c'est le critère de la durée du concours : lorsque le découvert est accordé d'une manière permanente, la jurisprudence retient l'existence du crédit<sup>827</sup> par contre lorsqu'il est accordé pendant un laps de temps assez bref, il s'agit de facilité de caisse<sup>828</sup>. La jurisprudence estime donc que la permanence de découvert permet de qualifier celui-ci de crédit et dès lors la procédure de rupture prévue par l'article 78 doit être respectée. En réalité le problème ne devrait pas se poser puisque l'article 78 de la loi malgache et l'article L. 313-12 du Code monétaire et

---

<sup>824</sup> Com. 20 décembre 1988, n° 87-11.983.

<sup>825</sup> Com., 28 février 2006, *Bull. civ.* IV, n° 54 ; *D.* 2006, AJ854, obs. V. Avena-Robardet ; *RTD civ.* 2006.769, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2006. 458, obs. D. Legeais ; *ibid.* 904, obs. B. Bouloc ; *D.* 2007. Somm. 1901, obs. Ph. Delebecque.

<sup>826</sup> R. ROUTIER, *op. cit.*, n°312.22, p. 314.

<sup>827</sup> CA Paris, 31 janvier 1991, *D.*1991. IR 57 ; *ibid.* 1992. Jur.298, note A. Tridi.

<sup>828</sup> Com. 30 juin 1992, *Bull. civ.* IV, n° 251 ; *RD bancaire et bourse* 1992, p. 246, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.

financier impose que le délai de préavis doit être fixé au moment de la conclusion du contrat de crédit<sup>829</sup>, ce qui implique que cette convention doit être passé par écrit.

**483.** L'article 78 exclut enfin de son champ d'application les crédits aux particuliers.

### **C- Les crédits aux entreprises et les crédits aux particuliers**

**484.** L'article 78 précise que la procédure ne concerne que les crédits « qu'un établissement de crédit consent à une entreprise » ce qui exclut les crédits aux particuliers. La rupture des crédits aux particuliers est régit par le Code de la consommation qu'on va étudier dans le titre suivant. Est une entreprise une « unité économique qui implique la mise en œuvre de moyens humains et matériels de production ou de distribution des richesses reposant sur une organisation préétablie »<sup>830</sup>. C'est donc une entité qui exerce une activité économique de production ou de distribution c'est-à-dire une activité qui consiste à offrir à titre onéreux des biens ou des services sur un marché donné à la différence d'un simple particulier. L'article 78 en droit malgache et l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier en droit français ne concernent ainsi que les crédits octroyés à ces entités. Ces entités peuvent prendre soit la forme d'une entreprise individuelle soit d'une société.

**485.** Une entreprise est dite individuelle lorsqu'un fonds de commerce est exploité par une personne physique déterminée dans laquelle tout le patrimoine du commerçant constitue le gage général des créanciers chirographaires. Les biens personnels ainsi que les biens communs des époux répondent des dettes de l'entreprise. Le propriétaire de l'entreprise est commerçant, il est tenu à toutes les obligations qui pèsent sur le commerçant entre autre à la tenue des livres comptables.

**486.** Quant à la notion de la société, celle-ci « est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leurs industries en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter »<sup>831</sup>. C'est une forme d'entreprise dans laquelle il y a une mise en commun des apports dans un but lucratif et impliquant la contribution aux pertes dans le cas où

---

<sup>829</sup> Article 78 de la Loi n° 95-030 et art. L. 313-12 du Code monétaire et financier français : « 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 et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours ».

<sup>830</sup> Lexique des termes juridiques, Dalloz 2014, v° Entreprise, p. 394.

<sup>831</sup> Article 1<sup>er</sup> de loi n° 2003-036 du 30 janvier 2004 sur les sociétés commerciales et article 2, alinéa 1 de la loi n° 2001-026 du 3 septembre 2004 sur le contrat de société et la société civile.

l'exploitation serait déficitaire. A côté de la forme classique de société qui implique la pluralité d'associés, la loi prévoit également une société unipersonnelle qui n'a qu'un seul associé<sup>832</sup>. La différence entre une société unipersonnelle et une entreprise individuelle c'est que dans la première c'est la société qui est commerciale et non l'associé unique. Le patrimoine de la société est distinct de celui de l'associé unique. Alors que pour la deuxième, l'entreprise individuelle, c'est le propriétaire de l'entreprise, c'est-à-dire la personne physique qui exerce l'activité commerciale par le biais de l'entreprise qui est commerçant et il y a une confusion du patrimoine de la personne physique avec celui de l'entreprise.

Bref, ces dispositions s'appliquent lorsque le client agit dans le cadre de sa vie professionnelle. On parle alors de crédit accordé aux professionnels.

**487.** Après avoir délimité le champ d'application de l'article 78 la recherche va se focaliser sur la question de savoir : quelles sont les conditions que cet prévoit pour rompre régulièrement un crédit à durée indéterminée autre qu'occasionnel consenti à une entreprise ?

## **§2 : Les conditions de rupture de crédit prévues dans l'article 78**

**488.** La rupture de crédit à durée indéterminée autre qu'occasionnel consenti à une entreprise est qualifiée d'abusive si elle n'est pas faite conformément aux dispositions de l'article 78 de la loi n° 95-030. Ces formalités consistent en un respect d'un préavis et en une notification écrite.

### **A- L'exigence de préavis**

#### **1- Le principe : le respect de préavis**

**489.** Comme en matière de droit commun, en raison de la prohibition de l'engagement perpétuel, tout contrat à durée indéterminée est susceptible de résiliation unilatérale<sup>833</sup>. Aussi, est susceptible de dénonciation unilatérale la convention de crédit à durée indéterminée. Or,

---

<sup>832</sup> Article 2 de loi n° 2003-036 précitée « La société commerciale peut être également instituée, dans les cas prévus par la présente loi, par une seule personne, physique ou morale, dénommée « associé unique », par un acte écrit ».

<sup>833</sup> J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILIAU, *Traité de droit civil, les effets du contrat, sous la dir. de J. GHESTIN*, 2<sup>e</sup> éd., coll. Traités, 1994 n° 264, p. 319 ; Cons. const., décision n°99-419 du 9 novembre 1999, Recueil, p.116, Journal officiel du 16 novembre 1999, p.16 962 ; RJDA 2000, n°29, p.31 ; P. A. 1er décembre 1999, n°239, p.6, note J.-E. SCHOETTL ; RTD civ. 2000, p.109, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; JCP éd. G. 2000, I, 210, note N. MOLFESSIS ; RTD public 2000, p.203 obs. P. BLACHER et J.-B. SEUBE.

toute possibilité de rupture unilatérale implique l'observation d'un préavis. En effet, afin de permettre au cocontractant d'envisager le plus sereinement possible l'après contrat, la rupture est subordonnée au respect d'un délai de préavis.

Le préavis se définit comme « le délai d'attente légal ou d'usage qui doit être observé entre le moment où la personne est informée de la rupture du contrat et la date à laquelle celle-ci s'appliquera effectivement »<sup>834</sup>. Elle correspond pour certains auteurs « au légitime souci d'éviter à la victime de la rupture de subir un préjudice trop important en lui permettant de faire face à la situation et de conclure un nouveau contrat »<sup>835</sup>. D'autres auteurs soulignent quant à eux que l'exigence d'un préavis est « la suite que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature »<sup>836</sup>. Aussi diverses qu'elles puissent paraître, les analyses développées par la doctrine reflètent toutes l'idée d'une nécessaire généralisation du bénéfice du préavis.

Le contrat de crédit fait parties de ces contrats à durée indéterminée pour lequel, le législateur impose expressément l'obligation du préavis. L'article 78 de la loi n° 95-030 dispose expressément 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 et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours ».

**490.** Cet article impose que le délai de préavis soit fixé lors de l'octroi du crédit, c'est-à-dire dans la convention même du crédit. Pourtant, il arrive que le banquier ne le fasse pas ou que les parties n'aient pas conclu un contrat écrit. Est-ce pour autant que le banquier peut ne pas respecter un préavis ? La réponse est bien évidemment négative : que les parties aient prévu ou non le délai de préavis toute interruption ou réduction du crédit prévue par l'article précité doit observer un délai de préavis.

C'est la fixation du délai qui pose de difficulté dans le cas où les parties n'ont rien prévu. Si le droit français dans l'article 313-12<sup>837</sup> ajoute que « ce délai ne peut, sous peine de nullité de la rupture du concours, être inférieur à soixante jours », l'article 78 de la loi malgache n° 95-030 ne prévoit rien sur le délai minimal de préavis. Se pose alors la question de savoir comment les juges malgaches jugent les affaires y afférentes. Généralement on se

---

<sup>834</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° Préavis.

<sup>835</sup> J. AZÉMA, *La durée des contrats successifs*, L G D J, 1969, préface R. NERSON, n°228.

<sup>836</sup> J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, *op. cit.*, n°271, p.325.

<sup>837</sup> D'abord avec le décret du 30 décembre 2005, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2006 puis avec celle de la loi n°2009-1255 du 19 octobre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers, JO 20 octobre 2009, p. 17410.

réfère au droit français et avant l'entrée en vigueur du délai minimal de soixante jours, les juges français se référaient aux usages bancaires<sup>838</sup> puis jugeant que le client n'adhère pas aux usages bancaires, ces usages ne leur sont pas opposables<sup>839</sup>, ils ont décidé qu'il faut respecter un « délai convenable » compte tenu de l'importance des crédits en cause<sup>840</sup>. Pour le droit malgache la question reste entière, puisqu'il n'y a quasiment pas d'arrêt qui parle de rupture de crédit à Madagascar, encore moins du délai de préavis. Pour reprendre les termes d'un commentaire dans des jugements malgaches<sup>841</sup> : « si la question est classique dans les recueils de jurisprudence étrangers, c'est à notre connaissance la première fois qu'elle est posée de manière aussi nette au juge consulaire malgache. En fait, les décisions en matière de droit bancaire publiées dans les revues officielles se comptent sur les doigts d'une main. Sur quelques quarante années, les *bulletins des arrêts de la cour suprême* n'évoquent que deux arrêts en ce domaine auxquels on ajoutera deux autres parus dans la Revue de Droit et jurisprudence de Madagascar [...] et encore, aucun ne traite de la rupture du crédit octroyé à son client par le banquier ! »<sup>842</sup>. On voit par là donc que la question du délai de préavis ne se pose quasiment pas auprès des tribunaux malgaches, les rares décisions concernant la rupture de crédit, consiste surtout en des demandes de remboursement de la part du banquier, la question du délai de grâce demandée par les clients suite à la saisie-conservatoire pratiquée par le banquier<sup>843</sup>. Aussi, force est de constater que si le problème se pose il sera probable que les juges iront se référer à l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier français quoi

---

<sup>838</sup> CA Paris, 28 mars 1989, D. 1989. IR 129 : « Le concours à durée indéterminée autre qu'occasionnel ne peut être interrompu qu'à l'expiration d'un délai de préavis qui est selon les usages bancaires de trente jours pour les crédits d'escompte et de soixante jours pour les autres formes de crédit ».

<sup>839</sup> Com. 4 mai 1999, *Bull. civ. IV*, n° 90; *Defrénois* 1999, 997, note Ph. Delebecque ; D. *Affaires* 2000.191, note J. Djoudi ; *JCP E* 2000, p. 895, note P. Neau-Leduc.

<sup>840</sup> Com. 11 janvier 2005, *RD banc.fin.* 2005, p.35, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; *Dr. Sociétés* 2005, n° 85, obs. F.-G. Trébulle.

<sup>841</sup> Trib. de commerce d'Antananarivo, 10 octobre 2008, n° 218-C, *jugements commentés du tribunal de commerce d'Antananarivo, Année 2008*, t1, coopération franco-malgache et *Jurid'ika* 2011, p. 295 et 296 ; Trib. de commerce d'Antananarivo, 10 octobre 2008, n° 220-C, *jugements commentés du tribunal de commerce d'Antananarivo, Année 2008*, t1, coopération franco-malgache et *Jurid'ika* 2011, p. 297 à 300 ; Trib. de commerce d'Antananarivo, 14 novembre 2008, n° 242-C, *jugements commentés du tribunal de commerce d'Antananarivo, Année 2008, t1*, coopération franco-malgache et *Jurid'ika* 2011, p. 300 à 304 ; Trib. de commerce d'Antananarivo, 13 juin 2008, n° 149-C, *jugements commentés du tribunal de commerce d'Antananarivo, Année 2008, t1*, coopération franco-malgache et *Jurid'ika* 2011, p. 305 à 307 ; Trib. de commerce d'Antananarivo, 7 août 2008, n° 185-C, *jugements commentés du tribunal de commerce d'Antananarivo, Année 2008, t1*, coopération franco-malgache et *Jurid'ika* 2011, p. 308 à 312.

<sup>842</sup> RAMAROLANTO-RATIARAY commentaire sous les arrêts précités *dans jugements commentés du tribunal de commerce d'Antananarivo, Année 2008*, t1, coopération franco-malgache et *Jurid'ika* 2011, p.316.

<sup>843</sup> Trib. de commerce d'Antananarivo, 10 octobre 2008, *op.cit.* ; trib. de commerce d'Antananarivo, 14 novembre 2008, *op.cit.* ; trib. de commerce d'Antananarivo, 13 juin 2008, *op.cit.* ; trib. de commerce d'Antananarivo, 7 août 2008, *op.cit.*

que des fois, les juges malgaches jugent plus à partir du sens de l'équité et de justice qu'à partir d'une base légale<sup>844</sup>.

**491.** Enfin il est à noter que malgré le fait que l'exigence de préavis dans la rupture de crédit est consacrée par le législateur aussi bien en droit malgache qu'en droit français, certains auteurs<sup>845</sup> estiment que le droit de crédit devrait faire exception au droit commun et qu'on ne devrait pas y exiger le respect du préavis. Selon eux, si le banquier est tenu de respecter un préavis, le client, par définition en mauvaise posture, aura tout le temps de porter son débit au maximum autorisé alors même qu'il peut très bien arriver qu'au moment de la découverte de la cause de défiance, le crédit n'était que partiellement utilisé. Pour eux, l'imposition de préavis à la charge du banquier serait irréaliste.

**492.** L'article 78 impose ainsi au banquier qui veut rompre ou réduire un crédit à durée indéterminée autre qu'occasionnel consenti à une entreprise le respect de délai de préavis. Le législateur a cependant posé deux exceptions à cette exigence : le comportement gravement répréhensible de l'emprunteur et la situation irrémédiablement compromise de l'entreprise.

## **2- Les exceptions légales au respect du délai de préavis**

**493.** L'alinéa 2 de l'article 78 ajoute à côté du principe de respect de préavis que « 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 du crédit ou au cas où la situation de ce dernier s'avérerait irrémédiablement compromise ».

### **a- Le comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit**

**494.** A partir du moment où le client a commis un acte gravement répréhensible, il n'est plus digne de confiance, donc il n'est plus digne de crédit. Puisqu'il n'y a pas de

---

<sup>844</sup> RAMAROLANTO-RATIARAY commentaire sous les arrêts précités dans *jugements commentés du tribunal de commerce d'Antananarivo, Année 2008, t1*, coopération franco-malgache et Jurid'ika 2011, p.317 : « On aurait juste souhaité qu'il fasse une référence expresse à la loi bancaire ou à toute autre texte significatif auquel il estime devoir faire appel pour étayer ses motivations car une condamnation basée sur son simple sens de l'équité ou de la justice peut s'avérer bien fragile face au pharisaïsme de certains plaideurs aux abois ».

<sup>845</sup> GAVALDA et STOUFFLET, *op.cit.*, p.

définition légale ni jurisprudentielle précise de ce qu'on entend par comportement gravement répréhensible, les juges l'apprécient au cas par cas. Il faut seulement retenir qu'il s'agit d'un comportement « déviant »<sup>846</sup> du débiteur. Le comportement gravement répréhensible peut se présenter de différentes manières.

L'appréciation n'est pas difficile lorsqu'on se trouve en face des comportements délictueux constituant une infraction pénale. Toutes les fois où le comportement du client aura une coloration pénale, la preuve de sa gravité n'est pas difficile à apporter. Tels sont les cas de la remise d'effets de complaisance<sup>847</sup>, l'établissement des faux bilans<sup>848</sup> ou des factures fictives.

En revanche en dehors de ces cas, il n'est pas du tout aisé de qualifier ce comportement. CREDOT et GERARD<sup>849</sup> affirment que le comportement gravement répréhensible implique un comportement dolosif, une intention de nuire c'est-à-dire une volonté consciente d'abuser le crédit du banquier qui consiste en comportement déloyal du client vis-à-vis de son banquier. La jurisprudence estime que ce comportement gravement répréhensible, s'il n'est pas constitutif d'un fait délictueux, doit consister en une conjonction de plusieurs circonstances.

Nous allons citer d'une manière non exhaustive quelques exemples de situations qui caractérisent le comportement gravement répréhensible. Ont été considérés comme gravement répréhensibles les dépassements importants et répétés de l'autorisation de découvert, malgré les nombreuses mises en garde de la banque<sup>850</sup>. De même constitue un comportement gravement répréhensible l'entreprise qui n'a pas fourni les documents et la sûreté qui lui étaient demandés pour assainir sa situation par un financement mieux adapté<sup>851</sup>, qui a omis de remettre sur son compte une créance comme elle s'y était engagée, alors que l'annonce de

---

<sup>846</sup> R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 312.52, p. 320.

<sup>847</sup> Com ; 8 mars 2005, *Bull. civ.* IV, n° 45; *D.* 2005, *AJ* 950, obs. Avena-Robardet; *RTD com.* 2005.571, obs. M. Cabrillac ; *RD banc. Fin.* Mai-juin 2005, p. 12, note F.-J. Crédot ; *Banque et droit* septembre- octobre 2005, n° 103, p. 70, note T. Bonneau ; *Gaz. Pal.* 21 juin 2006, n° 176, p. 7, note F. Boucard : « Si un établissement de crédit suspecte son client de procéder à un circuit d'effets de complaisance constituant un comportement gravement répréhensible, il n'est pas tenu de lui accorder un délai avant de rejeter de nouveaux chèques litigieux peu important l'ancienneté de ce type d'opération ».

<sup>848</sup> Com. 20 juin 2006, *Bull. civ.* IV, n° 148; *D.* 2006, *AJ* 1886, obs. V. Avena-Robardet; *RTD com.* 2006.891, obs. D; Legeais; *JCP G* 2006.IV. 2582, *JCP E* 2006, p. 2036, n° 44, obs. J. Stoufflet.

<sup>849</sup> Sous Com., 2 juin 1992, *RD bancaire et bourse* 1992, p. 246.

<sup>850</sup> Com. 2 novembre 1994 , *RJDA* 3 mars 1995 n° 310 ; *Quot.jur.* 13 décembre 1994, p.5..

<sup>851</sup> Com. 2 juin 1992 *RJDA* 8 septembre 1992 n° 853 ; *Bull. civ.* IV, n° 213 ; *Défrénois* 1993, 1577, note Honorat : la situation « s'aggravait en permanence, alors que la carence de la société à fournir les documents et la sûreté qui lui étaient demandés pour assainir la situation par un financement mieux adapté aux besoins de sa gestion et à la garantie du créancier devenait évidente ».

cette opération avait garanti le maintien d'un important découvert<sup>852</sup> ou qui a cédé à la banque par bordereau Dailly des créances manifestement éteintes<sup>853</sup>. Ces actes sont souvent des fautes d'inexécution des obligations contractuelles, mais l'on constate surtout, que dans tous les cas, son comportement doit laisser supposer que le client ait porté atteinte au rapport de confiance régnant dans les conventions de crédit.

**495.** Il est toutefois important de remarquer que la notion de comportement gravement répréhensible ne peut pas coïncider avec la notion très large de perte de confiance. La confiance, étant une notion très subjective, il arrive très souvent que seul le banquier aurait remarqué un acte entraînant la perte de sa confiance à l'exclusion du juge saisi. Le juge se base sur les faits matériels alors que le banquier peut très bien s'appuyer sur des impressions et méfiance qui ne se manifestent pas toujours matériellement, du moins au début de la suspicion. C'est ainsi qu'un arrêt français<sup>854</sup> a décidé que la seule mise en examen pour faux et escroquerie ne caractérise pas en soi le comportement gravement répréhensible. Ce, parce que premièrement le principe de présomption d'innocence s'y oppose mais deuxièmement « la seule perte de confiance du banquier, fondée ou non, n'est pas de nature à justifier une rupture sans préavis »<sup>855</sup>.

### **b- La situation irrémédiablement compromise de l'emprunteur**

**496.** La seconde exception légale à l'obligation de respecter le préavis est la situation irrémédiablement compromise de l'emprunteur. Si le client se trouve dans une situation irrémédiablement compromise, le banquier aura le droit d'arrêter le concours bancaire sans respecter un délai de préavis. On dira même que le banquier a l'obligation de procéder à cette interruption de concours lorsque le client se trouve dans cette situation sous peine d'être poursuivi pour soutien abusif du crédit.

« On considère généralement que la situation irrémédiablement compromise, qui n'est pas définie par la loi, est constituée dès lors que, au moment où il est mis fin au crédit, l'entreprise bénéficiaire se trouve dans l'impossibilité de poursuivre l'exploitation ou dès lors

---

<sup>852</sup> Com. 10 octobre 2000 n°1663.

<sup>853</sup> CA Aix-en-Provence 14 décembre 1990, *Banque* 1991 p. 657.

<sup>854</sup> CA Rouen, 6 mai 1999, *JCP E* 2000, p. 1014.

<sup>855</sup> R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 312.52, p. 320.

que le dépôt de bilan de l'entreprise apparaît inéluctable »<sup>856</sup>. La continuation du concours de la banque dans de telles circonstances l'exposerait du reste à être poursuivie pour soutien abusif. La notion est « sévèrement appréciée »<sup>857</sup> par les juges.

**497.** Plusieurs situations qui alarment le banquier ne sont pas jugées irrémédiablement compromises par le juge. Une situation simplement alarmante n'est pas irrémédiablement compromise<sup>858</sup>. La situation irrémédiablement compromise ne se confond pas non plus avec celle de cessation des paiements qui, autorisant l'ouverture d'une procédure collective, se définit comme l'impossibilité où se trouve le débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible<sup>859</sup>. Ainsi, le fait que le tribunal, ayant ouvert la procédure collective du bénéficiaire du crédit, ait fait remonter la date de cessation des paiements à une date antérieure à celle de la rupture du concours bancaire ne suffit pas à considérer que la situation était alors irrémédiablement compromise et à exonérer de toute responsabilité la banque qui a rompu brutalement les crédits accordés<sup>860</sup>.

De même, une banque ne peut pas valablement rendre immédiatement exigible un crédit à durée déterminée pour la seule raison qu'elle a appris la cessation des paiements du bénéficiaire le jour même de sa décision<sup>861</sup>.

D'ailleurs l'ouverture d'une procédure collective n'autorise pas la banque à mettre fin à ses concours, le banquier ne peut rompre brutalement son concours que si « la situation de l'entreprise la conduit inéluctablement à être liquidée ou la met dans l'impossibilité de faire face à la poursuite de son exploitation »<sup>862</sup>. A l'inverse, le fait qu'un plan de continuation ait été adopté dans le cadre du redressement judiciaire de l'entreprise ne permet pas de démontrer *a posteriori* que celle-ci n'avait pas pu se trouver en situation irrémédiablement compromise avant l'ouverture de la procédure<sup>863</sup>.

**498.** Il est cependant à noter que la liquidation judiciaire n'est pas la seule situation qui peut caractériser la situation irrémédiablement compromise, on a par exemple le cas où l'entreprise « ne peut mettre en œuvre les mesures nécessaires à un retour à des conditions

---

<sup>856</sup> IDEF, « Situation irrémédiablement compromise : distinction avec l'état de cessation des paiements », éd. Francis LEFEBVRE, 2005.

<sup>857</sup> R. ROUTIER, *op. cit.*, N° 312.53, p. 321.

<sup>858</sup> Com. 2 novembre 1994, *RJDA* 1995, n° 311.

<sup>859</sup> C. com. art. L 621-1, al. 1

<sup>860</sup> CA Paris 20-octobre 1998, 15e ch. A, *Banque Sclabert Dupont*.

<sup>861</sup> Com. 25 mars 2003 n° 573, *RJDA* octobre 2003, n° 994.

<sup>862</sup> CA Douai, 17 janvier 1991, *Rev. Banque* 1991.657 obs. J.-L. Rives-Lange.

<sup>863</sup> Com. 19 octobre 1999 n° 1511, *RJDA* janvier 2000, n° 78.

normales d'exploitation en dehors d'une procédure de redressement judiciaire »<sup>864</sup>. En ce sens, certains auteurs estiment qu'il faut voir « si l'entreprise est ou sera rentable. L'entreprise qui ne peut poursuivre son exploitation qu'au prix de la protection du tribunal [...] ou autrement dit qui ne peut par ses seuls moyens éviter le dépôt de bilan est dans une situation irrémédiablement compromise. Mais seul le tribunal appréciera si, au prix de « remèdes » importants, elle pourra continuer à vivre »<sup>865</sup>. Il est à remarquer qu'il appartient au banquier d'apporter la preuve de la situation irrémédiablement compromise de l'entreprise cliente<sup>866</sup>.

**499.** En conclusion, il est important de noter que les deux exceptions légales : le comportement gravement répréhensible et la situation irrémédiablement compromise sont des limites au principe du respect de préavis. Par conséquent, elles ne libèrent pas le banquier de son obligation de notification écrite<sup>867</sup>.

### **3- Les autres exceptions au principe du respect de préavis**

**500.** En plus de ces deux exceptions légales expressément prévues par l'article 78 alinéa 2 de la loi sur la banque, on peut constater d'autres exceptions à ce principe de respect de préavis.

**501.** On a tout d'abord, l'accord des parties lors de la conclusion du contrat. Partant du principe qu'on peut déroger par des conventions les lois qui n'intéressent pas l'ordre public et les bonnes mœurs<sup>868</sup>, les parties peuvent parfaitement convenir par contrat le non-respect du délai de préavis. Tel est le cas lorsque le contrat prévoit la dispense de préavis. Ainsi est valable, la clause d'exigibilité immédiate et de plein droit de crédit en cas de survenance de certaines conditions comme la dépréciation de garantie par exemple<sup>869</sup>. Il à signaler qu'une clause d'exigibilité anticipée n'est opposable au client que si elle est prévue dans l'offre de

---

<sup>864</sup> R. ROUTIER, *op.cit.*, n° 312.53, p. 321 ; V. également F.-J. Crédot, « Risque juridique et crédit bancaire aux entreprises », *LPA* 7 juillet 1993, p. 12.

<sup>865</sup> COUDERT J.-L. et MIGEOT P., « Appréciation par l'expert du comportement du banquier dans la distribution du crédit », *LPA* 3 mai 1993, p. 10.

<sup>866</sup> Trib. de commerce d'Antananarivo, 4 septembre 2008, n° 197-C, *jugements commentés du tribunal de commerce d'Antananarivo, Année 2008*, t.2, Coopération franco-malgache et Jurid'ika 2012, p. 295 et 297 ; CA Grenoble, 29 mars 2001, *JCP E* 2002, n° 14, p. 553.

<sup>867</sup> Com. 19 février 1991, *D.* 1992. Somm.27, obs. M. Vasseur ; *RTD com.* 1991.421, obs. M. Cabrillac ; *Rev. Banque* 1991, p. 431, obs. J.-L. Rives-Lange.

<sup>868</sup> Article 6 du Code civil : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

<sup>869</sup> Civ. 1<sup>re</sup> , 18 février 1997, *JCP E* 1998, p. 322, obs. C. Gavalda et J. Stoufflet.

crédit<sup>870</sup>. On ne cesse de répéter que la dispense de préavis n'emporte pas dispense de notification écrite<sup>871</sup>.

**502.** A côté de dispense préalable de préavis, on peut également rompre ou réduire le crédit sans préavis d'accord partie. Les parties peuvent décider expressément qu'elles désirent mettre fin à leur convention de crédit. Le problème d'interprétation peut se poser lorsque cette volonté n'est pas stipulée expressément et que les juges doivent chercher la commune intention des parties. Il a été ainsi jugé que la décision de substituer un nouveau crédit à un calendrier de résorption de découvert peut être interprétée comme une volonté de mettre fin à l'ancien contrat de crédit<sup>872</sup>. L'accord des parties pour réduire le concours est également valable au même titre que la rupture<sup>873</sup>.

### **B- L'exigence d'une notification écrite**

**503.** A partir du moment que le crédit entre dans le champ d'application de l'article 78, pour réduire ou interrompre celui-ci, il faut une notification écrite de la part de la banque. L'obligation de notifier subsiste même dans les cas où la loi autorise le non-respect de préavis<sup>874</sup>.

**504.** La notification doit être faite dans des termes clairs et non équivoques manifestant explicitement la volonté de réduire ou de rompre le concours<sup>875</sup>. Cette notification doit être écrite et l'information verbale de réduction ou d'interruption du crédit n'est pas suffisante pour libérer le banquier de son obligation<sup>876</sup>.

**505.** La loi ne précise pas dans quelle forme cette notification doit être faite. Mais pour que le banquier puisse prouver son existence, il est important qu'elle soit faite par une lettre recommandée avec accusé de réception. La décision de la Cour d'appel de Reims a statué dans cette voie quand elle a affirmé qu' «une lettre simple ne peut constituer la notification de la rupture de crédit, laquelle implique, compte tenu de l'importance de la décision pour le

---

<sup>870</sup> CA Colmar, 6 décembre 200, *JurisData* n° 191453.

<sup>871</sup> Com. 10 juin 1997, *Bull.civ.* IV, n° 175; *RD bancaire et bourse* 1997, p. 218, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; *RTD com.* 1997.657, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

<sup>872</sup> Com. 25 février 2004, n° 01-17.599.

<sup>873</sup> Com. 14 janvier 1992, *Bull. civ.* IV, n° 11; *RD bancaire et bourse* 1992, p. 72, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.

<sup>874</sup> Com. 19 février 1991, précité.

<sup>875</sup> Com. 18 mai 1993, *Rev.Banque* 1993, p. 100, obs. J.-L. Guillot.

<sup>876</sup> Com. 10 juin 1997, *Bull. civ.* IV, n°175 ; *RD bancaire et bourse* 1997, p.216, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; *RTD com.* 1997.657, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

débiteur et de la nécessité d'attirer particulièrement son attention, le recours à une lettre recommandée avec avis de réception ». <sup>877</sup> Une simple lettre est jugée trop banale, vu l'importance de la mesure. Une lettre recommandée avec accusé de réception est ainsi recommandée aussi bien pour la protection du banquier que pour celle de l'entreprise, étant donné les conséquences qu'entraînerait la rupture du crédit pour cette dernière. Mais d'autre part, la Cour de cassation a décidé qu'un simple courrier retenant la date de réception est valable<sup>878</sup>. Toujours par rapport à la gravité de la mesure du banquier, on a jugé fautive, une lettre qui n'est pas adressée au véritable intéressé, c'est-à-dire que la notification doit être envoyée au dirigeant et non au directeur administratif et financier.

**506.** Il est à signaler qu'indépendamment de la notification écrite qui est obligatoire pour la dénonciation de crédit, en cas de dépassement de découvert par le client, le banquier a l'obligation de lui notifier ce dépassement. Ainsi, l'envoi d'une notification écrite pour rompre ou réduire le crédit ne lui enlève pas cette obligation concernant le dépassement. En effet, le banquier qui ne notifie pas un dépassement du crédit à l'emprunteur commet une faute engageant sa responsabilité<sup>879</sup>.

**507.** Le banquier a l'obligation de notifier par écrit sa décision de réduire ou d'interrompre le concours, par contre le législateur ne précise pas qu'il faut motiver cette décision. Puisque l'article 78 ne prévoit qu'une « condition d'ordre formelle à savoir une notification écrite et un préavis, *a contrario*, pour une cause quelconque le banquier pourra réduire ou interrompre son concours à la seule condition d'en aviser son client »<sup>880</sup>. La rupture n'est donc pas abusive du seul fait qu'elle n'est pas motivée<sup>881</sup>. Il ne faut cependant pas oublier que « le droit cesse où l'abus commence », ce qui signifie que toute rupture faite pour des motifs malveillants est abusive et engage la responsabilité du banquier<sup>882</sup>.

**508.** La problématique des conditions de la rupture d'un concours étant résolue il nous faut maintenant étudier quelle sera la sanction de la rupture du crédit qui n'a pas suivi ces conditions.

---

<sup>877</sup> CA, Reims, 31 juill. 1996, n° 049347.

<sup>878</sup> Com., 2 mars 1993, *Bull. civ. IV*, n°88 ; *RD bancaire et bourse* 1993, n°40, p.228, note Gavalda ; *RTD com.* 1993.553, obs. M. Cabrillac et B.Teyssié.

<sup>879</sup> Com., 2 octobre 1990, *RD bancaire et bourse* 1991, p. 100, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; *RTD com.* 1991.420, obs. M. Cabrillac et Teyssié.

<sup>880</sup> Riaka RAKOTIBE commentaire sous trib du commerce d'Antananarivo, 4 septembre 2008, n°197-C, *jugements commentés du tribunal de commerce d'Antananarivo, Année 2008, t2*, Coopération franco-malgache et jurid'ika 2012, p.299.

<sup>881</sup> Com., 27 octobre 1998, *RJDA* 1998, n° 1399.

<sup>882</sup> CA Paris, 7 mai 2004.

### Section 3 : La sanction de la rupture abusive du crédit

**509.** La première sanction est le rétablissement du concours. Toutes les opérations de débit rejetées dans la limite du découvert pourront être comptabilisées et remise en état<sup>883</sup>. Mais lorsque le rétablissement ne permet pas la réparation intégrale du préjudice causé à l'emprunteur en vertu du principe de la réparation intégrale du préjudice en droit de la responsabilité civile, la victime aura droit à une réparation par équivalence c'est-dire le paiement des dommages-intérêts par le banquier au profit de l'emprunteur<sup>884</sup>.

**510.** Il a été démontré que la brusque rupture du concours ou le refus de crédit sous certaines conditions peut engager la responsabilité du banquier, on va voir dans le chapitre suivant que l'octroi du crédit ou le maintien du crédit par le banquier peut également sous certaines conditions être source de sa responsabilité.

---

<sup>883</sup> R. ROUTIER, *op. cit.*, n°312.41, p. 317.

<sup>884</sup> Article L.313-12, al.3 ; J.-L. Courtier, « Brusque rupture de découvert bancaire : la Haute cour de plus en plus sévère », note s<sup>5</sup> : Com. 18 mai 1993, *LPA* 13 décembre 1993, p. 16 ; D ; Gibirila, « La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit à propos de Com. 18 mai 1993 », *LPA* 25 février 1994, p. 17 ; Com. 10 octobre 2000, *Dr. Sociétés* 2001, n° 3, obs. T. Bonneau ; Com. 13 janvier 1987, *RD bancaire et bourse* 1987, p. 53, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.

### CHAPITRE 3 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER POUR OCTROI DU CREDIT

**511.** Le banquier est fautif lorsqu'il interrompt brusquement son concours car la brusque interruption ou réduction du crédit peut précipiter la cessation des paiements de l'entreprise. A l'inverse, si le banquier continue à soutenir l'entreprise avec ses concours de sorte que ceux-ci ne sert qu'à induire les tiers en erreur sur la solvabilité de l'entreprise, la responsabilité du banquier peut également être recherchée. Lorsque les concours du banquier se poursuivent « au-delà du raisonnable, le banquier pourra voir sa responsabilité engagée »<sup>885</sup>. Selon une jurisprudence classique, tout dispensateur d'un crédit ruineux qui, en l'absence de perspective de développement de l'entreprise du débiteur, rend inéluctable l'effondrement de l'emprunteur, ou qui a accordé ses concours en pleine connaissance de la situation irrémédiablement compromise de l'emprunteur, de manière synthétique tout auteur conscient qu'il finance une activité sans viabilité s'expose à voir sa responsabilité civile engagée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil<sup>886</sup>.

**512.** Pour des raisons d'opportunité économique, afin de minimiser la menace qu'une telle règle pouvait faire planer sur ceux qui financent le développement, et parfois la restructuration des entreprises, le législateur français de 2005<sup>887</sup> a inséré dans le Code de commerce un nouvel article L. 650-1 à cet effet. Dans sa rédaction révisée issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008, l'alinéa 1<sup>er</sup> de cet article dispose que : « Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, 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 disproportionnées à ceux-ci. ». Cet article est placé dans le livre sixième du Code de commerce français relatif aux difficultés des entreprises, on peut dès lors en déduire « qu'il s'agit d'un texte spécial dont l'application est nécessairement cantonnée au soutien abusif d'une entreprise en difficulté »<sup>888</sup>.

---

<sup>885</sup> R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 322.11, p. 344 ; T.BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 1999, n° 732 ; J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. « Précis » 1995, n° 602.

<sup>886</sup> Alexandre Bastos, Guillaume Bouté et Daniel Carton « Clarification du régime de responsabilité pour soutien financier abusif », CMS Bureau Francis Lefebvre, du 15 mars 2013.

<sup>887</sup> Loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises.

<sup>888</sup> R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 322.62, p. 366.

Par conséquent, on va étudier en deux sections différentes la responsabilité du banquier pour soutien abusif lorsque le client se trouve dans une procédure collective d'apurement du passif (section 2) et lorsque celui-ci se trouve en dehors de ladite procédure (section 1). Dans la troisième section, on analysera l'action en responsabilité pour soutien abusif du crédit (section 3).

### **Section 1 : Les crédits fautifs**

**513.** La responsabilité du banquier peut être engagée principalement pour soutien abusif du crédit proprement dit (§1) elle peut également l'être pour crédit ruineux (§2) ou disproportionné (§3) et enfin elle peut l'être à cause des financements prohibés ou illicites (§4).

#### **§1 : Le soutien abusif du crédit**

**514.** Lorsque le concours du banquier est poursuivi au-delà de ce qui aurait dû être, la responsabilité du banquier peut être recherchée. Cette responsabilité est une responsabilité pour faute fondée sur l'article 1382 du Code civil français<sup>889</sup> selon lequel « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Ainsi, même si le concours va au-delà du raisonnable, sans la preuve des trois éléments cumulatifs de l'action en responsabilité civile qui sont : la faute, le préjudice et le lien de causalité entre la faute et le préjudice, la responsabilité du banquier ne saurait être engagée.

La responsabilité du banquier pour soutien abusif du crédit fait l'objet de jurisprudence très abondante et la faute du banquier peut se présenter de différentes manières. La banque commet par exemple une faute si connaissant la situation irrémédiablement compromise de son client, elle continue à lui accorder du crédit en espérant sauver ses mises antérieures<sup>890</sup>. La faute du banquier doit ainsi être prouvée par celui qui agit conformément à la règle *actori incumbit probatio*. On parle de soutien abusif, aussi ne peut-on retenir la faute du banquier que si celui-ci consiste en un soutien abusif c'est-à-dire la faute suppose l'existence d'un abus, et cet abus ne peut se mesurer que par rapport à la situation financière

---

<sup>889</sup> Article 204 de la LTGO en droit malgache.

<sup>890</sup> C. Gavalda s<sup>s</sup> : Aix-en-Provence, 2 juillet 1970, *JCP G* 1971.II. 16686.

de l'entreprise emprunteuse au moment de l'octroi du financement<sup>891</sup>. L'octroi du concours au moment où l'entreprise traverse un moment difficile ne caractérise pas en soi une faute. On l'a vu que la banque est précisément là pour aider l'entreprise à passer ce cap difficile. Ce qui est réprimé c'est le fait de continuer à financer alors que le banquier connaissait que la situation est déjà perdue, que la situation est irrémédiablement compromise ; que le financement ne peut plus sauver l'entreprise ; qu'il n'est là que pour créer une apparence trompeuse de solvabilité de l'entreprise au détriment des cocontractants de celle-ci<sup>892</sup>. En principe, en l'absence d'une situation irrémédiablement compromise, l'agissement du banquier ne peut être qualifié de fautif<sup>893</sup>. La cour d'appel de Paris a toutefois qualifié de fautif l'octroi du concours après une interdiction bancaire en l'absence de situation irrémédiablement compromise<sup>894</sup> alors que l'interdiction bancaire ne prive pas en soi l'interdiction d'obtenir un concours d'un organisme financier<sup>895</sup>.

**515.** Le concours caractéristique de soutien abusif peut être une poursuite d'un crédit déjà octroyé, un renouvellement de crédit, un octroi de crédit ou tout simplement un délai de paiements accordé par l'établissement de crédit au moment où il sait que la situation de l'entreprise est irrémédiablement compromise<sup>896</sup>.

## §2 : Le crédit ruineux

**516.** Le crédit ruineux se distingue du soutien abusif du crédit par le fait qu'ici la faute ne consiste plus dans le montant ou la durée du financement mais dans le prix du service<sup>897</sup>. En effet, le crédit ruineux est un financement qui est considéré comme dommageable pour son bénéficiaire du fait de son incapacité manifeste à le rembourser lorsqu'il lui a été accordé<sup>898</sup>. Ce qui signifie qu'au moment où le banquier accorde son concours, il ne devait pas ignorer que ce concours allait nécessairement entraîner la ruine de l'entreprise à plus ou moins brève

---

<sup>891</sup> R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 322.22, p. 345.

<sup>892</sup> Com. 22 mai 2001, *RD bancaire et financier* septembre-octobre 2001, p. 282, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; *JCP E* 2003, p. 396, obs. J. Stoufflet.

<sup>893</sup> Com. 26 avril 1994, *RD. Bancaire et bourse* 1995, p. 14, n° 4, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.

<sup>894</sup> CA Paris, 4 février 2000, *Gaz. Pal.* 21-22 avril 2000. Jur. 14, note H. Vray.

<sup>895</sup> Com. 15 juin 1993, *Bull. civ.* IV, n° 248 ; *D.* 1993. IR 197 ; *RTD com.* 1994. 84, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

<sup>896</sup> Com. 30 octobre 2000, *Bull. civ.* IV, n° 170 ; *D.* 2001, *AJ* 231 ; Com. 10 décembre 2003, *Bull. civ.* IV, n° 199 ; *D.* 2004, *AJ.* 136, obs. Delpech ; *Bull. Joly* 2004, 491, note F.-X. Lucas ; *RTD com.* 2004. 139, obs. Legeais ; *JCP G* 2004. II. 10057, note A. Bugada ; *JCP E* 2004, p. 282, note D. Legeais ; *Gaz. Pal.* 2004, n° 109, obs. F. -J. Crédot et Y. Gérard ; *Banque et droit* novembre-décembre 2004, p. 19, note G. -A. Likillimba.

<sup>897</sup> R. ROUTIER, *op. cit.* n° 322.23, p. 345.

<sup>898</sup> [www.trader-finance.fr](http://www.trader-finance.fr), Lexique Finance, v. Lettre C.

échéance<sup>899</sup> mais il le fait quand même. Le banquier est fautif à partir du moment où il a octroyé le crédit en sachant que les possibilités financières de l'entreprise ne peuvent pas lui permettre de rembourser le crédit sans entraînant sa ruine, peu importe que la situation de l'entreprise ait ou non été irrémédiablement compromise au moment de l'octroi<sup>900</sup>. Selon la Cour de cassation française, pour être fautif, le financement doit, compte tenu des actifs, du volume d'activité et du chiffre d'affaires « nécessairement et évidemment provoquer une croissance continue et insurmontable des charges financières »<sup>901</sup> pour l'entreprise cliente. La responsabilité du banquier est ainsi engagée lorsque le banquier accorde un financement dont le coût est insupportable pour l'équilibre de la trésorerie de l'entreprise et incompatible avec toute rentabilité et surtout le banquier doit le faire en connaissance de cause<sup>902</sup>.

### §3 : Les financements illicites

**517.** Conformément au droit commun, aucun contrat ne peut avoir un objet illicite ni une cause illicite d'ailleurs. Aux termes de l'article 89 de la LTGO : « La prestation ou l'abstention ne doit en rien être contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public ». L'article 92 poursuit concernant la cause que « Le contrat sans cause ou dont la cause est illicite ne produit aucun effet.

Le financement est illicite quand il est prohibée par la loi, ou contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Ces articles ont pour conséquence la prohibition pour le banquier de fournir en connaissance de cause, des moyens à des activités illicites. Ainsi, le financement

---

<sup>899</sup> Com. 9 juillet 2002, *BRDA 2002*, n° 18, p. 8.

<sup>900</sup> Com. 8 juillet 2003, n° 00-18-757 : « Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt constate, par motifs propres et adoptés, que, dès l'acquisition du fonds de commerce, Mme A... ne disposait d'aucune liquidité, et retient qu'en raison du déficit structurel de trésorerie interdisant à l'entreprise toute rentabilité, celle-ci ne pouvait subsister qu'artificiellement grâce aux concours financiers que la Caisse lui maintenait ; que la cour d'appel, abstraction faite des motifs critiqués par les trois premières et la septième branche du moyen, a pu en déduire que la Caisse ayant commis une faute en consentant néanmoins un nouveau crédit, sans commune mesure avec les possibilités financières de sa cliente, il n'y avait pas lieu de rechercher si la situation de l'entreprise était irrémédiablement compromise et si la Caisse en était exactement informée ; Attendu, en second lieu, qu'ayant, par motifs adoptés, retenu que par la fourniture de fonds à des taux insupportables par Mme A... compte tenu de sa situation financière, la Caisse avait retardé le "dépôt de bilan de l'entreprise" et créé pour les autres créanciers une apparence trompeuse, la cour d'appel a fait ressortir que la Caisse avait commis une faute en relation avec l'aggravation du passif ».

<sup>901</sup> Com. 26 mars 2002, n° 99-19.839 ; Com. 28 janvier 2003, n° 00-13-084 ; Com. 22 mars 2005, *Bull. civ. IV*, n° 67 ; *Gaz. proc. coll.* 2005/2, 6-7 juillet, p. 32, obs. R. Routier ; *D.* 2005, *AJ* 1020, obs. A. Lienhard ; *Bull. Joly* 2005, 1213, note F.-X. Lucas ; *Banque et droit* juillet-août 2005, 71, obs. T. Bonneau ; *JCP G* 2005. IV. 2091 ; *JCP E* 2005. 1676, p. 1975, n° 32, obs. L. Dumoulin ; *RTD com.* 2005. 578, obs. D. Legeais ; *Dr et patr.* Décembre 2005, p. 97, obs. J.-P. Mattout et A. Prüm.

<sup>902</sup> Com. 17 mars 2004, *JCP E* 2005, 782, p. 868, n° 32, obs. J. Stoufflet.

d'une activité illicite est également illicite. La pratique la plus courante en matière de banque est l'escompte d'effets de complaisance ou de bordereaux Dailly sans aucune créance. La banque engage en effet sa responsabilité en participant « à des financements par crédits de « cavalerie » permettant à l'emprunteur de se constituer une trésorerie fictive pour résorber des dettes antérieures et ce à un coup excessif pour lui »<sup>903</sup>. La responsabilité du banquier peut être engagée pour financement illicite lorsque le banquier est partie prenante dans l'opération illicite soit en tant que concepteur, soit en tant qu'établissement qui finance l'opération illicite, soit en tant que conseiller soit en étant informé de l'opération il ne l'a pas déconseillé ou ne s'est pas abstenu de la financer<sup>904</sup>. Comme illustration on a l'exemple du financement d'une opération fictive. Le banquier engage ainsi sa responsabilité en négligeant les informations de nature à l'alerter sur des pratiques frauduleuses, et en acceptant de mobiliser le montant de « Dailly creux » c'est-à-dire en mobilisant le bordereau alors que les factures ne correspondent pas à des créances réelles<sup>905</sup>

**518.** On a vu les cas où la responsabilité du banquier peut être engagée pour octroi ou soutien d'un crédit en période normale c'est-à-dire indépendamment de la difficulté de l'entreprise se trouvant dans une procédure collective d'apurement du passif. Le droit français a édicté une règle particulière lorsque l'entreprise se trouve happée par cette procédure, c'est ce que nous allons développer dans la section suivante.

## **Section 2 : Le soutien abusif du crédit dans le cadre d'une procédure collective d'apurement du passif**

**519.** Selon l'article L. 650-1 alinéa 1 du Code de commerce français issu de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 : « Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, 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 disproportionnées à ceux-ci. ». De cet article on peut déduire qu'en cas d'ouverture de procédure collective d'apurement du passif, le principe est l'irresponsabilité du banquier, la responsabilité du banquier pour soutien abusif est une exception.

---

<sup>903</sup> Com. 6 octobre 1998, *D. Affaires* 1998. 1904, obs. X Delpech.

<sup>904</sup> R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 324.21, p. 380.

<sup>905</sup> Com. 15 juin 1999, *RD bancaire et bourse* 1999, p. 186, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.

## §1 : Le principe d'irresponsabilité du banquier

**520.** L'article L. 650 -1 alinéa 1 affirme le principe d'irresponsabilité des créanciers du fait de l'octroi de concours à une entreprise en difficulté. A partir de la mise en vigueur de cette loi, les établissements de crédit qui ont financé l'entreprise en difficulté ne peuvent plus être tenus responsables des préjudices subis du fait de ses concours sauf dans les trois cas limitativement prévus par le législateur. Cette solution est prise pour assurer la sauvegarde de l'entreprise. En effet, un financement peut être une aubaine pour une entreprise en difficulté, or par crainte d'être poursuivi pour soutien abusif du crédit, le banquier peut se retirer trop tôt et au lieu de sauver l'entreprise, il précipite sa chute, d'où la nécessité d'une règle permettant autant que possible le sauvegarde d'une activité existante<sup>906</sup>.

**521.** Quant au champ d'application du principe, il est évident que les établissements de crédit tels qu'ils sont définis dans l'introduction de cette thèse sont les premiers concernés à côté d'autres créanciers de l'entreprise qui peuvent être d'autres sociétés dans le même groupe. En effet, le principe d'irresponsabilité concerne tous les créanciers qui ont consenti un concours. Il n'a pas vocation à s'appliquer au seul établissement de crédit mais de manière plus générale à tout créancier<sup>907</sup>.

**522.** Ensuite, lorsque l'article parle de concours, c'est sans aucun doute pour pouvoir englober toutes sortes de financements il inclut tous les crédits quelle que soit leur qualification : les prêts, l'escompte, les découverts, la cession de créance professionnelle etc. On peut aussi penser qu'il englobe les délais de paiements dans la mesure où la jurisprudence relative au soutien abusif les concernait<sup>908</sup>.

---

<sup>906</sup> V. PH MARINI, Commission des finances pour le Sénat, Avis n° 355 du 26 mai 2005 : « La « frilosité » et la prudence excessive souvent dénoncées des banques, en quête de la plus grande sécurité juridique possible, seraient ainsi liées aux conséquences disproportionnées de l'aléa du soutien abusif. Les banques seraient perçues comme une « poche profonde » idéale pour les requérants et les tribunaux, et courraient le risque d'être poursuivies en tant que créanciers solvables, sans pour autant être les vrais ou les seuls responsables de la situation du débiteur. Il en résulterait un climat psychologique néfaste, se traduisant par l'autocensure des dispensateurs de crédit, au détriment de sociétés présentant un certain profil de risque mais dont la poursuite d'activité serait possible ».

<sup>907</sup> Com., 16 octobre 2012, n° 11-22.993 : « Mais attendu qu'après avoir énoncé que les termes génériques de "concours consentis" et de "créancier" de l'article L. 650-1 du code de commerce conduisent à ne pas limiter son application aux seuls établissements de crédit ».

<sup>908</sup> P. Le CANNU et M. JEANTIN, *Droit commercial, Entreprise en difficulté*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. « Précis », 2007, n°636, p. 444 ; J. Moury, « La responsabilité du fournisseur de concours dans le marc de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *D.* 2006. Chron. 1743, spéc.n° 12 ; D Legeais, « Les concours consentis à une entreprise en difficulté », *JCP E* 2005, p. 1510 ; D. Robine, « L'article L. 650-1 du Code de commerce : un « cadeau » empoisonné ? », *D.* 2006. Chron. 69, spéc. 71, n° 9 ; Com., 16 octobre 2012 précité : « la cour d'appel en a exactement déduit que des délais de paiement accordés par un cocontractant au débiteur constituaient des concours au sens de ce texte ».

**523.** Le texte reste également imprécis quant au moment de l'octroi de concours. Pour l'application de l'article doit-on prendre en compte tous les crédits octroyés pendant tous les étapes de son existence ? C'est-à-dire on prend en considération tous les crédits octroyés depuis la création de l'entreprise ou seulement ceux qui ont été fournis au moment de la difficulté ou ceux qui ont aggravé la difficulté ?

Comme il a été déjà énoncé plus haut, l'article L. 650-1 du Code de commerce s'inscrit dans le droit des entreprises en difficulté. Dès lors, le champ d'application dudit article se limite aux concours octroyés à une entreprise en difficulté, à l'exclusion des financements pour la création d'une entreprise. Les concours ainsi visés sont ceux consentis à une entreprise en difficultés. A partir de là, il semble que le banquier puisse être tenue pour responsable dans les conditions du droit commun lorsqu'il consent un crédit à une entreprise qui n'est pas en difficultés au jour du crédit. Le texte ne fait pas de distinction entre les concours consentis antérieurement à l'ouverture de la procédure et ceux consentis postérieurement. Ainsi, peu importe que le concours soit fourni avant ou après le jugement d'ouverture<sup>909</sup>.

**524.** De plus, l'exclusion de responsabilité est générale en ce sens que la responsabilité est écartée aussi bien à l'égard de l'entreprise qu'à l'égard de ses créanciers ou des cautions.

**525.** Enfin, le texte ne remet pas en cause le droit d'agir des cautions qui peuvent invoquer une faute spécifique commise par le banquier.

## **§2 : Les exceptions au principe d'irresponsabilité des créanciers**

**526.** Dans le cadre d'une procédure collective d'apurement du passif, la responsabilité du banquier pour soutien abusif du crédit n'a pas disparu seulement l'exercice de cette action est limité. Désormais, on ne peut l'invoquer que dans trois cas limitativement prévus par l'article L. 650-1 du Code de commerce, ce sont « les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci. ».

---

<sup>909</sup> P. HOANG, La responsabilité des créanciers dispensateurs de crédit, in La loi de sauvegarde des entreprises : quelles procédures ? Quelles responsabilités ? Colloques et débats sous la direction de V. MARTINEAU-BOURGNINAUD (colloque 24 février 2006) Litec 2007 n° 75 et s., spés. n° 19, p. 82.

## A- La fraude

**527.** La première exception au principe de non-responsabilité des créanciers pour des préjudices subis du fait des concours consentis est la fraude. On peut définir la fraude comme un acte malhonnête accompli dans le dessein de préjudicier à des droits, fait avec l'intention de contrevenir à la loi ou aux règlements<sup>910</sup>. « Un soutien frauduleux serait principalement celui qui conduirait le banquier à tirer, en connaissance de cause, un profit au détriment des autres créanciers<sup>911</sup>». Avec cette exception, il s'agit d'éviter que des manœuvres ne soient exercées par le créancier qui consentirait une avance ou un crédit au débiteur dans un but autre que celui de maintenir l'activité de l'entreprise ou d'assurer sa pérennité. Ainsi, le créancier qui aurait recours à des pratiques frauduleuses dans le but de donner une fausse image de la situation du débiteur, comme par exemple la mobilisation par bordereau Dailly de factures ne correspondant pas à des créances réelles, espérant obtenir par la même le temps nécessaire à son désengagement, peut voir sa responsabilité engagée pour octroi irrégulier de crédits.

**528.** Cependant, le concept de fraude est assez flou et par conséquent laisse une place importante à l'appréciation des tribunaux. Ainsi par exemple dans deux arrêts de la Cour de cassation de 2012, la Cour donne une ébauche de définition de ce qu'on entend par fraude entraînant la responsabilité du banquier, selon ces deux arrêts<sup>912</sup> : « la fraude en matière civile ou commerciale, ne se démarque guère de la fraude pénale et qu'il s'agit d'un acte qui a été réalisé en utilisant des moyens déloyaux destinés à surprendre un consentement, à obtenir un avantage matériel ou moral indu réalisé avec l'intention d'échapper à l'application d'une loi impérative ou prohibitive ». Faisant application de cette ébauche de définition, la Cour approuve les juges du fond d'avoir décidé que le fait, pour un établissement de crédit, de maintenir ses concours postérieurement à l'expiration de son préavis fixé lors de leur dénonciation et de ne pas clôturer son compte courant après l'expiration du préavis, contribuant ainsi au maintien artificiel de l'activité d'une société, ne constituait ni une fraude à la loi, ni une fraude au droit des tiers. Dans l'arrêt précité du 16 octobre 2012, le pourvoi du liquidateur judiciaire faisait grief à l'arrêt d'appel d'avoir rejeté son action en responsabilité contre le distributeur du débiteur. La Cour de cassation écarte l'argument. Usant de la même définition de la fraude, elle relève que les juges du fond ont pu retenir que le fait pour le

---

<sup>910</sup> A comparer avec la définition donnée par le dictionnaire Larousse, [www.larousse.fr](http://www.larousse.fr).

<sup>911</sup> R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 322.63, p. 367.

<sup>912</sup> Com., 2 octobre. 2012, n° 11-23.213 ; Com. 16 octobre 2012 précité.

distributeur d'accepter des traites parfaitement causées permettant indirectement l'octroi de délais de paiement et l'adoption d'un système de compensation n'était pas de nature frauduleuse. Les délais de paiement accordés au débiteur et les paiements par compensation effectués par le distributeur ne traduisaient pas la volonté délibérée de ce créancier de protéger ses intérêts personnels au détriment de ceux du débiteur. « La Cour de cassation concrétise ainsi les promesses d'irresponsabilité formulées en 2005, en définissant largement le domaine d'application de l'article L. 650-1 pour y inclure tous ceux fournissant un concours financier au débiteur et en délimitant strictement la fraude qui constitue l'une des trois exceptions susceptibles d'écarter le principe d'irresponsabilité<sup>913</sup>.»

**529.** Il est essentiel de signaler que même en l'absence de disposition expresse faisant de la fraude une dérogation au principe d'irresponsabilité du banquier, les créanciers ou la caution aurait toujours pu se rabattre sur le droit commun étant donné que le principe reste le *fraus omnia corrumpit*.

### **B- L'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur**

**530.** La deuxième dérogation concerne la responsabilité du créancier en raison d'une immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur. Cette exception renvoie à l'hypothèse dans laquelle le créancier acquiert la qualité de dirigeant de fait en participant activement à la gestion du débiteur et en prenant seul des décisions importantes en ses lieux et places. Il s'agit ici d'une notion particulièrement utilisée pour caractériser la qualité de dirigeant de fait<sup>914</sup>. Pour qualifier de fautif l'agissement du banquier, celui-ci doit donc avoir manqué à son devoir de non-immixtion<sup>915</sup>. Comme on l'a vu en effet, l'établissement n'a pas à juger de l'opportunité du crédit consenti, pas plus qu'il ne doit prendre les décisions à la place du chef d'entreprise. Le banquier a seulement l'obligation de prendre les renseignements nécessaires à sa prise de décision. Ainsi, il a été jugé que ne commet aucune immixtion le banquier qui procède à des investigations destinées à vérifier le caractère réaliste du projet financé<sup>916</sup>.

Il est à remarquer que l'immixtion ne sera retenue que si elle est caractérisée. A cet égard, la Cour de cassation a précisé qu'il faut pour considérer que l'immixtion est

---

<sup>913</sup> Alexandre BASTOS, Guillaume BOUTE et Daniel Carton, « Clarification du régime de responsabilité pour soutien financier abusif », [www.cmsbfl.com](http://www.cmsbfl.com), 15 mars 2013.

<sup>914</sup> Articles L. 641-4, L. 651-2, L.652-1, L.653-1et L. 653-4 du Code de commerce français.

<sup>915</sup> Voir supra l'obligation de non-immixtion

<sup>916</sup> CA Basse-Terre, 20 sept. 2004, *JurisData* n° 2004-272168.

caractérisée qu'une personne ait en fait exercé en toute indépendance une activité positive de direction dans l'entreprise<sup>917</sup>. Cependant la jurisprudence n'admet pas facilement l'immixtion, principalement lorsqu'elle se prononce dans le cadre d'une action en comblement du passif. Ainsi elle a jugé que le banquier ne s'immisçait pas nécessairement dans la gestion dès lors qu'il conditionnait ses concours à des mesures d'organisation ou de restructuration de l'entreprise<sup>918</sup>. Comme dans l'hypothèse précédente, un large pouvoir d'appréciation est laissé au juge quant à l'existence ou non d'une immixtion caractérisée.

### **C- La prise de garanties disproportionnées**

**531.** Si on rappelle l'article L. 650-1 alinéa 1 du Code de commerce français issu de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 : « Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, 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 disproportionnées à ceux-ci ». La troisième et dernière exception au principe d'irresponsabilité est ainsi relative à la disproportion des garanties par rapport aux concours consentis. La faute du banquier est ici « celle d'avoir injustement obéré la capacité d'emprunt de son client, en monopolisant à son seul profit ce qui est de nature à générer de nouvelles ressources pour l'emprunteur »<sup>919</sup>. Il s'agit donc de sanctionner un créancier qui, connaissant la situation compromise de son débiteur, commet un abus dans la prise de garantie cherchant ainsi à s'assurer un positionnement avantageux par rapport aux autres créanciers. En effet, la prise de garantie excessive peut causer de dommage aussi bien à l'emprunteur qu'à la caution en ce sens qu'elle les prive de la possibilité d'apporter ces garanties afin d'obtenir un autre financement qui leur permettrait de sauver l'entreprise.

**532.** La disproportion considérée doit être recherchée entre le montant du crédit octroyé et la sûreté consentie car elle permet de mettre en évidence l'excès par lequel le créancier parvient à réduire considérablement les possibilités, pour les autres créanciers, de prendre des garanties efficaces sur le patrimoine du débiteur.

---

<sup>917</sup> Com., 12 juillet. 2005, 2e esp., *JurisData* n° 2005-029479 et n° 2005-029487.

<sup>918</sup> Com., 7 janvier 2004, *JurisData* n° 2004-021752.

<sup>919</sup> R. ROUTIER, op. cit., n°322.63, p. 368.

**533.** Le texte parle de « garanties » ce qui implique aussi bien les sûretés que toutes les autres techniques permettant au créancier d'être dans une meilleure position pour le paiement de sa créance telles que les garanties autonomes, les clauses de réserve de propriété, la délégation etc. Le terme « garanties » englobe également l'engagement du débiteur de ne pas grever un élément de son patrimoine<sup>920</sup>. Il est toutefois à noter que nonobstant la large étendue du terme « garanties », il y a certaines techniques de garanties qui épousent mal le caractère disproportionné entre le crédit et la garantie prise, prenons par exemple la garantie autonome, en raison justement de son caractère autonome, on est en droit de supposer que « faute de lien direct [...] entre le fait du créancier et le préjudice »<sup>921</sup> de celui que la mesure est censée protéger, elle devrait échapper à l'application de cet article. En somme, ce sont les sûretés réelles qui répondent le plus à la définition de garanties dans cette hypothèse<sup>922</sup>.

### **Section 3 : L'action en responsabilité pour soutien abusif du crédit**

**534.** Le terme soutien abusif est utilisé en tant que terme générique, il englobe également tous les crédits fautifs tels que les crédits ruineux et les crédits illicites. Dans cette rubrique on va citer les principaux titulaires de l'action (§1), le régime de preuve et les sanctions du soutien abusif (§3).

#### **§1 : Les principaux titulaires de l'action en responsabilité du banquier pour soutien abusif du crédit**

**535.** La faute du banquier pour soutien abusif peut être faite au préjudice de plusieurs personnes. On va d'abord répondre à la question de savoir si l'emprunteur lui-même peut demander réparation pour un crédit qu'il a lui-même demandé (A), ensuite démontrer que ce sont le plus souvent les tiers qui sont victimes de l'agissement du banquier, les tiers tels que les créanciers (B) de l'emprunteur ainsi que la caution (C) de celui-ci.

---

<sup>920</sup> J. Moury, « La responsabilité du fournisseur de « concours » dans le marc de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *op. cit.*, n° 20.

<sup>921</sup>G. Piette. « Une nouvelle proportionnalité en droit des sûretés : brèves observations sur l'article L. 650-1 du Code de commerce », *RLDC* 2006, n° 28, p. 27, spéc. p. 28.

<sup>922</sup> R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 322. 63, p ? 368.

## A- L'action de l'emprunteur victime contre le banquier

**536.** La question se pose quant à la possibilité du client de se retourner contre son banquier pour un crédit qu'il a lui-même sollicité auprès dudit banquier. *A priori*, il est assez difficile d'admettre que le client puisse se retourner contre son banquier pour soutien abusif alors que c'est lui-même qui a sollicité le concours. Ensuite, la gestion de l'entreprise appartient aux dirigeants de l'entreprise et non au banquier. Aussi appartient-il à ces dirigeants de chercher le financement adapté pour la société et d'adapter ce financement aux besoins de celle-ci<sup>923</sup>. Le banquier ayant une obligation de non-immixtion dans la gestion de l'entreprise ne devrait pas être tenu responsable du crédit que l'entreprise a sollicité<sup>924</sup>. Il appartient à celui qui sollicite le crédit de « s'assurer que les conditions du succès de l'opération qu'il entreprend sont réunies ; le banquier n'ayant pas à se substituer à son client pour apprécier la rentabilité de l'usage auquel [sont destinés] les fonds qu'il met à sa disposition ». Conformément à ces considérations, généralement, la Cour de cassation décide que « le dirigeant social n'est pas recevable, même à titre de garantie, à engager une action en responsabilité contre la banque »<sup>925</sup>.

**537.** Cependant, on rencontre certains cas où les juges déclarent l'emprunteur recevable dans son action contre son dispensateur de crédit et retient la responsabilité du banquier. L'hypothèse classique c'est lorsque le banquier maintient artificiellement l'activité de son client qui est normalement déjà en état de cessation des paiements afin de lui permettre de se faire rembourser prioritairement au détriment des autres créanciers.

Les créanciers ont parfaitement le droit d'engager sa responsabilité, par contre lorsqu'il s'agit de l'action de l'emprunteur lui-même, la jurisprudence est plus réservée et la Cour de cassation estime que le client ne peut invoquer cette faute du banquier que s'il prouve que son consentement a été vicié<sup>926</sup>.

L'emprunteur peut également invoquer le manquement du banquier à son devoir de vigilance ou de conseil en ce sens que le banquier lui aurait fait souscrire un engagement excessif vu sa situation précaire que le banquier ne pourrait avoir ignoré<sup>927</sup>. Mais là encore la jurisprudence est claire, pour retenir la responsabilité du banquier pour l'octroi du crédit excessif, le client doit prouver d'abord, la connaissance par le banquier de la situation

---

<sup>923</sup> Trib. com. Paris, 9 février 2001, *Gaz. Pal.* 2 juillet 2002, n° 183, p. 28.

<sup>924</sup> Com. 26 novembre 2003, n° 02-10.580.

<sup>925</sup> Com. 1<sup>er</sup> avril 2003, n° 99-16.992.

<sup>926</sup> Com. 24 janvier 1995, *RJDA* 1995, n° 605.

<sup>927</sup> CA Paris, 23 janvier 2004, *Lexbase* n° A4563DBM.

irréremdiablement compromise du client et ensuite, apporter la preuve qu'en raison des circonstances exceptionnelles le client ignorait cette situation<sup>928</sup>. Cette preuve est assez difficile à rapporter vu qu'il est difficile d'imaginer que le banquier dispose d'informations sur la situation irréremdiablement compromise du client alors que lui-même, le premier responsable de l'activité en question l'ignore. La demande est ainsi souvent rejetée faute par le client de pouvoir prétendre que la banque « aurait eu sur la fragilité de leur situation financière des informations qu'eux-mêmes auraient ignorées »<sup>929</sup>. En conclusion, la recevabilité l'action de l'emprunteur contre son banquier pour soutien abusif quoi que possible reste ponctuelle.

## **B- L'action des créanciers contre le banquier pour soutien abusif du crédit**

**538.** Les créanciers peuvent être victimes du soutien abusif du banquier principalement lorsqu'ils ont été trompés sur la solvabilité apparente du débiteur. Aussi, ceux-ci ont la qualité pour agir en responsabilité contre le banquier. En période normale, les créanciers peuvent agir individuellement, par contre, on sait qu'une situation irréremdiablement compromise permettant de retenir la responsabilité du banquier pour soutien abusif débouche le plus souvent sur une cessation des paiements nécessitant l'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif. A partir du moment où le débiteur fait l'objet d'une procédure collective, on sort du droit commun et on applique les règles relatives à ladite procédure. L'action des créanciers suit la règle, la poursuite du banquier se fera en application des règles de la procédure collective.

### **1- L'action individuelle des créanciers**

**539.** En dehors de toute procédure collective d'apurement du passif, le créancier qui se trouve préjudicié par le soutien abusif du banquier de son client peut agir à titre individuel, quoi que le cas se présente rarement puisque le préjudice subi par le créancier est par essence

---

<sup>928</sup> Com. 11 mai 1999, n° 96-16-088 : « Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs sans relever que la banque savait que la situation de l'entreprise était irréremdiablement compromise, et sans rechercher, dans le cas où elle l'aurait été, si, par suite de circonstances exceptionnelles, M. X... l'ignorait, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

<sup>929</sup> Com. 26 mars 2002, n° 99-13-810, *Bull. civ.* IV, n° 57; *JCP G* 2002. IV. 1828; *D. Affaires* 2002. 1341, note Lienhard; *RTD civ.* 2002. 507, obs. J. Mestre et B. Fages; *RTD com.* 2002. 523, obs. M. Cabrillac; *JCP E* 2002, p. 852, note Guorio; *RJDA* 2002, p. 797, n° 941; *Banque magazine* 2002, n° 637, p. 76, obs. J.-L. Guillot; Com. 14 janvier 2003, n° 01-00.023, inédit.

le non remboursement de ses créances. Or, généralement, les créanciers s'aperçoivent que leurs créances sont en danger lorsque le débiteur se trouve sinon dans un état de cessation des paiements au moins dans une situation où il a une difficulté de paiement. Le débiteur peut se trouver dans une situation de difficulté de paiement avant la cessation des paiements. Si avant le jugement d'ouverture de la procédure collective le créancier victime arrivera à prouver le lien de causalité entre le non remboursement de sa créance et le soutien du banquier, ce qui est presque impossible, il peut engager individuellement la responsabilité du banquier. Etant entendu que le préjudice doit revêtir certains caractères : il doit être direct, certain, présent ou futur mais en aucun cas il ne peut être éventuel. Ce qui a pour conséquence que le risque de non remboursement ne peut pas être pris comme un préjudice certain. L'exemple qu'on peut prendre pour illustrer le cas où le créancier agit en responsabilité du banquier pour octroi du crédit fautif en dehors de toute procédure collective est celui d'un syndicat de copropriétaire impayé qui a agi en responsabilité contre le banquier, la Cour de cassation a décidé que « l'obligation au paiement des charges de copropriété était directement liée à l'acquisition du bien immobilier et que lors de l'octroi de prêt la situation des débiteurs était déjà obérée et connu de la banque, ce dont il résultait un lien de causalité direct entre l'octroi du prêt et le défaut de paiement des charges de copropriété »<sup>930</sup>. Il est à signaler que le créancier ne se trouve pas dans cet arrêt dans une procédure collective parce qu'il s'agit des personnes physiques agissant en dehors d'une activité professionnelle. On se demande si cette solution en matière civile est applicable si les débiteurs auraient agi dans le cadre d'une activité commerciale. Il est admissible de répondre par l'affirmatif.

Le créancier qui est victime d'un effet de cavalerie<sup>931</sup> ou de bordereau Dailly « creux »<sup>932</sup> peut également agir en responsabilité du banquier en dehors de toute procédure collective.

## **2- L'action du syndic dans le cadre d'une procédure collective**

**540.** Aux termes de l'article 71 de la loi malgache n° 2003-042 du 15 juillet 2004 sur les procédures collectives d'apurement du passif « La décision d'ouverture suspend ou interdit toute action en justice individuelle de la part de tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement audit jugement et tendant : à la condamnation du débiteur au

---

<sup>930</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 2 juillet 1997, *Bull. civ.* II, n° 212; *D.* 1998. Jur. 231, note G. Bolard, précité.

<sup>931</sup> Com. 6 octobre 1998, précité.

<sup>932</sup> Com. 15 juin 1999, précité.

paiement d'une somme d'argent ; à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent». Selon cet article, aucun créancier du débiteur ne peut agir en justice individuellement, les créanciers du débiteur vont constituer une masse. Et c'est le syndic<sup>933</sup> qui va agir au nom de la masse des créanciers. En effet, l'article 32 de la loi précitée prévoit que « le ou les syndics sont chargés de représenter les créanciers ». Il est donc le seul à pouvoir agir contre le banquier au nom des créanciers, auquel cas l'action individuelle d'un créancier n'est pas recevable.

**541.** Il est à remarquer que cette règle ne concerne que les créances antérieures au jugement d'ouverture, et ne fait pas obstacle à l'action d'un créancier qui a subi un préjudice personnel distinct de celui des autres créanciers<sup>934</sup>.

**542.** La Cour de cassation française fait ainsi la distinction entre un préjudice collectif et un préjudice individuel que chaque créancier peut tenter d'une manière isolée. La Cour décide qu'est un préjudice collectif, l'insuffisance des répartitions, ou des dividendes, et la perte des intérêts découlant de l'ouverture de la procédure<sup>935</sup> ainsi que le préjudice constitué par l'immobilisation de leurs créances inhérente à la procédure collective<sup>936</sup>.

### **C- L'action de la caution contre le banquier du débiteur**

**543.** Le préjudice que la caution peut être victime dans le soutien abusif du crédit est l'aggravation de la dette qu'elle a garantie<sup>937</sup>. Dans une entreprise on peut distinguer deux sortes de cautions, celles qui sont extérieures à la gestion de l'entreprise et celles qui y sont internes c'est-à-dire ses dirigeants. Les cautions extérieures à la gestion de l'entreprise peuvent agir en responsabilité du banquier. Par contre, comme on l'a vu « le dirigeant social n'est pas recevable, même à titre de garantie, à engager une action en responsabilité contre la

---

<sup>933</sup> Le mandataire judiciaire en droit français, l'ex-représentant des créanciers.

<sup>934</sup> Com. 2 juin 2004, *RD bancaire et financier*, novembre-décembre 2004, p. 414, n° 253, obs. F.-X. Lucas et S. Piedelièvre ; *JCP E* 2005 ; 782, p. 869, n° 36, obs. J. Stoufflet

<sup>935</sup> Com. 25 novembre 1986, *D.* 1987. Jur. 88, note F. Derrida ; *ibid.* Jur. 297, note M. Vasseur ; *RTD com.* 1987.230, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; Com. 5 mars 1996, *JurisData*, n° 000767 ; *JCP E* 1996, pan. 576 ; Com. 23 mai 2000, n° 97-19. 817 inédit.

<sup>936</sup> Ass. plén., 9 juillet 1993, *Bull. AP*, n° 13 ; *D.* 1993. Jur. 469, note M. Jéol, J.-P. Dumas et F. Derrida ; *JCP E* 1993. II. 509, note F. Pollaud-Dulian ; *JCP E* 1993, I, 302, n° 12, obs. C. Gavalda et J. Stoufflet ; *Quot. jur.* 29 septembre 1993, n° 76, p. 4, note J.-P. D. ; *LPA* 17 novembre 1993, n°138, p. 17, note F. Derrida ; *Rev. proc.coll.* 1993, 135, n° 5, obs. Y. Chaput.

<sup>937</sup> CA Paris, 15<sup>e</sup> ch. B, 12 janvier 2007, *Gaz. proc. coll.* n° 4/2007 ; *Gaz. Pal.* 27 octobre 2007, n° 300, p. 5, note R. Routier.

banque »<sup>938</sup>. Ce, en raison du fait qu'il est censé avoir une parfaite connaissance de la situation de l'entreprise et ne peut ainsi valablement invoquer qu'il s'est trompé sur l'importance de son engagement<sup>939</sup>. On a vu que le banquier n'est pas responsable que s'il savait que la situation de l'entreprise était irrémédiablement compromise mais par suite de circonstances exceptionnelles le dirigeant l'ignorait<sup>940</sup>.

## **§2 : Le régime de preuve et les sanctions dans l'action en responsabilité pour soutien abusif**

**544.** En application du principe *actori incumbit probatio*, la victime doit prouver l'existence du préjudice ainsi que le lien de causalité entre son préjudice et la faute du banquier. Le préjudice doit être la conséquence directe du soutien du banquier. C'est le caractère direct du préjudice qui pose souvent problème en pratique.

**545.** L'action en responsabilité pour soutien abusif, lorsque celle-ci est reconnue se résout en dommages-intérêts. Les fonds seront versés dans le patrimoine du débiteur en cas de continuation de l'entreprise<sup>941</sup>, ils seront répartis au marc le franc entre les créanciers en cas de cession ou de liquidation de l'entreprise<sup>942</sup>.

En plus de paiement de dommages-intérêts, l'article L. 650-1 alinéa 2 prévoit une sanction supplémentaire. En ses termes : « pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours peuvent être annulées ou réduites par le juge ». Il est à noter que cette possibilité de nullité ou de réduction de garantie n'est pas liée seulement à la prise de garantie disproportionnée, cette sanction peut être prise dans les trois cas prévus par cet article, en l'occurrence, en cas de fraude, d'immixtion dans la gestion des affaires de l'entreprise et en cas de prise de garantie disproportionnée<sup>943</sup>.

**546.** On a pu analyser la responsabilité du banquier vis-à-vis d'une entreprise, c'est-à-dire sa responsabilité dans sa relation avec une personne agissant dans le cadre d'une activité

---

<sup>938</sup> Com. 1er avril 2003, n° 99-16.992, précité.

<sup>939</sup> Com. 15 février 1994, n° 90-12.710.

<sup>940</sup> Com. 11 mai 1999, n° 96-16-088, précité.

<sup>941</sup> Article L.622-20 du Code de commerce.

<sup>942</sup> Com. 28 mars 1995, *Bull. civ.* IV, n° 105 ; *D.* 1995. Jur. 410, note F. Derrida ; *LPA* 19 juillet 1995, n° 86, p. 15, note F. Derrida ; *RTD civ.* 1996.163, obs. J. Mestre ; *JCP E* 1995, pan. 710 ; *ibid.* 1996. I. 525, n° 5, obs. C. Gavalda et J. Stoufflet.

<sup>943</sup> R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 322.67, p. 372.

professionnelle. Il est à présent question d'étudier la responsabilité du banquier dispensateur de crédit à la consommation.

## **TITRE 2 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DISPENSATEUR DE CREDIT A LA CONSOMMATION**

**547.** D'ores et déjà, il est capital de remarquer que le législateur malgache vient de voter une loi sur la protection des consommateurs : la loi n°2015-014 du 19 juin 2015 sur les garanties et la protection des consommateurs. Cette loi récente comprenant 101 articles marque un tournant décisif dans le droit de la consommation malgache. Pourtant, ces articles ne sont pas suffisants pour faire le tour du droit de la consommation, aussi allons-nous compléter cette étude par les dispositions du Code monétaire et financier français. Ce qui nous conduira à ne traiter que les grandes lignes concernant cette question afin que le législateur malgache puisse s'en inspirer tout en les adaptant aux conditions économiques, sociologiques, et juridiques de Madagascar.

**548.** La relation entre un professionnel et un consommateur est par nature déséquilibrée d'où différentes obligations mises à la charge du banquier professionnel afin d'assurer la protection des consommateurs. En effet, étant un professionnel, celui-ci dispose de compétence et d'information dont un simple particulier consommateur n'a pas, ce qui peut mener le professionnel à imposer sa loi au consommateur. Par la nature des choses même, le professionnel est dans une position de supériorité par rapport au consommateur. Ce déséquilibre a toujours existé dans l'histoire de la consommation<sup>944</sup>.

**549.** Avant de parler de la relation entre le banquier et son client consommateur, il convient de définir d'abord ce qu'on entend par consommateur. L'article 3 de la loi susmentionnée dispose que le consommateur est « toute personne physique ou morale qui utilise à des fins personnelles ou collectives des biens, produits et des services ». Pour le droit français, la loi Hamon du 17 mars 2014 a introduit dans le Code de la consommation français un article préliminaire définissant la notion du consommateur, cet article est ainsi libellé : « Au sens du présent code, est considéré comme consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »<sup>945</sup>.

---

<sup>944</sup> Voir, BIHL, *une histoire du mouvement consommateur, mille ans de luttes*, Aubier, 1984 ; TUFFERY, *Ebauche d'un droit de la consommation : la protection du chaland sur les marchés toulousains aux XVIIe et XVIIIe siècles*, LGDJ 1998.

<sup>945</sup> L'activité agricole n'est pas prévue dans cet article, ce qui peut rendre flou la situation de l'agriculteur. Se pose ainsi la question de savoir si un agriculteur qui agit dans le cadre de son exploitation agricole est un consommateur, bénéficiant de la protection du à celui-ci. La Cour de cassation du 2 juillet 2014, *D.* 2014. 1492 décide que l'agriculteur est un professionnel.

**550.** Par rapport au droit du crédit, l'article L. 311-1 2° du code de la consommation prévoit qu'est considéré comme « emprunteur ou consommateur, toute personne physique qui est en relation avec un prêteur, dans le cadre d'une opération de crédit réalisée ou envisagée dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle ». Le critère principal étant la finalité de l'acte, ainsi le consommateur est celui qui agit dans un but non professionnel c'est-à-dire, celui qui agit pour usage personnel ou familial tel que le fait d'acheter sa nourriture, se faire soigner, acheter un appareil domestique, voyager, faire construire son logement etc. Toute personne physique prend ainsi en des multiples occasions de son existence, la qualité de consommateur, même si elle exerce une activité professionnelle. La même personne peut avoir, pour certains actes, la qualité de professionnel et pour d'autres celle de consommateur. Par exemple, un commerçant est un consommateur lorsqu'il contracte un crédit pour la scolarisation de ses enfants, mais professionnel, lorsqu'il demande un crédit pour le besoin de son commerce.

**551.** Le crédit à la consommation est une partie du droit de la consommation<sup>946</sup>. Dans la nouvelle loi de 2015, aucune disposition n'est prévue spécialement pour le crédit à la consommation. En dehors de quelques articles épars concernant la publicité<sup>947</sup>, l'information du consommateur<sup>948</sup>, le démarchage<sup>949</sup>, on ne peut pas se tirer de cette loi l'étude du crédit à la consommation. Ainsi, pour toute question qui n'est pas régie par le droit malgache, on prendra en compte le droit français. A propos du crédit à la consommation, le législateur français a prévu de nombreuses obligations mises à la charge du banquier pendant la période précontractuelle dont l'inobservation engage la responsabilité de celui-ci (Chapitre 1), ensuite au moment de l'octroi de crédit l'établissement du crédit est encore soumis à des obligations contractuelles (Chapitre 2) et enfin, on va étudier l'exécution du crédit à la consommation (chapitre 3).

---

<sup>946</sup> Sur le droit de la consommation, voir Jean CALAIS-AULOY et Henri TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9<sup>e</sup> éd. Dalloz 2015.

<sup>947</sup> Article 28 et article 29 de la loi n° 2015-014.

<sup>948</sup> Article 4 et article 5 de la loi précitée.

<sup>949</sup> Article 34, 35 et 36 de la loi précitée.

## **CHAPITRE 1 : LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE DU BANQUIER**

**552.** Dans la phase précontractuelle, les obligations du banquier au profit du consommateur ont surtout trait à l'information dudit consommateur. Les établissements de crédit emploient souvent des moyens publicitaires afin d'attirer les particuliers à contracter le crédit, cette publicité est strictement règlementée en matière de crédit à la consommation (Section 1). Puis, en octroyant du crédit à un simple particulier, étant donné que le client consommateur ne dispose pas de compétence et d'information dont le banquier dispose, afin de protéger celui-ci, le législateur a mis à la charge du banquier une obligation d'information précontractuelle (Section 2).

### **Section 1 : La réglementation des publicités**

**553.** Si dans le droit de la consommation, il existe des services ou des produits pour lesquels la loi interdit la publicité, tel n'est pas le cas dans le droit du crédit à la consommation, la publicité est parfaitement licite, mais son exercice est règlementé. L'encadrement juridique de cette pratique, permettra ainsi de réduire les pratiques agressives ou déloyales vis-à-vis du consommateur. Tantôt, le texte prévoit des mentions obligatoires et des conditions à remplir pour cette publicité (§1), tantôt il interdit certaines pratiques publicitaires (§2).

#### **§1 : Les exigences légales dans la publicité des crédits à la consommation**

**554.** Le législateur impose en premier lieu que dans le cas où l'établissement du crédit décide de mettre à la disposition de sa clientèle des publicités, celles-ci doit remplir certains caractères, ensuite, il impose des mentions obligatoires que la formule de publicité doit contenir.

##### **1- Les informations sur la publicité doivent être claires, précises et lisibles**

**555.** Le droit malgache dans l'article 28 de la loi de 2015 se contente simplement de mentionner que l'interdiction d'une publicité mensongère sans aucune autre précision<sup>950</sup>.

---

<sup>950</sup> Article 28 de la loi n° 2015-014 : « Toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après : existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en

Alors que l'article L. 311-4 du Code de la consommation français prévoit que « Toute publicité, quel qu'en soit le support, qui porte sur l'une des opérations visées à l'article L. 311-2<sup>951</sup> et indique un taux d'intérêt ou des informations chiffrées liées au coût du crédit mentionne de façon claire, précise et visible les informations suivantes<sup>952</sup> à l'aide d'un exemple représentatif...». Selon cet article, toutes les fois où le banquier indique un taux d'intérêt ou une information chiffrées liées au coût de crédit, il a une obligation d'évoquer les mentions obligatoires d'une manière claire, précise et visible de sorte que la clientèle puisse avoir une exacte connaissance des informations qui y sont indiquées. A partir de la publicité la clientèle devrait normalement savoir exactement tout le coût du crédit relatif aux informations mises à sa disposition.

## **2- Les mentions obligatoires**

**556.** L'article L. 311-4 cite les mentions qui doivent figurer dans la publicité lorsque celle-ci indique un taux d'intérêt ou une information chiffrées liées au coût du crédit, ce sont : le taux débiteur et la nature fixe, variable ou révisable du taux, sauf pour les opérations de location-vente ou de location avec option d'achat, ainsi que les informations relatives à tous les frais compris dans le coût total du crédit pour l'emprunteur ; le montant total du crédit ; le taux annuel effectif global, sauf pour les opérations de location-vente ou de location avec option d'achat ; s'il y a lieu, la durée du contrat de crédit ; s'il s'agit d'un crédit accordé sous la forme d'un délai de paiement pour un bien ou un service donné, le prix au comptant et le montant de tout acompte ; le montant total dû par l'emprunteur et le montant des échéances.

**557.** Ces mentions sont obligatoires lorsque la publicité comporte une indication de taux ou de coût du crédit, car ces informations sont déterminantes pour permettre au consommateur de faire un choix parmi les offres des établissements de crédit avant toute décision de s'engager. Sans prévoir des dispositions aussi claires, l'article 12 de la loi n°2015-014 énonce que « La dénomination et description d'un produit doivent être suffisamment précises pour permettre à l'acheteur d'en connaître la nature réelle et de la distinguer des produits avec lesquels elle pourrait être confondue ». Le législateur français ajoute quant à lui

---

principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires, est interdite ».

<sup>951</sup> Article relatif à la notion du crédit.

<sup>952</sup> Ce sont les informations qui constituent les mentions obligatoires qu'on va voir dans le paragraphe suivant.

que les informations prévues par l'article précité doivent ensuite faire l'objet d'un exemple représentatif<sup>953</sup> afin de faciliter la compréhension du consommateur qui est par définition un non professionnel.

**558.** Le Code de la consommation prévoit ensuite, la reproduction d'une mention permettant d'attirer l'attention du consommateur sur ses capacités de remboursement<sup>954</sup>. Ce, pour prévenir le risque de surendettement.

**559.** Afin d'éviter la multiplication des courriers non sollicités qui proposent des crédits à la consommation, l'alinéa 2 de l'article L. 311-5 oblige l'établissement de crédit à indiquer au consommateur destinataire qu'il a le « droit de s'opposer sans frais à l'utilisation de ses données personnelles à des fins de prospection ainsi que les modalités d'exercice de ce droit ».

## **§2 : Les pratiques publicitaires interdites**

**560.** En sus des exigences légales quant au contenu de la publicité du crédit à la consommation, dans le dessein d' « assurer une éthique de l'information et à éviter ainsi les pratiques trompeuses à l'égard des emprunteurs naïfs »<sup>955</sup>, le législateur français prévoit un certain nombre d'interdictions. L'article L. 311-5 alinéa 3 interdit une publicité qui laisse entendre que le prêt améliore la situation financière de l'emprunteur ou que celui-ci entraîne une augmentation de ressources ou que celui-ci constitue un substitut d'épargne. Il est également interdit d'indiquer dans la publicité qu'un prêt consistant à regrouper des crédits antérieurs puisse être consenti sans élément d'information qui permet d'apprécier la situation financière de l'emprunteur ou de laisser entendre que l'établissement du crédit accorde une « une réserve automatique d'argent immédiatement disponible sans contrepartie financière identifiable ».

**561.** Ensuite, il est interdit de faire mention d'une période de franchise de loyers ou de remboursement d'échéances pour un crédit supérieur à trois mois, sauf pour les prêts aidés par l'Etat<sup>956</sup>. Et l'alinéa 5 de l'article L. 311-5 dispose que « Il est interdit dans toute publicité de

---

<sup>953</sup> Règles précisées par l'article D. 311- 1 du Code de la consommation.

<sup>954</sup> Article L. 311-5 dernier alinéa : « Toute publicité, à l'exception des publicités radiodiffusées, contient, quel que soit le support utilisé, la mention suivante : « Un crédit vous engage et doit être remboursé. Vérifiez vos capacités de remboursement avant de vous engager ».

<sup>955</sup> Commentaire de l'article L. 311-5 du Code de la consommation, 19<sup>e</sup> éd. D. 2014, p. 471.

<sup>956</sup> Article L. 311-5, alinéa 4 du Code de la consommation.

proposer sous quelque forme que ce soit des lots promotionnels liés à l'acceptation d'une offre préalable de crédit », qu'il s'agisse de cadeaux ou de la participation à la loterie par exemple.

**562.** Enfin, pour clore cette rubrique, il est judicieux de parler des crédits dits gratuits. Le législateur impose quelques règles afin d'éviter que l'annonce de la gratuité du crédit ne soit simplement illusoire. En ce sens l'article L. 311-27 impose que « toute publicité, quel qu'en soit le support, qui porte sur une opération de crédit dont la durée est supérieure à trois mois et pour laquelle ne sont pas requis d'intérêt ou d'autres frais, indique le montant de l'escompte sur le prix d'achat éventuellement consenti en cas de paiement comptant et précise qui prend en charge le coût du crédit consenti gratuitement ».

**563.** Bref, le législateur interdit ces pratiques en vue d'éviter une publicité abusive qui met par exemple « abusivement » l'accent sur la facilité et la rapidité avec lesquelles le crédit peut être obtenu ou bien celle qui inciterait le consommateur dans l'impossibilité de payer ses dettes, à recourir au crédit. Comme il a été évoqué, le législateur malgache dispose seulement que la publicité mensongère est interdite.

**564.** Si telles sont les conditions légales d'une publicité en matière de crédit à la consommation qui est une manière d'informer, nous allons voir les informations dont le banquier a l'obligation de communiquer au consommateur qui sollicite le crédit avant de contracter le crédit.

## **Section 2 : Les informations précontractuelles**

**565.** Il faut se placer au moment où le client envisage de s'engager, on a dépassé le stade de publicité où le banquier essaie d'attirer le client. Ici, le client attiré par la publicité vient voir le banquier pour solliciter le crédit, afin que le client ne s'engage pas à la légère, le législateur aussi bien français que malgasy a encore mis à la charge du banquier une obligation d'information précontractuelle (§1). A côté de cette obligation d'information due au consommateur, avant toute conclusion de contrat de crédit, le banquier a également une obligation de s'informer (§2).

## **§1 : L'obligation d'information précontractuelle due au consommateur.**

**566.** On est dans le cadre d'une obligation d'information proprement dite lorsque le banquier se contente de donner des informations objectives, par contre lorsqu'il accompagne l'information d'un avis attirant l'attention du client sur un point déterminé, soit on est en présence d'une obligation de mise en garde soit on est en présence d'un devoir de conseil et non plus de simple obligation d'information .

### **A- L'obligation d'information proprement dite**

**567.** L'article 5 de la loi n° 2015-014 édicte que « Tout professionnel vendeur de bien ou prestataire de service doit, avant la conclusion du contrat, mettre les consommateurs en mesure de connaître explicitement les caractéristiques et conditions essentielles de biens, produits et services ». Cette information permettra au client de comparer les offres existantes. Le législateur français est allé plus loin et impose un moyen d'information que le banquier doit fournir au consommateur dans la phase précontractuelle. Il lui impose de lui fournir des informations pouvant lui permettre de comparer les différentes offres existantes. Pour ce faire, l'article L. 311-6 I. alinéa 1 exige du banquier qu'il fournisse au consommateur qui sollicite le crédit une fiche d'informations nécessaires à la comparaison des différentes offres, qui va permettre à l'emprunteur, compte tenu de ses préférences, d'appréhender clairement l'étendue de son engagement<sup>957</sup>. L'article R. 311-3 énumère la liste des mentions obligatoires que doit contenir cette fiche d'informations<sup>958</sup>. Force est de constater pourtant que vu le nombre de

---

<sup>957</sup> Article L. 311-6 I. alinéa 1 du Code de la consommation : « Préalablement à la conclusion du contrat de crédit, le prêteur ou l'intermédiaire de crédit donne à l'emprunteur, par écrit ou sur un autre support durable, les informations nécessaires à la comparaison de différentes offres et permettant à l'emprunteur, compte tenu de ses préférences, d'appréhender clairement l'étendue de son engagement ».

<sup>958</sup> Article R. 311-3 du Code de la consommation : « Pour l'application de l'article L. 311-6, le prêteur ou l'intermédiaire de crédit communique à l'emprunteur des informations concernant : 1° L'identité et l'adresse du prêteur ainsi que, le cas échéant, l'identité et l'adresse de l'intermédiaire de crédit concerné ; 2° Le type de crédit ; 3° Le montant total du crédit et les conditions de mise à disposition des fonds ; 4° La durée du contrat de crédit ; 5° Le montant, le nombre et la périodicité des échéances que l'emprunteur doit verser et, le cas échéant, l'ordre dans lequel les échéances seront affectées aux différents soldes dus fixés à des taux débiteurs différents aux fins du remboursement ; 6° Le montant total dû par l'emprunteur ; 7° En cas de crédit servant à financer l'acquisition de bien ou service déterminé ce bien ou service et son prix au comptant ; 8° En cas de location avec option d'achat, la description du bien loué et le prix à acquitter en cas d'achat ; 9° Le cas échéant, les sûretés exigées ; 10° Sauf en cas de location avec option d'achat, le taux débiteur, les conditions applicables à ce taux et, le cas échéant, tout indice ou taux de référence qui se rapporte au taux initial débiteur, ainsi que les périodes, conditions et procédures d'adaptation du taux. Si différents taux débiteurs s'appliquent en fonction des circonstances, ces informations portent sur tous les taux applicables ; 11° Sauf en cas de location avec option d'achat, le taux annuel effectif global, à l'aide d'un exemple représentatif mentionnant toutes les hypothèses utilisées pour le calcul de ce taux ; 12° Le cas échéant, l'obligation, pour l'obtention même du crédit ou en application des clauses et conditions commerciales, de contracter un service accessoire

ces informations, il y a de fort risque que le consommateur n'arrive pas à les lire intégralement. Cette fiche doit en plus contenir la formule de mise en garde quant aux capacités de remboursement de l'emprunteur<sup>959</sup>.

## **B- Le devoir précontractuel de conseil et de mise en garde du banquier**

**568.** Au-delà des données objectives fournies dans la fiche d'informations, le législateur français oblige le banquier à fournir des explications et des recommandations afin d'orienter le choix du consommateur<sup>960</sup>. Comme il a été dit, le consommateur ne dispose ni de compétence ni d'information que le professionnel a, c'est la raison pour laquelle, le législateur impose ce devoir de conseil vis-à-vis des consommateurs. Le législateur impose au banquier de conseiller le consommateur tout en lui exigeant en même temps de le mettre en garde. En effet, la jurisprudence française pose comme principe que le prêteur doit mettre en garde l'emprunteur consommateur contre le risque de surendettement<sup>961</sup>. Il impose en plus que les personnes qui fournissent ces conseils doivent attester d'une formation en distribution du crédit à la consommation et à la prévention du surendettement<sup>962</sup>.

**569.** Ce devoir de conseil consiste à fournir « à l'emprunteur les explications lui permettant de déterminer si le contrat de crédit proposé est adapté à ses besoins et à sa situation financière, notamment à partir des informations contenues dans la fiche mentionnée à l'article L. 311-6. Il attire l'attention de l'emprunteur sur les caractéristiques essentielles du

---

lié au contrat de crédit, notamment une assurance ; 13° Tous les frais liés à l'exécution du contrat de crédit, et les conditions dans lesquelles ces frais peuvent être modifiés ; 14° Le cas échéant, l'existence de frais de notaire dus par l'emprunteur à la conclusion du contrat de crédit ; 15° Les indemnités en cas de retard de paiement et, le cas échéant, les frais d'inexécution que le prêteur peut demander à l'emprunteur en cas de défaillance, ainsi que les modalités d'adaptation et de calcul de ces indemnités et de ces frais ; 16° Un avertissement relatif aux conséquences d'une défaillance de l'emprunteur ; 17° L'existence du droit de rétractation ; 18° Le droit au remboursement anticipé et, le cas échéant, le droit du prêteur à une indemnité ainsi que le mode de calcul de cette indemnité en application de l'article L. 311-22 ; 19° Le droit de l'emprunteur à se voir remettre, sur demande et sans frais, un exemplaire de l'offre de contrat de crédit si, au moment de la demande, le prêteur est disposé à conclure le contrat de crédit ; 20° La mention que le prêteur doit, dans le cadre de la procédure d'octroi du crédit, consulter le fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers ; 21° Le délai pendant lequel le prêteur est engagé par les informations précontractuelles ».

<sup>959</sup> « Un crédit vous engage et doit être remboursé. Vérifiez vos capacités de remboursement avant de vous engager ».

<sup>960</sup> V. Djoudi et Boucard, « La protection de l'emprunteur profane », *D.* 2008. 500 ; Poissonier, « Personnalisation du devoir d'explication à l'emprunteur », *D.* 2013.1632.

<sup>961</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juillet 2005, *D. Affaires* 2005. AJ 2277, obs. Delpéch ; *D. Affaires* 2005. J. 3094, note Parance ; *JCP E* 2005. 1359, note Legeais ; *JCP* 2005. II. 10140, bote Gourio ; *RTD civ.* 2007. 103, obs. Mestre et Fages ; ch. Mixte, 29 juin 2007, *D.* 2007.2081, note Piedelièvre ; *RTD civ.* 2007.779, obs. Jourdain.

<sup>962</sup> Article L. 311-8 alinéa 3 du Code de la consommation.

ou des crédits proposés et sur les conséquences que ces crédits peuvent avoir sur sa situation financière, y compris en cas de défaut de paiement ».

Le banquier a ainsi l'obligation de l'aider à apprécier l'opportunité du crédit, afin de choisir le type du crédit et le montant adapté aux besoins du consommateur. Cette obligation suppose qu'en cas de doute sur les capacités de remboursement du consommateur, le banquier doit refuser d'octroyer le crédit. Dans ce cas, l'existence de sûreté personnelle ne peut pas être prise en compte étant donné que le banquier ne peut pas s'appuyer sur la perspective que l'emprunteur et la caution rembourseraient ensemble.

**570.** L'exécution de cette obligation par le banquier s'apprécie au moment de l'octroi du crédit, ce qui a pour conséquence que la dégradation ultérieure de la situation de l'emprunteur n'engage pas la responsabilité du banquier. L'appréciation de l'opportunité du crédit se fait en effet par une comparaison des revenus, charges et dettes du consommateur au moment de la conclusion du contrat.

**571.** Une fois l'opportunité bien évaluée, le banquier a encore l'obligation de conseiller le consommateur quant au choix du type de crédit ainsi qu'au montant du crédit le mieux adaptés<sup>963</sup>. Dans le fait de voir si le crédit est adapté aux besoins du consommateur, le banquier a l'obligation de vérifier le but du crédit c'est-à-dire le crédit doit être adapté au bien financé<sup>964</sup>. Si le banquier n'a pas de type de crédit adapté aux besoins du consommateur, il devra refuser le crédit.

**572.** Afin de pouvoir conseiller et mettre en garde le consommateur, le banquier doit être en possession d'un certain nombre d'informations concernant l'emprunteur. D'où l'obligation de s'informer mise à la charge du banquier.

## **§2 : L'obligation de s'informer du banquier**

**573.** A côté de l'obligation d'information que le banquier doit au consommateur, il a également l'obligation de s'informer afin de pouvoir conseiller et mettre en garde le consommateur. Cette obligation consiste à vérifier certaines informations qui concernent l'emprunteur. Dans la phase précontractuelle, il incombe au banquier d'apprécier l'opportunité du crédit, ce qui ne peut être fait que si le banquier détient une information

---

<sup>963</sup> Le crédit à la consommation, *op.cit.* p.46.

<sup>964</sup> Le crédit à la consommation, Commission Université-Palais, Université de Liège, Sous la coordination de Christine BIQUET-MATHIEU, Larcier, 12/ 2004, vol 75, p.43.

adéquate quant à la situation financière de l'emprunteur. Il appartient ainsi au banquier qui est le professionnel de poser des questions adéquates afin d'obtenir les informations adéquates lui permettant d'apprécier la situation financière de l'emprunteur consommateur.

**574.** Ainsi, l'article L. 311-9 exige que : « avant de conclure le contrat de crédit, le prêteur vérifie la solvabilité de l'emprunteur à partir d'un nombre suffisant d'informations, y compris des informations fournies par ce dernier à la demande du prêteur ». Le banquier doit consulter entre autre le fichier des incidents de paiement qui recense les mesures prises dans le cadre de la procédure de surendettement<sup>965</sup>. Cette consultation permet au banquier de connaître le nom des personnes auxquelles il serait imprudent de consentir de nouveaux crédits.

**575.** Afin d'éviter la dissimulation d'information par l'emprunteur concernant sa situation financière, l'article L. 311-10 du Code de la consommation oblige le banquier à établir une fiche<sup>966</sup> signée par l'emprunteur et conservée par le banquier. Cette fiche doit contenir « notamment les éléments relatifs aux ressources et charges de l'emprunteur ainsi que, le cas échéant, aux prêts en cours contractés par ce dernier ».

**576.** Enfin, avant d'octroyer un crédit, le banquier a évidemment l'obligation de vérifier l'identité de l'emprunteur.

**577.** En conclusion, l'inobservation de ces obligations précontractuelles par le banquier est de nature à engager la responsabilité délictuelle du banquier, ce qui ouvre droit à réparation au profit du consommateur. C'est une responsabilité délictuelle ou extracontractuelle parce qu'on est encore dans la phase précontractuelle, le contrat n'étant pas encore conclu, le banquier n'a pas commis une faute contractuelle. A côté de cette possibilité de réparation qui se résout en dommages-intérêt, l'article L. 311-48 du Code de la consommation prévoit la déchéance du droit aux intérêts, en ces termes : « Le prêteur qui accorde un crédit sans communiquer à l'emprunteur les informations précontractuelles [...] est déchu du droit aux intérêts ».

**578.** Une fois cette question d'obligations précontractuelles élucidée, nous allons étudier les obligations du banquier lorsqu'il octroie un crédit à la consommation.

---

<sup>965</sup> Le Fichier national des incidents de paiement est institué par la loi du 31 décembre 1989, il est institué afin de lutter contre le surendettement. Il est géré par la Banque de France. Le fichier recense « les informations sur les incidents de paiement caractérisés liés aux crédits accordés aux personnes physiques pour des besoins non professionnels ». La Banque Centrale de Madagascar possède également un fichier national pour les incidents de paiement.

<sup>966</sup> Fiche qui est distincte de celle prévue par l'article L. 311-6 du Code de la consommation.

## CHAPITRE 2 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER POUR OCTROI DU CREDIT A LA CONSOMMATION

**579.** Avant d'étudier la responsabilité du banquier, il faut d'abord citer quels sont les principaux procédés de crédit à la consommation (section 1), ensuite nous allons voir les formalités requises à la conclusion du contrat du crédit à la consommation (section 2).

### Section 1 : Les principales techniques de crédit à la consommation

**580.** Au sens du droit de la consommation, une opération de crédit est « une opération ou un contrat par lequel un prêteur consent ou s'engage à consentir à l'emprunteur un crédit sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt, y compris sous forme de découvert ou de toute autre facilité de paiement similaire, à l'exception des contrats conclus en vue de la fourniture d'une prestation continue ou à l'exécution successive de services ou de biens de même nature et aux termes desquels l'emprunteur en règle le coût par paiements échelonnés pendant toute la durée de la fourniture »<sup>967</sup>. En droit de la consommation sont donc des crédits à la consommation, un contrat qui permet au débiteur de bénéficier d'un terme pour le paiement<sup>968</sup> ainsi qu'un contrat de prêt de consommation qui se définit comme « un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité »<sup>969</sup>.

**581.** A partir des dispositions de l'article L. 311-1 4° du Code de la consommation français, on peut déduire que sont exclues de l'application des textes concernant le crédit à la consommation les opérations portant sur les immeubles<sup>970</sup>, les opérations dont le montant est inférieur à 200 euros ou supérieur à 75 000 euros<sup>971</sup> ainsi que le crédit gratuit ou quasi-gratuit qui comporte un délai de remboursement ne dépassant pas trois mois<sup>972</sup>.

---

<sup>967</sup> Article L.311-1 4° du Code de la consommation.

<sup>968</sup> Tel qu'un contrat de vente où l'acheteur bénéficie d'un terme pour le paiement du prix de la chose achetée.

<sup>969</sup> Article 1892 du Code civil français.

<sup>970</sup> Celles sont traitées dans les articles L. 312-1 et suivants du Code de la consommation.

<sup>971</sup> Jean CALAIS-AULOY et Henri TEMPLE, *op. cit.*, n° 358, p. 376 : La règle est édictée pour le montant inférieur à 200 euros afin de ne pas compliquer l'octroi des petits crédits et pour le montant de supérieur à 75 000 euros parce qu'une personne qui emprunte une telle somme est considérée comme n'avoir pas besoin de protection.

<sup>972</sup> *Ibid.*

**582.** En plus des opérations prévues par l'article L. 311-1. 4°, l'article L. 311-2, alinéa 2 ajoute que sont assimilées à des opérations de crédit la location-vente et la location avec option d'achat.

**583.** Les opérations visées peuvent être liées à une opération déterminée d'achat ou de prestation de service comme elles peuvent être octroyées sans affectation précise. Les opérations qui sont exclues du champ d'application du crédit à la consommation ne sont pas autant des crédits accordés pour des besoins professionnels. Cette exclusion signifie simplement que ces opérations ne bénéficient pas les mêmes règles protectrices des consommateurs que le crédit à la consommation<sup>973</sup>. Aussi, afin de faciliter notre approche, étant donné que les crédits immobiliers sont souvent des crédits accordés à des particuliers pour le besoin de sa famille, et en plus le Code de la consommation les régit à côté des crédits mobiliers (§1) on va également traiter ici le cas des crédits immobiliers (§2). Fautes de dispositions particulières régissant la question, nous allons nous baser entièrement sur le droit français.

## **§1 : Le crédit mobilier**

**584.** On distingue les crédits sans affectation déterminée (A), les crédits affectés (B) et les crédits post-affectés (C) ainsi que les opérations de location-vente et la location avec option d'achat assimilable aux opérations de crédit (D).

### **A- Les crédits non affectés**

**585.** Les crédits non affectés sont des crédits qui sont accordés à un particulier sans affectation à l'achat d'un bien ou à une opération déterminée. Le banquier fournit son concours sans le subordonner à une affectation précise. On a principalement trois sortes de prêt bancaire sans affectation.

---

<sup>973</sup> Sur la difficulté de frontière entre les règles du crédit à la consommation et celles du crédit immobilier voir Aix-en-Provence, 3 mai 2005, *JCP N* 2006, I, 1135, n° 7, obs. Piedelièvre.

## **1- Les facilités de caisse et les découverts**

**586.** Lorsque le banquier permet au client de maintenir son compte pendant quelques jours, on est en présence de facilité de caisse et lorsqu'il le fait pendant quelques mois, on est en présence d'un découvert.

**587.** Le découvert et les facilités de caisse peuvent être tacites comme ils peuvent être expresses. Ils sont tacites lorsque le banquier autorise l'emprunteur à disposer des fonds qui dépassent le solde de son compte de dépôt ou de l'autorisation de découvert convenue en l'absence d'un contrat<sup>974</sup>. Ils sont expresses lorsque le banquier convient avec le consommateur par un contrat en vertu duquel le banquier autorise expressément l'emprunteur à disposer de fonds qui dépassent le solde du compte de dépôt de ce dernier<sup>975</sup>.

**588.** La plupart de temps, les découverts et les facilités de caisse sont verbaux, d'où la difficulté de prouver l'existence d'un contrat de prêt. Il est toutefois à signaler que les opérations consenties sous la forme d'une autorisation de découvert remboursable dans un délai d'un mois sont exclues du domaine du crédit à la consommation<sup>976</sup>.

## **2- Les ouvertures de crédit**

**589.** Les ouvertures de crédit comme il a été déjà expliqué dans la partie concernant le crédit aux entreprises consistent en un engagement pour le banquier qui promet à son client de lui prêter des sommes dont le total ne doit pas dépasser un certain plafond au fur et à mesure que celui-ci en demandera. Le banquier accorde donc ici une ligne de crédit à son client consommateur.

## **3- Les prêts personnels**

**590.** Les prêts personnels consistent dans une opération par laquelle le banquier verse au client une somme déterminée à charge pour ce client de la rembourser avec les intérêts à des échéances fixes. Le banquier met ainsi immédiatement à la disposition du consommateur les fonds dont il a besoin. Les prêts sont ici dits personnels pour signifier « qu'ils ne sont pas affectés à un achat déterminé et qu'ils ne sont assortis d'aucune sûretés réelles »<sup>977</sup>.

---

<sup>974</sup> Article L. 311-1. 11° du Code de la consommation

<sup>975</sup> Article L. 311-1. 10° du Code de la consommation

<sup>976</sup> T. BONNEAU, *op. cit.*, n° 831, p. 593 ; Jean CALAIS-AULOY et Henri TEMPLE, *op.cit.*, n° 338, p. 362.

<sup>977</sup> Jean CALAIS-AULOY et Henri TEMPLE, *op.cit.*, n° 338, p. 362.

## B- Les crédits affectés

**591.** Le crédit est dit lié ou affecté lorsqu'il est affecté au financement d'un produit ou d'un service déterminé dès qu'il est consenti<sup>978</sup>. Dans ce genre de crédit, le consommateur n'a pas une liberté quant à l'utilisation du crédit, il a l'obligation d'utiliser le crédit dans l'opération pour laquelle il est consenti. Le contrat de crédit est donc ici lié au contrat de vente ou au contrat de prestation de service pour laquelle le consommateur a demandé le crédit<sup>979</sup>.

**592.** Dans ce cas, on a un contrat principal qui est le contrat de vente ou le contrat de prestation de service et un contrat accessoire, le contrat de crédit. Le contrat principal précise que le paiement du prix sera effectué à l'aide d'un crédit<sup>980</sup>. Ainsi le contrat principal est lié au contrat de crédit et inversement. L'article L. 311-34 du Code de la consommation précise « qu'aucun engagement ne peut être valablement contracté par l'acheteur à l'égard du vendeur tant qu'il n'a pas accepté le contrat de crédit ». Inversement, les obligations du banquier ne prennent effet qu'à compter de la livraison du bien ou de la fourniture de la prestation<sup>981</sup>.

**593.** Si le banquier verse les fonds sans que le contrat principal ait été exécuté, le banquier commettra une faute<sup>982</sup>. En effet, si le bien financé est payé par le banquier mais que le vendeur n'a pas livré la chose, le banquier ne peut pas réclamer paiement auprès de

---

<sup>978</sup> *Ibid.*

<sup>979</sup> Article L. 311-1.9° du Code de la consommation : est considéré comme « contrat de crédit affecté ou contrat de crédit lié, le crédit servant exclusivement à financer un contrat relatif à la fourniture de biens particuliers ou la prestation de services particuliers ; ces deux contrats constituent une opération commerciale unique. Une opération commerciale unique est réputée exister lorsque le vendeur ou le prestataire de services finance lui-même le crédit ou, en cas de financement par un tiers, lorsque le prêteur recourt aux services du vendeur ou du prestataire pour la conclusion ou la préparation du contrat de crédit ou encore lorsque le contrat de crédit mentionne spécifiquement les biens ou les services concernés ».

<sup>980</sup> Article L. 311-34 du Code de la consommation

<sup>981</sup> Article L. 311-31 du Code de la consommation.

<sup>982</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mars 1990, *Bull. civ. I*, n° 63, p. 46 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janvier 1992, *Bull. civ. I*, n° 34, p. 25 ; *RTD com.* 1992.853, obs. Bouloc.

l'emprunteur<sup>983</sup>. Lorsque le contrat principal en vue duquel le contrat de crédit est conclu est résolu ou annulé, le contrat de crédit est également annulé ou résolu<sup>984</sup>.

### **C- Les crédits post-affectés**

**594.** Le crédit post-affecté est « celui qui n'a pas d'affectation précise lorsqu'il est consenti, mais qui reçoit une affectation lorsqu'il est utilisé »<sup>985</sup>. Ici, le banquier ne lie pas le crédit à une opération déterminée, le client a la liberté d'utiliser le crédit du moment qu'il finance un bien ou un service proposé par un vendeur ou un prestataire déterminé. Ce sont le crédit par carte et le crédit renouvelable.

#### **1- Le crédit par carte**

**595.** Une banque remet une carte appelée carte de crédit ou carte de paiement à son client, ce client utilise ensuite cette carte en paiement d'un bien ou d'un service chez les commerçants agréés par cette banque. Le client présente la carte à un commerçant, il signe une facture ou compose un code secret. Au vue de la facture envoyée par le commerçant, le banquier règle celui-ci. Il appartient ensuite au client de rembourser sa banque à des périodes déterminées.

**596.** Ce mécanisme suppose l'existence de trois contrats.

Le premier est celui qui lie le commerçant au banquier. Le commerçant s'engage à accepter le paiement par carte, à effectuer des vérifications lors de la présentation de la carte et à payer une commission proportionnellement au montant des factures. Le banquier de son côté s'engage à payer le montant de la facture.

Le deuxième contrat est conclu entre la banque et son client. Le banquier s'engage à régler les dépenses effectuées par le client au moyen de la carte tandis que le client s'engage à rembourser les sommes versées avec les intérêts à une échéance convenue entre le banquier et

---

<sup>983</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 7 février 1995, *Bull. civ. I*, n° 70, p. 50 ; *Contrats, Concurrence, Consommation*, août-septembre 1995, n° 156, note Raymond ; rapp. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juillet 1992, *Bull. civ. I*, n° 224, p. 149 ; *JCP G* 1992, I, 3632, n° 1, obs. Fabre-Magnan ; *Contrats, Concurrence, Consommation*, octobre 1992, n° 188, note Raymond ; *RTD com.* 1993.354, obs. Bouloc.

<sup>984</sup> Article L. 311-32 du Code de la consommation : « En cas de contestation sur l'exécution du contrat principal, le tribunal pourra, jusqu'à la solution du litige, suspendre l'exécution du contrat de crédit. Celui-ci est résolu ou annulé de plein droit lorsque le contrat en vue duquel il a été conclu est lui-même résolu ou annulé ».

<sup>985</sup> Jean CALAIS-AULOY et Henri TEMPLE, *op.cit.*, n° 343, p. 366.

son client. Généralement ce paiement se fait chaque mois, dans ce cas on est plus en présence d'une carte de paiement que d'une carte de crédit mais, il arrive que le banquier accorde une ouverture de crédit, et le client ne rembourse son banquier qu'après plusieurs mois, dans ce cas on est en présence d'une véritable carte de crédit.

Le troisième contrat est celui qui unit le vendeur ou le prestataire de services au client. Le commerçant qui est lié avec la banque doit accepter le paiement par carte, il livre le service ou le bien au vu de la carte. La créance qu'il a sur le client à l'occasion de l'opération payée par carte ne sera éteinte que lorsque la banque lui versera le montant de la facture. Si ce versement n'est pas effectué par la banque, le commerçant conservera son action en paiement contre le client.

## **2- Le crédit renouvelable ou le crédit revolving**

**597.** Le crédit renouvelable est associé par le Code de la consommation à une ouverture de crédit<sup>986</sup>. Ce crédit consiste dans le fait que le banquier consent à son client une ouverture de crédit jusqu'à un montant déterminé, le client peut utiliser le crédit par fractions, aux dates de son choix, du montant du crédit, pour financer les produits ou les services qui lui sont fournis par une entreprise commerciale déterminée, celui-ci se renouvelle au fur et à mesure des remboursements<sup>987</sup>. Le client qui rembourse la totalité de sa dette peut utiliser la totalité de son crédit et celui qui rembourse une partie de sa dette peut réutiliser son crédit jusqu'à concurrence de la partie remboursée<sup>988</sup>.

**598.** En raison des dangers de surendettement que ce type de crédit peut générer, en plus des règles générales du crédit à la consommation, le législateur français y ajoute des règles spécifiques. Ces règles se manifestent entre autre par l'interdiction des sollicitations excessives. Pour ce faire, l'article L. 311-8- 1 dispose que lorsque le crédit est proposé aux consommateurs dans les lieux de vente et que celui-ci est supérieur à 1000 euros, « le prêteur ou l'intermédiaire de crédit accompagne l'offre de crédit renouvelable d'une proposition de crédit amortissable ». Un crédit amortissable par opposition au cas du prêt in fine est un crédit

---

<sup>986</sup> Article L. 311-16 du Code de la consommation : « Lorsqu'il s'agit d'une ouverture de crédit qui, assortie ou non de l'usage d'une carte de crédit, offre à son bénéficiaire la possibilité de disposer de façon fractionnée, aux dates de son choix, du montant de crédit consenti, l'établissement d'un contrat de crédit est obligatoire pour la conclusion du crédit initial et, dans les mêmes conditions, pour toute augmentation de ce crédit consentie ultérieurement. Tout crédit correspondant à cette définition est désigné dans tout document commercial ou publicitaire par le terme : « crédit renouvelable » à l'exclusion de tout autre ».

<sup>987</sup> Jean CALAIS-AULOY et Henri TEMPLE, *op.cit.*, n° 345 , p. 367.

<sup>988</sup> *Ibid.*

dans lequel le remboursement du capital est étalé dans le temps. Pendant la durée du prêt, l'emprunteur rembourse à la fois le capital et les intérêts. Ce type de crédit est idéal lorsque l'emprunteur a besoin de financer un projet déterminé tandis que le crédit renouvelable est fait pour l'emprunteur qui ne veut pas se trouver à court de trésorerie alors qu'il doit par exemple payer des factures<sup>989</sup>.

En plus, cette proposition doit comporter « les informations permettant au consommateur de comparer de façon claire le fonctionnement, le coût et les modalités d'amortissement des deux crédits proposés selon au moins deux hypothèses de délai de remboursement ».

**599.** La protection des consommateurs se manifeste également par l'obligation pour le banquier d'informer le consommateur sur les caractéristiques du crédit renouvelable au moment de la formation du contrat et lors de l'exécution du contrat<sup>990</sup>. Ainsi par exemple, « lorsqu'une carte de crédit est associée au contrat, la mention : « carte de crédit » est spécifiée en caractères lisibles au recto de la carte. Dans ce cas, le contrat de crédit prévoit que chaque échéance comprend un remboursement minimal du capital emprunté, qui varie selon le montant total du crédit consenti »<sup>991</sup>.

**600.** Lors de chaque échéance, avant de proposer le renouvellement du contrat, le banquier doit consulter le fichier national qui recense les informations sur les incidents de paiement caractérisés<sup>992</sup>.

**601.** Enfin une information mensuelle doit être portée à la connaissance du consommateur afin que celui-ci connaisse l'état d'exécution du contrat de crédit<sup>993</sup>. Cela se traduit par l'envoi de relevé de compte mensuel obligatoire à la charge du banquier.

#### **D- La location-vente et la location avec option d'achat**

**602.** L'article L. 311-2 alinéa 2 dispose que sont assimilées à des opérations de crédit la location-vente et la location avec option d'achat.

---

<sup>989</sup> V. [www.meilleurtaux.com](http://www.meilleurtaux.com), différence entre le crédit amortissable et renouvelable.

<sup>990</sup> Article L. 311-16 du Code de la consommation.

<sup>991</sup> Article L. 311-6 alinéa 1 et 2 du Code de la consommation.

<sup>992</sup> Article L. 311-6 alinéa 3 du Code de la consommation.

<sup>993</sup> Article L. 311-6 alinéa 4 du Code de la consommation.

La location-vente consiste dans le fait qu'un commerçant loue une chose à son client, celui-ci paie des loyers périodiques et au bout de certaines périodes, le client locataire devient automatiquement propriétaire de la chose.

La location avec option d'achat ressemble au crédit-bail à la différence près que le crédit-bail est réservé à l'acquisition d'un bien à usage professionnel<sup>994</sup>. La location avec option d'achat consiste dans le fait que le client loue la chose et à la fin du contrat de location, il a le choix soit d'acheter le bien avec un prix résiduel soit restituer le bien à son propriétaire.

## **§2 : Le crédit immobilier**

**603.** L'article L. 312-2 énumère les contrats soumis aux dispositions relatives au crédit immobilier<sup>995</sup>. Mais lorsque les prêts destinés à financer une acquisition immobilière n'entrent pas dans ce domaine, il est toujours possible pour les parties de décider de soumettre conventionnellement leurs opérations aux articles L. 312-2 et suivants du Code de la consommation<sup>996</sup>.

### **A- Le champ d'application du crédit immobilier**

#### **1- La notion d'immeuble**

**604.** Les dispositions relatives au crédit immobilier supposent que la construction financé présente un caractère immobilier. Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature selon l'article 518 du Code civil. Le caractère de fixation au sol est important pour qualifier la construction d'immeuble. Ainsi n'est pas un immeuble une construction

---

<sup>994</sup> Voir supra crédit-bail.

<sup>995</sup> Article L. 312-2 du Code de la consommation : « Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux prêts qui, quelle que soit leur qualification ou leur technique, sont consentis de manière habituelle par toute personne physique ou morale en vue de financer les opérations suivantes : 1° Pour les immeubles à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation : a) Leur acquisition en propriété ou la souscription ou l'achat de parts ou actions de sociétés donnant vocation à leur attribution en propriété, y compris lorsque ces opérations visent également à permettre la réalisation de travaux de réparation, d'amélioration ou d'entretien de l'immeuble ainsi acquis ; b) Leur acquisition en jouissance ou la souscription ou l'achat de parts ou actions de sociétés donnant vocation à leur attribution en jouissance, y compris lorsque ces opérations visent également à permettre la réalisation de travaux de réparation, d'amélioration ou d'entretien de l'immeuble ainsi acquis ; c) Les dépenses relatives à leur réparation, leur amélioration ou leur entretien lorsque le montant du crédit est supérieur à 75 000 € ; d) Les dépenses relatives à leur construction ; 2° L'achat de terrains destinés à la construction des immeubles mentionnés au 1° ci-dessus ».

<sup>996</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mars 1999, *Bull. civ.*, I, n° 108 ; *D. affaires*, 1999.754, obs. C.R.

reposant sur un cadre de poutrelles métalliques posé sur des parpaings et qui n'est pas incorporé au sol<sup>997</sup>.

## **2- La destination de l'immeuble**

**605.** L'article L. 312-2. 1° prévoit que l'immeuble doit être à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation. Lorsque l'opération à financer est mixte donc, c'est-à-dire immeuble ayant à la fois usage d'habitation et à usage professionnel, l'emprunteur bénéficie du régime protecteur de consommateur sauf si la destination d'habitation est en réalité accessoire à une entreprise<sup>998</sup>. Ces dispositions protectrices s'appliquent également aux acquisitions en jouissance à temps partagé<sup>999</sup>. L'article L. 312-2. 2° ajoute que le crédit peut consister en un financement pour achat de terrains destinés à la construction des immeubles mentionnés à l'article L. 312-2. 1°. Sont ainsi exclus les prêts pour financer des immeubles à usages professionnels ainsi que ceux consentis à des personnes morales de droit public<sup>1000</sup>.

## **B- La protection des consommateurs dans le crédit immobilier**

### **1- L'information du consommateur**

**606.** Le Code de la consommation française prévoit des règles protectrices des consommateurs en prévoyant une réglementation sur la publicité<sup>1001</sup> et le contenu de l'offre préalable<sup>1002</sup>. L'article L. 312-8 dudit Code cite les mentions obligatoires que doit contenir une offre préalable<sup>1003</sup>. Concernant la publicité, l'article L. 312-6 du Code interdit par

---

<sup>997</sup> Aix-en Provence, 3 mai 2005, *Contrats, Concurrence, Consommation* 2005, n° 211, note Raymond.

<sup>998</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 25 avril 1985, *Bull. civ.* III, n° 91; *RDI*, 1985.84, obs. Lancereau et Stoufflet; Civ. 1<sup>re</sup>, 7 octobre 1992, *D.*, 1992 IR 252.

<sup>999</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 27 juin 1995, *Bull. civ.*, I, n° 288.

<sup>1000</sup> Article L. 312-3, 2° du Code de la consommation

<sup>1001</sup> Articles L. 312-4 à L. 312-6-2 du Code de la consommation.

<sup>1002</sup> Articles 312-7 et L. 312-8 du Code de la consommation.

<sup>1003</sup> Article L. 312-8 du Code de la consommation « L'offre définie à l'article précédent : 1° Mentionne l'identité des parties, et éventuellement des cautions déclarées ; 2° Précise la nature, l'objet, les modalités du prêt, notamment celles qui sont relatives aux dates et conditions de mise à disposition des fonds ; 2° bis Pour les offres de prêts dont le taux d'intérêt est fixe, comprend un échéancier des amortissements détaillant pour chaque échéance la répartition du remboursement entre le capital et les intérêts ; 2° ter Pour les offres de prêts dont le taux d'intérêt est variable, est accompagnée d'une notice présentant les conditions et modalités de variation du taux d'intérêt et d'un document d'information contenant une simulation de l'impact d'une variation de ce taux sur les mensualités, la durée du prêt et le coût total du crédit. Cette simulation ne constitue pas un engagement du prêteur à l'égard de l'emprunteur quant à l'évolution effective des taux d'intérêt pendant le prêt et à son impact sur les mensualités, la durée du prêt et le coût total du crédit. Le document d'information mentionne le caractère indicatif de la simulation et l'absence de responsabilité du prêteur quant à l'évolution effective des taux d'intérêt pendant le prêt et à son impact sur les mensualités, la

exemple toute publicité assimilant les mensualités de remboursement à des loyers. Ou si la publicité est effectuée par la remise d'un document, ce document doit mentionner que l'emprunteur dispose d'un délai de réflexion de dix jours<sup>1004</sup>. Lorsque la publicité porte des éléments chiffrés, toutes les mentions obligatoires doivent y paraître en caractère lisible et compréhensible. En dehors des sanctions pénales, les sanctions pour publicité mensongère sont également encourues par le banquier en cas de non-respect de ces règles. En droit malgache la sanction prévue par la loi sur la consommation est la cessation de la publicité<sup>1005</sup>. D'une manière générale, l'article 9 de la loi n° 2005-020 sur la concurrence édicte que la publicité mensongère engage la responsabilité du commerçant<sup>1006</sup>.

**607.** Concernant l'offre préalable, le législateur met à la charge du banquier offrant un certain nombre d'obligations. Afin d'éviter que le banquier change les conditions de l'offre pendant le temps que l'emprunteur est peut-être en train d'y réfléchir, l'article L. 312-10 du Code de la consommation prévoit que l'envoi de l'offre oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimale de trente jours à compter de sa réception.

Ensuite, l'offre doit contenir certaines mentions obligatoires qui sont prévues par l'article L. 312-8 du Code de la consommation. Ces mentions ont pour objectif d'informer de manière complète et précise le consommateur sur le contenu du contrat que le banquier propose<sup>1007</sup>.

**608.** Le banquier a ensuite une obligation de conseil et une obligation de mise en garde afin d'attirer l'attention du consommateur. Celui-ci est tenu de vérifier les capacités financières de l'emprunteur et les risques d'endettement qui peuvent naître de l'octroi des

---

durée du prêt et le coût total du crédit ; 3° Indique, outre le montant du crédit susceptible d'être consenti, et, le cas échéant, celui de ses fractions périodiquement disponibles, son coût total, son taux défini conformément à l'article L. 313-1 ainsi que, s'il y a lieu, les modalités de l'indexation ; 4° Enonce, en donnant une évaluation de leur coût, les stipulations, les assurances et les sûretés réelles ou personnelles exigées, qui conditionnent la conclusion du prêt ; 4° bis Mentionne que l'emprunteur peut souscrire auprès de l'assureur de son choix une assurance dans les conditions fixées à l'article L. 312-9 ; 5° Fait état des conditions requises pour un transfert éventuel du prêt à une tierce personne ; 6° Rappelle les dispositions de l'article L. 312-10.

<sup>1004</sup> Article L. 312-5 du Code de la consommation.

<sup>1005</sup> Article 29 de la loi de 2015 sur la consommation : « La cessation de la publicité peut être ordonnée par le Ministre chargé du Commerce ».

<sup>1006</sup> Article 9 de la loi n° 2005-020 sur la concurrence : « La publicité tendant à comparer des biens ou services d'autrui par rapport à ceux d'un autre sous quelque forme que ce soit, notamment la citation ou la représentation de la marque de fabrique, de commerce ou de service, la citation ou la représentation de la raison sociale ou la dénomination sociale, du nom commercial ou de l'enseigne, engage la responsabilité de son auteur si elle n'est pas loyale et véridique et qu'elle est de nature à induire en erreur le consommateur ».

<sup>1007</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mai 1997, *D. affaires*, 1997. 853 : « la loi vise à garantir l'emprunteur une information précise, lui permettant, d'un seul coup d'œil, de juger de l'effort financier à consentir ».

prêts<sup>1008</sup> ainsi que la qualité de l'emprunteur. A propos de la qualité de l'emprunteur, la jurisprudence a décidé que seul l'emprunteur non-averti bénéficie de cette obligation de mise en garde<sup>1009</sup>.

## 2- Le délai de réflexion et délai de maintien de l'offre

**609.** L'article L. 312-10, alinéa 2 impose à l'emprunteur un délai de réflexion avant d'accepter la proposition de crédit. En effet, le consommateur ne peut accepter l'offre de crédit que dix jours après qu'il l'a reçu. Le texte ajoute que « l'acceptation doit être donnée par lettre, le cachet de la poste faisant foi ». Le délai de réflexion étant d'ordre public, le consommateur ne peut y renoncer<sup>1010</sup>. Le non-respect de ce délai est sanctionné par la nullité de l'engagement de l'emprunteur<sup>1011</sup>. L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article précité oblige à maintenir l'offre pendant une durée minimale de trente jours à compter de sa réception par l'emprunteur.

**610.** Telles sont les techniques juridiques qu'on utilise pour conclure un contrat de crédit dans le cadre de droit de la consommation, on va présentement se focaliser sur les formalités requises pour la conclusion de ce contrat de crédit à la consommation.

## Section 2 : Les formalités requises pour la conclusion du contrat de crédit à la consommation

**611.** En dehors des obligations précontractuelles du banquier, au nom de la protection des consommateurs, quelques exigences sont imposées au banquier quant à la formalité à suivre pour la formation du contrat.

---

<sup>1008</sup> Mixte, 29 juin 2007, *D.*, 2007. 2081, note Piedelièvre ; *RTD civ.*, 2007.779, obs. Jourdain ; *JCP*, 2007, II, 10146, note Gourio ; *JCP E*, 2007. 2105, note Legeais ; *RD bancaire*, septembre-octobre 2007.42, obs. Crédot et Gérard ; *Banque et droit*, septembre-octobre 2007.31, obs. Bonneau.

<sup>1009</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juillet 2005, *op. cit.* ; Com. 3 février 2009, *JCP E*, 2009.1305, note Legeais.

<sup>1010</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 9 décembre 1997, *Bull. civ.* I, n° 368, p. 249 ; *Contrats, Concurrence, Consommation*, mars 1998, n° 53, note Raymond ; *JCP G* 1998, II, 10 148 et *JCP E*, p. 1731, note Piedelièvre.

<sup>1011</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 27 février 2001, *Bull. civ.* I, n° 48, p. 29 ; *RJDA* 5/01, n° 626, p. 553 ; *JCP E* 2001, p. 1580, note Piedelièvre ; *D.* 2001. 1388, obs. Avena-Robardet.

## **A- L'offre de contrat de crédit**

### **1- La forme de l'offre de contrat**

**612.** L'offre de contrat de crédit doit être établie par écrit ou sur un autre support durable. L'offre verbale est ainsi interdite. Cette offre doit être remise ou adressée en autant d'exemplaires que de parties et, le cas échéant, à chacune des cautions<sup>1012</sup>.

### **2- Les délais à respecter pour la formation du contrat**

#### **a- Le délai de maintien de l'offre**

**613.** La remise de l'offre de contrat de crédit oblige le banquier à en maintenir les conditions pendant une certaine durée minimale. Lorsqu'il s'agit d'un crédit mobilier, cette durée est de quinze jours<sup>1013</sup> et lorsqu'il s'agit d'un crédit immobilier cette durée est de trente jours<sup>1014</sup>. L'acceptation du client peut intervenir pendant ce délai. Il est toutefois à remarquer qu'étant soumis à un délai de réflexion de dix jours, l'emprunteur d'un crédit immobilier ne peut donner son acceptation avant l'expiration de ce délai<sup>1015</sup>.

#### **b- Le délai de rétractation et le délai de réflexion**

**614.** Si dans le crédit immobilier, l'emprunteur ne peut donner son acceptation avant le délai de dix jours qui s'analyse en un délai de réflexion, dans le crédit mobilier, après l'acceptation, l'emprunteur dispose d'un délai pour se rétracter. L'article L. 311-12 du Code de la consommation accorde au consommateur un droit de repentir de quatorze jours à compter de l'acceptation de l'offre. Cet article dispose que « l'emprunteur peut se rétracter sans motif dans un délai de quatorze jours calendaires révolus à compter du jour de l'acceptation de l'offre de contrat de crédit ». Pour permettre l'exercice de ce droit de rétractation, un formulaire détachable doit être joint à l'exemplaire du contrat de crédit<sup>1016</sup>. Et afin de faciliter l'exercice de cette rétractation, l'article L. 311-14 prévoit que pendant un délai de sept jours à compter de l'acceptation du contrat de crédit par l'emprunteur « aucun paiement, sous quelque forme et à quelque titre que ce soit, ne peut être fait par le prêteur ». Pendant ce même délai, aucun dépôt au profit du prêteur ne peut non plus être effectué par

---

<sup>1012</sup> Article L. 311-11 du Code de la consommation.

<sup>1013</sup> Article L. 311-1 alinéa 2 du Code de la consommation.

<sup>1014</sup> Article L. 312-10 alinéa 1 du Code de la consommation.

<sup>1015</sup> Article L. 312-10 alinéa 2 du Code de la consommation.

<sup>1016</sup> Article L. 311-12 du Code de la consommation.

l'emprunteur. Le non-respect du formalisme de l'offre du crédit engage aussi bien la responsabilité civile que la responsabilité pénale du banquier<sup>1017</sup>.

## **B- La conclusion du contrat de crédit**

**615.** Le contrat de crédit accepté par le consommateur ne devient parfait qu'à la double condition : que l'emprunteur n'ait pas usé de sa faculté de rétractation et que le banquier ait fait connaître à l'emprunteur sa décision d'accorder le crédit dans un délai de sept jours<sup>1018</sup>. Cette règle amène à se poser la question de savoir si le contrat n'est conclu qu'après expiration du délai de rétractation de quatorze jours. La doctrine estime « qu'il n'est pas évident de considérer que le contrat de crédit n'est formé qu'à la date de l'échéance du délai de rétractation »<sup>1019</sup>. La règle étant que le contrat se forme par la rencontre de l'offre et de l'acceptation. La possibilité de rétractation ne devrait pas porter atteinte à l'exécution du contrat. Or, l'article L. 311-14 du Code de la consommation est claire, aucun acte d'exécution ne peut être fait avant ce délai de sept jours à compter de l'acceptation<sup>1020</sup>. Ainsi, avant l'expiration de ce délai pour que le contrat soit parfait, il faut encore que le banquier notifie à l'emprunteur sa décision d'accorder le crédit. A défaut de la notification de la décision du banquier à l'emprunteur, le crédit est présumé refusé<sup>1021</sup>. Toutefois afin de protéger le consommateur, le texte prévoit que si l'agrément du banquier est parvenu à la connaissance de l'emprunteur après l'expiration de ce délai, l'emprunteur peut toujours bénéficier du crédit<sup>1022</sup>.

## **C- La forme du contrat de crédit**

**616.** Le contrat de crédit est établi par écrit ou sur un autre support durable. Ce contrat doit être distinct de la fiche prévue par l'article L.311-6 et de tout document publicitaire. Le

---

<sup>1017</sup> AUDIER, « La responsabilité civile et pénale du dispensateur de crédit au consommateur », dans *Le droit du crédit au consommateur*, p. 206.

<sup>1018</sup> Article L. 311-13

<sup>1019</sup> T. BONNEAU, *op. cit.* n° 834, p. 595.

<sup>1020</sup><sup>1020</sup> Article L. 311-14 du Code de la consommation : « Pendant un délai de sept jours à compter de l'acceptation du contrat par l'emprunteur, aucun paiement, sous quelque forme que ce soit et à quelque titre que ce soit, ne peut être fait par le prêteur à l'emprunteur ou pour le compte de celui-ci, ni par l'emprunteur au prêteur. Pendant ce même délai, l'emprunteur ne peut non plus faire, au titre de l'opération en cause, aucun dépôt au profit du prêteur ou pour le compte de celui-ci.

<sup>1021</sup> Article L. 311-13 du Code de la consommation.

<sup>1022</sup> *Ibid.*

contrat doit également contenir un encadré informant l'emprunteur des caractéristiques essentielles du crédit<sup>1023</sup>. Cette information doit être mise en début du contrat et encadrée pour retenir l'attention de l'emprunteur consommateur. Lorsque l'offre de contrat de crédit est assortie d'une proposition d'assurance, une notice doit être remise à l'emprunteur. Cette notice doit comporter les extraits des conditions générales de l'assurance le concernant.

---

<sup>1023</sup> Article L. 311-19 du Code de la consommation.

## **CHAPITRE 3 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS L'EXECUTION DU CONTRAT DE CREDIT**

**617.** Pendant toute la durée du contrat, l'obligation d'information due à l'emprunteur subsiste (Section 1), le Code de la consommation prévoit et règlemente le remboursement anticipé (Section 2), ainsi que la défaillance de l'emprunteur (Section 3).

### **Section 1 : L'obligation d'information pendant l'exécution du contrat de crédit**

**618.** Le banquier a d'abord une obligation d'information annuelle vis-à-vis de l'emprunteur<sup>1024</sup>. Cette information porte sur le montant du capital restant dû par celui-ci<sup>1025</sup>. Cette information doit figurer sur la première page du document et en caractères lisibles. Dans le cas d'un crédit renouvelable cette obligation d'information est mensuelle. Ici, l'information porte sur un état actualisé de l'exécution du contrat de crédit qui doit expressément faire référence à l'état précédent<sup>1026</sup>.

**619.** Ensuite, en cas de modification du taux d'intérêt, l'emprunteur doit être informé préalablement, c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur du taux d'intérêt modifié. Cette information est faite dans un écrit ou par tout autre support durable<sup>1027</sup>.

**620.** Puis, en cas de défaillance de l'emprunteur, le banquier a l'obligation de l'informer sur les risques encourus. Les risques encourus peuvent par exemple être la résiliation du contrat de crédit ou le paiement d'une indemnité. Cette information doit être faite dès le premier manquement de l'emprunteur à son obligation de remboursement<sup>1028</sup>. Cette information en cas de défaillance de l'emprunteur s'étend également à la défaillance au paiement d'assurance, si le banquier a exigé la souscription d'assurance. En effet, l'assureur est tenu d'informer le banquier du non-paiement de sa prime d'assurance ou de toute modification substantielle du contrat d'assurance<sup>1029</sup>. Afin de maintenir la couverture de l'assurance, le texte prévoit la possibilité pour le banquier de payer à la place de l'emprunteur la cotisation pour une durée déterminée.

---

<sup>1024</sup> A l'exclusion de la location-vente et de la location avec option d'achat.

<sup>1025</sup> Article L. 311-25-1 du Code de la consommation.

<sup>1026</sup> Article L. 311-26 du Code de la consommation.

<sup>1027</sup> Article L. 311-21 du Code de la consommation.

<sup>1028</sup> Article L. 311-22-2 du Code de la consommation.

<sup>1029</sup> Article L. 311-22-3 du Code de la consommation.

## **Section 2 : Le remboursement anticipé**

**621.** En principe, l'emprunteur doit respecter les échéances convenues avec le banquier<sup>1030</sup>. On sait que le remboursement anticipé prive le prêteur de sa rémunération<sup>1031</sup>. Mais dans le dessein de favoriser le désendettement du consommateur, le législateur prévoit la faculté d'un remboursement anticipé.

**622.** Toutefois, cette possibilité de remboursement anticipé n'est pas toujours gratuite. L'article L. 311- 22 alinéa 3 prévoit que « lorsque le montant du remboursement anticipé est supérieur à un seuil fixé par décret, le prêteur peut exiger une indemnité qui ne peut dépasser 1% du montant du crédit faisant l'objet du remboursement anticipé si le délai entre le remboursement anticipé et la date de fin de contrat de crédit est supérieur à un an. Si le délai ne dépasse pas un an, l'indemnité ne peut pas dépasser 0,5% du montant du crédit faisant l'objet d'un remboursement anticipé ». Cette indemnité ne peut dépasser le montant des intérêts que l'emprunteur aurait payés durant la période comprise entre le remboursement anticipé et la date de fin du contrat de crédit convenue initialement.

**623.** Par ailleurs, le remboursement anticipé ne peut donner lieu à perception d'indemnité dans quatre cas suivants : en cas d'autorisation de découvert ; si le remboursement anticipé a été effectué en exécution d'un contrat d'assurance destiné à garantir le remboursement du crédit ; si le remboursement anticipé intervient dans une période où le taux débiteur n'est pas fixe et si le crédit est un crédit renouvelable<sup>1032</sup>.

## **Section 3 : La défaillance de l'emprunteur**

**624.** Selon l'article L. 313-12 : « L'exécution des obligations du débiteur peut être [...] suspendue par ordonnance du juge ». Le juge peut dans un délai de deux ans, reporter ou rééchelonner le remboursement jusqu'à expiration de ce délai. Le juge peut ainsi suspendre également les procédures diligentées contre le consommateur.

**625.** Ensuite, toujours dans le but de protéger le consommateur, le juge peut décider que les intérêts applicables aux échéances dont il a prescrit le report ou le rééchelonnement,

---

<sup>1030</sup> En droit commun, le remboursement anticipé d'un prêt n'est pas possible, l'article 1902 du Code civil prévoit que « l'emprunteur est tenu de rendre les choses prêtées, en même quantité et qualité, et au terme convenu ».

<sup>1031</sup> Mirbeau-Gauvin, « Le remboursement anticipé en droit français », *D.*, 1995, p. 46.

<sup>1032</sup> L'article L. 311- 22 alinéa 2 du Code de la consommation.

seront réduits ou supprimés et qu'ils s'imputeront prioritairement sur le capital<sup>1033</sup>. Le juge peut déterminer les modalités de paiement des sommes qui seront exigibles au terme du délai de grâce, sans que le dernier versement puisse excéder plus de deux ans le terme initialement convenu pour le remboursement du prêt<sup>1034</sup>. Les juges du fond ont un pouvoir souverain pour apprécier ce délai de grâce<sup>1035</sup>.

**626.** En cas de défaillance de l'emprunteur, le banquier peut soit poursuivre l'exécution forcée du contrat de crédit, soit résilier ce contrat. Dans le cas où il résilie, il pourra exiger le remboursement immédiat du capital restant dû majoré des intérêts échus mais non payés<sup>1036</sup>. Mais dans ce cas, le législateur a mis en place un système de limitation forfaitaire. Aux termes de l'article D. 311-6 du Code de la consommation : « lorsque le prêteur exige le remboursement immédiat du capital restant dû [...], il peut demander une indemnité égale à 8% du capital restant dû à la date de la défaillance ».

**627.** Si la défaillance persiste et que l'emprunteur est dans l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ces dettes exigibles et à échoir et à condition qu'il soit de bonne foi, la procédure de traitement des situations de surendettement lui est ouverte<sup>1037</sup>.

**628.** Telle est l'étude de la responsabilité du banquier dispensateur de crédit, on a vu quelles sont ses obligations lorsqu'il octroie du crédit à une entreprise et quelles sont ses obligations lorsqu'il accorde un crédit à la consommation et au crédit immobilier. Maintenant nous allons entamer l'étude de la responsabilité du banquier prestataire de services.

---

<sup>1033</sup> S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, 2<sup>e</sup> éd., Economica 2014, n° 325, p. 321.

<sup>1034</sup> Article L. 313-12 alinéa 2 du Code de la consommation.

<sup>1035</sup> Civ. 2<sup>e</sup>., 10 juin 1970, *Bull. civ.* II, n° 201; Civ. 1<sup>re</sup>, 5 juillet 1988, *Bull. civ.* I, n° 216.

<sup>1036</sup> Article L. 311-24 du Code de la consommation.

<sup>1037</sup> Articles L. 330-1 à L. 334-12 et articles R. 331-1 à R. 336-8 du Code de la consommation.

## **TROISIEME PARTIE : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER PRESTATAIRE DE SERVICES**

**629.** Dans l'accomplissement des opérations de banque, le banquier est amené à effectuer des actes d'un dépositaire, d'un dispensateur de crédit mais également d'un prestataire de services. Le banquier agit en tant que prestataire de services notamment lorsqu'il gère les moyens de paiement qu'il met à la disposition de ses clients (Titre 1), lorsqu'il fournit des services de renseignements et conseils financiers ou commerciaux (Titre 2), lorsqu'il assure la location de coffre-fort (Titre 3) ou lorsqu'il offre des services sur les valeurs mobilières à ses clients (Titre 4). Le banquier peut être amené à fournir d'autres prestations, annexes à des opérations de banque mais nous estimons que dans le cadre limité de cette thèse nous allons nous contenter des principaux services qu'il offre habituellement à Madagascar.

### **TITRE 1 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS LA GESTION DES MOYENS DE PAIEMENT**

**630.** Actuellement, les règlements en espèce se font de plus en plus rares. Les paiements s'effectuent fréquemment par chèques ou par cartes. Rappelons que l'article 3 de la loi malgache n°95-030 sur l'activité et le contrôle des établissements de crédit met dans les opérations de banque la gestion de moyens de paiements. Et aux termes de l'article 6 de cette loi : « Sont considérés comme moyens de paiement tous les instruments, qui, quel que soit le support ou le procédé technique utilisé, permettent à toute personne de transférer des fonds ». Les principaux instruments de paiement que la banque met à la disposition de ses clients sont le chèque (Chapitre 1), la carte de paiement (Chapitre 2), le virement et le prélèvement (Chapitre 3)

## CHAPITRE 1 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER EN MATIERE DE CHEQUE

**631.** L'utilisation des chèques est en baisse dans les pays développés comme la France. A Madagascar, on est encore au stade où l'utilisation des chèques est réservée à la classe sociale aisée et aux professionnels, soit le cas de la France aux premières décennies du XX<sup>e</sup> siècle<sup>1038</sup>. En droit malgache, le texte qui régit le chèque est la loi n° 2004-045 du 14 janvier 2005 relative à la prévention et la répression des infractions en matière de chèques.

**632.** Le chèque permet de retirer les fonds déposés à la banque. Il est aussi un instrument de paiement en ce sens que sous réserve de remplir les conditions législatives, le chèque représente une créance liquide et exigible contre le banquier qui peut ainsi être donné en paiement. Le chèque est donc un moyen pour le client de disposer des sommes disponibles dans son compte. La question qui se pose ici est : quelles sont les obligations qui pèsent sur le banquier qui veut effectuer un remboursement valable et éviter ainsi d'engager sa responsabilité à l'occasion du paiement des chèques ? Dans cette étude concernant la responsabilité du banquier en matière de chèque, on va analyser successivement sa responsabilité dans la délivrance du carnet de chèques (Section 1) et sa responsabilité lors du paiement du chèque (Section 2).

### Section 1 : La responsabilité du banquier lors de la délivrance du carnet de chèques

**633.** L'usage de chèque n'est pas un service dont le client bénéficie de plein droit. Il y a des comptes qui ne sont pas assortis de la possibilité de tirer des chèques tels que les comptes d'épargne rémunérés. Le droit à la délivrance d'un carnet de chèque et partant de la faculté de tirer de chèque est en principe prévu dans la convention de compte<sup>1039</sup>. Ceci découle de l'article R. 312-1 alinéa 2 du Code monétaire et financier français qui impose au banquier de fournir à son client les informations sur les conditions d'utilisation du compte. Les parties prévoient généralement également que le client doit utiliser les formules de

---

<sup>1038</sup> Jean STOUFFLET, *Instruments de paiement et de crédit, effets de commerce-chèque-carte de paiement-transfert de fonds*, 8<sup>e</sup> éd. LexisNexis 2012, n° 186, p. 216.

<sup>1039</sup> Article R. 312-1 alinéa 2 du Code monétaire et financier français : « Lorsqu'ils ouvrent un compte, les établissements de crédit doivent informer leurs clients sur les conditions d'utilisation du compte, le prix des différents services auxquels il donne accès et les engagements réciproques de l'établissement et du client ». V. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 octobre 2009, *Gaz. Pal.* 5 mars 2010, p. 25, obs. Lasserre Capdeville.

chèques émises par son banquier. La question de la délivrance de chéquier peut être source de responsabilité du banquier. La première problématique est de savoir si le banquier est libre de délivrer et de refuser de délivrer un chéquier à un client (§1). Ensuite, quelles sont les vérifications qu'il doit effectuer avant de délivrer un chéquier (§2) ?

## **§1 : La liberté du banquier dans la délivrance et dans le retrait d'un chéquier**

### **A- La liberté du banquier dans la délivrance des formules de chèques**

**634.** L'article L. 131 -71 dispose expressément que « tout banquier peut, par décision motivée, refuser de délivrer au titulaire d'un compte les formules de chèques autres que celles qui sont remises pour un retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou pour une certification ». Cet article pose le principe de liberté pour le banquier. Ainsi, en principe, le banquier est libre de délivrer ou de ne pas délivrer au titulaire d'un compte un carnet de chèques<sup>1040</sup>.

**635.** Toutefois, cette liberté reste encadrée.

D'une part, la décision de refus doit être motivée. L'obligation de motiver permet au client de contester la décision du banquier devant le juge. En cas de refus mal fondé ou en l'absence de motif, la responsabilité civile du banquier est reconnue. Il est à signaler que cette obligation de motiver n'impose pas au banquier un écrit préalable lorsqu'aucune demande écrite n'a été formulée<sup>1041</sup>. Ainsi, le banquier peut donner le motif à son client en réponse à une demande écrite du client même postérieurement à sa décision de refus<sup>1042</sup>.

D'autre part, cette liberté de refuser la délivrance du chéquier ne concerne que les formules « autres que celles qui sont remises pour un retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou pour une certification ». Ce qui signifie que dans l'un de ces deux cas, le banquier a l'obligation de délivrer un chéquier. Cette solution est prise parce que dans ces deux cas, le chèque ne fait courir un risque ni au banquier ni aux tiers. En effet, dans la première hypothèse, le chèque est tiré à l'ordre de lui-même et dans la seconde hypothèse, le chèque certifié donne lieu à une vérification immédiate de l'existence de la provision et à son blocage pendant huit jours, ce qui permet d'assurer le paiement pendant ce délai<sup>1043</sup>. Ces deux cas sont

---

<sup>1040</sup> V. Paris, 18 septembre 2001, *D.* 2003. Somm. 69.

<sup>1041</sup> Paris, 4 mars 2003, *RJDA* 2003, n° 768.

<sup>1042</sup> *Ibid.*

<sup>1043</sup> Article L. 131-14 du Code monétaire et financier.

des exceptions quant à la liberté de refuser de délivrer un carnet de chèque à un titulaire de compte.

**636.** De l'autre côté, on a des cas pour lesquels le législateur impose au banquier de refuser de délivrer un chéquier à un client, c'est également une exception à sa liberté de délivrer un chéquier à un client. Il en est ainsi, lorsque l'article L. 131-72 défend au banquier de délivrer des carnets de chèques autres que celles qui sont remises pour un retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou pour une certification aux interdits bancaires ou judiciaires.

**637.** Il est enfin à signaler que selon l'article L. 131-71 alinéa 2, lorsque le banquier décide de délivrer à un client des formules de chèques, celles-ci sont mises gratuitement à sa disposition.

### **B- La liberté du banquier quant au retrait des formules de chèques**

**638.** Aux termes de l'article L. 131-71 du Code monétaire et financier, le banquier peut, « à tout moment, demander la restitution des formules antérieurement délivrées ». Si le refus de délivrer le chéquier nécessite une décision motivée, le retrait du carnet de chèques pourrait être considéré comme un pouvoir discrétionnaire du banquier.

En outre, cet article impose au banquier de retirer les formules de chèques lors de la clôture du compte. Ce, pour éviter l'utilisation des chèques alors que le titulaire n'a plus de compte dans la banque, l'esprit est ainsi axé sur la prévention de chèques sans provision.

Enfin, dans le cas où le banquier refuse le paiement d'un chèque pour défaut de provision, il est tenu de demander la restitution des formules de chèques en possession de ce client<sup>1044</sup>.

### **§2 : L'obligation de vérification du banquier lors de la délivrance des chèquiers**

**639.** En plus de l'obligation de vérification dont le banquier est tenu au moment de l'ouverture de compte bancaire, le banquier est encore soumis à d'autres exigences de

---

<sup>1044</sup> Article L.131-73 : « ...le banquier tiré peut, après avoir informé par tout moyen approprié mis à sa disposition par le titulaire du compte des conséquences du défaut de provision, refuser le paiement d'un chèque pour défaut de provision suffisante. Il doit enjoindre au titulaire du compte de restituer à tous les banquiers dont il est client les formules en sa possession et en celle de ses mandataires et de ne plus émettre des chèques autres que ceux qui permettent exclusivement le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ».

vérification au moment de la délivrance de formules de chèques. Avant de délivrer un premier chéquier à un nouveau client, le premier devoir qui incombe au banquier est celui de vérifier le fichier de la Banque Centrale<sup>1045</sup> qui recense les incidents contre une personne, lui permettant ainsi de vérifier que le client fait ou non l'objet d'une interdiction bancaire ou judiciaire<sup>1046</sup>. Cette obligation est exigée en vue de prévenir l'émission de chèques sans provision. En cas d'inobservation de cette obligation, l'article L. 131-81.2 prévoit comme sanction le paiement du chèque, nonobstant l'absence, l'insuffisance ou l'indisponibilité de la provision. Il appartient au banquier d'apporter la preuve qu'il a effectué cette obligation de vérification<sup>1047</sup>.

**640.** Par ailleurs, la responsabilité du banquier peut être retenue s'il ne prouve pas avoir tenté d'obtenir la restitution des formules détenues par une personne frappée d'une interdiction d'émettre des chèques<sup>1048</sup>.

**641.** En outre, si le tiers est victime de chèque sans provision, il pourra toujours intenter une action en responsabilité délictuelle du banquier s'il arrive à prouver le lien de causalité entre son préjudice et l'imprudence ou la négligence du banquier<sup>1049</sup>.

**642.** Le banquier doit vérifier la sincérité de la demande de carnet de chèques. La demande doit être en principe écrite. Elle doit être faite par le titulaire du compte ou par une personne munie d'un mandat spécial et signant par procuration<sup>1050</sup>. Le banquier sera responsable du préjudice subi dans le cas où il consent à remettre un carnet à un tiers, sur simple demande téléphonique et sans confirmation par le titulaire du compte, ou sans exiger l'apport d'un mot accédant ce tiers. Il en est également ainsi s'il livre un carnet sur simple présentation d'une lettre signée au nom du tireur lorsque cette demande a été faite par un faussaire.

**643.** Avant de remettre le carnet, le banquier est tenu de s'assurer que le client a déposé des fonds chez lui. En effet, la remise du carnet implique de sa part qu'il est disposé à

---

<sup>1045</sup> Fichier central des chèques impayés. En France, cette vérification est faite auprès de la Banque de France.

<sup>1046</sup> Voir article R. 131-44 du Code monétaire et financier pour le droit français : « Tout banquier doit interroger la Banque de France avant de procéder à la première délivrance de formules de chèques à un nouveau titulaire de compte. Les réponses doivent être conservées pendant deux ans ».

<sup>1047</sup> Com., 11 janvier 2000, *JCP* 2000, IV, 1338 ; *D.* 2000, act-jurispr.p ; 109 ; *RD bancaire et financier* mars-avril 2000, p. 75, obs. Crédot et Gérard ; *RTD com.* 2000, p. 421, obs. Cabrillac.

<sup>1048</sup> *Ibid.*

<sup>1049</sup> Com., 19 juin 1990, *Bull.* n° 177 ; *RTD com.* 1991.74, obs. Cabrillac et Teyssié ; *JCP E* 1991.65, n° 13, obs. Gavalda et Stoufflet : le banquier aurait dû s'inquiéter de la discordance entre l'activité réelle du tireur (escroc) et l'objet social mentionné par l'extrait du RCS fourni au banquier.

<sup>1050</sup> J. STOUFFLET, *op.cit.*, n°203, p.234.

payer les chèques du titulaire, en d'autres termes, que le compte a provision<sup>1051</sup>. La délivrance du carnet peut donc légitimement faire croire au tiers l'existence d'une provision, et l'absence de fonds déposés peut leur causer un préjudice quelconque, il peut sur cette base engager la responsabilité du banquier<sup>1052</sup>. Le banquier est également fautif s'il remet à plusieurs reprises des formules à une société en formation alors qu'il savait, d'après la position du compte, que celle-ci ne disposait d'aucune trésorerie<sup>1053</sup>. Ainsi, toute remise imprudente d'un carnet de chèques est source de responsabilité du banquier<sup>1054</sup>.

**644.** Lorsque le banquier accepte de délivrer un carnet de chèque, il est encore tenu de faire diligence afin que ce carnet arrive à son véritable destinataire. En principe, le banquier ne doit délivrer un carnet de chèque que contre la signature d'un reçu indiquant toutes les mentions utiles pour pouvoir identifier les chèques dans l'avenir, telle que le nombre, l'espèce et la série du carnet. Le banquier qui consent à délivrer un chéquier sans exiger de reçu ou sur un reçu incomplet, commet une faute qui le rend responsable envers les personnes auxquelles cette délivrance pourrait causer un préjudice quelconque. Ainsi, s'il oublie d'indiquer le nombre des formules du carnet sur le reçu, le banquier se mettra dans l'impossibilité de prouver qu'il a ou non remis un carnet intact, ce qui lui fait supporter par conséquent le paiement effectué<sup>1055</sup>. Le reçu est très important car elle permet au banquier de prouver l'accomplissement de son devoir de vérification<sup>1056</sup>.

Afin de fidéliser leurs clients, les banques acceptent parfois d'envoyer les carnets par poste à ceux qui ne peuvent pas venir les recevoir. Cette expédition doit s'entourer

---

<sup>1051</sup> Paris, 17 octobre 1931, *Gaz. Pal.* 1932-1-19.

<sup>1052</sup> Le Trib. Civ. Seine 15 mai 1923, *D. P.* 1923.2.108 a eu à trancher le cas suivant : un escroc se présente à la succursale d'un grand établissement de crédit et lui demandant l'ouverture d'un compte qu'il prétendait être provisionné par un ordre de virement déjà donné à une autre succursale du même établissement. Il réclama un carnet de chèques, mais, quoiqu'on l'eût préparé à son nom, on refusa de le lui délivrer avant l'ordre de virement. Peu de temps après, la future victime vint s'informer sur l'existence d'un compte au nom de l'escroc ; on lui répondit qu'on attendait l'ordre de virement. Mais, l'escroc qui avait réussi à se faire délivrer le carnet, émit un chèque au profit de la victime contre versement de 50 000 frs. Le Tribunal a reconnu la faute du banquier en préparant à l'avance le carnet et en le délivrant avant l'arrivée du prétendu ordre de virement ; mais cette faute était annihilée par cette faute inexcusable du bénéficiaire qui a accepté le chèque malgré qu'il connaissait déjà que le compte n'était pas encore provisionné.

<sup>1053</sup> Com. 23 octobre 1990, n° 89-10180 inédit ; Com. 31 mai 1988, *Rev. sociétés* 1989, p. 39, obs. Stofflet ; Com., 19 juin 1990, *Bull. civ.* 1990, IV, n° 177.

<sup>1054</sup> Com., 18 juillet 1985, *JCP G* 1985, IV, 299 : le banquier a remis un chèque à une société mise ultérieurement en liquidation sachant que les chèques émis seraient sans provision.

<sup>1055</sup> Trib. Civ. Lyon, 26 janv. 1889, *Gaz. Pal.* 1889-2-316 ; *Ann. Drt. comm.* 1889-1-86.

<sup>1056</sup> Il arrive souvent dans la pratique, que le titulaire envoie à sa place quelqu'un pour prendre délivrance du carnet à sa place, c'est quelquefois son employé, sa femme ou un de ses enfants. Celui qui vient ainsi réclamer le carnet à la place du titulaire, doit être munit d'un mandat spécial l'accréditant à en recevoir délivrance.

d'indispensable précaution quant au sort du carnet car si le carnet n'arrive pas à son destinataire et tombe entre les mains d'un faussaire, la responsabilité du banquier pourra être engagée. Aussi, elle doit se faire par pli recommandé avec accusé de réception, au domicile du titulaire.

## **Section 2 : La responsabilité du banquier lors du paiement du chèque**

**645.** Dans le but de pouvoir analyser la responsabilité du banquier lors du paiement du chèque, il est important d'énumérer les obligations mises à la charge du banquier au moment du règlement du chèque. Lorsque le chèque est présenté au paiement, le banquier paie normalement (§1), mais pour un certain nombre de raisons, il arrive que le banquier refuse de payer (§2).

### **§1 : Le paiement du chèque**

**646.** Afin que le banquier puisse effectuer le paiement, le chèque doit d'abord être présenté<sup>1057</sup> (A), ensuite lors du paiement, le banquier est soumis à certaines obligations (B).

#### **A- La présentation au paiement**

**647.** Le chèque est un titre payable à vue, comme tel, il peut être présenté au paiement dès son émission<sup>1058</sup> peu importe qu'il soit postdaté<sup>1059</sup>, qu'une clause de présentation différée soit apposée sur le titre ou dans un document annexe ou qu'il porte une date d'émission différée<sup>1060</sup> ou qu'il soit remis au bénéficiaire uniquement à titre de garantie<sup>1061</sup>. A

---

<sup>1057</sup> Com., 3 juin 2003, *JurisData* n° 2003- 019287, *RD bancaire et financier* juillet-août 2003, p. 203, obs. Crédot et Gérard ; *RTD com.* 2003, p. 782, obs. Cabrillac et Legeais : si le bénéficiaire ne présente pas le chèque, il ne pourra pas soutenir qu'il n'a pas été payé ; Chr. Youego, « La non présentation d'un chèque à l'encaissement », *RD bancaire et financier* septembre-octobre 2009, p. 8.

<sup>1058</sup> Article L. 131-31 du Code monétaire et financier : « Le chèque est payable à vue. Toute mention contraire est réputée non écrite. Le chèque présenté au paiement avant le jour indiqué comme date d'émission est payable le jour de la présentation ».

<sup>1059</sup> Com., 20 février 2007, *JurisData* n° 2007-037753.

<sup>1060</sup> Com., 9 mars 1993, *Quot. jur.* 8 avril 1993 ; *RD bancaire et bourse* juillet-août 1993, 156, obs. Crédot et Gérard ; *D.* 1993, inf. rap. p. 81.

<sup>1061</sup> Com., 24 octobre 2000, *D.* 2000, jurispr.p. 417, 1<sup>re</sup> espèce ; *JCP* 2000, IV, 2839.

partir de son émission, le tireur ne peut empêcher par le biais de l'opposition un chèque postdaté ou remis en garantie<sup>1062</sup>.

**648.** Le délai de présentation du chèque au paiement est de huit jours à partir de son émission<sup>1063</sup>. Ce délai n'emporte pas l'obligation pour la banque de payer le chèque pour lequel la provision existe. En effet, un chèque présenté au-delà de ce délai doit quand même être payé par la banque<sup>1064</sup>. Une présentation hors délai n'a pour conséquence que la perte des recours cambiaires du porteur<sup>1065</sup>. Pour les chèques certifiés<sup>1066</sup>, la banque doit bloquer la provision pendant ce délai de huit jours. Toutefois, à côté du délai de présentation, on a le délai de prescription qui est d'un an. Le banquier peut certes, payer le porteur même au-delà des huit jours, cependant, il ne peut plus le payer au-delà du délai de prescription, parce que l'action du porteur d'un chèque est prescrite après ce délai. Même si c'est une courte prescription, la Cour de cassation française estime qu'elle ne repose pas sur une présomption de paiement, d'où l'indifférence de l'aveu implicite de non-paiement<sup>1067</sup>.

**649.** Concernant le lieu de présentation, le chèque ne peut être présenté au paiement qu'au guichet même où le compte du tireur est tenu ou auprès de l'agence ou succursale habilitée mentionnée sur le titre. Le lieu de présentation doit obligatoirement être mentionné dans le titre<sup>1068</sup>, à défaut, il sera payé au lieu du principal établissement de la banque tirée. A Madagascar, le bénéficiaire du chèque touche la somme inscrite sur le chèque en liquide auprès de la banque tirée ou demande à la banque tirée de virer la somme inscrite sur le chèque à son compte. Alors qu'en France, le chèque est remis à un banquier (banquier du bénéficiaire dit banquier présentateur) qui se chargera de l'encaisser pour le compte de son client au banquier tiré. Le client n'encaisse pas ainsi directement le chèque auprès de la banque tirée mais il dépose le chèque en compte auprès de sa banque. Il appartient à sa banque d'inscrire le montant de ce chèque au crédit de son compte. C'est la banque du bénéficiaire qui fait la présentation au paiement. Cette présentation se fera dans ce cas par le biais du système interbancaire de compensation. Le système bancaire de compensation est un mécanisme d'échange et de règlement des opérations de paiement le plus souvent de faible

---

<sup>1062</sup> T. Com., Marseille, 19 avril 1999, inédit.

<sup>1063</sup> Article L. 131-32 du Code monétaire et financier.

<sup>1064</sup> Article L. 131 du Code monétaire et financier.

<sup>1065</sup> Article L. 131-47 du Code monétaire et financier.

<sup>1066</sup> Article L. 131-14 du Code monétaire et financier : chèque dont la banque tirée certifie que la provision existe à sa date de création.

<sup>1067</sup> Com., 20 novembre 1984, *JCP* 1985, IV, 38 ; *Gaz. Pal.* 1985, 1, pan.jurispr. p. 67, obs. Piedelièvre ; *RTD com.* 1985, p. 334, obs. Cabirillac et Teyssié.

<sup>1068</sup> Article L. 131-2 du Code monétaire et financier.

montant entre les établissements de crédit participant<sup>1069</sup>. La présentation à une chambre de compensation équivaut à la présentation au paiement. Le banquier présentateur doit agir avec prudence sous peine d'engager sa responsabilité vis-à-vis de son client bénéficiaire<sup>1070</sup>.

**650.** Il est enfin à rappeler que la Cour de cassation française a consacré l'usage bancaire qui consiste à anticiper les délais d'encaissement auprès du banquier tiré en créditant immédiatement le compte du client à titre d'avance. De ce fait, si le banquier ne veut pas procéder à cette avance, il doit avertir son client, à défaut, il commet une faute<sup>1071</sup>. Le banquier ne sera pas condamné s'il s'avère que par la suite, le chèque était sans provision<sup>1072</sup>.

## **B- Les obligations du banquier tiré**

**651.** Le banquier tiré en payant le chèque tiré par le titulaire, il effectue son obligation de restitution. Or en droit commun, tout paiement doit réunir certaines conditions pour être libératoire. Une condition principale ressort de l'article 1239 du Code civil français : « le paiement doit être fait au créancier ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par voie de justice ou par la loi à recevoir pour lui. Le paiement fait à celui qui n'aurait pas pouvoir de recevoir pour le créancier est valable, si celui-ci le ratifie, ou s'il en a profité ». Aussi, avant de payer le chèque, le banquier est encore tenu à une obligation de vérification. Il doit s'assurer que l'ordre de paiement vient exactement de son client et que l'émission remplisse les conditions légales. Pour ce faire, il est tenu de vérifier en premier lieu la validité du chèque, ensuite vérifier si le chèque ne fait pas l'objet d'opposition de la part de son client et enfin il doit vérifier l'existence et la suffisance de la provision.

---

<sup>1069</sup> Rapport de fonctionnement du système interbancaire de compensation automatisé dans l'UEMOA (SICA-UEMOA), année 2012, p. 6.

<sup>1070</sup> Com., 3 janvier 1996, *Bull.civ.* IV n° 1 ; *RTD com.* 1996.301, obs. Cabrillac ; *JCP G* 1996.II. 22617, n. Bonneau : il y a été jugé que le banquier a commis une faute en procédant à l'encaissement d'un chèque portant le nom de deux bénéficiaires au profit d'un seul d'entre eux sans le consentement de l'autre. L'existence de deux bénéficiaires peut consister en une falsification par rajout de bénéficiaire qui doit éveiller le soupçon du banquier : Com., 3 décembre 2002, *Bull.* n° 183.

<sup>1071</sup> Com., 19 juin 2012, *Bull. civ* IV. n° 124 ; *LPA* 18 octobre 2012, n. Laulier ; *D.* 2012. 1732, obs. Avena-Robardet ; *RTD com.* 2012.596, obs. Legeais ; *Gaz.Pal.*, 22 septembre 2012, n. Rouaud.

<sup>1072</sup> Régine BONHOMME, *Instruments de crédit et de paiement*, 10<sup>e</sup> éd. LGDJ 2013, n° 311 en note, p. 258.

## 1- La validité du chèque

**652.** Le banquier est tenu de vérifier la régularité du chèque présenté au paiement<sup>1073</sup>. Il doit notamment « vérifier la régularité de la suite des endossements »<sup>1074</sup> et la concordance entre la signature apposée sur le chèque et le spécimen que le client lui a fourni. Si le banquier tiré paie quand même alors qu'il y a une discordance entre les deux signatures, le banquier est en faute. Le banquier a corollairement l'obligation de vérifier la validité d'une procuration dans le cas où le client donne mandat à une autre personne d'agir en son nom et pour son compte<sup>1075</sup>. Il est à noter que le banquier est tenu de vérifier la signature du client ainsi que la régularité de la suite des endossements mais non la signature des endosseurs<sup>1076</sup>, ce, parce qu'il ne dispose pas toujours de moyens de vérification, étant donné que les endosseurs peuvent s'agir de différentes personnes qui ne sont pas la plupart du temps clients de la banque tiré. Donc, il ne peut pas disposer de modèle de leurs signatures.

**653.** Se pose également le problème de la falsification de chèque. En effet, il peut arriver que la suite des endossements est régulière, la signature apposée sur le chèque est conforme au modèle déposé à la banque, mais que le chèque a été falsifié contrefait. Dans ce cas, nonobstant la vérification qu'il a fait, le banquier ne sera pas pour autant entièrement libéré, puisque le paiement n'est libératoire que s'il est fait à une personne capable de recevoir ce paiement. Or un faussaire ne l'est sûrement pas, et un chèque qui n'est pas revêtu de la signature du titulaire n'a pas à proprement parlé la qualité d'un chèque<sup>1077</sup>. Le cas le plus certain est que le banquier engage sa responsabilité si la falsification du chèque est apparente mais que celui-ci paie quand même. C'est le cas par exemple lorsque le chèque présente des surcharges, ou lorsque l'ordre est effacé<sup>1078</sup>. Le banquier est également responsable s'il paie le chèque alors que les circonstances dans lesquelles l'ouverture de compte est effectuée semblent être suspectes et aurait nécessité de plus amples vérifications, mais le banquier ne les a pas faites<sup>1079</sup>.

---

<sup>1073</sup> Interprétation de l'article L. 131-70 alinéa 2 du Code monétaire et financier : « Tout banquier qui, ayant provision et en l'absence de toute opposition, refuse de payer un chèque régulièrement assigné sur ses caisses... ».

<sup>1074</sup> Article L. 131-38 alinéa 2 du Code monétaire et financier.

<sup>1075</sup> Paris, 21 septembre 1999, *RDBF* 2000.159 obs. Crédot et Gérard : le banquier engage sa responsabilité s'il paie un chèque tiré par un préposé dont la procuration a été, à sa connaissance révoquée.

<sup>1076</sup> Article L. 131-38 alinéa 2 du Code monétaire et financier.

<sup>1077</sup> Régine BONHOMME, *op.cit.*, n° 316, p. 261.

<sup>1078</sup> Com., 10 décembre 2003, *Bull.civ.* IV, n° 200.

<sup>1079</sup> Com. 16 mars 2010, *RDBF* juillet 2010.124, obs. Crédot et Samin.

Aussi bien la responsabilité du banquier payeur que la responsabilité du banquier présentateur peut être retenue dans le cas où le chèque présente des anomalies apparentes. En effet, dans ce cas, le banquier présentateur est tenu d'informer son client, ainsi que le banquier tiré. Le manquement à cette obligation est source de responsabilité<sup>1080</sup>.

## 2- La vérification de l'absence d'opposition

**654.** Selon l'article L. 131-38 du Code monétaire et financier « Celui qui paie un chèque sans opposition est présumé valablement libéré ». *A contrario*, le banquier qui paie un chèque faisant l'objet d'une opposition n'est pas libéré de l'obligation de restitution due à son client. L'opposition peut se définir comme une interdiction de payer adressée au tiré par le tireur, mais on admet également que l'opposition puisse être faite par le porteur en cas de vol ou de perte du chèque<sup>1081</sup>. Avant de payer le chèque présenté, le banquier doit vérifier si le paiement ne fait pas l'objet d'opposition.

**655.** Toutefois, le tireur ne peut faire opposition que dans les cas prévus limitativement par l'article 31 de la loi n° 2004-045 du 14 janvier 2005 relative à la prévention et la répression des infractions en matière de chèques. En ces termes : « Il n'est admis d'opposition au paiement d'un chèque formulée par le tireur qu'en cas de perte, vol, falsification ou contrefaçon du chèque ou de faillite du porteur »<sup>1082</sup>.

### a- Les cas d'opposition licite

**656.** L'opposition autorisée concerne ainsi en premier lieu le cas de la perte ou du vol du chèque. Le vol consiste dans la soustraction frauduleuse du chèque à son titulaire ou à son porteur<sup>1083</sup>. Est assimilée au vol l'extorsion de chèque sous la contrainte et la menace de violence<sup>1084</sup>. La perte quant à elle consiste dans l'absence de remise volontaire au bénéficiaire.

**657.** Ensuite, le droit malgache parle de falsification et de contrefaçon du chèque alors que le droit français emploie le terme d'« utilisation frauduleuse »<sup>1085</sup>. L'utilisation

---

<sup>1080</sup> Com. 15 novembre 1994, *Bull.civ.* IV, n° 333, *RTD com.* 1995.450, obs. Cabrillac.

<sup>1081</sup> Com. 18 février 2004, *Bull. civ.* IV n° 34 ; *RDBF* mai 2005.51, obs. Youego ; *Banque et Dr.* Mai 2004.

<sup>1082</sup> A comparer avec article L. 131-35, alinéa 2 du Code monétaire et financier : « Il n'est admis d'opposition au paiement par chèque qu'en cas de perte, de vol ou d'utilisation frauduleuse du chèque, de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires du porteur ».

<sup>1083</sup> Article 379 du Code pénal.

<sup>1084</sup> Com.26 juin 1979, *D.* 1980.IR. 134, obs. Cabrillac ; Versailles, 19 juin 1991, *D.* 1991. IR. 209.

<sup>1085</sup> Article L. 131-35, alinéa 2 du Code monétaire et financier.

frauduleuse est un terme plus large qui peut englober différentes manœuvres frauduleuses<sup>1086</sup> telles que l'escroquerie, l'abus de confiance ou simplement l'emploi de promesses mensongères pour obtenir le chèque. Alors que la falsification et la contrefaçon nécessite un acte positif fait sur un chèque et exclut la remise d'un chèque non falsifié ni contrefait volontairement par le tireur mais faite sur la base de manœuvres frauduleuses.

**658.** Le droit malgache invoque enfin le cas de faillite du porteur qui est l'ancien terme utilisé pour parler de la procédure collective d'apurement du passif dans l'ancien droit. Ici, le législateur a simplement voulu éviter que le porteur qui se trouve happé par la procédure collective retire les fonds en vue de les faire échapper à la procédure.

**659.** En dehors de ces cas l'opposition est interdite. En effet, en cas d'opposition illicite, le banquier est tenu d'informer son client des sanctions encourues<sup>1087</sup>, et cette information doit être faite par écrit<sup>1088</sup>. Même si sur la base de droit commun, le tireur a de raisons de ne pas payer, c'est le cas par exemple si le vendeur n'a pas livré la chose objet du contrat, une fois que le chèque est émis par le titulaire du compte, le banquier doit payer, le titulaire du compte n'a pas le droit de faire opposition au paiement sur cette base. On peut également évoquer le problème du chèque remis en garantie. Par exemple, une personne loue une chose et le loueur va demander une garantie. Plutôt que de demander une caution, le loueur demande un chèque. Les deux parties conviennent que le chèque ne sera pas encaissé maintenant et ne sera encaissé que s'il y a un dommage sur le bien ou s'il n'est pas restitué. Même si le preneur a précisé expressément au loueur que le chèque était remis en garantie, l'encaissement du chèque est valable. Le résultat est qu'en droit malgache<sup>1089</sup>, même si l'on prévient le banquier qu'il s'agit d'un chèque de garantie, ce dernier doit payer le chèque. En revanche, le bénéficiaire devra restituer la somme du chèque qu'il a encaissé. S'il ne le fait pas, le tireur aura un recours de droit commun qui est la restitution de l'indu<sup>1090</sup>.

**660.** Le tireur ne peut ainsi faire opposition en dehors des cas prévus par la loi même si la défense de payer est légitime. Si, malgré cette défense, le tireur fait une opposition pour

---

<sup>1086</sup> Com 24 octobre 2000 n° 97-21233.

<sup>1087</sup> Telles que les peines d'escroquerie par exemple.

<sup>1088</sup> Régine BONHOMME, *op.cit.*, n° 318, p. 263.

<sup>1089</sup> Ce n'est pas le cas en droit français puisque le tireur peut demander l'opposition sur la base de l'utilisation frauduleuse du chèque.

<sup>1090</sup> Com 22 juin 1993 n° 90-16998.

d'autres causes, le juge des référés, même dans le cas où une instance au principal est engagée, doit, sur la demande du porteur, ordonner la mainlevée de l'opposition<sup>1091</sup>.

**661.** Le droit français prévoit que l'utilisation frauduleuse du chèque est une cause licite d'opposition, à partir de là, le tireur peut toujours demander l'opposition sur cette base. En effet, la chambre commerciale a admis que si le tireur prouvait que le commerçant utilisait abusivement les chèques de garantie, il pouvait faire opposition pour utilisation frauduleuse<sup>1092</sup>. Dans cette affaire, une banque avait demandé une mainlevée de l'opposition formée par le tireur. Pour ordonner cette mainlevée, la Cour d'appel avait retenu que la remise à la banque d'un chèque, par son bénéficiaire, pour être encaissé, « n'en constitue que l'utilisation normale et ne saurait, en elle-même être qualifiée de frauduleuse, nonobstant l'absence de contrepartie effective en paiement et l'ouverture de ce fait d'une instruction pénale ». La Cour de cassation a estimé que « sans se prononcer sur la prétention des tireurs du chèque, selon laquelle ce chèque n'avait été remis au bénéficiaire qu'à la suite de manœuvres frauduleuses de sa part, celui-ci leur ayant affirmé faussement que le véhicule que les tireurs l'avait chargé de commander pour eux en Belgique, leur serait délivré dans ce pays après la remise du chèque litigieux entre ses mains, faits qui, s'ils étaient établis, constitueraient une fraude à la fois pour l'obtention et l'utilisation du chèque, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 32 du décret-loi du 30 octobre 1935 ».

### **b- Les formalités d'opposition**

**662.** Concernant les formalités à respecter pour faire opposition, l'article 31 de la loi n° 2004-045 édicte que : « Le tireur doit notifier immédiatement par écrit son opposition au banquier tiré »<sup>1093</sup>. Ainsi, l'opposition doit être faite dans les plus brefs délais pour éviter des débits indésirables. Et elle doit être faite par écrit. En pratique, il est possible d'avertir sa banque par téléphone mais dans ce cas, il est impératif de la confirmer par écrit. La loi n'impose pas la forme de cet écrit mais il est préférable que le titulaire du compte le fasse au moyen d'une lettre recommandée avec accusé de réception. Il peut être utile d'y joindre le cas échéant: le numéro du ou des chèques concernés; un double de la déclaration de la perte ou du

---

<sup>1091</sup> Article L. 131-35 alinéa 4 du Code monétaire et financier.

<sup>1092</sup> Com du 24 octobre 2000 n° 97-21233 :

<sup>1093</sup> En droit français voir article L. 131-35, alinéa 2 du code monétaire et financier : « Le tireur doit immédiatement confirmer son opposition par écrit, quel que soit le support de cet écrit ».

vol effectuée auprès du commissariat ou de la gendarmerie et, en cas de perte, une lettre de désistement du bénéficiaire par laquelle il s'engage à ne pas encaisser le chèque, s'il le retrouve.

Dès l'opposition verbale, la banque doit informer par écrit son client des sanctions qu'il encourt en cas d'opposition illicite<sup>1094</sup>. Mais, c'est seulement à la réception de l'opposition écrite que le banquier est tenu de refuser le paiement du chèque et d'en bloquer la provision au profit du bénéficiaire. Ce blocage doit être maintenu pendant toute la durée de validité du chèque, à moins que n'intervienne un jugement ordonnant, à la demande du bénéficiaire, la mainlevée de l'opposition pour motif illicite.

**663.** Enfin, le banquier qui reçoit une opposition pour perte ou vol doit en aviser la Banque Centrale<sup>1095</sup>. Le droit français fixe un délai de deux jours au banquier pour aviser la Banque de France tandis que le droit malgache reste muet sur ce délai, l'article 23 de la loi n° 2004-045 édicte simplement qu'il doit aviser la Banque Centrale sans aucune précision de délai.

### **3- Le caractère suffisant de la provision**

**664.** L'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2004-045 dispose que « lors de l'émission d'un chèque, tout tireur doit s'assurer de l'existence d'une provision préalable, suffisante et disponible sur son compte ». L'article L. 131-70 alinéa 2 du Code monétaire et financier quant à lui prévoit que : « Tout banquier qui, ayant provision et en l'absence de toute opposition, refuse de payer un chèque régulièrement assigné sur ses caisses est tenu responsable du dommage résultant, pour le tireur, tant de l'inexécution de son ordre que de l'atteinte portée à son crédit ». Ces deux articles supposent que la suffisance de provision est une des conditions pour le paiement régulier d'un chèque.

**665.** En l'absence de provision, le banquier a le choix soit il refuse de payer auquel cas, il notifie son client et suit la procédure prévue par la loi en cas de défaut de paiement qu'on étudiera dans le paragraphe suivant. Soit, le banquier accepte de payer quand même et consent ainsi un crédit à son client permettant à celui-ci de provisionner son compte. Il

---

<sup>1094</sup> Article L. 131-35, alinéa 3 du Code monétaire et financier : « Tout banquier doit informer par écrit les titulaires de compte des sanctions encourues en cas d'opposition fondée sur une autre cause que celles prévues au présent article ».

<sup>1095</sup> Article 23 de la Loi n° 2004-045 du 14 janvier 2005 relative à la prévention et la répression des infractions en matière de chèques : « Le banquier avise la Banque Centrale des oppositions pour perte ou vol de formules de chèques conformément à la procédure fixée par voie d'instruction de cette institution ».

demandera ensuite remboursement au tireur à titre de remboursement de facilité de caisse ou de découvert selon le cas.

**666.** Dans le cas où le chèque est présenté en chambre de compensation, le banquier dispose d'un très bref délai pour rejeter le chèque, à défaut, le chèque est considéré comme payé et le banquier en doit ainsi paiement au présentateur. En effet, la présentation tardive du chèque à la chambre de compensation engage la responsabilité du banquier présentateur. Lorsque le chèque est présenté, le banquier tiré a au maximum sept jours pour rejeter le chèque sans provision<sup>1096</sup>. Si le banquier rejette le chèque hors délai, normalement le banquier présentateur doit refuser de contre-passer le compte de son client. Mais la Cour de cassation française a jugé que : « les chèques rejetés hors délais doivent faire l'objet d'une contrepassation sous réserve que le solde du compte le permette »<sup>1097</sup>. Or, cette contrepassation tardive peut causer un préjudice au client et engage la responsabilité du banquier présentateur. En effet, généralement, le montant inscrit sur le chèque est crédité dans le compte du client bénéficiaire avant même l'encaissement par le banquier présentateur du chèque. Par cette inscription, le client bénéficiaire peut légitimement croire à l'existence d'une provision suffisante et disposer de ces fonds. Aussi, afin de ne pas préjudicier le client bénéficiaire, le banquier présentateur est tenu d'informer son client du rejet dans un délai raisonnable<sup>1098</sup>. Ce, parce que le banquier présentateur est responsable du préjudice subi par le client bénéficiaire du fait de la contre-passation effectuée après le rejet du chèque. En effet, la Cour de cassation française a décidé que « le défaut d'information relatif au rejet du chèque dans un délai raisonnable, avait créé une apparence trompeuse de l'existence d'une provision suffisante lui permettant de procéder au virement litigieux sans lequel il aurait renoncé à l'avance consentie par la banque »<sup>1099</sup>.

**667.** Cependant, il y a des cas où en l'absence de provision suffisante, le législateur impose au banquier l'obligation de payer. Pour le droit malgache, l'article 19 de la loi n° 2004-045 énonce deux cas<sup>1100</sup> : le premier cas, c'est lorsque le chèque est émis au moyen

---

<sup>1096</sup> L'accord d'échanges des chèques hors rayon sur les places principales dispose que le rejet en compensation doit intervenir dans un délai maximum de sept jours ouvrés après échange des chèques, v. com. 3 mai 2000, D. 2000, n° 29, note Fabdoul Joseph.

<sup>1097</sup> Com., 28 avril 2004, Répertoire de la jurisprudence IV, 2004.

<sup>1098</sup> Commentaire de l'article L. 131-74 du Code monétaire et financier, *LexisNexis* 2014, p. 56.

<sup>1099</sup> Com., 13 avril 2010, *JurisData* n° 2010-003988 ; *Banque et droit* 2010, p. 17, obs. T. Bonneau.

<sup>1100</sup> Article 19 de la Loi précitée : « Le tiré doit payer, nonobstant, l'insuffisance ou l'indisponibilité de la provision, tout chèque:

1- émis au moyen d'une formule dont il n'a pas obtenu la restitution dans les conditions prévues aux articles 3 et 8, sauf s'il justifie avoir mis en œuvre les diligences prévues par ces articles;

d'une formule dont le banquier n'a pas obtenu la restitution ensuite le deuxième cas, c'est lorsque le chèque est émis au moyen d'une formule qu'il a délivrée en violation des dispositions légales<sup>1101</sup>. Le droit français ajoute un troisième cas qui est l'hypothèse des chèques dont le montant n'excède pas 15 euros<sup>1102</sup>, ce, parce que le législateur français a voulu obliger les banquiers à opérer une sélection des personnes à qui ils délivrent des chéquiers et permettre ainsi de régler le problème de très petits chèques sans provision, pour lesquels la moindre procédure serait plus onéreuse que le chèque lui-même<sup>1103</sup>. Ces chèques doivent être présentés dans le mois de l'émission pour être payable. Hormis ces cas, l'insuffisance de provision entraîne en principe le refus de paiement du chèque.

## **§2 : Le refus de paiement du chèque**

**668.** On va d'abord exposer l'action du client tireur contre son banquier (A) ensuite développer la question du sort du tireur dans le cas d'émission de chèque sans provision (B).

### **A- L'action du client contre son banquier**

**669.** Lorsque le chèque présente toute la régularité prévue par la loi<sup>1104</sup>, qu'il n'y a pas d'opposition légitime et que le compte présente une provision suffisante et disponible, le banquier doit payer. Le refus de paiement engage la responsabilité contractuelle du banquier vis-à-vis de son client tireur. En effet, sur ordre du tireur, le banquier a l'obligation de payer un chèque régulièrement émis. Dans le cas contraire, le client peut intenter contre son banquier une action en responsabilité contractuelle en prouvant le lien de causalité entre le refus de paiement et le préjudice résultant de ce non-paiement. Le préjudice peut consister dans la remise en cause de l'honnêteté du tireur vis-à-vis de ses relations notamment dans le monde des affaires, cela pourra entacher sa réputation et entraînerait la perte les contrats présents comme des contrats futurs.

---

2- émis au moyen d'une formule qu'il a délivrée en violation des dispositions de l'article 5 ».

<sup>1101</sup> Voir L'obligation de vérification dans la délivrance des chéquiers.

<sup>1102</sup> Article L. 131-82 du Code monétaire et financier français.

<sup>1103</sup> Régine BONHOMME, *op.cit.*, n° 319, p.265.

<sup>1104</sup> Étudiée précédemment, dans le paragraphe un, p.285 et s.

## **B- Le sort du tireur en cas de chèque sans provision**

**670.** Le porteur bénéficiaire a un recours contre le tireur (1) mais en plus le tireur peut faire l'objet des sanctions aussi bien bancaire que judiciaires (2).

### **1- Le recours du porteur bénéficiaire**

**671.** Lorsque le porteur vient présenter le chèque au banquier, à partir du moment où ce dernier constate l'insuffisance de provision pour honorer le chèque, il peut refuser le paiement et c'est ce qu'il fait en général<sup>1105</sup>. La loi n° 2004-045 dans son article 9 donne au tireur un délai de cinq jours pour régulariser sa situation, c'est-à-dire pour constituer une provision suffisante et disponible. Cette faculté de régularisation en droit français n'est pas limitée dans un délai. Le tireur garde toujours cette faculté de régularisation même après cinq jours et alors que le tireur fait déjà l'objet d'une interdiction bancaire<sup>1106</sup>.

**672.** A défaut de régularisation dans ce délai de cinq jours, à la demande du bénéficiaire, le banquier tiré délivre, sans frais un certificat de non-paiement<sup>1107</sup>. Ce certificat permet au bénéficiaire d'avoir un titre exécutoire dans des délais plus brefs. En effet, la simple notification par lettre recommandée avec accusé de réception ou à défaut, la signification du certificat de non-paiement au tireur par ministère d'huissier vaut commandement de payer le montant du chèque et des frais de recouvrement. Par dérogation aux règles de compétence territoriale du Code de procédure civile, dès l'accomplissement des formalités prescrites ci-dessus, le bénéficiaire du chèque peut présenter une requête au Président du Tribunal de son domicile qui, sur le vu des pièces justificatives, autorise par ordonnance le greffier à apposer la formule exécutoire au bas de la requête<sup>1108</sup>. Cette ordonnance produit tous les effets d'un jugement contradictoire.

**673.** Le bénéficiaire peut également se constituer partie civile devant les juridictions pénales pour demander une somme égale au montant du chèque, sans préjudice, le cas échéant, de tous dommages-intérêts. Il est cependant à remarquer que le porteur qui a accepté,

---

<sup>1105</sup> Hormis les cas prévus par l'article 19 de la loi n° 2004-045 où le banquier est tenu de payer même en l'absence de provision suffisante et le cas où le banquier pense que l'insuffisance de provision est due à une inadvertance auquel cas il accepte d'avancer quand même la somme au bénéficiaire.

<sup>1106</sup> On reviendra sur cette question de possibilité de régularisation dans le paragraphe suivant.

<sup>1107</sup> Pour le droit français, ce certificat de non-paiement doit être délivré à l'issue d'un délai de trente jours.

<sup>1108</sup> Article 18 alinéa 3 de la Loi n° 2004-045.

en connaissance de cause, un chèque émis sans provision préalable, suffisante et disponible, n'est pas recevable à demander des dommages-intérêts autres que le paiement du chèque<sup>1109</sup>.

**674.** Le porteur bénéficiaire dispose également d'une action cambiaire contre chacun des signataires. Ce recours se prescrit en principe en six mois. Toutefois, aux termes de l'article L. 131-59 alinéa 3 « en cas de déchéance ou de prescription, il subsiste une action contre le tireur qui n'a pas fait provision ou les autres obligés qui se seraient enrichis injustement ». De toutes les manières, la créance fondamentale du bénéficiaire contre le tireur, nonobstant la remise du chèque subsiste jusqu'au paiement effectif. Ce, parce que la remise du chèque n'emporte pas novation<sup>1110</sup>.

## **2- Les sanctions contre tireur**

**675.** Selon l'article 3 de la loi n° 2004-045 « Tout refus de paiement d'un chèque pour absence, insuffisance ou indisponibilité de provision entraîne pour le tireur l'application d'office d'une interdiction bancaire d'émettre des chèques pendant un délai d'un an ».

**676.** Lorsque le banquier refuse de payer le chèque pour insuffisance de provision, il notifie le tireur. Cette notification doit contenir l'injonction faite au titulaire du compte de restituer à tous banquiers et autres établissements dont il est le client, toutes les formules de chèques en sa possession et en celle de ses mandataires, et interdiction de ne plus émettre pendant un délai d'un an des chèques autres que des chèques certifiés ou des chèques destinés au retrait de fonds par le tireur<sup>1111</sup>.

**677.** Le droit français est plus protecteur des tireurs honnêtes mais qui ont fait l'objet d'une inadvertance. En effet, contrairement au droit malgache, le législateur français impose au banquier une obligation d'informer le tireur préalablement au rejet, par tout moyen approprié à leur disposition, de l'insuffisance de provision et des conséquences du défaut de provision avant de refuser le paiement d'un chèque pour défaut de provision<sup>1112</sup>. Cette obligation s'impose même si le titulaire du compte a émis sciemment un chèque sans

---

<sup>1109</sup> Article 21 de la Loi n° 2004-045.

<sup>1110</sup> Com., 10 juin 1963, *Bull.* n° 286 ; Com. 12 juillet 1993, *Bull.* n° 293 ; *Banque* 1993, n° 100, obs. Guillot ; *RTD com.* 1993.691, obs. Cabrillac et Teyssié.

<sup>1111</sup> Article 3 alinéa 2 de la Loi n° 2004-045.

<sup>1112</sup> Article L. 131-73, alinéa 1ere du Code monétaire et financier.

provision<sup>1113</sup>. La jurisprudence française exige même un avertissement précis visant chacun des chèques sans provision<sup>1114</sup>.

**678.** L'article 9 de la loi n° 2004-045 dispose que « dans les cinq jours à partir de la réception de la lettre d'injonction prévue à l'article 3, le titulaire du compte dispose de la faculté de régularisation en constituant sur son compte une provision suffisante et disponible destinée au règlement du montant du chèque augmenté des frais d'impayés. Si en droit malgache, le délai de régularisation est limitée à cinq jours, en droit français la possibilité de régularisation est permanente. En effet, en droit français la possibilité de régularisation demeure tout au long de la durée de l'interdiction. Cette régularisation met fin à l'interdiction c'est-à-dire, si le tireur justifie avoir, à la suite de l'injonction adressée après un incident de paiement, réglé le montant du chèque impayé ou constitué une provision suffisante et disponible destinée à son règlement par les soins du tiré, le titulaire du compte recouvre la possibilité d'émettre des chèques<sup>1115</sup>.

La durée de l'interdiction bancaire est de un an à Madagascar, elle est de cinq ans en France<sup>1116</sup>.

En sus de l'interdiction bancaire, le juge peut prononcer également une interdiction judiciaire pour une durée de un à cinq ans, d'émettre des chèques, autres que des chèques certifiés ou des chèques destinés au retrait des fonds auprès du tiré<sup>1117</sup>.

**679.** Il est enfin à remarquer que si le législateur français a dépenalisé l'émission de chèque sans provision, tel n'est pas le cas en droit malgache, les articles 10 à 15 de la loi n° 2004-045 prévoient des sanctions pénales quant à l'émission des chèques sans provision et les infractions similaires telles que la falsification et la contrefaçon des chèques<sup>1118</sup>. En effet, afin

---

<sup>1113</sup> C'est le cas lorsque, le tireur a procédé à un virement qui aurait dû assurer la provision au jour de la présentation si la banque l'avait exécuté avec célérité : Com. 14 mars 2006, *RTD com.* 2006.455, obs. Legeais.

<sup>1114</sup> Com. 30 septembre 2008, n° 07-16863 ; Com. 16 juin 2009, n° 08-17319.

<sup>1115</sup> Article 131-73, alinéa 2 du Code monétaire et financier.

<sup>1116</sup> Article L. 131-78 du Code monétaire et financier : « Le titulaire d'un compte auquel a été notifiée une injonction de ne plus émettre des chèques recouvre cette faculté dès lors qu'il a procédé à la régularisation dans les conditions prévues à l'article L. 131-73. S'il n'a pas procédé à cette régularisation, il ne recouvre la faculté d'émettre des chèques qu'à l'issue d'un délai de cinq ans qui court à compter de l'injonction » ; et article 3 de la Loi n° 2004-045 « Tout refus de paiement d'un chèque pour absence, insuffisance ou indisponibilité de provision entraîne pour le tireur l'application d'office d'une interdiction bancaire d'émettre des chèques pendant un délai d'un an ».

<sup>1117</sup> Article 17 de la Loi n° 2004-045.

<sup>1118</sup> Par exemple aux termes de l'article 11 de la Loi n° 2004-045 : « Est passible d'un emprisonnement de six mois à cinq ans et d'une amende de 1.000.000 Ariary à 10.000.000 Ariary (5.000.000 à 50.000.000 de Fmg) ou de l'une de ces deux peines seulement :

de rétablir la confiance du public dans ce système de paiement, en plus des préventions de l'émission de chèque sans provision, le législateur malgache a préféré garder la pénalisation de cette infraction<sup>1119</sup>. Il faut noter que malgré l'aggravation de la répression de chèque sans provision, le nombre de cette infraction continue quand même d'augmenter. L'absence de régularisation dans le délai de cinq jours suffit à constituer la mauvaise foi ou l'intention de nuire, élément moral de l'infraction de chèque sans provision<sup>1120</sup>.

**680.** Maintenant l'étude sur la responsabilité du banquier effectuée en matière de chèque, nous allons entamer celle de la responsabilité du banquier en matière de carte de paiement.

---

1- celui qui a, dans l'intention de nuire ou par mauvaise foi, émis un chèque non couvert par une provision préalable, suffisante et disponible ou sur un compte clôturé... »

<sup>1119</sup> Exposé des motifs de la loi n° 2004-045.

<sup>1120</sup> Exposé des motifs de la loi n° 2004-045 : « La réforme opérée en 1972 dans le sens de l'aggravation de la répression des infractions n'a pas atteint l'objectif recherché, celui de réduire le nombre d'émissions de chèques sans provision et de rétablir la confiance du public en ce système de paiement. De 1994 à 1998, le nombre de chèques sans provision est passé de 5.723 à 9989, soit une augmentation de 75,2%, et leurs montants de 12,228.1 milliards à 74,1308.4 milliards de FMG, soit une augmentation de 507,69% ».

## CHAPITRE 2 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER EN MATIERE DE CARTE DE PAIEMENT

**681.** La carte de paiement est un moyen de paiement au même titre que le chèque au sens de l'article 6 de la loi n° 95-030<sup>1121</sup>. Actuellement, différentes cartes sont mises à la disposition des consommateurs et des entreprises de sortes qu'il est difficile de faire la distinction entre toutes ces cartes<sup>1122</sup>. Aussi, est-il important d'apporter quelques éclaircissements quant à ces principales cartes. A Madagascar, seules les cartes de paiement qui sont répandues, et ces cartes servent essentiellement à retirer de l'argent auprès des distributeurs automatiques des billets et non pour le paiement des achats auprès des commerçants, il s'agit surtout d'une carte de retrait et non d'une carte de paiement. Les conditions générales des banques malgaches prévoient bel et bien l'existence de carte de paiement mais l'utilisation de ces cartes pour les achats n'est pas très connue par le public.

**682.** Selon l'article L. 133-17, II du Code monétaire et financier : « constitue une carte de paiement toute carte émise par un établissement de crédit [...] et permettant à son titulaire de retirer ou de transférer des fonds ». Ces cartes sont appelées également cartes de crédit parce que « si leur fonction première est celle du paiement, elle s'accompagne toujours d'un certain crédit, qui peut être purement technique (quelques jours nécessaires au débit du compte), ou bien correspond à un crédit consenti expressément au client »<sup>1123</sup>.

**683.** La carte de paiement est appelée couramment à débit lorsqu'elle permet d'effectuer des achats dans les magasins ainsi que des opérations de retrait avec l'argent sur le compte du titulaire de la carte. Généralement, le service de paiement s'appuie sur la technologie Visa, Mastercard ou American Express.

**684.** La carte de paiement à crédit s'ouvre quant à elle vers un marché de consommation en croissance, le paiement se fait immédiatement mais le compte du client n'est pas débité tout de suite. Suivant les conditions de l'entente, afin de rembourser cet achat à crédit, le compte du client est débité selon des mensualités flexibles. Ces cartes peuvent être

---

<sup>1121</sup> Article 6 de la Loi n° 95-030 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit : « Sont considérés comme moyens de paiement tous les instruments, qui, quel que soit le support ou le procédé technique utilisé, permettent à toute personne de transférer des fonds ».

<sup>1122</sup> Sur les cartes, note J. Stoufflet, n°407 et s. ; P. Delebecque et M. Germain, n° 2449 et s. ; A. Bertrand et P. Le Clech, « La pratique du droit des cartes », *Banque*, 1988 ; C. GAVALDA, *Les cartes de paiement et de crédit*, 1994 ; F.-J. Crédot et Bouteiller, « Le cadre juridique des paiements par carte bancaire », *Dr et patr.* 1995.32 ; M. Roussille, « La carte bancaire : reine des moyens de paiement à la destinée juridique tortueuse », *Gaz. Pal.*, 4 février 2012.12.

<sup>1123</sup> Régine BONHOMME, *op.cit.*, n° 357, p.299.

proposées par les banques en général mais aussi et surtout par les organismes de prêt spécialisé dont Sofinco, Cofidis, Cetelem ou encore Franfinance en France.

**685.** Ensuite, il y a les cartes de paiement rechargeables. Ces moyens de paiement permettent aux interdits bancaires de régler leurs achats par carte. Mais et surtout, elles touchent la partie de la population encore trop jeune pour détenir une carte de débit et les préparent donc à gérer un budget. Une somme d'argent peut être créditée mensuellement ou chaque semaine, et l'utilisateur est libre de les retirer et de les dépenser. Il y a beaucoup d'acteurs sur ce marché, on peut par exemple citer les exploitants de réseau télécom notamment SFR. Ces cartes ne sont pas encore utilisées à Madagascar.

**686.** On a également la carte à paiement sans contact qui est faite pour les paiements de petites sommes. En France, cette technique est souvent cumulée dans la carte bancaire. Cette technologie à onde proche permet d'effectuer des achats sans sortir la carte de la poche du titulaire mais surtout sans taper le code secret. Elle s'appuie sur le concept de la carte Moneo. Tel est par exemple le cas de la carte LCL qui inclue gratuitement la fonction Moneo

**687.** La carte Moneo est un porte-monnaie électronique qui permet au titulaire de régler par carte les petites dépenses du quotidien sans saisir le code. Avec cette carte, on peut régler par carte, dès le premier centime jusqu'à une certaine somme<sup>1124</sup> auprès de nombreux commerçants indépendants, de certaines grandes enseignes, sur certains distributeurs de boissons, etc. Pour payer, il suffit d'insérer la carte et de valider le montant sur le terminal du commerçant. Aucun code confidentiel n'est nécessaire. Ce type de carte n'existe pas non plus à Madagascar.

**688.** Afin de sécuriser les paiements réalisés en ligne sur internet, via tablette ou ordinateur, les banques lancent aussi des solutions de carte de paiement internet. Le nombre de technologie associé est grandissant mais aucune n'a encore réussi à s'imposer.

**689.** Il y a enfin la carte de paiement fidélité. Offerte par des compagnies aériennes, des magasins de bricolage ou des enseignes très connues, ce moyen de paiement parfois limité au magasin, permet de bénéficier d'avantages et de réductions mais surtout d'obtenir une avance d'argent sur les achats et de cumuler les points fidélité. Pour faire claire, il s'agit de carte de fidélité qui ouvre droit au service de paiement à crédit<sup>1125</sup>.

---

<sup>1124</sup> 30 euros pour la carte Moneo classique de la banque LCL et 100 euros pour la carte PME Moneo Bleu de la LCL.

<sup>1125</sup> [www.carte.paiement.com](http://www.carte.paiement.com).

**690.** Il faut remarquer ainsi que dans les pays développés, plusieurs cartes sont mises à la disposition de la clientèle. A Madagascar, on est encore au stade où il n'existe que la carte de paiement à débit servant à retirer les fonds auprès des distributeurs automatiques des billets ou auprès des guichets automatiques des banques ou pour faire des achats auprès de très peu de commerçants. Il est vrai que les cartes de paiement à crédit sont proposées par les banques mais rares sont les clients qui en bénéficient réellement. Aussi, va-t-on dans cette thèse se focaliser principalement sur la responsabilité du banquier par rapport à l'utilisation des cartes de paiement à débit ou à crédit à l'exclusion des cartes rechargeables, monéo...

**691.** L'utilisation de ces cartes lorsqu'elle permet les achats auprès des commerçants met en présence trois contrats, d'abord, on a le contrat porteur qui est un contrat conclu entre le banquier et son client. La convention détermine le service de paiement offert au client porteur de la carte et les conditions dans lesquelles il doit utiliser la carte pour en bénéficier. Ensuite, on a le contrat fournisseur qui lie le fournisseur (commerçant) et son banquier. Ce contrat constitue l'assise du réseau au sein duquel la carte peut être utilisée. En France par exemple les fournisseurs ont adhéré au système national de paiement organisé par le groupement cartes bancaires (CB), c'est-à-dire aux conditions générales communes à tous les membres du groupement, ainsi qu'à des conditions particulières négociées avec chaque banquier. Il est expressément prévu que chaque banquier agit tant pour son propre compte qu'en tant que représentant des membres du groupement CB. Et enfin, on a le contrat entre le porteur de la carte et le fournisseur qui est régit par le droit commun des ventes ou des prestations de services.

**692.** Afin de bien analyser la responsabilité du banquier en matière de carte de paiement l'étude va se porter successivement sur la responsabilité du banquier dans le contrat porteur (section 1), sur la responsabilité de celui-ci dans le contrat fournisseur (section 2) et enfin sur la responsabilité du banquier en cas de perte, de vol ou de l'utilisation frauduleuse de la carte (section 3).

### **Section 1 : La responsabilité du banquier dans le contrat porteur**

**693.** Le contrat porteur lie le banquier et son client titulaire de compte et porteur de la carte de paiement. Ce client va utiliser la carte soit en effectuant de retrait auprès des distributeurs automatiques des billets de banque (DAB) ou auprès des guichets automatiques des banques (GAB) soit en effectuant des achats auprès des commerçants via les terminaux

électroniques. Avant de montrer les obligations du banquier dans l'opération de retrait (§2) et dans l'opération des achats par carte (§3), il est capital de commencer par la question de la délivrance et du retrait de la carte (§1).

## **§1 : La délivrance et le retrait de la carte de paiement**

### **A- La délivrance de la carte de paiement**

**694.** La question qui se pose ici est de savoir si le banquier est tenu ou non de délivrer une carte de paiement à tout client qui en fait la demande. Aussi bien la loi malgache que le Code monétaire et financier français ne donne une réponse explicite. Toutefois partant de l'idée que les contrats bancaires sont conclus *intuitu personae* ainsi que de l'idée selon laquelle les articles relatifs au refus de vente et de prestation de service<sup>1126</sup> ne sont pas applicables aux opérations de banque<sup>1127</sup>, on estime que le principe est la liberté du banquier dans la délivrance de la carte de paiement. Il ne pèse sur le banquier aucune obligation de délivrer une carte de paiement à tout client qui lui en fait la demande<sup>1128</sup>.

**695.** A ce principe se pose la restriction issue du droit au compte<sup>1129</sup>. L'article L. 312-1 alinéa 5 du Code monétaire et financier impose à la banque désignée dans le cadre de l'exercice de droit au compte de fournir à ce client des services bancaires de base. Or, la carte de paiement fait partie de ces services bancaires de base selon l'article D. 312-5, 11°. Il importe cependant de souligner que l'utilisation de la carte de paiement dans ce cadre est limitée car l'article précité précise bien qu'il s'agit d' « une carte de paiement dont chaque utilisation est autorisée par l'établissement de crédit qui l'a émise ».

### **B- Le retrait de la carte de paiement**

**696.** Si le principe est que le banquier est libre de délivrer ou non une carte à son client sous réserve de l'exercice de droit au compte, le banquier n'a pas cette liberté quant au retrait

---

<sup>1126</sup> Article 30 et 36 de l'ordonnance n°86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 remplacé par l'article L. 122-1 du Code de la Consommation.

<sup>1127</sup> Com. 1<sup>er</sup> octobre 1994, n° 92-13.947, *JurisData* n° 1994-001856 : « Mais attendu qu'il résulte du rapprochement des alinéas 1 et 2 de l'article 89 de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984, modifié par l'article 60-III de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986, que les dispositions des articles 30 et 36 de cette ordonnance relatives au refus de vente ne sont pas applicables aux opérations de banque prévues à l'article 1<sup>er</sup> de la loi, lesquelles comprennent les opérations de crédits ».

<sup>1128</sup> Régine BONHOMME, *op. cit.*, n° 364, p. 304.

<sup>1129</sup> Voir *supra*, le droit au compte, p.110.

de la carte. Le droit de retrait qui est stipulé dans certains contrats carte bancaire est condamné par la Cour de cassation française en raison de son caractère discrétionnaire qui est susceptible d'abus<sup>1130</sup>. En effet, la clause qui réserve au banquier le droit de retirer la carte sans obligation d'indiquer le motif de retrait a été jugée abusive par la jurisprudence française<sup>1131</sup>.

Ce droit de retrait est remplacé aujourd'hui en droit français par le droit de bloquer la carte de paiement pour des motifs énumérés par l'article D. 133-1 alinéa 2 du Code monétaire et financier, en l'occurrence, pour des motifs « ayant trait à la sécurité de l'instrument de paiement, à la présomption d'une utilisation non autorisée ou frauduleuse de l'instrument de paiement ou au risque sensiblement accru que le payeur soit dans l'incapacité de s'acquitter de son obligation de paiement ». Lorsque le client présente donc un certain degré d'endettement, le banquier peut bloquer la carte de paiement.

**697.** Il est également à noter que le contrat de carte bancaire est souvent un contrat à durée indéterminée nonobstant la durée de validité de la carte souvent limitée à deux ans pour des raisons techniques et de sécurité. Comme tout contrat à durée indéterminée, étant donné le principe de l'interdiction d'engagement perpétuel, il est susceptible de résiliation unilatérale. La seule condition étant le respect de préavis. Ainsi, aussi bien le banquier que son client porteur de carte peuvent résilier unilatéralement le contrat porteur à la seule condition de respecter le délai de préavis normalement prévu dans le contrat. La liberté de stipuler le délai de préavis est limitée par l'article L. 314-13-IV qui prévoit que « le client peut résilier le contrat-cadre de paiement à tout moment, sauf stipulation contractuelle d'un préavis qui ne peut dépasser trente jours ».

**698.** Enfin, la clôture du compte entraîne automatiquement la résiliation du contrat porteur. Et la résiliation du contrat porteur a comme conséquence l'obligation pour le client porteur de restituer la carte, obligation dont très peu de clients respectent à Madagascar, le plus souvent, le banquier bloque la carte puisque l'ancien client restitue rarement la carte comme les chèques d'ailleurs.

---

<sup>1130</sup> Com., 26 mai 2004, *RDBF* 2004. 244, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.

<sup>1131</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 2009, *Bull. civ.* I, n° 110.

## §2 : Les obligations du banquier dans l'opération de retrait de fonds par la carte

**699.** La carte de paiement est un instrument de retrait ou de transfert de fonds. A Madagascar comme il a été déjà évoqué, la carte de paiement sert plus au retrait des fonds auprès des DAB et des GAD qu'au transfert de fonds. La majorité<sup>1132</sup> des porteurs de carte de paiement ne sait même pas que cette carte peut servir à autre chose qu'au retrait. Selon l'article 32 alinéa 2 de la loi n° 2004-045 relative à la prévention et à la répression des infractions en matière de chèque « constitue une carte de retrait, toute carte émise par un établissement de crédit et permettant exclusivement à son titulaire de retirer des fonds »<sup>1133</sup>. La carte de retrait à la différence de la carte de paiement qui permet de retirer ou de transférer des fonds, n'est utilisable que pour retirer des fonds à l'exclusion de la possibilité de transférer des fonds. Aussi, il est important de traiter ce cas dans un paragraphe autonome à côté de l'utilisation de la carte pour les achats.

**700.** Le retrait de fonds par la carte est un moyen pour le banquier d'exécuter son obligation de restitution prévue dans la convention d'ouverture de compte<sup>1134</sup>. Le banquier délivre à son client une carte de retrait afin que celui-ci puisse retirer des fonds à tout moment auprès des automates qu'il met à sa disposition et de son côté, le banquier exécute son obligation de restitution.

**701.** Ainsi, la première obligation du banquier qui délivre des cartes de paiement à ses clients et qui semble aller de soi est de mettre à la disposition de ses clients des automates afin que ceux-ci puissent y retirer des fonds. La frappe du code confidentiel par le client sur l'automate équivaut au consentement de celui-ci pour retirer les fonds.

**702.** Ces automates doivent fonctionner normalement puisque le banquier est responsable de dysfonctionnement de ses systèmes, il est tenu d'assurer la sécurité de ceux-

---

<sup>1132</sup> Suivant une enquête faite sur vingt personnes qui utilisent des cartes de paiement à Mahajanga (Madagascar) le 25 et 26 mars 2015, trois personnes seulement savent que la carte de paiement peut être utilisée pour transférer des fonds c'est-à-dire pour effectuer des achats. Ces deux personnes affirment avoir voyagé en dehors de Madagascar. Ce qui laisse sous-entendre que rares sont les personnes qui sont toujours restées à Madagascar, qui sont titulaires des comptes bancaires, qui utilisent des cartes bancaires et qui savent que la carte de paiement peut servir à autre chose que le retrait des fonds auprès des DAB et des GAB. Or, on avait évoqué que la bancarisation ne touche encore qu'une partie de la population malgache, qui est composée par des personnes aisées, donc même parmi ces clients aisés, l'utilisation de la carte de paiement pour effectuer des achats n'est pas toujours très connu.

<sup>1133</sup> Aux termes de l'alinéa 1<sup>er</sup> du même article « Constitue une carte de paiement toute carte émise par un établissement de crédit défini par la loi n° 95-030 du 22 février 1996 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit et permettant à son titulaire de retirer ou de transférer des fonds ».

<sup>1134</sup> Voir *Supra*, La formation d'un contrat entre la banque et le client p. 50 et s.

ci<sup>1135</sup>. La responsabilité du banquier est retenue si les matériels utilisés pour les retraits ont fonctionnés anormalement<sup>1136</sup>. En cas de contestation sur le retrait, il appartient au banquier de prouver que « l'opération en question a été authentifiée, dûment enregistrée et comptabilisée et qu'elle n'a pas été affectée par une déficience technique ou autre »<sup>1137</sup>.

### **§3 : Les obligations du banquier dans les opérations d'achats par carte**

**703.** A côté de retrait auprès des DAB ou des GAB que le porteur de carte peut faire, il peut également utiliser celle-ci pour payer directement ses achats ou prestations des services auprès des commerçants qui ont adhéré au système « carte bleu ». Ici, le règlement se fait par l'intermédiaire de terminal électronique détenu par le commerçant ou le prestataire de services au lieu de DAB ou de GAB. Le porteur en frappant le code confidentiel sur l'appareil ou en signant la facture donne l'ordre à son banquier de payer le commerçant ou le prestataire de services.

**704.** Le banquier dans ce contrat porteur s'engage principalement à payer, au nom et pour le compte du porteur, le prix des achats ou prestations de services obtenus par le biais de la carte. Le banquier agit dans le cadre de ce contrat en tant que mandataire, et à ce titre, il n'est tenu de payer que si le client porteur dispose des fonds suffisants dans son compte<sup>1138</sup>. A partir du moment où le client porteur dispose de fonds suffisants, son banquier est tenu de payer.

Cependant, avant de payer, le banquier a l'obligation de vérifier la conformité de la signature du porteur sur la facture. En effet, la Cour de cassation française a décidé que le banquier dépositaire de fonds du client n'est pas libéré s'il se dessaisit de ces fonds déposés

---

<sup>1135</sup> Trib. Montpellier, 19 juillet 2001, *JCP E* 2007, 2376 où le juge a mis à la charge du banquier les retraits effectués par des fraudeurs qui ont modifié l'appareil de retrait de manière à ce que le code confidentiel soit collecté, et la carte « avalée » pour être récupérée ensuite et utilisée par ceux-ci au motif que c'est le dysfonctionnement de l'appareil dont le défaut de sécurité qui a permis la fraude.

<sup>1136</sup> Com. 27 janvier 1998, *DIT* octobre 1999, n° 4, p. 29, note Garance.

<sup>1137</sup> Article L. 133-23 du Code monétaire et financier.

<sup>1138</sup> En pratique, le banquier est quand même tenu de payer en vertu du contrat accepteur qui lie le fournisseur et son banquier. Dans ce contrat accepteur, généralement, il est stipulé une clause de garantie de paiement. Le plus souvent le banquier émetteur en représentation du banquier du fournisseur paie même si son client ne dispose pas de fonds suffisants. Mais, il est à noter que le banquier émetteur perçoit à ce titre une commission proportionnelle au montant de l'opération de la part du banquier du fournisseur qu'il a représenté en payant le fournisseur nonobstant l'insuffisance du fonds de son client.

par le client au vu d'une signature qui n'est pas celle du client porteur<sup>1139</sup>. Il est tenu plus généralement à la vérification de la régularité apparente de la facture.

Et enfin, comme en matière de chèque, le banquier doit vérifier l'absence d'opposition. Et bien évidemment, le banquier qui paie malgré la présence d'une opposition engage sa responsabilité. On reviendra sur cette question d'opposition dans la section trois de ce chapitre.

## **Section 2 : La responsabilité du banquier dans le contrat fournisseur**

**705.** Le contrat fournisseur est le contrat qui lie le banquier à un fournisseur, c'est-à-dire, à un commerçant ou un prestataire de services à qui le porteur paie par carte. L'obligation principale du banquier est celle de verser au fournisseur, à certaines conditions, le montant facturé par celui-ci au porteur de la carte. Dans le contrat fournisseur, on distingue deux paiements : le paiement à titre de garantie et le paiement à titre d'avance.

### **A- Le paiement à titre de garantie**

**706.** Dans le contrat qui lie le fournisseur et le banquier, il y a des cas dans lesquels le banquier s'engage personnellement à payer le fournisseur nonobstant l'insuffisance de provision du porteur<sup>1140</sup>. Dans ces cas, l'engagement du banquier est un engagement personnel et irrévocable envers le fournisseur. Dans ces hypothèses, il ne peut pas opposer au fournisseur l'exception tirée du contrat porteur.

**707.** Il y a d'abord l'hypothèse de garantie de base. Dans ce cas le banquier garantit personnellement jusqu'à certain seuil appelé « garantie de base », le paiement engagé par présentation physique de la carte. Cet engagement est valable, et le banquier doit payer à concurrence de ce seuil que le porteur ait ou non provision.

Cet engagement personnel et irrévocable est toutefois soumis à des conditions. Il faut d'abord que le paiement ait été faite sur présentation physique de la carte et que la somme ne dépasse pas ensuite le seuil garanti, si celle-ci dépasse le seuil, le banquier ne sera tenu de payer que

---

<sup>1139</sup> Com. 23 juin 2004, *Bull. civ. IV*, n°131; RTD com. 2004.792, obs. Cabrillac; *RDBF* 2004.319, obs. Crédot et Gérard ; *JCP E* 2005. 872, ob. Mathey ; *Banque et Dr.* septembre 2004.82, obs. Crédot et Gérard ; Com. 12 décembre 2006, *Bull. civ. IV*, n° 241 ; *RDBF* mars 2009, obs. Crédot et Samin ; mai 2007.28 ; obs. Caprioli.

<sup>1140</sup> Ph. Delebecque et M. Germain, n° 2450 ; J.-L. Rives- Langes et Contamine Raynaud, n° 344.

jusqu'à concurrence dudit seuil. Ce seuil garanti est librement convenu dans le contrat fournisseur mais en France, il ne peut pas être inférieur à 100 euros par carte, par jour et par point de vente<sup>1141</sup>.

En outre, le fournisseur doit avoir effectué les vérifications minimales mises à sa charge au moment de la présentation de carte en paiement. Ces vérifications consistent à contrôler la validité de la carte qui est écrite sur la carte elle-même, l'absence d'opposition<sup>1142</sup>, le cas échéant vérifier la conformité de la signature manuscrite avec celle qui figure au dos de la carte ou la signature électronique<sup>1143</sup> s'il s'agit d'une carte à puce et que le fournisseur dispose d'un certificateur<sup>1144</sup>.

Enfin, il doit respecter le délai de présentation au paiement, c'est-à-dire l'obligation de transmettre des factures au centre de traitement carte bleu dans les sept jours<sup>1145</sup>.

**708.** La deuxième hypothèse pour laquelle le fournisseur bénéficie de l'engagement personnel du banquier consiste dans le cas où l'autorisation est obtenue par le fournisseur pour le paiement de l'opération. Dans ce cas, le paiement est garanti même s'il dépasse le montant de la garantie de base. Cette autorisation peut être obtenue par le biais du téléphone ou via le terminal électronique. L'autorisation est assortie d'un numéro, valable pour une seule opération déterminée, numéro qui doit être apposé sur la facture<sup>1146</sup>.

Dans les deux hypothèses, le fournisseur bénéficie de l'engagement personnel et irrévocable du banquier qui est tenu de payer même en l'absence de provision suffisante et disponible dans le compte du porteur de la carte.

## **B- Le paiement à titre d'avance**

**709.** Dans ce cas, le fournisseur est quand même payé par le banquier émetteur mais à titre d'avance, c'est-à-dire sous réserve d'encaissement auprès du porteur. Si le banquier

---

<sup>1141</sup> Ce qui est quand même assez élevé si on le compare avec le cas de 15 euros du chèque où le banquier a l'obligation de payer même en l'absence de provision suffisante et disponible.

<sup>1142</sup> Le fournisseur s'acquiesce de cette obligation en consultant la dernière liste de cartes en opposition communiquée par sa banque.

<sup>1143</sup> La signature électronique se manifeste par la frappe du code confidentiel.

<sup>1144</sup> « Le certificateur est un matériel qui permet de vérifier que le client connaît le code confidentiel (donc en principe qu'il est le véritable titulaire de la carte) » : R. BONHOMME, *op. cit.*, p. 318 en note de bas de page n° 60.

<sup>1145</sup> Après traitement, le Centre transmet les données au banquier du fournisseur, qui crédite son compte ainsi qu'au banquier émetteur qui débite le compte du porteur.

<sup>1146</sup> R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 376, p. 316.

émetteur ne reçoit pas paiement par le porteur, il sera en droit de débiter le compte du fournisseur<sup>1147</sup>. Il arrive même que le fournisseur soit condamné à rembourser l'avance<sup>1148</sup>.

Le banquier paie à titre d'avance lorsqu'au moment de la transaction, le fournisseur n'a pas obtenu l'autorisation. Généralement, lorsqu'il s'agit d'une vente à distance, si le titulaire de la carte conteste avoir effectué l'opération auprès du fournisseur, la banque émettrice gardera la faculté de contre-passer le compte du fournisseur même si celui-ci a obtenu une autorisation<sup>1149</sup>. Il appartient au fournisseur de se retourner contre le titulaire de la carte pour obtenir le paiement parce que l'utilisation de la carte n'emporte pas novation, ainsi elle n'éteint pas la créance fondamentale.

**710.** Telles sont les obligations du banquier vis-à-vis du porteur et vis-à-vis du fournisseur. Il est primordial d'analyser maintenant l'hypothèse où la carte fait l'objet d'une utilisation anormale.

### **Section 3 : La responsabilité du banquier en cas de perte, de vol ou de l'utilisation frauduleuse de la carte de paiement**

**711.** Dans cette section, il est question du cas d'utilisation frauduleuse de la carte par le porteur lui-même (§1) ensuite celle du cas où l'utilisation frauduleuse est l'œuvre d'un tiers (§2).

#### **§1 : L'utilisation frauduleuse de la carte de paiement par le porteur**

**712.** Dans le contrat porteur qui lie le banquier à son client porteur, ce dernier s'engage à n'utiliser la carte que s'il a provision. Le problème se pose rarement lorsque le porteur utilise la carte pour retirer des fonds auprès des DAB ou des GAB, à moins d'un dysfonctionnement de l'appareil, parce qu'en l'absence de provision, le DAB ou le GAB refuse le retrait. Par contre, lorsque la carte est utilisée pour payer des achats ou des prestations de services, le cas se présente plus fréquemment. Dans ce dernier cas, le client porteur commet une faute contractuelle qui pourra engager sa responsabilité contractuelle et justifierait ainsi la résiliation du contrat qui entrainerait pour le porteur l'obligation de restituer la carte. Comme il a été dit, malgré l'injonction faite au client de restituer la carte, il

---

<sup>1147</sup> Com. 10 juillet 1990, *JCP E* 1990. I. 20-402 ; Com. 6 juin 2001, *D.* 2001. AJ. 2197, obs. Delpech.

<sup>1148</sup> Com. 1<sup>er</sup> juillet 2003, n° 00-19188, inédit, *RTD com.* 2003, 796, obs. Legeais.

<sup>1149</sup> Com. 11 janvier 2005, *JCP E* 2005. 351, obs. Bouteiller ; *RDBF* 2005, n° 32, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.

arrive que celui-ci n'obtempère pas. Le banquier bloque en principe cette carte. Mais, si d'une manière ou d'une autre la carte annulée ou résiliée a pu quand même être utilisée par le porteur, celui-ci encourra la poursuite pénale sur la base de l'escroquerie ou d'abus de confiance.

**713.** La fraude commise par le porteur de la carte peut également se manifester par le fait de forcer le système informatique afin de parvenir à y introduire des fausses données et utiliser ainsi la carte annulée ou résiliée<sup>1150</sup>.

**714.** Il est à remarquer que les seules dispositions malgaches qui évoquent la carte de paiement sont les articles 32 et 33 de la loi n° 2004-045 relative à la prévention et à la répression des infractions en matière de cartes. Aussi, en matière de l'utilisation frauduleuse de la carte de paiement, on se contente de rechercher les éléments constitutifs de l'escroquerie ou d'abus de confiance dans l'acte frauduleux pour punir le porteur.

## **§2 : L'utilisation frauduleuse de la carte par un tiers**

**715.** L'utilisation frauduleuse de la carte par un tiers peut être ici la conséquence d'un vol, d'une perte ou simplement d'une remise volontaire de la part du tiers. Ces cas de fraude sont nombreux. Ils peuvent aller d'une simple perte jusqu'à la falsification ou le forçage des systèmes informatiques des banques. La fraude par un tiers peut s'effectuer aussi bien dans le cas où la carte se trouve entre les mains du porteur c'est-à-dire sans dépossession du porteur ou dans le cas où le titulaire du compte se trouve dépossédé. Aussi, ne peut-on dans le cadre limité de cette thèse étudier un à un ces cas, on va simplement partir sur la base des cas les plus classiques et délimiter la responsabilité du banquier. On va expliquer jusqu'où le banquier est-il tenu dans l'utilisation frauduleuse de la carte et à partir de quel moment le porteur supporte le préjudice causé par l'utilisation anormale de la carte dont il est normalement le porteur.

Pour ce faire, il faut se placer sur le moment de l'opposition. A partir du moment où le porteur se rend compte de la perte, du vol ou de l'utilisation frauduleuse de sa carte, la loi lui impose une obligation de faire opposition. A défaut, il supporte la responsabilité de l'utilisation frauduleuse. On va ainsi présenter en premier lieu l'opposition en matière de carte de paiement (A), en second lieu développer le principe de responsabilité du titulaire du

---

<sup>1150</sup> R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 384, p. 321.

compte avant l'opposition (B) et en dernier lieu analyser le principe de la responsabilité du banquier après l'opposition (C).

### **A- L'opposition en matière de carte de paiement**

**716.** L'article 33 de la loi n° 2004-045 limite les cas d'opposition au cas « de perte ou de vol, ou de falsification ou contrefaçon de la carte, ou en cas de faillite du bénéficiaire ». Ce sont des cas d'opposition licite prévus également en matière de chèque. Le droit français est plus explicite et plus large parce que l'article L. 133-17 du Code monétaire et financier dispose que l'opposition peut être faite en cas de perte, de vol, de détournement ou toute utilisation non autorisée de son instrument de paiement ou des données qui lui sont liées, ainsi qu'en cas de procédure de redressement ou de liquidation judiciaire du bénéficiaire. Le terme « toute utilisation non autorisée » englobe toutes sortes d'utilisation frauduleuse<sup>1151</sup>. L'opération de paiement non autorisée concerne tous les paiements faits au moyens de la carte et pour lesquels le porteur n'a pas donné son consentement. Ce terme peut couvrir différentes hypothèses. Il peut s'agir d'une opération initiée par le payeur, à titre de garantie et non à titre de paiement, alors qu'on l'a utilisé pour se faire payer<sup>1152</sup> ; il peut également s'agir d'un paiement fait par un instrument contrefait etc.<sup>1153</sup> Le champ d'application d'opposition en droit français est ainsi beaucoup plus large que celui prévu par le droit malgache. Ensuite, le droit français étend son champ d'application à tous les instruments de paiements utilisés ou de l'utilisation des données qui y sont liées.

**717.** Concernant le délai d'opposition, le droit malgache est muet, tandis que le droit français dans l'article précité prévoit que l'opposition doit être faite « sans tarder ». La notion

---

<sup>1151</sup> Article L. 133-17 du Code monétaire et financier : « I- Lorsqu'il a connaissance de la perte, du vol, du détournement ou de toute utilisation non autorisée de son instrument de paiement ou des données qui lui sont liées, l'utilisateur de services de paiement en informe sans tarder, aux fins de blocage de l'instrument, son prestataire ou l'entité désignée par celui-ci. II-Lorsque le paiement est effectué par une carte de paiement émise par un établissement de crédit, une institution ou un service mentionné à l'article L. 518-1 et permettant à son titulaire de retirer ou de transférer des fonds, il peut être fait opposition au paiement en cas de procédure de redressement ou de liquidation judiciaires du bénéficiaire ».

<sup>1152</sup> Com. 24 mars 2009, *JurisData* n° 2009-047596 ; *JCP E* 2009, 1619, note P. Bouteiller ; *D.* 2009, chron. P. 21, obs. M.-L. Bélaval ; *D.* 2009, jurispr. P. 1735, note J. Lasserre Capdeville ; *Banque et droit* 2009, comm. 80, note F.-J. Crédot et T. Samin ; *Dr et patrimoine* 2009, n° 184, p. 97, obs. J.-P. Mattout et A. Prüm : « la communication à distance par le porteur, des données figurant sur sa carte bancaire pour garantir la réservation d'une chambre d'hôtel, sur un formulaire précisant que cette communication ne donnerait lieu à aucun débit, ne constitue pas un mandat de payer et à défaut d'un tel mandat, la banque est tenue de restituer la somme débitée ».

<sup>1153</sup> Voir, J. Lasserre Capdeville, *La contestation des opérations de paiement non autorisées*, n° 3.

est floue puisqu'elle ne donne aucune indication précise quant au délai d'opposition<sup>1154</sup>. Toujours est-il que le titulaire du compte a intérêt à faire opposition le plus tôt possible parce que dans le cas de perte ou de vol, tant que l'opposition n'est pas faite, le titulaire du compte est responsable dans la limite de 150 euros<sup>1155</sup>. Dans un arrêt de la Cour de cassation française du 28 juin 2011<sup>1156</sup>, le juge a décidé que le titulaire du compte qui a constaté la perte de sa carte le 26 juin 2005 et qui a déclaré à la police cette perte le 27 juin 2005 mais qui n'a formé opposition que le 12 juillet 2005 ne peut se prévaloir du plafond limitant sa responsabilité à 150 euros au motif qu'il n'a pas fait opposition dans les « meilleurs délais »<sup>1157</sup>.

**718.** Dans le cas d'ouverture de redressement ou de liquidation judiciaire, former opposition sans tarder est important car cette opposition doit être faite avant le paiement du bénéficiaire par le banquier. Après l'exécution du paiement par le banquier, l'opposition du titulaire du compte pour ce motif n'a plus d'effet<sup>1158</sup>. Or, l'exécution du paiement quant à elle doit être faite dans un délai très court, qui est « au plus tard à la fin du premier jour ouvrable suivant le moment de la réception de l'ordre de paiement » prolongé « d'un jour ouvrable supplémentaire pour les opérations de paiement ordonnées sur support papier »<sup>1159</sup>. Force est alors de constater que rares sont les payeurs qui apprendront la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire avant l'exécution du paiement. Cette solution sévère s'explique par le fait que contrairement au cas de perte et de vol où le titulaire de compte n'a pas effectué un paiement de son plein gré, dans le cas d'opposition pour ouverture de procédure de redressement ou de liquidation judiciaires, le titulaire du compte a valablement effectué son paiement, il fait opposition simplement par crainte de ne pas recevoir la contrepartie due à la situation du bénéficiaire<sup>1160</sup>.

En matière de chèque le législateur français prévoit qu'il appartient au juge des référés de juger la validité de l'opposition et d'ordonner ainsi la mainlevée de l'opposition

---

<sup>1154</sup> Au maximum, le délai de treize mois prévu par l'article L. 133-24 s'applique. En ses termes : « L'utilisateur de services de paiement signale, sans tarder, à son prestataire de services de paiement une opération de paiement non autorisée ou mal exécutée et au plus tard dans les treize mois suivant la date du débit sous peine de forclusion... ».

<sup>1155</sup> Article L. 133-19, I du Code monétaire et financier.

<sup>1156</sup> Com. 28 juin 2011, n° 10-19- 265 : *LEDB* 2011, n° 8, p. 6, obs. J. Lasserre-Capdeville.

<sup>1157</sup> Terme utilisé par l'ancien article L. 132-3 du Code monétaire et financier à la place du terme « sans tarder ».

<sup>1158</sup> Com. 11 octobre 2011, n° 10-20-954 : *JurisData* n° 2011-021599 ; *RD bancaire et financier* 2012, comm. 35, obs. F.-J. Crédot et T. Samin ; *JCP E* 2012, chron. Dr. Bancaire, 1373, obs. Al Salgueiro ; *Banque et droit* 2012, n° 141, p. 31, obs. T. Bonneau ; *D.* 2012, p. 2588, obs. X. Delpech ; *Dr. Et patrimoine* mars 2012, p. 82, obs. J.-P. Mattout et A. Prüm ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 35, pan. dr. Bancaire, obs. A.-C. Rouaud.

<sup>1159</sup> Article L. 133-1 » du Code monétaire et financier ;

<sup>1160</sup> Voir commentaire de l'article L. 133-17 du Code monétaire et financier, *LexisNexis* 2014, p. 92.

irrégulière<sup>1161</sup>. En matière de carte de paiement, le législateur français ne prévoit rien. On se demande alors si ce silence équivaut à l'autorisation donnée au banquier de se faire juge de la validité des oppositions. Certains auteurs<sup>1162</sup> optent pour cette solution, d'autres s'y opposent pour deux raisons. La première est que le principe de non-immixtion dans les affaires du client l'interdirait<sup>1163</sup> et la deuxième, c'est que le banquier étant le mandataire de son client n'a pas le droit de refuser l'ordre donné par ce client au nom et pour le compte de qui il agit<sup>1164</sup>.

Un arrêt de la Cour de cassation française de 2009<sup>1165</sup> a apporté deux précisions en la matière. D'abord, elle précise que « la banque du porteur ne peut admettre une opposition dont le motif n'est pas prévu par la loi » ; ensuite, elle ajoute que « la banque du bénéficiaire, lorsqu'elle est informée d'un tel motif, est tenue de procéder au rejet de l'impayé résultant de la prise en compte par la banque du porteur, de l'opposition ». Cette solution ne confère pas directement au banquier le droit de se faire juge de la validité de l'opposition, tout en lui imposant de tenir compte de l'irrégularité d'un motif d'opposition, et le cas échéant de ne pas l'admettre. La conséquence est à notre avis la même, puisque ne pas admettre un motif d'opposition qui n'entre pas dans la liste légale revient à refuser l'opposition donc payer le bénéficiaire. C'est exactement l'effet d'une ordonnance de mainlevée d'opposition en matière de chèque.

**719.** Il est ensuite important de noter que lors de l'opposition, le banquier doit vérifier que la carte qui fait l'objet d'opposition est bien celle du titulaire du compte. Le banquier est ainsi fautif s'il rejette une opposition en se basant uniquement au traitement sur la numérotation de la carte sans aucune vérification avec la concordance des cartes en cours de validité du titulaire du compte<sup>1166</sup>. Il a également été jugé que le fait d'avoir communiqué le numéro d'une carte qui n'est plus en service ne doit pas empêcher l'opposition car la banque,

---

<sup>1161</sup> Article L. 131-35 al. 4 du Code monétaire et financier.

<sup>1162</sup> F.-J. Crédot, « Conditions et effets des oppositions en matière de carte de paiement », *LPA* 15 septembre 1986, n° 111, p. 105 ; J. Devèze, note s<sup>s</sup> Com. 20 octobre 1998 ; n° 96-10.259, *JCP E* 1999, p. 1103.

<sup>1163</sup> J. Lasserre Capdeville, « La répression de la fraude à la carte bancaire : état des lieux », *Banque et droit* mai-juin 2005, p. 26, spéc. n° 27.

<sup>1164</sup> D.-R. Martin, « Analyse juridique du règlement par carte de paiement », *D.* 1987. Chron. 52 ; C. Lucas de Leyssac, « Les cas d'opposition au paiement d'une opération-carte. Art. 57-2 du D.-L. du 3<sup>e</sup> octobre 1935 », *in* *Mél. M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 329 et s.

<sup>1165</sup> Com ; 20 janvier 2009, *Bull. civ.* IV, n° 6 ; *D.* 2009, 367, obs. V. Avena-Robardet ; *JCP G* 2009, IV 1304, et II 10050 note J. Lasserre Capdeville.

<sup>1166</sup> CA Orléans, Ch. com. 21 mars 2002, *JurisData* n° 176592: « la banque professionnelle avertie, et réceptionnaire d'un ordre d'opposition téléphonique, ne peut se borner pour le rejeter, à un seul traitement sur la numérotation de la carte, sans aucune vérification avec la concordance des cartes en cours de validité du titulaire du compte ».

qui utilise une technique informatique élaborée, aurait dû s'apercevoir aussitôt que le numéro était erroné et conseiller ainsi son client<sup>1167</sup>.

**720.** Concernant la preuve de l'opposition, l'article D. 133-3 du Code monétaire et financier prévoit que « lorsqu'un utilisateur de services de paiement a utilisé les moyens mis à sa disposition par son prestataire de services de paiement conformément au II de l'article L. 133-15<sup>1168</sup>, pour l'informer de la perte, du vol ou du détournement de son instrument de paiement, le prestataire de services de paiement fournit au client, sur demande de ce dernier et pendant dix-huit mois à compter de l'information faite par celui-ci, les éléments lui permettant de prouver que ce dernier a procédé à cette information ». Aucune disposition pareille n'est prévue en droit malgache, toutefois, si on applique cet article à Madagascar, il sera important de signaler que rares seront les clients qui « osent » demander à son banquier de lui fournir des éléments lui permettant de prouver son opposition. Si, on transpose cet article en droit malgache la meilleure formule aurait été d'enlever le terme « à la demande de ce dernier », ces éléments devraient être dus automatiquement par le banquier à partir du moment où le client forme une opposition laissant une trace écrite. En pratique, à Madagascar, on forme opposition par téléphone mais le banquier conseille le client de venir formaliser l'opposition auprès de leur agence. La banque fait compléter une fiche à ce client, il la lui fait signer, le plus souvent au vu d'une déclaration de perte faite auprès de la police<sup>1169</sup> et la banque lui donne une copie de la fiche signée et datée.

**721.** Outre la preuve de l'existence d'opposition, en droit français, le banquier est en plus tenu de fournir des moyens appropriés d'information qui permettra à son client de former opposition. Le banquier qui manque à cette obligation engage sa responsabilité et ne peut mettre les conséquences financières d'un paiement non-autorisé à la charge du client titulaire du compte sauf agissement frauduleux de ce dernier<sup>1170</sup>.

## **B- Le principe de responsabilité du payeur avant l'opposition**

**722.** Le principe est posé par l'article L. 133-19 du Code monétaire et financier, en ces termes : « En cas de paiement non autorisé consécutif à la perte ou au vol de l'instrument de

---

<sup>1167</sup> CA Paris, 21 mars 1990, *D.* 1990. IR. 89 ; *RD bancaire et bourse* 1991, p. 23, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; *JCP E* 1990, I, 20007.

<sup>1168</sup> Article L. 133-15, II, alinéa 2 : « Il fournit sur demande de l'utilisateur les moyens de prouver qu'il a effectué l'information prévue à l'article L. 133-17 (opposition), dans les conditions fixées par décret »

<sup>1169</sup> Ce, parce que le plus souvent il s'agit de perte ou de vol de la carte.

<sup>1170</sup> Article L. 133-19, III du Code monétaire et financier.

paiement, le payeur supporte, avant l'information prévue à l'article L. 133-17, les pertes liées à l'utilisation de cet instrument, dans la limite d'un plafond de 150 euros ». Traditionnellement, on considérait que jusqu'à l'opposition, le titulaire du compte doit supporter les conséquences de l'utilisation frauduleuse de sa carte<sup>1171</sup>. Le droit français contrairement au droit malgache a mis en œuvre ce système de plafonnement qui ne rend responsable le titulaire du compte qu'à concurrence de 150 euros; cette somme est quand même relativement basse eu égard à l'importance des fraudes faits par carte. Ce système de plafonnement n'existant pas à Madagascar, la règle est la responsabilité du titulaire du compte avant l'opposition sur l'intégralité des sommes perdues, détournées ou volées<sup>1172</sup>.

**723.** Ce principe comporte deux grandes catégories de tempéraments. D'une part, il peut arriver que le porteur supporte l'intégralité des pertes dues au vol, perte, détournement ou toute autre utilisation non autorisée de la carte (1), d'autre part, il y a des cas prévus par le législateur où le porteur ne supporte aucune perte (2).

### **1- La responsabilité illimitée du porteur**

**724.** L'article L.133-19, IV du Code monétaire et financier dispose que « le payeur supporte toutes les pertes occasionnées par des opérations de paiement non autorisées si ces pertes résultent d'un agissement frauduleux de sa part ou s'il n'a pas satisfait intentionnellement ou par négligence grave aux obligations mentionnées aux articles L. 133-16 et L. 133-17 ». Cet article prévoit la responsabilité pleine et entière du porteur sans limitation à 150 euros, dans deux cas : l'agissement frauduleux du porteur lui-même, ainsi que sa négligence grave aux obligations de sécurité dans la conservation des instruments de paiement ou d'information de perte ou de vol à son prestataire. Ainsi constitue une négligence particulièrement grave le fait de faire une opposition tardive compte tenu des habitudes d'utilisation de la carte<sup>1173</sup>. Constitue également une faute lourde justifiant la responsabilité

---

<sup>1171</sup> Com. 2 décembre 1980, *Bull.* n° 400 ; *D.* 1981. IR. 352, obs. Vasseur ; *RTD com.* 1981. 578, obs. Cabrillac et Teyssié ; Ph. Delebecque et M. Germain, n° 2451 ; J.-L. Rives-Lange et Contamine-Raynaud, n° 346.

<sup>1172</sup> Ni le législateur ni la jurisprudence n'édicte une solution pareille, on suppose simplement cette règle puisque la banque n'a jamais remboursé les sommes perdues, volées ou détournées au payeur avant l'opposition : Résultat de l'enquête faite auprès de la BNI Madagascar Mahajanga le 17 mars 2015.

<sup>1173</sup> CA Versailles, 13 mars 2012, *JurisData* n° 2012-005208 ; *LEDBF* 2012, n° 5, p. 2, obs. J. Lasserre Capdeville : constitue une négligence grave caractérisant la faute lourde le fait d'avoir laissé plus d'un mois après le vol de sa carte avant de faire opposition à tous les paiements effectués au moyen de celle-ci, peu importe que le porteur affirme avoir ignoré qu'il était possible d'effectuer des retraits d'espèces avec la carte dès lors qu'il était expressément indiqué aux conditions figurant au verso de l'offre que la carte de paiement permettait non

entière du client porteur, le fait pour celui-ci d'avoir laissé, comme d'habitude sa carte dans son véhicule et son code confidentiel dans la boîte à gants<sup>1174</sup>. Par contre, le fait que la carte ait été utilisée par un tiers avec la composition du code confidentiel ne constitue pas, à elle seule, une négligence grave<sup>1175</sup>.

## 2- Les cas d'exonération de la responsabilité du payeur

**725.** L'article L. 133-19, I alinéa 2, II et III énumère les cas où le payeur est déchargé de toute responsabilité même avant l'opposition. Le premier cas d'exonération concerne l'opération de paiement non autorisée effectuée sans utilisation du dispositif de sécurité personnalisé<sup>1176</sup>. Il y a par exemple les opérations faites au moyen de carte de paiement qui ne nécessitent pas la frappe du code secret. Il est toutefois à noter que l'article L. 131-1-1 pose une exception dans le cadre des opérations internationales, dans cette hypothèse même si le paiement a été fait sans utilisation de dispositif de sécurité, le payeur reste tenu jusqu'à concurrence de 150 euros.

**726.** Le deuxième cas d'exonération consiste en un détournement de l'instrument de paiement à l'insu du payeur ou le détournement des données liées à la carte<sup>1177</sup>. Ce cas, on pourrait éventuellement le rattacher à l'utilisation frauduleuse puisqu'il ne s'agit ni de vol ni de perte<sup>1178</sup>. En effet, la Cour de cassation française a décidé que la responsabilité du payeur n'est pas engagée si le paiement contesté a été effectué frauduleusement, à distance, sans utilisation de sa carte<sup>1179</sup>.

**727.** Il y a ensuite le cas de la contrefaçon de l'instrument de paiement<sup>1180</sup>. Le payeur est exonéré de sa responsabilité si au moment de l'opération, le payeur était en possession de sa carte<sup>1181</sup>.

---

seulement d'effectuer des achats mais également de retirer des espèces aux appareils de distribution automatique de billets de banque.

<sup>1174</sup> Com., 16 octobre 2012, *JurisData* n° 2012-023476 ; *JCP E* 2012, 1680, note S. Piedelièvre ; *JCP G* 2012, 1202, obs. K. Rodriguez ; *RTD com.* 2012, 825, obs. D. Legeais ; *D.* 2013, p. 407, note J. Lasserre Capdeville.

<sup>1175</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 2008, *JurisData* n° 2008-043339 ; *Bull. civ.* I, n° 91 ; *JCP E* 2008, 1735, note P. Bouteiller ; Com., 2 octobre 2007, *JurisData* n° 2007-040638 ; *Bull. Civ.* IV, n° 208 ; *RD bancaire et financier* 2007, comm. 206 ; *Banque et droit* 2008, p. 22, obs. T. Bonneau.

<sup>1176</sup> Article L. 133-19, I, alinéa 2 du Code monétaire et financier.

<sup>1177</sup> Article L. 133-19, II, alinéa 1<sup>er</sup> du Code monétaire et financier.

<sup>1178</sup> R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 388, p. 325.

<sup>1179</sup> Com. 12 novembre 2008, *Bull. civ.* IV, n° 190.

<sup>1180</sup> Article L. 133-19, II, alinéa 2 du Code monétaire et financier.

<sup>1181</sup> CA Paris, 28 mars 2012, *JurisData* n° 2012-006530.

**728.** Et enfin on a l'hypothèse où le banquier n'a pas fourni de moyens appropriés permettant au porteur de faire opposition afin de bloquer l'instrument de paiement<sup>1182</sup>. Cette exonération est due au manquement du banquier à son obligation d'information envers le client.

### **C- Le principe de la responsabilité de l'émetteur après l'opposition**

**729.** Le payeur doit former opposition sans tarder dans les cas d'utilisation non autorisée de la carte de paiement. A partir du moment où le payeur a fait opposition, celui-ci ne supporte plus les conséquences qui résultent de l'utilisation de la carte, ce, bien sûr sous réserve d'agissement frauduleux de la part de ce porteur<sup>1183</sup>. La raison en est que l'opposition produit comme effet le blocage de l'instrument. Si le banquier manque à son obligation de blocage, les risques financiers pèseront intégralement sur lui. Il est à rappeler que même si le banquier n'est pas juge de la validité de l'opposition la Cour de cassation française a jugé que le banquier du bénéficiaire doit procéder au rejet de l'impayé résultant de la prise en compte par le banquier du porteur d'une opposition illicite<sup>1184</sup>.

**730.** Après la carte de paiement, les instruments de paiement que nous allons étudier maintenant sont le virement et le prélèvement.

---

<sup>1182</sup> Article L. 133-19, III du Code monétaire et financier.

<sup>1183</sup> Article L. 133-20 : « Après avoir informé son prestataire ou l'entité désignée par celui-ci, conformément à l'article L. 133-17 aux fins de blocage de l'instrument de paiement, le payeur ne supporte aucune conséquence financière résultant de l'utilisation de cet instrument de paiement ou de l'utilisation détournée des données qui lui sont liées, sauf agissement de sa part ».

<sup>1184</sup> Com., 20 janvier 2009, *op. cit.*

## **CHAPITRE 3 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER EN MATIERE DE VIREMENT ET DE PRELEVEMENT**

**731.** Le virement et le prélèvement font parties des instruments de paiement au même titre que le chèque et la carte de paiement. Le virement et le prélèvement permettent tous les deux de transférer des fonds. La différence entre ces procédés se trouve surtout dans la personne qui donne l'ordre de transférer le fonds. En matière de virement, c'est le titulaire du compte qui donne l'ordre au banquier alors qu'en matière de prélèvement c'est le bénéficiaire lui-même qui donne cet ordre. L'analyse va se focaliser successivement sur la responsabilité du banquier en matière de virement (section 1) et sur la responsabilité de celui-ci en matière de prélèvement (section 2).

### **Section 1 : La responsabilité du banquier en matière de virement**

**732.** Le virement est une technique permettant de transférer une somme d'argent d'un compte sur un autre par un simple jeu d'écriture<sup>1185</sup>. C'est l'opération par laquelle un client du banquier, donneur d'ordre dont le compte est créditeur donne l'ordre au banquier de prélever une certaine somme de ce compte au crédit d'un autre compte qui est le bénéficiaire ou le récepteur. Afin d'analyser la responsabilité du banquier dans ce cadre, il est impératif de relater l'obligation de vérifications préalables dues par le banquier (§1) ensuite entamer l'étude de la responsabilité du banquier pour faute commise dans l'exécution de l'ordre de virement (§2).

#### **§1 : L'obligation de vérifications préalables**

**733.** Pour effectuer un virement, il faut qu'on soit en présence d'un ordre de virement. L'ordre de virement est un mandat donné par le client à son banquier de débiter son compte d'une certaine somme pour créditer un autre compte, celui du bénéficiaire. Le banquier agit au nom et pour le compte de son client en débitant son compte et en créditant le compte du bénéficiaire du virement. Avant d'exécuter cet ordre de virement, le banquier est tenu de vérifier d'abord l'existence d'un ordre de virement et ensuite la validité dudit ordre. En

---

<sup>1185</sup> Lexique des termes juridiques, *op.cit.*, p. 967.

l'absence d'ordre de virement, le banquier engage sa responsabilité en exécutant un virement de son propre initiative<sup>1186</sup>.

**734.** Le virement est un transfert de fonds par jeu d'écriture. Il est ainsi étalé dans le temps et dans l'espace le plus souvent c'est-à-dire qu'il y a un laps de temps entre l'ordre donné et la date de paiement définitif. Par conséquent, il faut faire la distinction entre le droit au paiement du bénéficiaire et l'effectivité du paiement. Le bénéficiaire a un droit au paiement dès que le compte du donneur d'ordre est débité. Il devient le propriétaire de la somme à transférer au moment où la banque débite le compte du donneur d'ordre. La procédure collective ouverte à l'encontre du donneur d'ordre n'interrompt pas le processus de paiement dès lors que l'écriture au débit a été effectuée. Par cette écriture, les fonds sont déjà sortis du patrimoine du donneur d'ordre. La réception effective des fonds quant à elle est réalisée par l'inscription de la somme au crédit du compte bancaire du bénéficiaire. Le virement ne vaut paiement que lorsqu'il a été effectivement réalisé par l'inscription de son montant au compte du bénéficiaire. Il ne peut donc prétendre disposer de ces fonds là avant cette inscription.

**735.** L'ordre de virement est différent du mandat donné en matière des effets de commerce où il y a les énonciations obligatoires. Le législateur n'impose aucune forme quant à cet ordre que le client soit commerçant ou non<sup>1187</sup>. En pratique, la banque remet des formulaires de virement préétablis à la disposition de la clientèle. L'usage de ces formules n'est pas obligatoire. L'ordre de virement peut être télégraphique ou verbal<sup>1188</sup>. L'ordre de virement peut se faire également par les procédés intégrant un dispositif de sécurité personnalisé pour pouvoir effectuer des virements en toute sécurité par télématique<sup>1189</sup>.

**736.** En raison de cette absence de condition de forme, le banquier doit être prudent et vérifier en premier lieu la qualité et le pouvoir de la personne qui donne l'ordre<sup>1190</sup>, ensuite vérifier si l'ordre provient effectivement de son client. Engage par exemple sa responsabilité le banquier qui a exécuté un ordre venant d'un époux de virer une somme du compte épargne-logement ouvert au nom de son épouse sur un compte personnel sans procuration donnée par

---

<sup>1186</sup> CA Dijon, ch.civ. B, 15 janvier 2008, RG n° 07 / 00089, JurisData n° 357248.

<sup>1187</sup> Com, 4 juin 1996, *RTD com.* 1996. 700 ; obs. Cabrillac ; Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1997, *Bull.civ.* IV, n° 218 ; *JCP G* 1997, IV, 1863 ; *JCP E* 1997, pan., n° 972, p. 331.

<sup>1188</sup> Com. 26 février 1979, *Bull.civ.* IV n° 78 ; D. 1980. IR 14, obs. Vasseur ; *RTD com.* 1979. 794, obs. Cabrillac ; Com. 29 janvier 1985, *Bull.civ.* IV n° 36 ; Com., 10 mai 1994, *RTD com.* 1994.533, obs. Cabrillac.

<sup>1189</sup> R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 398, p. 333.

<sup>1190</sup> Com. 13 février 2001, n° 98-18.437.

cette épouse<sup>1191</sup>. Dans le cas où l'ordre est donné dans un écrit, le banquier a l'obligation de vérifier la concordance de la signature apposée à l'écrit avec le spécimen déposé à la banque<sup>1192</sup>.

**737.** En tant que mandataire, le banquier n'est tenu d'exécuter l'ordre que si le compte du donneur d'ordre présente un crédit suffisant pour le paiement. Aussi, doit-il en outre, vérifier la suffisance et la disponibilité des fonds. Dans un arrêt<sup>1193</sup>, on a jugé fautif le banquier qui a exécuté l'ordre alors que le compte ne présente pas un solde créditeur suffisant et qu'aucune convention n'est intervenue entre le banquier et le client quant à la possibilité d'un paiement à découvert. Ce, parce le paiement à découvert présentant le caractère anormal, devrait alerter le banquier et met en doute la volonté de donneur d'ordre. On estime que le paiement est dû dans ce cas au manquement du banquier à son obligation de surveillance.

## **§2 : La responsabilité du banquier pour faute commise dans l'exécution de l'ordre de virement**

**738.** Le banquier est tenu d'exécuter le virement loyalement et sans faute<sup>1194</sup>. En dehors des vérifications préalables, il y a des cas où le banquier commet des fautes dans l'exécution de l'ordre. Cette faute même légère engage en principe sa responsabilité puisqu'il agit ici en tant que professionnel. Il ne faut pas perdre de vue qu'en plus d'être le mandataire du donneur d'ordre, le banquier est également un dépositaire de ce client donneur d'ordre en vertu de la convention de compte. A ce titre, il est tenu de restituer les fonds déposés entre les mains de la personne ayant la qualité et le pouvoir de recevoir ce paiement. Dans le cas contraire, il n'est pas libéré de son obligation. Ainsi, la responsabilité du banquier peut être recherchée dans l'exécution des ordres faux ou falsifiés.

Dans ce cas, le juge recherche la personne qui a été la plus négligente entre le titulaire du compte, son banquier ou le banquier du bénéficiaire pour imputer la responsabilité de l'exécution de faux ordre ou d'ordre falsifié<sup>1195</sup>. Il retient « celui par la faute duquel le faux

---

<sup>1191</sup> CA Lyon, 1<sup>re</sup> ch., 20 septembre 2001, *JCP N* 2003, 1008, note V. Brémond ; CA Paris, 5 décembre 2003, *Lexbase* n° A9384DAS.

<sup>1192</sup> CA Paris, 3 janvier 1975, *Rev. Banque* 1975.321 ; *RTD com.*1975. 151, obs. M. Cabrillac ; *D.* 1975. Jur. 743, note J. Vézian.

<sup>1193</sup> Com. 27 février 1996, *RTD com.* 1996. 307, obs. M. Cabrillac ; *JCP E* 1998, p. 321, obs. C. Gavalda et J. stoufflet.

<sup>1194</sup> R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 401, p. 335.

<sup>1195</sup> CA Paris, 3 janvier 1975 précité.

ordre de virement a pu produire effet »<sup>1196</sup>. Ainsi, dans un arrêt de la Cour de cassation du 29 janvier 2002<sup>1197</sup>, il a été jugé que la banque a commis une faute en se bornant à effectuer un traitement automatique sur le seul numéro de compte sans vérifier le nom du bénéficiaire.

**739.** Etant donné que c'est le banquier qui est le dépositaire, son obligation de restitution n'est exécutée que s'il se libère valablement entre les mains du déposant. Par conséquent, en cas de contestation, il appartient à celui-ci de prouver qu'il a reçu l'ordre du client d'exécuter un virement au profit d'un tiers<sup>1198</sup>. Il est à remarquer qu'une fois le compte crédité, il est créancier de son banquier de la somme créditée, c'est une créance indépendante. Dès que son compte est crédité il est protégé contre les exceptions découlant des relations entre le donneur d'ordre et son banquier tel qu'un virement fait en l'absence de provision disponible<sup>1199</sup>.

**740.** En cas de mauvaise exécution de l'ordre, le bénéficiaire a une action en responsabilité délictuelle contre le banquier du donneur d'ordre et une action en responsabilité contractuelle contre son propre banquier sur la base de son service d'encaissement<sup>1200</sup>. La responsabilité du banquier du bénéficiaire est par exemple engagée dans le cas où celui-ci n'a pas pu déceler les irrégularités commises par le banquier du donneur d'ordre son correspondant, il est également fautif lorsqu'il tarde à créditer le compte de son client alors qu'il doit le faire sans délai<sup>1201</sup>. Dans le cas de mauvaise exécution de l'ordre entre le banquier du bénéficiaire et le banquier du donneur d'ordre, il est possible de répartir la responsabilité selon leur participation à l'opération<sup>1202</sup>.

## **Section 2 : La responsabilité du banquier dans l'exécution d'un avis de prélèvement**

**741.** Comme il a été expliqué précédemment, le prélèvement se différencie du virement en ce que dans le prélèvement, l'ordre est donné par le bénéficiaire et non par le

---

<sup>1196</sup> J. HAMEL, *Banques et opérations de banque*, t.II, 1943, n° 849, p. 294.

<sup>1197</sup> Com. 29 janvier 2002, *Droit* 21 2002. *AJ O96*, obs. M. Dimitrijevic ; *D.* 2002, *AJ* 717, obs. A. Lienhard ; *Ibid.* Jur. 1336, note Y. Tchoutourian ; *Banque et droit*, 354, obs. M. Cabrillac ; *JCP E* 2002, pan.p. 428, obs. P. Bouteiller.

<sup>1198</sup> R. ROUTIER, *op. cit.*, n° 445-21, p. 521.

<sup>1199</sup> Toutefois entre un débiteur et son créancier se basant sur le droit commun, le paiement à tort peut donner lieu à une action en répétition de l'indu qui se fait le plus souvent par une simple contre-passation.

<sup>1200</sup> Com. 31 janvier 1956, *Bull.* n° 43 ; *RTD com.* 1957.420, obs. Becqué et Cabrillac.

<sup>1201</sup> Article L. 133-14. I, alinéa 2 du Code monétaire et financier : « Le prestataire de services de paiement du bénéficiaire met le montant de l'opération à disposition du bénéficiaire immédiatement après que son propre compte a été crédité ».

<sup>1202</sup> R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 404, p. 339.

titulaire du compte. Les deux systèmes sont des instruments de transfert de fonds bien évidemment. Le prélèvement est un moyen de paiement qui permet au banquier de débiter la somme due directement sur le compte de son client débiteur, et ce, sans son intervention. Il nécessite donc la signature d'un accord préalable d'autorisation de prélèvement, autorisant, d'une part, l'organisme en question à débiter son compte, et d'autre part, la banque à effectuer cette opération<sup>1203</sup>. Dans cette étude, en premier lieu, nous allons axés notre analyse sur l'obligation de vérification de l'avis de prélèvement (§1) et en second lieu sur les obligations du banquier relatives à l'exécution de l'avis de prélèvement (§2).

### **§1 : L'obligation de vérification de l'avis de prélèvement**

**742.** Comme en matière de virement où le banquier est tenu de vérifier l'existence et la validité de l'ordre de virement, ici également il est tenu de contrôler l'existence ainsi que la validité de l'avis de prélèvement.

**743.** Le prélèvement est fondé sur deux conventions préalables. D'un côté il y a la convention entre le titulaire du compte, payeur et le fournisseur qui donne à ce dernier le droit de prélèvement. De l'autre côté il y a la convention entre le payeur et sa banque. Ce mécanisme est utilisé le plus souvent par les prestataires de services avec ses usagers pour le paiement mensuel de la prestation. Le mécanisme s'analyse en double mandat permanent, le premier est un mandat donné par le client à son créancier de lancer les demandes de prélèvement à son bénéficiaire et le second mandat, celui donné par le client à sa banque de débiter son compte pour créditer celui du créancier sur avis de ce dernier<sup>1204</sup>.

**744.** La banque vérifie ainsi, le consentement du débiteur, quant à l'acceptation que le bénéficiaire puisse lancer un avis de prélèvement à sa banque. Afin de permettre la vérification du banquier quant à la réalité de ce consentement, dans la pratique, le prestataire de service fait signer au débiteur une fiche préétablie, dans laquelle il accepte que son créancier lance un avis de prélèvement à son banquier selon une périodicité convenue dans le contrat. Le créancier adresse alors l'ordre à son banquier qui le transmettra à celui du payeur. Le banquier du débiteur payeur n'a pas à recevoir l'ordre de celui-ci, il lui faut juste la convention selon laquelle, il permet à son créancier de lancer un avis de prélèvement en son encontre et vérifier l'ordre donné par le créancier bénéficiaire avec ou non l'intermédiaire de

---

<sup>1203</sup> [www.wikicredit.fr](http://www.wikicredit.fr).

<sup>1204</sup> Ph. Delebecque et M. Germain, n°2448 .

la banque de ce dernier. L'avis de prélèvement est donc un moyen de paiement automatisé adapté aux règlements récurrents qui dispense le débiteur de l'envoi d'un titre de paiement lors de chaque règlement<sup>1205</sup>. Par l'avis de prélèvement, le client débiteur d'un fournisseur ou prestataire de service donne un double mandat permanent. Le premier mandat, il lui donne à son créancier pour l'autoriser à émettre des avis de prélèvement payable sur son compte ; le second, il le donne à sa banque pour l'autoriser à débiter son compte.

## **§2 : La responsabilité du banquier dans l'exécution de l'avis de prélèvement**

**745.** Selon l'article L. 133-8, III, le prélèvement est révocable « au plus tard à la fin du jour ouvrable précédant le jour convenu » pour le débit des fonds. La révocation après ce délai est sans effet. La révocation peut être faite aussi bien à l'endroit d'un avis de prélèvement donné que sur le prélèvement à venir<sup>1206</sup>. Le retard mis par le banquier dans l'enregistrement de révocation de l'autorisation engage la responsabilité contractuelle de la banque vis-à-vis de son client parce que ceci peut dénoter une négligence du banquier qui pourrait lui causer du préjudice.

**746.** Ensuite, le banquier doit rembourser au payeur, si l'autorisation donnée n'indiquait pas le montant exact de l'opération de paiement et si le montant de l'opération dépassait le montant auquel le payeur pouvait raisonnablement s'attendre en tenant compte du profil de ses dépenses passées<sup>1207</sup>. Ce qui signifie qu'en plus de droit de révocation, le client dispose également de la faculté de contester le débit fait sur son compte sur avis de prélèvement.

**747.** En tant que prestataire de service, le banquier en dehors de gestion de moyens de paiement peut être également amené à fournir d'autres services à l'instar des fournitures de renseignements commerciaux et financiers. C'est ce qui va faire l'objet du titre suivant.

---

<sup>1205</sup> [www.gsit.fr](http://www.gsit.fr), Glossaire, v° avis de prélèvement.

<sup>1206</sup> Com. 27 mars 2012, *Bull. civ.* IV, n° 65 ; *JCP G* 2012. 704, note Rodriguez; *D.* 2012. 944, note Delpech; *Banque et droit* juillet 2012.19, obs. Bonneau

<sup>1207</sup> Article L. 133-5 alinéa 1<sup>er</sup> du Code monétaire et financier.

## TITRE 2 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS LES SERVICES DE RENSEIGNEMENTS FINANCIERS ET COMMERCIAUX

**748.** Le banquier détient des informations sur ses clients. L'abondance des informations qu'il a en sa possession explique que certains de ses clients ou des tiers lui demandent des renseignements sur d'autres clients. Les demandes de renseignement ont surtout un rapport avec le fait que le banquier est un professionnel du crédit. Le droit de répondre à ces demandes est acquis dans son principe. Il correspond à l'un de ces usages dont le monde bancaire a l'apanage et que nul ne pense aujourd'hui à remettre en cause<sup>1208</sup>. Lorsqu'une entreprise étrangère veut par exemple entrer en relation avec une entreprise locale, la première cherche souvent à connaître la réputation dont la dernière jouit sur place. Le banquier de l'entreprise locale est le mieux indiqué pour lui fournir ces renseignements commerciaux et financiers étant donné que c'est lui qui tient son compte et lui octroie ou non du crédit. Il connaît de ce fait ces difficultés de paiement ou au contraire sa santé financière. La fourniture de ces renseignements de nature commerciale et financière peut toutefois être source de sa responsabilité et cela aussi bien vis-à-vis de la personne sur qui on demande des renseignements (Chapitre 1) que par rapport à la personne qui demande le service de renseignement (Chapitre 2).

---

<sup>1208</sup> CA Paris, 6 février. 1975, D 1975. 318, note J. Vézian, RTD com. 1975.345, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange.

## **CHAPITRE 1 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER A L'EGARD DE LA PERSONNE SUR QUI LES RENSEIGNEMENTS SONT DEMANDES**

**749.** La nature de la responsabilité du banquier vis-à-vis de son client par rapport à la fourniture de renseignement est tantôt délictuelle, c'est le cas lorsque le client agit contre le banquier par rapport aux renseignements fournis puisqu'il est en dehors du contrat qui lie le demandeur de renseignements et le banquier. Elle est tantôt contractuelle, lorsque le client a autorisé la fourniture de ces renseignements ou lorsqu'il reproche à son banquier le manquement à son obligation de confidentialité. Généralement, dans l'accomplissement de services de renseignements financiers et commerciaux, la responsabilité du banquier peut être recherchée pour cause de confidentialité des renseignements fournis (Section 1), ensuite elle peut l'être également pour cause d'inexactitude des renseignements fournis (Section 2) et enfin en raison du caractère diffamatoire des renseignements fournis (Section 3).

### **Section 1 : La responsabilité du banquier pour cause de confidentialité des renseignements fournis**

**750.** Parmi les obligations mises à la charge du banquier en tant que professionnel, il y a cette obligation de confidentialité<sup>1209</sup>. En effet l'article 81 de la loi n° 95-030 relative au contrôle et à l'activité des établissements de crédit prévoit que : « tout le membre du Conseil d'administration d'un établissement de crédit ou de l'organe en tenant lieu, toute personne qui à titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un tel établissement ou est employé par celui-ci, est tenu au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues à cet égard par le Code pénal ».

**751.** On a vu que le secret bancaire ne couvre pas tous les renseignements détenus par le banquier concernant un compte, il « ne s'étend pas à toutes les informations que les établissements bancaires seraient susceptibles de connaître dans le cadre de leur activité professionnelle, mais seulement à celles qui portent sur des renseignements confidentiels présentant un caractère précis, tels que la vie privé ou la fortune des particuliers »<sup>1210</sup>. Les informations sont dites confidentielles lorsque celles-ci « comprennent un degré de précision important »<sup>1211</sup>. Ainsi, le banquier qui communique à des tiers des renseignements présentant ce caractère de précisions commet une faute. Le banquier dans les services de fourniture de

---

<sup>1209</sup> Voir *Supra*, L'obligation de confidentialité p. 145 et s.

<sup>1210</sup>R. ROUTIER, op. cit., n° 511.11, p. 627.

<sup>1211</sup> CA Poitiers, 2 novembre 2005.

renseignement est ainsi tenu de s'abstenir de communiquer des données précises ou chiffrées et détaillés. Tel est le cas par exemple lorsqu'il communique des soldes ou des extraits de comptes, des ratios d'endettement, des demandes de report d'échéance, des incidents de paiement. Lorsque le banquier fournit des renseignements sur un client, afin de ne pas encourir l'action en responsabilité contractuelle pour manquement à son obligation de confidentialité ou d'une poursuite pénale pour violation du secret professionnel, le banquier doit faire preuve de mesure de réserve et d'objectivité<sup>1212</sup>. Il est tenu de se contenter de communiquer des données d'ordre général tel que la réputation dont la personne jouit sur la place, si le demandeur de renseignement est un tiers<sup>1213</sup> ou la régularité de ses paiements, ou, au contraire, la difficulté de ses échéances, voire le retour de chèques impayés, sans autre précision.<sup>1214</sup>.

## **Section 2 : La responsabilité du banquier pour cause d'inexactitude des renseignements fournis**

**752.** La fourniture de renseignements même d'ordre général mais inexacts est source de responsabilité pour le banquier. Dans ce cas, l'action n'est plus basée sur le manquement au devoir de discrétion mais à l'inexactitude de l'information. A partir du moment où le client arrive à prouver le lien de causalité entre la fourniture de renseignements inexacts et son préjudice, il peut engager la responsabilité du banquier. Mais dans ce cas, lorsque le client n'a pas autorisé la fourniture du renseignement le concernant, la responsabilité est délictuelle puisque le client est ici étranger au contrat de prestation de services de renseignements conclu entre le banquier et le tiers demandeur de renseignements. Force est cependant de constater qu'il est assez difficile d'apporter cette preuve de l'existence du lien de causalité. Ainsi par exemple, la demande basée sur l'information fautive selon laquelle une société aurait été en faillite a été rejetée par la Cour de cassation française au motif que cette information du moment où elle n'a été communiquée qu'à une personne physique et a seulement entraîné l'échec de l'opération envisagée par cette dernière ne ruine pas la réputation commerciale de l'entreprise et ne l'empêche pas de traiter des affaires<sup>1215</sup>.

---

<sup>1212</sup> CA Paris, 6 février 1975, précité.

<sup>1213</sup> Com. 5 février 1962, *Banque* 1962.269, note X. Marin, RTD com. 1962.451, obs. J. Becqué et H. Cabrillac.

<sup>1214</sup> J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.*, n° 177.

<sup>1215</sup> Com. 2 mai 1989, *Banque et droit* 1990, n° 9, janvier.-février 1990, p. 70, obs. J.-L. Guillot.

**753.** La responsabilité peut être contractuelle, lorsque c'est le client qui a autorisé le banquier à fournir ces renseignements aux tiers. Dans la plupart des cas, le banquier se couvre avec une clause de non responsabilité au cas où l'information donnée causerait un dommage au client qui a autorisé la fourniture de renseignement.

### **Section 3 : La responsabilité du banquier en raison du caractère diffamatoire des renseignements fournis**

**754.** La même difficulté de preuve existe ici comme dans le cas d'inexactitude de renseignements fournis puisque dans ces deux cas, le préjudice est souvent moral. Une information est dite diffamatoire lorsqu'elle est de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne sur laquelle les renseignements sont donnés. Un renseignement concernant un client peut être d'ordre général et exact mais diffamatoire. Dans ce cas, le banquier encourt aussi bien l'action en responsabilité délictuelle, que la poursuite pénale en diffamation ou injures.

**755.** La responsabilité du banquier peut être certes engagée à l'égard de la personne sur qui les renseignements sont demandés, mais elle peut l'être également à l'égard de celui qui demande les renseignements.

## CHAPITRE 2 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER A L'EGARD DU DEMANDEUR DE RENSEIGNEMENTS

**756.** Les renseignements peuvent être demandés par les clients eux-mêmes sur des informations purement commerciales ou financières qui s'apparentent plus à un conseil comme ils peuvent être demandés par un tiers. On doit souligner d'ores et déjà que dans le contrat de fourniture de renseignement, l'obligation du banquier est une obligation de moyens<sup>1216</sup>, de ce fait il appartient à la personne qui a demandé l'information de prouver la faute du banquier pour pouvoir engager sa responsabilité.

**757.** On rappelle que l'information à la différence du conseil consiste à transmettre une information objective<sup>1217</sup> c'est-à-dire une information qui est la même pour toute personne ayant la même qualité se trouvant dans le même cas. Dans la convention d'ouverture de crédit, le banquier est tenu de cette obligation, aussi le manquement à cette obligation est de nature à engager la responsabilité contractuelle du banquier vis-à-vis de son client.

**758.** Mais des renseignements peuvent également être demandés par les tiers. Si on part de l'idée que le contrat est par principe consensuel, c'est-à-dire qu'il se forme par le seul accord de volonté sans exigence de forme, le banquier qui répond à la demande de renseignements par un tiers aurait conclu un contrat de fourniture de renseignements avec ce tiers. En présence de rémunération en contrepartie du service, le problème ne se pose pas. La difficulté surgit lorsque ces renseignements sont fournis gratuitement c'est-à-dire à titre d'assistance bénévole. Certains auteurs voient dans l'assistance bénévole un contrat<sup>1218</sup>. Le tribunal de Paris a décidé qu'un banquier engage sa responsabilité délictuelle s'il a communiqué des renseignements inexacts à un tiers, candidat prêteur, sur la situation financière d'un emprunteur potentiel<sup>1219</sup>. Il est cependant important d'admettre que ce cas se présente rarement. La plupart de temps, la fourniture de renseignements se base sur un contrat.

**759.** Quoi qu'il en soit, en fournissant des informations, qu'il s'agisse d'un tiers ou d'un client, le banquier en tant que professionnel doit se montrer prudent et fournir des informations exactes. Il doit accomplir toutes les diligences pour fournir les renseignements

---

<sup>1216</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op.cit.*, n° 810, p. 778.

<sup>1217</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, n° 186, p. 187.

<sup>1218</sup> J. HUET, thèse préc., n° 136 et s. Pascalini p.7.

<sup>1219</sup> T. com. Paris, 11 janv. 1994, *Dr. sociétés* 1994, no 204, obs. Y. Chaput.

demandés tout en s'assurant de l'exactitude de l'information donnée. En cas d'incertitude sur l'exactitude de renseignements fournis, il doit en faire part à son client<sup>1220</sup>.

**760.** Lorsque la fourniture de renseignement se base sur un contrat, étant donné que l'obligation du banquier est une obligation de moyens, il appartient à la personne qui se prétend être victime d'apporter la preuve que le banquier a manqué à la diligence nécessaire afin de fournir des informations exactes. Le demandeur d'information argue souvent dans ce cas que s'il avait été correctement informé, il aurait su que la personne à propos de laquelle les renseignements avaient été demandés était dans une situation difficile et se serait abstenu d'agir au lieu de contracter avec elle. Le lien de causalité est relativement facile à prouver dans ce cas si le demandeur n'a pas déjà contracté avec la personne au moment où il a interrogé l'établissement de crédit<sup>1221</sup>.

**761.** Ensuite, toujours lorsqu'il s'agit d'un contrat, le banquier peut insérer dans ce contrat une clause de non-responsabilité pour s'exonérer de toute responsabilité en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de son obligation ou une clause de limitation de responsabilité afin de limiter les conséquences de son manquement.

**762.** Telles sont les questions qui concernent le service de renseignements fourni par le banquier, il est maintenant important de se focaliser sur le service de coffre-fort.

---

<sup>1220</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, n° 811, p. 779.

<sup>1221</sup> Com. 5 févr. 1962 précité.

### **TITRE 3 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS LE SERVICE DE LOCATION DE COFFRE-FORT**

**763.** La nature juridique du contrat de location de coffre-fort suscite de nombreuses controverses, certains auteurs pensent que cette discussion n'a aucun intérêt<sup>1222</sup>, d'autres pensent le contraire<sup>1223</sup>. De notre côté, nous pensons que parler un peu de l'existence de ces controverses sans pour autant s'y éterniser puisque tel n'est pas l'objet principal de cette recherche, est la meilleure position afin de parvenir à une bonne analyse de ce thème. Aussi, allons-nous survoler ces controverses d'abord (chapitre 1) avant d'étudier les obligations du banquier en matière de location de coffre-fort (chapitre 2).

#### **CHAPITRE 1 : LES CONTROVERSES DOCTRINALES SUR LA NATURE DE LA LOCATION DE COFFRE-FORT**

**764.** Plusieurs qualifications ont été proposées par les auteurs. Certains défendent l'idée selon laquelle la location de coffre-fort est un contrat de louage (A), d'autres soutiennent la qualification du contrat de dépôt (B) et d'autres enfin pense que c'est un contrat de garde (C).

##### **A- La location de coffre-fort, un contrat de louage ?**

**765.** La location de coffre-fort est un « contrat par lequel un établissement de crédit met à la disposition du client un coffre-fort afin que celui-ci y dépose des objets ou valeurs pour les conserver en sécurité »<sup>1224</sup>. Comme son nom l'indique, la première qualification qui vient à l'esprit est que la location de coffre-fort est un contrat de louage. Un contrat de louage au sens de l'article 1709 et suivants du Code civil consiste à mettre à disposition d'un locataire une chose pour que ce dernier puisse en jouir paisiblement.

Certes dans la location de coffre-fort, le banquier met à la disposition du client le compartiment afin qu'il puisse y déposer ses objets de valeurs, mais l'obligation de

---

<sup>1222</sup> COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2008, n° 809.

<sup>1223</sup> S. PIEDELIEVRE et M. PUTMAN, *op.cit.*, n° 780 et s., p. 746 à 748.

<sup>1224</sup> T. BONNEAU, *op.cit.*, n° 923, p. 672.

surveillance qui apparaît comme une obligation essentielle<sup>1225</sup> dans la location de coffre-fort est accessoire<sup>1226</sup> dans un contrat de louage de droit commun.

En outre, la jouissance de la chose n'est pas directe comme dans le contrat de louage. Dans la location de coffre-fort, l'accès au coffre nécessite l'intervention du banquier.

Eu égard à ces arguments<sup>1227</sup> et à la position de la Cour de cassation<sup>1228</sup>, la qualification de contrat de louage semble être écartée en matière de location de coffre-fort. Selon les termes de la décision de la Cour d'appel de Paris du 19 avril 1984<sup>1229</sup> : « le contrat dit de coffre-fort, appelé couramment mais improprement contrat de location de coffre-fort, est un contrat de nature plus complexe qu'un simple contrat de louage... ».

## **B- La location de coffre-fort, un contrat de dépôt ?**

**766.** La deuxième qualification est celle du contrat de dépôt. Le contrat de dépôt se définit rappelons-le comme « un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui à la charge de la garder et de la restituer en nature »<sup>1230</sup>.

Dans la location de coffre-fort, les objets sont déposés par le client et le banquier ignore même ce qu'ils contiennent. Selon les tenants<sup>1231</sup> de cette qualification, le fait que le banquier ignore le contenu de la chose déposée n'est pas un obstacle à la qualification du contrat de dépôt puisque l'article 1931 prévoit cette possibilité en prévoyant que le dépositaire « ne doit point chercher à connaître quelles sont les choses qui lui ont été déposées, si elles lui ont été confiées dans un coffre fermé ou sous une enveloppe cachetée ».

Quant au fait que c'est le client lui-même qui dépose la chose, le banquier ne la « reçoit » pas, ils arguent qu'il a toujours été admis dans le contrat de dépôt que le déposant puisse lui-même placer l'objet à l'endroit où il doit être gardé par le dépositaire. Selon S.

---

<sup>1225</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 1957, *Bull. civ. I*, n° 226; *RTD civ.* 1957, obs. Carbonnier, Civ. 1<sup>re</sup>, 15 novembre 1988, *Bull. civ. I*, n° 318; *D.*, 1989. 349, note Delebecque; *RTD com.*, 1989. 285, obs. Cabrillac et Teyssié; *RD bancaire*, 1989.63, obs. Crédot et Gérard; *RJ com.*, 1989.107, obs. Gallet.

<sup>1226</sup> T.BONNEAU, *op.cit.*, n° 923, p. 673.

<sup>1227</sup> En ce sens, voir P. MALAURIE et L. AYNES, *Les contrats spéciaux*, 8<sup>e</sup> éd. 1994-1995, Cujas, n° 868, p. 477.

<sup>1228</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 2 juin 1993, *Bull. civ. I*, n° 197, p. 136; *Com.*, 11 octobre 2005, *Bull. civ. IV*, n° 206, p. 222; *Banque et droit* n° 105, janvier – février 2006. 62, obs. Bonneau; *RD bancaire et financier* n° 6, novembre-décembre 2005 n° 1897, note F.-J. Crédot et Y. Gérard; *Contrats, Concurrence, Consommation* février 2006 n° 19, note Leveneur; *RTD com.* 2006.177, obs. Legeais.

<sup>1229</sup> Paris, 19 avril 1984, *JCP E* 1985, II, 14491, obs. Prévault.

<sup>1230</sup> Article 1915 du Code civil français.

<sup>1231</sup> HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, n° 33116; S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, n° 780, p. 747.

PIEDELIEVRE et E. PUTMAN la qualification de dépôt est plus adaptée « puisque l'article 1928 permet d'apprécier plus sévèrement la responsabilité du dépositaire professionnelle »<sup>1232</sup>.

### C- La location de coffre-fort, un contrat de garde ?

**767.** Vu que l'obligation essentielle du banquier en matière de location de coffre-fort est la surveillance de la chose, une partie de la doctrine<sup>1233</sup> ainsi que la jurisprudence<sup>1234</sup> voient dans ce service un contrat de garde. Dans ce contrat de garde le banquier est tenu d' « une obligation particulière de surveillance et le devoir de prendre toute mesure nécessaire pour assurer, sauf impossibilité majeure, la sauvegarde du coffre et des objets qu'il contient »<sup>1235</sup>.

**768.** On a décidé de traiter ce contrat dans la partie qui traite la responsabilité du banquier en tant que prestataire de service et non dans la partie où le banquier agit en tant que dépositaire puisqu'à notre sens, la location de coffre-fort s'analyse plus en un contrat *suus generis* de prestation de service qu'un contrat de dépôt. Ce, parce que contrairement au contrat de dépôt, ce n'est pas tant la garde à charge de restitution qui importe, c'est surtout la surveillance de la chose gardée. Aussi, si on doit qualifier le contrat de location de coffre-fort, la qualification de contrat de garde apparaît la plus adaptée.

**769.** Pour conclure sur ces controverses, on citera cette phrase de T. BONNEAU : « la discussion paraît toutefois présenter peu d'intérêt dans la mesure où la doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur le contenu du contrat de location de coffre-fort »<sup>1236</sup>.

**770.** Maintenant que cette question de controverses quant à la nature de la location de coffre-fort soit élucidée, on va étudier les obligations du banquier dans ce contrat.

---

<sup>1232</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, n° 780, p. 748.

<sup>1233</sup> RIPERT et ROBLOT par DELEBECQUE et GERMAIN, *Traité de droit commercial*, t. 2, n° 2478 ; Tunc, note sous . Req., 11 février 1946, D. 1946.345.

<sup>1234</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 2 juin 1993, précité.

<sup>1235</sup> Req., 11 février 1946, précité.

<sup>1236</sup> T. BONNEAU, *op. cit.*, n° 924, p. 674.

## CHAPITRE 2 : LES OBLIGATIONS DU BANQUIER EN MATIERE DE LOCATION DE COFFRE-FORT

**771.** La location de coffre-fort existe à Madagascar mais seulement dans les agences qui se trouvent dans la capitale<sup>1237</sup>, cela peut être dû au fait que pour assurer ce contrat, le banquier doit déployer des moyens trop onéreux pour assurer la sécurité du coffre par rapport à la rémunération qu'il perçoit en contrepartie du service fourni. En effet, la location de coffre-fort sert plus à attirer et à fidéliser la clientèle qu'à en tirer directement profit par le biais de la commission demandée qui est relativement basse par rapport aux autres services proposés par le banquier<sup>1238</sup>. L'obligation principale du banquier en matière de location de coffre-fort est l'obligation de surveillance (section 1), cette obligation qui a une conséquence très sévère sur la responsabilité du banquier peut faire l'objet d'aménagements contractuels (section 2) et elle est susceptible d'être perturbée par l'intervention d'un tiers dans certaines conditions (section 3).

### Section 1 : L'obligation de surveillance due par le banquier

**772.** En quoi consiste cette obligation de surveillance ? Quelles sont les obligations dérivées de cette obligation de surveillance ? Cette obligation est-elle une obligation de moyen ou une obligation de résultat ? Telles sont les questions qui se posent ici. La location de coffre-fort étant un contrat par lequel un établissement de crédit met à la disposition du client un coffre-fort afin que celui-ci y dépose des objets ou valeurs pour les conserver en sécurité, la principale obligation du banquier est celle d'assurer la sécurité des objets déposés dans le coffre-fort. Afin d'y parvenir le banquier est tenu d'une « obligation particulière de surveillance et le devoir de prendre toute mesure nécessaire pour assurer ; sauf impossibilité majeure, la sauvegarde du coffre et des objets qu'il contient »<sup>1239</sup>. La surveillance se manifeste sous deux aspects principaux, d'une part le banquier est tenu de contrôler l'accès au coffre (A), d'autre part il doit assurer la sécurité du contenu du coffre (B).

---

<sup>1237</sup> Par exemple, la banque BNI existe dans tous les chefs lieux des ex-provinces, mais seule la BNI qui se trouve à Antananarivo qui propose le service de location de coffre-fort à ses clients.

<sup>1238</sup> J. VEZIAN, *op. cit.* n°293, p. 211.

<sup>1239</sup> Req. 11 février 1946, précité.

## A- L'obligation de contrôler l'accès au coffre

**773.** Afin d'assurer la sécurité du coffre, le banquier doit contrôler l'accès au coffre. Pour ce faire, la première chose qu'il doit faire c'est de vérifier l'identité de la personne qui se présente pour accéder au coffre. Il doit vérifier si la personne est le titulaire du coffre, ou à défaut, si la personne agit au nom et pour le compte d'une autre personne physique ou morale, il vérifiera le pouvoir de cette personne<sup>1240</sup>. Le fait que la personne qui demande l'accès au coffre soit munie de la clé ne dispense pas le banquier de cette obligation de vérification d'identité. En effet, il a été jugé que commet une faute, le banquier qui avait laissé entrer un salarié du déposant muni de la clé du coffre seulement parce que le banquier avait souvenir que cette personne accompagnait parfois le fondé de pouvoir du déposant<sup>1241</sup>.

Le banquier n'est pas tenu de tenir un registre des accès au coffre<sup>1242</sup>. Cependant, cette absence de registre combiné avec d'autre manquement peut permettre de retenir la responsabilité du banquier<sup>1243</sup>.

**774.** Il est enfin à noter que l'obligation du banquier dans le contrôle de l'accès au coffre est une obligation de moyens<sup>1244</sup>. Pour engager sa responsabilité, le client doit prouver l'existence d'une faute qui lui est imputable, c'est-à-dire lorsque le client arrive à prouver que le banquier a manqué aux obligations qu'un banquier normalement avisé devait accomplir<sup>1245</sup>.

## B- L'obligation d'assurer la sécurité du contenu du coffre

**775.** La deuxième obligation qui dérive de celle de surveillance est l'obligation pour le banquier d'assurer la sécurité du contenu du coffre. Il protège les objets se trouvant dans le

---

<sup>1240</sup> Civ.1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> décembre 1955, *Bull.civ. I*, n° 439 ; *RTD com.* 1956.297, obs. Becqué et Cabrillac ; Com. 15 janvier 1985, *Banque* 1985.641, obs. Rives-Lange ; *RTD com.* 1985.546, obs. Cadrillac et Teyssié.

<sup>1241</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 15 novembre 1988, *Bull.civ. I*, n° 318, *D.*, 1989.349, note Delebecque ; *RTD com.* 1989.285, obs. Cabrillac et Teyssié ; *RD bancaire*, 1989.63, obs. Crédot et Gérard ; *RJ com.*, 1989.107, obs. Gallet : « le contrat de coffre-fort faisant naître à la charge du banquier une obligation particulièrement stricte de surveillance qui lui fait un devoir de vérifier si celui qui se présente, fut-il muni de la clef du coffre, est habilité à y avoir accès ».

<sup>1242</sup> Paris, 17 mars 1986, *D.* 1987. somm. 304, obs. Vasseur ; *RTD com.*, 1987.562 ; obs. Cabrillac et Teyssié.

<sup>1243</sup> TGI Paris, 9<sup>e</sup> ch., 13 février 1992, *BICC* 1<sup>er</sup> août 1992, p.32 : le banquier ne tient aucun livre, en plus il ne vérifie pas l'identité de ceux qui se présentent, ce qui signifie que le banquier laisse un individu indéterminé et sans aucun pouvoir à ouvrir le coffre.

<sup>1244</sup> Meunier, « le contrôle de l'accès aux coffres-forts : une obligation de moyens », *Banque et droit*, 1990.218.

<sup>1245</sup> Com. 22 octobre 1991, *Rév. Banque* 1992, p. 101, obs.J.-L. Rives-Lange ; *RD bancaire et bourse* 1992, p. 57, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; *JCP E* 1992, I, 159, obs. C. Gavaldà et Stoufflet : ne commet pas de faute le banquier qui laisse accéder au coffre d'une cliente en instance de divorce son mari muni d'une procuration et d'une autorisation d'effraction pour perte de la clef d-s lors que ces pièces, même fausses, sont parfaitement imitées et qu'aucun élément extérieur n'est de nature à éveiller la méfiance du banquier qui aurait justifié le refus d'accès au coffre.

coffre contre le vol ou la détérioration. Comme le banquier est tenu d'une « obligation particulière de surveillance et le devoir de prendre toute mesure nécessaire pour assurer, sauf impossibilité majeure, la sauvegarde du coffre et des objets qu'il contient »<sup>1246</sup>, cela signifie que dans l'accomplissement de son obligation d'assurer la sécurité du contenu du coffre, il est tenu d'une obligation de résultat parce qu'il ne peut s'exonérer de sa responsabilité qu'en prouvant la force majeure ou la faute de la victime<sup>1247</sup>. Ce qui est une solution assez sévère car si on s'en tient au fait que c'est un contrat de garde, le contrat de garde en général ne contient qu'une obligation de moyens<sup>1248</sup>. La solution est plus sévère en matière de coffre-fort parce que les clients placent ces objets dans un coffre-fort justement pour cette sécurité-là, il y met ces objets de valeur pour se mettre à l'abri du vol et de détérioration, implicitement, c'est ce résultat qu'ils cherchent et non de simple moyens que le banquier essaierait de faire pour arriver à ce résultat espéré. En cas de vol ou de détérioration du contenu du coffre, le banquier est présumé responsable, il ne peut s'exonérer qu'en démontrant la force majeure ou la faute de la victime.

Le banquier arrive rarement à s'exonérer puisque des cas les plus extrêmes tels que les guerres ou les *hold-up* n'ont pas été retenus par la jurisprudence comme une force majeure. La force majeure étant un événement irrésistible, imprévisible, insurmontable et extérieur à la victime, ces faits sont prévisibles, le banquier aurait dû se parer contre ces éventualités. La jurisprudence ajoute que la responsabilité du banquier est engagée même si les objets déposés dans le coffre appartiennent à un tiers<sup>1249</sup>.

**776.** Le problème se pose quant à la question de prouver le contenu du coffre, étant donné le caractère secret que revêt ce contenu. Comme le banquier ignore quels sont les objets déposés dans le coffre, il appartient au client de prouver l'existence de la chose volée ou détériorée mais en plus il doit prouver que cette chose se trouvait dans le coffre au moment où le vol ou la détérioration a eu lieu<sup>1250</sup>. Si l'existence de l'objet peut facilement être prouvée par un titre de propriété ou une facture d'achat, prouver avec certitude la présence de cette

---

<sup>1246</sup> Req., 11 février 1946, précité.

<sup>1247</sup> Com. 15 janvier 1985, *Bull.civ.* IV, n° 23, p. 18 ; *D.* 1985.IR 344, obs. Vasseur ; *RTD com.* 1985, obs. Cabrillac et Teyssié ; *Banque* 1985.641, obs. J.-L. Rives-Lange.

<sup>1248</sup> L. Barissat et B. Boudevin, « La responsabilité du banquier en matière de coffre-fort », *Les Echos* n° 17184 du 09 Juillet 1996, p. 41.

<sup>1249</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mars 1989, *Bull. civ.* I, n° 142, p. 94 ; *JCP E* 1990, II, 15822, *JCP G*, II, 21415, note Putman et Sollety ; *RTD com.* 1989. 704, obs. Cabrillac et Teyssié.

<sup>1250</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 5 juillet 1988, *Banque* n° 487, octobre 1988. 1058, obs. J.-L. Rives-Lange ; *RTD com.* 1985.105, obs. cabrillac et Teyssié ; *D.* 1989 somm.com. 331, obs. Vasseur.

chose au moment où le préjudice est arrivé semble sinon impossible est assez difficile. Les juges du fond part donc des témoignages, des indices etc. pour indemniser le client.

777. Puisque le banquier ne connaît pas le contenu du coffre, la plupart du temps, il cherche à limiter sa responsabilité en insérant dans le contrat de location de coffre-fort des clauses de limitation de responsabilité.

## Section 2 : Les aménagements conventionnels

778. L'article 180 de la LTGO édicte que « Sauf dans les cas où la loi l'interdit, les parties peuvent étendre ou limiter par avance leur responsabilité contractuelle. Elles peuvent notamment restreindre les cas de responsabilité du débiteur, convenir qu'il prendra à sa charge les conséquences d'une force majeure et du fait d'un tiers présentant ou non le caractère de force majeure, ou réduire le montant des dommages-intérêts auxquels le débiteur pourra être tenu ». Dans le contrat de location de coffre-fort, afin de limiter la responsabilité du banquier, les parties peuvent prévoir des clauses limitatives de responsabilité.

779. Cependant, l'article 181 de la LTGO précise qu' « on ne peut s'exonérer par avance ni de toute responsabilité, ni des conséquences de la faute lourde ou du dol imputables tant à soi-même qu'aux personnes dont on répond ». Dans le droit malgache, il est ainsi prohibé d'insérer une clause d'irresponsabilité ou d'exonération de responsabilité. Le banquier peut limiter sa responsabilité mais ne peut pas s'exonérer de sa responsabilité par convention. Ce qui équivaldrait à la règle en droit français qui consiste à prévoir que les clauses limitatives de responsabilité ne peut avoir pour objet d'écarter l'obligation essentielle du contrat. En effet, « en raison du manquement à [une] obligation essentielle, la clause limitative de responsabilité du contrat, qui [contredit] la portée de l'engagement pris, [doit] être réputée non écrite »<sup>1251</sup>. Ici donc, les clauses qui exonèrent le banquier de son obligation de surveillance sont déclarées nulles<sup>1252</sup>. Ce, parce que l'obligation essentielle dans le contrat de location de coffre-fort n'est pas la mise à disposition d'un compartiment, auquel cas on serait en présence d'une simple location, mais la surveillance de la chose déposée dans le

---

<sup>1251</sup> Com.22 octobre 1996, *Bull.civ. IV*, n° 261 ; *D.* 1997.Jur. 12&, note A. sériaux ; *ibid.* Somm. 175, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1997.418, obs. J. Mestre ; *JCP G* 1997. II. 22881, note D. Cohen ; *JCP E* 1997, n° 12, p. 49, note K. Adom ; *Gaz.Pal.* 16 août 1997, n° 238, p. 12, note R. Martin ; *CCC* 1997, comm. N° 24, obs. L. Leveneur ; *Defrenois* 1997, 333, obs. D. Mazeaud.

<sup>1252</sup> J. VEZIAN, *op.cit.*, n° 309, p. 218; Req. 24 juin 1929, S., 1930.1.6.

coffre. C'est pour cette raison que le contrat de coffre-fort est qualifié de contrat de garde et non de contrat de location.

**780.** Ensuite, les clauses limitatives de responsabilité permettent au banquier de s'exonérer des fautes légères, mais pas de fautes lourdes. C'est sur cette base que la Cour de cassation a jugé fautif le banquier qui a donné accès au salarié du déposant muni d'une clé au coffre simplement parce qu'il l'a vu parfois accompagner le fondé de pouvoir du déposant<sup>1253</sup>. Les juges ont même écarté la clause qui avait pour objet de plafonner l'indemnisation dans l'arrêt.

**781.** En France, la commission des clauses abusives du 21 novembre 1986<sup>1254</sup> recommande en plus que soient éliminées des contrats de location de coffre-fort : la clause qui vise à exonérer le professionnel de toute responsabilité en cas d'effraction du coffre loué, celle limitant le montant de la réparation du préjudice subi en cas d'effraction sans offrir au consommateur la possibilité de couvrir pleinement ce risque par une majoration de la redevance contractuelle et enfin celle qui vient limiter la réparation due au consommateur si le sinistre est dû à une faute lourde.

**782.** Le banquier peut aussi à côté des clauses limitatives de responsabilité proprement dites prévoir des clauses qui limitent le contenu du coffre-fort afin de limiter le montant de son indemnisation en cas de survenance de vol ou de détérioration<sup>1255</sup>. Dans ce cas, les parties conviennent dans le contrat que le client ne dépose pas des objets excédant une valeur définie dans ce contrat. Dans ce cas, si nonobstant cette clause, le client y dépose quand même des objets dont la valeur est supérieure à la limite prévue par le contrat, le banquier sera exonéré de la responsabilité du montant excédent celui qui y est prévu<sup>1256</sup>. Ce, parce qu'en mettant des objets excédant la valeur convenue c'est le client qui commet une faute et non le banquier.

**783.** Telles sont les obligations que le banquier doit au locataire d'un coffre-fort avec les aménagements conventionnels que les parties peuvent conclure. Dans le contrat de location de coffre-fort, comme dans le contrat de dépôt de fonds, des circonstances peuvent survenir de sorte que des tiers puissent avoir intérêt à saisir le contenu du coffre-fort. Etant

---

<sup>1253</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 15 novembre 1988, précité.

<sup>1254</sup> CCA, recommand. n° 87-01, 21 novembre 1986, relative aux contrats de location de coffres-forts, *BOCCRF* 2à mars 1987.

<sup>1255</sup> Com. 22 mai 1991, n° 88-13.700.

<sup>1256</sup> Com. 22 mai 1991, *Banque*, 1991.759, obs. J.-L. Rives-Lange ; *RD bancaire*, 1991.194, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard.

donné ses obligations et eu égard au caractère secret du contenu de coffre-fort, comment le banquier doit-il se comporter face à ces circonstances ?

### **Section 3 : L'intervention des pouvoirs publics et la saisie des objets déposés dans un coffre-fort**

#### **§1 : L'intervention des pouvoirs publics**

**784.** Malgré le fait que le contenu du coffre-fort doit être mis en sécurité et inconnu par le banquier, les pouvoirs publics peuvent intervenir et apporter des tempéraments à cette sécurité du coffre-fort qui n'est pas toujours absolue. Cette intervention peut se faire par le biais de l'administration des douanes (A) ou bien celle du fisc (B).

#### **A- La sécurité du coffre-fort face à l'administration des douanes<sup>1257</sup>**

**785.** En principe, le client ne doit pas déposer dans le coffre-fort des objets dangereux ou ceux qui sont prohibés. Si la détention de la chose est réglementée, il appartient au client de faire les déclarations nécessaires<sup>1258</sup>.

**786.** Toutefois, en raison du fait que le banquier n'a pas le droit de demander le contenu du coffre, il peut arriver que le client viole la règle ci-dessus énoncée et utilise le coffre-fort pour cacher des objets prohibés. Dans ce cas, le banquier ne peut être tenu pour responsable parce qu'il ne connaît pas le contenu du coffre, le client assume seul sa responsabilité.

**787.** Pour rechercher et constater les infractions douanières, l'administration des douanes peut demander l'ouverture du coffre<sup>1259</sup>. En effet, les agents des douanes peuvent procéder à des visites en tous lieux, même privés, où les marchandises et documents se rapportant à ces délits sont susceptibles d'être détenus et procéder à leur saisie quel qu'en soit le support. Ces visites sont possibles à condition que les agents qui sont spécialement habilités à l'effectuer soient accompagnés d'un officier de police judiciaire, et que la visite soit autorisée par une

---

<sup>1257</sup> V. Article 46 du Code des douanes de 2015 : « Pour l'application des dispositions du présent Code et en vue de la recherche de la fraude, les agents des douanes peuvent procéder à la visite des marchandises, des moyens de transport et des personnes que ce soit au bureau dans le rayon ou en n'importe quel point du territoire ».

<sup>1258</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op.cit.*, n° 782, p. 749.

<sup>1259</sup> Trib. Bordeaux, 9 octobre 1984, *D.* 1985. Jur. 67, note J. Lamarque.

ordonnance du président du Tribunal de la première instance<sup>1260</sup>. En l'absence de ces conditions, le banquier ne doit pas donner accès à l'administration douanière l'accès au coffre, sinon, la banque engage sa responsabilité vis-à-vis du locataire.

### **B- La sécurité du coffre-fort et l'administration fiscale**

**788.** Comme dans le cas de l'administration des douanes, le législateur prévoit pareillement à l'endroit de l'administration fiscale la faculté d'effectuer des visites en tous lieux lorsqu'il y a présomption de soustraction aux impôts faite par le contribuable afin d'en rechercher la preuve<sup>1261</sup>. Cette visite doit faire l'objet d'une autorisation du juge et faite par un agent ayant le pouvoir de la faire.

**789.** En dehors de ces deux cas, l'administration n'a aucun droit à l'ouverture du coffre-fort. Une vérification des documents comptables ne peut par exemple pas donner lieu à l'autorisation de l'ouverture du coffre car « le vérificateur ne [tient] d'aucune disposition législative le droit de procéder à une telle investigation »<sup>1262</sup>.

### **§2 : La saisie des objets déposés dans un coffre-fort**

**790.** Le banquier peut aussi être obligé de donner accès au coffre-fort à un tiers dans le cadre des voies d'exécution. Que la saisie soit une saisie conservatoire ou une saisie-exécution, le banquier pour ne pas engager sa responsabilité doit vérifier certaines conditions avant de donner accès au coffre-fort.

La première condition est qu'il faut que la saisie soit signifiée au banquier par un acte d'huissier. Tout autre acte à l'instar de titre de créance, de notification ... n'est pas accepté.

Le banquier doit ensuite vérifier que cet acte d'huissier remplisse les conditions légales c'est-à-dire qu'il contienne les mentions obligatoires telles le nom, le domicile du débiteur<sup>1263</sup> et la référence du titre en vertu duquel la saisie est pratiquée.

Et enfin, le banquier ne doit permettre l'accès au coffre qu'en présence d'un huissier. A partir du moment où le banquier reçoit la signification, il est tenu de refuser tout accès au

---

<sup>1260</sup> Article 52 du Code des douanes de 2015.

<sup>1261</sup> Article 20.06.01 du Code Général des Impôts.

<sup>1262</sup> CE 7<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> S<sup>s</sup> sect., 25 avril 1990, *JCP E* 1991, 19924.

<sup>1263</sup> Dénomination et siège social s'il s'agit d'une personne morale.

coffre même par le locataire lui-même en l'absence d'un huissier. Et le non-respect de cette interdiction par le banquier lui fait encourir une action en responsabilité.

Le banquier qui donne accès au coffre conformément à ces conditions n'engage pas sa responsabilité vis-à-vis du client locataire. Dans ce cas, il n'a pas manqué à son obligation d'assurer la sécurité du coffre.

**791.** L'analyse de la responsabilité du banquier en matière de coffre-fort terminée, on va présentement continuer avec la responsabilité du banquier dans les opérations autres que la garde du titre sur les valeurs mobilières.

## **TITRE IV : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS LES OPERATIONS AUTRES QUE LA GARDE DU TITRE SUR LES VALEURS MOBILIERES**

**792.** On a exclu de cette partie la garde des titres puisque, cette étude, on l'a déjà fait dans la première partie concernant la responsabilité du banquier dépositaire<sup>1264</sup>. En effet, le contrat de garde des titres est analysé comme un contrat de dépôt alors que les autres services proposés par le banquier en matière de valeurs mobilières sont en principe analysés comme des contrats de prestation de services d'où le choix du plan. Dans les opérations sur les valeurs mobilières, la responsabilité du banquier peut être mise en jeu dans l'opération de l'émission et de souscription de valeurs mobilières (Chapitre 1) ainsi que dans le contrat de gestion de portefeuille du client (Chapitre 2).

### **CHAPITRE 1 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER EN MATIERE D'EMISSION ET DE SOUSCRIPTION DE VALEURS MOBILIERES**

**793.** Le mécanisme se présente comme suit : une société<sup>1265</sup> émet des valeurs mobilières au moment de sa constitution ou au moment de l'augmentation de son capital ou lors de l'émission des emprunts obligataires. Cette société va recourir au service d'un banquier pour faire souscrire ces actions ou ces obligations. Le banquier va ainsi agir au nom et pour le compte de la société émettrice face au souscripteur. Ce banquier va donc avoir une relation d'une part avec la société émettrice (Section 1) et d'autre part avec le souscripteur (Section 2).

#### **Section 1 : La responsabilité du banquier à l'égard de la société émettrice**

**794.** La société émettrice et le banquier sont liés par un contrat, ce qui signifie qu'en cas de manquement aux obligations prévues par le contrat, la responsabilité du banquier est de nature contractuelle. Il est à noter que, comme dans tout contrat bancaire, le banquier n'a aucune obligation d'accepter de conclure le contrat sur les valeurs mobilières avec la société émettrice, il garde sa liberté contractuelle.

---

<sup>1264</sup> Voir *Supra*, La responsabilité du banquier dans le contrat de dépôt de titres, p. 173 et s.

<sup>1265</sup> En droit malgache, les sociétés de capitaux sont la Société Anonyme (article 407 et suivants de la Loi n° 2003-036 du 30 janvier 2004 sur les sociétés commerciales) et la Société en Commandite par Action (article 876 et suivants de la même loi) ce qui signifie que seules ces sociétés peuvent émettre des valeurs mobilières.

**795.** L'obligation mise à la charge du banquier et corollairement sa responsabilité dépend des stipulations contractuelles des parties. Tantôt le banquier ne fait que prêter ses guichets pour recevoir les souscriptions, tantôt il s'engage à placer les titres dans le public, tantôt il prend un engagement ferme sur toute ou partie des valeurs mobilières émises.

**796.** Lorsque le banquier agit en simple domiciliataire, au moment de la conclusion du contrat entre le banquier et la société émettrice, le banquier s'engage à mettre à la disposition de la société ses guichets. Ces guichets servent simplement à recevoir les souscriptions. Accessoirement, le banquier peut recommander les titres au public. Il n'a pas à donner au souscripteur des conseils.

**797.** Lorsque le banquier s'engage à placer les titres dans le public, il agit en tant que mandataire de la société émettrice et agit au nom et pour le compte de celle-ci. Dans l'exécution de son engagement, il n'a pas toutefois le droit de faire un colportage puisque celui-ci est en principe interdit. Le colportage se définit comme le fait de se rendre « au domicile ou à la résidence des personnes ou sur leurs lieux de travail ou dans les lieux publics pour offrir ou acquérir des valeurs mobilières avec livraison immédiate de titres et paiement immédiat total ou partiel sous quelque forme que ce soit »<sup>1266</sup>. Ces activités, lorsque la banque les effectue au sein même de son établissement et dans les conditions où elles sont normalement effectuées ne sont pas prohibées. A côté du colportage on a ce qu'on appelle le démarchage qui consiste à se rendre habituellement au domicile ou à la résidence ou sur les lieux de travail des personnes ou à envoyer de lettres, circulaires ou communications téléphoniques, mais seulement, l'établissement de crédit le fait dans le but de conseiller la souscription, l'achat, l'échange ou la vente des valeurs mobilières. Et à la différence du colportage, le démarchage sur les valeurs immobilières n'est pas interdit mais strictement règlementé<sup>1267</sup>.

**798.** Il arrive également dans le fait pour l'établissement de crédit de s'engager dans le placement des valeurs mobilières dans le public, de garantir la société émettrice ou même s'engager à acheter le reste s'il n'arrive pas à les placer toutes. Dans ce cas, le banquier se porte acheteur pour le reste des valeurs mobilières et reste mandataire pour celles qu'il a pu vendre.

---

<sup>1266</sup> Article L. 342-1 du Code monétaire et financier.

<sup>1267</sup> Article 342-2, I du Code monétaire et financier.

**799.** Il peut même se présenter que dès la conclusion du contrat, le banquier s'engage à acheter toute ou partie des valeurs mobilières émises par une société. Ici, il s'agit d'un engagement ferme de la part du banquier. Cet engagement peut prendre différentes formes.

Elle peut se faire par exemple par le biais du mécanisme de portage<sup>1268</sup>. Le portage consiste en une opération par laquelle « un porteur, un établissement de crédit, sur la demande d'un donneur d'ordre, s'engage à acheter des actions et à les revendre dans un certain délai et dans des conditions prédéterminées au donneur d'ordre ou à un tiers désigné »<sup>1269</sup>. Le fait que le banquier revend ces actions dans les conditions prédéterminées dans la convention de portage et non par rapport aux aléas sociaux a suscité des discussions quant à la possibilité d'une éventuelle existence de clauses léonines<sup>1270</sup> puisque le banquier ne supporte ici aucun risque. Mais la Cour de cassation a tranché et déclare valide un tel contrat en décidant qu'il ne porterait pas atteinte à la prohibition de clauses léonines au motif que « la promesse d'achat n'avait pas d'autre objet [...] que de permettre, moyennant un prix librement débattu, la rétrocession [...] à des conditions visant à assurer l'équilibre des conventions conclues entre les parties »<sup>1271</sup>.

**800.** La banque peut intervenir pour préparer, monter et placer les valeurs mobilières, mais elle peut également intervenir même après l'émission des titres. Le banquier se chargera alors le plus souvent de ce qu'on appelle « service des titres » qui consiste à effectuer pour le compte de la société émettrice un certain nombre d'opérations de caisse relatives aux titres qui sont ainsi « domiciliés » en banque telles que le paiement des coupons, remboursement des titres, transferts, échanges...

## **Section 2 : La responsabilité du banquier vis-à-vis du souscripteur**

**801.** Dans l'opération d'émission et de souscription des valeurs mobilières, le banquier agit au nom et pour le compte de la société émettrice, il est lié par un contrat de mandat avec

---

<sup>1268</sup>Sur le portage voir, LUCAS, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières*, LGDJ, 1997 ; SCHMIDT, *La convention de portage de titres ou les opérations fiduciaires*, LGDJ, 1985 ; SOUMRANI, *Le portage d'actions*, LGDJ, 1996 ; Bertrel et Jeantin, « Le portage d'actions », *RJDA*, 1991.683 ; Bornet, « Portage : le point de vue d'un banquier », *Banque*, 1993.74 ; Pollaud-Dullian, « Le portage », *Rev. soc.* 1999.765.

<sup>1269</sup>S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, n° 807-1, p.776.

<sup>1270</sup> La clause léonine est « la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes... », article 1844 alinéa 2.

<sup>1271</sup> Com. 19 mai 1992, *Bull. Joly*, 1992. 779, note Le Cannu ; *Dr. soc.*, 1992 n° 209, obs. Le Nabasque ; Com., 7 décembre 1993, *Bull.civ. IV*, n° 466 ; *Bull. Joly*, 1994.180, note Lambert ; *Dr.soc.*, 1994 n° 117, obs. Le Nabasque.

celle-ci. Le souscripteur, quant à lui, est lié avec la société émettrice par le contrat de souscription. Le banquier et le souscripteur n'ont ainsi aucune relation contractuelle. Par conséquent, en cas de préjudice causé au souscripteur, la responsabilité du banquier envers le souscripteur est de nature délictuelle. A l'égard du souscripteur, le banquier n'a en principe que le devoir de conseil étant un professionnel. A ce titre, le souscripteur tentera d'engager sa responsabilité en cas de dommage causé suite à la souscription. Tel est le cas par exemple lorsque suite à des irrégularités commises par la société dans l'émission des titres qui pourraient éventuellement aller jusqu'à l'annulation de la souscription, le souscripteur engage la responsabilité du banquier. Il peut également chercher à engager la responsabilité du banquier en cas d'insolvabilité de la société émettrice. Le banquier est responsable des irrégularités et insolvabilité qu'il a connu. Il commet une faute en conseillant le souscripteur de souscrire alors qu'il connaît l'existence des irrégularités ou de l'insolvabilité de la société. En effet, le souscripteur peut arguer qu'il y a eu publicité mensongère et prouver l'existence de dol qui a déterminé sa souscription et était la cause directe de son préjudice. Même en l'absence de faute intentionnelle, la responsabilité du banquier peut être recherchée et ce, chaque fois qu'il aurait pu avec une prudence et des précautions normales déceler la fraude ou l'irrégularité. En effet, « chacun est responsable du dommage causé par sa faute, même de négligence ou d'imprudence »<sup>1272</sup>. Mais en plus, le caractère de service public de l'émission suffit à renforcer les obligations professionnelles du banquier vis-à-vis des souscripteurs<sup>1273</sup>.

**802.** Le banquier est ici responsable pour avoir laissé souscrire un souscripteur, le cas inverse peut se présenter : c'est l'hypothèse où le banquier refuse de faire souscrire certains candidats, ce refus constitue-t-il une faute ? La réponse est qu'il est en principe libre de refuser la souscription.

Cependant, il faut remarquer que ce refus n'est plus possible à partir du moment où le contrat s'est formé entre la société émettrice et le souscripteur. On avait dit qu'en souscrivant des valeurs mobilières, le souscripteur conclut un contrat avec la société émettrice et non avec le banquier. Corollairement, une fois ce contrat conclu, le banquier n'a plus son mot à dire. La question qui se pose est de savoir à quel moment ce contrat se forme-t-elle ? Selon l'article 622 de la loi n° 2003-036 du 30 janvier 2004 sur les sociétés commerciales, « le contrat de souscription est constaté par un bulletin de souscription établi en deux exemplaires, l'un pour la société et l'autre pour le souscripteur ». Ce qui peut amener à conclure que la remise du

---

<sup>1272</sup> Article 204 de la LTGO.

<sup>1273</sup> J. VEZIAN, *op.cit.*, p. 207.

bulletin de souscription constitue l'offre de contracter. Et comme l'article 81 de la LTGO dispose que « le contrat se forme par la rencontre des volontés des contractants se manifestant par l'acceptation d'une offre de contracter » une fois que cette remise reçoit une acceptation, le contrat de souscription est conclu. Le détenteur d'un bulletin exprime donc son acceptation en remettant celui-ci dûment signé à la banque qui ne peut plus dès lors refuser<sup>1274</sup>.

Telle est la responsabilité du banquier en matière d'émission et de souscription des titres, qu'en est-il en matière de gestion de portefeuille du client ?

---

<sup>1274</sup> J. VEZIAN, *op.cit.*, P. 214.

## CHAPITRE 2 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER EN MATIERE DE GESTION DE PORTEFEUILLE DU CLIENT

**803.** Dans ce chapitre on va d'abord parler de l'opération de gestion de portefeuille en question (Section 1) avant d'étudier les obligations du banquier en la matière (Section 2).

### Section 1 : La notion de gestion de portefeuille

**804.** Dans le contrat de garde de titres qui est un contrat de dépôt, il y a des opérations de gestion accessoires à cette opération de garde. Dans le contrat de service de gestion de portefeuille, la gestion est essentielle au contrat. Ici, le banquier se voit confier la gestion totale et non plus partielle comme dans le contrat de garde de titres.

**805.** Le banquier gestionnaire est un mandataire du client, il doit agir conformément au contrat et rendre compte à celui-ci. Ce contrat confère au banquier le pouvoir de passer tous actes d'administration et de disposition qu'il jugera utiles au nom et pour le compte de son client que ce soit une opération d'achat, de souscription, d'échange, d'attribution, de vente, de remboursement, d'arbitrage ainsi que toutes les opérations effectuées pour l'emploi ou le remploi de fonds en valeurs mobilières<sup>1275</sup>. Le portefeuille du client constitue une universalité<sup>1276</sup>, c'est-à-dire, les différents titres qui composent le portefeuille du client forme une universalité. Par conséquent, l'aliénation de l'un des éléments qui le compose et son remplacement par un autre titre est un acte d'administration.

**806.** Quant à la forme de ce contrat, l'article 314-59 de règlement général de l'AMF exige que le contrat de gestion de portefeuille soit passé par écrit. L'écrit est ici imposé *ad probationem* et non *ad validatem*<sup>1277</sup>.

### Section 2 : Les obligations du banquier en matière de gestion de portefeuille

**807.** Il arrive que le client confie uniquement l'opération d'achat-vente au banquier et non la totalité de la gestion de son portefeuille. Ainsi, il est préférable de commencer par les

---

<sup>1275</sup> J. VEZIAN, *op.cit.*, p. 223.

<sup>1276</sup> Civ. 12 novembre 1998, *Bull. civ.*, I, n° 315, *D.* 1999.167, note Aynès; *D.* 1999.633, note Fiorina; *JCP* 1999, II, 10027, note Piedelièvre; *JCP* 1999, I, 120, obs. Périnet-Marquet; *JCP N* 1999 351, obs. Hovasse; *JCP E* 1999, 426, note Rouxel; *RTD civ.*, 1999. 422, obs. Zenati; *RTD com.*, 1999.459, obs. M. Storck; *RTD civ.*, 1999.674, obs. Patarin; Civ. 1<sup>re</sup>, 3 décembre 2002, *JCP E* 2003, II, 10158, note Piedelièvre; Piedelièvre, « Universalité et gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières », *Dr et patrimoine*, 2000 n° 82 96.

<sup>1277</sup> Com., 26 février 2008, *Dr.soc.*, 2008 n° 160, obs. Bonneau.

obligations générales du banquier dans la gestion du portefeuille (§1) avant de continuer sur ses obligations quand il s'agit d'une opération d'achat-vente des valeurs mobilières indépendamment du contrat de gestion de patrimoine (§2). On étudie cette question de service d'achat-vente dans cette partie puisqu'on a vu qu'il fait partie de la gestion du portefeuille, mais rien n'empêche le client de conclure avec son banquier uniquement un contrat de service d'achat-vente en dehors du contrat de gestion totale de son portefeuille.

### **§1 : Les obligations du banquier gestionnaire du portefeuille**

**808.** Les principales obligations à la charge du banquier est l'obligation d'information due au client (A) et l'obligation d'exécuter le mandat en bon professionnel (B).

#### **A- L'obligation d'information due au client**

**809.** Le banquier est tenu d'informer son client au début du contrat comme pendant l'exécution du contrat.

**810.** Au début du contrat, le banquier est tenu de s'informer auprès de son client afin de l'informer. En pratique, pour s'informer, le banquier pose à son client une série de questionnaires nécessaires pour le conseiller, pour savoir si le client est averti ou non. Le défaut d'évaluation du client est source de responsabilité du banquier<sup>1278</sup>. Si le client est non averti, la jurisprudence impose au banquier d'orienter même indirectement le choix de l'investisseur<sup>1279</sup>. L'obligation d'information, de conseil et de mise en garde dont on parle ici, est plus nette dans le service isolé d'achat-vente des valeurs mobilières parce que le banquier est tenu de conseiller ou de mettre en garde souvent pour une opération déterminée.

**811.** Pendant l'exécution du contrat de gestion du portefeuille du client, le banquier est surtout tenu de rendre compte de sa gestion au client. En effet l'article 314-91 du règlement général de l'AMF prescrit au banquier d'adresser à chacun de ses clients un relevé périodique<sup>1280</sup> des activités de gestion de portefeuille réalisées. Ce relevé doit être fait sur un support durable. Le relevé comprend en principe une description du contenu et de la valeur

---

<sup>1278</sup> Com., 5 mai 2009, *Bull. Joly bourse*, 2010.48, obs. Bussière.

<sup>1279</sup> Com., 1- décembre 2008, *RD bancaire*, mai 2009 n° 106, obs. Riasotto ; *Dr.soc.*, 2009 n° 98, obs. Bonneau: "par des motifs desquels il ne résulte ni que la banque avait, à l'occasion de la délivrance des mandats, procédé à l'évaluation de la compétence de M. et de Mme X ».

<sup>1280</sup> En pratique, il s'agit d'un relevé semestriel, S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, n° 803, p. 772.

du portefeuille détaillant chaque instrument financier, sa valeur de marché ou sa juste valeur si la valeur du marché n'est pas disponible, le solde de trésorerie au début et à la fin de la période couverte, et les résultats du portefeuille durant la période couverte, une comparaison de la performance du portefeuille au cours de la période couverte avec la performance de la valeur de la référence convenue, si elle existe et le montant total des dividendes, intérêts et autres paiements reçus durant la période couverte<sup>1281</sup>.

### **B- L'obligation du banquier d'exécuter le mandat en bon professionnel**

**812.** Le banquier agit au nom et pour le compte du client en vertu du contrat de mandat, aussi est-il important de signaler que les pouvoirs du banquier sont limités dans ce contrat et tout acte dépassant le pouvoir conféré est fautif et n'engage en rien le client<sup>1282</sup>.

Le banquier doit gérer le portefeuille de son client dans l'intérêt de son client, sinon sa responsabilité est engagée pour abus de mandat<sup>1283</sup>.

**813.** Le banquier ne s'engage pas à fournir au client un résultat avantageux déterminé, car vu l'existence de l'aléa en la matière, le résultat dépend de certains éléments et circonstances telle que la conjoncture économique qui échappe totalement au contrôle du banquier. Le banquier s'engage seulement à fournir toutes les diligences nécessaires pour arriver à obtenir le résultat espéré. Le banquier est donc tenu d'une obligation de moyens<sup>1284</sup>. La diligence exigée est ici celle d'un mandataire salarié qui est tenu de « placer les fonds du client comme le ferait un bon professionnel de la même catégorie, placé dans les mêmes circonstances de temps, de lieu et agissant selon les usages bancaires et boursiers de la place »<sup>1285</sup>. Evidemment en présence d'une obligation de moyens, il appartient au client d'apporter la preuve de la faute du banquier pour pouvoir engager la responsabilité de celui-ci.

---

<sup>1281</sup> *Ibid.*

<sup>1282</sup> Article 1998 du Code civil : « Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné.

Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement ».

<sup>1283</sup> Germain, « La responsabilité en matière de gestion individuelle sous mandat », *Banque et droit* 2000 n° 70 14.

<sup>1284</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op.cit.*, n° 804, p. 773.

<sup>1285</sup> Gavalda, note sous Com., 12 juillet 1971, *D.*, 1972.153.

**814.** Si, malgré l'existence de mandat de gestion, le client donne des instructions claires, précises et non équivoques, le banquier qui aura suivi ces instructions ne pourra être tenu pour responsable du préjudice causé par l'exécution de ces instructions<sup>1286</sup>.

## **§2 : Les obligations du banquier dans le service d'achat-vente**

**815.** Dans la fourniture de ce service d'achat-vente des valeurs mobilières du client, le banquier est d'abord tenu d'une obligation précontractuelle d'information (A), d'une obligation d'exécuter les ordres donnés par le client (B) et enfin il est tenu d'une obligation de conseil et de mise en garde (C).

### **A- L'obligation précontractuelle du banquier**

**816.** L'article L. 513- 12 alinéa 2 du Code monétaire et financier dispose que « Les prestataires de services d'investissement communiquent à leurs clients notamment leurs clients potentiels, les informations permettant raisonnablement de comprendre la nature du service d'investissement et du type spécifique d'instrument financier proposé ainsi que les risques y afférents, afin que les clients soient en mesure de prendre leurs décisions d'investissement en connaissance de cause ». Le banquier est tenu d'apporter ces informations avant la formation du contrat afin que les clients qui sont souvent des profanes en matière d'instruments financiers puissent prendre leurs décisions en toute connaissance de cause. Ces informations doivent avoir un contenu exact, clair et non trompeur<sup>1287</sup>. Manque par exemple à son obligation d'information exacte, claire et non trompeuse, le banquier qui n'indique pas à un investisseur institutionnel la présence et la proportion de *subprimes* dans les fonds monétaires qu'il distribue et qui transfère des actifs toxiques d'un fonds à un autre sans recourir au marché et informer l'investisseur<sup>1288</sup>.

Il est à remarquer que l'exécution de cette obligation nécessite que le banquier soit en possession de certains renseignements de la part de son client<sup>1289</sup>.

---

<sup>1286</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 mars 1996, *Bull.civ. I*, n°140.

<sup>1287</sup> Article L. 533-12, alinéa 1<sup>er</sup> du Code monétaire et financier.

<sup>1288</sup> Commentaire de l'article L. 533-12 du code monétaire et financier, LexisNexis 2014, p. 832.

<sup>1289</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, n° 796, p. 763.

## B- L'obligation d'exécuter l'ordre du client

**817.** Le banquier agit en tant que mandataire, à ce titre, il doit agir conformément au mandat qui lui a été donné par son client investisseur. Il doit exécuter l'ordre de vente ou d'achat qui lui est donné par le client sans pouvoir décider de l'opportunité de l'acte ni d'opérer le choix de les exécuter ou non<sup>1290</sup>. Les ordres peuvent être transmis par tous moyens : par écrit, par téléphone, par fax ou par internet etc. Pour le cas des ordres passés via internet, le banquier doit avoir un système automatisé qui effectue un blocage automatique des entrées de ces ordres en cas d'insuffisance de provision ou de couverture. Faute de quoi, la responsabilité du banquier est engagée<sup>1291</sup>. En cas de transmission orale des ordres, le banquier exige la plupart du temps une confirmation écrite de son client<sup>1292</sup>.

**818.** Après chaque opération, le banquier doit adresser à son client un avis d'opéré. Si le client conteste l'ordre qui a permis l'opération écrite dans cet avis d'opéré, il doit adresser à la banque cette contestation parce que la réception de l'avis d'opéré sans protestation ni réserve fait présumer l'existence des opérations qui y sont indiqués. En cas de contestation, il appartient au banquier de prouver l'existence de l'ordre ou du contenu de l'ordre. Le client, même après avis d'opéré sans protestation ni réserve peut contester le dépassement du pouvoir fait par le banquier<sup>1293</sup>.

**819.** En cas d'inexécution<sup>1294</sup>, de mauvaise exécution ou de retard<sup>1295</sup> dans l'exécution de ces ordres, la responsabilité du banquier est engagée.

**820.** En outre, dans le cadre de ce contrat, le banquier doit agir d'une manière « honnête, loyale et professionnelle, servant au mieux les intérêts du client »<sup>1296</sup>. Ainsi, commet une faute, le banquier prestataire de service d'investissement qui applique des marges de trois à huit fois supérieures à celles convenues avec le client et présentées à celui-ci pour des opérations sur actions, prélève des frais de courtage excessifs sur certains produits financiers,

---

<sup>1290</sup> Commentaire de l'article L. 533-12, précité.

<sup>1291</sup> Com. 4 novembre 2008, *Bull. Joly Bourse* 2009, n° 1, p. 47, note B. Le Bars; Com. 13 décembre 2011, *RD bancaire et financier* 2012, n° 2, comm. 66, note A.C. Muller, p. 59 ; D. 2012, janvier 2012, act. 92, obs. Delpech.

<sup>1292</sup> S. PIEDELIEVRE et E. PUTMAN, *op. cit.*, n° 796, p. 764.

<sup>1293</sup> Com. 13 juin 1995, *JCP*, 1995 II 22501, note M. Storck.

<sup>1294</sup> Com. 12 juillet 1971, *D.* 1972.153, note Gavalda ; *RTD com.*, 1972.144 ; obs. Cabrillac et Rives-Lange.

<sup>1295</sup> Req. 19 mai 1930, *DH*, 1930.364 ; Versailles, 23 septembre 1993, *JCP E*, 1994, pan 205 qui a retenu la responsabilité du banquier accusant une heure et demi de retard pour la transmission d'un ordre.

<sup>1296</sup> Article L. 533. 11 du Code monétaire et financier.

n'enregistre pas les ordres de bourses, ni ne communique à son client le montant des rétrocessions de commissions, et ne satisfait pas aux obligations de contrôle interne<sup>1297</sup>.

Le banquier est responsable de la livraison et du paiement de ce qu'il vend et achète.

### §3 : L'obligation de conseil et de mise en garde du banquier

**821.** Le banquier doit informer son client sur le danger de certaines opérations. En vue de fournir le service de conseil en investissement, le banquier est tenu de s'enquérir auprès de leurs clients de « leurs connaissances et de leur expérience en matière d'investissement... »<sup>1298</sup>. Cette obligation est nécessaire afin de savoir si le banquier a une obligation de conseil ou non vis-à-vis de ce client. En effet, cette obligation varie selon la connaissance et l'expérience du client en la matière. Vis-à-vis des profanes, le banquier a une obligation de conseil et de mise en garde, par contre vis-à-vis des avertis, le banquier se trouve déchargé de cette obligation.

**822.** Il est toutefois nécessaire de signaler que cette notion d'averti et de non averti est très incertaine, elle est laissée à l'appréciation des juges de fond et les décisions en la matière sont très changeantes. Pour illustrer ce propos, on a par exemple un arrêt<sup>1299</sup> qui reconnaît la qualité d'averti à un investisseur qui a opéré pendant des mois sur le marché à terme, le juge a pour cette raison déchargé le banquier de son obligation d'information, alors que dans une autre décision la Cour de cassation a retenu la responsabilité du banquier pour ne pas avoir informé son client, spécialiste de la spéculation sur le marché à terme, des dangers du stellage<sup>1300</sup>. La Cour d'appel de Paris affirme même en la matière que l'absence d'un contrat de gestion et l'utilisation convenable du compte par le client, pour des opérations complexes pendant plusieurs années, ne dispense pas le banquier de son obligation de conseil et de mise en garde<sup>1301</sup>. Ce qui rend de plus en plus floue la notion d'averti et de profane.

Dans tous les cas, lorsque le client demande à son banquier d'effectuer des opérations à haut risque, il est essentiel de conseiller et de mettre en garde le client, même si le banquier

---

<sup>1297</sup> CE, 29 mars 2010, *Bull. Joly Bourse* 2010, n° 6, p.471, note M. Guyomar.

<sup>1298</sup> Article L. 533-13, alinéa 13 du Code monétaire et financier.

<sup>1299</sup> Com., 27 janvier 1998, *Gaz. Pal.*, 20-22 décembre 1998 somm. 8, obs. Piedelièvre.

<sup>1300</sup> Com. 23 février 1993, *Bull. civ. IV*, n° 68 ; *D.* 1993.424, note Najjar ; *RD bancaire*, b1993.159, obs. Crédot et Gérard ; *RTD com.*, 1993.557, obs. Cabrillac et Teyssié ; *Banque*, 1993.97, obs. Guillot.

<sup>1301</sup> Paris, 13 février 1996, *RJDA*, 1996 n° 799 ; Paris, 6 mai 1997, *RD bancaire*, 1998. 16, obs. Germain et Frison-Roche.

pourra toujours prouver la connaissance suffisante du client de ces risques pour se dégager de sa responsabilité.

Ce qui est certaine, c'est que le résultat déficitaire des opérations passées ne suffit pas pour retenir la responsabilité du banquier étant donné que les opérations boursières présentent toujours un certain degré d'aléa.

**823.** Enfin, conformément au droit commun selon lequel le principe est l' « *actori incombis probatio* », il appartient au client qui prétend être victime d'un préjudice de prouver la faute de celui-ci. L'indemnisation correspondrait à la perte d'une chance. En ne l'informant pas le banquier l'a privé « d'une chance d'échapper, par une décision peut être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct de celui qui résulte des opérations qu'elle a effectivement réalisées »<sup>1302</sup>.

---

<sup>1302</sup> Com., 10 décembre 1996, *Bull. civ.* IV, n° 307 ; D., 1997 IR 15.

## CONCLUSION

**824.** L'étude de la responsabilité du banquier en droit malgache a pu ressortir les différents aspects du droit bancaire malgache ainsi que le régime de la responsabilité en droit bancaire. La responsabilité du banquier peut être engagée aussi bien sur la base contractuelle que sur la base extracontractuelle. Nous avons pu montrer dans cette recherche une analyse aussi complète que possible des cas où la responsabilité du banquier est susceptible d'être retenue. Vu les lacunes du droit malgache, afin d'atteindre l'objectif de la thèse c'est-à-dire effectuer un état des lieux le plus complet des cas de responsabilité du banquier en droit malgache, on s'est inspiré en grande partie du droit français. On a pu déduire ainsi que le banquier dans les multiples services qu'il offre prennent différentes casquettes. Tantôt il agit en tant que dépositaire. C'est le cas lorsqu'il conclut une convention de compte avec un client ou lorsqu'il conclut une convention de dépôt de titres avec celui-ci. Tantôt, il agit en tant que dispensateur de crédit. Dans ce cas, étant donné l'importance du crédit dans la vie d'une entreprise et d'un consommateur, sa responsabilité peut être retenue aussi bien pour non-respect des règles protectrices des consommateurs tel que le non-accomplissement de l'obligation d'information, de conseil et de mise en garde due au consommateur que pour rupture abusive ou soutien abusif du crédit vis-à-vis des entreprises. Tantôt enfin il agit en tant que mandataire. C'est le cas lorsqu'il fournit des prestations de services à ces clients. En effet, en tant que prestataire de services, il agit généralement tel un mandataire. Par exemple en exécutant un ordre de virement, un ordre de paiement d'un chèque ou d'une carte ou un avis de prélèvement, il agit au nom et pour le compte du donneur d'ordre. Quand il fournit un service en valeur mobilière, dans la souscription de valeurs mobilières ou dans la gestion de patrimoine de son client, son obligation est celle d'un mandataire également.

**825.** Le droit malgache présente encore des vides juridiques en matière de droit bancaire mais cette recherche portant sur les différents aspects de la responsabilité du banquier inspirée du droit français dans tous les cas où le législateur et la jurisprudence malgache sont muets est un grand pas pour l'avenir du droit bancaire malgache. Dorénavant, on est conscient des obligations et devoirs des banquiers dans la multitude de services qu'il propose à ses clients. Cette étude va servir de base afin de combler les lacunes de droit bancaire malgache puisque celle-ci s'est portée sur la majorité des cas qui se sont déjà présentés dans les pays développés telle que la France, des cas qui ne manqueront pas de surgir vu que la bancarisation à Madagascar bien que très basse est en progrès.

**826.** L'avenir du droit bancaire malgache va se tourner plus vers les institutions de microfinance et moins vers les banques traditionnelles. Ce, parce que la majorité des malgaches vit en milieu rural, or ce sont les IMF qui tentent de plus en plus de s'implanter dans les zones rurales. Ces institutions se rapprochent des paysans se trouvant dans les zones reculées n'ayant pas accès aux services des banques traditionnelles, jouant ainsi à fond leur rôle de banque de proximité.

## BIBLIOGRAPHIE

### I- OUVRAGES GENERAUX

- BONNEAU T., *Droit bancaire*, Montchrestien, Coll. Domat Droit privé, 10<sup>e</sup> éd. 2013.
- CABRILLAC H., *Introduction au droit bancaire*, Dalloz 1965.
- CABRILLAC et MOULY, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 2004.
- CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., *Droit de la consommation*, 9<sup>e</sup> éd. Précis 2015.
- CARBONNIER J., *Les obligations, t.4*, 22<sup>e</sup>me éd., PUF, 2000.
- COLLART-DUTILLEUL et DELEBECQUE Ph., *Contrats civils et commerciaux*, 8<sup>e</sup> éd. , Dalloz, 2008.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ F. et MOREIL S., *Droit bancaire*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd. 2010.
- ESCARRA et RAULT, *Principes de droit commercial, t. IV*, Sirey 1937.
- FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Les obligations, t. 1 : l'acte juridique*, 13<sup>e</sup>me éd., 2008.
- GAVALDA C. et STOUFFLET J., *Droit bancaire institutions-Comptes-Opérations – Services*, Litec LexisNexis, 8<sup>e</sup> éd. 2010.
- GHESTIN J., JAMIN C. et BILIAU M., *Traité de droit civil, les effets du contrat, sous la dir. de J. GHESTIN*, 2<sup>e</sup> éd., coll. Traités, 1994.
- H. J. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, t.1*, Montchrestien, 1965 .
- HAMEL J., *Banques et opérations de banque, t.2* , Sirey, 1943
- LACOMBE J., *La théorie générale des obligations dans le nouveau droit malgache, t. 2*, Annales de l'Université de Madagascar, 1965.
- LE CANNU P. et JEANTIN M., *Droit commercial, Entreprise en difficulté*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. « Précis », 2007.
- LIENHARD A., *Procédures collectives*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz 2013.
- MALAURIE Ph., AYNES L., STOFFEL- MUNK Ph., *Les obligations*, 4<sup>e</sup> éd., DEFRENOIS, 2009.
- MATTOUT, *Droit bancaire internationale*, 4<sup>e</sup> éd., Banque 2009.
- NEAU-LEDUC Ph., *Droit bancaire*, Cours Dalloz, 4<sup>e</sup> éd. 2010.
- PIEDELIEVRE S. et PUTMAN E., *Droit bancaire*, Economica 2011.
- S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, 2<sup>e</sup> éd., Economica 2014.

- RAMAROLANTO-RATIARAY et Jean-Baptiste SEUBE, *La théorie générale des obligations en droit malgache, t. 1 : l'acte juridique*, Coopération Franco-Malgache et Jurid'ika, 2013 ;
- RAMAROLANTO-RATIARAY et Jean-Baptiste SEUBE, *La théorie générale des obligations en droit malgache, t. 2 : le fait juridique, le régime général des obligations*, Coopération Franco-Malgache et Jurid'ika, 2013.
- RIPERT G. et ROBLOT R., *Traité de droit commercial, tome II*, LGDJ, 17<sup>e</sup> éd. par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, 2004.
- RIVES-LANGES J.-L., CONTAMINE-RAYNAUD M. , *Droit bancaire*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd. 1995.
- TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *Les obligations*, 10<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2009.
- TOURNEAU Ph., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2010/2011.
- VEZIAN J., *La responsabilité du banquier en droit privé français*, Librairies techniques, 1974.

## **II- OUVRAGES SPECIAUX ET THESES**

- AKOFFODJI R., *Le silence dans les rapports bancaires*, Thèse, Tours, 1996.
- AZÉMA J., *La durée des contrats successifs*, L G D J, 1969.
- BERLIOZ G., *Le contrat d'adhésion*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd. 1973.
- BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, LGDJ, 1999.
- BIHL, *une histoire du mouvement consommateur, mille ans de luttes*, Aubier, 1984.
- BLETTERIE Ph., *Le contrat de crédit-bail immobilier en droit français*, Thèse, Toulouse 2003.
- BOUCARD, *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, PUAM 2002.
- BONHOMME R. , *Instruments de crédit et de paiement*, 10<sup>e</sup> éd. LGDJ 2013.
- BOUDINOT, *Pratique du crédit documentaire*, 1<sup>re</sup> éd. , Sirey 1978.
- BOUDINOT A. et J.C. FRABOT J.-C. , *Technique et pratique bancaires*, éd. Sirey 1967.
- BOURDEAUX, *Le crédit dit acheteur international*, Economica 1995.
- BRUNEAU C., *Le crédit-bail mobilier : la location de longue durée et la location avec option d'achat*, Banque éditeur 1999.
- BUTHURIEUX, A. , *La responsabilité du banquier*, 2<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2004.

- CAPRIOLI, *Le crédit documentaire : évolution et perspective*, Litec 2005.
- CHAVANNE A., *Essai sur la notion de compte en droit civil*, Thèse, LGDJ 1947.
- COSTA, *Le crédit documentaire comparatif*, LGDJ, 1998.
- COUDERT J.-L. et MIGEOT P. , « Appréciation par l'expert du comportement du banquier dans la distribution du crédit », *LPA* 3 mai 1993.
- COURTIER J.-L., « Brusque rupture de découvert bancaire : la Haute cour de plus en plus sévère », note ss : Com. 18 mai 1993, *LPA* 13 décembre 1993.
- CREDA, *Le contrat-cadre, Exploration comparative*, Litec, 1994.
- EISEMANN F., *Le crédit documentaire dans le droit et dans la pratique*, Delmas et Cie Bordeaux 1963.
- FABRE- MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1992.
- GAVALDA, *Les cartes de paiement et de crédit*, LexisNexis, 1994.
- GIBRILA, « La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit à propos de Com. 18mai 1993 », *LPA* 25 février 1994.
- GRUA F., *Les contrats de base de la pratique bancaire*, Litec, 2000.
- GRUA F., *Contrats bancaires, t.1, contrats de services*, Economica, 1990.
- JAMIN C., MAZEAUD D., *Les clauses abusives entre professionnels, t. 3*, Economica, 1998.
- MAZEAUD D., *La notion de clause pénale*, LGDJ, 1992.
- MOHAMED ALI IMAM, *La Responsabilité du banquier en matière de dépôt*, Thèse , Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1939.
- LASSERRE CAPDEVILLE J., *Le secret bancaire : étude de droit comparé (France, Suisse, Luxembourg)*, Thèse, Pau et Pays de l'Adour, 2004.
- LUCAS, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières*, LGDJ, 1997.
- PETIT-DUTAILLIS G. , *Le crédit et les banques*, éd. Sirey 1963.
- PRÜM A. , LECLERC P. et MOURIER R., *Relations Entreprises Banques*, éd. Francis Lefebvre, 2003.
- ROUTIER R., *Obligations et responsabilité du banquier*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2011,
- SACKER A., *Du secret professionnel du banquier*, Thèse, Paris, 1933.
- SCHMIDT, *La convention de portage de titres ou les opérations fiduciaires*, LGDJ, 1985.
- SOUMRANI, *Le portage d'actions*, LGDJ, 1996.
- STOUFFLET, *le crédit documentaire*, Sirey, 1957.

- STOUFFLET, *Instruments de paiement et de crédit, effets de commerce-chèque-carte de paiement-transfert de fonds*, 8<sup>e</sup> éd. LexisNexis 2012.
- THEOCHAROPOULOU G. , *Les établissements bancaires et les prises de participations en droit français et en droit hellénique*, préf. Ph. Merle, LGDJ, 2004.
- TOURNEAU L. ph. , *Responsabilité civile professionnelle*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz Référence, 2005,
- TUFFERY, *Ebauche d'un droit de la consommation : la protection du chaland sur les marchés toulousains aux XVIIe et XVIIIe siècles*, LGDJ 1998.
- VASSEUR M., *Droit bancaire français et marché commun*, Revue internationale de droit comparé, 1981,
- VASSEUR M., *la responsabilité du banquier dispensateur de crédit*, Revue internationale de droit comparé, 1976.
- VASSEUR M. et MARIN X., *Banques et opérations de banque, de Joseph Hamel, t. I : Les comptes en banque*, Revue de droit international comparé, 1966, p.25.

### III- Dictionnaires juridiques

- G. CORNU, *Vocabulaire juridique Association Henri Capitant*, PUF, 8e éd. 2007,
- *Lexique des termes juridiques*, Dalloz 2014.
- SOUSI-ROUBI, *Lexique de banque et de bourse*.

### IV- Textes

- Loi n° 95-030 du 22 février 1996 relative au contrôle et à l'activité des établissements de crédit.
- Loi n° 66-003 du 2 juillet 1966 relative à la Théorie Générale des Obligations (LTGO).
- Loi n°2005 - 016 DU 29 SEPTEMBRE 2005 relative à l'activité et au contrôle des institutions de microfinance.
- Loi n° 2003-036 du 30 janvier 2004 sur les sociétés commerciales.
- Loi n° 2003-041 du 03 septembre 2004 sur les sûretés.
- Loi n°2015-014 du 19 juin 2015 sur les garanties et la protection des consommateurs
- Loi n° 2004-045 du 14 janvier 2005 relative à la prévention et la répression des infractions en matière de chèques.
- Loi n° 2003 – 042 du 15 juillet 2004 sur les procédures collectives d'apurement du passif.

- Loi n° 2004-052 du 28 janvier 2005 sur le Crédit-bail.
- Code monétaire et financier français, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd. 2013.
- Code monétaire et financier français, LexisNexis, 2014.
- Code de la consommation français.
- Code civil français.
- Code de commerce français.

## V- ARTICLES, CHRONIQUES, RAPPORTS

- ATTARD J. , « Du champ d’application du devoir de conseil du banquier », *RTD com.* 2011.
- BACCAR , « La clause d’ouverture du crédit documentaire : une clause sensible », *RD bancaire*, novembre-décembre 2008.
- BARISSAT L. et BOUDEVIN B. , « La responsabilité du banquier en matière de coffre-fort », *Les Echos* n° 17184 du 09 Juillet 1996.
- BERTHELIER P., « L’affacturage », *RFC* 252, janvier 1994.
- BERTRAND A. et LE CLECH P., « La pratique du droit des cartes », *Banque*, 1988.
- BERTREL, « Obligation au secret professionnel du banquier », *BRDA*, 1991.
- BERTREL et JEANTIN, « Le portage d’actions », *RJDA*, 1991
- BEY E.-M., « L’affacturage international », *RJDA Francis Lefebvre*, 1996.
- BONNARD F. « La clause pénale et la banque, réflexions autour de l’arrêt Civ. 1<sup>re</sup> , 19 juin 2013 », *Banque et Droit*, n° 151 septembre-octobre 2013.
- BONTOUX, « Réflexions sur un type de crédit documentaire, le crédit à paiement différé », *Banque*, 1983.
- BORNET, « Portage : le point de vue d’un banquier », *Banque*, 1993.
- BOULOC, « Les limites du secret bancaire », *Mélanges AEDBF I, Banque*, 1997.
- BOUTHINON-DUMAS H., « la directive sur les services de paiement et la concurrence entre les établissements de paiement et les banques », *RTD com.* 2009.
- BRESSAND A. « Banques et financiers à l’ère du réseau de réseaux électronique », *Banque* n° 78, janvier 1999.
- CABRILLAC H., « La responsabilité des banques dans le paiement des coupons », *JCP E* 1989.
- CALENDINI J. N. , « De quelques problèmes liés à la saisie des comptes bancaires », *LPA*, 26 février 1992, n° 25.

- CALENDINI J. N. « La saisie-attribution de compte bancaire », *LPA*, n° 17, 9 février 1994.
- CAUSSE H. , « L'obligation de restitution du banquier dépositaire peut-elle être payante », *RD bancaire et financier*, n° 5, septembre-octobre 2003.
- CHAREYRE P., « Le forfaitage, une alternative compétitive pour le financement des exportations », *Banque* n°476, octobre 1987.
- CHEVALIER A., « Le préfinancement export : principes et montages », *L P A*, n° 92, 2 août 1993.
- COLLOMP, « Le secret bancaire », *Rapport Cour de cassation pour l'année 2004*.
- CORPART I. , « Le renforcement de la protection des comptes bancaires contre les saisies et la mise en place du solde bancaire insaisissable », *LPA*, n° 95, 1er mai 2003.
- CREDOT F.-J. , « Le secret bancaire, son étendue et ses limites, la fourniture de renseignements commerciaux par les banques », *LPA*, 17 février 1993.
- CREDOT F.-J., « Le principe de non-ingérence et le devoir de vigilance, état de la jurisprudence avant la loi nouvelle, dans Blanchiment des capitaux », *Banque et droit*, n° spécial, 1997.
- CREDOT, « Les aspects bancaires de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution », *LPA*, n°50, 24 avril 1992.
- CREDOT, « Le principe de non-ingérence et le devoir de vigilance, état de la jurisprudence avant la loi nouvelle, dans Blanchiment des capitaux », *Banque et droit*, n° spécial, 1997.
- CREDOT F.-J. et BOUTEILLER, « Le cadre juridique des paiements par carte bancaire », *Dr et patr.* 1995.
- CREDOT F.-J. et GERARD Y., « Aspects bancaires de la réforme des procédures d'exécution », *RD. bancaire et bourse*, n° 35, janvier-février 1993.
- CREDOT F.-J. et GERARD Y., « L'exercice par les établissements de crédit d'activités extra-bancaires », *RD bancaire et bourse* n° 2, mai/juin 1987.
- CROZE H. , « Saisie-attribution bancaire : les mystères de l'article 47 de la loi du 9 juillet 1991 », *LPA*, n° 3, 6 janvier 1993.
- DE CORBIERE J. et VAUTIER M., « Les débuts de l'informatique bancaire », *Banque, suppl.* au n° 533, décembre 1992.
- DE LEYSSAC C. L., « Les cas d'opposition au paiement d'une opération-carte. Art. 57-2 du D.-L. du 30 octobre 1935 », in *Mélange. M. Jeantin, D.* 1999.

- DELEBECQUE Ph., « L'actualité de la théorie générale des obligations », in Regards sur le droit, Mélanges en l'honneur du Pr. Alisaona Raharinarivonirina, l'Harmattan, *Jurid'ika, Coopération Franco-Malgache*, 2010.
- . DELGADO, « Réflexion sur la pratique bancaire et les mineurs non émancipés », *JCP N*, 1994.
- DELLECI J.-M. , « La saisie-attribution des comptes bancaires : portée de l'article 47 de la loi du 9 juillet 1991 », *Banque et droit* , n° 25 septembre 1992.
- DELPECH X., Affaire Tapie, D. 2006.
- DION S. et A. GHOZI, « L'obligation d'information et de conseil du banquier à l'égard des personnes à revenus modestes », *Revue d'économie financière* n° 58.
- DJOUDI et BOUCARD, « La protection de l'emprunteur profane », *D.* 2008.
- DUCASSE M., « Les obligations du banquier et l'ouverture d'un compte bancaire », *Echos Judiciaires Girondins*, Journal n° 6105.
- GARAUD E. , « L'ouverture d'un compte-chèques au nom d'une société en formation », *Bull. Joly*, juillet 1992.
- GAVALDA, « Le secret bancaire français », *DPCI*, 1990.
- GAVALDA, « Les refus du banquier », *JCP*, 1962.
- GAVALDA et . STOUFFLET, « Le contrat dit de factoring », *JCP G* 1966, I, 2044.
- GHICA-LEMARCHAND, « Une certaine idée du secret bancaire », Mélanges Decocq, *Litec* , 2004.
- GORE, « Le commissionnaire ducroire », Mélanges Hamel, 1949.
- GRILLOT J. et SAINT-CENE M., « saisies et rédaction des conventions d'ouverture de comptes », *RD bancaire et financier* n°2, mars/avril 2001.
- GRUA F. , « Responsabilité civile du banquier en matière de compte », *Juris.cl. Banque et crédit*, Fasc. 150, 1989.
- GRUA F., « Qu'est-ce qu'un compte en banque ? », *D.* 1999.
- GUILLOT J.-L., « Pratiques bancaires, source du droit des affaires », *LPA* n° 237, 27 novembre 2003.
- GULPHE, « Le secret professionnel du banquier », *RTD com.*, 1948.
- GUYOT J.-C., « edi et banque », *Bancatique*, n° 81, avril 1992.
- HAMEL, « Le droit de refuser l'ouverture d'un compte », *Banque*, 1959.
- HAMEL, « Une enquête sur les contrats d'exclusivité, le refus de vente et les prix imposés dans les pays du Marché commun », *Revue de droit international comparé* 1964.

- HAMEL, « Le droit du banquier de refuser l'ouverture d'un compte », *Banque* 1959.
- HARRASSE J., « Quel horizon pour la télématique ? », *Banque* n° 541, octobre 1993.
- HOANG P., La responsabilité des créanciers dispensateurs de crédit, in La loi de sauvegarde des entreprises : quelles procédures ? Quelles responsabilités ? Colloques et débats sous la direction de V. MARTINEAU-BOURGNINAUD (colloque 24 février 2006), *Litec* 2007
- HUET J., « Aspect juridiques de l'EDI, Echange de données informatisées (Electronic Data interchange) », *D.* 1991.
- HUET, J. « Détournement (bancaire) de mineurs ? (rappel des règles de capacité dans les contrats) », *D.* 1987.
- HUGON, « Le droit au compte », Mélanges Cabrillac, *Litec* 1999.
- JACOMIN C., « La saisie-attribution des comptes bancaires », *Banque et droit* n° 77, mai-juin 2001.
- JEREZ O., « Le secret bancaire », *Banque Editions*, 2000.
- KENGNE G., « La banque et le mineur », *LPA* n° 16, 5 février 1997.
- LACOTTE, « Quelles limite au devoir de non-ingérence de la banque ? », *banque et droit*, mai-juin 1999.
- LACOTTE, « Quelles limite au devoir de non-ingérence de la banque ? », *banque et droit*, mai-juin 1999.
- LARROUMET C., « Pour la responsabilité contractuelle » in Mélange. Pierre Catala, *Litec*, 2001.
- LASSERRE-CAPDEVILLE, « Que reste-t-il au XXIe siècle du devoir de non-ingérence de la banque ? », *Banque et droit*, mars-avril 2005.
- LASSERRE CAPDEVILLE J, « Que reste-t-il au XXIe siècle du devoir de non-ingérence de la banque ? », *Banque et droit*, mars-avril 2005.
- LASSERRE CAPDEVILLE J., « La contestation des opérations de paiement non autorisées », *RD bancaire et financier* 2011, dossier 6.
- LASSERRE CAPDEVILLE J., « Le secret bancaire face au juge pénal en droit français », *RLDA* mai 2010.
- LASSERRE CAPDEVILLE J., « Le compte en banque du mineur », *RD bancaire et financier*, mars-avril 2008.
- LECUYER, « Le secret bancaire », *RJ com.*, 2010.
- LEGRAND, « Le secret bancaire ou la théorie de la relativité. Etat des lieux à l'usage des banques et de leurs clients », *JCP E*, 2005.

- LEGROS J.-P. « Théorie des gares principales : une société peut être assignée devant les tribunaux de l'une de ses agences alors que les options de compétence de l'article 46 du NCPC ne s'appliquent pas dans le domaine des quasi-contrats », *JCP E*, 29 Mars 2007.
- MARTIN D.R., « De l'idée de compte », in Mélange. AEDBF, *Banque éditeur*, 1999.
- MARTIN D. R. , « De l'ouverture de crédit », *RD bancaire et financier* n° 2, mars/avril 2004.
- MARTIN D.-R, « Analyse juridique du règlement par carte de paiement », *D.* 1987.
- MIRBEAU –GAUVIN, « Le remboursement anticipé en droit français », *D.*, 1995
- MOLY F., « risque bancaire sur le crédit prospection, une méthode algorithmique », *Banque*, n° 534, janvier 1993.
- MOULY C. , « Bilan provisoire d'une critique des dates de valeur », *RJDA*, 1993.
- MOULY C., « Les saisies des comptes bancaires », *LPA* n° 63, 26 mai 1993.
- MOULY C. « Procédures civiles d'exécution et droit bancaire », *RTD civ.*, n° spécial hors-série, « la réforme des procédures civiles d'exécution ».
- PAISANT G., « Le décret portant listes noire et grise de clauses abusives, Décret du 18 mars 2009 », *JCP G* 6 Juillet 2009.
- PIETTE G. , « Une nouvelle proportionnalité en droit des sûretés : brèves observations sur l'article L. 650-1 du Code de commerce », *RLDC* 2006.
- PIOLET V. , « Le secret bancaire suisse : la contre-attaque », *Revue Banque*, n° 738, 28 juin 2011.
- POISSONIER, « Personnalisation du devoir d'explication à l'emprunteur », *D.* 2013.
- POLLAUD-DULLIAN, « Le portage », *Rev. soc.* 1999.
- RAHARINIRIVONIRINA A., « convention judiciaire franco-malgache du 4 juin 1973 », *J-CI. Dr. int.* Vol. X, 1987., fasc. 598.
- RAOUL-CORMEIL et LASSERRE CAPDEVILLE J., « Le compte bancaire du majeur protégé. Difficultés pratiques soulevées par le droit des incapacités et le droit bancaire », *R D bancaire et financier*, mai-juin 2013.
- REMY P., « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997.
- RIVES-LANGE J.-L. , « Les garanties indépendantes et le rôle des banques », *Banque* n° 468, janvier 1987.
- ROUSSILLE M., « La carte bancaire : reine des moyens de paiement à la destinée juridique tortueuse », *Gaz. Pal.*, 4 février 2012.

- SAMIN, « Article 137 de la Loi sur les exclusions. Droit au compte, droit au chèque », *Banque et droit*, 1999.
- SAMIN, « Origine et portée du droit au compte », *Banque*, 2005 n° 665.
- SAMIN, « La réglementation applicable aux établissements de crédit lors des prises de participation dans les entreprises non financières », *Banque et droit* n°75, janvier-février 2001.
- STOUFFLET , « Les devoirs du banquier qui reçoit des documents irréguliers », *Banque*, 1965.
- STOUFFLET, « Un élargissement du droit aux services bancaires. La refonte de l'article 58 de la loi bancaire par l'article 137 de la loi du 29 juillet 1998 », *RD bancaire*, 1998 .
- STOUFFLET J., « L'activité juridique du mineur non émancipé », Mélange. Voirin, *LGDJ*, 1967.
- TALLON D. , « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.*1994.
- TCHOTOURIAN Y., « L'engagement pris par l'emprunteur d'utiliser le crédit que la banque met à sa disposition constitue-t-il le nouveau critère de la distinction du prêt et de l'ouverture de crédit ? » *RJDA* juillet 2004.
- TEYSSIE A., « Le secret professionnel du banquier », *PUAM*, 1999.
- THOMAS R. , « La banque des années 1990 : perspectives et enjeux », *Banque* n° 521, novembre 1991.
- VASSEUR M. « Réflexions sur le crédit documentaire à paiement différé », *D.*1987.Chron.59.
- VASSEUR M. « réflexions sur le crédit documentaire à paiement différé », *D.*, 1987.
- VIGNERON, « Dates de valeur bancaires : censure de la Cour de cassation », *Dr. et patrimoine*, mai 1993;
- VIGNERON, « Du nouveau sur la prohibition des dates de valeur » , *Dr. et patrimoine*, mars 1995.
- VINEY G. , « La responsabilité contractuelle en question », in Mélange. J. Ghestin, *LGDJ*, 2001.

## **VI- NOTES DE JURISPRUDENCE**

ADOM K.

- Note Com.22 octobre 1996. JCP E 1997, n° 12, p. 49.

#### ALFANDARI

- Note sous Com., 14 avril 1972, JCP G 1972. II. 17269.

#### ANDRIANAIVOTSEHENO R.

- Obs. sous T. com., 10 octobre 2008, n° 251-C, Jugements commentés du Tribunal de commerce d'Antananarivo, Jurid'ika et coopération franco-malgache, 2011, p. 329.

#### AVENAT-ROBARDET

- Obs. sous Com. 8 mars 2005, D. 2005, AJ 950.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 27 février 2001, D. 2001. 1388.
- Obs. Com., 19 juin 2012, D. 2012. 1732.
- Obs. sous Com ; 20 janvier 2009, D. 2009, 367.
- Obs. sous Com. 20 juin 2006, D. 2006, AJ 1886.
- Obs. sous Com. 21 janv. 2004, , D. 2004. AJ 498.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juil. 2003, D. 2003, AJ 2308.
- Note sous Com. 19 déc. 2000, D. Affaires 2001.920.
- Obs. sous Com., 28 février 2006, D. 2006, AJ854.

#### AYNES

- Note sous Civ. 12 novembre 1998, D. 1999.167.
- Obs. sous Com. 10 octobre 1995, D. 1996. Somm. 265.
- Obs. sous Com. 13 décembre 1994, D. 1995.J.209, rapport le Dauphin ; Défrenois 1995art. 36040, n° 36, p. 421.

#### BARTHEZ

- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 sept. 2004, JCP 2005, I, 184, n° 16.

#### BECQUE J.

- Obs. sous Civ.1<sup>re</sup>, 12 décembre 1955, RTD com. 1956.297.
- Obs. sous Com. 5 février 1962, RTD com. 1962.451.
- Obs. sous Com. 31janvier 1956, RTD com. 1957.420.

#### BELAVAL M.-L.

- Obs. sous Com. 24 mars 2009, D. 2009, chron. p. 21

#### BEY E.-M.

- Note sous Com. , 9 janvier 1990, JCP E 1977. II. 18667.

#### BLOCH

- Obs. sous Paris, 19 septembre 1989, RD bancaire, 1990.210.

#### BOLARD

- Obs. sous Civ. 2<sup>e</sup>, 2 juillet 1997, D. 1998. Jur. 231.

#### BONNEAU T.

- Obs. sous Com. 22 mars 2005, Banque et droit juillet-août 2005, 71.
- Note sous Com., 3 janvier 1996, JCP G 1996.II. 22617.
- Obs. sous Com., 26 février 2008, Dr. Sociétés, 2008 n° 160.
- Obs. sous Com., 16 décembre 2008, Dr. Sociétés., 2009 n° 98.
- Obs. sous Civ. 2<sup>e</sup> , 2 nov. 2005, Banque et droit n° 106, mars-avril 2006. 66.
- Com. 8 mars 2005, Banque et droit septembre- octobre 2005, n° 103, p. 70.
- Obs. sous Com. 27 mai 2008, Banque et droit n° 120 juillet- août 2008. 14.
- Note sous Com., 11 janv. 2000, Dr. sociétés, avril 2000, n° 53.
- Note sous Ass. plén ., 9 octobre 2006 JCP G 2006. II. 10175.
- Obs. sous Com. 27 mars 2012, Banque et droit juillet 2012.19.
- Obs. sous Com., 11 octobre 2005, Banque et droit n° 105, janvier –février 2006. 62.
- Obs. sous Com. 18 mai 1993, Dr. Sociétés 2001, n° 3.
- Note sous Com., 2 avril 1996, Dr. sociétés juin 1996, n° 118.
- Obs. sous Com., 21 janv.2004, Banque et droit, n° 95, mai-juin 2004.50.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup> , 5 juill. 2006, Banque et droit nov.-déc. 2006, p. 22.
- Obs. sous Com., 2 octobre 2007, Banque et droit 2008, p. 22.
- Obs. sous Mixte, 29 juin 2007, Banque et droit, septembre-octobre 2007.31.
- Obs. sous Com., 13 avril 2010, Banque et droit 2010, p. 17.
- Obs. sous Com. 11 octobre 2011, Banque et droit 2012, n° 141, p. 31.
- Obs. sous Com. 10 octobre 2000, Dr. Sociétés 2001, n° 3.
- Obs. sous Com. 24 mars 1992, Dr. sociétés, juin 1992, n° 128, p. 7.

#### BORRICAND

- Note sous Civ. 2<sup>e</sup> , 28 nov. 1962 D. 1963. 465.

#### BOUCART

- Obs. sous Com. 8 mars 2005, Gaz. Pal. 21 juin 2006, n° 176. 7.

- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup> , 28 janvier 1992, RTD com. 1992.853.

#### BOULOC

- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 7 février 1995, RTD com. 1993.354.
- Note sous Com. 7 janv. 1976, Gaz. Pal. N° 168, 17 juin 1976, p. 412.
- Obs. sous Com., 28 février 2006, RTD com. 2006.904.

#### BOUTEILLER

- Obs. sous Com. 11 janvier 2005, JCP E 2005. 351.
- Obs. sous Com. 24 mars 2009, JCP E 2009.1619.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup> , 28 mars 2008, JCP E 2008, 1735.
- Obs. sous Com. 29 janvier 2002, JCP E 2002, pan.p. 428.

#### BREMOND

- Note sous CA Lyon, 1<sup>re</sup> ch., 20 septembre 2001, JCP N 2003, 1008.

#### BRILL

- Note sous Com., 9 janvier 1990 D., 1990. 173.

#### BRUN

- Note sous Ass. plén. 14 avril 2006, D. 2006.1933.

#### BUGADA

- Obs. sous Com. 10 décembre 2003, JCP G 2004. II. 10057.

#### BUISSIÈRE

- Obs. sous Com., 5 mai 2009, Bull. Joly bourse, 2010.48.

#### CABRILLAC H.

- Note sous CA Amiens, 28 mars 1963, JCP G 1963. II. 13186.
- Obs. sous Com. 31 janvier 1956, RTD com. 1957.420.
- Obs. sous Com. 5 février 1962, RTD com. 1962.451.

#### CABRILLAC M.

- Obs. sous Com. 8 mars 2005, RTD com. 2005.571.
- Obs. sous Com. 15 juin 1993, RTD com. 1994. 84.
- Obs. sous Com. 26 mars 2002, RTD com. 2002. 523.
- Obs. sous Com., 4 mai 1999, RTD com. 1999. 731.

- Obs. sous Com. 25 novembre 1986, RTD com. 1987.230.
- Obs. sous Com., 19 juin 1990, RTD com. 1991.74.
- Obs. sous Com., 3 juin 2003, RTD com. 2003, p. 782.
- Obs. sous Com. 23 juin 2004, RTD com. 2004.792.
- Obs. sous Com., 20 novembre 1984, RTD com. 1985, p. 334.
- Obs. sous Com., 11 janvier 2000, RTD com. 2000, p. 421.
- Obs. sous Com., 3 janvier 1996, RTD com. 1996.301.
- Obs. sous Com. 15 novembre 1994, RTD com. 1995.450.
- Obs. sous Com. 26 juin 1979, D. 1980.IR. 134.
- Obs. sous Com., 18 mars 1997, RTD com., 1997. 492.
- Obs. sous Com., 16 janvier 1990, RTD com. 1990. 440.
- Obs. sous Com., 9 janvier 1990, RTD com., 1990.239.
- Obs. sous Com. 12 juillet 1993, RTD com. 1993.691.
- Obs. sous Com. 2 décembre 1980, RTD com. 1981. 578.
- Obs. sous Com, 4 juin 1996, RTD com. 1996. 700.
- Obs. sous Com. 26 février 1979, RTD com. 1979. 794.
- Obs. sous Com., 10 mai 1994, RTD com. 1994.533.
- Obs. sous CA Paris, 3 janvier 1975, RTD com.1975. 151.
- Obs. sous Com. 27 février 1996, RTD com. 1996. 307.
- Obs. sous Com. 29 janvier 2002, Banque et droit, 354.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 1957, RTD com., 1989. 285.
- Obs. sous Civ.1<sup>re</sup>, 12 décembre 1955, RTD com. 1956.297.
- Obs. sous Com. 15 janvier 1985, RTD com. 1985.546.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 15 novembre 1988, RTD com. 1989.285.
- Obs. sous Paris, 17 mars 1986, RTD com., 1987.562.
- Obs. sous CA Paris, 6 février. 1975, RTD com. 1975.345.
- Obs. sous Com. 15 janvier 1985, RTD com. 1985.
- Obs. sous Com. 12 juillet 1971, RTD com., 1972.144.
- Obs. sous Com. 23 février 1993, RTD com., 1993.557.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mars 1989, RTD com. 1989. 704.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 5 juillet 1988, RTD com. 1985.105.
- Obs. sous Com. 19 février 1991, RTD com. 1991.421.
- Obs. sous Com. 10 juin 1997, RTD com. 1997.657.
- Obs. sous Com., 2 mars 1993, RTD com. 1993.553.

- Obs. sous Com., 2 octobre 1990, RTD com. 1991.420.
- Obs. sous Com. 21 janv. 2004, RTD com. 2004. 352.
- Obs. sous Com., 21 janv. 1997, RTD com. 1997. 296.
- Obs. sous Com., 19 juin 1990, RTD com. 1991. 74.
- Obs. sous Com. 6 avril 1993, RTD com. 1993. 548.
- Obs. sous Com., 11 janv. 2000, RTD com. 2000. 421.
- Obs. sous Com., 6 avril 1993, RTD com., 1993 549.
- Obs. sous Com., 21 mai 1996, RTD com., 1996 507.
- Obs. sous CA Paris, 5 octobre . 1989, D. 1990. Somm. 119.
- Obs. sous CA Paris, 28 mars 1989, RTD com. 2001. 749.
- Obs. sous Com. 7 févr. 1983, RTD com. 1984. 319.
- Obs. sous Civ. 2<sup>e</sup> 2 juillet 1997 n° 95-10.377, RTD com. 1997.659.
- Obs. sous Com, 3 mars 2001, RTD com., 2001 743.
- Obs. sous Com., 9 janvier 1990, RTD com., 1990.239.
- Obs. sous Com., 3 juillet, RTD com., 2001. 963.
- Note. sous Com, 5 novembre 1991, RTD com.1992, p. 436.
- Obs. sous Com.,3 avril 1990, RTD com., 1999. 444.
- Obs. sous Com., 18 février 1997, RTD com., 1997. 299.
- Obs. sous Com., 16 avril 1991, RTD com., 1992. 844.
- Obs. sous Paris, 19 septembre 1989, RTD com., 1990.443.
- Obs. sous Com., 8 janvier 1991, RTD com., 1991.424.
- Obs. sous Com., 29 avril 1997, RTD com., 1997.493.
- Obs. sous Com., 7 janvier 2004, RTD com., 2004. 359.
- Obs. sous Com., 5 juillet 1983, RTD com., 1984. 125.
- Obs. sous Com. 11 mars 1997, RTDcom. 1997.302.
- Obs. sous Civ.1<sup>re</sup>, 22 mars 1977, RTD com. 1977.566.
- Obs. sous Com., 4 mai 1999, RTD com. 1999. 731.

#### CAPRIOLI

- Obs. sous Com. 12 décembre 2006, Bull. civ. IV, n° 241 ; mai 2007.28.

#### CARBONNIER

- Obs. Civ. 1<sup>re</sup> , 21 mars 1957, RTD civ.1957.

## CHAPUT

- Note sous Com., 2 avril 1996, Dr. sociétés, mai 1996, n° 102.
- Obs. sous Ass. plén., 9 juillet 1993, Rev. proc.coll. 1993, 135, n° 5.
- Obs. sous T. com. Paris, 11 janv. 1994, Dr. sociétés 1994, n° 204.

## CHARTIER Y.

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 27 nov. 2001, D. 2002. Jur. 119.

## CHAZAL

- Note sous Com., 2 avril 1996, JCP G 1997, II, 22803.

## CONTAMINE-RAYNAUD

- Obs. sous Com., 24 novembre 1987, RD bancaire, 1988.153.
- Obs. sous Com. 13 décembre 1994, RD bancaire et bourse n° 61, mai-juin 1997. 123.

## CREDOT J.-F.

- Note sous Com. 8 mars 2005, RD banc. Fin. Mai-juin 2005, p. 12.
- Obs. sous Com. 22 mai 2001, RD bancaire et financier septembre-octobre 2001, p. 282.
- Obs. sous Com. 26 avril 1994, RD. Bancaire et bourse 1995, p. 14, n° 4.
- Obs. sous Mixte, 29 juin 2007, RD bancaire, septembre-octobre 2007.42.
- Obs. sous Com., 11 janvier 2000, RD bancaire et financier mars-avril 2000, p. 75.
- Obs. sous Com., 3 juin 2003, RD bancaire et financier juillet-août 2003, p. 203.
- Obs. sous Com., 9 mars 1993, RD bancaire et bourse juillet-août 1993, 156.
- Obs. sous Com. 16 mars 2010, RDBF juillet 2010.124.
- Obs. sous Com. 23 février 1993, RD bancaire, b1993.159.
- Obs. sous Com., 26 mai 2004, RDBF 2004. 244.
- Obs. sous Com. 23 juin 2004, RDBF 2004.319 ; Banque et Dr. septembre 2004.82.
- Obs. sous Com., 11 janv. 2000, RD bancaire et financier n° 2, mars-avril 2000.75.
- Obs. sous CA Paris, 10 juin 1987, RD bancaire et bourse 1988.92.
- Obs. sous Com. 11 oct. 1994, RD bancaire et bourse 1995.16.
- Obs. sous Com. 12 décembre 2006, RDBF mars 2009.
- Obs. sous Com. 11 janvier 2005, RDBF 2005, n° 32.
- Obs. sous Com. 24 mars 2009, Banque et droit 2009, comm. 80.
- Obs. sous Com. 11 octobre 2011, RD bancaire et financier 2012, comm. 35.
- Obs. sous CA paris, 21 mars 1990, RD bancaire et bourse 1991, p. 23.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 1957, RD bancaire, 1989.63.

- Obs. sous Civ. 1re, 15 novembre 1988, RD bancaire, 1989.63.
- Obs. sous Com. 22 octobre 1991, RD bancaire et bourse 1992, p. 57.
- Obs. sous Civ. 1re , 2 juin 1993, RD bancaire et financier n° 6, novembre-décembre 2005 n° 1897.
- Obs. sous Com. 22 mai 1991, RD bancaire, 1991.194.
- Obs. sous Com. 15 juin 1999, RD bancaire et bourse 1999, p. 186.
- Obs. sous Com. 18 mai 1993, RD bancaire et bourse 1987, p. 53.
- Obs. sous Com. 10 juin 1997, RD bancaire et bourse 1997, p. 218.
- Obs. sous Com. 14 janvier 1992, RD bancaire et bourse 1992, p. 72.
- Obs. sous Com. 18 mai 1993, RD bancaire et bourse 1997, p.216.
- Obs. sous Com., 2 octobre 1990, RD bancaire et bourse 1991, p. 100.
- Obs. sous Com. 21 janv. 2004, RD bancaire et financier mai-juin 2004, p. 178.
- Note sous TA Paris, ord. Réf., 16 mars 2005, n° 050280519, RD bancaire et fin. 2008, p. 36.
- Obs. sous T. com. Créteil, 6 déc. 2011, RD bancaire et fin. 2012, comm. 2.
- Obs. sous Com. 24 mars 1992, RD bancaire et bourse n° 32, juin/juillet 1992. 150.
- Obs. sous Com., 12 mars 1996, RD bancaire et bourse n° 56, juillet-août 1996. 172.
- Obs. sous Com. 17 oct. 1995, RD bancaire et bourse n° 52, novembre-décembre 1995. 214.
- Obs. sous Com. 27 mai 2008, RD bancaire et financier septembre-octobre 2008, n° 130.
- Obs. sous Com., 4 mai 1999, RD. bancaire et bourse n° 74, juillet- août 1999. 121.
- Obs. sous CE, 16 févr. 2005, RD bancaire et financier juillet -août 2005.
- Obs. sous Com., 27 février 2001, RD bancaire, 2001, p. 73.
- Obs. sous Com., 9 janvier 1990, RD bancaire, 1990.76.
- Obs. sous Ass. plén ., 9 octobre 2006, RD banc. fin. nov-déc. 2006, p. 13.
- Obs. sous Com., 21 janv.2004, RD bancaire et financier n° 3, mai-juin 2004. 178.
- Obs. sous Com., 16 janvier 1990, RD bancaire et bourse n° 22, novembre-décembre 1990.2388.
- Obs. sous Com., 14 janvier 1992, RD bancaire et bourse n°61, mai/juin 1997.116.
- Obs. sous Com. 30 juin 1992, RD bancaire et bourse 1992, p. 246.
- Obs. sous Com. 11 janvier 2005, RD banc.fin. 2005, p.35.
- Obs. sous Com. 30 octobre 2000, Gaz. Pal. 2004, n° 109.

COHEN

- Obs. sous Com.22 octobre 1996, JCP G 1997. II. 22881.

#### DAIGRE

- Obs. sous CE, 16 févr. 2005, Banque et Droit mai-juin 2005, p.46.

#### DAGORGNE-LABBE

- Note sous Com., 9 janvier 1990, LPA, 20 février 1991. 15.
- Note sous Com., 20 janvier 1998, JCP, 1998, II, 10121.

#### DELEBECQUE Ph.

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 15 novembre 1988, D., 1989. 349.
- Note sous Com.22 octobre 1996, D. 1997, Somm. 175.
- Obs. sous Com., 4 mai 1999, Défrénois 1999, art. 37041, n° 73, p. 997.
- Obs. sous Com., 28 février 2006, D. 2007. Somm. 1901.
- Note sous Com. 4 mai 1999, Defrénois 1999.997.

#### DELPECH X.

- Obs. sous Com. 10 décembre 2003, D. 2004, AJ. 136.
- Obs. sous Com. 6 octobre 1998, D. Affaires 1998. 1904.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juillet 2005, D. Affaires 2005. AJ 2277.
- Obs. sous Com. 6 juin 2001, D. 2001. AJ. 2197.
- Obs. sous Com. 11 octobre 2011, D. 2012, p. 2588.
- Note sous Com. 27 mars 2012, D. 2012. 944.
- Obs. sous Com. 4 novembre 2008, D. 2012, janvier 2012, act. 92.
- Obs. sous Com. 12 juillet 2005, D. 2005, act. Jurisp. 2214.
- Note sous Ass. plén., 9 octobre 2006, D. 2006, AJ 2525.
- Obs. sous Com. 12 juillet 2005, D. 2005, act. Jurisp. 2214.

#### DERRIDA F.

- Obs. sous Com. 25 novembre 1986, D. 1987. Jur. 88.
- Obs. sous Ass. plén., 9 juillet 1993, LPA 17 novembre 1993, n°138 ; D. 1993. Jur. 469.
- Note sous Com. 28 mars 1995, LPA 19 juillet 1995, n° 86, p. 15.
- Note sous Com. 7 janv. 1976, D. 1976. Jur. 277.

DIMITRIJEVIC M.

- Obs. sous Com. 29 janvier 2002, Droit 21 2002. AJ O96.

DJOUDI

- Obs. sous Com., 4 mai 1999, D. 2000, cahier droit des affaires, p. 191.
- Note sous Com. 4 mai 1999, D. Affaires 2000.191.

DUMAS J.-P.

- Obs. sous Ass. plén., 9 juillet 1993, D. 1993. Jur. 469.

DUPRE-DALLEMAGNE A.-S.

- Com., 26 novembre 2003, D.2004. Jur. 869.

DURRY G.

- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup> , 19 janvier 1982, RTD civ. 1983, 144.

DUMOULIN L.

- Obs. sous Com. 22 mars 2005, JCP E 2005. 1676, p. 1975, n° 32.
- Obs. sous Com. 22 mai 2007, JCP E 2007.2377, n° 17.
- Obs. sous Com., 19 juin 2007, JCP E n° 46, 15 novembre 2007, 2377, spec. N° 17.

EISMEN

- Note sous Civ. 2<sup>e</sup> , 17 fév. 1955, D. 1956.17.

ESOAVELOMANDROSO F.

- Note sous T.com. Antananarivo n° 142-C du 5 juin 2008, Jugements commentés du tribunal de commerce d'Antananarivo (année 2008) tome 1, Jurid'ika et SCAC 2011. 29.

FABRE-MAGNAN

- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup> , 7 février 1995, JCP G 1992 , I, 3632, n° 1.

FAGES B.

- Obs. sous Com. 26 mars 2002, RTD civ. 2002. 507.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup> , 12 juillet 2005; RTD civ. 2007. 103.
- Obs. sous Ass. plén ., 9 octobre 2006, Gaz. Pal. 11 oct. 2006, n° 284, p.
- Obs. sous Com., 26 nov. 2003, RTD. Civ. 2004.80.
- Obs. sous Com., 28 février 2006, RTD civ. 2006.769.

## FAYER

- Note sous Com. 12 juillet 2005, Banque, n° 676, janvier 2006.98.

## FAUVARQUE-COSSON

- Ass. plén. du 14 avril 2006, D. 2006, p. 2645.

## FENOUILLET

- Note sous Com., 8 janvier 1991, RJ com., 1993. 190.

## FIORINA

- Note sous Civ. 12 novembre 1998, D. 1999.633.

## FILLION-DUFLEUR

- Note sous Civ.1<sup>re</sup> , 10 octobre 1995, D. 1996, p.486.

## FRISON-ROCHE

- Obs. sous Paris, 6 mai 1997, RD bancaire, 1998. 16.

## GALLET

- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup> , 21 mars 1957, RJ com., 1989.107.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup> , 15 novembre 1988, RJ com., 1989.107.
- Note sous Trib.com. Marseille, 6 juin 1988, Rev. jurisp. com.1989. 135.

## GARANCE

- Note sous Com. 27 janvier 1998, DIT octobre 1999, n° 4, p. 29.

## GAUTIER P.-Y.

- Obs. sous Ass. plén ., 9 octobre 2006, Gaz. Pal. 11 oct. 2006, n° 284, p. 148.

## GAVALDA C.

- Obs. sous Aix-en-Provence, 2 juillet 1970, JCP G 1971.II. 16686.
- Obs. sous Ass. plén., 9 juillet 1993, JCP E 1993, I, 302, n° 12.
- Obs. sous Com., 19 juin 1990, RTD com. 1991.74.
- Obs. sous Com. 27 février 1996, JCP E 1998, p. 321.
- Obs. sous Com. 28 mars 1995; JCP E 1996. I. 525, n° 5.
- Note sous Com. 12 juillet 1971, D. 1972.153.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup> , 18 février 1997, JCP E 1998, p. 322.
- Note sous Com., 2 mars 1993, RD bancaire et bourse 1993, n°40, p.228.
- Obs. sous TGI Paris, 24 janvier 1980, JCP CI 1983, II, 13939, n° 18.

- Obs. sous Com., 11 janv. 2000, JCP E 2000, p.1041.
- Obs. sous Com., 6 avril 1993, D., 1993 310
- Obs. sous Com., 10 janv. 1995, D.,1995 229.
- Obs. sous Com. 22 octobre 1991, JCP E 1992, I, 159.
- Obs. sous Com. 7 janv. 1976, JCP G 1976.II. 18327.
- Obs. sous Com. 23 juin 1998, JCP E 1999, n° 17.
- Obs. sous Com., 6 juillet 1964, JCP G 1965, II. 14024.
- Obs. sous Crim., 6 mai 1964, D. 1965, p.468.
- Obs. sous CA Versailles, 24 nov. 1989, JCP E 1991, n° 91.
- Obs. sous Crim., 26 février 1998, JCP E, 1999 758, n° 5.
- Obs. sous Civ. 1re , 11 oct. 1994, JCP E 1995, I, 463, n° 3.
- Obs. sous Com., 31 mars 1992, JCP E 1993, I, 302, n° 11.

#### GERARD Y.

- Obs. sous Com. 17 oct. 1995, RD bancaire et bourse n° 52, novembre-décembre 1995. 214.
- Obs. sous Com., 4 mai 1999, RD. bancaire et bourse n° 74, juillet - août 1999. 121.
- Obs. sous CE, 16 févr. 2005, RD bancaire et financier juillet- août 2005.
- Obs. sous Com., 27 février 2001, RD bancaire, 2001, p. 73.
- Obs. sous Com., 9 janvier 1990, RD bancaire, 1990.76.
- Obs. sous Com. 22 mai 2001, RD bancaire et financier septembre-octobre 2001, p. 282.
- Obs. sous Com., 11 janvier 2000, RD bancaire et financier mars-avril 2000, p. 75.
- Obs. sous Com., 3 juin 2003, RD bancaire et financier juillet-août 2003, p. 203.
- Obs. sous Com., 9 mars 1993, RD bancaire et bourse juillet-août 1993, 156.
- Obs. sous Com., 21 janv.2004, RD bancaire et financier n° 3, mai-juin 2004. 178.
- Obs. sous Com., 16 janvier 1990, RD bancaire et bourse n° 22, novembre-décembre 1990.2388.
- Obs. sous Civ.1<sup>re</sup>, 2 juin 1993; RD bancaire et financier n° 6, novembre-décembre 2005 n° 1897.
- Obs. sous Com. 10 juin 1997, RD bancaire et bourse 1997.216.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup> , 15 novembre 1988, RD bancaire, 1989.63.
- Obs. sous Com. 22 octobre 1991, RD bancaire et bourse 1992. 57.
- Obs. sous Com., 4 mars 1997, RD bancaire et bourse n°61, mai/juin 1997.116.

- Obs. sous Com. 30 juin 1992, RD bancaire et bourse 1992. 246.
- Obs. sous Com. 11 janvier 2005, RD bancaire et financier 2005.35.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 15 novembre 1988, RD bancaire, b1993.159.
- Obs. sous Com. 15 juin 1999, RD bancaire et bourse 1999, p. 186.
- Obs. sous Com. 26 avril 1994, RD. Bancaire et bourse 1995, p. 14, n° 4.
- Obs. sous Com. 30 octobre 2000, Gaz. Pal. 2004, n° 109.
- Obs. sous Mixte, 29 juin 2007, RD bancaire, septembre-octobre 2007.42.
- Obs. sous Com., 26 mai 2004, RDBF 2004. 244.
- Obs. sous Com. 23 juin 2004, RDBF 2004.319 ; Banque et Dr. septembre 2004.82.
- Obs. sous Com. 11 janvier 2005, RDBF 2005, n° 32.
- Obs. sous CA paris, 21 mars 1990, RD bancaire et bourse 1991, p. 23.
- Obs. sous Com. 22 mai 1991, RD bancaire, 1991.194.
- Obs. sous Com. 13 janvier 1987, RD bancaire et bourse 1987, p. 53.
- Obs. sous Com. 10 juin 1997, RD bancaire et bourse 1997, p. 218.
- Obs. sous Com. 14 janvier 1992, RD bancaire et bourse 1992, p. 72.
- Obs. sous Com., 2 octobre 1990, RD bancaire et bourse 1991, p. 100.
- Obs. sous Com. 21 janv. 2004, RD bancaire et financier mai-juin 2004, p. 178.
- Obs. sous Com. 24 mars 1992, RD bancaire et bourse n° 32, juin/juillet 1992. 150.
- Obs. sous Com., 12 mars 1996, RD bancaire et bourse n° 56, juillet-août 1996. 172.
- Obs. sous Com., 11 janv. 2000, RD bancaire et financier n° 2, mars-avril 2000.75.
- Obs. sous CA Paris, 10 juin 1987, RD bancaire et bourse 1988.92.
- Obs. sous Com. 11 oct. 1994, n° 90-12.129, RD bancaire et bourse 1995.16.

#### GERMAIN

- Obs. sous Paris, 6 mai 1997, RD bancaire, 1998. 16.

#### GEORGIADES

- Note sous CA Amiens, 28 mars 1963, D. 1963. Jur. 477.

#### GHESTIN J.

- Note sous Com. 7 janv. 1976, JCP G 1976. I. 2786.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 5 juill. 2006,; D. 2007. Jur.50.

#### GIBIRILA

- Obs. sous Com. 18 mai 1993, LPA 13 décembre 1993, p. 16.

#### GISJBERS

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 19 juin 2013, LEDB, 2013, n° 8, p. 3.

#### GROSSER

- Obs. sous Ass. plén. du 14 avril 2006, JCPG 2006, II, 10087.

#### GROUDEL

- Obs. sous Civ., 1<sup>re</sup>, 4 juillet 1978, D. 1979, inf. rap., p. 193.

#### GRUA

- Note sous Com., 6 avril 1993, RJ com., 1993 262.

#### GUENEE

- Note sous Req. 15 déc. 1902, D. P. 1903-1-609.

#### GUILLOT J.-L.

- Obs. sous Com. 26 mars 2002, Banque magazine 2002, n° 637, p. 76.
- Obs. sous Com. 12 juillet 1993, Banque 1993, n° 100.
- Obs. sous Com. 23 février 1993, Banque, 1993.97.
- Obs. sous Com. 18 mai 1993, Banque 1993. 100.
- Obs. sous Com., 29 mars et 7 juin 1994, Banque, 1994 91.
- Note sous Com. 12 juillet 2005, Banque, n° 676, janvier 2006.98.

#### GUYOMAR

- Note sous CE, 29 mars 2010, Bull. Joly Bourse 2010, n° 6, p.471.

#### GOURIO

- Obs. sous Com. 26 mars 2002, JCP E 2002. 852.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juillet 2005 JCP 2005. II. 10140.

#### HONORAT

- Note sous Com. 2 juin 1992 RJDA 8 septembre 1992, Défrénois 1993, 1577.

#### HOUTCIEFF

- Note sous Ass. plén., 9 octobre 2006, D. 2006. Jur. 2933.

#### HOVASSE

- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 12 novembre 1998, JCP N 1999 351.

#### JAMIN

- Note sous Com. 21 janv. 2004, D. 2004. 1149.

#### JEANTIN

- Note sous Com., 9 janvier 1990,; Bull. Joly, 1990.267.

#### JOURDAIN P.

- Obs. sous ch. Mixte, 29 juin 2007, RTD civ. 2007.779.
- Obs. sous. Ass. plén. du 14 avril 2006, D. 2006, p. 1577.
- Obs. sous Civ. 2<sup>e</sup>, 26 mai 1992, RTD. Civ. 1992, p. 767.
- Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 8 juil. 1998, RTD. civ; 1998, p. 909.
- Obs. sous Com., 24 sept. 2003, RTD. civ. 2004, p. 94.

#### JUGLART

- Obs. sous Civ. 2<sup>e</sup>, 28 nov. 1962 JCP 1064, II, 1371.

#### KLEITZ

- Note sous Ass. plén., 9 octobre 2006, RLDC nov. 2006, p. 25.

#### LAMAZEROLLES

- Obs. sous Com., 26 nov. 2003, D.2004. Somm. 2922.

#### LAMBERT

- Note sous Com. 19 mai 1992, Bull. Joly, 1994.180.

#### LAITHIER

- Obs. sous Ass. plén. 14 avril 2006, RLDC 2006. 1083.
- Obs. sous Com., 13 juillet 2010, RLDC.2011. 51.
- Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 26 janvier 2011, RLDC 2011. 8817.

#### LANCEREAU

- Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 25 avril 1985, RDI, 1985.84.

#### LASSERRE-CAPDEVILLE J.

- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 8 octobre 2009, Gaz. Pal. 5 mars 2010. 25.
- Obs. sous Com. 24 mars 2009, D. 2009, jurispr. P. 1735.
- Obs. sous Com. 28 juin 2011, LEDB 2011, n° 8, p. 6.
- Obs. sous Com. 20 janvier 2009, JCP G 2009, IV 1304, et II 10050.

- Obs. sous CA Versailles, 13 mars 2012, LEDBF 2012, n° 5, p. 2.
- Obs. sous Com., 16 octobre 2012, D. 2013, p. 407.

#### LAULIER

- Note sous Com., 19 juin 2012, LPA 18 octobre 2012.

#### LE BARS

- Note sous Com. 4 novembre 2008, Bull. Joly Bourse 2009, n° 1, p. 47.

#### LE CANNU

- Note sous Com. 19 mai 1992, Bull. Joly, 1992. 779.

#### LE NABASQUE

- Obs. sous Com. 19 mai 1992, Dr. soc. , 1992 n° 209.
- Obs. sous Com., 7 décembre 1993, D.1994 n° 117.

#### LEGEAIS D.

- Note sous Com. 10 décembre 2003, JCP E 2004, p. 282.
- Obs. sous Com. 22 mars 2005, RTD com. 2005. 578.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juillet 2005 JCP E 2005. 1359.
- Note sous Mixte, 29 juin 2007, JCP E, 2007. 2105.
- Note sous Com. 3 février 2009, JCP E, 2009.1305.
- Obs. sous Com., 3 juin 2003, RTD com. 2003. 782.
- Obs. sous Com., 19 juin 2012, RTD com. 2012.596.
- Obs. sous Com. 1<sup>er</sup> juillet 2003, RTD com. 2003, 796.
- Obs. sous Com., 16 octobre 2012, RTD com. 2012, 825.
- Obs. sous Com., 11 octobre 2005, RTD com. 2006.177.
- Obs. sous Com. 20 juin 2006, RTD com; 2006.891.
- Note sous Com. 21 janv. 2004, RTD com. 2004. 352.
- Note sous Com. 23 juin 1998, JCP E 1998. 1831 ; RD bancaire et bourse 1998, n° 70.193.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup> , 5 juill. 2006, RTD com 2006. 887.
- Obs. sous Com., 21 janv.2004, RTD com. 2004.352.
- Obs. sous Com ; 20 février 2007, RTD com., 2007. 423.
- Obs. sous Com., 7 janvier 2004, RTD com., 2004. 359.
- Obs. sous Com. 12 juillet 2005, RTD com. 2005.823.
- Obs. sous Com., 28 février 2006, RTD com. 2006. 458.

LEVENEUR L.

- Obs. sous Com., 11 octobre 2005, CCC février 2006 n° 19.
- Obs. sous Com. 22 octobre 1996, CCC 1997, comm. n° 24.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 27 juin 2006, CCC 2006, p. 10.
- Obs. sous Com. 13 décembre 1994, CCC, bourse n° 50, juillet-août 1995, n° 51.

LIBCHABER R.

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 27 nov. 2001, Defrénois, 2002, n° 4, n°37486, p.259.

LIENHARD

- Obs. sous Com. 22 mars 2005, D. 2005, AJ 1020.
- Obs. sous Com. 29 janvier 2002, Droit 21 2002, D. 2002, AJ 717.

LIKILLIMBA G.-A.

- Note sous Com. 10 décembre 2003, Banque et droit novembre-décembre 2004.19.

LUCAS F.-X

- Note sous Com. 10 décembre 2003, Bull. Joly 2004, 491.
- Obs. sous Com. 22 mars 2005, Bull. Joly 2005, 1213.
- Obs. sous Com. 2 juin 2004, RD bancaire et financier. novembre-décembre 2004. 414, n° 253.
- Note sous Ass. plén., 9 octobre 2006, Bull. Joly 2007, 57.

LYON-CAEN

- Note sous Com. 27 novembre 1900, S. 1901-1-113.

MARIN X.

- Obs. sous Com. 5 février 1962, RTD com. 1962.451.

MARTIN L.-M.

- Obs. sous CA Paris, 17 mars 1978, D Banque 1978.656.

MARTIN R.

- Note sous Com. 22 octobre 1996, Gaz.Pal. 16 août 1997, n° 238, p. 12.
- Obs. sous TGI Paris, 24 janvier 1980, Banque n° 397, juillet-août 1980. 908.
- Obs. sous Com. 19 décembre. 2000, RD bancaire et financier. 2001, 78.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 5 juill. 2006, D. 2006. Jur. 753.

- Obs. sous Ass. plén ., 9 octobre 2006, D. 2007. Somm. 753.

#### MATHEY

- Obs. sous Com. 23 juin 2004, JCP E 2005. 872.
- Note sous Ass. plén ., 9 octobre 2006, JCP E 2007. 1679.
- Note sous CA Paris, 15<sup>e</sup> ch.B, 24 nov. 2006, JCP E 2007.1679, n° 20.
- Note sous CA Aix-en-Provence, 8<sup>e</sup> ch. C, 26 oct. 2006, JCP E 2007, 1679, n° 20.
- Obs. Sous Com., 26 novembre 2003, Rev. sociétés 2004. 325.

#### MATTOUT J.-P.

- Obs. sous Com. 22 mars 2005, Dr. et patrimoine, décembre 2005. 97.
- Obs. sous Com. 24 mars 2009, Dr et patrimoine 2009, n° 184. 97.
- Obs. sous Com. 11 octobre 2011, Dr. et patrimoine mars 2012, p. 82.
- Obs. sous Ass. plén ., 9 octobre 2006, Dr. et patrimoine. Mars 2007, p. 103.
- Obs. sous Com., 14 juin 2000, RD bancaire et financier n° 6, novembre-décembre 2000.355.

#### MAZEAUD

- Obs. sous Com.22 octobre 1996, Defrenois 1997, 333.
- Note sous Civ. 2<sup>e</sup> , 6 avril 1927, S. 1927, 1, 201.
- Obs. sous Civ. 2<sup>e</sup> , 22 fév. 1995, somm. 233.

#### MEKKI

- Note sous Ass. plén. 14 avril 2006, RLDC juillet 2006. 17.

#### MESTRE

- Obs. sous Civ. 1re, 12 juillet 2005, RTD civ. 2007. 103.
- Obs. sous Com. 28 mars 1995, RTD civ. 1996.163.
- Obs. sous Com.22 octobre 1996, RTD civ. 1997.418.

- Obs. sous Ass. plén ., 9 octobre 2006, RTD civ. 2007. 115.
- Obs. sous Com., 26 novembre 2003, RTD. Civ. 2004.80.
- Obs. sous Com., 28 février 2006, RTD civ. 2006.769.

#### MIGNOT

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup> , 19 juin 2013, n° 12-18478.

#### MULLER

- Note sous Com. 13 décembre 2011, RD bancaire et financier 2012, n° 2, comm. 66.

#### NAIJAR

- Note sous Com. 23 février 1993, D. 1993.424.

#### NEAU-LEDUC P.

- Note sous Com. 4 mai 1999, JCP E 2000. 895.

#### NOGUERO

- Obs. sous Ass. plén. du 14 avril 2006, RLDC 2006, p. 1207.

#### PARANCE

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup> , 12 juillet 2005; D Affaires 2005. J. 3094.

#### PATARIN

- Obs. sous Civ. 12 novembre 1998, RTD civ., 1999.674.

#### PERINET-MARQUET

- Obs. sous Civ. 12 novembre 1998, JCP 1999, I, 120.

#### PIEDELIEVRE S.

- Obs. sous Com. 2 juin 2004, RD bancaire et financier. novembre-décembre 2004, p. 414, n° 253.
- Note sous ch. Mixte, 29 juin 2007, D. 2007.2081.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 9 décembre 1997, JCP G 1998, II, 10 148 et JCP E , p. 1731.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup> , 27 février 2001, JCP E 2001. 1580.
- Obs. sous Com., 20 novembre 1984, Gaz. Pal. 1985, 1, pan.jurispr. p. 67.
- Obs. sous Com., 16 octobre 2012, JCP E 2012, 1680.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup> 12 novembre 1998, JCP 1999, II, 10027.

- Obs. sous Civ. 1re , 3 décembre 2002, JCP E 2003, II, 10158.
- Obs. sous Com., 27 janvier 1998, Gaz. Pal., 20-22 décembre 1998 somm.8.
- Note sous Civ. 1re , 27 nov. 2001, ; JCP G 2002. IV. 1047 et JCP G 2002. II. 10050, p. 607.
- Note sous Com., 21 janv.2004, JCP G 2004, II, 10062.
- Note sous Com., 5 juillet 1983, Gaz Pal., 1983.2.686.

#### POLLAUD-DULIAN

- Obs. sous Ass. plén., 9 juillet 1993, JCP E 1993. II. 509.

#### PREVAULT

- Obs. sous Paris, 19 avril 1984, JCP E 1985, II, 14491.

#### PRUM A.

- Obs. sous Com. 22 mars 2005, Dr. et patrimoine Décembre 2005. 97.
- Obs. sous Com. 24 mars 2009, Dr et patrimoine 2009, n° 184, p. 97.
- Obs. sous Com. 11 octobre 2011, Dr. Et patrimoine mars 2012, p. 82.
- Obs. sous Ass. plén ., 9 octobre 2006, Dr et patrimoinr Mars 2007, p. 103.

#### PUTMAN

- Note sous Civ. 1re , 29 mars 1989, JCP G , II, 21415.

#### RAKOTOVAHINY M. A.

- Obs. sous Ass. plén ., 9 octobre 2006, RLDA nov. 2006. 42.

#### RAMAROLANTO-RATIARAY

- Note sous T. Com d'Antananarivo du 14 novembre 2008, n° 242, Jugements commentés du Tribunal de commerce d'Antananarivo année 2008, t1, Coopération franco- malgache, Jurid'ika, 2011, p.300 et s.
- Note sous T. Com. d'Antananarivo du 13 juin 2008, n° 149-C, Jugements commentés du Tribunal de commerce d'Antananarivo année 2008, t1, Coopération franco-malgache, Jurid'ika, 2011, p.305 et s.
- Note sous Cour Suprême de Madagascar du 4 mai 2007, n° 37/03-CO, bull.arr.c.sup.2007.44, jugements commentés du Tribunal de Commerce d'Antananarivo Année 2008, Jurid'ika 2011, p.3.

- Obs. sous T. Com. d'Antananarivo, 10 octobre 2008, n° 218-C, 220-C, 242-C, 149-C, Jugements commentés du Tribunal de commerce d'Antananarivo, Jurid'ika et coopération franco-malgache, 2011, p. 295.
- Obs. sous T. Com. d'Antananarivo, 6 novembre 2008, n° 229-C, Jugements commentés du Tribunal de commerce d'Antananarivo, Jurid'ika et coopération franco-malgache, 2011, p. 357.
- Note sous T. Com Antananarivo n° 21-C du 31 janvier 2008, Jugements commentés du tribunal de commerce d'Antananarivo (année 2008) tome 2, Jurid'ika et SCAC 2012, p.69.
- Note sous T. com. Antananarivo n° 146-C du 6 juin 2008, Jugements commentés du tribunal de commerce d'Antananarivo (année 2008) tome 1, Jurid'ika et SCAC 2011, p.69.
- Note sous Cour Suprême de Madagascar du 4 mai 2007, n° 37/03-CO, bull.arr.c.sup.2007.44, jugements commentés du Tribunal de Commerce d'Antananarivo Année 2008, tome 1, Jurid'ika 2011, p.5 et s.
- Note sous T. com. Antananarivo, 10 oct. 2008, Jugements commentés du Tribunal de commerce d'Antananarivo Année 2008, t.1, Jurid'ika 2011, p. 297 ;
- Note sous T. com. Antananarivo, 7 août 2008, Tribunal de commerce Jugements commentés du Tribunal de commerce d'Antananarivo Année 2008, tome1, Jurid'ika 2011, p. 308 et s.
- Note sous T. Com. d'Antananarivo, 10 octobre 2008, n° 218-C, jugements commentés du tribunal de commerce d'Antananarivo, Année 2008, t1, coopération franco-malgache et Jurid'ika 2011, p. 295et 296 ;
- Note sous T. Com. d'Antananarivo, 10 octobre 2008, n° 220-C, jugements commentés du tribunal de commerce d'Antananarivo, Année 2008, t1, coopération franco-malgache et Jurid'ika 2011, p. 297à 300 ;
- Note sous T. Com. d'Antananarivo, 14 novembre 2008, n° 242-C, jugements commentés du tribunal de commerce d'Antananarivo, Année 2008, t1, coopération franco-malgache et Jurid'ika 2011, p. 300 à 304 ;
- Note sous T. Com. d'Antananarivo, 13 juin 2008, n° 149-C, jugements commentés du tribunal de commerce d'Antananarivo, Année 2008, t1, coopération franco-malgache et Jurid'ika 2011, p. 305 à 307 ;

- Note sous T. Com. d'Antananarivo, 7août 2008, n° 185-C, jugements commentés du tribunal de commerce d'Antananarivo, Année 2008, t1, coopération franco-malgache et Jurid'ika 2011, p. 308 à 312.

#### RANJATOSON C.

- Note sous T. Com. Antananarivo n° 114 du 2 mai 2008, Jugements commentés du tribunal de commerce d'Antananarivo (année 2008) tome 2, Jurid'ika et SCAC 2011. 82.

#### RAKOTOBE R.

- Note sous T. Com. d'Antananarivo, 4 septembre 2008, n°197-C, Jugements commentés du tribunal de commerce d'Antananarivo, Année 2008, t2, Coopération franco-malgache et jurid'ika 2012, p.299.

#### RAYMOND

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 9 décembre 1997, CCC, mars 1998, n° 53.
- Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 7 février 1995, CCC août-septembre 1995, n° 156.

#### RIASOTTO

- Obs. sous Com., 16 décembre 2008, RD bancaire, mai 2009 n° 106.

#### RIVES-LANGE J.-L.

- Obs. sous Com. 15 janvier 1985, Banque 1985.641.
- Obs. sous Com. 22 octobre 1991, Banque 1992.101.
- Obs. sous CA Paris, 6 février. 1975, RTD com. 1975.345.
- Obs. sous Com. 12 juillet 1971, RTD com., 1972.144.
- Obs. sous Com. 22 mai 1991, Banque, 1991.759.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 5 juillet 1988, Banque n° 487, octobre 1988. 1058.
- Obs. sous Com. 19 février 1991, Banque 1991. 431.
- Obs. sous CA Douai, 17 janvier 1991, Banque 1991.657.
- Obs. sous Com. 24 mars 1992, Banque n° 528, juin 1992. 646.
- Obs. sous Com., 9 oct. 1985, Banque n° 458, février 1986. 189.
- Obs. sous Civ.1<sup>re</sup>, 22 mars 1977, RTD com. 1977.566.
- Obs. sous Com., 24 novembre 1987, Banque.,1988.133.
- Obs. sous Com., 9 janvier 1990,; Banque, 1990.92.
- Obs. sous Com., 16 janvier 1990, Banque n°505, mai 1990.538.

## RODIERE

- Note sous Civ. 2<sup>e</sup> , 17 fév. 1955, JCP 1955, II, 8951.

## RODRIGUEZ

- Obs. sous Com., 16 octobre 2012, JCP G 2012, 1202.
- Note sous Com. 27 mars 2012, JCP G 2012. 704.

## ROUAUD A.-C.

- Note sous Com., 19 juin 2012, Gaz.Pal., 22 septembre 2012.113.
- Obs. sous Com. 11 octobre 2011, Gaz. Pal. 2012, n° 35.

## ROUTIER

- Note sous CA Paris, 15<sup>e</sup> ch. B, 12 janvier 2007, Gaz. Pal. 27 octobre 2007, n° 300, p. 53.
- Note sous Ass. plén ., 9 octobre 2006, Lexbase hebdo éd. Privée gén, 19 oct. 2006, n° N4036AL3.
- Note sous CA Paris, 15<sup>e</sup> ch.b, 3 juillet 2008, Gaz. Pal. 21-22 janvier 2009, p. 22.

## ROUXEL

- Obs. sous Civ. 12 novembre 1998, JCP E 1999, 426.

## SALATI

- Note sous Com., 21 janv.2004, JCP E 2004. 649.

## SALGUIERO

- Obs. sous Com. 8 nov. 2005, JCP E 2006, 1850, p. 959.
- Obs. sous Com. 11 octobre 2011, JCP E 2012, chron. Dr. Bancaire, 1373.

## SAMIN Th.

- Obs. sous Com. 27 mai 2008, RD bancaire et financier septembre-octobre 2008, n° 130.
- Obs. sous Ass. plén ., 9 octobre 2006, RD banc. fin. nov-déc. 2006, p. 13.
- Obs. sous Com. 16 mars 2010, RDBF juillet 2010.124.
- Obs. sous Com. 12 décembre 2006, RDBF mars 2009.
- Note sous TA Paris, ord. Réf., 16 mars 2005, RD bancaire et fin. 2008, p. 36.
- Obs. sous T. com. Créteil, 6 déc. 2011, RD bancaire et fin. 2012, comm. 2.
- Obs. sous Com. 11 octobre 2011, RD bancaire et financier 2012, comm. 35.

- Note sous Com. 24 mars 2009, Banque et droit 2009, comm. 80.

#### SAVAUX

- Obs. sous Ass. plén., 14 avril 2006, Défrénois 2006. 1083.

#### SCHOLER P.

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup> , 8 juil. 2003, Bull. Joly 2004, 1272.

#### SERIAUX

- Note sous Com. 22 octobre 1996. D. 1997. Jur. 121.

#### SOLLETY

- Note sous Civ. 1<sup>re</sup> , 29 mars 1989, JCP G , II, 21415.

#### SORTAIS

- Obs. sous Com. 7 janv. 1976, D. 1976. Jur. 277.

#### STOFFEL-MUNCK

- Obs. sous Ass. plén., 14 avril 2006, Dr. et patrimoine, octobre 2006, p. 99.

#### STORCK

- Note sous Com. 13 juin 1995, JCP, 1995 II 22501.
- Obs. sous Civ. 12 novembre 1998, RTD com., 1999.459. STOUFFLET J.
- Obs. sous Com. 22 mai 2001, JCP E 2003, p. 396.
- Obs. sous Com. 17 mars 2004, JCP E 2005, 782, p. 868, n° 32.
- Obs. sous Com. 2 juin 2004, JCP E 2005 ; 782, p. 869, n° 36.
- Obs. Sous Ass. plén., 9 juillet 1993, JCP E 1993, I, 302, n° 12.
- Obs. sous Civ. 3<sup>e</sup> , 25 avril 1985, RDI, 1985.84.
- Obs. sous Com., 19 juin 1990, RTD com. 1991.74.
- Obs. sous Com. 31 mai 1988, Rev. sociétés 1989, p. 39.
- Obs. sous Com. 27 février 1996, JCP E 1998, p. 321.
- Obs. sous Com. 28 mars 1995, JCP E 1996. I. 525, n° 5.
- Obs. sous Com. 20 juin 2006, JCP E 2006, p. 2036, n° 44.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup> , 18 février 1997, JCP E 1998, p. 322.
- Obs. sous Com. 22 octobre 1991, JCP E 1992, I, 159.
- Obs. sous Com. 21 janv. 2004, , JCP E2004, 736, n° 16.
- Obs. sous TGI Paris, 24 janvier 1980, JCP CI 1983, II, 13939, n° 18.
- Obs. sous Com., 11 janv. 2000, JCP E 2000, p.1041.

- Obs. sous Com. 17 janv. 1968, JCP G 1969. II. 15839.
- Obs. sous Com., 6 avril 1993, JCP, 1993 III 22062.
- Obs. sous Com. 7 janv. 1976, JCP G 1976.II. 18327.
- Obs. sous CA Paris, 6 janv. 1977, JCP 1977. II. 18689.
- Obs. sous Com. 23 juin 1998, JCP E 1999, n° 17.
- Obs. sous CA Versailles, 24 nov. 1989 : JCP E 1991, n° 91.
- Obs. sous Crim., 26 février 1998, JCP E, 1999 758, n° 5.
- Obs. sous Paris, 13 juin 2003, JCP E 2004,n° 20-21, p. 811.
- Obs. sous Com., 9 janvier 1990, JCP 1990, II. 21459.
- Obs. sous Civ. 1re , 11 oct. 1994, JCP E 1995, I, 463, n° 3.
- Obs. sous Com., 21 janv.2004, JCP E 2004, 736, n° 16.
- Obs. sous Com., 31 mars 1992, JCP E 1993, I, 302, n° 11.

#### SYNVET

- Obs. sous CJCE, 11février 1999, cahier droit des affaires, som. com. 454.  
TCHOUTOURIAN Y.
- Note sous Com. 29 janvier 2002, D. 2002, AJ 717, Jur. 1336.

#### TEYSSIE B.

- Obs. sous Com. 2 décembre 1980, RTD com. 1981. 578/
- Obs. sous Com. 15 juin 1993, RTD com. 1994. 84.
- Obs. sous. Com. 25 novembre 1986, RTD com. 1987.230.
- Obs. sous Com., 19 juin 1990, RTD com. 1991.74.
- Obs. sous Com. 12 juillet 1993, RTD com. 1993.691.
- Obs. Civ.1<sup>re</sup> , 15 novembre 1988, RTD com., 1989. 285.
- Obs. sous Com. 15 janvier 1985, RTD com. 1985.546.
- Obs. sous Paris, 17 mars 1986, RTD com., 1987.562.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup> , 29 mars 1989, RTD com. 1989. 704.
- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup> , 5 juillet 1988, RTD com. 1985.105.
- Obs. sous Com. 10 juin 1997, RTD com. 1997.657.
- Obs. sous Com., 2 mars 1993,; RTD com. 1993.55.
- Obs. sous Com., 2 octobre 1990, RTD com. 1991.420.
- Obs. sous Com., 19 juin 1990, RTD com. 1991. 74.
- Obs. sous Com. 6 avril 1993, RTD com. 1993. 548.
- Obs. sous Com. 7 février 1983, RTD com. 1984. 319.

- Obs. sous Com., 9 janvier 1990 RTD com., 1990.239.
- Note. sous Com, 5 novembre 1991, RTD com.1992, p. 436.
- Obs. sous Com.,3 avril 1990, RTD com., 1999. 444.
- Obs. sous Com., 16 avril 1991, RTD com., 1992. 844.
- Obs. sous Paris, 19 septembre 1989, RTD com., 1990.443,
- Obs. sous Com., 8 janvier 1991, RTD com., 1991.424.
- Obs. sous Com., 5 juillet 1983, RTD com., 1984. 125.
- Obs. sous Com., 20 novembre 1984, RTD com. 1985, p. 334.
- Obs. sous Com., 16 janvier 1990, RTD com. 1990. 440.
- Obs. sous Com. 23 février 1993, RTD com., 1993.557.

#### THALLER

- Note sous Com. 27 novembre 1900, D. P. 1902-1-473.

#### TREBULLE

- Obs. sous Com. 11 janvier 2005, Dr. Sociétés 2005 , n° 85.

#### TREVET

- Civ. 1<sup>re</sup> , 27 nov. 2001, RTD civ. 2002. 121.

#### TRIDI

- Note sous CA Paris, 31 janvier 1991, D.1992. Jur.298.

#### VASSEUR

- Obs. sous Civ. 1<sup>re</sup> , 5 juillet 1988, D. 1989 somm.com. 331.
- Obs. sous Com. 19 février 1991, D. 1992. Somm.27.
- Obs. sous TGI Paris, 24 janvier 1980, D. 1981. IIR 495.
- Obs. sous Civ.1<sup>re</sup> , 22 mars 1977, D. 1977. IR 401.
- Obs. sous Com., 16 avril 1991, D., 1992 somm. 303.
- Obs. sous Paris, 19 septembre 1989, D., 1990 somm. 181.
- Obs. sous Com. 2 décembre 1980, D. 1981. IR. 352.
- Note sous Com., 5 juillet 1983, D., 1984. 18.
- Obs. sous Com., 8 janvier 1991, D., 1991 somm. 223.
- Obs. sous Com., 9 janvier 1990,D. 1991 som.com. 191.
- Obs. sous Com., 28 janvier 1992, D. 1992 som. Com. 234.
- Obs. sous Com., 20 décembre 1982, 1<sup>re</sup> espèce, D. 1983.J.365.
- Obs. sous Com. 25 novembre 1986, D. 1987. Jur. 297.

- Obs. sous Com. 26 février 1979, D. 1980. IR 14.
- Obs. sous Paris, 17 mars 1986, D. 1987. somm. 304.
- Obs. sous CA Paris, 17 mars 1978, D ; 1978, IR 420.
- Obs. sous Paris, 19 septembre 1989, D., 1990 somm. 181.

#### VAUPLANE

- Obs. sous CE, 16 févr. 2005, Banque et Droit mai-juin 2005.46.

#### VEZIAN J.

- Note sous CA Paris, 3 janvier 1975, D. 1975. Jur. 743.
- Note sous CA Paris, 6 février. 1975, D 1975. 318.

#### VIANDIER

- Note sous Ass. plén ., 9 octobre 2006, JCP E 2006. 2618.

#### VIDAL

- Obs. sous Com. 3 et 24 novembre 1992, JCP E 1993. II.402.

#### VINEY

- Obs. sous Ass. plén., 14 avril 2006, RLDC 2006, p. 1207.

#### VRAY H.

- Note sous CA Paris, 4 février 2000, Gaz. Pal. 21-22 avril 2000. Jur. 14.

#### YOUEGO

- Obs. sous Com. 18 février 2004, RDBF mai 2005.51.

#### ZENATI

- Obs. sous Civ. 12 novembre 1998, RTD civ. , 1999. 422.

### **VII- SITES INTERNET UTILES**

- [www.banquecentrale.mg](http://www.banquecentrale.mg)
- [www.banque-france.fr](http://www.banque-france.fr)
- [www.bfvsg.mg](http://www.bfvsg.mg)
- [www.bni.com](http://www.bni.com)
- [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)
- [www.cours-de-droit.net](http://www.cours-de-droit.net)
- [www.droit-afrique.com](http://www.droit-afrique.com)

- [www.légifrance.gouv.fr](http://www.légifrance.gouv.fr)
- [www.lexinter.net](http://www.lexinter.net)
- [www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org)

## TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE : .....	3
ABREVIATIONS ET SIGLES .....	7
INTRODUCTION .....	9
Section 1 : La notion d'établissement de crédit et d'opérations de crédit .....	12
§1 : Les opérations de banques, les opérations connexes et les opérations accessoires de l'activité bancaire .....	14
A- Les opérations de banques .....	14
1- La réception de fonds du public .....	14
a- La remise du fonds .....	14
b- La liberté de disposer des fonds pour son propre compte .....	15
c- L'obligation de restitution du fonds .....	16
2- L'opération de crédit .....	16
a- Les éléments constitutifs de l'opération de crédit .....	16
b- Les principales modalités d'octroi du crédit .....	17
3- La mise à disposition du public ou la gestion de moyens de paiement .....	21
B- Les activités non constitutives d'opérations de banque .....	23
1- Les activités connexes des établissements de crédit .....	24
2- Les opérations extra-bancaires .....	25
§2 : Les établissements de crédit .....	26
A- L'agrément des établissements de crédit .....	26
1- La Commission de Supervision Bancaire et Financière (CSBF) .....	26
2- L'agrément .....	27
a- Les conditions d'agrément .....	27
b- La procédure d'agrément .....	30
c- Les effets de l'agrément .....	31
B- Les différents types d'établissement de crédit .....	32
1- Les banques, les établissements financiers, et les institutions financières spécialisées .....	33
a- Les banques .....	33
b- Les institutions financières spécialisées .....	34
c- Les établissements financiers .....	34

2- Les institutions de microfinance (IMF).....	35
a- Les opérations de microfinance .....	35
b- Les différentes catégories d'institution de microfinance .....	36
Section 2 : L'historique du droit bancaire malgache.....	37
§1 : L'historique de la monnaie malgache.....	38
§2 : L'historique des banques primaires malgaches .....	39
Section 3 : Les sources du droit bancaire malgache .....	40
§1 : Les textes internationaux .....	40
§2 : Les textes nationaux.....	40
§3 : Les usages bancaires .....	41
Section 4 : La responsabilité civile, cambiaire, disciplinaire, pénale ou administrative du banquier .....	42
Section 5 : L'importance de l'étude de la responsabilité du banquier .....	43
PARTIE PRELIMINAIRE : LE DROIT DE LA RESPONSABILITE CIVILE APPLICABLE AU DROIT BANCAIRE ..	47
TITRE I : LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE DU BANQUIER .....	49
CHAPITRE 1 : L'EXISTENCE D'UN CONTRAT ENTRE LE BANQUIER ET SON CLIENT.....	49
Section 1: La formation d'un contrat entre la banque et le client.....	50
§1 : La capacité des parties .....	51
§2 : Le consentement des parties .....	53
§3 : L'objet de la convention d'ouverture de compte.....	56
A- La convention d'ouverture de compte, contrat-cadre des services bancaires.....	56
B- La convention d'ouverture de compte, un instrument de règlement des créances .....	58
§3 : La cause de la convention d'ouverture de crédit .....	59
Section 2 : L'exigence d'écrit dans la convention d'ouverture de compte bancaire .....	60
§1 : Le formalisme de la convention de compte en droit français.....	60
§2 : Le formalisme dans la convention d'ouverture de compte et la pratique à Madagascar .....	63
Section 3 : Les autres contrats nés de la convention d'ouverture du compte.....	64
CHAPITRE 2 : LA FAUTE CONTRACTUELLE .....	66
Section 1 : La notion de faute.....	66
§1 : La Définition .....	66
§2 : La preuve de la faute : obligation de moyens / obligation de résultat .....	67
Section 2 : La faute et le préjudice .....	69

Section 3 : Les aménagements conventionnels et les causes d'exonération de responsabilité.....	70
§1 : Les clauses relatives à la responsabilité contractuelle .....	70
A- Les clauses limitatives de responsabilité .....	70
1- Les règles du droit commun .....	70
a- Le principe posé par la LTGO .....	70
b- Les exceptions posées par la LTGO .....	71
2- L'application des clauses limitatives de responsabilité en droit bancaire .....	72
B- Les clauses pénales .....	74
1- La notion de clauses pénales.....	74
2- L'application des clauses pénales en droit bancaire .....	74
§2 : Les causes d'exonération de la responsabilité .....	75
TITRE 2 : LA RESPONSABILITE EXTRA CONTRACTUELLE DU BANQUIER .....	77
Section 1 : Le fait générateur de la responsabilité.....	77
§1 : La responsabilité du fait personnel .....	78
§2 : La responsabilité du fait d'autrui.....	79
§3 : La responsabilité du fait de la chose .....	80
Section 2 : Le dommage .....	81
Section 3 : Le lien de causalité entre le fait générateur et le dommage.....	81
Section 4 : Les conventions relatives à la responsabilité extracontractuelle.....	82
TITRE 3 : LES EFFETS DE LA RESPONSABILITE CIVILE DU BANQUIER .....	85
CHAPITRE 1 : LES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES LITIGES AVEC LA BANQUE .....	86
Section 1 : Le règlement amiable des litiges avec la banque auprès de la banque .....	86
Section 2 : La médiation et l'arbitrage bancaire.....	87
§1 : La pratique du système de médiation et d'arbitrage bancaire en France .....	88
§2 : La médiation et l'arbitrage bancaire à Madagascar .....	89
CHAPITRE 2 : L'ACTION EN RESPONSABILITE DU BANQUIER .....	91
Section 1 : Les titulaires de l'action en responsabilité contre le banquier .....	91
§1 : Le client du banquier .....	91
§2 : Le créancier .....	92
§3 : Le syndic .....	93
§4 : La caution .....	94

Section 2 : La procédure à suivre pour la mise en œuvre de la responsabilité du banquier .....	95
§1 : La procédure de mise en demeure obligatoire dans la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle .....	96
§2 : La procédure commune aux régimes de responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle .....	96
A- La juridiction compétente .....	96
1- La compétence d'attribution.....	97
2- La compétence territoriale.....	99
B- Le procès .....	99
PREMIERE PARTIE : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DEPOSITAIRE.....	101
TITRE 1 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS LE CONTRAT DE DEPOT DE FONDS.....	102
CHAPITRE 1 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER LORS DE L'OUVERTURE D'UN COMPTE BANCAIRE.....	102
Section 1 : La responsabilité du banquier pour refus d'ouvrir un compte bancaire.....	103
§1 : Les justifications sur la faculté pour le banquier de refuser d'ouvrir un compte .....	103
A- L'offre permanente de contracter ? .....	103
B- L' <i>intuitu personae</i> dans la convention d'ouverture de compte.....	105
C- Le compte en banque, un service public ouvert à tout usager ? .....	106
D- Le refus d'ouvrir un compte équivaut-il à un refus de prestation de service ? .....	107
§2 : La liberté contractuelle du banquier .....	108
§3 : Le droit au compte .....	110
A- L'exercice du droit au compte à Madagascar .....	110
1- Les conditions requises pour l'exercice du droit au compte.....	110
2- La procédure à suivre pour l'exercice du droit au compte .....	111
B- Le droit au compte prévu par le droit français .....	111
C- La responsabilité du banquier et l'exercice du droit au compte des clients en situation irrégulière .....	114
1- La responsabilité du banquier face à l'exercice du droit au compte des étrangers en situation irrégulière.....	114
2- La responsabilité du banquier et le droit au compte exercé par une personne s'adonnant à une activité irrégulière ou illicite.....	115
Section 2 : La responsabilité du banquier pour manquement aux obligations dues par le banquier au moment de l'ouverture du compte.....	116
§1 : L'obligation d'information due par le banquier au client .....	116
A- L'obligation d'information permanente du public.....	116

B- L'obligation d'information du banquier due au client au moment de l'ouverture du compte .....	117
§2 : L'obligation de contrôle du banquier .....	119
B- L'obligation de contrôle de la capacité et du pouvoir du demandeur d'ouverture compte .	122
1- La vérification de la capacité et du pouvoir d'une personne physique .....	123
2- La capacité de la personne morale et le pouvoir de la personne physique qui la représente .....	124
CHAPITRE 2 : LES OBLIGATIONS DU BANQUIER PENDANT LA TENUE DU COMPTE .....	127
Section 1 : Les obligations professionnelles du banquier pendant la tenue de compte .....	127
§1 : L'obligation de tenir le compte .....	127
A- L'exécution de l'obligation du banquier de tenir le compte.....	127
1- Le devoir de ponctualité du banquier .....	128
a- Le principe .....	128
b- L'exception : la pratique des dates de valeur .....	128
2- L'exactitude de la tenue de compte.....	130
B- Le relevé de compte.....	131
1- L'obligation d'envoi des relevés de compte.....	131
2- La contestation des relevés de compte par le client.....	132
a- La contestation des opérations autres que les services de paiement .....	132
b- La contestation sur les services de paiement .....	134
3- L'envoi tardif du relevé de compte .....	136
§2 : L'obligation de surveillance du banquier au cours de fonctionnement du compte bancaire .	136
§3 : L'obligation de non-immixtion dans les affaires du client .....	139
A- Le contenu du principe de non-immixtion.....	139
B- Le fondement et l'intérêt du principe de non-ingérence dans les affaires du client.....	140
1- Le fondement du principe de non-ingérence dans les affaires du client.....	140
2- L'intérêt du principe de non-ingérence dans les affaires du client.....	141
§4 : L'obligation d'information pendant la tenue de compte .....	141
A- L'étendue de l'obligation d'information .....	142
B- L'obligation d'information et l'obligation de conseil .....	143
C- L'obligation d'information et l'obligation de mise en garde.....	144
§5 : L'obligation de confidentialité.....	145
1- Les personnes débitrices du secret professionnel .....	145

2-	La portée de la protection du secret bancaire .....	146
a-	Les bénéficiaires du secret professionnel .....	146
b-	Les tiers dans la protection du secret bancaire .....	147
3-	Les informations couvertes par le secret bancaire .....	150
B-	Les exceptions au secret professionnel .....	152
1-	L'autorisation du bénéficiaire .....	152
2-	Le secret bancaire et les autorités judiciaires .....	152
a-	L'inopposabilité du secret bancaire aux juridictions répressives.....	152
b-	L'opposabilité du secret bancaire aux juridictions civiles.....	154
3-	L'inopposabilité du secret bancaire à l'administration fiscale.....	155
4-	L'inopposabilité du secret bancaire à la Banque Centrale de Madagascar et à la CSBF.....	155
5-	Les communications autorisées .....	156
Section 2 :	L'obligation du banquier relative au contrat de dépôt : l'obligation de restitution .....	157
§1 :	L'objet de la restitution .....	158
§2 :	Le bénéficiaire de la restitution.....	159
§3 :	Les procédés de restitution .....	161
A-	Le principe : paiement en raison de l'ordre donné par le client.....	161
B-	L'exception : la saisie-arrêt du compte bancaire .....	162
1-	La notion de la saisie-arrêt du compte bancaire.....	162
2-	Le mécanisme de saisie-arrêt du compte bancaire.....	164
CHAPITRE 3 :	LA RESPONSABILITE DU BANQUIER AU MOMENT DE LA CLOTURE DU COMPTE BANCAIRE .....	165
Section 1 :	Le refus du banquier de maintenir le compte bancaire .....	165
§1 :	Les règles du droit commun sur la résiliation d'un contrat.....	165
A-	La convention de compte à durée déterminée .....	165
B-	La convention de compte à durée indéterminée.....	166
§2 :	Les règles particulières prévues par des textes spécifiques.....	167
Section 2 :	La question de la résiliation tacite de la convention de compte bancaire .....	168
TITRE 2 :	LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS LE CONTRAT DE DEPOT DE TITRES .....	170
CHAPITRE 1 :	LES OBLIGATIONS DU BANQUIER DANS LE CONTRAT DE DEPOT DE TITRES.....	173
Section 1 :	L'obligation de conservation .....	173
§1 :	L'obligation de conservation dans la garde matériel des titres .....	173

§2 : L'obligation de conservation des titres inscrits en compte.....	175
Section 2 : L'obligation de restitution .....	176
CHAPITRE 2 : LES OBLIGATIONS INHERENTES A LA GESTION ACCESSOIRE AU CONTRAT DE DEPOT DE TITRES.....	178
Section 1 : L'encaissement des coupons et des titres amortis.....	178
Section 2: L'information du déposant.....	179
DEUXIEME PARTIE : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DISPENSATEUR DE CREDIT.....	181
TITRE 1 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS LES CREDITS AUX ENTREPRISES.....	183
CHAPITRE 1 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER LIEE AU REFUS DE CREDIT.....	184
Section 1 : Le principe de l'absence du droit au crédit .....	184
§1 : Le fondement du principe de l'absence du droit au crédit .....	184
1- Le fondement juridique.....	184
2- Du point de vue économique.....	185
§2 : Le contenu et la portée du principe .....	185
Section 2 : Le refus de crédit, source de responsabilité du banquier .....	187
§1 : La promesse de crédit .....	188
A- La notion de promesse de crédit .....	188
1- La nature juridique de la promesse de crédit .....	188
2- Les différents types de promesse de crédit .....	189
a- L'ouverture de crédit.....	189
b- Le crédit différé .....	190
B- La promesse de crédit face au principe de l'absence du droit au crédit .....	191
§2 : La faute du banquier dans la négociation du crédit.....	192
CHAPITRE 2 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER POUR RUPTURE ABUSIVE DU CONTRAT DE CREDIT.....	194
Section 1 : Les principaux types d'opérations de crédit.....	194
Sous-section 1 : Les opérations de crédits internes.....	194
§1 : La mise à disposition future des fonds.....	195
§2 : La mise à disposition immédiate des fonds.....	195
A- Les crédits avec mobilisation de créances.....	196
1- L'escompte .....	196
a- La notion d'escompte.....	196

b- La mise œuvre de l'escompte .....	197
2- L'affacturage.....	198
a- L'affacturage traditionnel.....	198
b- L'affacturage moderne.....	199
3- La cession de créances professionnelles (CCP) ou le bordereau Dailly.....	200
a- Le mécanisme .....	200
b- Les conditions de validité de la cession de créances professionnelles .....	201
B- Les opérations de crédit sans mobilisation de créances.....	202
1- Le prêt .....	202
2- Le crédit-bail.....	203
a- Les conditions de validité de l'opération de crédit-bail .....	203
b- Les effets de l'opération de crédit-bail .....	204
§3 : Le crédit par signature.....	205
Sous-section 2 : Les crédits du commerce international .....	206
§1 : Les crédits internationaux par caisse .....	206
A- Le crédit fournisseur .....	207
B- Le crédit acheteur .....	207
C- Le crédit-bail international.....	208
D- L'affacturage international .....	209
§2 : Les crédits internationaux par signature.....	210
A- Le crédit documentaire .....	210
1- La notion du crédit documentaire.....	210
2- Le mécanisme de crédit documentaire.....	211
3- Les obligations du banquier émetteur .....	211
a- Les obligations du banquier émetteur vis -à -vis du donneur d'ordre.....	211
b- Les obligations du banquier émetteur vis-à-vis du bénéficiaire .....	212
c- La responsabilité du banquier par rapport à la vérification des documents présentés dans le crédit documentaire .....	213
A- Les garanties autonomes .....	214
1- Le mécanisme.....	215
2- Les obligations du banquier .....	215
a- Les obligations du banquier envers le donneur d'ordre .....	215

b- Les obligations du banquier envers le bénéficiaire.....	216
Section 2 : Les conditions de rupture de crédit.....	217
§1 : Le champ d'application de l'article 78.....	217
A- Distinction concours à durée déterminée et concours à durée indéterminée.....	217
1- Les concours à durée indéterminé.....	217
2- La rupture de la convention de crédit à durée déterminée.....	218
a- Le principe : l'interdiction d'une rupture anticipée .....	218
b- Les exceptions : hypothèses où la rupture anticipée d'un crédit à durée déterminée n'est pas source de responsabilité du banquier .....	219
B- La distinction entre crédit ponctuel et crédit habituel .....	224
C- Les crédits aux entreprises et les crédits aux particuliers.....	225
§2 : Les conditions de rupture de crédit prévues dans l'article 78 .....	226
A- L'exigence de préavis .....	226
1- Le principe : le respect de préavis.....	226
2- Les exceptions légales au respect du délai de préavis .....	229
a- Le comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit.....	229
b- La situation irrémédiablement compromise de l'emprunteur .....	231
3- Les autres exceptions au principe du respect de préavis .....	233
B- L'exigence d'une notification écrite.....	234
Section 3 : La sanction de la rupture abusive du crédit .....	236
CHAPITRE 3 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER POUR OCTROI DU CREDIT.....	237
Section 1 : Les crédits fautifs.....	238
§1 : Le soutien abusif du crédit .....	238
§2 : Le crédit ruineux.....	239
§3 : Les financements illicites.....	240
Section 2 : Le soutien abusif du crédit dans le cadre d'une procédure collective d'apurement du passif.....	241
§1 : Le principe d'irresponsabilité du banquier.....	242
§2 : Les exceptions au principe d'irresponsabilité des créanciers .....	243
A- La fraude .....	244
B- L'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur .....	245
C- La prise de garanties disproportionnées.....	246

Section 3 : L'action en responsabilité pour soutien abusif du crédit .....	247
§1 : Les principaux titulaires de l'action en responsabilité du banquier pour soutien abusif du crédit .....	247
A- L'action de l'emprunteur victime contre le banquier .....	248
B- L'action des créanciers contre le banquier pour soutien abusif du crédit .....	249
1- L'action individuelle des créanciers .....	249
2- L'action du syndic dans le cadre d'une procédure collective.....	250
C- L'action de la caution contre le banquier du débiteur.....	251
§2 : Le régime de preuve et les sanctions dans l'action en responsabilité pour soutien abusif....	252
TITRE 2 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DISPENSATEUR DE CREDIT A LA CONSOMMATION ....	254
CHAPITRE 1 : LA RESPONSABILITE PRECONTRACTUELLE DU BANQUIER.....	256
Section 1 : La réglementation des publicités.....	256
§1 : Les exigences légales dans la publicité des crédits à la consommation.....	256
1- Les informations sur la publicité doivent être claires, précises et lisibles .....	256
2- Les mentions obligatoires .....	257
§2 : Les pratiques publicitaires interdites .....	258
Section 2 : Les informations précontractuelles.....	259
§1 : L'obligation d'information précontractuelle due au consommateur.....	260
A- L'obligation d'information proprement dite.....	260
B- Le devoir précontractuel de conseil et de mise en garde du banquier.....	261
§2 : L'obligation de s'informer du banquier .....	262
CHAPITRE 2 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER POUR OCTROI DU CREDIT A LA CONSOMMATION	264
Section 1 : Les principales techniques de crédit à la consommation.....	264
§1 : Le crédit mobilier.....	265
A- Les crédits non affectés .....	265
1- Les facilités de caisse et les découverts .....	266
2- Les ouvertures de crédit.....	266
3- Les prêts personnels.....	266
B- Les crédits affectés.....	267
C- Les crédits post-affectés .....	268
1- Le crédit par carte .....	268
2- Le crédit renouvelable ou le crédit revolving.....	269

D- La location-vente et la location avec option d'achat.....	270
§2 : Le crédit immobilier.....	271
A- Le champ d'application du crédit immobilier .....	271
1- La notion d'immeuble .....	271
2- La destination de l'immeuble .....	272
B- La protection des consommateurs dans le crédit immobilier .....	272
1- L'information du consommateur .....	272
2- Le délai de réflexion et délai de maintien de l'offre .....	274
Section 2 : Les formalités requises pour la conclusion du contrat de crédit à la consommation...	274
1- La forme de l'offre de contrat .....	275
2- Les délais à respecter pour la formation du contrat.....	275
a- Le délai de maintien de l'offre .....	275
b- Le délai de rétractation et le délai de réflexion .....	275
B- La conclusion du contrat de crédit.....	276
CHAPITRE 3 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS L'EXECUTION DU CONTRAT DE CREDIT .....	278
Section 1 : L'obligation d'information pendant l'exécution du contrat de crédit.....	278
Section 2 : Le remboursement anticipé .....	279
Section 3 : La défaillance de l'emprunteur.....	279
TROISIEME PARTIE : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER PRESTATAIRE DE SERVICES.....	281
TITRE 1 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS LA GESTION DES MOYENS DE PAIEMENT.....	281
CHAPITRE 1 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER EN MATIERE DE CHEQUE.....	282
Section 1 : La responsabilité du banquier lors de la délivrance du carnet de chèques .....	282
§1 : La liberté du banquier dans la délivrance et dans le retrait d'un chéquier .....	283
A- La liberté du banquier dans la délivrance des formules de chèques.....	283
§2 : L'obligation de vérification du banquier lors de la délivrance des chéquiers .....	284
Section 2 : La responsabilité du banquier lors du paiement du chèque .....	287
§1 : Le paiement du chèque .....	287
A- La présentation au paiement.....	287
B- Les obligations du banquier tiré.....	289
1- La validité du chèque .....	290
2- La vérification de l'absence d'opposition.....	291
a- Les cas d'opposition licite.....	291

b- Les formalités d'opposition.....	293
3- Le caractère suffisant de la provision.....	294
§2 : Le refus de paiement du chèque.....	296
A- L'action du client contre son banquier.....	296
B- Le sort du tireur en cas de chèque sans provision.....	297
1- Le recours du porteur bénéficiaire.....	297
2- Les sanctions contre tireur.....	298
CHAPITRE 2 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER EN MATIERE DE CARTE DE PAIEMENT.....	301
Section 1 : La responsabilité du banquier dans le contrat porteur.....	303
§1 : La délivrance et le retrait de la carte de paiement.....	304
A- La délivrance de la carte de paiement.....	304
B- Le retrait de la carte de paiement.....	304
§2 : Les obligations du banquier dans l'opération de retrait de fonds par la carte.....	306
§3 : Les obligations du banquier dans les opérations d'achats par carte.....	307
Section 2 : La responsabilité du banquier dans le contrat fournisseur.....	308
A- Le paiement à titre de garantie.....	308
B- Le paiement à titre d'avance.....	309
Section 3 : La responsabilité du banquier en cas de perte, de vol ou de l'utilisation frauduleuse de la carte de paiement.....	310
§1 : L'utilisation frauduleuse de la carte de paiement par le porteur.....	310
§2 : L'utilisation frauduleuse de la carte par un tiers.....	311
A- L'opposition en matière de carte de paiement.....	312
B- Le principe de responsabilité du payeur avant l'opposition.....	315
1- La responsabilité illimitée du porteur.....	316
2- Les cas d'exonération de la responsabilité du payeur.....	317
C- Le principe de la responsabilité de l'émetteur après l'opposition.....	318
CHAPITRE 3 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER EN MATIERE DE VIREMENT ET DE PRELEVEMENT.....	319
Section 1 : La responsabilité du banquier en matière de virement.....	319
§1 : L'obligation de vérifications préalables.....	319
§2 : La responsabilité du banquier pour faute commise dans l'exécution de l'ordre de virement.....	321
Section 2 : La responsabilité du banquier dans l'exécution d'un avis de prélèvement.....	322
§1 : L'obligation de vérification de l'avis de prélèvement.....	323

§2 : La responsabilité du banquier dans l'exécution de l'avis de prélèvement .....	324
TITRE 2 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS LES SERVICES DE RENSEIGNEMENTS FINANCIERS ET COMMERCIAUX .....	325
CHAPITRE 1 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER A L'EGARD DE LA PERSONNE SUR QUI LES RENSEIGNEMENTS SONT DEMANDES .....	326
Section 1 : La responsabilité du banquier pour cause de confidentialité des renseignements fournis .....	326
Section 2 : La responsabilité du banquier pour cause d'inexactitude des renseignements fournis	327
Section 3 : La responsabilité du banquier en raison du caractère diffamatoire des renseignements fournis .....	328
CHAPITRE 2 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER A L'EGARD DU DEMANDEUR DE RENSEIGNEMENTS .....	329
TITRE 3 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS LE SERVICE DE LOCATION DE COFFRE-FORT .....	331
CHAPITRE 1 : LES CONTROVERSES DOCTRINALES SUR LA NATURE DE LA LOCATION DE COFFRE-FORT .....	331
A- La location de coffre-fort, un contrat de louage ? .....	331
B- La location de coffre-fort, un contrat de dépôt ? .....	332
C- La location de coffre-fort, un contrat de garde ? .....	333
CHAPITRE 2 : LES OBLIGATIONS DU BANQUIER EN MATIERE DE LOCATION DE COFFRE-FORT .....	334
Section 1 : L'obligation de surveillance due par le banquier .....	334
A- L'obligation de contrôler l'accès au coffre .....	335
B- L'obligation d'assurer la sécurité du contenu du coffre .....	335
Section 2 : Les aménagements conventionnels .....	337
Section 3 : L'intervention des pouvoirs publics et la saisie des objets déposés dans un coffre-fort .....	339
A- La sécurité du coffre-fort face à l'administration des douanes .....	339
B- La sécurité du coffre-fort et l'administration fiscale .....	340
§2 : La saisie des objets déposés dans un coffre-fort .....	340
TITRE IV : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER DANS LES OPERATIONS AUTRES QUE LA GARDE DU TITRE SUR LES VALEURS MOBILIERES .....	342
CHAPITRE 1 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER EN MATIERE D'EMISSION ET DE SOUSCRIPTION DE VALEURS MOBILIERES .....	342
Section 1 : La responsabilité du banquier à l'égard de la société émettrice .....	342
Section 2 : La responsabilité du banquier vis-à-vis du souscripteur .....	344

CHAPITRE 2 : LA RESPONSABILITE DU BANQUIER EN MATIERE DE GESTION DE PORTEFEUILLE DU CLIENT.....	347
Section 1 : La notion de gestion de portefeuille .....	347
Section 2 : Les obligations du banquier en matière de gestion de portefeuille.....	347
§1 : Les obligations du banquier gestionnaire du portefeuille.....	348
A- L’obligation d’information due au client.....	348
B- L’obligation du banquier d’exécuter le mandat en bon professionnel.....	349
§2 : Les obligations du banquier dans le service d’achat-vente.....	350
A- L’obligation précontractuelle du banquier .....	350
B- L’obligation d’exécuter l’ordre du client.....	351
§3 : L’obligation de conseil et de mise en garde du banquier.....	352
CONCLUSION .....	354
BIBLIOGRAPHIE.....	356

## ANNEXES

**LOI N° 95-030 du 22 février 1996**  
**relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit**  
(*J.O.n°2350 du 04/03/96 Edition spéciale, p.292*)

### TITRE PREMIER

#### DISPOSITIONS PRELIMINAIRES

#### CHAPITRE PREMIER : DOMAINE D'APPLICATION ET DEFINITIONS

Article premier - Les dispositions de la présente loi s'appliquent à tous les établissements de crédit opérant sur le territoire de la République de Madagascar, quel que soit leur statut juridique.

Art. 2 - Ne sont pas soumis à la présente loi :

- le Trésor Public, la Banque Centrale de Madagascar, les services financiers de la Poste;
- les organismes financiers multilatéraux et les institutions publiques étrangères d'aide et de coopération dont l'intervention sur le territoire de la République de Madagascar est autorisée par des traités, accords ou conventions auxquels la République de Madagascar a adhéré.

Art. 3 - Les établissements de crédit sont les organismes qui :

- effectuent à titre habituel des opérations de banque;
- assurent la gestion pour le compte des tiers de portefeuilles de valeurs mobilières en recevant à cet effet des fonds assortis d'un mandat de gestion;
- ou apportent leur concours au placement de valeurs mobilières en se portant ducroire.

Les opérations de banque comprennent la réception de fonds du public, l'octroi de crédits, la mise à disposition du public ou la gestion de moyens de paiement.

Art. 4 - Sont considérés comme fonds reçus du public les fonds qu'une personne physique ou morale recueille d'un tiers, notamment sous forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte, mais à charge pour elle de les restituer. Toutefois, ne sont pas considérés comme fonds reçus du public :

1. Les fonds reçus ou laissés en compte par les associés en nom ou les commanditaires d'une société de personnes, les associés ou actionnaires détenant au moins 5 pour cent du capital social, les administrateurs, les membres du directoire et du conseil de surveillance ou les gérants ainsi que les fonds provenant de prêts participatifs ;
2. Les fonds qu'une entreprise reçoit de ses salariés sous réserve que leur montant n'excède pas 10 pour cent de ses capitaux propres. Pour l'appréciation de ce seuil, il n'est pas tenu compte des fonds reçus des salariés en vertu de dispositions législatives particulières.

Art. 5 - Constitue une opération de crédit, pour l'application de la présente loi, tout acte par lequel une personne physique ou morale 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.

Sont assimilés à des opérations de crédit le crédit-bail et, de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat quelle que soit la devise dans laquelle est libellée l'opération de crédit.

Art. 6 - Sont considérés comme moyens de paiement tous les instruments, qui, quel que soit le support ou le procédé technique utilisé, permettent à toute personne de transférer des fonds.

Art. 7 - Les établissements de crédit peuvent effectuer les opérations connexes à leur activité telles que :

1. les opérations de change et les opérations sur or, métaux précieux et pièces, sous réserve des dispositions législatives et réglementaires en vigueur ;
2. la location de compartiments de coffres forts
3. le placement, la souscription, l'achat, la gestion, la garde et la vente de valeurs mobilières et de tout produit financier ;
4. le conseil et l'assistance en matière de gestion de patrimoine ou financière, l'ingénierie financière, et, d'une manière générale, tous les services destinés à faciliter la création ou le développement des entreprises, sous réserve des dispositions législatives relatives à l'exercice illégal de certaines professions ;
5. Les opérations de location simple de biens mobiliers ou immobiliers pour les établissements habilités à effectuer des opérations de crédit-bail.

Art. 8 - Les établissements de crédit ne peuvent :

- prendre ou détenir des participations dans des entreprises existantes ou en création,
- exercer à titre habituel une activité autre que celles visées aux articles 3 à 7, que dans les conditions définies par instructions de la Commission de Supervision Bancaire et Financière, instituée au chapitre premier du titre III de la présente loi, qui définira notamment le niveau maximal autorisé pour ces opérations.

Art. 9 - Les établissements de crédit ayant leur siège à l'étranger sont autorisés à ouvrir à Madagascar des bureaux ayant une activité d'information, de liaison ou de représentation.

L'ouverture de ces bureaux est subordonnée à l'agrément de la Commission de Supervision Bancaire et Financière.

## **CHAPITRE II : INTERDICTIONS**

Art. 10 - Il est interdit à toute personne physique ou morale, autre qu'un établissement de crédit, d'effectuer des opérations de banque à titre habituel.

Il est en outre interdit à toute entreprise autre qu'un établissement de crédit de recevoir du public des fonds à vue ou à moins de deux ans de terme.

Art. 11 - Sans préjudice des dispositions particulières qui leur sont applicables, l'interdiction stipulée à l'article 10 ne vise ni les personnes et services énumérés à l'article 2 ni, pour les opérations prévues par les textes régissant leurs activités :

- les institutions d'assurances, de réassurances et de prévoyance sociale;
- les organismes collecteurs de la participation des employeurs à l'effort de construction.

L'interdiction relative aux opérations de crédit ne s'applique pas :

1. Aux organismes sans but lucratif qui, dans le cadre de leur mission et pour des motifs d'ordre social, accordent, sur leurs ressources propres, des prêts à conditions préférentielles à certains de leurs ressortissants ;
2. Aux organismes qui, exclusivement à titre accessoire à leur activité de constructeur ou de prestataire de services, consentent aux personnes physiques accédant à la propriété le paiement différé du prix des logements acquis ou souscrits par elles ;
3. Aux entreprises qui consentent à leurs salariés pour des motifs d'ordre social des avances sur salaires ou des prêts de caractère exceptionnel.

Art. 12 - Les interdictions définies à l'article 10 ci-dessus ne font pas obstacle à ce qu'une entreprise quelle que soit sa nature, puisse :

1. dans l'exercice de son activité professionnelle consentir à ses contractants des délais ou avances de paiement ;
2. conclure des contrats de location de logement assortis d'une option d'achat ;
3. procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres ;
4. émettre des valeurs mobilières ainsi que des bons ou billets à court terme négociables sur un marché réglementé ;
5. émettre des bons et cartes délivrés pour l'achat auprès d'elle d'un bien ou d'un service déterminé.

Art. 13 - Il est interdit à toute entreprise autre qu'un établissement de crédit d'utiliser une raison sociale, une dénomination, une publicité ou d'une façon générale des expressions faisant croire qu'elle est agréée en tant qu'établissement de crédit ou de créer une confusion à ce sujet.

Il est interdit à un établissement de crédit d'effectuer des opérations non autorisées pour la catégorie au titre de laquelle il a obtenu son agrément ou de créer une confusion sur ce point.

Art. 14 - Nul ne peut être membre du Conseil d'Administration d'un établissement de crédit, ni, directement ou par personne interposée, administrer, diriger ou gérer à un titre quelconque, un établissement de crédit, ni disposer du pouvoir de signer pour le compte d'un tel établissement :

1. S'il a fait l'objet d'une condamnation :
  - a) Pour crime ;
  - b) Pour violation des dispositions des articles 177 à 179, 418 à 420 du Code pénal ;
  - c) Pour vol, escroquerie, abus de confiance, faux ou usage de faux en écriture privée, de commerce ou de banque ;
  - d) Pour détournement de deniers publics, soustractions commises par dépositaire public, extorsion de fonds et de valeurs, banqueroute, atteinte au crédit de l'Etat, infraction à la législation des changes ;
  - e) Pour infraction à la législation sur les stupéfiants et blanchiment de fonds d'origine criminelle ;
  - f) Pour recel de choses obtenues à la suite des infractions visées aux paragraphes *c, d et e* ci-dessus ;
  - g) Par application des dispositions des articles 82 à 85 de la présente loi ;
  - h) Pour tentative ou complicité de toutes les infractions ci-dessus ;
2. S'il a été condamné à une peine d'emprisonnement supérieure à deux mois pour émission de chèques sans provision ;
3. S'il a été déclaré en faillite, sauf réhabilitation en sa faveur ;
4. S'il a été condamné en tant qu'administrateur, dirigeant de droit ou de fait d'une société, en vertu de la législation sur la faillite ou la banqueroute, sauf réhabilitation en sa faveur ;
5. S'il a fait l'objet, d'une mesure de destitution de sa qualité d'officier ministériel en vertu d'une décision judiciaire ;
6. Si le système bancaire malgache porte des créances douteuses ou contentieuses, au sens du plan comptable bancaire, sur sa signature, ou à l'appréciation de la Commission de

Supervision Bancaire et Financière, sur celle d'entreprises placées sous son contrôle ou sa direction.

Art. 15 - Les interdictions ci-dessus s'appliquent de plein droit en cas de faillite, restitution ou condamnation pour une infraction constituant l'un des crimes et délits mentionnés à l'article 14, prononcé par une juridiction étrangère et passé en force de chose jugée. Le cas échéant, sur requête du ministère public ou de l'intéressé, le tribunal correctionnel du domicile de l'intéressé est saisi pour apprécier la régularité et la légalité de cette décision prise à l'étranger ; le tribunal statue en Chambre du conseil, l'intéressé dûment appelé.

L'interdiction résultant des dispositions du présent article ou de l'article 14 cesse de plein droit lorsque la décision qui la motive est rapportée ou infirmée par une nouvelle décision ayant acquis l'autorité de chose jugée.

## **TITRE II : AGREMENT DES ETABLISSEMENTS DE CREDIT**

### **CHAPITRE PREMIER : AGREMENT**

Art. 16 - L'exercice de l'activité d'établissement de crédit, telle que définie à l'article 3 de la présente loi, est subordonné à l'agrément de la Commission de Supervision Bancaire et Financière instituée au chapitre premier du Titre III de la présente loi.

Art. 17 - Les établissements de crédit sont agréés en qualité de banque territoriale ou Extraterritoriale, d'établissement financier, d'institution financière mutualiste au titre de l'ordonnance n° 93-026 du 13 mai 1993 et des textes subséquents, ou d'institution financière spécialisée.

1. Seules sont habilitées de façon générale à recevoir du public des fonds à vue ou à moins de deux ans de terme les banques et les institutions financières mutualistes.

Les banques extraterritoriales ne peuvent recevoir que des dépôts en devises émanant de non-résidents au sens défini par la réglementation des changes en vigueur. Les établissements financiers et les institutions financières spécialisées ne peuvent recevoir de fonds du public qu'à titre accessoire, dans les conditions définies par la Commission de Supervision Bancaire et Financière.

Cette activité devra, en tout état de cause, être un corollaire direct des activités principales de l'établissement et demeurer d'une importance marginale au regard de celles-ci. Les banques de développement ne peuvent recevoir du public des fonds à vue ou à moins de deux ans de terme.

2. Les banques territoriales peuvent effectuer toutes les opérations de banque. Les banques extraterritoriales exercent leur activité dans les conditions fixées par décret, pris après avis de la Commission de Supervision Bancaire et Financière.

Dans les conditions et sous les limites fixées par l'ordonnance n° 93-026 susvisée, les institutions financières mutualistes sont habilitées à recevoir des dépôts, à octroyer des crédits et à se porter caution de leurs adhérents.

3. Les établissements financiers sont des établissements de crédit spécialisés, dont l'activité consiste à titre habituel :

□ soit à effectuer une ou plusieurs des opérations de banque au sens de l'article 3 de la présente loi, à l'exception, sauf à titre accessoire comme disposé ci-dessus, de la réception de dépôts du public à vue ou à moins de deux ans de terme ;

□ soit, à assurer la gestion pour compte de tiers de portefeuilles de valeurs mobilières en recevant à cet effet des fonds assortis d'un mandat de gestion;

□ soit, à apporter leur concours au placement de valeurs mobilières en se portant ducroire.

□ Les établissements financiers ne peuvent effectuer que les opérations énoncées par la décision d'agrément.

4. Les institutions financières spécialisées sont des établissements de crédit investis par l'Etat d'une mission permanente d'intérêt public. Elles ne peuvent effectuer d'autres opérations de banque que celles afférentes à cette mission. Relèvent notamment de cette catégorie les banques de développement.

Les opérations autorisées pour chacune des catégories d'établissements et les conditions d'exercice de leurs activités seront précisées en tant que de besoin par décret pris sur avis de la Commission de Supervision Bancaire et Financière.

Art. 18 - Les demandes d'agrément dans l'une des catégories d'établissements de crédit définies à l'article 17 sont formées auprès du Secrétariat Général de la Commission de Supervision Bancaire et Financière.

Le dossier, déposé en double exemplaire contre récépissé, devra notamment comporter le projet de statuts, la liste des actionnaires et dirigeants accompagnée des éléments requis en application de l'article 25, les prévisions d'activité, d'implantation et d'organisation, le détail des moyens techniques, humains et financiers dont la mise en œuvre est prévue, ainsi que tous autres éléments susceptibles d'éclairer la décision des autorités. Les pièces requises à l'appui de la demande seront précisées par une instruction de la Commission de Supervision Bancaire et Financière.

Art. 19 - Dès réception du dossier, la Commission vérifie notamment si le demandeur satisfait aux obligations stipulées par les articles 14, 21, 23 et 24 de la présente loi. Elle est habilitée à recueillir tous renseignements jugés utiles à l'instruction de la demande. Pour se prononcer, elle apprécie l'aptitude de l'entreprise à réaliser ses objectifs de développement dans les conditions que requièrent le bon fonctionnement du système bancaire et la sécurité des déposants. Le demandeur est avisé de la clôture de l'instruction du dossier. A partir de cette date, la

Commission dispose d'un délai d'un mois pour statuer sur la demande.

Art. 20 - L'agrément est prononcé par décision de la Commission de Supervision Bancaire et Financière. La décision précise la catégorie dans laquelle est agréé l'établissement, en application des dispositions de l'article 17, et énumère en tant que de besoin les opérations de banque qui lui sont autorisées. Elle est publiée au *Journal Officiel*, et dans au moins un des principaux organes de la presse nationale aux frais du bénéficiaire.

La Commission dresse et tient à jour la liste des établissements de crédit agréés, auxquels est affecté un numéro d'inscription. Cette liste et ses mises à jour sont publiées au *Journal Officiel*.

Les établissements de crédit doivent faire figurer leur numéro d'inscription sur toute correspondance ou publication.

Art. 21 - Sous réserve de dispositions législatives particulières visant certaines catégories d'établissements, les établissements de crédit sont obligatoirement constitués sous forme de personne morale.

Ils doivent disposer au jour de leur constitution d'un capital libéré dont le montant minimum est fixé pour chacune des catégories définies à l'article 17 par décret pris sur avis de la Commission de Supervision Bancaire et Financière. Ce minimum pourra différer selon les catégories d'établissements et selon le nombre de guichets ouverts au public.

La forme des actions sociales ou parts sociales des établissements de crédit doit permettre l'identification à tout moment des actionnaires ou sociétaires de ces établissements.

Art. 22 - Tout établissement de crédit doit pouvoir justifier à tout moment que son actif excède effectivement d'un montant au moins égal au capital minimum qui lui est imparti par le passif dont il est tenu envers les tiers.

Les modalités d'application de cette disposition sont définies par instruction de la Commission de Supervision Bancaire et Financière.

Art. 23 - La direction générale de tout établissement de crédit, à savoir la détermination effective de l'orientation de ses activités, doit être assurée par deux personnes au moins.

Les personnes visées au précédent alinéa doivent résider à Madagascar.

Art. 24 - Les opérations des établissements de crédit sont contrôlées par au moins deux commissaires aux comptes. Dans les conditions fixées par les textes qui régissent la profession, ceux-ci procèdent à la certification des comptes annuels, s'assurent et attestent de l'exactitude et de la sincérité des informations destinées aux autorités et au public.

Lorsque le total du bilan est inférieur à un seuil fixé par la Commission de Supervision Bancaire et Financière, l'intervention d'un seul commissaire aux comptes est requise.

La Commission peut demander aux commissaires aux comptes des établissements de crédit tout renseignement sur l'activité et la situation financière de ces établissements. Les commissaires aux comptes sont alors déliés, à son égard, du secret professionnel. La Commission peut, en outre, transmettre des observations écrites aux commissaires aux comptes qui sont alors tenus d'apporter des réponses en cette forme.

Art. 25 - La désignation des personnes visées à l'article 23 et des commissaires aux comptes au titre de l'article 24 est notifiée à la Commission de Supervision Bancaire et Financière un mois au moins avant sa prise d'effet. Cette notification est accompagnée de tous éléments permettant d'apprécier l'honorabilité et l'expérience de la personne concernée. Les modalités d'application de ces dispositions seront précisées par instruction de la Commission de Supervision Bancaire et Financière.

La Commission peut s'opposer à la désignation envisagée, par décision motivée. L'établissement de crédit, qui ne peut passer outre, procède alors dans les mêmes formes à une nouvelle désignation.

## **CHAPITRE II : RETRAIT D'AGREMENT**

### **SECTION PREMIERE : *Retrait d'agrément***

Art. 26 - Le retrait d'agrément est prononcé par la Commission de Supervision Bancaire et Financière, soit à la demande de l'établissement de crédit, soit d'office lorsque l'établissement ne remplit plus les conditions auxquelles l'agrément est subordonné, lorsqu'il n'a pas fait usage de son agrément dans un délai de douze mois ou lorsqu'il n'exerce plus son activité depuis au moins six mois, soit à titre de sanction disciplinaire conformément aux dispositions de l'article 49 de la présente loi.

Sous réserve des dispositions de l'article 50, le retrait d'agrément est notifié à l'établissement concerné. Il est publié au *Journal Officiel* et dans au moins un des principaux organes de la presse nationale. Copie de la décision est affichée dans tous les locaux d'exploitation de l'établissement ouverts au public.

### **SECTION II : *Procédure de liquidation***

Art. 27 - Tout établissement de crédit dont l'agrément a été retiré entre immédiatement en liquidation. Dans le cas où le retrait d'agrément est prononcé sur la demande de l'entreprise, la décision de retrait impartit à l'entreprise un délai pour la clôture de ses opérations.

Pendant la durée de la liquidation, l'entreprise ne peut effectuer que des opérations strictement nécessaires à l'apurement de sa situation. Elle ne peut faire état de sa qualité d'établissement de crédit qu'en précisant qu'elle est en liquidation.

Art. 28 - Sans préjudice des règles sur la faillite et le règlement judiciaire, en cas de liquidation et sur requête du Président de la Commission de Supervision Bancaire et Financière, un mandataire de justice est désigné par ordonnance du Président du tribunal de commerce du lieu du siège social.

Pendant la durée de la liquidation, l'entreprise demeure soumise au contrôle de la Commission de Supervision Bancaire et Financière. La Commission peut demander à tout moment au liquidateur tous renseignements et justifications sur ses opérations et faire effectuer des vérifications sur place.

La Commission peut communiquer au Président du tribunal de commerce toutes informations qu'elle estime nécessaires ; le Président du tribunal peut, en cas de besoin, procéder au remplacement du liquidateur par ordonnance.

Art. 29 - Le liquidateur agit sous son entière responsabilité, il dispose de tous les pouvoirs d'administration, de direction et de représentation de la personne morale.

Toute action mobilière ou immobilière ne pourra être poursuivie ou intentée que par lui ou contre lui.

A dater de la liquidation, les poursuites individuelles des créanciers sont suspendues, sauf pour les créanciers privilégiés. Toutefois, le liquidateur peut mettre en demeure les créanciers privilégiés d'engager des poursuites en vue de la réalisation de leurs sûretés dans un délai d'un mois à compter de la mise en demeure. Faute pour ces derniers de le faire dans ce délai, le liquidateur sera autorisé par le Président du tribunal de commerce à agir au lieu et place des créanciers privilégiés, si cette réalisation permet de préserver les intérêts des créanciers chirographaires.

Art. 30 - Dans les vingt jours suivant sa nomination, le liquidateur fait insérer dans au moins deux des principaux organes de la presse nationale une annonce invitant les créanciers à produire leurs titres de créances.

Les créanciers connus qui, dans le mois de cette publication, n'auront pas remis au liquidateur, contre récépissé, leurs titres avec un bordereau des pièces remises et des sommes réclamées, devront être avertis du retrait d'agrément par lettre recommandée du liquidateur et invités à remettre entre ses mains leurs titres dans les mêmes formes.

Art. 31 - Le liquidateur inscrit d'office au passif les créances certaines. Avec l'approbation du

Président du tribunal de commerce ; il inscrit, sous réserve, au passif les créances contestées, si les créanciers intéressés ont déjà saisi la juridiction compétente, ou s'ils la saisissent dans un délai de quinze jours à compter de la réception de la lettre recommandée avec accusé de réception qui leur est adressée pour leur faire connaître que leurs créances n'ont pas été admises d'office.

Art. 32 - Le liquidateur établit le plus tôt possible, et au plus tard dans les six mois de sa nomination, une situation sommaire active et passive de l'entreprise en liquidation et la remet

au Président du tribunal de commerce et à la Commission de Supervision Bancaire et Financière.

Art. 33 - Le liquidateur procède aux répartitions avec l'autorisation du Président du tribunal de commerce. Il tient compte des privilèges des créanciers ; entre créanciers égaux en droit et entre créanciers chirographaires, les répartitions sont effectuées au marc le franc.

A défaut pour les créanciers d'avoir valablement saisi la juridiction compétente dans le délai prescrit, les créances contestées ou inconnues ne seront pas comprises dans les répartitions à faire.

Pour les créances ultérieurement connues et admises, les créanciers ne pourront rien réclamer sur les répartitions déjà autorisées par le Président du tribunal de commerce, mais ils auront le droit de prélever sur l'actif non encore réparti leur part éventuelle dans les premières répartitions.

Les sommes pouvant revenir dans les répartitions aux créanciers contestés qui ont régulièrement saisi la juridiction compétente dans le délai prescrit seront tenues en réserve jusqu'à ce qu'il ait été statué définitivement sur leurs créances. Les créanciers dont la créance aura été reconnue auront le droit de prélever sur les sommes mises en réserve leur part éventuelle dans les premières répartitions, sans préjudice de leurs droits dans les répartitions ultérieures.

Art. 34 - La clôture de la liquidation est ordonnée par le tribunal de commerce au vu du rapport du liquidateur, après avis de la Commission de Supervision Bancaire et Financière, lorsque les répartitions auront été faites aux créanciers ou lorsque les opérations seront arrêtées par l'insuffisance de l'actif.

### **TITRE III : REGLEMENTATION ET CONTROLE DES ETABLISSEMENTS DE CREDIT**

#### **CHAPITRE PREMIER : DE LA COMMISSION DE SUPERVISION BANCAIRE ET FINANCIERE**

Art. 35 - Il est institué une Commission de Supervision Bancaire et Financière de la République de Madagascar, chargée de veiller au bon fonctionnement des établissements de crédit, vérifier le respect par ces établissements des dispositions qui leur sont applicables et de sanctionner les manquements constatés.

En particulier, la Commission de Supervision Bancaire et Financière examine les conditions d'exploitation des établissements de crédit, s'assure de la qualité de leur situation financière et contrôle le respect des règles de bonne conduite de la profession.

Art. 36 - La Commission de Supervision Bancaire et Financière est présidée par le Gouverneur de la Banque Centrale de Madagascar.

Elle comprend en outre :

- Le Directeur du Trésor ;
- Un membre désigné par le Ministre chargé des Finances ;
- Le Directeur Général de la Banque Centrale de Madagascar ;
- Un magistrat ayant au moins rang de Conseiller à la Cour Suprême, désigné par le Premier Président de la Cour ;
- Trois membres choisis en raison de leurs compétences en matière bancaire et financière et de leur honorabilité. Ils sont nommés en Conseil de Gouvernement pour une durée de 3 ans sur proposition conjointe du Ministre chargé des Finances et du Gouverneur de la Banque

Centrale. En cas d'absence du Gouverneur, la présidence de la Commission est assurée par le Directeur Général de la Banque Centrale.

Le Président de l'Association Professionnelle des Etablissements de Crédit ou son représentant participe, sans voix délibérative, aux débats de la Commission ayant pour objet l'examen des projets d'instruction du ressort de la Commission en application de l'article 41 de la présente loi.

Art. 37 - Les membres de la Commission ne peuvent, à titre privé, exercer aucune fonction, rémunérée ou non, dans un établissement de crédit, ni recevoir aucune rémunération directe ou indirecte d'un établissement de crédit. Leurs fonctions sont incompatibles avec tout mandat législatif et toute charge gouvernementale.

Les membres de la Commission, autres que les membres siégeant ès-qualités, ne peuvent être relevés de leurs fonctions qu'à raison des incompatibilités énoncées à l'alinéa précédent, ou pour incapacité physique ou mentale, ou à la suite d'une condamnation de nature à porter atteinte à leur honorabilité, sur proposition conjointe du Ministre chargé des Finances et du Gouverneur de la

Banque Centrale. Il est procédé à leur remplacement dans les formes définies à l'article 36.

Les membres perçoivent une indemnité fixée par le Chef de Gouvernement sur proposition du Président de la Commission.

Art. 38 - La Commission de Supervision Bancaire et Financière se réunit au moins deux fois par an à l'initiative et sur convocation de son Président, qui arrête l'ordre du jour des séances. En outre, la Commission est réunie lorsque quatre de ses membres au moins en font la demande.

Les décisions sont arrêtées à la majorité des membres de la Commission, soit 5 voix, à l'exception des sanctions disciplinaires prévues à l'article 49 qui sont arrêtées à la majorité des deux-tiers des membres de la Commission, soit 6 voix.

La Commission arrête son règlement intérieur. Celui-ci définit en particulier les pouvoirs conférés au Président et au Secrétaire Général de la Commission, sans que puissent être déléguées les compétences disciplinaires dévolues à la Commission par l'article 49 de la présente loi.

Art. 39 - La Banque Centrale assure, sur son budget et avec le concours de son personnel, le Secrétariat Général de la Commission.

A cet effet, le Gouverneur désigne, dans les mêmes conditions que les directeurs de la Banque Centrale, un responsable chargé d'assurer les fonctions de Secrétaire Général.

Le Secrétaire Général de la Commission et le Directeur chargé du Crédit à la Banque Centrale assistent aux réunions de la Commission sans voix délibérative.

Les comptes annuels prévisionnels et les états financiers définitifs afférents à l'activité de la Commission et de son Secrétariat Général sont soumis pour avis à la Commission préalablement à leur présentation au Conseil d'Administration de la Banque Centrale.

Les établissements assujettis participent aux frais de fonctionnement de la Commission et de son Secrétariat Général par une contribution annuelle, assise sur le produit net bancaire de chaque établissement. Le taux, uniforme, de cette contribution est fixé par arrêté du Ministre chargé des Finances.

Art. 40 - Les membres de la Commission, toute personne qui participe ou a participé au contrôle des établissements de crédit, dans les conditions prévues à la présente section, sont

tenus au secret professionnel sous les peines prévues à l'article 378 du Code pénal. Ce secret n'est pas opposable à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale.

La Commission de Supervision Bancaire et Financière est autorisée à échanger des informations avec ses homologues de pays tiers, sous réserve de réciprocité et d'un assujettissement de ces autorités au secret professionnel avec les mêmes garanties qu'à Madagascar.

Art. 41 - Pour les établissements de crédit assujettis à la présente loi, la Commission de Supervision Bancaire et Financière fixe par voie d'instruction les règles relatives :

1. Aux conditions dans lesquelles peuvent être modifiés la situation juridique et les autres éléments pris en compte lors de l'agrément de ces établissements, sous réserve des dispositions de l'article 56 ;
2. Aux normes de gestion et règles de prudence que ces établissements doivent respecter en vue notamment de garantir leur liquidité, leur solvabilité et l'équilibre de leur structure financière ;
3. Au plan comptable, aux conditions d'arrêté périodique et annuel et de consolidation des comptes, à la publicité des documents comptables et autres informations destinées tant aux autorités de tutelle qu'au public, après avis des autres autorités concernées ;
4. Aux conditions dans lesquelles ces établissements peuvent prendre des participations et accorder des crédits à leur personnel, à leurs dirigeants, actionnaires, administrateurs et commissaires aux comptes.

Elle précise, en liaison avec l'association professionnelle des établissements de crédit, les règles de bonne conduite de la profession, notamment pour ce qui est des relations avec la clientèle, interbancaires et avec les autorités, et de la prévention du blanchiment de fonds d'origine criminelle.

Les instructions de la Commission sont exécutoires dès notification à l'association professionnelle des établissements de crédit.

Art. 42 - La Commission de Supervision Bancaire et Financière détermine la liste, le modèle et les délais de transmission des documents et informations qui doivent lui être remis.

Elle peut, en outre, demander aux établissements de crédit tous renseignements, éclaircissements ou justificatifs nécessaires à l'exercice de sa mission. Elle peut notamment demander la communication des rapports des commissaires aux comptes et d'une manière générale de tous documents dont elle peut, en tant que de besoin, demander la certification, ainsi que de tous renseignements et informations utiles.

Art. 43 - Le Président de la Commission de Supervision Bancaire et Financière assure l'exécution des décisions de la Commission. Il précise par voie de circulaire les conditions d'application des instructions édictées par la Commission. Il est habilité à prendre toutes décisions nécessaires au bon fonctionnement de la Commission et à l'exercice optimal des missions conférées à elles ; il en rend compte à la Commission à chaque séance.

Art. 44 - Le Secrétariat Général de la Commission de Supervision Bancaire et Financière assure au nom de la Commission le contrôle sur pièces et sur place des établissements de crédit. La Commission délibère périodiquement du programme des contrôles sur place.

Lorsque la Commission de Supervision Bancaire et Financière décide d'un contrôle sur place d'un établissement de crédit affilié à un organe central, elle en informe ce dernier. Elle communique à l'organe central les résultats de ce contrôle et, plus généralement, le tient informé le cas échéant des manquements constatés et des mesures prises à l'encontre d'un établissement affilié.

Art. 45 - La Commission est habilitée à définir et à prendre toutes mesures de caractère technique destinées à faciliter les contrôles prescrits à l'article 44 et, plus généralement, à assurer le respect par les établissements de crédit des règles de saine gestion et de prudence.

La Commission peut, à son appréciation, porter à la connaissance du public toutes informations qu'elle estime nécessaires, notamment, aux frais de l'établissement concerné, la teneur de décisions prises en application des articles 47, 48 et 49 et devenues définitives.

Elle propose au Ministre chargé des Finances les modifications qu'elle estime devoir être apportées à la réglementation applicable aux établissements de crédit sur les questions ne relevant pas des attributions qui lui sont conférées par la présente loi. Elle est consultée sur toutes propositions ou tous projets de même objet.

Art. 46 - Les résultats des contrôles sur place sont communiqués au conseil d'administration de l'établissement concerné, ou à l'organe en tenant lieu ; ils font l'objet d'une délibération spéciale, dont copie conforme est adressée au Secrétariat Général de la Commission. Ils sont également transmis au Ministre chargé des Finances et aux commissaires aux comptes.

Les contrôles sur place peuvent être étendus aux filiales d'un établissement de crédit, ainsi que, le cas échéant, à toutes autres entités du groupe auquel appartient l'établissement. La notion de groupe sera précisée par instruction de la Commission.

Pour l'exercice de ses contrôles, le Secrétariat Général de la Commission peut faire appel, aux frais de l'établissement concerné et dans le cadre de conventions qu'il passe à cet effet, à des spécialistes extérieurs pour éclairer son opinion sur des questions ponctuelles.

Art. 47 - En cas de manquement d'un établissement de crédit aux règles de bonne conduite au sein de la profession, la Commission de Supervision Bancaire et Financière peut, après avoir mis ses dirigeants en mesure de présenter leurs explications, leur adresser une mise en garde.

Lorsque la situation d'un établissement de crédit le justifie, la Commission de Supervision Bancaire et Financière peut, sous les mêmes conditions, lui adresser une injonction à l'effet notamment de prendre dans un délai déterminé toutes mesures destinées à rétablir ou renforcer son équilibre financier ou à corriger ses méthodes de gestion.

Art. 48 - La Commission de Supervision Bancaire et Financière peut désigner un administrateur provisoire, auquel sont transférés tous les pouvoirs d'administration, de direction et de représentation de la personne morale.

La durée maximale du mandat conféré à l'administrateur provisoire est de six mois, renouvelable une fois. Cette désignation intervient soit à la demande des dirigeants lorsqu'ils estiment ne plus être en mesure d'exercer normalement leurs fonctions ou des actionnaires ou sociétaires détenteurs de la majorité du capital ou titulaires des droits de vote, soit à l'initiative de la Commission lorsque la gestion de l'établissement ne peut plus être assurée dans les conditions normales, ou lorsque l'une des sanctions prévues à l'article 49 5°, 6° ou 7° a été prise.

Les conditions de l'intervention de l'administrateur provisoire sont arrêtées par le Président de la Commission.

En cas d'urgence, le Président de la Commission est habilité à procéder lui-même à la désignation d'un administrateur provisoire ; il en rend compte immédiatement au Ministre chargé des Finances et à la Commission lors de sa prochaine séance.

Lorsque des circonstances particulières le justifient, la désignation d'un administrateur provisoire peut être prononcée sans procédure contradictoire ; en ce cas, la mesure doit être confirmée ou levée par la Commission sur saisine de tout actionnaire notifiée dans un délai d'un mois, ceci sans préjudice pour les actionnaires et les tiers d'agir devant les juridictions compétentes conformément au droit commun des sociétés.

Art. 49 - Si un établissement de crédit a enfreint une disposition législative ou réglementaire afférente à son activité, n'a pas déféré à une injonction ou n'a pas tenu compte d'une mise en garde, la Commission peut prononcer une ou plusieurs des sanctions disciplinaires suivantes :

1. L'avertissement ;
2. Le blâme ;
3. L'interdiction d'effectuer certaines opérations et toutes autres limitations dans l'exercice de ses activités ;
4. La révocation du ou des commissaires aux comptes. ;
5. La suspension temporaire de l'une ou de plusieurs des personnes visées à l'article 23 de la présente loi avec ou sans nomination d'administrateur provisoire ;
6. La démission d'office de l'une ou de plusieurs de ces mêmes personnes avec ou sans nomination d'administrateur provisoire ;
7. Le retrait d'agrément de l'établissement.

En outre, la Commission peut prononcer, soit à la place, soit en sus de ces sanctions, une sanction pécuniaire au plus égale au capital minimum auquel est astreint l'établissement.

Art. 50 - Au cas où la Commission décide du retrait de l'agrément, sa décision est immédiatement notifiée au Ministre chargé des Finances ; celui-ci peut, dans le délai de huit jours suivant cette notification, requérir une seconde délibération.

La décision est exécutoire à l'expiration du délai fixé à l'alinéa précédent ou, si le Ministre des Finances l'a requis, après confirmation à l'issue du second délibéré.

Entre-temps, la Commission est habilitée à prendre toutes mesures conservatoires qu'elle estime nécessaires par application des pouvoirs qui lui sont conférés par la présente loi.

Art. 51 - Lorsque la Commission prononce une sanction disciplinaire, elle est une juridiction administrative. Ses décisions à ce titre sont susceptibles de recours en annulation devant la juridiction administrative suprême ; ce recours n'est pas suspensif.

Art. 52 - Les établissements de crédit qui n'auront pas satisfait dans les délais impartis aux prescriptions résultant des articles 41 et 42 ou aux injonctions de la Commission de Supervision Bancaire et Financière, qui ne déféreraient pas aux demandes d'informations de la Commission ou de son Secrétariat Général, qui feraient obstacle de quelque manière que ce soit à l'exercice des contrôles prescrits à l'article 44, ou qui transgresseraient les instructions données par la

Commission pour l'application de la présente loi, encourent une astreinte de 2 000 000 de Fmg par jour de retard ou d'infraction, à compter de la date du manquement.

Ce montant est révisé chaque année par arrêté du Ministre chargé des Finances sur proposition de la Commission, pour suivre l'évolution du produit net bancaire, au sens défini par la Commission, de l'ensemble des établissements assujettis.

Le montant définitif de l'astreinte est fixé par la Commission. Le produit est reversé à la Banque Centrale à son bénéfice, en compensation des charges résultant des dispositions de l'article 39.

Art. 53 - La Commission de Supervision Bancaire et Financière établit et adresse chaque année au Président de la République, au Parlement et au Chef du Gouvernement un rapport relatif au fonctionnement du système bancaire et financier et à l'exercice de sa mission.

## **CHAPITRE II : ORGANISATION DE LA PROFESSION**

Art. 54 - Les établissements de crédit sont tenus d'adhérer dans le mois qui suit leur agrément à l'Association Professionnelle des Etablissements de Crédit, constituée sous le régime des associations civiles simplement déclarées. Les différentes catégories d'établissements de crédit définies à l'article 17 peuvent se constituer en sections au sein de l'association.

L'Association a pour objet la représentation des intérêts collectifs des établissements de crédit, notamment auprès des pouvoirs publics, l'information de ses adhérents et du public, l'étude de toutes questions d'intérêt commun et l'élaboration des recommandations s'y rapportant, en vue, le cas échéant, de favoriser la coopération entre réseaux ainsi que l'organisation et la gestion de services d'intérêt commun, et d'améliorer et de sécuriser les systèmes de paiements. Elle provoque des accords interprofessionnels sur ces questions et peut assurer la direction effective des services d'intérêt commun.

Ses statuts sont soumis à l'approbation de la Commission de Supervision Bancaire et Financière.

Art. 55 - L'Association fait appliquer par ses membres la réglementation prise en matière bancaire et de crédit.

Elle peut formuler aux autorités monétaires et financières toutes propositions ou suggestions concernant la réglementation de la profession.

Elle est habilitée à intervenir en justice dans toute instance où un établissement de crédit est partie et où elle estime que des intérêts généraux de la profession sont en jeu.

## **CHAPITRE III : REGLEMENTATION DE LA PROFESSION**

Art. 56 - Sont subordonnées à l'autorisation préalable de la Commission de Supervision Bancaire et Financière :

1. La prise, l'extension ou la cession de participations dans des établissements de crédit, ayant pour effet de porter directement ou indirectement la participation d'une même personne physique à plus de 20 pour cent du capital social ou le franchissement, directement ou indirectement, par un actionnaire ou un groupe d'actionnaires agissant ensemble, des seuils de 33, 50 et 66 pour cent du capital social. En cas de manquement, l'exercice des droits de vote et les droits à dividendes afférents aux actions ou parts sociales en cause sont suspendus jusqu'à la régularisation de la situation ;

2. Toute opération de fusion concernant ces établissements ;

3. La dissolution anticipée ou la mise en gérance d'un établissement assujéti.

Les modalités d'application des dispositions de l'alinéa précédent sont fixées par instruction de la

Commission de Supervision Bancaire et Financière. Le Ministre chargé des Finances en est informé.

Art. 57 - L'ouverture, la fermeture, la cession ou la mise en gérance d'un guichet ou d'une agence d'établissement de crédit à Madagascar, ainsi qu'un exposé des motifs de la décision, doivent être notifiés à la Banque Centrale au moins deux mois avant réalisation de l'opération.

Art. 58 - Les établissements de crédit doivent publier leurs comptes dans les conditions fixées par la

Commission de Supervision Bancaire et Financière ; ils doivent tenir ces documents à la disposition du public.

Ils communiquent à la Commission et à la Banque Centrale, suivant la périodicité et dans les formes prescrites par ces autorités, leur situation active et passive.

La Commission de Supervision Bancaire et Financière peut ordonner aux établissements concernés de procéder à des publications rectificatives dans le cas où des erreurs ou omissions auraient été relevées dans les documents publiés.

Art. 59 - Les établissements de crédit sont tenus de transmettre à la Commission de Supervision Bancaire et Financière, à la Banque Centrale et au Ministère en charge des Finances, dans les formes et selon la périodicité prescrites par ces autorités, toutes informations et tous renseignements, éclaircissements et justificatifs requis par celles-ci.

Ces dispositions s'appliquent également aux services et organismes visés à l'article 2 de la présente loi autres que la Banque Centrale et les comptables du Trésor.

Le non-respect des obligations instituées en application des dispositions du présent article et de l'article 58 est passible des astreintes prévues à l'article 52.

Art. 60 - Les dispositions applicables aux établissements de crédit peuvent différer selon le statut juridique de ceux-ci, l'étendue de leurs réseaux et les caractéristiques de leurs activités.

Elles peuvent en tant que de besoin prévoir des dérogations individuelles, à titre exceptionnel et temporaire.

Art. 61 - Il est interdit aux établissements de crédit de consentir des crédits ou de souscrire des engagements en faveur de leur clientèle contre affectation de leurs propres actions.

Art. 62 - L'exercice, à titre principal ou accessoire, de la profession d'intermédiaire en opérations de banques par toute personne autre qu'un établissement de crédit est subordonné à l'autorisation de la Commission de Supervision Bancaire et Financière.

Est intermédiaire en opérations de banque quiconque, à titre de profession habituelle, met en rapport, sans se porter du croire, les parties intéressées à une opération de banque dont l'une au moins est un établissement de crédit. N'entrent pas dans cette catégorie les notaires et l'activité d'assistance et de conseil en matière financière.

L'exercice de cette profession est interdit à toute personne qui tombe sous le coup des dispositions de l'article 14 de la présente loi.

Art. 63 - Les intermédiaires en opérations de banque exercent leur activité en vertu d'un mandat écrit délivré par un établissement de crédit. Ce mandat définit la nature et les conditions des opérations que l'intermédiaire est habilité à accomplir.

Tout intermédiaire en opérations de banque, qui, même à titre occasionnel, se voit confier des fonds en tant que mandataire des parties, est tenu à tout moment de justifier d'une garantie financière spécialement affectée au remboursement de ces fonds. Cette garantie ne peut résulter que d'un engagement de caution pris par un établissement de crédit.

La Commission de Supervision Bancaire et Financière contrôle le respect par lesdits intermédiaires des conditions régissant leur activité. A titre de sanction disciplinaire, elle peut prononcer le retrait de l'autorisation visée à l'article 62.

## **CHAPITRE IV : DU CREDIT-BAIL**

*Abrogé par la loi n° 2004-052 du 28 janvier 2005 sur le Crédit Bail.*

### **SECTION PREMIERE : Les opérations de crédit-bail mobilier**

Art. 64 - Constituent des opérations de crédit-bail mobilier :

1. Les opérations de location de biens d'équipement ou de matériel d'outillage achetés en vue de cette location par des entreprises qui en demeurent propriétaires lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, donnent au locataire, à l'expiration de la période

contractuelle de location, la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu à l'avance ou déterminable suivant un mode de calcul arrêté par le contrat.

Dans tous les cas, le prix fixé doit tenir compte, au moins pour partie des versements effectués à titre de loyer ;

2. Les opérations de location de fonds de commerce ou d'établissement artisanal conclues dans les conditions définies au point 1°.

Art. 65 - Le contrat prévoit, pour l'exécution des obligations des parties, une période irrévocable, qui peut être égale ou inférieure à la période de location. Pendant cette période, sous réserve de l'exécution de ses obligations par le locataire, ni le bailleur, ni le locataire ne peuvent réviser les termes du contrat.

Le contrat fixe le montant et la périodicité des loyers ainsi que le prix de cession du bien loué ou le mode de calcul de ce prix.

La faillite ou la mise en règlement judiciaire du locataire constitue une cause de résiliation de plein droit du contrat, même pendant la période irrévocable. La faillite ou la mise en règlement judiciaire du bailleur ne constitue pas une cause de résiliation de plein droit du contrat pendant la période irrévocable.

Les contractants peuvent, d'accord parties, soit proroger la durée de location, soit, sans pour autant remettre en cause la période irrévocable, raccourcir la période de location dans le cas où le locataire souhaite exercer par anticipation son option d'achat. Dans les deux cas, le nouveau prix éventuel tiendra compte des loyers versés.

Art. 66 - Le contrat de crédit-bail est constaté par écrit dûment enregistré. Le bailleur fait au greffe du tribunal de commerce dont dépend le locataire une déclaration portant les nom et adresse du locataire ainsi que la description des matériels financés. En cas de manquement aux dispositions du présent alinéa, le contrat est inopposable aux tiers.

En cas de manquement à ses obligations par le locataire et après une mise en demeure par exploit d'huissier restée infructueuse dans un délai de 15 jours, le contrat de crédit-bail est résilié de plein droit, sans préjudice du paiement des loyers arriérés et de dommages-intérêts.

## **SECTION II : *Les opérations de crédit-bail immobilier***

Art. 67 - Constituent des opérations de crédit-bail immobilier les opérations par lesquelles une entreprise donne en location des biens immobiliers à usage professionnel achetés par elle ou construits pour son compte lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, permettent aux locataires, pour un prix convenu d'avance ou déterminable suivant un mode de calcul arrêté dans le contrat, de devenir propriétaires des biens loués au plus tard à l'expiration du bail, soit par cession en exécution d'une promesse unilatérale de vente, soit par acquisition directe ou indirecte des droits de propriété du terrain sur lequel ont été édifiés le ou les immeubles loués, soit par transfert de plein droit de la propriété des constructions édifiées sur le terrain appartenant audit locataire.

Art. 68 - Les contrats de crédit-bail immobiliers ne sont pas soumis à la législation sur les baux commerciaux.

Le contrat fixe le montant et la périodicité des loyers ainsi que le prix de cession du bien loué ou le mode de calcul de ce prix.

Le contrat prévoit, à peine de nullité, les conditions dans lesquelles il pourra, le cas échéant, être résilié à la demande du locataire. A cette fin, il est stipulé à la charge du locataire le versement d'une indemnité déterminée en fonction du montant des loyers à devoir jusqu'à l'expiration normale du contrat.

Art. 69 - Le crédit-bail immobilier est soumis à une publicité foncière dans les formes et conditions prévues par l'ordonnance n°60-146 du 3 octobre 1960 sur le régime foncier de l'immatriculation.

Cette publicité donne des informations précises sur les conditions essentielles du contrat.

Le défaut de publicité entraîne l'inopposabilité du contrat aux tiers.

Art. 70 - Les droits d'enregistrement du contrat de crédit-bail sont perçus lors de l'acquisition de l'immeuble ou du terrain par le bailleur. Le montant des droits d'enregistrement est pris en compte lors de l'exercice de l'option d'achat.

Un arrêté du Ministre chargé des Finances précisera en tant que de besoin les modalités d'application de cette disposition.

Art. 71 - Les contractants peuvent, d'accord parties, soit proroger la durée de la location, soit la raccourcir par la levée anticipée de l'option d'achat, après le règlement de la moitié au moins du montant total des loyers prévus pour la durée du contrat.

L'avenant donne lieu à publicité dans les conditions définies par l'article 69, à peine d'inopposabilité aux tiers.

### **SECTION III : *Dispositions communes aux opérations de crédit-bail mobilier et immobilier***

Art. 72 - Les dispositions du présent chapitre s'appliquent également dans le cas où le crédit-bail est conclu avec le cédant du bien mobilier ou immobilier, qui en devient le locataire. Le contrat est dit contrat de cession-bail.

Art. 73 - Pendant la durée du crédit-bail, le locataire assume l'ensemble des risques, charges et responsabilités se rapportant aux biens financés, sauf stipulations contraires prévues par le contrat.

Art. 74 - En cas de cession par le crédit-bailleur des biens compris dans une opération de crédit-bail, et pendant la durée de l'opération, le cessionnaire est tenu des mêmes obligations que le cédant, qui en reste garant.

Art. 75 - En cas de non-respect de ses obligations par l'une ou l'autre des parties, le Juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité prévue par les parties, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire est réputée non écrite.

Art. 76 - Le cas échéant, le crédit-bailleur constitue chaque année, par prélèvement sur les loyers, en franchise d'impôt sur les bénéfices, une provision destinée à couvrir la moins-value éventuelle que fera apparaître la cession du bien à l'expiration du contrat de crédit-bail. Le montant de cette provision ne doit, à aucun moment, excéder la différence entre l'amortissement financier de l'investissement inclus dans le loyer fixé pour l'année en cause et l'annuité fiscale d'amortissement du bien. Cette provision doit être spécialement constatée dans les écritures de l'exercice et dans les documents destinés à l'administration fiscale.

L'entreprise locataire comprend chaque année dans ses charges déductibles pour l'assiette de l'impôt sur les bénéfices dont elle est redevable les loyers versés au cours de l'exercice.

Lors du transfert de propriété, la moins-value éventuellement constatée dans les écritures du crédit bailleur est balancée par la reprise de la provision constituée à cet effet.

L'entreprise locataire réintègre le cas échéant dans ses bénéfices de l'exercice en cours au moment de la cession la fraction des loyers versés correspondant à la différence entre la

valeur résiduelle du bien dans les écritures du bailleur, à savoir la différence entre le prix de revient de l'immeuble et le montant des amortissements pratiqués par le bailleur, et le prix de cession du bien. Le bien est en contrepartie comptabilisé au bilan de l'entreprise et amorti chaque année dans les conditions de droit commun.

Le bailleur est tenu de fournir au locataire acquéreur et à l'administration fiscale les renseignements nécessaires pour l'enregistrement de la cession dans les écritures de l'acquéreur conformément aux dispositions du présent article.  
Les modalités d'application des dispositions du présent article seront précisées par arrêté du Ministre chargé des Finances.

## **CHAPITRE V : RELATIONS ENTRE LES ETABLISSEMENTS DE CREDIT ET LEUR CLIENTELE**

Art. 77 - Toute personne qui s'est vue refuser l'ouverture d'un compte de dépôt par plusieurs banques et qui, de ce fait, ne dispose d'aucun compte bancaire, peut demander à la Commission de Supervision Bancaire et Financière de lui désigner une banque auprès de laquelle elle pourra ouvrir un tel compte.

La banque ainsi désignée peut limiter les services liés à l'ouverture de ce compte aux opérations de caisse.

Art. 78 - 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 et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours.

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 du crédit ou au cas où la situation de ce dernier s'avérerait irrémédiablement compromise.

Le non-respect de ces dispositions peut entraîner la responsabilité pécuniaire de l'établissement de crédit.

## **CHAPITRE VI : DISPOSITIONS DIVERSES**

Art. 79 - Lorsque la situation d'un établissement de crédit le justifie, le Président de la Commission de Supervision Bancaire et Financière invite les actionnaires ou sociétaires de cet établissement à fournir à celui-ci le soutien qui lui est nécessaire.

Il peut également demander à l'Association Professionnelle des Etablissements de Crédit d'examiner et de lui soumettre les conditions dans lesquelles ses autres adhérents pourraient concourir au redressement d'un établissement en difficulté.

Art. 80 - Les autorités judiciaires sont tenues d'aviser la Commission de Supervision Bancaire et Financière de toutes poursuites à caractère pénal engagées à l'encontre d'un établissement de crédit ou des personnes visées à l'article 23 de la présente loi.

La Commission de Supervision Bancaire et Financière est habilitée à se porter partie civile dans le cadre de ces poursuites.

En tant que de besoin, un représentant de la Commission peut être entendu à titre d'expert par les autorités judiciaires compétentes.

Art. 81 - Tout membre du Conseil d'administration d'un établissement de crédit, ou de l'organe en tenant lieu, toute personne qui à un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un tel établissement ou est employé par celui-ci, est tenu au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues à cet égard par le Code pénal.

Outre les cas où la loi le prévoit, le secret professionnel ne peut être opposé ni à la Commission de Supervision Bancaire et Financière, ni à la Banque Centrale, ni à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale.

#### **TITRE IV : SANCTIONS**

Art. 82 - Sans préjudice des sanctions disciplinaires que pourra prendre du même chef la Commission de Supervision Bancaire et Financière, est passible d'un emprisonnement de trois mois à deux ans, et d'une amende de 20.000.000 à 500.000.000 de fmg, ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque, agissant soit pour son compte, soit pour le compte d'une personne morale, aura contrevenu à l'une des interdictions ou obligations prévues aux articles 9, 10, 13 alinéa 1, 14, 16, 27 et 62.

Le tribunal pourra, en outre, ordonner la fermeture de l'établissement où aura été commise une infraction aux articles 10, 13 alinéa 1 ou 16.

Il peut également ordonner que le jugement soit publié intégralement ou par extraits dans les journaux qu'il désigne et qu'il soit affiché dans les lieux qu'il détermine, aux frais du condamné.

En cas de récidive, le maximum de la peine sera porté à cinq ans d'emprisonnement et à un maximum de 1.000.000.000 de FMG d'amende.

Art. 83 - Est passible des peines stipulées à l'article 82 quiconque, agissant pour son compte ou pour celui de tiers, aura sciemment :

- communiqué à la Commission de Supervision Bancaire et Financière, à la Banque Centrale ou au Ministère chargé des Finances des documents ou renseignements inexacts;

- mis obstacle aux contrôles de la Commission de Supervision Bancaire et Financière ou des commissaires aux comptes d'un établissement de crédit ainsi qu'à l'accomplissement de la mission impartie par la Commission de Supervision Bancaire et Financière à l'administrateur provisoire qu'elle aura désigné au titre de l'article 48.

Art. 84 - Sans préjudice des sanctions que pourra prendre du même chef la Commission de Supervision Bancaire et Financière, tout établissement de crédit qui aura enfreint les dispositions des articles 13 alinéa 2, 17, 56, 57, 58 ou 61 de la présente loi est passible d'une amende de 10.000.000 à 250.000.000 de FMG, montants doublés en cas de récidive. Sont passibles de la même peine les dirigeants responsables de l'infraction.

Art. 85 - Quiconque aura été condamné en application de l'article 82 pour infraction à l'article 14 de la présente loi ne pourra être employé, à quelque titre que ce soit, dans l'établissement de crédit où il était en fonction, ni dans une filiale de cet établissement agréée comme établissement de crédit.

En cas d'infraction à cette interdiction, l'intéressé, le cas échéant à titre de récidive, et son employeur sont passibles des peines prévues à l'article 82.

#### **TITRE V : DISPOSITIONS TRANSITOIRES ET FILALES**

Art. 86 - Les établissements de crédit agréés avant l'entrée en vigueur de la présente loi sont de plein droit agréés dans l'une des catégories visées à l'article 17 et inscrits sur la liste dressée au titre de l'article 20.

Les entreprises non agréées qui exercent à la date d'entrée en vigueur de la présente loi l'une des activités visées aux articles 3 à 6 et les bureaux visés à l'article 9 disposent d'un délai de trois mois pour se conformer aux dispositions de la présente loi.

Art. 87 - Sont abrogées toutes dispositions antérieures contraires. Les règles fixées par les articles 42 et 43, 45 à 47, 49, 57 et 58 de l'ordonnance n° 88-005 du 18 avril 1988 demeurent en vigueur jusqu'à la publication des textes de même objet prévus par les articles 8, 41, 56, 58 et 59 de la présente loi.

Art. 88 - L'ordonnance n°93-026 portant réglementation des activités d'épargne, de crédit et de cautionnement des institutions financières mutualistes est modifiée comme suit :

1. Sont abrogés le chapitre II du titre premier, les articles 28 premier alinéa, 39, 47, 63 alinéa 2, 72 et 75 de ladite ordonnance ;
2. Les termes "Commission de Supervision Bancaire et Financière" sont substitués en tous articles aux termes "Commission de contrôle des banques et établissements financiers" et au sigle "CCBEF" ;
3. Les termes "établissement(s) de crédit" sont substitués en tous articles aux termes "établissements financiers à statut particulier" ;
4. Le 2<sup>e</sup> alinéa de l'article premier est remplacé par les dispositions suivantes :  
"Elles sont constituées sous forme de sociétés à capital et personnel variables conformément à la loi sur les sociétés commerciales, à la loi relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit et aux dispositions particulières de la présente ordonnance" ;
5. L'article 18 est modifié comme suit : au lieu de "... l'Assemblée générale annuelle peut décider de modifier le taux d'intérêt créditeur à la hausse et le taux d'intérêt débiteur à la baisse concernant respectivement les opérations de crédit et de dépôt ", lire " ...l'Assemblée générale annuelle peut décider de modifier le taux d'intérêt créditeur à la hausse et le taux d'intérêt débiteur à la baisse concernant respectivement les opérations de dépôt et de crédit " ;
6. La fin du 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 21 est abrogée après les mots "... effectués par ledit membre" ;
7. A l'article 24, les mots "aux représentants de la Banque Centrale" sont remplacés par "au Secrétariat Général de la Commission de Supervision Bancaire et Financière" ;
8. Le 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 27 est remplacé par les dispositions suivantes :  
" Cette union est un établissement de crédit régi par la loi sur les sociétés commerciales, la loi relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit et les dispositions de la présente ordonnance" ;
9. A l'article 28, les mots "L'union de MEC doit" sont substitués à "Elle doit" (le reste sans changement).
10. Le 3<sup>e</sup> alinéa de l'article 69 est remplacé par les dispositions suivantes : "Toutefois, ces sociétés peuvent recevoir de leurs membres des dépôts spécialement affectés à la garantie des cautions délivrées en leur faveur, uniquement à ce titre et sans que le dépôt d'un associé puisse excéder le montant de l'engagement dont il bénéficie" ;
11. Les deuxième et troisième phrases de l'article 71 sont remplacées par les dispositions suivantes : " Elles exercent leur activité dans le cadre de la loi relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit. Les dispositions des articles 36 à 43 de la présente Ordonnance leur sont applicables ".

Art. 89 - La loi n°94-004 du 10 juin 1994, portant statuts de la Banque Centrale de Madagascar, est modifiée comme suit :

1. L'expression " établissements de crédit " est substituée aux termes " banques et établissements financiers " aux articles 20, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 66, 73 ;
2. La Commission de Supervision Bancaire et Financière est substituée à la Commission de contrôle des banques et établissements financiers pour l'application de l'article 34.

Art. 90 - Les modalités d'application de la présente loi seront en tant que de besoin complétées et précisées par décrets et arrêtés.